

rivista di diritto privato

1 anno XX - gennaio/marzo 2015

Comitato scientifico

Giorgio De Nova
Natalino Irti
Pietro Rescigno
Piero Schlesinger
Paolo Spada
Adriano Vanzetti

Direzione

Giorgio De Nova
Mario Cicala
Enrico Gabrielli
Luigi Augusto Miserocchi
Vincenzo Roppo
Giuliana Scognamiglio
Giuseppe Tucci
Giuseppe Vettori



CACUCCI
EDITORE

rivista di diritto privato

Publicazione trimestrale

Editrice: Cacucci Editore S.a.s.

Via D. Nicolai, 39 – 70122 Bari (BA)

www.cacuccieditore.it – e-mail: riviste@cacuccieditore.it

Telefono 080/62030890 – Fax 080/5234777

Direttore responsabile: Nicola Cacucci

Comitato scientifico: Giorgio De Nova,
Natalino Irti, Pietro Rescigno, Pietro Schlesinger,
Paolo Spada, Adriano Vanzetti

Direttore: Giorgio De Nova

Condirettori: Mario Cicala, Enrico Gabrielli,
Luigi Augusto Miserocchi, Vincenzo Roppo,
Giuliana Scognamiglio, Giuseppe Tucci, Giuseppe Vettori

Comitato editoriale: Pietro Abbadesse, Fabio Addis,
Giuseppe Amadio, Franco Anelli, Ciro Caccavale,
Cristina Campiglio, Paolo Carbone, Angelo Chianale,
Massimo Confortini, Giovanni D'Amico,
Enrico del Prato, Valerio Di Gravio, Fabrizio di Marzio,
Aldo Angelo Dolmetta, Andrea Fusaro, Carlo Ibba,
Giancarlo Laurini, Raffaele Lener, Francesco Macario,
Vincenzo Meli, Massimo Miola, Mario Notari,
Giacomo Oberto, Gustavo Olivieri, Mauro Orlandi,
Fabio Padovini, Andrea Pisani Massamormile,
Giuseppe B. Portale, Renato Rordorf, Luigi Salvato,
Giuseppe Santoni, Davide Sarti, Michele Sesta,
Michele Tamponi, Federico Tassinari, Gian Roberto Villa,
Massimo Zaccheo, Attilio Zimatore, Andrea Zoppini

Redazioni

Milano: Francesco Delfini, Gregorio Gitti, Arturo Maniaci

Bari: Adriana Addante, Caterina Calia,
Claudia Morgana Cascione

Fotocomposizione e stampa

Ragusa Grafica Moderna S.r.l. – Bari

Autorizzazione Tribunale di Bari n. 16 Reg. Stampa
del 16/04/2009. Num. R.G. 1500/2009

Tariffa R.O.C.: Poste Italiane S.p.A. – Spedizione
in abbonamento postale – D.L. 335/2003 (conv.
in L. 27 febbraio 2004, n. 46) art. 1, comma 1.

Abbonamenti: Gli abbonamenti hanno durata annuale e si intendono rinnovati per l'anno successivo se non disdetti entro la scadenza a mezzo di semplice lettera o e-mail.

Abbonamento annuale: Italia € 135,00 – Estero € 270,00.

Prezzo singola copia: € 38,00.

Arretrati: prezzo dell'anno in corso all'atto della richiesta. Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per gli effetti del combinato disposto dall'art. 74 del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989 e successive modificazioni ed integrazioni.

Per l'invio di corrispondenza: Cacucci Editore S.a.s. –
Redazione, Via Nicolai, 39, 70122 Bari.

Per informazioni su gestione abbonamenti, numeri arretrati, cambi d'indirizzo, ecc.

Cacucci Editore S.a.s. – Servizio clienti,
Via Nicolai, 39, 70122 Bari.

Tel. 080/62030890, Fax 080/5234777,

e-mail: riviste@cacuccieditore.it

Egregio abbonato,

ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, La informiamo che i Suoi dati saranno conservati nel data base informatico del titolare del trattamento Cacucci Editore S.a.s..

I Suoi dati saranno utilizzati dalla nostra società, da enti e società esterne ad essa collegati, nonché da soggetti terzi, titolari autonomi del trattamento, solo per l'invio di materiale amministrativo-contabile, commerciale e promozionale.

Ai sensi dell'art. 7 del citato D.Lgs., Lei ha diritto di conoscere, aggiornare, rettificare, cancellare i Suoi dati, nonché di esercitare tutti i restanti diritti ivi previsti, mediante comunicazione scritta a Cacucci Editore S.a.s., Via Nicolai, 39, 70122 Bari.

CRITERI DI SELEZIONE DEI CONTRIBUTI PUBBLICATI

I contributi pubblicati nelle rubriche "Saggi e pareri", "Profili e documenti", "Difese e decisioni" e "Problemi delle professioni" sono assoggettati alla procedura di referaggio anonimo (sistema del *blind peer review*).

L'Autore di uno scritto che aspiri ad essere pubblicato in questa Rivista deve inviare il proprio lavoro alla Redazione, la quale svolgerà un esame preliminare concernente:

- la attualità del contributo;
- la pertinenza dell'argomento oggetto del contributo con le materie trattate dalla Rivista.

In caso di accettazione del contributo per la sottoposizione alla procedura di referaggio, il Direttore invia il contributo ad uno o più esperti del tema trattato, designati dal Direttore preferibilmente fra i componenti del Comitato Scientifico.

Il revisore (o i revisori) formulerà (o formuleranno) il proprio giudizio, tenendo conto dei seguenti parametri:

- correttezza e coerenza dell'impostazione metodologica;
- originalità dello scritto;
- adeguatezza della bibliografia e della giurisprudenza citate;
- chiarezza espositiva.

Sulla base di tali parametri, l'esito del referaggio può comportare: un giudizio di idoneità alla pubblicazione senza modifiche; un giudizio di idoneità alla pubblicazione, subordinato al previo apporto di modifiche e/o integrazioni (che verranno indicate all'Autore); un giudizio di non idoneità alla pubblicazione.

In caso di giudizio discordante fra più revisori, la decisione finale verrà assunta dal Direttore.

In caso di contributi provenienti da Autori di particolare fama o prestigio, il Direttore, sotto la sua responsabilità, può decidere di pubblicare il contributo, senza sottoporlo alla procedura di referaggio.

rivista di diritto privato

2015

Comitato scientifico

Giorgio De Nova

Natalino Irti

Pietro Rescigno

Piero Schlesinger

Paolo Spada

Adriano Vanzetti

Direzione

Giorgio De Nova

Mario Cicala

Enrico Gabrielli

Luigi Augusto Miserocchi

Vincenzo Roppo

Giuliana Scognamiglio

Giuseppe Tucci

Giuseppe Vettori



CACUCCI
EDITORE

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

Ai sensi della legge sui diritti d'Autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro, senza il consenso dell'autore e dell'editore.

SOMMARIO 1/2015

Saggi e pareri

- Garanzia mobiliare “Dīyāquán” e il problema del conflitto tra diritti reali di garanzia**
di Enrico Gabrielli 7
- Riflessioni sull’unico azionista e le società unipersonali**
di Fabrizio Di Girolamo 17
- Il negozio di destinazione e la segregazione del patrimonio. Un modello alternativo di negozio fiduciario?**
di Marco Nicolai 47
- Ius variandi* e recesso discrezionale nel contratto di appalto**
di Luca Guerrini 69
- Cessione del contratto preliminare trascritto e permanenza degli effetti prenotativi della trascrizione**
di Rosario Franco 87
- La Convenzione di Istanbul contro la violenza nei confronti delle donne e domestica tra ordini di protezione e responsabilità civile endofamiliare**
di Roberto Senigaglia 111

Saggi e pareri

Garanzia mobiliare “Dǐyāquán” e il problema del conflitto tra diritti reali di garanzia*

di Enrico Gabrielli

SOMMARIO: 1. Il nuovo modello di garanzia mobiliare “Dǐyāquán” nel diritto cinese. – 2. I conflitti nel diritto italiano nel concorso di più garanzie mobiliari sullo stesso oggetto a garanzia di creditori diversi. – 3. (segue). Vincoli su strumenti finanziari dematerializzati e disciplina dei conflitti. – 4. Costituzione del vincolo di garanzia, diritto di prelazione e regolazione dei conflitti nella garanzia mobiliare “dǐyāquán”.

1. Il nuovo modello di garanzia mobiliare “Dǐyāquán” nel diritto cinese

La recente legge cinese sui diritti reali (Capitolo XVI Sezione I) ha introdotto una nuova forma di garanzia mobiliare “Dǐyāquán” prevista nell’art. 181¹ e che trova una successiva e compiuta disciplina, sia per quanto concerne il profilo della costituzione sia della efficacia e della opponibilità ai terzi, prevalentemente negli artt. 189² e 196³.

* *Relazione tenuta il 26 settembre 2014 al V Congresso Internazionale su Diritto romano, Diritto cinese e Codificazione del Diritto Civile, svoltosi presso l’Università della Cina di Scienze Politiche e Giurisprudenza di Pechino.*

¹ Art. 181 «mediante accordo scritto tra le parti, le imprese, le imprese commerciali individuali, i gestori di produzioni agricole, possono costituire in ipoteca impianti di produzione, materie prime, prodotti semilavorati, prodotti finiti, nella disponibilità attuale e futura; se il debitore non adempie alla obbligazione alla scadenza, oppure al verificarsi della situazione stabilita dalle parti per far valere il credito, il creditore ha il diritto alla soddisfazione, con prelazione, del proprio credito garantito da ipoteca sul bene mobile con riferimento al momento in cui si fa valere il credito».

² Art. 189 «Quando imprese, imprese commerciali, individuali, gestori di produzione agricola, costituiscono in ipoteca beni mobili di cui all’art. 181 della presente legge, si deve provvedere alla registrazione presso l’Ufficio amministrativo per le attività industriali e commerciali competente nel luogo di residenza del debitore ipotecario. L’ipoteca si costituisce dal momento in cui entra in vigore il contratto di ipoteca; se non si è effettuata la registrazione, non la si può opporre ai terzi di buona fede. Le ipoteche costituite in base a quanto disposto dall’art. 181 della presente legge non si possono opporre al compratore che abbia pagato un prezzo corrispettivo ragionevole, ed abbia ottenuto i beni ipotecati, nel corso della normale attività di gestione [del debitore ipotecario]».

³ Art. 196 «per le ipoteche costituite ai sensi dell’art. 181 della presente legge, i beni ipotecati si individuano al verificarsi di una delle seguenti situazioni:

- (1) alla scadenza del termine per l’adempimento, il credito non è stato soddisfatto;
- (2) il debitore ipotecario è stato dichiarato fallito o è stato cancellato [dal registro];
- (3) [al verificarsi della] situazione stabilita dalle parti per far valere il credito;
- (4) altre situazioni di serio ostacolo alla soddisfazione del credito».

Nella legge questa garanzia, seppure possa avere ad oggetto anche impianti di produzione industriale, viene qualificata come garanzia mobiliare.

L'art. 181 infatti parla espressamente di "credito garantito da ipoteca sui beni mobili" tanto che, sul piano del raffronto tra modelli, può essere ricondotta per i suoi caratteri strutturali e funzionali alla figura della *floating charge* del diritto inglese, al privilegio convenzionale di cui art. 46 del Testo Unico della legge bancaria (d. lgs. 1° settembre 1993, n. 385), nonché per alcuni aspetti alla figura del pegno su strumenti finanziari dematerializzati del diritto italiano⁴.

I termini del raffronto con la *floating charge* sono da me già stati posti in evidenza in altra occasione⁵, segnalando peraltro come le formule legislative impiegate in alcune norme, per lo meno nella loro traduzione in italiano (cfr. gli artt. 181 e 189) siano esplicite nell'esprimere in termini di disciplina i caratteri tipici della garanzia fluttuante del diritto inglese, al pari di come sia significativo che nell'art. 189, oltre a prevedere che la garanzia si costituisce al momento "in cui entra in vigore il contratto di ipoteca", si ponga la registrazione come condizione di opponibilità ai terzi in buona fede, e che nell'ultima parte di questa norma si richiami la formula dell'*ordinary course of business* propria del diritto di *common law*.

Appare dunque superfluo ritornare oggi a segnare i tratti differenziali e le analogie tra le due fattispecie, poiché risulta più proficuo svolgere qualche riflessione sul tema dei possibili conflitti che possono sorgere quando sul medesimo bene, sul quale grava la garanzia mobiliare di cui si discute, concorrano altri vincoli di garanzia, trattandosi di un problema che è stato sollevato proprio dalla dottrina cinese, con riguardo ad esempio al caso del conflitto tra garanzia fluttuante e ipoteca fissa su beni mobili⁶.

In questa prospettiva può essere utile il raffronto con il diritto italiano in materia di garanzie mobiliari, in ragione della duplice circostanza che in entrambe queste esperienze giuridiche la garanzia fluttuante ha trovato una esplicita regolazione normativa.

Il vincolo di garanzia generato dalla costituzione di una garanzia mobiliare (specialmente nel caso del pegno che ne rappresenta l'archetipo fondamentale), come ogni fattispecie che agisce e opera sul piano della circolazione dei diritti, può infatti dar luogo a conflitti dettati dalla concorrenza sullo stesso bene (l'oggetto del pegno)

⁴ Cfr. E. Gabrielli, *Il pegno*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Sacco, Torino, 2004, 41 ss.; E. Gabrielli, *Sulle garanzie rotative*, Napoli, 1998.

⁵ E. Gabrielli, *Ipoteca e garanzia fluttuante nel diritto cinese delle garanzie del credito*, in Schipani e Terracina (a cura di), *Le nuove leggi cinesi e la codificazione. La legge sui diritti reali*, Roma, 2009, 241 ss., nonché in *Riv. dir. priv.*, 2009, 65 ss.

⁶ Cfr. Liu Baoyu, *Progressi della legge sui diritti reali in materia di garanzia e miglioramenti delle relative normative*, in Schipani e Terracina (a cura di), *Le nuove leggi cinesi e la codificazione. La legge sui diritti reali*, cit., 234.

del diritto di pegno del creditore, del diritto di proprietà del costituente o del terzo datore e degli eventuali diritti di terzi, sorti a seguito di altri e concorrenti atti di autonomia privata aventi ad oggetto lo stesso bene (o diritto) sottoposto al vincolo di garanzia.

Il problema della soluzione dei conflitti nel pegno è ovviamente reso più complesso che nell'ipoteca per la mancanza di un apposito regime di pubblicità.

Si insegna infatti che la natura immobiliare dell'oggetto costituisce il tratto distintivo dell'ipoteca rispetto al pegno, ma nel diritto italiano anche un bene mobile può essere autonomo oggetto di ipoteca, ma in tal caso sarà fondamentale la pubblicità data al vincolo, poiché la garanzia su beni mobili registrati, come autoveicoli, navi, aeromobili, può essere ricondotta al modello ipotecario, ugualmente per quanto attiene alle garanzie su marchi e brevetti. Le regole dell'ipoteca immobiliare sono così applicabili anche all'ipoteca mobiliare, in quanto non siano incompatibili con la natura delle varie ipotesi e con la particolare disciplina delle leggi speciali.

Nell'ipotesi del pegno, la priorità nel titolo (conseguita mediante la *traditio rei* ovvero mediante le altre forme di costituzione del diritto sul bene o sul diritto previste dall'ordinamento, quali ad esempio i meccanismi di annotazione del vincolo sul titolo e su appositi registri) comporta la prevalenza nel conflitto tra i diversi titoli attributivi vantati da tutti i soggetti coinvolti nella vicenda circolatoria, nella duplice forma della soddisfazione, in via sostanziale, mediante l'esercizio dei poteri soddisfattivi attribuiti dall'ordinamento al creditore pignoratizio; ovvero, in via esecutiva, mediante l'esercizio dell'azione singolare o della tutela concorsuale, per la realizzazione del diritto di credito protetto e tutelato dallo *ius in re aliena*.

Nel confronto con l'ipoteca fluttuante del diritto cinese l'ipotesi del pegno nel diritto italiano, diversamente da quella dell'ipoteca mobiliare, sembra allora la più utile sul piano comparatistico, poiché al pari del modello cinese ha ad oggetto beni mobili ed in particolare in alcune ipotesi, come nel caso di pegno su strumenti finanziari in gestione centralizzata e del pegno di azienda o di *universitas rerum*, un complesso di beni mobili la cui composizione qualitativa e quantitativa può modificarsi nel corso del tempo, fermo restando l'originario vincolo di garanzia.

2. I conflitti nel diritto italiano nel concorso di più garanzie mobiliari sullo stesso oggetto a garanzia di creditori diversi

Nel caso in cui sul medesimo oggetto (bene o diritto) vengano costituiti più diritti di pegno a garanzia di creditori diversi, si deve anzitutto operare una prima distinzione tra: a) il caso in cui i vari pegni siano stati costituiti in momenti successivi o, in ogni caso, siano stati costituiti in modo indipendente l'uno dall'altro; b) il caso in cui, invece, le varie costituzioni siano avvenute contemporaneamente e contestualmente.

2.1. Nella prima ipotesi (più pegni costituiti sullo stesso oggetto in momenti successivi o, in ogni caso, costituiti in modo indipendente l'uno dall'altro), la regola di soluzione dei conflitti è dettata dal principio della priorità del titolo sia nel possesso o nella registrazione del vincolo (per il pegno di cosa mobile o di strumenti finanziari), sia nella notificazione (per il pegno di crediti), e sarà regolata dalla anteriorità della scrittura avente data certa e dal rispetto dei requisiti a tal fine richiesti dalla legge in ordine alla prevalenza del diritto⁷.

Il secondo creditore, ovvero i successivi creditori che non hanno ottenuto il possesso della cosa, potranno costituire i pegni successivi sullo stesso bene, unicamente se il primo creditore acconsenta a divenire un terzo eletto dalle parti assumendosi così, nei confronti dei terzi creditori, l'obbligazione di custodire la res anche per conto degli altri, oltre che per conto suo e del proprietario; così che non sarebbe possibile costituire un altro pegno sulla cosa già consegnata ad un creditore a sua insaputa⁸.

Nei rapporti tra i vari creditori pignorati con pegno successivo sullo stesso oggetto, quando il credito superi le cinquemila lire sarà ovviamente necessaria la scrittura ex art. 2787, 3° comma, c.c. e il problema del diritto di prelazione diventa un problema di grado fra più creditori, così che la soluzione del conflitto, sia tra i creditori successivi, sia tra i terzi, sarà data, per un verso, dall'esistenza di una scrittura di data certa anteriore a quella degli altri creditori, per un altro, dall'esistenza di una scrittura di data certa anteriore al pignoramento⁹.

La gestione dei conflitti risulta in ogni caso semplificata, e la pluralità di costituzioni sarebbe sempre possibile, se la pluralità di costituzioni in pegno ha ad oggetto non un bene mobile, ma un credito.

In questo caso infatti ciascun acquirente dovrà unicamente notificare la costituzione del suo pegno al debitore del credito impegnato, con la conseguenza che se le costituzioni in pegno sono avvenute in momenti successivi, ovvero in maniera indipendente l'una dall'altra, le date delle notifiche indicheranno l'ordine preferenziale fra i vari creditori in base al principio di priorità del titolo.

Il documento attestante il credito sottoposto a garanzia potrà invece essere consegnato solo ad un creditore, senza che tuttavia ciò conferisca a questi una partico-

⁷ Il vincolo di garanzia si costituisce pertanto a favore di colui che per primo ottiene il possesso della cosa o del titolo rappresentativo, con l'applicabilità, ove ne ricorreranno le condizioni sia dell'art. 1169 c.c., sia dell'art. 1380, 2° comma, c.c. (cfr. Gorla – Zanelli, *Del pegno, delle ipoteche, Commentario Scialoja e Branca*, 4° ed., 1992, 80).

⁸ Gorla – Zanelli, *op. cit.*, 81.

Se il primo creditore, però, si rifiuta di detenere la cosa non può esservi costretto (cfr. Rubino, *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*, in *Tratt. di dir. civ.*, diretto da F. Vassalli, Torino, 2a ed., 1956, 195; Gorla – Zanelli, *op. cit.*, 81).

⁹ Gorla – Zanelli, *op. cit.*, 94.

lare posizione, mentre anche sugli altri creditori graverebbe l'obbligo di compiere gli atti conservativi di cui all'art. 2802 cod. civ.¹⁰.

2.2. Nella seconda ipotesi (più pegni costituiti sullo stesso oggetto contemporaneamente e contestualmente ad opera di più creditori), il possesso della cosa o del titolo rappresentativo dovrà essere affidato di comune accordo ad un terzo custode, ovvero a più creditori congiuntamente, ovvero ad uno dei creditori nell'interesse comune che assumerà la funzione di custode rispetto agli altri¹¹; con l'eventuale ricorso alla designazione ad opera del giudice per l'eventualità che vi sia dissidio nella designazione del creditore al quale affidare la custodia.

Il regime degli eventuali conflitti sarà regolato, per quanto riguarda il grado di prelazione nei rapporti interni, dall'accordo interno con il quale si è costituito il pegno contestualmente e contemporaneamente tra più creditori, dato che in mancanza di un accordo in tal senso tutti concorreranno in pari grado¹². La scrittura di data certa, se in questa ipotesi non avrà una particolare importanza nei rapporti interni¹³, rileverà sempre e comunque nei confronti degli eventuali terzi creditori.

2.3. Nel caso invece di conflitto nascente dalla costituzione in pegno di diversi creditori su porzioni determinate per quantità di una massa omogenea di cose fungibili, si considerano sottoposti a pegno beni diversi, vale a dire le singole porzioni della massa quantitativamente determinate. Fermo restando che, per i problemi che in tal caso si pongono relativamente al possesso e alla custodia della cosa, si dovrebbe in ogni caso far capo alla disciplina di più diritti di pegno di diversi creditori sulla medesima cosa.

2.4. Va inoltre segnalato che potrebbe verificarsi anche il caso del concorso sullo stesso oggetto di un pegno e di un privilegio speciale sul bene mobile, ma in tal caso sovviene la disposizione di cui all'art. 2748, 1° comma, c.c. secondo cui «se la legge non dispone altrimenti, il privilegio speciale sui beni mobili non può esercitarsi in pregiudizio del creditore pignoratizio», e ciò a prescindere dall'antiorità del titolo.

¹⁰ Rubino, *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*, cit., p. 194-195.

¹¹ Gorla – Zanelli, *op. cit.*, 80.

¹² Gorla – Zanelli, *op. cit.*, 95.

¹³ Gorla – Zanelli, *op. cit.*, 95.

3. (segue). Vincoli su strumenti finanziari dematerializzati e disciplina dei conflitti

Sul piano della disciplina dei conflitti fra creditore pignoratizio e terzi, che vantano, in base a titoli diversi, diritti sul bene, ovvero sui beni, che formano oggetto del vincolo, un profilo di rilevanza privilegiato sul piano del confronto tra modelli di garanzia è quello offerto dal sistema dei vincoli su titoli e strumenti finanziari dematerializzati.

La disciplina in materia¹⁴, infatti, si avvale sia per la costituzione del vincolo, sia per la sua opponibilità ai terzi, unicamente delle registrazioni in appositi conti tenuti dall'intermediario, che dovrà comunicare le registrazioni all'emittente nei casi e nei termini previsti dalla legge e quindi con una tecnica alternativa, ma funzionalmente equivalente, allo spossessamento del costituente; di modo che la tecnica scritturale (della registrazione del vincolo) sostituisce il meccanismo della *traditio rei* (spossessamento), senza peraltro in tal modo alterare la qualificazione del contratto secondo il tipo legale "pegno"¹⁵.

Il vincolo di garanzia prende dunque origine, ed efficacia verso i terzi, dal momento della costituzione – che in questa fattispecie coincide con quello dell'iscrizione del vincolo nel registro e quindi coincide anche con il momento in cui si produce l'effetto di opponibilità ai terzi del vincolo reale di garanzia – e la sua continuità nel tempo è assicurata dal legislatore anche se gli strumenti finanziari registrati in conto, che sono l'oggetto della garanzia pignoratizia, vengono nel tempo sostituiti o integrati, purché con altri strumenti di "pari valore".

Il legislatore in questa fattispecie ha infatti seguito l'elaborazione dottrinale¹⁶ ed ha applicato il principio secondo il quale «per gli strumenti finanziari registrati in conto in sostituzione o integrazione di altri strumenti finanziari registrati nel medesimo conto, a parità di valore, la data di sostituzione del vincolo è identica a quella degli strumenti finanziari sostituiti o integrati» (così l'art. 35, comma 1 del provvedimento Banca d'Italia e Consob del 22 febbraio 2008).

¹⁴ D.lgs. n. 58 del 24 febbraio 1998; d.lgs. n. 213 del 24 giugno 1998, e relative deliberazioni di attuazione della Banca d'Italia e Consob; D.M. 31 luglio 1998 e 27 novembre 1998, per la disciplina dei titoli di Stato; nonché, seppur per limitati aspetti, anche nel d.lgs. 12 aprile 2001, n. 210 (di attuazione della direttiva 98/26/CE sulla definitività degli ordini immessi in un sistema di pagamento o di regolamento titoli); da ultimo anche nel d.lgs. 21 maggio 2004 n. 170 (attuazione della direttiva 2002/47/CE, in materia di contratti di garanzia finanziaria)

¹⁵ Cfr. già E. Gabrielli, *Il pegno "anomalo"*, Padova, 1990, 123 ss.; E. Gabrielli, *Il pegno*, cit., 254-255. Nello stesso senso cfr. ora i richiami, a quanto sostenuto nel testo, accolti nella motivazione di Cass. 27 ottobre 2006, n. 23268, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2008, II, 308, con nota di Azzaro, *Pegno rotativo su titoli dematerializzati, spossessamento revocatoria fallimentare nel dialogo tra dottrina e giurisprudenza* e di De Luca, *Res quae tangi non possunt (a proposito di dematerializzazione, pegno, individuazione del "bene")*.

¹⁶ E. Gabrielli, *Il pegno "anomalo"*, cit., 181 ss.

Ne deriva che ogni sostituzione ovvero integrazione degli strumenti finanziari – che dovrà essere effettuata in modo tale da mantenere “*l’integrità del valore del vincolo*” – non modificherà il diritto di prelazione del creditore rispetto ai terzi, neppure in caso di fallimento, poiché sarà regolata dall’anteriorità della registrazione del diritto di garanzia.

4. Costituzione del vincolo di garanzia, diritto di prelazione e regolazione dei conflitti nella garanzia mobiliare “*dīyāquán*”

Nel caso dell’art. 181 della legge cinese, al pari di quanto avviene nel diritto italiano¹⁷, sembrerebbe dunque che, sul piano teorico, si possa scindere il momento della costituzione del vincolo da quello della sua opponibilità ai terzi, vale a dire da quello della creazione del diritto di prelazione.

La costituzione del vincolo, infatti, avviene con l’accordo scritto di cui agli artt. 181 e 185, mentre l’opponibilità del diritto, e quindi il diritto di prelazione, con la registrazione del vincolo prevista nell’art. 189, laddove espressamente si afferma che «l’ipoteca si costituisce dal momento in cui entra in vigore il contratto di ipoteca; se non si è effettuata la registrazione, non la si può opporre ai terzi di buona fede».

Una conferma in tal senso, ritengo che possa trarsi anche dall’esame degli artt. 185 e 187 per il diverso tipo di ipoteca sui beni previsti nell’art. 180.

Se tale ricostruzione è corretta, allora a me pare che si possa concludere nel senso il diritto cinese distingue i due momenti: quello della costituzione della garanzia e quello successivo della sua efficacia ed opponibilità ai terzi.

L’accordo scritto determina la costituzione del vincolo; la successiva (o in alcuni casi contestuale) registrazione dell’atto di costituzione di ipoteca produce invece l’effetto della sua opponibilità ai terzi.

In questo modo, secondo la tradizionale distinzione tra titolo per la costituzione e costituzione del diritto di garanzia, il sistema legislativo cinese affida alla registra-

¹⁷ Cfr. E. Gabrielli, *Il pegno*, cit., 15 ss., nel sistema italiano nell’analisi strutturale del diritto di garanzia i due profili, pur essendo collegati nell’unità dell’istituto, sono scindibili, poiché la prelazione è strumentale rispetto alla garanzia, di per sé già qualificante il fenomeno.

La prelazione infatti rafforza in senso esclusivo, nei confronti dei terzi creditori, il carattere dell’assolutezza, in ogni caso presente nel contenuto del diritto di garanzia in virtù della nota dell’inerenza e del diritto di seguito, sicché l’assolutezza investe non soltanto soggetti passivi, ma anche posizioni concorrenti che, normalmente (vale a dire senza la prelazione), sarebbero collocate sullo stesso piano.

Sul piano della teoria generale delle garanzie reali è dunque possibile distinguere, seppur con le diversità dettate dalla struttura formale di ciascuna fattispecie, il piano della garanzia da quello della prelazione, in quanto la garanzia attiene alla rilevanza interna dell’atto, cioè al rapporto sorto tra i soggetti dell’operazione contrattuale; la prelazione attiene, viceversa, alla rilevanza esterna, incidendo sul regime della circolazione del diritto: opponibilità del titolo, soluzione dei conflitti di interesse tra costituente, creditore garantito e terzi.

zione del contratto di costituzione della garanzia – e quindi come dice l'art. 197 “al momento della sua registrazione” – la produzione dell'efficacia e dell'opponibilità ai terzi del diritto di garanzia, e pertanto affida a tale meccanismo anche la disciplina per la soluzione del conflitto tra più garanzie costituite sullo stesso bene o sullo stesso insieme di beni mobili.

Secondo la dottrina cinese, però, rimarrebbe qualche profilo problematico in merito all'ordine di soddisfazione dei creditori in caso di conflitto tra più garanzie che concorrono tra loro.

Si afferma infatti che «se si attribuisce il diritto di prelazione alla soddisfazione sul singolo bene ipotecato, vale a dire se si attribuisce al creditore un “doppio diritto di prelazione” un tal genere di trattamento apparirebbe fin troppo vantaggioso, nonché ingiusto nei confronti del creditore ipotecario su un singolo bene ipotecato. Secondo quanto dispone l'art. 189, comma 2 della legge sui diritti reali, il creditore ipotecario sul bene singolo deve essere soddisfatto in via privilegiata rispetto al creditore di garanzia fluttuante»¹⁸.

A me pare che, in realtà, non possa crearsi un'ipotesi di conflitto tra le due forme di ipoteca, poiché si tratta di fattispecie che operano su piani diversi, soprattutto se l'ipoteca di cui all'art. 180 venga costituita congiuntamente su tutti i beni indicati nello stesso articolo, dato che la garanzia fluttuante “*dyāquán*” aggredisce, dal momento della sua costituzione e della sua opponibilità determinati beni che non sono soltanto quelli presenti, ma sono anche quelli “nella disponibilità attuale e futura” (art. 181), mentre l'ipoteca di cui all'art. 180 presuppone che i beni siano già presenti al momento della creazione del vincolo.

Il concorso tra le due fattispecie non sembrerebbe determinare quindi ipotesi di conflitto, giacché, anche sulla base di quanto espressamente dispone l'art. 199 della legge sui diritti reali, sarà l'ordine di registrazione del vincolo che regolerà la prevalenza di una garanzia sull'altra, dato che l'esecuzione forzata per il recupero del credito avrà in ogni caso ad oggetto «i beni mobili con riferimento al momento in cui si fa valere il credito» (art. 181), ed il limite di opponibilità del titolo è dato solo dall'esistenza di un «compratore che abbia pagato un prezzo corrispettivo ragionevole, ed abbia ottenuto i beni ipotecati nel corso della normale attività di gestione» (art. 189).

In maniera analoga a quanto avviene nel diritto italiano la disciplina di regolazione dei possibili conflitti nel diritto cinese sembra dunque prescindere sia dal tipo di garanzia, sia dalla natura (bene mobile o diritto) dell'oggetto sul quale la garanzia stessa è stata costituita, poiché, una volta costituito il diritto di garanzia reale, la sua

¹⁸ Liu Baoyu, *Progressi della legge sui diritti reali in materia di garanzia e miglioramenti delle relative normative*, in Schipani e Terracina (a cura di), *Le nuove leggi cinesi e la codificazione. La legge sui diritti reali*, cit., 235.

efficacia ed opponibilità rispetto ai terzi, e quindi lo strumento per disciplinare i possibili conflitti, dipende dalla anteriorità nell'acquisizione del diritto di prelazione, vale a dire dalla anteriorità nella registrazione del contratto di costituzione del diritto di garanzia reale.

Riflessioni sull'unico azionista e le società unipersonali

di Fabrizio Di Girolamo

SOMMARIO: 1. Le disposizioni del codice civile applicabili alla società con unico azionista. Il vecchio art. 2362 c.c. – 2. La società unipersonale per azioni è una vera e propria società azionaria. – 3. Le regole pubblicitarie. – 4. Le dichiarazioni richieste dalla legge. Il concetto di appartenenza totalitaria. – 5. Ancora sugli adempimenti pubblicitari. – 6. I rapporti fra la società e il suo unico azionista. – 7. Postilla.

1. Le disposizioni codicistiche applicabili alla società con unico azionista. Il vecchio art. 2362 c.c.

Il legislatore del 2003/2004 ha distribuito le regole sull'unico azionista fra più disposizioni codicistiche (oltre all'art. 2362, v. gli artt. 2250, comma 4, 2325, comma 2, 2328, comma 1, 2331, comma 2, parte seconda, 2342, commi 2 e 4, e, indirettamente ma non senza perplessità di ordine sistematico, l'art. 2439, comma 1, per il rinvio operato al comma 4 dell'art. 2342).

Se da un lato questa frammentazione normativa può apparire inopportuna e dispersiva per l'interprete, dall'altro bisogna prendere atto che attualmente esiste nell'ordinamento una disciplina sufficientemente definita non tanto dell'unico azionista in sé, quanto piuttosto delle *società con unico socio* o, se si preferisce, *unipersonali*, perché pur sempre di società si tratta – vale a dire di imprese organizzate in forma di società –, per quanto integralmente possedute da una persona soltanto.

Prima della riforma, infatti, le regole sull'unico azionista erano “concentrate” nel solo art. 2362 v.t., il cui contenuto lo si ritrova oggi – fatta salva una variazione lessicale sul tema dell'appartenenza di tutte le azioni – nell'art. 2325, comma 2, parte prima.

Il codice *ante* riforma, nell'art. 2362, si arrestava a sancire, senza soverchie precisazioni, una “sanzione” patrimoniale a carico dell'azionista solitario in presenza dell'insolvenza della società da lui partecipata. La disposizione limitava nel tempo la responsabilità illimitata dell'unico azionista rendendola operativa in una sola e peculiare evenienza, ma, per come era formulata, sollevava non marginali problemi interpretativi: poteva considerarsi, a seconda delle differenti visioni della realtà (o, se si vuole, ideologie), ora una mina vagante, pronta a essere usata come arma di ricatto da parte di curatori fallimentari e giudici delegati spregiudicati desiderosi di incrementare le masse attive dei fallimenti sociali; ora, al contrario, un'arma spuntata

e innocua, facilmente raggiungibile da astuti imprenditori esercitanti attività d'impresa sostanzialmente individuale al riparo però dello scudo della responsabilità limitata. Una disposizione che senza dubbio poteva essere manipolata in un senso o nell'altro e comunque non sempre in modo aderente alla *ratio* sottesa¹.

L'art. 2362 v.t., pretendendo di dettare *uno speciale criterio di attribuzione della responsabilità d'impresa in un caso particolare*, appariva rozzo nella prosa e arretrato nei fini che si proponeva, nonostante le varie interpretazioni – adeguate, raffinate

¹ Cfr. per avere un'idea, da un lato, i celebri scritti di Ascarelli, *Considerazioni in tema di società e personalità giuridica*, in *Riv. dir. comm. e obbligazioni*, 1954, I, 245; *Società di persone tra società; imprenditore indiretto; azionista sovrano*, in *Foro it.*, 1956, I, 405; *Ancora sul socio sovrano e sulla partecipazione di una società di capitali a una società di persone*, *ivi*, 1957, I, 1443; *Personalità giuridica e problemi delle società*, in *Riv. società*, 1957, 921; *Ancora in tema di imprenditore occulto*, *ivi*, 1958, 1153; *Imprenditore occulto e partecipazione di una società di capitali a una società di persone*, in *Foro it.*, 1959, I, 1519 (tutti i citati saggi, eccettuato il primo, sono raccolti nei due volumi de i *Problemi giuridici*, Milano, 1959); dall'altro, in netta contrapposizione, quelli di Bigiavi, *Fallimento di soci sovrani, pluralità di imprenditori occulti, confusione di patrimoni*, in *Giur. it.*, 1954, I, 2, 691; *L'imprenditore occulto*, Padova, 1957; *L'imprenditore occulto nelle società di capitali e il suo fallimento in «estensione»*, *ivi*, 1959, I, 2, 166; *Responsabilità illimitata del «socio tiranno»*, *Foro it.*, 1960, I, 1180; *Difesa dell'«imprenditore occulto»*, Padova, 1962; *«Imprese» di finanziamento come surrogati del «socio tiranno» imprenditore occulto*, in *Giur. it.*, 1967, IV, 49.

Lo studio più completo in argomento (che aderisce alla posizione ascarelliana) resta ancora adesso quello di Scotti Camuzzi, *L'unico azionista*, nel *Tratt. Colombo-Portale*, 2**, Torino, 1991 (di cui v. anche *Osservazioni in tema di socio unico azionista*, in *Jus*, 1977, 164, *La società con unico azionista come fenomeno tipico del gruppo societario*, in *Riv. società*, 1986, 465, e *Società di comodo e unico azionista*, *ivi*, 1990, 1372, e); la visione bigiaviana è stata fatta propria, non senza tratti innovativi, soprattutto da Galgano, *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica (Studi per un libro sulle persone giuridiche)*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 553; *Delle persone giuridiche (Disposizioni generali – Delle associazioni e delle fondazioni)*, nel *Comm. Scialoja-Branca*, Roma-Bologna, 1969, *passim*; *La società e lo schermo della personalità giuridica*, in *Giur. comm.*, 1983, I, 5; *Diritto civile e commerciale*, III, 2, Padova, 1994, 85 ss.; *L'abuso della personalità giuridica nella giurisprudenza di merito (e negli «obiter dicta» della Cassazione)*, in *Contratto e impresa*, 1987, 365; *Il socio illimitatamente responsabile è, dunque, imprenditore*, *ivi*, 2000, 607; *I gruppi di società*, Torino, 2001, 199 ss.

Numerosi, poi, sono i saggi dedicati al tema specifico e le note a sentenza, tra cui v., in particolare, Pavone La Rosa, *La teoria dell'«imprenditore occulto» nell'opera di Walter Bigiavi*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, I, 623; Pellizzi, *Unico azionista e controllo totalitario indiretto*, in *Giur. comm.*, 1981, II, 615; Denozza – Presti, *Questioni in tema di «unico azionista»*, *ivi*, 1982, II, 614; Inzitari, *La vulnerabile persona giuridica*, in *Contratto e impresa*, 1985, 679; Weigmann, *Oltre l'unico azionista*, in *Giur. comm.*, 1986, II, 538.

In giurisprudenza (limitando le citazioni alla Corte regolatrice), sull'unico azionista, gli argomenti a vario titolo connessi e con soluzioni dissimili, Cass., 19.11.1981, n. 6151, in *Foro it.*, 1982, I, 2897; Cass., 14.12.1981, n. 6594, *ivi*, 1982, I, 2411; Cass., 7.10.1982, n. 5143, *ivi*, 1982, I, 2410; Cass., 9.12.1982, n. 6712, in *Giur. comm.*, 1983, II, 683; Cass., 29.11.1983, n. 7152, e Cass., 9.3.1984, n. 1636, *ivi*, 1984, II, 694, con nota redazionale; Cass., 9.5.1985, n. 2879, in *Società*, 1985, 717; Cass., 27.8.1987, n. 7064, *ivi*, 1987, 1149; Cass., 24.2.1986, n. 1088, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, 959; Cass., 17.1.1987, n. 73, in *Soc.*, 1987, 364, con nota di Inzitari; Cass., 28.4.1994, n. 4111, in *Nuova giur. comm.*, 1995, I, 140, con commento di Weigmann; Cass., 23.6.1998, n. 6246, *ivi*, 2000, I, 460, con nota di Bilotti, *Intestazione simulata di azioni, rapporto fiduciario e mandato senza rappresentanza*; Cass., 10.3.1999, n. 2053, Cass., 22.3.2000, n. 3365, e Cass., 17.8.2001, n. 11161, *ivi*, 2002, I, 431, annotate da Casale, *Questioni in tema di unico azionista e di pegno di azioni*; Cass., 7.11.2002, n. 15633, in *Giur. it.*, 2003, 947, con nota redazionale; Cass., 14.5.2005, n. 10129, in *Giur. it.*, 2006, 755, con nota di Weigmann; Cass., 31.1.2008, n. 2422, in *Soc.*, 2008, 569.

o ardite che fossero – ricevute nel tempo. Rozzezza e arretratezza dovute al fatto che la disposizione risentiva della concezione del tempo ancora legata ad una visione statica del diritto di proprietà sui beni e poco attenta alle molto dissimili esigenze dinamiche dell'impresa², finendo, sul versante operativo, per condizionare la giurisprudenza: scorrendo i repertori si ha la sensazione non tanto di una mancata uniformità giurisprudenziale, quanto invece di una certa intima insoddisfazione applicativa della norma e di una sua intrinseca incompiutezza.

Lo dimostra, al di là di ogni ragionevole dubbio, il ricorso che, nel tentativo di “completare” una disciplina altrimenti monca, i giudici hanno non di rado fatto all'istituto della simulazione (o al meccanismo del procedimento indiretto in frode alla legge)³ e, quindi, a una fattispecie esterna, quando non estranea, al complessivo assetto di interessi protetti dal diritto societario, perché ideata per dirimere conflitti nel mondo dei contratti (segnatamente di scambio) e non sempre pianamente applicabile alle organizzazioni collettive⁴.

Il discorso vale in particolar modo per la simulazione e le sue non trascurabili incertezze interpretative, testimoniate dall'ampia casistica: la lettura del fenomeno sembra, infatti, risentire ancora oggi di incrostazioni volontaristiche ed appare più orientata alla tutela della proprietà immobiliare (quindi del patrimonio) che non a fornire un'adeguata risposta alle esigenze di garanzia e sicurezza nei traffici commerciali e nei relativi rapporti intersoggettivi (fonti di reddito); inidonea ad assicurare certezza e stabilità alle dichiarazioni negoziali e ai loro effetti in un contesto dove la mobilità dei beni è massima fino alla rarefazione più spinta della *res* e dove le *regole* appaiono senz'altro più significative dell'atto di volontà in sé⁵.

Le regole, per questa via, acquistano posizione strategica per l'edificazione di una solida disciplina dei mercati e una diffusa affidabilità delle *dichiarazioni* finalizzate ad una corretta circolazione dei beni.

² Corsi, *Impresa e mercato in una nuova legge fallimentare*, in *Giur. comm.*, 1995, I, 334.

³ Cfr., ad es., Cass., 7.10.1982, n. 5143, cit.; Cass., 29.11.1983, n. 7152, cit.; Cass., 9.5.1985, n. 2879, cit.; Cass., 17.1.1987, n. 73, cit.; Cass., 27.8.1987, n. 7064, cit.; Cass., 23.6.1998, n. 6246, cit.; Cass., 10.3.1999, n. 2053, cit.; Cass., 7.11.2002, n. 15633, cit.; Cass., 31.1.2008, n. 2422, cit.; T. Milano, 25.9.1980, in *Giur. comm.*, 1981, II, 480; A. Milano, 5.2.1982, in *Banca borsa*, 1982, II, 1; T. Milano, 18.3.1985, in *Foro padano*, 1985, I, 75; A. Milano, 23.9.1986, in *Giur. comm.*, 1988, II, 889; T. Milano, 3.9.1992, *ivi*, 1993, II, 659; T. Milano, 25.10.1995, *ivi*, 1997, II, 609; T. Roma, 10.5.1995, in *Riv. dir. comm. e obbligazioni*, 1998, II, 141; A. Milano, 4.4.1995, in *Banca borsa*, 1998, II, 61; T. Monza, 31.3.2005, in *Giur. comm.*, 2006, II, 530.

⁴ Per quest'impostazione di fondo, per tutti, P. Ferro-Luzzi, *I contratti associativi*, Milano, 1971, e Angelici, *Società per azioni e in accomandita per azioni*, in *Enc. Dir.*, XLII, Milano, 1990, 977 ss. Ma v. anche Jaeger, *Le società del gruppo tra unificazione ed autonomia*, in *I gruppi di società*, a cura di Pavone La Rosa, 1982, II, 1439; Spada, *L'alienazione del governo delle società per azioni*, *ivi*, III, 2175 ss.; nonché Id., *Groups of Companies in Italian Law*, in *Groups of Companies in the EEC*, by Wymeersch, Berlin – New York, 1993, 194.

⁵ Casella, *Simulazione (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XLII, Milano, 1990, 613 s. Sulla simulazione nelle s.p.a., cfr., per tutti, Palmieri, *La nullità della società per azioni*, nel *Tratt. Colombo – Portale*, 1*, 2004, 514 ss.

Inutile dire che il sistema – quello del diritto commerciale (e *in primis* il diritto societario) – si muove in questa direzione. Così, non può non valorizzarsi, nell'ambito del mercato e senza con ciò voler inclinare verso visioni istituzionalistiche della società (per azioni), l'*impresa* quale centro di imputazione di attività in senso lato, e pur tuttavia non risolvibile unicamente in ciò, omettendo di considerare la componente organizzativa che dell'organismo produttivo, che suole definirsi *impresa*, rappresenta un elemento caratteristico e necessario, oltre che un dato ontologico identificante la sua vera essenza, o se si preferisce la sua concreta materialità⁶.

Il nuovo art. 2362, allora, insieme alle altre norme sopra passate in rassegna, detta (una parte de) la disciplina applicabile alle società con unico socio, la cui responsabilità illimitata (contemplata nell'art. 2325, comma 2) è soltanto un *di cui*, in chiave di eccezione, della più ampia normativa in punto di società per azioni unipersonale, alle quali, in quanto organizzazioni, si applicheranno le disposizioni previste per le società azionarie pluripersonali, pur se con qualche accorgimento *in aggiunta* data la particolarità della situazione⁷.

2. La società unipersonale per azioni è una vera e propria società azionaria

La regola sulla responsabilità patrimoniale espressa dall'art. 2325, comma 2, gioca un ruolo determinante in quest'ottica: la difforme natura della responsabilità dell'azionista unico e della società da costui partecipata, o in termini più diretti la distinzione dei rispettivi patrimoni, si riverbera sul piano dei rapporti interni fra socio e società, illuminando la posizione del primo in quanto tale e non in quanto terzo⁸.

Si tratta di una responsabilità, quella dell'azionista totalitario (che per regola generale è limitata al conferimento⁹), da intendere – al pari di quella del socio, di ogni socio di società di capitali pluripersonale – come espressione di una deroga al principio di diritto comune stabilito dall'art. 2740 c.c.¹⁰: l'unico azionista è responsabile per le ob-

⁶ Corsi, *Impresa e mercato*, cit., 330.

⁷ Cfr. Rivolta, *Autonomia privata e strumenti per l'esercizio delle imprese minori*, in *Riv. società*, 2010, 1284, secondo il quale «... sotto il profilo organizzativo, strumentale all'esercizio dell'impresa, anche la società unipersonale va considerata "vera società" a tutti gli effetti». Ma v. Minneci, *S.r.l. unipersonali*, nel *Comm. s.r.l. dedicato a Portale*, Milano, 2011, 49, che dà atto della tendenza a scorgere nel regime delle società unipersonali un apposito statuto con valore transtipico e reputa difficoltoso intravedere nella disciplina delle unipersonali tratti comuni alle altre società di capitali (come attesterebbero l'art. 2522, comma 2, c.c., in materia di cooperative, e la normativa sulla s.a.p.a.).

⁸ Cfr. Angelici, *Le disposizioni generali sulla società per azioni*, nel *Tratt. Rescigno*, 16, Torino, 1985, 221; Piras, *Le nuove frontiere della unipersonalità societaria: Saturno non divorerà più i suoi figli?*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da Abbadessa e Portale, 1, Torino, 2006, 345 s.

⁹ Cfr. Gambino, *Limitazione di responsabilità, personalità giuridica e gestione societaria*, in *Il nuovo diritto delle società*, cit., 1, 48.

¹⁰ V., *amplius*, Scotti Camuzzi, *L'unico azionista*, cit., 686 ss.; Weigmann, *Oltre l'unico azionista*, cit., 540; in

bligazioni sociali, soltanto in ipotesi di insolvenza della società (e quindi in via sussidiaria) e limitatamente ai debiti sorti durante il periodo in cui tutte le azioni si sono concentrate nelle sue mani (a differenza di quanto accade nelle società di persone e con gli adattamenti del caso per la società in accomandita semplice¹¹), ma a condizione che egli non abbia eseguito integralmente i conferimenti (in denaro e/o in natura) nei termini e con le modalità prescritti dall'art. 2342 e che non si sia dato corso alla pubblicità nei modi e termini richiesti dalla disposizione in commento¹². Pur di fronte all'insolvenza della società solitariamente partecipata e addirittura a una sua conclamata e irreversibile impotenza economica, l'unico socio non potrà essere chiamato a rispondere dei debiti sociali ove in regola con le prescrizioni di cui agli artt. 2342 e 2362¹³.

giurisprudenza, *ex multis*, Cass., 10.3.1999, n. 2053, e Cass., 17.8.2001, n. 11161, *citt.* Per Galgano, *Delle persone giuridiche*, cit., 49, invece, la responsabilità personale dell'unico azionista, rispondendo egli di debiti in origine propri (al pari dei soci illimitatamente responsabili delle società di persone), costituirebbe una riattivazione del principio generale di cui all'art. 2740 c.c. (in quest'ottica, il vecchio art. 2362, quale espressione dell'art. 2740, comma 1, c.c., non veniva inteso come una regola eccezionale rispetto all'art. 2325, ma era quest'ultimo a essere considerato eccezionale, con tutto quel che ne conseguiva *ex art.* 14 disp. prel.). Per una sintesi del pensiero dottrinale e giurisprudenziale, Casale, *Questioni*, cit., 448 ss.

Di regola opposta a quella adottata dal codice del '42 discorre G. F. Campobasso, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*, a cura di M. Campobasso, Torino, 2012, 176.

¹¹ Che il socio unico, pur quando chiamato a rispondere delle obbligazioni sociali personalmente, non si trovi nella medesima posizione dei soci di società di persone e non possa essere accomunato a costoro, discende oggi, più di ieri, dall'art. 147 l. fall.: la società per azioni e quella a responsabilità limitata non vengono attratte nel suo campo di applicazione, talché il fallimento della società non si estende all'unico azionista (v. Piras, *Le nuove frontiere*, cit., 346 ss.; A. Nigro, *Diritto societario e procedure concorsuali*, in *Il nuovo diritto delle società*, cit., 1, 179 s.; Cass., 12.11.2008, n. 27013, in *Giur. comm.*, 2009, II, 301, con nota di Buonocore, *Azionista unico, «sovrano», «tiranno»: functi munere suo?* [che correttamente ritiene che la disposizione del nuovo art. 147 l. fall. sarà esplicitamente inapplicabile non soltanto all'unico azionista, ma anche implicitamente all'azionista sovrano o tiranno]; Cass., 4.2.2009, n. 2711, in *Soc.*, 2009, 449; Cass., 14.4.2010, n. 8964, in *Foro padano*, 2010, 681).

Di fronte a ciò, si potrebbe sostenere che proprio perché il legislatore fallimentare è intervenuto esplicitamente sul punto, la teoria bigiaviana sulla fallibilità dell'imprenditore indiretto non era infondata.

¹² A differenza che in passato, l'insolvenza della società non è più di per sé causa sufficiente per far sorgere la responsabilità personale dell'unico azionista, ma mero presupposto dipendente da altre due circostanze (l'integrale liberazione del conferimento entro un dato termine e l'attuazione della richiesta pubblicità, anch'essa entro un determinato tempo): Piras, *Le nuove frontiere*, cit., 342 s.

¹³ La puntualizzazione fatta nel testo, permette – sia ragionando sulla “sanzione” in sé e il momento in cui si applica, sia tenendo presente che l'insolvenza della società totalitariamente partecipata non fa scattare la responsabilità personale del suo unico socio se non quando questi sia restato inadempiente agli obblighi di cui agli artt. 2342 e 2362 – di configurare entro termini rigorosamente oggettivi e formali la fattispecie dell'unico azionista, escludendo che l'art. 2325, comma 2, gli si applichi di fronte ai suoi abusi sostanziali (cfr. Sanfilippo, nel *Comm. Niccolini – Stagno d'Alcontres*, I, Napoli, 2004, *sub art.* 2362, 434, che parla di sanzioni autonome e proporzionate; M. Serra, *sub art.* 2362, nel *Comm. Perlingieri*, II, Napoli – Roma, 2010, 1340 s.; e prima della riforma Montalenti, *L'abuso della personalità giuridica*, in *Persona giuridica, gruppi di società, corporate governance. Studi in tema di società per azioni*, Padova, 1999, 40; in particolare, G. F. Campobasso, *La responsabilità del socio nella s.r.l. unipersonale*, in *Giur. comm.*, 1994, I, 230, che, a proposito delle situazioni previste dall'art. 2497 v.t., rimarcava trattarsi di situazioni oggettive e formali, che non consentivano alcun margine alla teoria del dominio di fatto; in giurisprudenza: Cass., 7.11.2002, n.

Se è vero, inoltre, che il creditore particolare del socio non è titolato ad agire direttamente sul patrimonio della società, è altrettanto vero che la responsabilità dell'unico azionista non si sostituisce né si sovrappone a quella della società, ad essa soltanto aggiungendosi¹⁴.

Il che da un canto vale a ridimensionare (e comunque conduce a risolverla positivamente) la questione di fondo sul se la società unipersonale sia effettivamente ascrivibile al novero delle società "vere"¹⁵, anziché a quello delle fondazioni lucrative, e d'altro canto porta a negare che l'unico azionista il quale si sia ingerito nella gestione dell'impresa perda, al di fuori dei casi esplicitamente previsti dalla legge e al pari del socio accomandante, il beneficio della responsabilità limitata¹⁶.

All'unico azionista, oggi più di ieri (stante anche il più puntuale disposto del nuovo art. 2325, comma 2), non sarà addossabile, ferme le ipotesi espressamente indicate nella disposizione citata, sempre e in ogni caso o in particolari casi patologici una responsabilità per rischio (*Gefährdungshaftung*), ma semmai una per violazione (*Verletzungshaftung*)¹⁷, come dimostra indirettamente la normativa sulla responsabilità per danni da scorretto e abusivo esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, che troverà terreno fertile in *sedes materiae*¹⁸: statisticamente l'utilizzo delle società unipersonali, più che per separare rami aziendali di imprenditori

15633, cit.; Cass., 31.1.2008, n. 2422, cit.). Per Pellizzi, *Unico azionista*, cit., 621, però, il vecchio art. 2362 presentava una soluzione bifronte con una soluzione draconiana: «tutta la possibilità di sussistenza... alla persona giuridica come tale; ma, al tempo stesso, nessuna possibilità... che tale sussistenza e tale dottrina possano invocarsi per sottrarre il *dominus* dell'impresa alla sua naturale responsabilità patrimoniale», sicché, ed era significativo che a sostenerlo fosse un fautore della teoria della persona giuridica, la disposizione sanciva una prevalenza della sostanza (effettivo governo dell'impresa) sulla forma (imputabilità di questo governo dell'impresa alla persona giuridica); Scotti Camuzzi, *L'unico azionista*, cit., 871 ss., che postulava l'inutilità, prim'ancora che l'inammissibilità, dell'applicazione analogica dell'art. 2362 v.t. al caso del controllo totalitario per il tramite di società controllata interamente posseduta, stante l'unicità dell'interesse sociale perseguito, che sarebbe quello dell'unico azionista-società madre; e cfr. già P. Rescigno, *La persona giuridica «unico azionista» (Nota attorno all'art. 2362 cod. civ.)*, in *Banca borsa*, 1971, I, 479 ss.; cui *adde* Denozza – Presti, *Questioni*, cit., 626 s.; Weigmann, *Oltre l'unico azionista*, cit., 560.

¹⁴ Cfr., per tutti, Angelici, *Le disposizioni generali*, cit., 221.

¹⁵ Dice bene chi scrive, a proposito della società unisoggettiva, che «chiamarla "società" è un nonsenso in base alla teoria generale; ma ha una spiegazione se per società si sia finito per intendere un modulo organizzativo dell'impresa»: Corsi, *Diritto dell'impresa*, Milano, 2003, p. 107; v. anche Rivolta, *Autonomia privata*, cit., 1284.

¹⁶ Problemi che si poneva Oppo, *Potere e responsabilità nella riforma delle società per azioni, Impresa e società, Studi dedicati a Federico Martorano*, Napoli – Roma, 2006, 744, per il quale la società personale, più che a una società vera, assomiglia a una fondazione lucrativa; e v. altresì gli scritti di P. Rescigno, *Fondazione e impresa*, in *Riv. società*, 1967, 812 ss., e di Costi, *Fondazione e impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, 1 ss.

¹⁷ Cfr. Angelici, *Società unipersonali: l'esperienza comparatistica*, in *Soc.*, 1993, 895; Chieffi, *La società unipersonale a responsabilità limitata*, Torino, 1996, 79 s. (ove copiosi riferimenti di diritto comparato); Piras, *Le nuove frontiere*, cit., 347 s.; Stimpel, *Haftung im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern*, in *ZGR*, 1991, 148; Ulmer, in Hachenburg, *GmbHG-GrossKommentar. Ergänzungsband*, Berlino-New York, 1994, 639.

¹⁸ Sanfilippo, nel *Comm. Niccolini – Stagno d'Alcontres*, cit., 434, discorre di responsabilità per danni da gestione (che dipende da un comportamento: *Verhaltenshaftung*), piuttosto che da struttura (*Strukturhaftung*); M.

individuali, avviene soprattutto allo scopo di segmentare le attività esercitate, mantenendo tuttavia il controllo totalitario sulle singole imprese riunite in gruppo¹⁹, il cui rilievo organizzativo assume valore condizionante rispetto al regime di responsabilità applicabile, incidendo, com'è fatto palese dall'art. 2497 c.c., sulle condizioni richieste affinché il responsabile risponda dei danni eventualmente procurati²⁰.

Il modello organizzativo – sia o meno di gruppo (la conclusione non muta) – e il suo concreto atteggiarsi costituiscono un elemento integrante il regime di responsabilità invocabile, tant'è che, parafrasando una fortunata espressione, si potrebbe compendiare il concetto esposto nella locuzione *organizzazione e responsabilità* in luogo della vecchia (molto usata, sovente abusata, ma ormai superata) *potere e responsabilità*²¹: *la disciplina di un'attività e le sue conseguenze in termini di responsabilità dipendono dalla modalità in cui la prima viene organizzata*.

La prevalenza qui del profilo strutturale su quello funzionale spinge a una conclusione ancor più estrema in punto di società azionarie, che trova conferma proprio nella previsione del modello unipersonale di organizzazione dell'impresa societaria. Se la responsabilità di un dato soggetto – azionista totalitario, maggioritario o minoritario, o dominatore di fatto pur senza essere socio – dipende, come si è visto, dall'organizzazione in concreto allestita per l'esercizio di una certa attività d'impresa, ne consegue che la limitazione di responsabilità degli azionisti di cui discorre l'art. 2325, comma 1, non può assurgere a elemento essenziale e indefettibile della società per azioni, attenendo il regime di responsabilità all'area della disciplina piuttosto che a quella della fattispecie²².

Oltretutto, il concetto di nozione di società per azioni, che era preannunciato dalla rubrica del previgente art. 2325, già messo a dura prova, è entrato ormai definitivamente in crisi in seguito alla riforma societaria: oltre ad aver modificato la rubrica (da *nozione* in *responsabilità*), il d. lg. 17 gennaio 2003, n. 6, ha soppresso il comma 2 dell'art. 2325 (trasfuso ora nel comma 1 dell'art. 2346 c.c.), sostituendolo con uno nuovo, appunto, sulla responsabilità personale dell'azionista totalitario²³.

Rescigno, *Soci e responsabilità nella nuova s.r.l.*, in *AGE*, 2003, 303 ss.; D'Alessandro, *La provincia del diritto societario inderogabile (ri)determinata. Ovvero: esiste ancora il diritto societario?*, in *Riv. società*, 2003, 40.

¹⁹ Scotti Camuzzi, *La società con unico azionista*, cit., 465 ss.; Weigmann, *Società di un solo socio* in *Digesto comm.*, XIV, Torino, 1997, 219; Spada, *Classi e tipi di società dopo la riforma organica (guardando alla «nuova» società a responsabilità limitata)*, in *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, a cura di G. Cian, Padova, 2004, 166; Presti, *sub art. 2462*, nel *Comm. Benazzo – Patriarca*, Torino, 2006, 26; Tassinari, *La società a responsabilità limitata con un unico socio*, in *Giur. comm.*, 1994, I, 734; Minneci, *S.r.l. unipersonali*, cit., 49.

²⁰ Chieffi, *La società unipersonale*, cit., 96.

²¹ Comunque estranea alle società su base capitalistica: Oppo, *L'impresa come fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, 125; Denozza, *Responsabilità dei soci e rischio d'impresa nelle società personali*, Milano, 1973, 247 ss.; Zamperetti, *Rilievi in tema di nuova disciplina della s.r.l. unipersonale e modificazione del regime di responsabilità d'impresa*, in *Giur. comm.*, 2005, II, 415.

²² Angelici, *Società per azioni*, cit., 978 ss.; Cass., 22.3.2000, n. 3365, cit.

²³ Similmente a ciò che era già accaduto per l'art. 2247 c.c., i cui caratteri qualificatori debbono ormai predi-

L'effetto è quello di non poter disconoscere giuridicamente una società per azioni anche lì dove ci si trovi di fronte a una società per azioni unipersonale, vuoi che tale condizione sia originaria vuoi sopravvenuta²⁴: rispetto agli elementi indispensabili della società costituita per contratto, quella nata da atto unilaterale – salvo, naturalmente, l'aspetto "personale" – non reca tratti distintivi caratterizzanti, *se non quelli rappresentati dagli adattamenti disciplinari che dall'unipersonalità derivano*²⁵.

Uno di questi adattamenti normativi è offerto, oltre che dall'obbligo di versare integralmente il conferimento anche se in contanti, proprio dalle regole sugli adempimenti pubblicitari prescritti dall'art. 2362, che si aggiungono, completandola, alla disciplina dell'unipersonale in quanto società (per azioni).

3. Le regole pubblicitarie

Non si dice nulla di nuovo se, riprendendo un accenno sull'importanza delle *dichiarazioni* in un mercato che voglia e debba essere realmente fluido ed efficiente, si afferma l'importanza cruciale delle informazioni e, per questa via, della pubblicità in un'economia avanzata e basata sulla libera concorrenza fra i *competitor*.

Pur tuttavia, nella sua banalità l'osservazione, se calata nel nostro ambito, assume un suo peso specifico, lì dove serve a estrapolare una regola *ad hoc* o, meglio, un insieme di regole di *apertura e trasparenza* espressamente finalizzato a informare il mercato sulle vicende relative allo stato di unipersonalità della *società* e all'identità dell'unico socio attuale. E la rilevanza di questa considerazione si coglie ancor di più se si riflette su ciò, che quello della pubblicità costituisce un segmento qualificante della normativa della società unipersonale, la cui applicazione discende dalla scelta operata a monte per un modello organizzativo dell'impresa societaria con socio totalitario e la cui mancata osservanza comporta la responsabilità di costui. Un esempio di come un determinato

carsi solo per le società nate da contratto, risultando inessenziali per le società nate da atto unilaterale (cfr. (Di Cataldo) – Serra, *S.p.a. e s.r.l. unipersonale. Armonie e disarmonie nel diritto comunitario delle società di capitali*, a cura di G. F. Campobasso, II, Milano, 2003, 1580; Spolidoro, *La legge sulla s.r.l. unipersonale*, in *Riv. società*, 1993, 101, secondo cui l'art. 2247 c.c. parla di contratto di società non solo per sottolineare un particolare modo di costituzione, ma anche per richiamare l'applicazione ai rapporti fra i soci e fra questi e la società delle regole contrattuali, lì dove non espressamente o implicitamente derogate in quanto incompatibili con la normativa esplicitamente prescritta).

²⁴ G. Ferri *sr.*, *Le società*, nel *Tratt. Vassalli*, X, 3, Torino, 1987, 396; Scotti Camuzzi; *L'unico azionista*, cit., 694, ma *passim*; Pisani Massamormile, *Prime riflessioni sulla s.r.l. unipersonale*, in *Impresa*, 1994, 399 s., secondo il quale la società unipersonale: «... accentua il rilievo dell'organizzazione... [che funziona] anche quando non è organizzazione della "contitolarità" attuale dell'impresa»; Spolidoro, *La legge*, cit., 101 s.: «... la società resta infatti uguale a se stessa: la pluralità o la mancanza della pluralità dei soci incide sull'applicazione di una particolare disciplina, non sulla nozione o sul tipo di società... [talché]... la s.r.l. unipersonale non è un tipo diverso dalla s.r.l. ordinaria...».

²⁵ Buonocore, *Le società. Disposizioni generali*, nel *Comm. Schlesinger*, Milano, 2000, 10.

schema organizzativo d'impresa si pone in posizione pregiudiziale rispetto alla responsabilità che può sorgere dall'esercizio dell'attività economica.

Ma siccome il compimento delle dichiarazioni richieste dalla legge implica la *conservazione* (non l'acquisto) della responsabilità limitata dell'unico azionista, può aggiungersi che quest'ultima condizione trova il suo contrappeso nelle regole di diritto societario dettate per le società pluripersonali in generale e per quelle unipersonali in particolare, segnatamente, nel sistema pubblicitario e nella disciplina della responsabilità degli organi sociali²⁶ e di chi esercita attività di direzione e coordinamento²⁷: le disposizioni sull'unico azionista, oltre che dettare un'apposita disciplina della fattispecie, valgono a legittimare, rendendola ammissibile e lecita, la posizione di unico azionista²⁸.

²⁶ Cfr. già Ascarelli, *Società di persone tra società*, in *Problemi giuridici*, I, cit., 448 s. («la tutela dei terzi nei confronti della responsabilità limitata si impernia su pubblicità e peculiari responsabilità, disciplinate difatti in tema di società, regolandone la pubblicità, determinando la responsabilità di sindaci e amministratori, tutelando l'integrità del capitale sociale»; Id., *Imprenditore occulto e sovrano della società – Responsabilità limitata e frode alla legge*, in *Foro it.*, 1952, I, 1317); seguito da Weigmann, *Oltre l'unico azionista*, cit., 574 s., per il quale «la tutela dei terzi si impernia infatti sulla pubblicità della situazione giuridica e contabile, su cui basare l'affidamento, nonché sulla responsabilità degli organi incaricati della gestione, cui spetta la salvaguardia del patrimonio destinato prioritariamente a tutelare le ragioni dei creditori dell'impresa»; Gambino, *Limitazione di responsabilità*, cit., 48, ad avviso del quale storicamente «... il limite dell'abuso... ha riguardato non l'abuso della struttura della personalità giuridica... ma i comportamenti degli amministratori o il voto del socio [nelle società pluripartecipate] nelle deliberazioni in conflitto di interessi o in contrasto con l'interesse sociale e a danno degli altri soci»; Tassinari, *La società a responsabilità limitata*, cit., 711, per cui l'unipersonalità non mette più soltanto in gioco la responsabilità limitata dell'unico socio, «... ma anche l'individuazione degli obblighi gravanti sugli amministratori».

Di fronte alla scelta per quest'opzione di fondo, anche al fine di meglio individuare doveri, poteri e responsabilità di chi gestisce l'impresa sostanzialmente individuale in regime di responsabilità limitata, occorrerebbe allora accordarsi sull'effettiva funzione del capitale sociale: posta a salvaguardia dei creditori sociali, dunque, di insopprimibile importanza e, per ciò stesso, intangibile; al contrario, posta di cui si potrebbe fare a meno, perché ben più importante sarebbe prestare attenzione al *valore del patrimonio netto contabile* che, indicando il valore totale dei mezzi finanziari che i soci destinano a scadenza indeterminata alla realizzazione dell'oggetto sociale e al fronteggiamento dei rischi dell'impresa, ha pregnanza e rilevanza informativa enormemente più elevate (cfr., per i termini del noto dibattito e per tutti, Portale, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, nel *Tratt. Colombo-Portale*, 1**, 2004, 1 ss., e Miola, *La tutela dei creditori ed il capitale sociale: realtà e prospettive*, in *Riv. società*, 2012, 237 ss.).

Ma forse uno spunto legislativo al riguardo può desumersi dalla disciplina dei finanziamenti dei soci nei gruppi (art. 2497-*quinquies* c.c.), sicuramente applicabile all'unico azionista, e nella s.r.l. (art. 2467 c.c.), preferibilmente applicabile anche all'unico azionista: mentre prima della riforma il fabbisogno finanziario delle società (sottocapitalizzate) veniva soddisfatto mediante prestiti che, restituibili in ogni momento non fornivano alcuna (supplementare) garanzia patrimoniale intangibile per i creditori sociali, oggi lo scenario in parte è mutato, atteso che è stata stabilita, in talune evenienze topiche, la *postergazione* dei soci ai creditori sociali.

²⁷ Angelici, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Padova, 2006, 26; cui *adde* Santonastaso, *Unico azionista, attività di direzione e coordinamento, responsabilità patrimoniale*, in *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, III, 3, Milano, 2005, 3785 ss.

²⁸ Scotti Camuzzi, *L'unico azionista*, cit., 788 ss., per cui, proprio in ragione di quanto riferito nel testo, l'unico azionista sarebbe responsabile soltanto nei confronti dei creditori sociali, non esistendo nelle società unipersonali un problema di protezione dei soci esterni (di qui, l'inapplicabilità, ad es., della regola sul

Gli organi della società per azioni, nei limiti della compatibilità²⁹, sono presenti altresì in quella con socio unico, il quale può assumere la carica di amministratore unico³⁰. Discorso a parte – che qui può solo accennarsi – meriterebbe l’“assemblea” se intesa come riunione dei partecipanti nello stesso contesto spazio temporale, che per definizione allora non può esserci³¹: appare intuitivo, infatti, che sussistano delle differenze fra *deliberazioni* dei soci e *decisioni* dell’unico azionista³², e come queste differenze (intuitive perché percepibili già a livello prenormativo) suggeriscano, in mancanza della possibilità di ricostruire altrimenti lo svolgersi e il compimento di un fatto storico (per il tramite del procedimento assembleare), la necessità di documentare per iscritto il *contenuto* della decisione presa dal socio totalitario, pena, probabilmente, l’inesistenza della stessa fattispecie “decisione dell’unico azionista”³³ e/o la sua responsabilità risarcitoria per l’eventuale illecito commesso³⁴, semmai *ex art.* 2497 c.c.³⁵.

confitto di interesse del socio e degli amministratori, sostanzialmente per il venir meno nei rapporti fra unico azionista e società della regola di mercato).

²⁹ Oltre all’ampio studio di Scotti Camuzzi, *L’unico azionista*, cit., 778 ss., cfr. (Di Cataldo) – Serra, *S.p.a. e s.r.l. unipersonali*, cit., 1586, per cui si tratta di verificare come le regole proprie della materia, che regolano situazioni di pluripersonalità, siano compatibili ed estendibili alla posizione di unico socio.

³⁰ Cfr., su tutti, Oppo, *Le grandi opzioni della riforma e la società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 474.

³¹ Weigmann, *Società di un solo socio*, cit., 216, che richiamava l’applicazione analogica in materia della norma sull’assemblea totalitaria; Sanfilippo, nel *Comm. Niccolini – Stagno d’Alcontres*, cit., 433, che ritiene derogabili le regole procedurali, purché sia garantita l’informazione degli organi di amministrazione e controllo.

³² Se ne può trarre una conferma in punto di diritto positivo dalla normativa sulle decisioni dei soci di s.r.l. (e v., già prima della riforma, Zanarone, *S.r.l. contro s.p.a. nella legislazione recente*, in *Giur. comm.*, 1995, I, 414 ss.) e dal sistema in uso nei gruppi di impartire istruzioni agli amministratori delle società controllate.

³³ G. Scognamiglio, *La disciplina della s.r.l. unipersonale: profili ricostruttivi*, in *Giur. comm.*, 1994, I, 257; cui *adde* (Di Cataldo) – Serra, *S.p.a. e s.r.l. unipersonali*, cit., 1586, e Sanfilippo, nel *Comm. Niccolini – Stagno d’Alcontres*, cit., 433 (che ritengono necessaria la verbalizzazione). Va ricordato che l’art. 4 della XII Direttiva (89/667/CEE del 21 dicembre 1989) stabiliva che le decisioni del socio unico (cui spettano i poteri dell’assemblea dei soci) andassero verbalizzate o, in ogni caso, redatte per iscritto.

Peraltro, nonostante la riforma del diritto societario e i termini del noto dibattito sulla “resistenza” della categoria dell’inesistenza (v., ad es., Centonze, *L’“inesistenza” delle delibere assembleari di s.p.a.*, Torino, 2008; Guerrieri, *La nullità delle deliberazioni assembleari di società per azioni*, Milano, 2009, 6, 56 e 67), non pare escludibile *a priori* l’inesistenza dell’atto conclusivo di un procedimento in assenza di un anello qualificante della catena procedimentale, perché non è possibile *ex lege* impedire al giudice di reputare inesistente un determinato atto negoziale, anche se il legislatore societario ha tentato in tutti i modi di equiparare, quanto agli effetti, inesistenza e nullità (Pisani Massamormile, *Invalità delle delibere consiliari*, in *Il nuovo diritto delle società*, cit., 2, Torino, 2006, 556, nt. 80; ma v. Farenga, *La deliberazione di società come atto a struttura procedimentale e la teoria giuridica dell’inesistenza*, in *Riv. dir. comm. e obbligazioni*, 1988, II, 194).

³⁴ La responsabilità patrimoniale dell’unico azionista (prevista dall’art. 2325, comma 2) è una responsabilità da posizione (perché sorge indipendentemente dalla condotta del socio solitario) e da imputazione (perché al socio totalitario vengono imputati alcuni debiti dell’impresa sociale), subordinata al concorrere di due condizioni negative e all’insolvenza della società; diversamente, non è una responsabilità di natura obbligatoria, fondata sul compimento da parte sua di atti di *mala gestio* pregiudizievoli per i terzi, anche se una siffatta tipologia di responsabilità da condotta illecita non può affatto escludersi in astratto come in concreto.

³⁵ Cfr., oltre agli Aa. già ricordati, Gambino, *Limitazione di responsabilità*, cit., 49 ss., che discorre di *responsa-*

Il punto non sorprende più di tanto né va sopravvalutata la singolarità, visto che anche nelle società nate da contratto l'assemblea per un verso può essere dominata, di diritto o di fatto, da uno o più soci (magari sulla scorta di patti parasociali) e a limite pure da chi socio non è, rivelandosi in sostanza nient'altro che un vuoto simulacro³⁶, mentre per altro verso può fare a meno del relativo procedimento, come si evince dall'art. 2370, comma 4, c.c.³⁷.

bilità per attività gestoria illegittima o abusiva non solo a proposito degli amministratori (di diritto o di fatto) della società, ma anche del socio di controllo o della persona fisica che, organizzando e dirigendo le decisioni strategiche e finanziarie dell'impresa, può procurare nocumento ai terzi. Ipotesi che può riscontrarsi anche per l'unico azionista, specie in un contesto di gruppo, che è figura legittima e, come tale, può lecitamente esercitare le prerogative di socio unico, necessariamente con modalità extrassembleari e con direttive impartite ai (suoi) amministratori. È da ritenere che, nel caso testé prospettato, la regola di giudizio imprenditoriale (se invocata da chi sia stato attaccato dai creditori sociali danneggiati), se non proprio obliterata, può e deve venire temperata, abilitando così il giudice a un sindacato più penetrante e determinante sulla gestione degli amministratori al fine di ravvisare una loro responsabilità civile.

³⁶ Fermo quanto si dirà nella nota che segue, è risaputo, anzitutto empiricamente, come l'evoluzione delle società per azioni abbia condotto alla rarefazione del rilievo degli azionisti esterni al capitale di comando e alla loro estraneazione dalla gestione sociale, al punto che «... parlare oggi ancora di piccolo azionista ha qualcosa di patetico, che suona anche anacronistico e falso»: Mignoli, *La società per azioni oggi. Problemi e conflitti*, in *Riv. società*, 1990, 1 ss.

³⁷ Di qui, la derogabilità del procedimento assembleare.

In generale, sul punto (ma per l'inderogabilità), cfr. Schlesinger, *L'approvazione del rendiconto annuale nelle società di persone*, in *Riv. società*, 1965, 843; Abbadessa, *Deliberazioni senza assemblea nelle società di capitali*, in *Riv. dir. comm. e obbligazioni*, 1968, I, 304 ss.; Marasà, *Le società. Società in generale*, nel *Tratt. Indica – Zatti*, 2000, 274 s.

Altro discorso, che qui può essere solo accennato, è quello relativo all'importanza dell'assemblea dei soci (e alla sua recente rivalutazione, non solo dal punto di vista ermeneutico), nel senso che alcune questioni particolarmente delicate – come operazioni atte a influenzare fortemente la dimensione organizzativa e finanziaria dell'impresa – debbano passare per la previa approvazione dei soci (si pensi, per es., alle fusioni o agli scorpori ideati e attuati *anche* allo scopo di estromettere dalla gestione della società gli azionisti di minoranza e i loro amministratori). Si tratta, com'è ovvio, di vicende che riguardano le società pluripersonali, ma che possono anche verificarsi in un gruppo di società in cui ve ne sia una totalitariamente partecipata da un solo socio, che eserciti attività di direzione e coordinamento sulle società pluripartecipate tra loro concentrate. Certo, si potrebbe sostenere che di fronte a società solitariamente partecipate, non venendo in rilievo l'opposizione maggioranza minoranza, non si possa contrapporre l'interesse di quest'ultima, o quello della società, all'interesse dell'unico socio (oltre a Scotti Camuzzi, *L'unico azionista*, cit., 780 ss., 847 ss., Preite, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi nelle società per azioni*, nel *Tratt. Colombo – Portale*, cit., 3**, 1994, 141, e Bin, *Il conflitto d'interessi nei gruppi di società*, in *Contratto e impresa*, 1993, 879 ss.; in giurisprudenza, non senza ambiguità, Cass., 28.8.1998, n. 8472, in *Giur. it.*, 1999, 322; *contra*, per tutti, Abbadessa, *Rapporto di dominio ed autonomia privata nel diritto societario italiano*, in *Banca borsa*, 1999, I, 552, ove riferimenti) e che i creditori sociali abbiano interesse a insorgere solo allorché il gruppo divenga insolvente (in generale, Libonati, *Il gruppo insolvente*, Firenze, 1981). Ma se si riflette che la responsabilità patrimoniale dell'unico azionista non vale a reintegrare compiutamente le ragioni dei creditori sociali (dato che costoro concorrono sul patrimonio personale del socio con i suoi creditori particolari), appaiono fondate le preoccupazioni di chi tenti interpretativamente di arginare il fenomeno dello spolpamento delle società nell'ambito di gruppo, perlomeno fino a quando le masse dei rispettivi creditori resteranno separate e di chi postuli di procedere con cautela nel concedere all'unico azionista totale discrezionalità decisoria, applicando

Oltretutto, i soci maggioritari (o minoritari che siano) sono tendenzialmente irresponsabili, eccettuato il caso non semplice in cui può ricorrere una loro responsabilità obbligatoria per esercizio abusivo del voto, o quello completamente diverso di una loro responsabilità *contrattuale* pretesa e ottenuta da creditori forti a garanzia dei prestiti concessi alla società³⁸.

In definitiva, un'assemblea composta da un unico azionista non ha poteri più ampi di un'assemblea formata da più soci o da una moltitudine di soci (che astrattamente potrebbe essere unanime e quindi nella sostanza non essere dissimile dall'"assemblea" con unico azionista³⁹), senza contare, poi, che il c.d. principio di democrazia azionaria esiste solo sulla carta, perché in concreto appare contrario alle esigenze della conduzione dell'impresa⁴⁰.

4. Le dichiarazioni richieste dalla legge. Il concetto di appartenenza totalitaria

Il comma 1 obbliga gli amministratori⁴¹ ad informare i terzi della condizione di unipersonalità della società da loro gestita. Essi infatti devono comunicare, mediante iscrizione nel registro delle imprese, l'identità e le generalità dell'unico azionista, persona fisica o giuridica che sia, preoccupandosi di aggiornare queste informazioni nell'ipotesi in cui l'unico azionista muti⁴².

invece, sebbene non in termini rigidamente quantitativi e proporzionali, ma con una valutazione *ex ante* ed effettiva, la teoria dei vantaggi compensativi accolta dalla legge nell'art. 2497, comma 1, ult. parte, c.c. e nell'art. 2634, comma 3, c.c. (in argomento, Montalenti, *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.*, 1996, I, 710; Id., *Gruppi e conflitti di interessi nella riforma del diritto societario*, *ivi*, 2002, I, 624-630; Sacchi, *Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi*, *ivi*, 2002, I, 613 ss.; Cass., 5.12.1998, n. 12325, in *Giur. it.*, 1999, 2317; Cass., 11.3.1996, n. 2001, in *Riv. dir. comm. e obbligazioni*, 1996, II, 341).

Per la dottrina del *pass-through* dei diritti individuali, cfr. Eisenberg, *The Structure of the Corporation*, Boston – Toronto, 1976, 283 ss. (a proposito degli azionisti della *holding*); Mazzoni, *I gruppi di società nel diritto statunitense*, in *I gruppi di società. Ricerche per uno studio critico*, a cura di Pavone La Rosa, Bologna, 1982, 395; per l'individuazione dei cc.dd. interessi primordiali dei soci, v. Abbadessa, *L'assemblea: competenza*, nel *Tratt. Colombo – Portale*, 3*, 1994, Torino, 21 ss.

³⁸ Cfr., recentemente e per tutti, Portale, *Capitale sociale*, cit., 33 ss., nt. 51, che indica il fenomeno delle garanzie prestate dai soci come rimedio volto a superare il problema della sottocapitalizzazione endemica delle imprese medio-piccole; ma v. già Ascarelli, *Società di persone tra società*, in *Problemi giuridici*, I, cit., 452: «... le società unipersonali non traggono affatto la loro ragion d'essere da un intento di pregiudicare i creditori sociali, perché è poi al patrimonio della società che viene commisurato il credito, sì che (e rivelò segreti di Pulcinella) è corrente che la piccola società anonima consegua poi largo credito solo con la garanzia dei suoi (solvibili) amministratori o soci...».

³⁹ G. Rossi, *Persona giuridica, proprietà e rischio d'impresa*, Milano, 1967, 82.

⁴⁰ Per quest'impostazione, v. Scotti Camuzzi, *L'unico azionista*, cit., 694 s.

⁴¹ Cfr. M. Serra, *sub art. 2362*, cit., 1341; Montalenti, *sub art. 2362*, nel *Comm. Cottino e Bonfante – Cagnasso – Montalenti*, I, Bologna, 2004, 462; Granatiero, *sub art. 2362*, nel *Comm. Maffei Alberti*, I, Padova, 2005, 431.

⁴² Minneci, *S.r.l. unipersonali*, cit., 59.

Le dichiarazioni cui sono tenuti gli amministratori, o l'amministratore unico, hanno il fine di rendere noto agli interessati la condizione di unipersonalità della situazione societaria, cioè di palesare ai terzi (creditori, potenziali futuri soci, mercato in genere, ma anche soci di società controllate dalla unipersonale o soci della *holding* che eventualmente domina l'unipersonale) il modello organizzativo adottato per l'esercizio dell'attività economica, anche ai fini del regime di responsabilità invocabile. E siccome l'unipersonalità consiste, sul piano dei rapporti endosocietari, nell'appartenenza totalitaria della partecipazione sociale in capo a un solo soggetto, per rivelare agli interessati la situazione di unisoggettività della società occorre indicare chi ne è il solitario azionista, che potrebbe anche non essere del tutto indifferente ai terzi che desiderano entrare in contatto con la società o divenirne soci⁴³.

Qui, allora, si assiste a un funzionamento invertito della tecnica azionaria rispetto a quello che normalmente si ha nelle società azionarie pluripersonali, dove lo statuto organizzativo predetermina le frazioni di capitale sociale cui corrispondono le prerogative sociali, indipendentemente dalla *persona* dell'azionista, talché le azioni rappresentano un *a priori*⁴⁴; nella società per azioni unipersonale, invece, essendo la partecipazione sociale unica, o meglio le partecipazioni nelle mani di una sola persona, il *prius* è dato dalla *persona dell'unico azionista*, per il quale non si pongono problemi di frazionamento del capitale sociale (tutto nelle sue mani) e di attribuzione dei corrispondenti diritti (anche per quelli esercitabili *pro quota*) né, di conseguenza, di quantità di potere endosocietario esercitabile, ma del quale, proprio perciò, bisogna fornire al mercato ogni elemento identificativo⁴⁵.

La dichiarazione in questione va fatta «quando le azioni *risultano appartenere* ad una sola persona o muta la persona dell'unico socio...».

Il previgente art. 2362 (che non prescriveva alcun adempimento pubblicitario) era differente nella sua formulazione letterale sia dal nuovo comma 2 dell'art. 2325 (nella cui prima parte è stato sostanzialmente trasfuso) che, ricorrendone i presupposti, prevede la responsabilità dell'unico azionista «... per le obbligazioni sociali sorte nel periodo in cui le azioni *sono appartenute* ad una sola persona...», sia, come visto, dall'attuale comma 1 dell'art. 2362, poiché stabiliva che la responsabilità in questione sorgeva lì dove «... le azioni *risultano essere appartenute* ad una sola persona...»⁴⁶.

⁴³ Galgano, *sub art. 2325*, nel *Comm. Scialoja – Branca*, I, Bologna – Roma, 2006, 25, per cui i terzi potrebbero determinarsi a concedere credito alla società unipersonale anche a seconda di chi sia l'unico socio.

⁴⁴ Cfr. Angelici, *Società per azioni e in accomandita per azioni*, cit., 993, a proposito della società per azioni plurisoggettiva.

⁴⁵ Si tratta di un sistema non di semplice trasparenza, ma di trasparenza conclamata, che consiglia caldamente, se non impone, di attuare la pubblicità in oggetto, come si vedrà, anche in caso di unipersonalità originaria (Minneci, *S.r.l. unipersonali*, cit., 59).

⁴⁶ Sulla formulazione del vecchio art. 2362, v. per tutti, Scotti Camuzzi, *L'unico azionista*, cit., 854 ss., ove ampi riferimenti di dottrina e giurisprudenza.

In passato, sulla lettera del vecchio art. 2362 le soluzioni interpretative sono state diametralmente opposte, poiché rispondenti – per richiamare una *summa divisio* di natura meramente descrittiva – ora agli esiti delle tesi formalistiche ora a quelli delle tesi sostanzialistiche e, forse, si giustificavano per l'assenza di una disciplina delle società per azioni unipersonali. Tale vuoto non poteva essere colmato dalla normativa in punto di società a responsabilità limitata recata dal d. lg. 3 marzo 1993, n. 88, per diverse ragioni, tra le quali innanzitutto il mancato recepimento da parte del legislatore nazionale della possibilità offertagli da quello comunitario con la XII Direttiva Comunitaria 89/667/CEE, pur nel contesto di un panorama legislativo nazionale che non ignorava affatto le società azionarie con socio unico (ad esempio, il vecchio 2504-*septies* c.c. in tema di scissione e l'art. 1 l. 30 luglio 1990, n. 218, riguardante la ristrutturazione delle banche pubbliche e la regolazione del gruppo bancario)⁴⁷, e poi le gravi difficoltà ad ammettere, specie per il canone per cui *ubi lex noluit tacuit*, il ricorso a forme di analogia “regressiva”⁴⁸.

Oggi, benché le difficoltà interpretative non manchino, soprattutto con riferimento alla fattispecie dell'unico azionista (che tuttavia non dà più adito alle vibranti polemiche della metà del secolo scorso), il problema interpretativo sollevato dalla formulazione letterale della disposizione e dal coordinamento con la lettera contenuta nel comma 2 dell'art. 2325 si ridimensiona e, in ogni caso, non ha motivo di riacuirsi in presenza di una compiuta disciplina per le società possedute da un unico socio e di apposite regole in tema di pubblicità.

Il coordinamento sistematico fra il verbo e la sua coniugazione usati nel comma 2 dell'art. 2325 («... nel periodo in cui le azioni *sono appartenute* ad una sola persona...») e quello e la sua flessione della disposizione in esame («... quando le azioni *risultano appartenere* ad una sola persona...») non appare problematico. La differenza effettivamente c'è, ma si coglie solo sul piano strettamente grammaticale, componendosi poi su quello del significato logico-giuridico da conferire allo specifico precetto dettato, ora dal comma 2 dell'art. 2325 ora dall'art. 2362, di fronte all'evento o allo stato che ciascuna disposizione predica, collocando l'evento e lo stato descritti nel tempo rispetto all'enunciazione normativa.

L'art. 2362, comma 1, allora, fa obbligo agli amministratori della società unipersonale di compiere in sequenza temporale ed entro un termine prestabilito determinate attività – con valenza interna (iscrizione nel libro soci dell'unico azionista) ed esterna (iscrizione nel registro delle imprese della dichiarazione contenente le informazioni

⁴⁷ Per un quadro più completo del panorama legislativo anteriore alla promulgazione del d. lg. 17 gennaio 2003, n. 6, v. Buonocore, *Le società*, cit., 9; Piras, *Le nuove frontiere*, cit., 338.

⁴⁸ V., per l'ammissibilità di colmare eventuali lacune della normativa della s.p.a. attingendo alla disciplina della s.r.l., Rivolta, *Profilo della nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, in *Banca borsa*, 2003, I, 686.

sull'unico azionista) – nel momento in cui le azioni *risultano nella titolarità di una sola persona*. Agli amministratori non è concesso di sindacare in merito a tale circostanza⁴⁹, poiché non appena si verifica la circostanza dell'appartenenza totalitaria in capo a un solo soggetto (di qui la flessione del verbo all'indicativo accompagnato dall'infinito presente) devono rilevarla e procedere agli adempimenti pubblicitari in oggetto. Si tratta di un comando rivolto immediatamente agli amministratori: essi, avendo la tenuta dei libri sociali (fra i quali appunto il libro soci, di cui devono curare gli aggiornamenti) e dovendo partecipare alle assemblee (in occasione delle quali può essere aggiornato il libro soci: art. 2370, comma 3, c.c.⁵⁰), sono, o dovrebbero essere, in grado di rilevare la situazione di concentrazione di tutte le azioni in un'unica mano.

L'art. 2325, comma 2, invece, si atteggea quale norma sanzionatoria per l'unico azionista che abbia lasciato inosservata una o entrambe le prescrizioni legali in materia di conferimenti e di obblighi pubblicitari: è ovvio che la situazione di insolvenza⁵¹ – in presenza soltanto della quale scatta la responsabilità illimitata dell'unico azionista "inadempiente" –, per essere rilevante a tal fine, si sarà generalmente verificata solo *dopo* il verificarsi della concentrazione di tutte le azioni in una sola mano, per cui si tratterà di accertare chi era l'unico azionista⁵² tenuto a rispondere delle obbligazioni della società insolvente (così si spiega l'uso del verbo al passato prossi-

⁴⁹ Gli amministratori non hanno discrezionalità al proposito, poiché ciò che per la legge unicamente rileva ai fini delle dichiarazioni cui essi sono tenuti è soltanto l'obiettiva conoscenza di una situazione di formale e oggettiva di appartenenza: la concentrazione di tutte le partecipazioni azionarie in mano di un solo socio per come rileva dal libro dei soci; ed è per questo motivo che il termine per effettuare le iscrizioni decorre non già dalla mera conoscenza (e men che meno dalla conoscibilità), sinanche diretta, che gli amministratori hanno di tale fatto, bensì dalla conoscenza qualificata, riviniente da un precedente e formale adempimento che grava sui medesimi amministratori e consacrato in un documento altrettanto formale: l'iscrizione dell'unico azionista nel libro dei soci. Stando così le cose, si comprende perché l'iscrizione nel registro delle imprese può avvenire a istanza del socio e perché la legge tace con riguardo ai sindaci: è vero che questi ultimi, al pari degli amministratori, partecipano alle assemblee dei soci (in occasione delle quali potrebbero venire a conoscenza della sopravvenuta concentrazione azionaria nelle mani di una sola persona), ma è pur vero che non sono essi a dover tenere, curare e aggiornare il libro dei soci, l'iscrizione nel quale fa iniziare a decorrere il termine per eseguire la dichiarazione in esame.

⁵⁰ Gli amministratori delle società le cui azioni nominative non sono ammesse alla gestione accentrata devono provvedere all'iscrizione nel libro dei soci di coloro che hanno partecipato all'assemblea o provveduto al deposito delle azioni. Questo sta a significare che tra la convocazione dell'assemblea ad opera degli amministratori e la riunione assembleare potrebbe verificarsi la cessione dell'intero pacchetto azionario ad un solo soggetto e così la riduzione della compagine sociale ad un unico azionista. Nel qual caso, gli amministratori prenderanno atto della titolarità esclusiva di tutte le azioni in capo al cessionario interventore e procederanno all'aggiornamento del libro dei soci, iscrivendovi l'attuale unico azionista, dopo che il presidente dell'assemblea lo avrà ammesso a partecipare all'"assemblea" verificandone l'identità e la legittimazione.

⁵¹ Sul come vada inteso il riferimento all'insolvenza (ora contenuto nell'art. 2325, comma 2), cfr., per tutti, Scotti Camuzzi, *L'unico azionista*, cit., 732 ss.; Di Cataldo – (Serra), *S.p.a.*, cit., 1591.

⁵² Un accertamento che, come si è accennato, va compiuto in base a indagini non discrezionali, perché incentrate su indici oggettive e formali, e non in base a valutazioni discrezionali, come sarebbero quelle che potrebbero effettuarsi lì dove si trattasse di accertare la situazione di unico azionista sulla scorta di elementi sostanziali (il dominio sulla società, indipendentemente dal possesso azionario totalitario, per es.).

mo). È, insomma, una disposizione sanzionatoria volta a colpire un evento già verificatosi e al quale non si è posto rimedio.

I profili lessicali delle due citate disposizioni e le illustrate ricadute sul piano giuridico suggeriscono una lettura *unitaria* e non frammentaria della fattispecie unico azionista data dall'appartenenza totalitaria delle azioni⁵³. Ciò, non tanto o non solo per motivi di certezza connessi alla posizione dell'unico socio come degli organi amministrativi e di controllo, dei terzi e dei futuri soci⁵⁴, quanto perché, sebbene disseminata in più norme codicistiche, esiste oggi una disciplina *ad hoc* delle società unipersonali che si aggiunge a quella dettata per le pluripersonali e che, se si vuole, si completa con quella contemplata dagli artt. 2497 e ss. c.c. E siccome questa disciplina sembra indubbiamente far riferimento a situazioni *oggettive e formali* – l'iscrizione nel libro soci, le dichiarazioni da eseguire nel registro delle imprese, ma a ben vedere anche gli obblighi in materia di conferimenti –, quando la legge postula l'appartenenza di tutte le azioni in testa a una sola persona lo fa tenendo presente situazioni di appartenenza non sostanziali, bensì *oggettive e formali*⁵⁵.

Le ricadute di tale opzione ermeneutica sono evidenti e non è il caso di sforzarsi a illustrare gli innumerevoli casi che la pratica può inventare: in quanto utilizzatori del linguaggio, ivi compreso quello giuridico, non possiamo smettere di elaborare tesi e concetti, o immaginare casi astrattamente plausibili, più di quanto l'artista non sia capace di creare attingendo alla sua fantasia e al suo estro. Ma nondimeno due esempi su tutti val la pena di riportarli, perché, se ieri apparivano senz'altro di più difficile soluzione, oggi possono essere osservati e risolti con maggiori e più soddisfacenti *chances* di successo alla luce dell'attuale *disciplina normativa della realtà delle società di capitali e fra queste di quelle unipersonali*: il primo esempio è quello, molto ricorrente nella prassi dei gruppi di imprese, dell'*appartenenza totalitaria indiretta*⁵⁶; il secondo, che ha destato molto scalpore fra gli interpreti e gli operatori, della partecipazione *quasi totalitaria*.

⁵³ Cfr. G. F. Campobasso, *La costituzione di società per azioni*, in *Parere dei componenti del Collegio dei docenti del dottorato di ricerca in diritto commerciale interno ed internazionale (Università Cattolica di Milano)*, in *Riv. società*, 2002, 1453 s.; Di Sabato, *Diritto delle società*, Milano, 2003, 414 s.; Sanfilippo, *sub art.* 2362, cit., 424.

⁵⁴ Sanfilippo, *sub art.* 2362, cit., 424; Ibba, *La società a responsabilità limitata con un solo socio*, Torino, 1995, 169 ss.; Cabras, *Le società unipersonali*, in *Giust. civ.*, 1994, II, 283 s.

⁵⁵ È l'opinione prevalente (v. più di recente G. F. Campobasso, *Diritto delle società*, cit., 177; Ibba, *La società*, cit., 171 ss.; M. Serra, *sub art.* 2362, cit., 1341; Montagnani – Rosapepe, *sub art.* 2462, nel *Comm. Sandulli – Santoro*, Torino, 2003, 7 s.; Casale, *Questioni*, cit., 448 ss.; posizione articolata in Minneci, *S.r.l. unipersonali*, cit., 54 ss.; su posizioni sostanzialiste era, in precedenza, Rordorf, *Socio unico di società di capitali*, in *Soc.*, 1994, 599), sebbene non manchi qualche dubbio nel caso in cui un unico intestatario delle azioni sia, per alcune di esse, mero fiduciario non proprietario e in cui due siano i soggetti iscritti nel libro dei soci uno dei quali mero possessore e fiduciario dell'altro (cfr. M. Cian, *sub art.* 2362, nel *Comm. Cian – Trabucchi*, Padova, 2004, 2503).

⁵⁶ V. Cass., 15.5.2005, n. 10129, cit.; Cass., 7.11.2002, n. 15633.; Cass., 31.1.2008, n. 2422, cit.

Il caso della società dipendente totalitariamente partecipata – ancorché non offra i vantaggi propri di chi detenga la maggioranza del capitale in un gruppo a cascata, consistenti nella capacità di mobilitare e controllare il capitale apportato da altri soci, moltiplicando le risorse affluite sotto il proprio controllo per il tramite della leva finanziaria – non è raro, perché consente, come si è già accennato, alla società unipersonale di gruppo posseduta al 100% da un unico socio di rendere giuridicamente autonomi specifici rami aziendali per ragioni strategiche legate all'attività economica in sé o alla conquista di nuovi e determinati mercati geografici rilevanti⁵⁷.

Anche la seconda ipotesi sopra prospettata si è verificata nella prassi, richiamando davanti alle Corti di giustizia i concetti dell'interposizione fittizia e dell'interposizione reale, ma con esiti non sempre pienamente soddisfacenti per gli interessati⁵⁸.

Quantunque l'appartenenza pressoché totalitaria possa suscitare un certo grado di riprovevolezza nei consociati e l'appartenenza totalitaria indiretta possa apparire un comodo *escamotage* per sfruttare abusivamente l'autonomia giuridica delle singole società del gruppo, ambedue le ipotesi vanno valutate in base agli elementi oggettivi e formali della fattispecie unico azionista: né la persona che detenga indirettamente il 100%, o altra percentuale assai consistente, del capitale di altra società, né chi lo abbia frazionato fra uno o più soci compiacenti conservando per sé la quasi totalità delle azioni, potranno essere ritenuti unici azionisti e, in quanto tali, assoggettati alla relativa disciplina⁵⁹.

I rimedi in materia sono altri, indipendentemente dall'applicazione ai casi considerati degli artt. 1344 e 1414 e ss. c.c. (su cui si sono già espressi dubbi di fondo), perché bisogna prendere atto che l'ordinamento societario da un lato manifesta, con opzioni ad ampio spettro (forse non sempre del tutto condivisibili), una netta preferenza per le tutele obbligatorie al posto di quelle reali⁶⁰ e, dall'altro, esprime una diffusa tendenza a generalizzare il beneficio della responsabilità limitata⁶¹ (come testimoniato, oltre che dall'istituto in esame, da quello dei patrimoni e dei finanziamenti destinati a specifici affari). Rimedi "altri" che consistono in strumenti di tutela obbligatoria, quali le azioni di responsabilità contro gli amministratori, di diritto e di fatto, gli organi di controllo, nonché contro l'unico azionista che sia altresì amministratore, anziché reale, quali l'imputazione al socio totalitario della responsabilità per debiti d'impresa fino all'estensione nei suoi confronti del fallimento⁶².

⁵⁷ Cfr. Weigmann, *Società*, cit., 219.

⁵⁸ Alle decisioni appena citate e a quelle dietro indicate, *adde* Cass., 17.1.1987, n. 73, cit.; Cass., 10.3.1999, n. 2053; T. Monza, 31.3.2005, cit.

⁵⁹ Per tutti, G. F. Campobasso, *Diritto delle società*, cit., 177 s.; Sciuto, *sub* art. 2325, nel *Comm. romano d'Alessandro*, II, 1, Padova, 2010, 425 ss.

⁶⁰ V., tra gli altri, D'Alessandro, *La tutela delle minoranze tra strumenti ripristinatori e strumenti risarcitori*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 708.

⁶¹ Oppo, *Le grandi opzioni*, cit., 474.

⁶² Secondo Casale, *Questioni*, cit., 452, se l'interpretazione dell'art. 2362 v.t. mostrava talvolta segni di cedimen-

Quest'ultima eventualità, salvo interpretazioni ardite ma manifestamente infondate⁶³, pare ormai scongiurata⁶⁴: il nuovo art. 147 l. fall. ammette il fallimento per estensione dei soci personalmente responsabili solo in presenza di società di persone o di società in accomandita per azioni. Con il che, per un verso, si conferma *a fortiori* la correttezza dell'opzione preferita, perché è sintomatico che il legislatore fallimentare, attento, al di là di tutto, alle esigenze dei creditori dell'impresa decotta, pur nella consapevolezza del problema di vertice e delle relative dispute interpretative, abbia optato nel senso ricordato; mentre, per altro verso, si marca nettamente la distinzione fra unico socio e socio di società personali, così allargando ancor di più la forbice fra queste e le società di capitali, già divaricata dalla possibilità per le società per azioni e a responsabilità limitata di nascere da atto unilaterale e di vivere con un solo socio⁶⁵.

Il quadro si completa ribadendo che l'assetto legislativo rapidamente illustrato trova la sua centratura e una sorta di "vantaggio compensativo" nella normativa sulla responsabilità per violazione, da parte del soggetto che esercita attività di direzione e coordinamento, dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale⁶⁶.

La *ratio* complessiva della normativa sull'unico azionista non è quella di prevenire o colpire abusi gestori⁶⁷, che se compiuti dal socio totalitario (in quanto amministratore palese od occulto) verranno repressi con gli strumenti di tutela risarcitoria indicati, bensì quella di fornire nuove opportunità all'autonomia privata⁶⁸: l'adozione di un'organizzazione dell'impresa capace di compartimentare i rischi legati a particolari aspetti dell'attività economica svolta, riducendo le preoccupazioni dell'imprenditore per iniziative particolarmente rischiose e abbassando per i finanziatori i costi di monitoraggio⁶⁹. Una scelta di politica legislativa, questa, in linea con la libertà d'impresa sancita dall'art. 41 Cost., là dove quest'ultima è libera nella fase iniziale di scelta dell'attività da esercitare, ma anche nei successivi momenti del suo esercizio⁷⁰.

to per rispondere a istanze della realtà pratica ed economica, il nuovo non avanzava, né si prevedevano (e si prevedono) "avanguardie credibili", talché gli abusi andranno colpiti con gli strumenti *societari e/o contrattuali* disponibili nell'ordinamento e utilizzati dall'autonomia privata; *adde* Spolidoro, *La legge*, cit., 117.

⁶³ Si allude a interpretazioni in ordine a casi diversi da quello dell'unico azionista, a cui però quest'ultimo in passato è stato talora accostato, come quello dell'azionista sovrano o tiranno, o ancora a quello della *holding* di fatto od occulta (su cui v. Fimmanò, *Il fallimento del dominus abusivo e il crepuscolo del socio tiranno*, in *Il caso* del 21 luglio 2007, 4; T. Santa Maria Capua Vetere, 8.8.2008, in *Fallimento*, 2009, 89, con nota di Id., *Il fallimento della super società di fatto*).

⁶⁴ V., per es., Buonocore, *Azionista unico*, cit., 308.

⁶⁵ Pisani Massamormile, *Prime riflessioni*, cit., 399.

⁶⁶ Angelici, *La riforma*, cit., 26.

⁶⁷ Cfr., chiaramente, Scotti Camuzzi, *L'unico azionista*, cit., 690 (ma, sostanzialmente, *passim*).

⁶⁸ Per Oppo, *Società, contratto, responsabilità (a proposito della nuova società a responsabilità limitata)*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, II, 184, la fattispecie "socio unico" non può essere forzata per oltrepassare lo schermo societario.

⁶⁹ V., sul punto e per tutti, Angelici, *La riforma*, cit., 33.

⁷⁰ Cfr. C. Cost., 30.12.1958, n. 78; C. Cost., 14.2.1962, n. 5; C. Cost., 23.4.1965, n. 30.

In questi termini, l'estenuante dibattito intorno alla spendita del nome, all'imputazione dell'atto nell'attività in cui si inserisce e, nella specie, alla figura dell'unico azionista si sgonfia e ad ogni modo non si concentra più sulla ricerca spasmodica del soggetto cui estendere la responsabilità per i debiti d'impresa e, in ultima analisi, il fallimento, ma sull'individuazione del soggetto responsabile cui imputare le conseguenze dell'insolvenza a titolo risarcitorio in ragione del ruolo in concreto esercitato nell'impresa e non della qualifica di imprenditore (diretto o indiretto che sia)⁷¹. Il che equivale a dire che l'"imputazione" può conseguire non soltanto all'esercizio, ma anche al governo e alla direzione dell'impresa, non essendovi corrispondenza nel fenomeno dell'impresa, e più tendenzialmente nelle iniziative di carattere comportamentale, tra potere e responsabilità⁷².

Si tratta di questione interpretativa che tiene conto della storicità del diritto e che suggerisce all'interprete di valutare la *disciplina normativa della realtà*⁷³ *del momento*. Ma si tratta di questione che, ancor più a monte, interessa il legislatore che, nello stabilire le regole, deve saper guardare al nuovo e mettersi d'accordo con la realtà⁷⁴, anche a costo di creare turbamento alla teoria generale, perché sarà quest'ultima ad adattarsi alle nuove scelte di politica legislativa reputate più adeguate alla contingente realtà storica⁷⁵. Pena un ordinamento immobile, ineluttabilmente arretrato e in disaccordo con la realtà, mentre «il diritto dell'economia, e così il diritto commerciale ed il diritto sociale, aspirano ad una società per azioni che incarni gli ideali del nostro secolo»⁷⁶.

5. Ancora sugli adempimenti pubblicitari

Le dichiarazioni cui sono tenuti gli amministratori per rendere conoscibile ai terzi il fatto del possesso totalitario della società da essi amministrata da parte di una sola persona vanno depositate per l'iscrizione nel registro delle imprese.

Quest'ultimo è al contempo *strumento di informazione del mercato* – idoneo a informare gli interessati sulle più rilevanti notizie e vicende del soggetto che svolge attività d'impresa favorendone certezza e sicurezza nelle contrattazioni e nei traffici – e *strumento di opponibilità* ai terzi delle situazioni iscritte⁷⁷.

⁷¹ Corsi, *Impresa e mercato*, cit., 333.

⁷² Oppo, *L'impresa come fattispecie*, cit., 115 ss.

⁷³ Ascarelli, in *Problemi giuridici*, cit., I, VIII.

⁷⁴ Vivante, *Contributo alla riforma delle società anonime*, in *Riv. dir. comm. e obbligazioni*, 1934, I, 309 ss.

⁷⁵ Cfr. Corsi, *Impresa e mercato*, cit., 332.

⁷⁶ Mossa, nella prefazione al suo *Tratt. del nuovo diritto commerciale*, IV, *Società per azioni*, Padova, 1957.

⁷⁷ Cfr. E. Bocchini, *Manuale del registro delle imprese*, Padova, 1999, 50 ss., 163 ss.; Ibba, *Il «sistema» della pubblicità d'impresa, oggi*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 589 ss.; per la pubblicità commerciale negli enti non societari che esercitano attività d'impresa, per tutti, Cetra, *Impresa, sistema e soggetti*, Torino, 2008, 95 ss.

Grazie all'iscrizione delle dichiarazioni richieste dall'art. 2362, si mette a disposizione del pubblico la situazione di unipersonalità in cui versa la società, enfatizzandosi così il rapporto opponibilità-conoscibilità, nel senso che è opponibile soltanto quel che è conoscibile tramite il sistema del registro delle imprese. Si tratta dell'effetto dichiarativo tipico della pubblicità attuata mediante le iscrizioni nel registro, *ex* art. 2193, comma 2, c.c.

Senonché, poiché l'effetto più significativo dell'unipersonalità (consistente nel mantenimento della responsabilità limitata dell'unico azionista) è subordinato (*anche*) all'attuazione della pubblicità prescritta dall'art. 2362, l'iscrizione nel registro della dichiarazione degli amministratori sembra avere carattere costitutivo⁷⁸, come del resto si deduce dalla difficoltà applicativa al caso di specie dell'ultimo periodo del comma 1 dell'art. 2193 c.c.: la sopravvenuta unipersonalità incide sulla disciplina, oltre che dei conferimenti, del regime pubblicitario e della responsabilità dell'unico azionista, poiché questi (versato integralmente il conferimento e) eseguita l'iscrizione gode del favore della limitazione di responsabilità⁷⁹.

Più in generale, va preso atto che la riforma del 2003, in omaggio alle esigenze di certezza, stabilità ed efficienza dell'attività sociale, ha potenziato la funzione costitutiva della pubblicità⁸⁰, come si ricava dall'art. 2436, comma 5, c.c.

L'opzione preferita potrebbe risultare non del tutto esente da qualche intima contraddizione di ordine sistematico, lì dove si è visto che nell'ordinamento societario si respira una diffusa e un generale favore per la responsabilità limitata, pur di fronte a ipotesi di separazione patrimoniale: se la società unipersonale è tendenzialmente un'organizzazione a responsabilità limitata e se l'unipersonalità sopravvenuta non esclude, una volta osservate le prescrizioni di cui agli artt. 2342 e 2362, la *conservazione* di questo beneficio in capo all'unico socio, potrebbe apparire incompatibile un sistema di pubblicità costitutiva finalizzato a *conservare* piuttosto che a far acquistare⁸¹. E il dubbio paventato potrebbe ulteriormente alimentarsi se si riflette sulla circostanza per cui sono iscrivibili soltanto gli atti e i fatti previsti dalla legge, per consentire ai terzi di conoscere *ex ante* le situazioni rispetto alle quali hanno l'onere di consultare il registro delle imprese⁸². Del resto, per l'art. 2193 c.c. l'iscrizione ha di regola efficacia dichiarativa e le eccezioni miranti a diminuire o aumen-

⁷⁸ Ibba, *Pubblicità e responsabilità nella s.r.l. unipersonale*, in *Giur. comm.*, 1994, I, 268; Pavone La Rosa, *Il registro delle imprese*, nel *Tratt. Buonocore*, Torino, 2001, 12, nt. 19; Sanfilippo, *sub* art. 2362, cit., 429; M. Serra, *sub* art. 2362, cit., 1341; Lo Cascio, *sub* art. 2362, in *La riforma del diritto societario. Società per azioni*, Milano, 2006, 257 s.; Minneci, *S.r.l. unipersonali*, cit., 60 s.;

⁷⁹ Cfr. (Di Cataldo) – Serra, *S.p.a.*, cit., 1583.

⁸⁰ Ibba, *Il «sistema»*, cit., 589.

⁸¹ L'effetto più significativo dell'unisoggettività consiste nella *conservazione* della responsabilità limitata per effetto della prescritta pubblicità (v., ad es., (Di Cataldo) – Serra, *S.p.a.*, cit., 1583).

⁸² Cfr. Ibba, *Il «sistema»*, cit., 591.

tare richiedono un'apposita previsione di legge⁸³, che nella specie potrebbe anche ritenersi non chiaramente formulata. Oltretutto, la prova che i terzi siano comunque a conoscenza del fatto non iscritto (art. 2193, comma 1, ultimo periodo, c.c.) potrebbe essere fornita grazie al disposto dell'art. 2250, comma 4, c.c., che richiede di indicare negli atti e nella corrispondenza della società proprio il fatto che questa sia integralmente posseduta da una sola persona, cosa che nelle società chiuse non appare in astratto impossibile.

Esigenze di certezza dei terzi inducono, tuttavia, a preferire il carattere costitutivo della pubblicità imposta dalla norma in commento, in considerazione del fatto già segnalato che la dichiarazione circa l'esistenza dell'unico azionista permette a costui, unitamente all'integrale liberazione del conferimento, di godere della limitazione di responsabilità, talché non parrebbero ammissibili equipollenti idonei a dimostrare la conoscenza dei terzi *aliunde*, anche per l'innegabile difficoltà pratica per gli amministratori o il socio di diramare al mercato – al di fuori degli ordinari canali pubblicitari – notizie del genere in grado di assicurarne la conoscibilità⁸⁴. Tant'è vero che, come si osserverà, appare preferibile ritenere che la dichiarazione in parola vada effettuata pure nel caso di originaria situazione di unisoggettività, malgrado l'iscrizione dell'atto costitutivo della società nata da atto unilaterale⁸⁵.

Non dà invece luogo a problemi di sorta l'inquadramento fra le ipotesi con effetti meramente dichiarativi dell'iscrizione (richiesta dai commi 2 e 3) volta a rendere opponibile ai terzi il ritorno alla condizione di pluripersonalità (e l'eventuale, conseguente cessazione del regime di responsabilità illimitata dell'ex unico azionista), o la dismissione della qualità di socio da parte di costui, cosicché al terzo potrà essere contestata la conoscenza di tali circostanze avvenuta *aliunde*⁸⁶.

Allorché poi l'iscrizione viene eseguita in relazione a casi per i quali l'unico azionista che intende uscire dalla società gode già della limitazione di responsabilità, la formalità avrà solamente valore di pubblicità-notizia⁸⁷.

L'*exit* tuttavia può porre taluni non trascurabili problemi, soprattutto in ambito di gruppo, qualora l'uscita dalla società dell'azionista solitario, che magari non sia anche amministratore unico, non venga "compensata" dall'ingresso di uno o più soci, come pure nel caso in cui il socio totalitario-amministratore unico muoia sen-

⁸³ Pavone La Rosa, *Il registro delle imprese*, cit., 100; cui *adde* Marasà, *Il nuovo registro delle imprese: obiettivi, soluzioni, problemi*, in Marasà – Ibba, *Il registro delle imprese*, Torino, 1997, 3 ss.

⁸⁴ Cfr. Minneci, *S.r.l. unipersonali*, cit., 60; Granatiero, *sub art. 2362*, cit., 431.

⁸⁵ Dunque: rispetto a chi assume la qualità di unico azionista la pubblicità produce, insieme all'integrale liberazione del conferimento promesso, un effetto costitutivo della limitazione di responsabilità: così, Ibba, *Pubblicità*, cit., 272; cui *adde* Ardizzone, *sub art. 2362*, nel *Comm. Marchetti – Bianchi – Ghezzi – Notari*, Milano, 2008, 765.

⁸⁶ V., da ultimo, M. Serra, *sub art. 2362*, cit., 1341, ove i necessari riferimenti di dottrina.

⁸⁷ Recentemente, Minneci, *S.r.l. unipersonali*, cit., 61, con le opportune citazioni dottrinali.

za lasciare eredi o con eredi che non vogliono accettare l'eredità⁸⁸. Si potrebbe ipotizzare, salvo che lo statuto non regoli espressamente la vicenda, una causa di scioglimento sociale, precisamente ai sensi dell'art. 2484, comma 1, n. 2 o n. 3, c.c., ma le peculiarità della disciplina sull'assemblea in materia di società unipersonale potrebbero rendere questa strada non facilmente percorribile.

Il comma 3 della disposizione in commento prevede, in alternativa all'obbligo incombente sugli amministratori, una facoltà – o un onere per il socio lì dove si voglia evitare il rischio di rispondere oltre il conferimento – di procedere alla pubblicità in discorso, indipendentemente dall'indicazione della data dell'avvenuta iscrizione e forse dalla stessa iscrizione nel libro soci (che potrebbe essere ritardato non per sua volontà e che costituisce dovere degli amministratori)⁸⁹.

La previsione appare opportuna, perché – trattandosi di un adempimento che l'azionista totalitario può eseguire in alternativa agli (e non in sostituzione degli) amministratori – gli consente, per dir così, vuoi di “anticipare” l'effetto liberatorio dalla responsabilità illimitata senza attendere lo scadere del termine posto a carico degli amministratori dal comma 4 dell'art. 2362, vuoi di rendersi autonomo rispetto alla volontà dei gestori, i quali, benché a conoscenza del fatto endosocietario che dà luogo all'unisoggettività, potrebbero restare inadempienti in tutto o in parte. Di fronte a uno scenario del genere, ove la condotta inadempiente degli amministratori procurasse un danno al socio unico o ai terzi, essi sarebbero passibili di azione di responsabilità (a norma degli artt. 2392-2395 c.c.) e tenuti al risarcimento in favore del soggetto danneggiato, ferma restando la loro responsabilità in forza dell'art. 2630 c.c.⁹⁰.

Ma, a ben riflettere, la previsione appare opportuna anche nell'interesse degli amministratori perché può giocare sul piano della loro responsabilità, escludendola, dirimpetto a vicende con rilievo esterno all'organizzazione societaria e quindi non rientranti nell'orbita della loro diretta conoscibilità per ragioni di ufficio. Si potrebbe assumere il caso in cui agli amministratori di una pluripersonale non sia stata resa nota l'avvenuta cessione delle partecipazioni che abbia condotto alla situazione di possesso totalitario da parte di un'unica persona della società. L'evenienza non è del tutto peregrina, stante il disposto dell'art. 2354, comma 1, c.c. (a meno che non si voglia ritenere la disposizione implicitamente abrogata *in parte qua*), secondo cui i titoli azionari possono essere anche al portatore (se il socio vuole così, lo statuto lo prevede o le leggi speciali lo ammettono) e dell'art. 2370, comma 4, c.c., secondo cui se le azioni delle

⁸⁸ Cfr., per tale ultima evenienza, Minneci, *S.r.l. unipersonali*, cit., 53 s.

⁸⁹ Ibba, *Pubblicità*, cit., 274, secondo cui, se l'evento da iscrivere non pone un problema di opponibilità (inserendosi in una situazione che è già di responsabilità limitata), l'iscrizione varrà come semplice pubblicità-notizia e sarà una semplice facoltà, non già un onere, per colui che cessa di essere socio unico; Sanfilippo, *sub art. 2362*, cit., 429; M. Serra, *sub art. 2362*, cit., 1341; Ardizzone, *sub art. 2362*, cit., 769 s.

⁹⁰ Cfr. M. Serra, *sub art. 2362*, cit., 1341; Ibba, *La società*, cit., 78 ss.

società non ammesse alla gestione accentrata sono nominative (e, perché no, non diffuse fra il pubblico), gli amministratori di dette società provvedono all'iscrizione nel libro soci di coloro che hanno partecipato all'assemblea o che hanno effettuato il deposito; e comunque a motivo del fatto che la proprietà dei titoli azionari può trasferirsi in forza del semplice consenso, mentre *inter partes* la legittimazione si trasmette anche mediante girata, sia pure nelle forme stabilite dalla legge⁹¹.

Appare preferibile che, in tutte queste ipotesi, il socio resosi cessionario di tutte le azioni, che poi si palesi come unico pubblicizzando in ritardo tale sua condizione, non possa che *imputet sibi* del pregiudizio sopportato⁹². Ed è soluzione, quella appena indicata, che si lascia preferire anche in virtù del come, conformemente al dato normativo, si è intesa la fattispecie "unico azionista", da riscontrare solo in presenza di indici oggettivi e formali (quale, ad esempio, l'iscrizione nel libro soci), per cui (e tanto per rendere l'idea con un esempio "estremo") non rileverebbe, nell'eventualità prospettata, che gli amministratori fossero di fatto, e per motivazioni estranee al loro ufficio, a conoscenza dell'avvenuta cessione di tutte azioni in favore di un'unica persona⁹³.

Per altro verso, gli amministratori andranno altrettanto esonerati da responsabilità se avranno *depositato* le dichiarazioni afferenti ai fatti indicati nei commi 1 e 2 dell'art. 2362 nel termine di trenta giorni dall'iscrizione dell'unico azionista nel libro soci, avendo cura di indicare e di allegare documentalmente la data in cui è stata eseguita l'iscrizione, al fine di consentire un controllo agli interessati sull'esattezza del contenuto della dichiarazione da iscrivere nel registro e la relativa tempestività. Eventuali ritardi nell'*iscrizione* della dichiarazione, che ovviamente avverrà a cura dell'ufficio del registro delle imprese, non potranno ridondare a carico degli amministratori né dell'unico azionista.

L'art. 2325, ult. co., dispone che l'unico azionista è personalmente responsabile «... *fino a quando* non sia stata attuata la pubblicità prescritta dall'articolo 2362», talché da una parte la lettera della legge e, dall'altra, il confronto con quanto (con formula dissimile) dice lo stesso art. 2325, comma 2, a proposito dei conferimenti, inducono a ritenere che il socio solitario, nell'ipotesi di pubblicità tardiva, non perde definitivamente il beneficio della responsabilità limitata ma lo salva sebbene irretroattivamente⁹⁴. Del pari, ma questa volta con efficacia *ex tunc*, non sorge in capo all'unico azionista alcuna responsabilità "interinale", sicché egli nel lasso temporale previsto dal comma 4 della disposizione in esame sarà irresponsabile per le obbliga-

⁹¹ Weigmann, *Società*, cit., 218, per il quale questi principi recavano incertezze interpretative sull'art. 2362 v.t., oltre che a vanificare i benefici di trasparenza che si attribuiscono alla nominatività obbligatoria delle azioni.

⁹² Cfr. Minneci, *S.r.l. unipersonali*, cit., 60.

⁹³ Cfr. Montalenti, *sub art. 2362*, cit., 462.

⁹⁴ Sanfilippo, *sub art. 2362*, cit., 427 ss.; M. Serra, *sub art. 2362*, cit., 1341; Minneci, *S.r.l. unipersonali*, cit., 60; Granatiero, *sub art. 2362*, nel *Comm. delle società Cian - Trabucchi*, Padova, 2011, 463.

zioni sociali e sempreché la pubblicità venga poi attuata nel termine di legge⁹⁵, che, come si è detto, decorre dall'iscrizione nel libro soci⁹⁶.

Il comma 2 dell'art. 2362, si è visto, fa obbligo agli amministratori di procedere alla pubblicità in discorso «quando si *costituisce* o ricostituisce la pluralità dei soci...».

La formulazione letteraria della disposizione è ambigua e ricalca quella già dettata con riguardo alla società a responsabilità limitata unipersonale, sollevando il medesimo dubbio sul se, in caso di unipersonalità originaria, sia necessaria l'iscrizione nel registro dell'apposita dichiarazione degli amministratori in aggiunta all'iscrizione dell'atto costitutivo. La riforma del 2003 ha perso una buona occasione per fare finalmente chiarezza in argomento, ma dove non arriva il legislatore può arrivare l'opera dell'interprete.

Nonostante l'ambiguità del dato normativo, è da prediligere il sistema della doppia iscrizione: non tanto perché in tal modo, anche in sede di costituzione della società, si faciliterebbe la possibilità di scovare il socio che, non palesando con questa dichiarazione aggiuntiva la sua qualità di azionista unico, si è sottratto al regime della responsabilità personale⁹⁷ (atteso che se il socio è mosso da intenti fraudolenti o simulatori è probabile che si asterrà dall'effettuare qualunque dichiarazione, preferendo rischiare, semmai affrontando le lungaggini processuali), quanto più in generale per la presenza nell'ordinamento di numerose disposizioni di legge *aventi a oggetto l'iscrizione di eventi che incidono su vicende già iscritte*, o potenzialmente iscrिवibili (v. l'art. 2207 c.c.), *comportandone la modifica o la cessazione*, tra le quali rientra l'art. 2362, il cui contenuto attiene a un'ampia gamma di adempimenti pubblicitari intorno alla situazione «unico azionista»⁹⁸.

Il principio generale che se ne ricava è che vanno iscritti, anche in assenza di specifiche disposizioni e a maggior ragione se vi è, come nella specie, una «mezza» (per non ripetere ambigua) disposizione, tutti gli eventi integrativi, modificativi o estintivi di vicende già pubblicizzate, anche se i fatti da iscrivere possono avvenire in concomitanza: il principio di tipicità, così, non esclude un principio di completezza, anzi lo postula essendo quest'ultimo complementare al primo⁹⁹. Se poi, a queste considerazioni di ordine generale, si aggiunge che nei fenomeni di autonomia (come nella specie) o separazione patrimoniale intercorre un nesso inscindibile tra il vincolo di destinazione con rilievo reale e la necessità di un sistema pubblicitario *ad hoc*¹⁰⁰, diventa ancor più

⁹⁵ Tassinari, *La società*, cit., 735.

⁹⁶ M. Serra, *sub art. 2362*, cit., 1341.

⁹⁷ Tassinari, *La società*, cit., 721; Sanfilippo, *sub art. 2362*, cit., 429.

⁹⁸ Cfr., sull'argomento generale, Ibba, *Il «sistema»*, cit., 603; Cabras, *sub art. 2483*, nel *Comm. Niccolini – Stagno d'Alcontres*, cit., III, 1704.

⁹⁹ Ibba, *Il «sistema»*, cit., 603 s.

¹⁰⁰ Cfr. Zoppini, *Autonomia e separazione del patrimonio nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 563.

comprensibile la scelta di dar luogo all'adempimento pubblicitario *de quo*, quantunque ripetitivo del contenuto dell'atto costitutivo.

Il sistema pubblicitario della società di capitali unisoggettiva si completa, in sintonia con quanto appena notato, prestando osservanza al già citato art. 2250, comma 4, che postula di indicare negli atti e nella corrispondenza della società unipersonale (evidentemente destinati ai terzi) la sua condizione di unisoggettività, oltre che di unilateralità¹⁰¹.

6. I rapporti fra la società e il suo unico azionista

La società monopartecipata presenta alcuni tratti differenziali rispetto a quelle pluripartecipate, dove è quasi fisiologica la conflittualità fra maggioranza e minoranza sociale e dove il grado di dipendenza degli amministratori e dei sindaci è, almeno sulla carta, meno accentuato che non nel nostro caso¹⁰².

Se, ottimisticamente, suole riconoscersi un certo valore positivo alle "lotte" intestine fra maggioranza e minoranza sociale per la capacità di introdurre idonei anticorpi contro abusi della prima e se, forse più realisticamente, quel valore pare meglio assicurato dalla possibilità per la seconda di proporre l'azione (sociale) di responsabilità nei confronti degli amministratori designati dagli azionisti di comando anche nell'interesse dei creditori, l'assenza di tutto ciò nella società unipersonale giustifica il motivo della regola di trasparenza dettata dall'ultimo comma dell'art. 2362: una regola che, astrattamente, trova idonea collocazione in un ambito dove è più probabile il verificarsi di casi di confusione patrimoniale o il compimento di operazioni economicamente dannose per i terzi e, in particolare, i creditori sociali¹⁰³.

La *ratio* della disposizione appena tratteggiata appare sufficiente per sostenere, d'altro canto, che la disciplina sugli "interessi" degli amministratori troverà applicazione anche in *subiecta materia*, come indirettamente e sistematicamente conferma la disciplina sulle operazioni con parti correlate¹⁰⁴. Questa conclusione si fonda e

¹⁰¹ L'art. 2250 c.c. – che attiene alle indicazioni obbligatorie negli atti e nella corrispondenza – risponde a esigenze pubblicitarie in senso lato, confermando, per altro verso, che la s.p.a. unipersonale non è un tipo distinto dalla s.p.a. pluripersonale, come (volendo ancorarsi a un dato positivo) emerge dall'art. 2328, comma 2, n. 3), c.c., che regola la denominazione sociale della s.p.a. senza prevedere la sua eventuale unilateralità (cfr., in punto di s.r.l. unipersonale, Spolidoro, *La legge*, cit., 102).

¹⁰² Sul punto, v. Scotti Camuzzi, *L'unico azionista*, cit., 780 ss.

¹⁰³ G. F. Campobasso, *Diritto delle società*, cit., 175; Sanfilippo, *sub art. 2362*, cit., 430.

¹⁰⁴ Quale che sia l'equilibrio di poteri fra amministratori e assemblea dei soci (cfr., per tutti, Calandra Buonauro, *Gestione dell'impresa e competenze dell'assemblea nella società per azioni*, Milano, 1985, *passim*; Portale *Rapporti fra assemblea e organo gestorio nei sistemi di amministrazione*, in *Il nuovo diritto delle società*, cit., 2, Torino, 2006, 5 ss., spec. 22 ss.; Abbadesse – Mirone, *Le competenze dell'assemblea nelle s.p.a.*, in *Riv. società*, 2010, 269 ss.), non può disconoscersi che i primi appaiono forniti di un potere gestorio proprio e autonomo rispetto ai soci, i quali per es., se riuniti in assemblea, hanno sì la prerogativa di modificare lo statuto e con esso la clausola sull'oggetto sociale,

legittima non tanto sulla considerazione circa la portata e il significato del vago e astratto concetto di “interesse sociale”, ma sul diverso aspetto concreto *dell’esercizio di un’attività di impresa da parte della società per azioni unipersonale*, che, nella sua materialità, coinvolge interessi variegati, molteplici e articolati non riassumibili in una alcuna vuota formula dal sapore aprioristico¹⁰⁵.

Se così è, la lettera della legge lascia forse insoddisfatti, laddove si preoccupa di riservare la sua protezione in via esclusiva ai creditori sociali e non anche agli altri terzi potenzialmente interessati alle fattispecie ivi considerate: è vero che la filosofia di fondo della riforma tende a stabilizzare il più possibile nel tempo atti e operazioni, ma è da ritenere che ciò avvenga se essi abbiano natura societaria. Anche se, bisogna dopotutto riconoscerlo, la disposizione appare coerente con la peculiarità della società con unico socio che, almeno immediatamente e direttamente, s’interfaccia con i creditori sociali¹⁰⁶. Ma l’art. 2704 c.c. – richiamato indirettamente dall’ultimo comma dell’articolo in esame, nella parte in cui fa espresso riferimento alla data certa –, d’altronde, è compreso nel Libro VI del codice civile sulla tutela dei diritti e nel suo contenuto parla genericamente di terzi.

Si può forse negare che, di fronte ad un’operazione fra socio unico e società, possa ravvisarsi un interesse di chi desideri in un prossimo futuro diventarne socio o di chi stia valutando se concederle credito o, ancora, di chi debba decidere se accettare una proposta di lavoro¹⁰⁷?

La disciplina approntata dall’ultimo comma dell’art. 2362, avendo la finalità di disvelare i rapporti fra unico azionista e società, fornisce la possibilità di ricostruire la cronistoria degli affari compiuti fra le predette parti, cronistoria che può non essere del tutto indifferente a chi, poi, sia divenuto nuovo socio, unico o non, della società, o curatore fallimentare¹⁰⁸: la disposizione, insomma, mira a realizzare i presupposti di trasparenza e di non manipolabilità *a posteriori* del patrimonio sociale ad opera del socio totalitario¹⁰⁹.

La visione restrittiva abbracciata dal legislatore del 2003, in definitiva, non appare esente da critiche, perché, come si è notato, lascia senza alcuna protezione tutti gli

ma non hanno anche la possibilità di derogare in via occasionale ad un ipotetico limite gestorio (in tal senso, P. Ferro-Luzzi, *La società tra l’oggetto e il soggetto*, in *Riv. dir. comm. e obbligazioni*, 2011, II, 313).

¹⁰⁵ P. Ferro-Luzzi, *Dal conflitto di interessi agli interessi degli amministratori – Profili di sistema*, in *Riv. dir. comm. e obbligazioni*, 2006, I, 671.

¹⁰⁶ G. Scognamiglio, *La disciplina*, cit., 259, parla di regola di trasparenza a servizio dei diversi interessi che ruotano intorno alla società, in particolare dei creditori sociali, ma anche dei creditori particolari del socio.

¹⁰⁷ Per l’interpretazione estensiva (della vecchia norma dettata in materia di s.r.l. unipersonale) cfr., soprattutto, Pisani Massamormile, *Prime riflessioni*, cit., 396; Di Cataldo, *I contratti tra la società a responsabilità limitata unipersonale e il socio unico. Prime proposte interpretative*, in *Giur. comm.*, 1995, I, 346, che individua la funzione della disposizione innanzitutto in un’esigenza di tutela della società di fronte a ipotetiche prevaricazioni dell’unico socio.

¹⁰⁸ V., ad es., Zanarone, *Della società a responsabilità limitata*, nel *Comm Schlesinger*, II, Milano, 2010, 1201.

¹⁰⁹ Benché a proposito della s.r.l. unipersonale, cfr. Di Cataldo, *I contratti*, cit., 346 ss.; Pisani Massamormile, *Prime riflessioni*, cit., 395 s.

altri interessi “altri” differenti dai creditori sociali, quali i futuri soci, i creditori particolari dell’unico socio, gli acquirenti di *asset* della società¹¹⁰.

Discorso diverso è domandarsi se sia stata opportuna scelta di politica legislativa quella di invocare l’istituto della data certa – per certi versi macchinoso – in materia d’impresa la cui attività postula snellezza e rapidità operativa¹¹¹.

Le operazioni di cui parla la legge sono naturalmente quelle che l’azionista unico può concludere con la società non *uti socius*, bensì *uti tertius*¹¹² (per i contratti il problema non si pone, essendo lì il socio sempre terzo¹¹³) e la conseguenza della violazione del precetto sarà l’inopponibilità del contratto o dell’operazione ai creditori sociali. Da quest’ultima circostanza, si deduce che la forma prescritta non è *ad essentiam* né *ad probationem*, bensì *ad regularitatem*¹¹⁴, sicché, in difetto, l’atto resterà valido fra i paciscenti ma sarà inefficace nei confronti dei (soli) creditori sociali¹¹⁵.

La disposizione si riferisce esplicitamente, come detto, ai *contratti* e alle *operazioni in favore* dell’unico socio: se da quest’ultimo angolo visuale si allude alle sole operazioni compiute in favore del socio solitario (e non anche della società), quali ad esempio fideiussioni o altre garanzie reali o atipiche prestate dalla società per debiti di quegli, discorrendo di contratti la legge intende riferirsi a quelli di scambio aventi a oggetto il trasferimento di beni sociali, o viceversa beni personali del socio, ma anche ad ogni altro atto negoziale o meno che implichi per la società l’assunzione di obbligazioni o prestazioni sproporzionate¹¹⁶.

Contratti e operazioni sono efficaci verso i creditori della società unipersonale a condizione che risultino «... dal libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio di amministrazione o da atto scritto avente data certa anteriore al pignoramento».

La lettera della norma può suscitare qualche perplessità con riguardo ad ambo le formalità per come prescritte: quanto alla prima, la società unipersonale potrebbe essere retta da un organo monocratico che, per antonomasia, è privo del libro di cui all’art. 2421, comma 1, n. 4), c.c., né può farsi obbligo all’amministratore unico di istituirlo, e comunque, anche se retta da un consiglio di amministrazione, resterebbe

¹¹⁰ E v., infatti, Minneci, *S.r.l. unipersonali*, cit., 63 s.

¹¹¹ È la perplessità sollevata da Pisani Massamormile, *Prime riflessioni*, cit., 395.

¹¹² Di Cataldo, *I contratti*, cit., 344; G. Scognamiglio, *La disciplina*, cit., 259.

¹¹³ Salvo il caso degli acquisti pericolosi ex art. 2343-bis c.c., disposizione applicabile in materia: Pisani Massamormile, *Prime riflessioni*, cit., 396 ss. (coerentemente con la sua tesi di fondo attenta alla protezione dell’impresa sociale nella fase intrinsecamente difficile del suo sforzo iniziale).

¹¹⁴ Spolidoro, *La legge*, cit., 110; Sanfilippo, *sub art.* 2362, cit., 430; M. Serra, *sub art.* 2362, cit., 1342; Granatiero, *sub art.* 2362, cit., 396.

¹¹⁵ Per tutti, Minneci, *S.r.l. unipersonali*, cit., 63. Di Cataldo, *I contratti*, cit., 350 s., dubita dell’adeguatezza della sanzione d’inefficacia in un mondo in perpetuo divenire qual è quello delle società, reputando più idonei rimedi di natura risarcitoria.

¹¹⁶ Minneci, *S.r.l. unipersonali*, cit., 64; Di Cataldo, *I contratti*, cit., 344, fa riferimento anche alle intese rilevanti per la legislazione antimonopolistica.

pur sempre che esso è terzo rispetto al socio unico interessato; quanto alla seconda, sfuggirebbero alle maglie della disposizione tutte quelle operazioni compiute nell'arco temporale tra la notificazione dell'atto di precetto e la notifica del pignoramento.

Partendo da quest'ultima questione, si può dire che la disposizione appare coerente con i principi in materia di impresa, che, si ripete, non tollera eccessivi legacci all'attività circolatoria dei beni e delle vicende che la riguardano. Il sistema, ad ogni modo, fornisce agli interessati sufficienti e proporzionati strumenti per reagire contro atti di disposizione patrimoniale o compiuti in frode ai creditori¹¹⁷, se non fosse che essi, per reagire, devono passare per le "inefficienze" della giustizia civile.

Relativamente, invece, alle prime due questioni, mentre la prima – a meno che l'amministratore unico non abbia *sua sponte* deciso di munirsi di un apposito libro per documentare le proprie decisioni gestorie (ipotesi, tuttavia, alquanto remota) – si risolve imponendo che l'atto di turno sia redatto per iscritto e sia provvisto di data certa, la seconda appare preferibile risolverla imponendo la data certa altresì per gli atti documentati nel libro consiliare, perché, nell'ottica di tutela dei creditori sociali, anche le trascrizioni nel citato libro devono essere di sicura anteriorità rispetto al pignoramento¹¹⁸.

Il comma 4 dell'art. 2362, quale regola di trasparenza e di monitoraggio a tal fine *ex post*, tende a permettere la ricostruzione del *contenuto* dei contratti e delle operazioni intercorse fra unico azionista e società nell'interesse dei creditori sociali, ma anche, al fine di perseguire in via obbligatoria taluni "abusi" compiuti dal socio unico-amministratore o dagli amministratori compiacenti, nell'interesse dei nuovi soci allorquando si ricostituisce la pluralità degli azionisti. Ne consegue che per non tradire la *ratio* sottesa alla disposizione nel libro consiliare andrà riportato l'atto nella sua integralità, non sembrando ammissibile un'annotazione sintetica dei soli estremi o dei punti ritenuti essenziali¹¹⁹ (che potrebbero essere tali per taluno ma non per talaltro).

Alla norma va prestata osservanza anche nell'ipotesi in cui l'esecuzione del rapporto avvenga nel momento in cui si sia ricostituita la pluralità dei soci o, al contrario, nell'ipotesi di riduzione della società ad un solo socio; in quest'evenienza gli amministratori dovranno, necessariamente dopo il loro compimento, regolarizzare tutti rapporti intercorsi tra l'attuale unico azionista e la società durante il periodo di pluripersonalità della compagine sociale¹²⁰.

¹¹⁷ Si allude alle azioni revocatorie (così anche Sanfilippo, *sub art.* 2362, cit., 432) e a quelle cautelari di sequestro (specie conservativo).

¹¹⁸ Cfr., per tutti, Sanfilippo, *sub art.* 2362, cit., 431.

¹¹⁹ V. già Di Cataldo, *I contratti*, cit., 345; Sanfilippo, *sub art.* 2362, cit., 432; Granatiero, *sub art.* 2362, cit., 396; M. Serra, *sub art.* 2362, cit., 1342; diversamente, conferisce rilievo al dato letterale attuale rispetto al vecchio art. 2490-bis, comma 1, c.c., D'Attorre, *sub art.* 2478, nel *Comm. Sandulli – Santoro*, Torino, 2003, 150 s.

¹²⁰ Sanfilippo, *sub art.* 2362, cit., 432; Di Cataldo, *I contratti*, cit., 349 s.

Com'è noto, il previgente ultimo comma dell'art. 2490-*bis* c.c. – in tema di società a responsabilità limitata unisoggettiva – stabiliva che «i crediti dell'unico socio non illimitatamente responsabile nei confronti della società non sono assistiti da cause legittime di prelazione».

La norma è stata abrogata per la società a responsabilità limitata unipersonale – il che appare logico in virtù dell'art. 2467 c.c. sui finanziamenti dei soci (il cui rimborso è postergato a tutti gli altri crediti) direttamente applicabile alla s.r.l. – e non è stata inserita per la società per azioni unipersonale – il che dovrebbe lasciar cadere qualsiasi remora all'applicazione analogica alla s.p.a. della disciplina dei finanziamenti dei soci – a cui, comunque, si applicherà l'art. 2497-*quinquies* c.c. che richiama esplicitamente l'art. 2467 c.c., in quanto regola generale¹²¹.

7. Postilla

Se Ascarelli ha interpretativamente trionfato nell'inquadramento di fondo della tematica affrontata in queste pagine, concludendo che «la responsabilità limitata dell'azionista non riposa affatto sul suo "minor potere"..., così come non ha affatto necessaria contropartita nella pluripersonalità..., [trovando] corrispondenza in un complesso di norme di pubblicità e responsabilità... di amministratori e sindaci...»¹²², Bigiavi ha avuto il merito di spaccare in quattro lo scottante problema degli abusi che l'unico azionista – ritenuto personalmente responsabile grazie alla presunzione assoluta del suo dominio incontrastato sulla società – può perpetrare al riparo dello schermo della società, giungendo a sancirne il fallimento in quanto imprenditore indiretto¹²³: così, «... si applica effettivamente, e non soltanto a parole, quella moderna tendenza che "riduce", per così dire, la portata del concetto di persona giuridica e consente di vedere quel che c'è dietro di essa..., [cioè] i soci; e che fra i soci abbiano particolare rilievo quelli che rispondono con tutto il loro patrimonio della gestione sociale»¹²⁴.

Due visioni in antitesi ma accomunate dalla grande sensibilità e modernità dell'approccio a una questione reale, tuttora drammaticamente esistente e forse, ciononostante, mai risolta con piena soddisfazione per gli interessi antagonisti.

Ma se è vero che la tesi ascarelliana si lascia preferire, poiché la funzione e l'esercizio della libertà di iniziativa economica – comprendente sia la libertà di investimento che la scelta del fine e lo svolgimento dell'attività¹²⁵ – si apprezzano e si verificano sul piano

¹²¹ Per tutti, sulla questione generale, Portale, *I «finanziamenti» dei soci nelle società di capitali*, in *Banca borsa*, 2003, I, 669 ss., 681.

¹²² In *Società di persone tra società*, in *Problemi giuridici*, cit., 449.

¹²³ Cfr. *L'imprenditore occulto*, cit., 165 ss., 180, 193 ss.

¹²⁴ In *Difesa dell'«imprenditore occulto»*, cit., 92.

¹²⁵ Cfr. Minervini, *Contro la «funzionalizzazione» dell'impresa privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, 618 ss.; Irti, *Persona e mercato*, *ivi*, 1995, I, 291; Buonocore, *Impresa (dir. priv.)*, in *Enc. Dir. Annali I*, Milano, 2008,

dell'affare, della regola e del comportamento¹²⁶, è altrettanto vero che occorrerà non tanto o non solo potenziare le regole già esistenti, o vararne di nuove, quanto piuttosto saperle adeguatamente usare per reprimere o prevenire gli ipotetici "abusi" non semplici da individuare: è sotto gli occhi di tutti che, attualmente, strutture e modelli organizzativi diventano sempre più sofisticati, rarefatti, di difficile comprensione e collocazione nella prassi e nella teoria generale, nonché che le attività esercitate tramite essi si svelano sempre più pericolose (come la storia dei derivati e delle attività dannose per l'ambiente hanno insegnato non ancora sufficientemente).

Si tratta di un aspetto centrale, sol che lo si osservi in punto di estremo vertice: l'art. 41 Cost. statuisce che l'iniziativa economica privata non deve svolgersi in contrasto con l'utilità sociale non che debba essere svolta per fini di utilità sociale¹²⁷.

Una precisazione sottile e talvolta scivolosa che, nella nostra materia, richiede una giustizia solida, rapida, effettiva, ma soprattutto autenticamente interprete della realtà normativa del diritto dell'impresa¹²⁸, anzi del mercato¹²⁹.

764; P. Masi, *Articolazioni dell'iniziativa economica e unità dell'imputazione giuridica*, Napoli, 1985, 53.

¹²⁶ Cfr. già Oppo, *Contratti parasociali*, Milano, 1942, 20 ss.; Di Nanni, *Collegamento negoziale e funzione complessa*, in *Riv. dir. comm. e obbligazioni*, 1977, I, 334 ss.

¹²⁷ Buonocore, *Impresa*, cit., 762 ss.

¹²⁸ Sulla centralità dell'impresa e del mercato nel diritto commerciale (e non solo), cfr. Oppo, *Principi*, nel *Tratt. Buonocore*, I, 1, Torino, 2001, *passim*; Portale, *Tra responsabilità della banca e "ricommercializzazione" del diritto commerciale*, in *Jus*, 1981, 148.

¹²⁹ Visto che impresa e mercato costituiscono elementi immanenti alla vita di ciascuno di noi: «dalla nascita alla tomba, pel corteo battesimale, per la festa di nozze, per le onoranze dei morti, è sempre il codice di commercio che ormai governa l'atto del cittadino che contrae con un'impresa mercantile» (Vivante, in *Tratt. di diritto commerciale*, I, 1929, § 1 e 7).

Il negozio di destinazione e la segregazione del patrimonio. Un modello alternativo di negozio fiduciario?*

di Marco Nicolai

SOMMARIO: 1. Delimitazione dell'oggetto dell'intervento. – 2. Il negozio di destinazione: l'art. 2645-ter, c.c. – 3. La segregazione o la separazione patrimoniale. – 4. La meritevolezza dell'interesse e la tutela dei creditori. – 5. La struttura del negozio. – 6. La costituzione e la cessazione del vincolo. – 7. Il ruolo dell'autonomia privata nella gestione e nella circolazione del bene. – 8 L'obbligatorietà del vincolo.

1. Delimitazione dell'oggetto dell'intervento

Il negozio di destinazione di cui all'art. 2645 – *ter*¹, c.c., è stato introdotto nell'ordinamento italiano con legge, 23 febbraio 2006, n. 51, di conversione, con modificazioni, del decreto legge n. 273 del 30 dicembre 2005. Tale fattispecie, la cui concreta applicazione è stata per ora scarsa², ha offerto diversi spunti di riflessione³ aprendo un

* Lo scritto riproduce, con alcuni adattamenti, l'aggiunta di note minime e delle indicazioni bibliografiche essenziali, considerata la consistente letteratura sviluppatasi sul tema, la relazione su “*El Negocio de Destinación y la Segregación del Patrimonio. Un modelo alternativo de negocio fiduciario?*”, presentata al *V Congreso internacional de derecho civil patrimonial*, tenuto in Lima, dal 16 al 19 settembre 2013, presso la *Pontificia Universidad Católica del Perú*.

¹ Sul significato e sulla collocazione della disposizione Di Majo A., *Il vincolo di destinazione tra atto ed effetto*, in Aa.Vv., *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione – L'art.2645-ter del codice civile*, a cura di M. Bianca, Milano 2007, 111 ss.

Per la ricostruzione del percorso legislativo che ha portato all'elaborazione e all'approvazione di questa disposizione Troiano P., *L'atto negoziale di destinazione: origine dell'istituto e possibili applicazioni in favore di pubbliche amministrazioni*, in Aa.Vv., *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione – L'art.2645-ter del codice civile*, cit., 159 ss. e Priore C., *La problematica e i disegni di legge*, in Aa.Vv., *Dal trust all'atto di destinazione patrimoniale. Il lungo cammino di un'idea*, a cura di M. Bianca e de Donato, in *I quaderni della fondazione italiana del notariato*, *Il Sole 24 ore*, 2013, 69 ss. Più di recente sulla genesi della disposizione Oberto G., *Le destinazioni patrimoniali nell'intreccio dei rapporti familiari*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, 19, *I contratti di destinazione patrimoniale*, Torino, 2014, 146 e Gigliotti F., *Atto di destinazione e interessi meritevoli di tutela*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 366 ss.

² Per Bianca C.M., *Conclusioni*, in Aa.Vv., *Dal trust all'atto di destinazione patrimoniale. Il lungo cammino di un'idea*, cit., 301, «il ricorso a questa figura è risultato ... scoraggiato a causa della mancanza di parametri certi».

³ In questa prospettiva, si pone Lupoi M., *Il contratto di affidamento fiduciario*, 2014, *passim*, il quale, prendendo le mosse dalla configurazione classica del negozio fiduciario, esamina la giurisprudenza che «dal 1937

ampio dibattito su differenti profili⁴, come ad esempio la struttura del negozio, la natura obbligatoria ovvero reale del vincolo di destinazione, i limiti all'autonomia privata, etc., che non potranno però essere compiutamente esaminati in questo intervento⁵.

Gli interpreti, con riferimento ai vari nodi problematici sollevati dalla disciplina di nuova introduzione, hanno prospettato numerose soluzioni non pervenendo però a posizioni condivise. In questo contesto, anche le pronunce giurisprudenziali, per vero esigue e prevalentemente dei giudici di merito⁶, non si sono certo contradd-

in poi» (cfr. p.21) se ne è occupata raffrontandolo sia con l'atto di destinazione, sia con il *trust* e il contratto di affidamento fiduciario, evidenziando i tratti caratterizzanti di ogni singola fattispecie.

⁴ La copiosità dei contributi sull'art.2645-ter, c.c., è documentata da Oberto G., *Le destinazioni patrimoniali nell'intreccio dei rapporti familiari*, cit., 140 ss., nota 1.

⁵ Un esame di questi aspetti, senza alcuna pretesa di esaustività, si può trovare in Aa.Vv., *Dal trust all'atto di destinazione patrimoniale. Il lungo cammino di un'idea*, cit., *passim*; nonché in Aa.Vv., *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione – L'art.2645-ter del codice civile*, cit., *passim*. Più di recente Oberto G., *Le destinazioni patrimoniali nell'intreccio dei rapporti familiari*, cit., 159 ss., il quale si sofferma in modo particolare sulle differenze esistenti tra atti di destinazione e *trust*; nonché D'Amico G., *La proprietà «destinata»*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 533 ss. e Bonini R.S., *Destinazione di beni ad uno scopo. Contributo all'interpretazione dell'art. 2645 ter c.c.*, Napoli, 2015, *passim*.

Aa.Vv., *Atti di destinazione – Guida alla redazione*, di F. Alcaro, G. Amadio, M. Bianca, G. De Rosa, A. Fusaro, M. Krogh, F. Macario, G. Marcoz, C. Scognamiglio, A. Valeriani, offrono una bibliografia ragionata sugli atti di destinazione. Il documento è reperibile in *Consiglio nazionale del Notariato*, nella sezione studi e contratti, alla voce contratti, Studio n.357-2012/C, del sito *web* www.notariato.it.

⁶ Per un quadro di sintesi e per l'eterogeneità delle materie trattate dalle decisioni esaminate cfr., fra gli altri, De Donato, *L'interpretazione dell'art. 2645-ter. Prime riflessioni della dottrina e della giurisprudenza*, in Aa.Vv., *Dal trust all'atto di destinazione patrimoniale. Il lungo cammino di un'idea*, cit., 93 ss.

Per una rassegna di sentenze, Di Landro A.C., *I vincoli di destinazione ex art.2645 ter c.c. Alcune questioni nell'interpretazione di dottrina e giurisprudenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 728, nota 3.

Tra le pronunce più recenti si segnalano App. Trieste, 19 dicembre 2013, pubblicata in data 8 gennaio 2014 e reperibile nella banca dati *Il Caso.it*, Sez. Giurisprudenza, 9858, al seguente *link*: http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/fal.php?id_cont=9858.php, ove è statuito che «la valutazione di meritevolezza dell'interesse di cui all'articolo 2645 ter c.c. deve essere effettuata non solo con riferimento agli effetti dell'atto costitutivo del vincolo di destinazione ma anche con riferimento alla sua causa. Va, inoltre, precisato che il richiamo all'articolo 1322 c.c. non consente di individuare la meritevolezza unicamente nell'ambito della pubblica utilità o della solidarietà sociale e che la mera liceità dell'atto non rende di per sé l'atto meritevole di tutela, dovendosi, invece, a tal fine comparare l'interesse realizzato mediante l'atto di destinazione con quello dei soggetti che da tale atto subiscono eventuali pregiudizi. Non è meritevole di tutela ai sensi degli articoli 2645 ter e 1322 c.c. l'atto costitutivo di un vincolo di destinazione sui beni del debitore che chiede l'accesso alla procedura di concordato preventivo nell'ipotesi in cui il vincolo sia istituito a favore dei soli creditori risultanti dalle scritture contabili e che limiti la costituzione di cause legittime di prelazione»; Trib. Santa Maria Capua Vetere, 28 novembre 2013, reperibile nella banca dati *Altalex*, nonché in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2014, I, 713 ss., con nota di Azara A., *Atto di destinazione ed effetto traslativo*, secondo il quale «la disposizione dell'art. 2645-ter cod. civ. non riconosce, sul piano sostanziale, la possibilità dell'auto-destinazione unilaterale, in quanto, dal punto di vista testuale, la norma presenta rilevanti indici che depongono in senso contrario alla cosiddetta "auto-destinazione" patrimoniale a carattere unilaterale; e dal punto di vista sistematico, in un sistema caratterizzato dal principio della responsabilità patrimoniale illimitata e dal carattere eccezionale delle fattispecie limitative di tale responsabilità (art. 2740 cod. civ.), la portata applicativa della norma deve essere interpretata in senso restrittivo e, quindi, limitata alle sole ipotesi di destinazione "traslativa"; Trib. Reggio Emilia, 27 gennaio 2014,

distinte per la formazione di un orientamento univoco ma piuttosto per la loro disomogeneità⁷.

Pertanto, saranno esaminati gli aspetti essenziali del negozio di destinazione al fine di tratteggiare una schematica rappresentazione della fattispecie e una risposta all'interrogativo se tale negozio può rappresentare un modello alternativo di negozio fiduciario⁸.

2. Il negozio di destinazione: l'art. 2645 – ter, c.c.

La destinazione⁹ non è una fattispecie nuova per l'ordinamento italiano caratte-

sentenza pubblicata in data 19 febbraio 2014 e reperibile nella banca dati *Il Caso.it*, Sez. Giurisprudenza, 10072, al seguente *link*: http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/crj.php?id_cont=10072.php, nonché in *Fall.*, 912 ss., con nota di Bosticco P., *Sull'utilizzo dello strumento del vincolo di destinazione al fine di supportare una proposta concordataria*, e Trib. Reggio Emilia, 12 maggio 2014, reperibile al seguente *link*: http://web.iusletter.com/~admin/iuslettersito/doc_sentenza_81097.pdf, secondo il quale «il vincolo di cui all'art. 2645 ter c.c., norma da interpretare restrittivamente per non svuotare di significato il principio della responsabilità patrimoniale del debitore ex art. 2740 c.c., non può essere unilateralmente autodestinato su di un bene già in proprietà con un negozio destinatorio puro, ma può unicamente collegarsi ad altra fattispecie negoziale tipica od atipica dotata di autonoma causa. In ogni caso, anche ipotizzando l'ammissibilità di un negozio destinatorio puro, gli interessi meritevoli di tutela che legittimano il vincolo devono essere esplicitati nell'atto di costituzione, devono essere valutati in modo stringente e devono essere prevalenti rispetto agli interessi sacrificati dei creditori del disponente estranei al vincolo»; Trib. Ravenna, 22 maggio 2014, reperibile nella banca dati *Il Caso.it*, Sez. Giurisprudenza, 10755, consultabile al seguente *link*: http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/crj.php?id_cont=10755.php, secondo il quale «sia l'istituto del trust di scopo che il vincolo di destinazione ex art. 2645 ter c.c. possono concorrere positivamente a garantire i creditori concordatari circa l'effettiva destinazione della c.d. "finanza esterna" promessa da soggetti terzi al fine di consentire un soddisfacimento non irrisorio dei creditori chirografari e la fattibilità del concordato (caso nel quale il trust è stato istituito su partecipazioni societarie ed il vincolo di destinazione su alcuni beni immobili). In particolare il vincolo di destinazione, ex art. 2645 ter c.c., persegue interessi meritevoli di tutela ove lo stesso si innesti su di una procedura di concordato, poiché da questa riceve la propria causa concreta, purché contenga un mandato irrevocabile a vendere gli immobili (o altro atto dispositivo) in favore degli organi della procedura ed in particolare del liquidatore giudiziale nominato dal tribunale, realizzandosi perciò di fatto una irrevocabilità della messa a disposizione dei beni condizionata alla sola omologa del concordato» e, nello stesso senso, Trib. Rovigo, 7 ottobre 2014, reperibile nella banca dati *Il Caso.it*, Sez. Giurisprudenza, 11366, «deve ritenersi compatibile con la causa concreta del concordato preventivo il vincolo di destinazione, operato ai sensi dell'articolo 2645 ter c.c. sul compendio immobiliare di proprietà di un soggetto terzo a favore dei creditori del concordato, il quale preveda un mandato al liquidatore di nomina giudiziale di provvedere alla vendita dei beni ed alla soddisfazione dei creditori». Infine, Trib. Trieste, Giudice Tavolare, 22 aprile 2015, reperibile nella banca dati *Il Caso.it*, Sez. Giurisprudenza, 12496, provvedimento pubblicato in data 27 aprile 2015, ove a pag. 2 della motivazione sono sintetizzate le problematiche connesse alla disposizione di cui all'art. 2645-ter c.c.

⁷ Sul punto Rispoli, *L'applicazione dell'art. 2645-ter: involuzione ed evoluzione della giurisprudenza*, in *Giust. civ.*, 2011, II, 319.

⁸ Sul negozio fiduciario in generale e sulla critica della teoria del negozio fiduciario stesso, nonché per il «sommario delle vicende giurisprudenziali» e i necessari riferimenti bibliografici, di recente, Lupoi M., *Il contratto di affidamento fiduciario*, cit., 3 ss.

⁹ Definisce la destinazione dei beni allo scopo come «un concetto che può assumere una molteplicità di significati, a seconda del parametro normativo, alla stregua del quale l'interprete intenda riguardarlo», e all'uopo considera il patrimonio, il diritto soggettivo e l'attività, Palermo G., *I negozi di destinazione nel sistema di diritto*

rizzando una pluralità di figure e di istituti civilistici¹⁰. Tuttavia, essa assume una particolare rilevanza se posta in correlazione con la separazione del patrimonio¹¹. E infatti, in tale ambito, rappresenta il negozio attraverso il quale un soggetto imprime, su uno o più beni, un vincolo¹².

Pertanto, il fenomeno della destinazione e quello della separazione possono rivelarsi in modo disgiunto e sono distinguibili l'uno dall'altro. In questa prospettiva, la separazione di beni dal patrimonio può configurarsi anche in assenza di destinazione – come nel caso delle garanzie reali – e la destinazione di beni non sempre provoca una separazione – come nel caso di pertinenze, di servitù¹³, etc.¹⁴.

Il negozio destinato¹⁵ a segregare e/o a separare un patrimonio¹⁶ consiste nella facoltà, espressamente riconosciuta a un soggetto dall'ordinamento, di incidere sugli

privato, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 84; secondo Lenzi R., *Atto di destinazione*, in *Enc. dir.*, Annali, V, Milano, 2012, 53, ss., al quale si rinvia per una disamina dei profili generali sulla destinazione patrimoniale, si tratta di un concetto poliedrico nelle sue concrete manifestazioni.

Meucci, *La destinazione di beni fra atto e rimedi*, Milano, 2009, 188 ss. evidenzia le relazioni e le differenze fra destinazione economica e destinazione giuridica; mentre Azara A., *Atto di destinazione ed effetto traslativo*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2014, I, 719 ss., distingue fra destinazione dinamica e destinazione statica al fine di analizzare l'oggetto del conferimento nell'atto di destinazione e i profili di cui si compone il vincolo destinatorio (cfr. p. 720).

Sulla distinzione fra i termini destinazione e attribuzione Spada P., *Consenso e indici di circolazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 394 s.

¹⁰ In questo ordine di idee Mastropietro B., *Destinazione di beni ad uno scopo e rapporti gestori*, Napoli, 2011, 7 ss., alla quale si rinvia per una disamina delle diverse accezioni di destinazione.

¹¹ La correlazione destinazione – separazione è esaminata da Bianca M., *Atto negoziale di destinazione e separazione*, in *Consiglio nazionale del Notariato*, Studio n.357-2012/C, cit., 107 ss., la quale evidenzia, in particolare 108 s., che «*esprime il nodo problematico del rapporto tra autonomia negoziale e tutela del credito. L'esatta individuazione del rapporto che intercorre tra atto negoziale di destinazione ed effetto di separazione consente di risolvere il quesito in ordine allo spazio che il sistema ritaglia all'autonomia negoziale nella creazione di patrimoni destinati ad uno scopo con effetto di separazione*». Cfr. ora anche D'Amico G., *La proprietà «destinata»*, cit., 537 s., nonché Bonini R.S., *Destinazione di beni ad uno scopo. Contributo all'interpretazione dell'art. 2645 ter c.c.*, cit., 7 ss.

¹² Per Azara A., *Atto di destinazione ed effetto traslativo*, cit., 720, «*vincolo di destinazione*» è formula riassuntiva e sintetica, foggiate per ridurre in un esiguo numero di simboli linguistici un complesso itinerario logico. La scomposizione analitica del fenomeno lascia emergere i seguenti profili: l'opponibilità ai terzi del vincolo; la segregazione patrimoniale; la costituzione di obblighi negativi».

¹³ In particolare Palermo G., *Nemini res sua servitù e vincoli atipici*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2011, II, 335 ss.

¹⁴ Sul punto Mastropietro B., *Profili dell'atto di destinazione*, 24 aprile 2008, 2, reperibile nel sito web www.diritto.it e ora Id., *Destinazione di beni ad uno scopo e rapporti gestori*, cit., 22 ss.

¹⁵ Distingue l'atto o il negozio di destinazione dal programma negoziale, di cui fanno parte il “programma dell'affidamento” e il “programma destinatorio”, Lupoi M., *Il contratto di affidamento fiduciario*, cit., 252 s., secondo il quale «*il programma lascia intendere che siamo in presenza di una rappresentazione del futuro, del dover essere; siamo allora lontani dall'atto [o negozio] di destinazione*», che invece designa un effetto già prodottosi a causa del negozio. Questo effetto è ritenuto soddisfattivo dell'interesse ed esso si verifica nel momento nel quale il negozio è compiuto. Il programma, invece, guarda alle attività da svolgere ed è quindi incentrato sul diritto delle obbligazioni, non sul diritto dei beni».

¹⁶ Sulla nozione di patrimonio, senza pretesa di completezza, Trimarchi, voce «*Patrimonio (nozione)*», in *Enc.*

elementi – beni o diritti – che lo compongono. Il patrimonio è un complesso di situazioni giuridiche soggettive correlato all'unicità del titolare¹⁷ che non può conservare, e di regola non conserva, un contenuto unico e costante potendo subire nel tempo variazioni sia qualitative, sia quantitative¹⁸.

Il codice civile italiano, nell'ambito della definizione delineata, conosce due specifiche ipotesi di destinazione dei beni. Una relativa alla costituzione di vincoli di carattere pubblicistico, disciplinata dall'art. 2645 – *quater*, c.c., e l'altra, disposta dall'art. 2645 – *ter*, c.c., relativa a quelli di carattere privatistico¹⁹. In questa sede sarà analizzata esclusivamente, e in sintesi, quest'ultima disposizione.

L'art. 2645 – *ter*²⁰, c.c., rubricato “*Trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche*”, è collocato nel libro VI, relativo alla Tutela dei diritti, nel titolo dedicato alla trascrizione.

La sua collocazione ha indotto a ritenere che si trattasse di una disposizione volta a regolare esclusivamente un tipo di effetto, e cioè la destinazione, unitamente al profilo della circolazione del bene in ragione della previsione sulla pubblicità e sull'opponibilità dell'atto. Invero, essa costituisce una norma complessa che disciplina una specifica fattispecie, di nuova tipizzazione, rappresentata dagli atti di destinazione opponibili ai terzi²¹. Pertanto, l'art. 2645 – *ter*, c.c., è una norma sulla fattispecie²², sull'effetto che produce e sull'opponibilità di quest'ultimo²³.

In questo senso, la disposizione citata stabilisce la possibilità di trascrivere quegli atti in forma pubblica con i quali, per un periodo non superiore a novanta anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria²⁴, i beni immobili o i beni mobili registrati sono destinati alla realizzazione di un interesse meritevole di tutela.

dir., XXXII, Milano, 1982, 271 ss.; per quella di patrimonio autonomo Bigliazzi Geri, voce «*Patrimonio autonomo*», in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 280 ss.

¹⁷ Trimarchi, voce «*Patrimonio (nozione)*», cit., 277.

¹⁸ Così Trimarchi, voce «*Patrimonio (nozione)*», cit., 279.

¹⁹ Per una distinzione fra le due figure e per un esame dei vincoli pubblicistici cfr. Mastropietro B., *Il nuovo art. 2645 quater c.c. in materia di trascrizione di vincoli pubblici*, reperibile nel sito *web* www.judicium.it.

²⁰ Sulla natura della norma recentemente Galluzzo, *Autodestinazione e destinazione c.d. dinamica: l'art. 2645 ter cod. civ. come norma di matrice sostanziale*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2014, II, 128 ss., ed *ivi* per riferimenti bibliografici.

²¹ In questi termini, da ultimo, Gazzoni F., *Il negozio di destinazione*, in *Trattato della trascrizione. 1. La trascrizione degli atti e delle sentenze*, Tomo II, Torino, 2012, 183 s., a cui si rinvia per ulteriori riferimenti bibliografici.

²² Così A. Di Majo, *Il vincolo di destinazione tra atto ed effetto*, cit., 111.

²³ Cfr. Mastropietro B., *Destinazione di beni ad uno scopo e rapporti gestori*, cit., 38 ss., in particolare 42.

²⁴ La durata, secondo Lupoi M., *Il contratto di affidamento fiduciario*, cit., 430 ss., costituisce uno dei tratti caratterizzanti il contratto di affidamento fiduciario rispetto all'atto di destinazione di cui all'art. 2645-*ter*, c.c., in quanto essa «è funzione del programma».

Tale trascrizione ha come fine, espressamente previsto dall'articolo citato, di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione.

La relazione tra atto negoziale di destinazione e separazione del patrimonio²⁵, anteriormente all'introduzione dell'art. 2645-ter, c.c., è stata affrontata e risolta in vario modo dalla dottrina²⁶. Tuttavia, tale aspetto non può essere compiutamente analizzato in ragione dell'ampiezza del relativo dibattito che condurrebbe a una digressione sovrabbondante.

La fattispecie dell'art. 2645-ter, c.c., si caratterizza per: (i) un soggetto, che il legislatore definisce impropriamente conferente²⁷ – quasi volesse alludere alla creazione e/o alla costituzione di un nuovo soggetto – ma che in realtà è un disponente²⁸ e rappresenta colui il quale pone in essere il negozio di destinazione; (ii) i beni immobili o mobili registrati che costituiscono l'oggetto della destinazione; (iii) i beneficiari che sono qualificati come soggetti con disabilità ovvero le pubbliche amministrazioni o altri enti e persone fisiche; (iv) la finalità, meritevole di tutela, della destinazione che consiste nella realizzazione di interessi riferibili ai beneficiari; (v) la produzione del vincolo di destinazione²⁹ sui beni destinati; (vi) l'opponibilità ai creditori in forza della trascrizione del negozio e (vii) la stipulazione nella forma dell'atto pubblico. Va poi segnalata l'ampia legittimazione alla realizzazione dell'atto di destinazione che può essere attuato da qualsiasi interessato, e non solo dal conferente, anche durante la vita di quest'ultimo³⁰.

Il legislatore, individuando alcuni tratti qualificanti, ha introdotto una fattispecie generale e composita di destinazione³¹. In questo modo, ha determinato il passaggio

²⁵ Per l'esame di una specifica ipotesi di separazione patrimoniale, recentemente, Lupoi M., *Il contratto di affidamento fiduciario*, cit., 365 ss. L'Autore, analizzando la fattispecie del contratto di affidamento fiduciario, afferma che, in forza del programma negoziale che si intende attuare e nella logica della stabilità di quest'ultimo, si crea una separazione del patrimonio personale dell'affidatario rispetto al fondo (denominato "affidato") ricevuto dall'affidante.

²⁶ In luogo di molti, cfr. Mastropietro B., *Profili dell'atto di destinazione*, cit., 2 ss.

²⁷ Secondo Oberto G., *Le destinazioni patrimoniali nell'intreccio dei rapporti familiari*, cit., 194, l'impiego dei termini conferire e conferimento «non tradisce necessariamente l'intento di richiamare una vicenda traslativa di diritti, ben potendo riferirsi anche alla sola intenzione di denotare la costituzione di un vincolo». In generale sul conferimento in relazione all'atto di destinazione Azara A., *Atto di destinazione ed effetto traslativo*, cit., 719, al quale si rinvia per riferimenti dottrinali.

²⁸ Su tale aspetto Calvo R., *Trust e vincoli di destinazione: "conferire" vuol dire trasferire?*, in *Giur. it.*, 2012, 2277 ss.

²⁹ Tale vincolo per Azara A., *Atto di destinazione ed effetto traslativo*, cit., 720, «è sempre riducibile al divieto di compiere atti materiali che compromettano la destinazione del bene».

³⁰ Sul potere di agire per la realizzazione dell'interesse meritevole di tutela, da ultimo, Azara A., *Atto di destinazione ed effetto traslativo*, cit., 721, al quale si rinvia anche per riferimenti giurisprudenziale e dottrinali.

³¹ Secondo Palermo G., *Configurazione dello scopo, opponibilità del vincolo, realizzazione dell'assetto di interessi*, in Aa.Vv., *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione – L'art.2645-ter del codice civile*, cit., 74, «l'art. 2645-ter introduce invece, sia pure a grandi linee, un nuovo schema di negozio – caratterizzato dalla destinazio-

da un sistema di tipicità dei vincoli di destinazione a uno aperto³² in quanto ha realizzato un modello la cui struttura è predeterminata dall'art. 2645 – *ter*, c.c., che indica gli elementi della fattispecie, mentre il contenuto del negozio è rimesso all'autonomia dei privati³³.

3. La segregazione o la separazione patrimoniale³⁴

Occorre ora puntualizzare il rapporto fra negozio di destinazione e segregazione o separazione del patrimonio in ragione delle diverse modalità in cui si atteggia con riferimento alla responsabilità patrimoniale³⁵. In questo senso, la destinazione in funzione di segregazione o di separazione del patrimonio può realizzarsi con modalità differenziate. Può infatti destinarsi un patrimonio, separandolo da un altro, al fine di creare un nuovo soggetto di diritto come una fondazione, un'associazione riconosciuta o una società di capitali.

Può poi ricorrersi alla destinazione in funzione di separazione per frazionare l'unitario patrimonio³⁶ di un soggetto, persona fisica o giuridica, in porzioni alle quali il destinante attribuisce una finalità meritevole di tutela. In tal modo, si realizzano delle destinazioni non personificate tra le quali sono comprese il fondo patrimoniale

ne di uno o più beni allo scopo – il cui effetto vincolante viene a prendere forma, nel momento stesso in cui è trattato nell'orbita della pubblicità dichiarativa»; per Bianca M., Destinazione dei beni a uno scopo, in Aa.Vv., Dal trust all'atto di destinazione patrimoniale. Il lungo cammino di un'idea, cit., 79, «la destinazione dei beni ad uno scopo rappresenta lo schema generale entro il quale possono collocarsi diversi istituti, dal fondo patrimoniale, ai patrimoni societari, all'atto negoziale di destinazione dell'art. 2645-ter c.c., al trust, al contratto fiduciario, qualora dovesse essere approvata una legge che ne regola l'operatività».

³² Mastropietro B., *Profili dell'atto di destinazione*, cit., 1.

³³ Gazzoni F., *Il negozio di destinazione*, cit., 184. Ritiene Luminoso A., *Contratto fiduciario, trust e atti di destinazione ex art. 2645-ter*, in *Riv. not.*, 2008, 998, che, «nel prevedere uno schema sia pur generico, di atti di destinazione di beni, l'art.2645 ter c.c. non abbia ampliato, nella sostanza, i confini del potere di autonomia negoziale».

³⁴ Secondo Gazzoni F., *Il negozio di destinazione*, cit., 215, «forse è ... improprio, sul piano terminologico, parlare di separazione patrimoniale, perché non solo il patrimonio è unico, ma l'anomalia sembra risolversi in una questione di limiti all'azione esecutiva, tant'è che più appropriatamente potrebbe parlarsi di distinzione tra i beni, nel senso che taluni godono di un regime speciale, potendo essere aggrediti in via esecutiva solo da determinati creditori: una sorta di inespropriabilità soggettiva, relativa, parallela, sul piano funzionale, alla inespropriabilità oggettiva o assoluta di cui godono determinati crediti, come i salari, o determinati beni, come il letto in cui il debitore dorme o amoreggia».

³⁵ Sul rapporto fra nuovo art. 2645-ter c.c. e il sistema della responsabilità patrimoniale Salamone, *Destinazione e pubblicità immobiliare. Prime note sul nuovo art. 2645-ter c.c.*, in Aa.Vv., *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione – L'art.2645-ter del codice civile*, cit., 149 ss.; più di recente, con riferimento anche alla libertà negoziale, Palermo G., *I negozi di destinazione nel sistema di diritto privato*, cit., 84 ss., in particolare 96., cui adde Bonini R.S., *Destinazione di beni ad uno scopo. Contributo all'interpretazione dell'art. 2645 ter c.c.*, cit., 12 ss., alla quale si rinvia anche per riferimenti bibliografici.

³⁶ Sull'unità del patrimonio F. Alcaro, *Unità del patrimonio e destinazione dei beni*, in Aa.Vv., *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione – L'art.2645-ter del codice civile*, cit., 105 ss.

le³⁷, i patrimoni destinati a uno specifico affare delle società per azioni e il patrimonio separato costituito con atto negoziale di destinazione *ex art. 2645 – ter, c.c.* In queste ultime ipotesi, la formazione di un patrimonio separato non implica una scissione di quest'ultimo dal titolare del patrimonio distaccante, con la conseguenza che difetta la costituzione di una persona giuridica o di un nuovo soggetto di diritto.

L'art. 2645 – *ter, c.c.*, solleva il problema del rapporto fra destinazione di un patrimonio a uno scopo e segregazione o separazione patrimoniale là dove si consideri che le altre fattispecie di patrimoni separati presenti nell'ordinamento italiano realizzano una limitazione di responsabilità patrimoniale legalmente consentita dall'art. 2740, comma 2, *c.c.*³⁸.

Pertanto, occorre verificare se il negozio di destinazione di cui all'art. 2645 – *ter, c.c.*, configura solo una deroga alla responsabilità di cui all'art. 2740, comma 1, *c.c.*, integrando una limitazione ammessa dalla legge *ex art. 2740, comma 2, c.c.*, ovvero e invece, se esso abbia una portata tale da scardinare il principio di cui al comma 1 dell'art. 2740 *c.c.*, secondo il quale «*il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri*»³⁹.

In questo ordine di idee, il rapporto fra autonomia privata e norma diviene di estrema rilevanza se si considera che la limitazione di responsabilità del debitore, nell'eventuale forma della destinazione di beni finalizzata alla separazione del patrimonio, è ammessa, come precisa il comma 2 dell'articolo citato, «*se non nei casi stabiliti dalla legge*»⁴⁰.

L'art. 2645 – *ter, c.c.*, quale fattispecie significativa della categoria del negozio di destinazione, ha provocato un'espansione dell'autonomia privata⁴¹ in una materia,

³⁷ Fusaro A., *Atto di destinazione e fondo patrimoniale: concorrenza o integrazione tra istituti giuridici?*, in Aa.Vv., *Atti di destinazione – Guida alla redazione*, cit., 91 ss. e ora Oberto G., *Le destinazioni patrimoniali nell'intreccio dei rapporti familiari*, cit., 208 ss.

³⁸ Sicchiero G., *esamina I patti sulla responsabilità patrimoniale (art. 2740 c.c.)*, in *Contratto e impresa*, 2012, 91 ss.

³⁹ Il principio di responsabilità patrimoniale sancito dall'art. 2740, *c.c.*, esprime, secondo Nicolò R., *Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale*, in *Commentario al codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna – Roma, 1960, 11 ss., il rapporto tra diritto di credito e tutela giudiziaria esecutiva ed è indice della giuridicità del rapporto stesso.

⁴⁰ Sulla tassatività delle ipotesi di separazione patrimoniale, in luogo di molti, Rojas Elgueta, *Il rapporto tra l'art. 2645 ter c.c. e l'art. 2740 c.c.: un'analisi economica della nuova disciplina*, in Aa.Vv., *Negozi di destinazione: percorsi verso un'espressione dell'autonomia privata*, Milano, 2007, 67 s.

⁴¹ In questo senso, Palermo G., *I negozi di destinazione nel sistema di diritto privato*, cit., 94, «*con la norma contenuta nell'art.2645 ter c.c. ... il nostro diritto civile si sta orientando nel senso di un più ampio riconoscimento dell'autonomia negoziale, che renda perfetto il rapporto di corrispondenza fra l'assetto di interessi perseguito e l'effetto suscettibile di realizzarlo, sia fra le parti che nei confronti dei terzi, rispettando il concreto atteggiarsi dell'autoregolamento. Ed è questa la prospettiva, sotto la quale il fenomeno della destinazione dei beni per il tramite di attività negoziale va riguardato, uscendo dall'equivoco di ritenere, incorrendo in una vera e propria petizione di principio, che tale attività abbia a risolversi unicamente nella creazione di patrimoni separati, nonostan-*

come quella della responsabilità patrimoniale⁴², in cui il suo ambito di operatività è generalmente e fortemente circoscritto⁴³. La nuova disposizione generalizza, o almeno estende, la capacità dell'autonomia privata di creare, purché sussista un fine meritevole, ipotesi di attuazione "patrimonialmente separata"⁴⁴.

Il negozio di destinazione, che ammette e consente a un soggetto di articolare il patrimonio complessivo frazionandolo in una molteplicità di masse diversificate, destinate a fini differenti, pur sempre meritevoli di tutela, permette di superare la tradizionale corrispondenza biunivoca fra soggetto e patrimonio⁴⁵ e, soprattutto, di mettere in crisi l'unitarietà che caratterizza quest'ultimo e che costituisce un corollario precipuo del rapporto soggetto/patrimonio⁴⁶.

La destinazione intesa come negozio con il quale si frammenta un patrimonio unitario per un determinato scopo incide sulle regole che governano la responsabilità patrimoniale⁴⁷. Tuttavia, quella di cui all'art. 2645 – *ter*, c.c., rappresenta un'altra ipotesi di limitazione della responsabilità⁴⁸ da cui non può farsi discendere il tramonto del generale principio della responsabilità illimitata del debitore nel senso

te il disposto dell'art. 2740, secondo comma, c.c., per il quale le limitazioni della responsabilità patrimoniale sono ammesse solo nei casi stabiliti dalla legge».

⁴² Senza alcuna pretesa di essere esaustivo si rinvia a Roppo, voce «Responsabilità patrimoniale», in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1041 ss. Più di recente, per un'analisi dedicata al superamento della concezione tradizionale della responsabilità patrimoniale, Porcelli, *Profili evolutivi della responsabilità patrimoniale*, Napoli, 2011.

⁴³ Roppo, voce «Responsabilità patrimoniale», cit., 1050 ss.

⁴⁴ Così Oppo, *Riflessioni preliminari*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645-ter del codice civile*, Milano, 2007, 14.

⁴⁵ Cfr. Perlingieri G., *Il controllo di «meritevolezza» degli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, in *Notariato*, 2014, 31.

⁴⁶ Secondo Scognamiglio C., *Negozi di destinazione ed altruità dell'interesse*, in Aa.Vv., *Atti di destinazione – Guida alla redazione*, cit., 81 «la disposizione dell'art. 2645 ter c.c. si pone ... come il momento finale, almeno allo stato, di un processo di progressiva disgregazione del principio della necessaria unità del patrimonio del soggetto». Per un esame delle problematiche connesse alla segmentazione patrimoniale e all'autonomia patrimoniale nell'ordinamento uruguayano De Cores C., *Segmentación patrimonial y autonomía privada. Reflexiones en torno a la llamada propiedad fiduciaria a los diez años de vigencia de la ley 17.703*, in *Doctrina y jurisprudencia de derecho civil*, Montevideo, 2013, 65 ss.

⁴⁷ Mastropietro B., *Destinazione di beni ad uno scopo e rapporti gestori*, cit., 10.

Secondo Perlingieri G., *Il controllo di «meritevolezza» degli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, cit., 16, nota 24, «tra l'art. 2740 e l'art. 2645 ter ... non sussiste un rapporto tra regola ed eccezione, ma più semplicemente una relazione tra due disposizioni dalle quali è possibile desumere, in combinato disposto, la normativa del caso concreto più conforme al sistema vigente e ai suoi valori. La scelta dell'interprete, proprio perché presuppone una attività di destinazione anche lunga, non può essere effettuata una volta per tutte, ma va valutata caso per caso, poiché un atto di destinazione meritevole e dunque opponibile ai terzi potrebbe diventare successivamente inopponibile e un atto di destinazione opponibile rispetto ad alcuni creditori può diventare inopponibile ad altri creditori, dopo un'attenta valutazione comparativa degli interessi coinvolti alla luce dei valori dell'ordinamento giuridico vigente».

⁴⁸ Mastropietro B., *Destinazione di beni ad uno scopo e rapporti gestori*, cit., 113 ss.

di un'inversione fra il comma 1, dell'art. 2740, c.c., in cui tale principio è contenuto, e l'eccezione di cui al comma 2 del medesimo articolo⁴⁹.

4. La meritevolezza dell'interesse e la tutela dei creditori

La conferma dell'arricchimento del novero delle ipotesi di limitazione della responsabilità può rinvenirsi sia nella meritevolezza dell'interesse⁵⁰, che costituisce il limite all'autonomia privata nella costituzione degli atti di destinazione, sia nella tutela che il legislatore appresta nei confronti dei creditori⁵¹.

A quest'ultimo riguardo, l'art. 2645 – ter, c.c., stabilisce che «*i beni conferiti e i loro frutti ... possono costituire oggetto di esecuzione, salvo quanto previsto dall'art. 2915, primo comma, solo per debiti contratti per tale scopo*». Pertanto, i beni sottoposti a destinazione sono riservati all'esclusiva soddisfazione dei debiti contratti per la realizzazione dello scopo meritevole di tutela con la conseguenza che la responsabilità del debitore destinante ne esce giocoforza limitata.

Tuttavia, tale riserva opera diversamente rispetto ad altre fattispecie di separazione del patrimonio come, ad esempio, quella relativa all'eredità accettata con beneficio d'inventario⁵². In quest'ultima, infatti, l'accettazione beneficiata genera due pa-

⁴⁹ Sul punto, anche per riferimenti bibliografici, Mastropietro B., *Destinazione di beni ad uno scopo e rapporti gestori*, cit., 118 s.

Sulla riserva di legge di cui all'art. 2740, co. 2, c.c., e sul carattere eccezionale delle disposizioni limitative della responsabilità patrimoniale Barbiera L., *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali. Artt. 2740-2744*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1991, 59 ss.

Secondo Lupoi M., *Il contratto di affidamento fiduciario*, cit., 368, con specifico riguardo al contratto di affidamento fiduciario, «*le posizioni soggettive incluse nel fondo affidato sono, per loro natura, ambulatorie e passano da un affidatario fiduciario a un altro in concomitanza con la successione nella funzione; ... quindi, sono innanzi tutto inidonee a formare oggetto della responsabilità patrimoniale generica. Non si tratta allora di fare ricorso al secondo comma dell'art. 2740, che riguarda limitazioni rispetto a quello che sarebbe l'ordinario regime. Né si tratta di attendere al principio della responsabilità patrimoniale generica ... o di delineare diversi e nuovi contenuti del diritto di proprietà. Si tratta solo di prendere atto degli specifici caratteri del titolo di appartenenza*».

⁵⁰ Amadio, *Note Introduttive – L'interesse meritevole di tutela*, in Aa.Vv., *Atti di destinazione – Guida alla redazione*, cit., 50 ss.; Scognamiglio C., *Negozi di destinazione ed altruità dell'interesse*, in Aa.Vv., *Atti di destinazione – Guida alla redazione*, cit., 80 ss.; Nuzzo M., *Atti di destinazione e interessi meritevoli di tutela*, in Aa.Vv., *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione – L'art. 2645-ter del codice civile*, cit., 59 ss.; in giurisprudenza, di recente, App. Trieste, 19 dicembre 2013, sentenza pubblicata in data 8 gennaio 2014 e reperibile nella banca dati *IlCaso.it*, cit.

In generale sulla meritevolezza dell'interesse e sulla sua diversità rispetto all'ambito di operatività del giudizio di liceità Perlingieri G., *Il controllo di «meritevolezza» degli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, cit., 12, in particolare nota 12.

⁵¹ Sulle azioni esperibili dai creditori Perlingieri G., *Il controllo di «meritevolezza» degli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, cit., 19 ss. e nota 55. *Ibidem*, 20 ss., per la disamina del fondamento e dei presupposti necessari all'esercizio dell'azione di accertamento della meritevolezza. Cfr. anche Gazzoni F., *Il negozio di destinazione*, cit., 217 ss.

⁵² *Cui adde*, a mero titolo esemplificativo, il contratto di affidamento fiduciario indagato da Lupoi M., *Il*

trimoni incomunicabili, quello del *de cuius* e quello dell'erede, determinando una scissione fra i creditori dell'uno e dell'altro⁵³.

La separazione creata dall'art. 2645 – *ter*, c.c., invece, è imperfetta⁵⁴ operando in modo unidirezionale⁵⁵. In questo senso, depone il dato letterale della disposizione secondo il quale il patrimonio costituito con il negozio di destinazione può essere aggredito «*solo per debiti contratti per tale scopo*» unicamente escludendo che i creditori non destinati possano rivalersi sullo stesso.

I debiti contratti per la realizzazione degli interessi meritevoli di tutela oggetto dell'atto di destinazione consentono ai corrispondenti creditori di rivalersi sui beni vincolati allo scopo e, in caso di incapacienza, su quelli non assoggettati al vincolo. L'omessa previsione della sussidiarietà, disciplinata invece per i patrimoni destinati a uno specifico affare nelle società di capitali (all'art. 2447-*quinquies*, comma 3, c.c.), comporta poi che i creditori destinati possono liberamente, immediatamente e indistintamente rivalersi sui beni residui del patrimonio separante e su quello separato dell'unico debitore, mentre i creditori personali di quest'ultimo non possono mai aggredire i beni destinati.

La meritevolezza dell'interesse comprova ulteriormente che il negozio di destinazione attua una mera limitazione del principio dell'universale responsabilità patrimoniale del debitore là dove si consideri che nella fattispecie negozio di destinazione essa si estrinseca in un limite all'autonomia privata. E infatti, l'art. 2645-*ter*, c.c., dispone che i «*beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri sono destinati ... alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o altri enti e persone fisiche ai sensi dell'art. 1322, secondo comma*».

L'enucleazione di un concetto relativo agli «*interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico*», di cui all'art. 1322, comma 2, c.c.⁵⁶, ha da sempre impegnato la dottrina italiana⁵⁷. Nell'ambito dell'atto di destinazione finalizzato alla segregazione o alla separazione di alcuni beni da un patrimonio più ampio, sono state sostenute di-

contratto di affidamento fiduciario, cit., 247 ss. Con particolare riguardo alla separazione patrimoniale cfr. *supra* nota n.25.

⁵³ Gazzoni F., *Il negozio di destinazione*, cit., 213 s.

⁵⁴ Gazzoni F., *Il negozio di destinazione*, cit., 213.

⁵⁵ Fra gli altri Oppo, *Brevi note sulla trascrizione di atti di destinazione (art. 2645 ter c.c.)*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 3 ss.; Gazzoni F., *Il negozio di destinazione*, cit., 214.

⁵⁶ In ordine alle diverse modalità con cui può attuarsi il controllo di meritevolezza di cui all'art. 1322, comma 2, c.c., rispetto a quello di cui all'art.2645 – *ter*, c.c., Perlingieri G., *Il controllo di «meritevolezza» degli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, cit., 16.

Quello della meritevolezza costituisce un aspetto rilevante anche nell'ambito del contratto di affidamento fiduciario, così come rileva Lupoi M., *Il contratto di affidamento fiduciario*, cit., 318 s.

⁵⁷ Sul significato dei concetti giuridici, sulla loro relatività e storicità, da ultimo, Perlingieri G., *Il controllo di «meritevolezza» degli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, cit., 11 ss., ed *ivi* per ampi riferimenti bibliografici.

verse interpretazioni⁵⁸ ma quella preferibile riconduce la meritevolezza al concetto di pubblica utilità sociale⁵⁹. In questo modo, da un lato si valorizza il richiamo alla tutela di interessi riferibili a persone con disabilità e a pubbliche amministrazioni; d'altro lato, si recupera il riferimento a altri enti e persone fisiche che consentono l'ampliamento delle finalità di destinazione, nei limiti della pubblica utilità, oltre i soggetti normativamente individuati⁶⁰. Diversamente opinando, e cioè riconducendo la meritevolezza alla mera liceità della destinazione, si amplierebbe oltremodo l'autonomia privata al punto di consentire il negozio di destinazione in tutte le ipotesi in cui non vi sia violazione di norme imperative, ordine pubblico e buon costume⁶¹ e, quindi, anche nel caso di soddisfazione di un interesse futile, egoistico, stravagante e vago⁶².

⁵⁸ In questa sede non è certo possibile prenderle tutte in esame. Pertanto, per un'ampia e approfondita disamina delle interpretazioni stesse e per le ragioni sulla diversità sostanziale e formale del giudizio di meritevolezza di cui all'art. 1322, c.c., rispetto a quello di cui all'art.2645 - *ter*, c.c., di recente Perlingieri G., *Il controllo di «meritevolezza» degli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, cit., 13 ss., nonché Bonini R.S., *Destinazione di beni ad uno scopo. Contributo all'interpretazione dell'art. 2645 ter c.c.*, cit., 123 ss., ove riferimenti bibliografici. In generale, sul tipo di meritevolezza degli interessi da realizzare attraverso il ricorso all'art.2645-*ter*, c.c., Oberto G., *Le destinazioni patrimoniali nell'intreccio dei rapporti familiari*, cit., 182; sull'interpretazione del concetto di interessi meritevoli di tutela D'Amico G., *La proprietà «destinata»*, cit., 540 ss.; sull'oggetto del giudizio di meritevolezza Gigliotti F., *Atto di destinazione e interessi meritevoli di tutela*, cit., 370 ss. e sull'ampiezza del controllo da eseguire sulla meritevolezza Di Landro A.C., *I vincoli di destinazione ex art.2645 ter c.c. Alcune questioni nell'interpretazione di dottrina e giurisprudenza*, cit., 734 ss. A tali Autori si rinvia per i riferimenti bibliografici.

Per quanto attiene al «*meritevole riconoscimento*» del contratto di affidamento fiduciario, fondato sulla struttura negoziale necessaria ad assicurare la stabilità del programma, stabilità legata ad alcuni dati caratteristici del tipo (cfr. p.313 ss.), Lupoi M., *Il contratto di affidamento fiduciario*, cit., 318.

⁵⁹ Così Gazzoni F., *Il negozio di destinazione*, cit., 192 e in particolare nota 42 per i necessari riferimenti sul modo in cui la pubblica utilità è intesa da altri autori. In senso contrario, Palermo G., *I negozi di destinazione nel sistema di diritto privato*, cit., 97 s., ed *ivi* per riferimenti bibliografici, nonché da ultimo Trib. Trieste, Giudice Tavolare, 22 aprile 2015, cit., pag. 3 s. della parte motiva del provvedimento.

⁶⁰ Secondo Luminoso A., *Contratto fiduciario, trust e atti di destinazione ex art. 2645-ter, cit.*, 1000, «*la norma va perciò letta come se dicesse che la destinazione dei beni è consentita in quanto sia diretta a realizzare ... interessi collegati a fini di utilità sociale o pubblica non specificamente «preselezionati» dalla legge*».

⁶¹ Per le possibili applicazioni dell'art.2645-*ter*, c.c., fra gli altri Morace Pinelli, *Destinazione a tutela di soggetti deboli*, in Aa.Vv., *Dal trust all'atto di destinazione patrimoniale. Il lungo cammino di un'idea*, cit., 136 ss.; Maltoni M., *Gli atti di destinazione e l'attività d'impresa, ibidem*, 150 ss.; Bianca M., *La destinazione patrimoniale nella disciplina dei contratti di rete, ibidem*, 161 ss.; Romano C., *Riflessioni sul vincolo testamentario di destinazione ex art. 2645-ter c.c., ibidem*, 167 ss.

Da ultimo, per l'utilizzabilità degli atti di destinazione *ex art.2645-ter, c.c.*, nel contesto familiare, anche di fatto, e per l'esame delle loro relazioni Oberto G., *Le destinazioni patrimoniali nell'intreccio dei rapporti familiari*, cit., 208 ss.; nonché Fusaro A., *Prospettive di impiego dell'atto di destinazione per i conventi*, in *Riv. Not.*, 2014, I, 1 ss. Di recente in giurisprudenza, per l'applicazione dell'istituto nel contesto della crisi d'impresa, Trib. Ravenna, 22 maggio 2014, cit.; nonché Trib. Rovigo, 7 ottobre 2014, cit.

⁶² Su tale aspetto *funditus* Mastropietro B., *L'atto di destinazione tra codice civile italiano e modelli europei di articolazione del patrimonio*, in *Riv. not.*, 2012, 326 ss.; cui *adde* Gazzoni F., *Il negozio di destinazione*, cit., 188 ss., ai quali si rinvia per un'ampia e documentata disamina del problema.

Cfr. anche Perlingieri G., *Il controllo di «meritevolezza» degli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, cit., 23, secondo il quale «*premessa la necessaria liceità dell'interesse perseguito ... la meritevolezza dell'art. 2645 ter c.c.*

5. La struttura del negozio

L'art. 2645 – *ter*, c.c., dispone che gli «atti in forma pubblica con cui beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri sono destinati ... alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela ...». Il generico riferimento all'atto pone il problema della struttura del negozio di destinazione⁶³ e cioè se può avere carattere unilaterale⁶⁴ ovvero bilaterale⁶⁵. In quest'ultimo senso, cioè la struttura contrattuale del negozio, nonostante non vi sia concordia di opinioni in dottrina⁶⁶, depone il fatto che quella unilaterale non è ipotizzabile⁶⁷ in quanto, secondo la dottrina, l'art. 2645 – *ter*, c.c., non integra la riserva di legge stabilita dall'art. 1987, c.c., sull'efficacia delle promesse unilaterali, e fra l'altro detta il principio dell'intangibilità della sfera giuridica del terzo.

Con riferimento a tale intangibilità, sebbene la destinazione non implica alcun sacrificio per il beneficiario, la costituzione del vincolo su uno o più beni, con la produzione dell'effetto separativo rispetto al patrimonio originario, incide sulla sfera giuridica di quei creditori che, successivamente alla formazione del patrimonio separato e alla produzione dell'effetto segregativo, non possono rivalersi sul patri-

si risolve sia in un controllo di proporzionalità e di adeguatezza tra mezzi adoperati (bene destinato), scopo perseguito e patrimonio residuo del destinante, sia soprattutto in presenza di un atto di destinazione non traslativo, in una valutazione comparativa tra interessi in concorso (beneficiario e terzo creditore).

⁶³ Sul punto Gazzoni F., *Il negozio di destinazione*, cit., 196 ss.

⁶⁴ In questi termini, fra gli altri, Di Majo A., *Il vincolo di destinazione tra atto ed effetto*, cit., 114 ss.; Doria, *Il patrimonio «finalizzato»*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 507; secondo Palermo G., *Configurazione dello scopo, opponibilità del vincolo, realizzazione dell'assetto di interessi*, cit., 75, «l'importanza della norma, contenuta nell'art. 2645-ter, va colta ad un livello superiore, avendo il legislatore posto, accanto al "contratto in genere" ... un nuovo schema di negozio, di regola, unilaterale, per sé idoneo ad imprimere vincoli di destinazione a beni – sia mobili che immobili – per il perseguimento di qualsivoglia interesse, patrimoniale o non patrimoniale, che rivesta carattere di liceità». Per Spada P., *Articolazione del patrimonio da destinazione iscritta*, in *Aa.Vv., Negozi di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, Milano, 2007, 125, l'unilateralità è conseguenza dell'irrelevanza della persona del beneficiario.

⁶⁵ I termini del dibattito possono essere esaminati, fra gli altri, in Luminoso A., *Contratto fiduciario, trust e atti di destinazione ex art. 2645-ter*, cit., 1003, nota 31 e in Bartoli, *Trust e atto di destinazione nel diritto di famiglia e delle persone*, Milano, 2011, 76 ss., nonché Bonini R.S., *Destinazione di beni ad uno scopo. Contributo all'interpretazione dell'art. 2645 ter c.c.*, cit., 63 ss.

⁶⁶ Cfr. *amplius* Gazzoni F., *Il negozio di destinazione*, cit., 196 ss.

⁶⁷ Di recente nel senso del testo, in giurisprudenza, Trib. Reggio Emilia, 10 marzo 2015, n. 399, reperibile nella banca dati Altalex, sentenza a cui si rinvia per ampi riferimenti alla giurisprudenza di merito; *cui adde* negli stessi termini Trib. Reggio Emilia, 12 maggio 2014, cit., secondo il quale «non può essere unilateralmente autodesinato su di un bene già in proprietà con un negozio destinatorio puro, ma può unicamente collegarsi ad altra fattispecie negoziale tipica od atipica dotata di autonoma causa» e Trib. Santa Maria Capua Vetere, 28 novembre 2013, cit., «la disposizione dell'art.2645-ter cod. civ. non riconosce, sul piano sostanziale, la possibilità dell'auto-destinazione unilaterale: sotto il profilo testuale, la norma presenta rilevanti indici che depongono in senso contrario alla cosiddetta "auto-destinazione" patrimoniale a carattere unilaterale; poi, sotto il profilo sistematico, in un sistema caratterizzato dal principio della responsabilità patrimoniale illimitata e dal carattere eccezionale delle fattispecie limitative di tale responsabilità (art. 2740 cod. civ.), la portata applicativa della norma deve essere interpretata in senso restrittivo e, quindi, limitata alle sole ipotesi di destinazione "traslativa".».

monio destinato⁶⁸. Ne consegue l'inammissibilità dell'unilateralità del negozio.

La struttura contrattuale, invece, ben si armonizza con la forma pubblica⁶⁹ prevista per la destinazione dei beni che deve considerarsi *ad substantiam*⁷⁰, e cioè a pena di invalidità dell'atto. Ciò poiché, da un lato, l'art. 2645 – *ter*, c.c., individuando gli elementi costitutivi, realizza una norma sulla fattispecie e non solo sulla trascrizione con effetti di opponibilità⁷¹. D'altro lato, il legislatore, prescrivendo il ricorso all'atto pubblico, ha verosimilmente ritenuto quella solenne come forma idonea a far emergere e a valutare concretamente la preminenza della meritevolezza dell'interesse intesa come pubblica utilità attraverso la quale ammettere la segregazione o la separazione del patrimonio⁷².

6. La costituzione e la cessazione del vincolo

L'art. 2645 – *ter*, c.c., nulla dice in ordine alla costituzione del negozio di destinazione⁷³. Al riguardo, occorre distinguere l'ipotesi in cui la destinazione del bene⁷⁴ si risolve in un uso statico ovvero in un uso dinamico dello stesso⁷⁵.

⁶⁸ Gazzoni F., *Il negozio di destinazione*, cit., 197.

⁶⁹ Si discute se l'atto pubblico è necessario a pena di nullità per la stipulazione. In quest'ultimo senso si è espressa parte della dottrina, fra gli altri, Patti S., *Gli atti di destinazione e trust nel nuovo art. 2645 ter c.c.*, in *Vita not.*, 2006, 982; Cian G., *Riflessioni intorno a un nuovo istituto del diritto civile: per una lettura analitica dell'art.2645-ter c.c.*, in *Studi in onore di Mazzarolli*, I, Padova, 2007, 86 s. Secondo altra parte della dottrina il requisito formale sarebbe invece richiesto solo per l'opponibilità dell'atto, cfr. Petrelli, *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, 163 s.

Da ultimo, sulla forma del vincolo ex art.2645-ter, c.c., Oberto G., *Le destinazioni patrimoniali nell'intreccio dei rapporti familiari*, cit., 205 ss.

⁷⁰ Falzea, *Riflessioni preliminari*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645-ter del codice civile*, cit., 8 ss.; Oppo, *Riflessioni preliminari*, cit., 14; Quadri R., *L'art. 2645 ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, in *Contratto e impresa*, 2006, 1723 e 1740 s.; Ceolin, *Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato*, Padova, 2010, 192; Gazzoni F., *Il negozio di destinazione*, cit., 195.

⁷¹ Per un esame delle diverse prospettazioni della dottrina in merito all'essenzialità o meno della forma, e quindi come causa o meno di invalidità dell'atto, in luogo di molti, Mastropietro B., *Destinazione di beni ad uno scopo e rapporti gestori*, cit., 74 ss.; cui adde Oberto G., *Le destinazioni patrimoniali nell'intreccio dei rapporti familiari*, cit., 206.

⁷² Mastropietro B., *Destinazione di beni ad uno scopo e rapporti gestori*, cit., 78 s.

Per Palermo G., *I negozi di destinazione nel sistema di diritto privato*, cit., 90 ss., «gli atti, ai quali l'art.2645 ter si riferisce, acquistano efficacia reale e conseguente idoneità ad essere trascritti nei pubblici registri in quanto posti in essere in forma pubblica».

⁷³ Secondo Perlingieri G., *Il controllo di «meritevolezza» degli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, cit., 18, l'auto-destinazione «non soltanto ... può favorire un atto fraudolento, ma perché la destinazione a sé stessi di un bene proprio configura, di regola, un atto manchevole della causa concreta». In giurisprudenza cfr. Trib. Santa Maria Capua Vetere, 28 novembre 2013, cit.; Trib. Reggio Emilia 27 gennaio 2014, cit.

Di contrario avviso, di recente, Galluzzo, *Autodestinazione e destinazione c.d. dinamica: l'art. 2645 ter cod. civ. come norma di matrice sostanziale*, cit., 133.

⁷⁴ È condivisibile quanto afferma Perlingieri G., *Il controllo di «meritevolezza» degli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, cit., 20, e cioè che «la destinazione non presuppone necessariamente un effetto traslativo, ossia la perdita della proprietà del bene, poiché il bene destinato può ben rimanere nella titolarità del conferente».

⁷⁵ Sugli effetti della destinazione Alcaro F., *Gli effetti strumentali della destinazione: l'(eventuale) effetto traslativo*

Nel primo caso, l'accettazione del beneficiario determina la conclusione del contratto di destinazione e la contestuale costituzione del vincolo. Nel secondo caso, invece, e cioè quello di uso del bene in modo dinamico, come a mero titolo esemplificativo la destinazione di un immobile a favore della pubblica amministrazione al fine di allestire un museo, la costituzione del vincolo potrebbe non attuarsi nello stesso momento in cui, successivamente all'accettazione del beneficiario, si conclude il contratto. E infatti, si discute in dottrina se il vincolo sorga immediatamente e simmetricamente all'accettazione del beneficiario ovvero nel momento in cui il bene è impiegato secondo lo scopo destinato. Tale ultima soluzione si lascia preferire poiché in caso di inerzia del disponente, accertata dal giudice su istanza del beneficiario ovvero di «*qualsiasi interessato*» ex art. 2645 – *ter*, c.c., il vincolo perderebbe efficacia e la pubblicità dovrebbe eseguirsi con l'annotazione della sentenza che accerta l'inattività⁷⁶.

Allo stesso modo in cui la costituzione del vincolo è portata a conoscenza dei terzi attraverso la trascrizione con effetti dichiarativi, e quindi di opponibilità, nei pubblici registri deve essere resa pubblica anche la cessazione del vincolo mediante annotazione⁷⁷.

7. Il ruolo dell'autonomia privata nella gestione e nella circolazione del bene

Le considerazioni sull'uso statico e dinamico del bene incoraggiano alcune riflessioni sul ruolo dell'autonomia privata nel contesto della destinazione⁷⁸. E infatti, quest'ultima costituisce il tratto caratterizzante del negozio⁷⁹. Tuttavia, l'art. 2645 – *ter*, c.c., detta solo un modello di istituzione del vincolo⁸⁰ non disponendo nulla

e gli effetti obbligatori in ordine al profilo gestorio, in Aa.Vv., *Atti di destinazione – Guida alla redazione*, cit., 86 ss. Più di recente Oberto G., *Le destinazioni patrimoniali nell'intreccio dei rapporti familiari*, cit., 189 ss.

⁷⁶ Su tali aspetti *ex multis* Gazzoni F., *Il negozio di destinazione*, cit., 219 ss., al quale si rinvia per riferimenti bibliografici.

⁷⁷ Gazzoni F., *Il negozio di destinazione*, cit., 220.

⁷⁸ Per alcune valutazioni sul ruolo dell'autonomia privata, F. Macario, *Gli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c. nel sistema della responsabilità patrimoniale: autonomia del disponente e tutela dei creditori*, in Aa.Vv., *Atti di destinazione – Guida alla redazione*, cit., 60 ss. Sul rapporto tra autonomia privata e meritevolezza dell'interesse, di recente, in giurisprudenza, Trib. Trieste, Giudice Tavolare, 22 aprile 2015, cit., pag. 4 del provvedimento.

⁷⁹ In questo stesso ordine di idee si colloca il contratto di affidamento fiduciario, sui cui si rinvia a Lupoi M., *Il contratto di affidamento fiduciario*, cit., *passim*. E infatti, nell'analisi degli elementi strutturali del contratto di affidamento fiduciario (311 ss.), l'Autore afferma che quest'ultimo è «una figura forgiata dall'autonomia privata allo scopo di cogliere e risolvere le limitazioni delle figure esistenti nel quadro di piena fruizione delle sinora inesprese potenzialità del nostro diritto ...».

⁸⁰ Spada P., *Articolazione del patrimonio da destinazione iscritta*, cit., 124, ritiene che la destinazione patrimoniale di cui all'art. 2645-*ter*, c.c., «può provocare una separazione patrimoniale non condizionata da scopi prelezionati, bensì da selezionarsi a stregua di un interesse da giudicarsi meritevole in base all'ambigua formula»; secondo Scognamiglio C., *Negozi di destinazione ed altruità dell'interesse*, in Aa.Vv., *Atti di destinazione* –

in ordine alle sue concrete modalità di attuazione⁸¹.

Con riferimento a queste ultime, l'autonomia privata ha un ampio spazio per esplicarsi. Ciò poiché gli atti di destinazione di cui all'art. 2645 – *ter*, c.c., producono l'effetto di tipo vincolativo che si risolve nell'amministrazione dei beni destinati alla realizzazione dello scopo meritevole di tutela e nella loro conseguente inespropriabilità «*per debiti contratti per tale scopo*»⁸².

Pertanto, le parti possono programmare l'operazione di destinazione ricorrendo agli schemi di conclusione del contratto più adatti alle loro esigenze. In questo senso, il disponente può ad esempio alienare il bene a un terzo che si obbliga a proporre irrevocabilmente al beneficiario la conclusione del negozio di destinazione ovvero l'alienante può concludere un contratto di opzione a favore del terzo beneficiario; o ancora il disponente può alienare il bene stabilendo contestualmente il vincolo di destinazione in suo favore⁸³.

L'art. 2645 – *ter*, c.c., oltre alla configurazione del negozio, stabilisce che il bene può «*essere impiegato*». Tale espressione implica che il bene destinato può essere utilizzato non unicamente in modo statico, e cioè in funzione di mero godimento ovvero di amministrazione del godimento dello stesso e dei relativi frutti, potendo al medesimo essere impressa una gestione dinamica⁸⁴. In un contesto simile, è necessario che un soggetto si occupi dell'amministrazione del bene per assicurare la realizzazione dell'interesse di pubblica utilità meritevole di tutela⁸⁵.

Guida alla redazione, cit., 82, «*lo strumento dell'art. 2645 ter si iscrive in pieno in quell'età dell'incertezza che sembra costituire la caratteristica propria del diritto della post – modernità, dove è affidata all'interprete il compito di individuare, ed offrire tutela ai diritti anche "oltre" la legge*».

⁸¹ Mastropietro B., *L'atto di destinazione tra codice civile italiano e modelli europei di articolazione del patrimonio*, cit., 333.

Lupoi M., *Il contratto di affidamento fiduciario*, cit., 376 ss., fornisce un'ampia ricostruzione non solo della struttura del contratto di affidamento fiduciario (cfr. p.311 ss.), ma anche delle modalità di attuazione del programma dell'affidamento (cfr. p.347 ss.), nonché del rapporto fra fondo affidato e affidatario. Su tale ultimo profilo anche Roppo V., *Contratto di affidamento fiduciario e "valore di garanzia" dei beni*, in *Riv. Not.*, 2012, III, 1243 ss.

⁸² Mastropietro B., *L'atto di destinazione tra codice civile italiano e modelli europei di articolazione del patrimonio*, cit., 332.

⁸³ Per tali ipotesi Gazzoni F., *Il negozio di destinazione*, cit., 202.

⁸⁴ Quadri R., *L'art. 2645 ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, in *Contratto e impresa*, 2006, 1723 e 1740 s., distingue fra destinazione c.d. statica e destinazione c.d. dinamica; anteriormente all'introduzione dell'art.2645 – *ter*, c.c., Id., *La destinazione patrimoniale*, Napoli, 2004, 301.

L'effetto destinatorio ha una propria autonomia rispetto a quello traslativo secondo Alcaro F., *Gli effetti strumentali della destinazione: l'(eventuale) effetto traslativo e gli effetti obbligatori in ordine al profilo gestorio*, in *Aa.Vv.*, *Atti di destinazione – Guida alla redazione*, cit., 87.

Nella prospettiva dell'impiego dinamico del bene Lupoi M., *Il contratto di affidamento fiduciario*, cit., 320, al quale, nel contesto del contratto di affidamento fiduciario, si rinvia per le considerazioni svolte sul negozio autorizzativo (cfr. p. 322 ss.) e sui poteri fiduciari (cfr. p. 329 ss.).

⁸⁵ Con riferimento all'amministrazione del bene, cfr. Lupoi M., *Il contratto di affidamento fiduciario*, cit., 424

Pertanto, l'autonomia privata consente al disponente di programmare l'attuazione dell'attività di gestione al momento di conclusione del contratto di destinazione fissando i tempi e i modi della destinazione e attribuendo altresì al disponente ovvero al beneficiario i poteri gestori.

Nel primo caso il potere di controllo⁸⁶ sulla gestione del bene e sul rispetto della destinazione spetterebbe al beneficiario. Mentre nel secondo caso al disponente, il quale potrebbe esclusivamente verificare le modalità in cui la gestione è eseguita rispetto agli accordi pattuiti determinando, la loro eventuale violazione, la risoluzione per inadempimento. L'eventuale inerzia del beneficiario potrebbe poi far venire meno il vincolo configurando l'inattività una volontà dismissiva ovvero rinunciativa che comporterebbe l'assenza di giustificazione causale dell'atto di destinazione⁸⁷.

L'autonomia privata può espandersi fino a permettere al destinante di far circolare⁸⁸ il bene destinato in quanto, successivamente alla costituzione del vincolo, ne rimane proprietario e può disporne liberamente⁸⁹.

In tale prospettiva, il bene può essere fiduciariamente⁹⁰ trasferito a un terzo che ne assume la gestione⁹¹. In una simile ipotesi, il disponente può ricorrere alle figure tradizionali del mandato, se si tratti di amministrare e quindi di compiere atti conservativi del bene e di acquisire le utilità da devolvere al beneficiario⁹², e del negozio fiduciario⁹³,

ss., in particolare le osservazioni in ordine all'attività dell'affidatario fiduciario (cfr. p. 384 ss. e p. 437 ss., ove sono reperibili diverse applicazioni concrete del tipo contrattuale, così definito dall'Autore a p. 255 s. e p. 385).

⁸⁶ Nell'ambito del contratto di affidamento fiduciario, su cui Lupoi M., *Il contratto di affidamento fiduciario*, cit., 335 ss., il controllo è svolto dal «garante del contratto», la cui posizione «è caratterizzata dal dovere proteggere soltanto gli interessi altrui e cioè gli interessi dei beneficiari dell'affidamento, come delineati nel programma».

⁸⁷ Cfr. Gazzoni F., *Il negozio di destinazione*, cit., 203.

⁸⁸ Sulla gestione circolatoria Gazzoni F., *Il negozio di destinazione*, cit., 201 ss.; sugli strumenti circolatori Id., *Osservazioni sull'art. 2645-ter*, in *Giust. civ.*, 2006, II, 165, cui adde Mastropietro B., *Destinazione di beni ad uno scopo e rapporti gestori*, cit., 135 ss.

⁸⁹ La possibilità di attribuire in proprietà, anche fiduciaria, il bene destinato, è pressoché riconosciuta da tutta la dottrina. Cfr. Luminoso A., *Contratto fiduciario, trust e atti di destinazione ex art. 2645-ter*, cit., 1004, nota 37. Secondo Oberto G., *Le destinazioni patrimoniali nell'intreccio dei rapporti familiari*, cit., 196, «costituzione di un vincolo e trasferimento del diritto sul bene già vincolato, o da vincolarsi, sono vicende radicalmente distinte tra di loro».

⁹⁰ Sul concetto di fiducia giuridica Lupoi M., *Il contratto di affidamento fiduciario*, cit., 155 ss.

⁹¹ Per alcuni spunti di riflessione su «destinazione e fiducia» Falzea, *Introduzione*, in Aa.Vv., *Dal trust all'atto di destinazione patrimoniale. Il lungo cammino di un'idea*, cit., 24 s.

Sui differenti effetti dell'atto di destinazione rispetto al negozio fiduciario e al trust Luminoso A., *Contratto fiduciario, trust e atti di destinazione ex art. 2645-ter*, cit., 1002 ss.

⁹² Palermo G., *I negozi di destinazione nel sistema del diritto privato*, cit., 93 ss.

⁹³ Mastropietro B., *L'atto di destinazione tra codice civile italiano e modelli europei di articolazione del patrimonio*, cit., 333.

In generale, sul contratto fiduciario, senza pretesa di completezza, di recente Gallo, *Il contratto fiduciario*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, 19, *I contratti di destinazione patrimoniale*, Torino, 2014, 35 ss.

nonché attualmente del contratto di affidamento fiduciario⁹⁴ che si caratterizza, fra l'altro, per i poteri fiduciari riconosciuti all'affidatario⁹⁵.

Nel caso di negozio fiduciario⁹⁶, successivamente all'istituzione di un patrimonio a uno scopo meritevole di tutela, viene eseguito un trasferimento a favore di un terzo che si obbliga altresì nei confronti del fiduciante – alienante ad attuare lo scopo destinatorio attraverso la previsione di un *pactum fiduciae*⁹⁷. Pertanto, il fiduciario diviene titolare del bene destinato che rimane separato dal proprio patrimonio personale in forza della precedente trascrizione del vincolo sul bene destinato⁹⁸.

In dottrina si è accostata tale pattuizione al *trust*⁹⁹. Invero, nell'istituto anglosassone l'atto traslativo è elemento costitutivo ai fini dell'istituzione del vincolo di segregazione fra il patrimonio del *trustee* e quello affidato dal *settlor*, da cui deriva un'incomunicabilità tra i due patrimoni e tra le pretese dei rispettivi creditori¹⁰⁰. Diversamente, l'atto istitutivo del negozio di destinazione determina la nascita di un vincolo che produce una segregazione o una separazione imperfetta e unilate-

⁹⁴ Lupoi M., *Il contratto di affidamento fiduciario*, cit., 247 ss.

⁹⁵ Lupoi M., *Il contratto di affidamento fiduciario*, cit., 329 ss.

⁹⁶ Il negozio fiduciario è di recente esaminato da Lupoi M., *Il contratto di affidamento fiduciario*, cit., 3 ss., il quale dapprima si occupa della teoria del negozio fiduciario per poi analizzare la giurisprudenza che in Italia si è imbattuta in quest'ultimo al fine di offrire una ricostruzione delle fattispecie di contratti fiduciari. L'Autore conclude la sua analisi criticando la prassi del negozio fiduciario poiché quest'ultimo «designa molte "cose"; anzi troppe, perché così diverse fra loro da richiedere ciascuna un proprio nome. Diverse fra loro, ... per struttura, per funzione, per pratici intenti, per causa (tradizionale o concreta)».

⁹⁷ Per Falzea, *Introduzione*, in Aa.Vv., *Dal trust all'atto di destinazione patrimoniale. Il lungo cammino di un'idea*, cit., 25, in forza di tale patto «il proprietario formale è tenuto a non fare altro impiego dei beni trasferiti se non quello relativo alla realizzazione dello scopo fissato con la destinazione. La destinazione della proprietà fiduciaria alla realizzazione dello scopo della destinazione introduce nel negozio di trasferimento dei beni, oltre e in concorso con il *pactum fiduciae*, il mandato al fiduciario di utilizzare i beni trasferiti fiduciariamente per la realizzazione dello scopo della destinazione».

⁹⁸ Mastropietro B., *L'atto di destinazione tra codice civile italiano e modelli europei di articolazione del patrimonio*, cit., 334.

Luminoso A., *Contratto fiduciario, trust e atti di destinazione ex art. 2645-ter*, cit., 1004, parla di «modello (non legale) di «fiducia rinforzata»».

⁹⁹ L'accostamento è considerato improprio da Palermo G., *I negozi di destinazione nel sistema di diritto privato*, cit., 96.

Per l'esame dei «punti in comune» e dei «punti di differenza» fra contratto di affidamento fiduciario e *trust*, Lupoi M., *Il contratto di affidamento fiduciario*, cit., 487 ss.

¹⁰⁰ Palermo G., *Configurazione dello scopo, opponibilità del vincolo, realizzazione dell'assetto di interessi*, cit., 86, ritiene che «entrata in vigore la novella, non ha più senso continuare a discutere di "trust" interno; fermo essendo che nulla vieta al conferente ... comunque di assumere i panni del settlor e assoggettare il negozio di destinazione ad una legge diversa da quella italiana, ponendo in essere un trust, ma la rilevanza interna dei rapporti a tale stregua costituiti e il regime di circolazione del bene, al quale deve rispondere l'attività del gestore (presente sulla scena come trustee), non possono che essere quelli riconosciuti e disciplinati dal nostro ordinamento, nel modo che oggi, in base all'art. 2645-ter, formalmente risulta».

rale di uno o più beni appartenenti a una massa patrimoniale del medesimo soggetto¹⁰¹.

L'autonomia privata, per soddisfare adeguatamente le esigenze delle parti, può riempire di contenuto il negozio di destinazione che costituisce un modello di cui il legislatore ha predeterminato l'effetto sulla costituzione del vincolo e quello relativo all'opponibilità¹⁰².

Le parti possono quindi utilizzarlo come strumento alternativo al negozio fiduciario¹⁰³ ma nei limiti in cui abbiano un concreto interesse ad attuare una segregazione o una separazione finalizzata dall'imprescindibile connotato della meritevolezza, riferibile a persone con disabilità o a pubbliche amministrazioni o ad altri enti o persone fisiche, inteso come perseguimento di utilità pubblica.

8. L'obbligatorietà del vincolo

L'art. 2645-ter, c.c., afferma infine che gli atti di destinazione «*possono essere trascritti al fine di rendere opponibili ai terzi il vincolo*».

La trascrizione rappresenta un requisito per l'opponibilità di un effetto proprio del negozio di destinazione, ovvero sia la costituzione del vincolo, e non di un ulteriore effetto¹⁰⁴. Pertanto, si rende opponibile un effetto della fattispecie, di per sé già perfetta ed efficace, risolvendo i conflitti sul piano circolatorio¹⁰⁵.

¹⁰¹ Sulle differenze esistenti fra *trust* e atto di destinazione, oltre a Luminoso A., *Contratto fiduciario, trust e atti di destinazione ex art. 2645-ter, cit.*, 1002 ss., di recente, e per ampi riferimenti bibliografici, Oberto G., *Le destinazioni patrimoniali nell'intreccio dei rapporti familiari*, cit., 147 ss., al quale si rinvia altresì per il rapporto fra *trust* e negozio fiduciario, 161 ss.; nonché Di Landro A.C., *I vincoli di destinazione ex art. 2645 ter c.c. Alcune questioni nell'interpretazione di dottrina e giurisprudenza*, cit., 731 ss.

¹⁰² Opponibilità che risolve problematiche conflittuali e circolatorie in merito alle quali si rinvia a Gazzoni F., *Il negozio di destinazione*, cit., 208 ss.

¹⁰³ Il negozio fiduciario si differenzia dal contratto di affidamento fiduciario per diverse ragioni (cfr. p. 311 ss.) che non possono però essere elencate in questa sede ma fra le quali si annoverano: la stabilità del programma di affidamento, la non risolvibilità del contratto, la durata di quest'ultimo funzionale all'attuazione del programma stesso e la presenza di un garante del contratto. Per l'approfondimento della fattispecie contratto di affidamento fiduciario, delle sue differenze e affinità rispetto al negozio di destinazione, al negozio fiduciario e al *trust*, si rimanda all'opera monografica di Lupoi M., *Il contratto di affidamento fiduciario*, cit., *passim*.

¹⁰⁴ Perciò si condivide quella parte della dottrina che ritiene «*non ... sostenibile il carattere costitutivo della trascrizione del contratto*» e cioè Gazzoni F., *Il negozio di destinazione*, cit., 209.

¹⁰⁵ Su trascrizione e opponibilità del vincolo Palermo G., *Configurazione dello scopo, opponibilità del vincolo, realizzazione dell'assetto di interessi*, cit., 73 ss.; Id., *I negozi di destinazione nel sistema di diritto privato*, cit., 90 ss.; Vettori G., *Atto di destinazione e trascrizione. L'art. 2645-ter*, in Aa.Vv., *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione – L'art. 2645-ter del codice civile*, cit., 171 ss.; più di recente, anche per riferimenti bibliografici, Gazzoni F., *Il negozio di destinazione*, cit., 206 ss., secondo il quale «*il vincolo non attribuisce al beneficiario alcuna posizione reale o, per così dire, paraproprietaria, perché il proprietario pieno e incondizionato è e rimane il conferente, il quale, se limita, con la destinazione, sul piano obbligatorio, il potere di godere del bene, non perde però, di per sé, quello di disporne*».

Ciò posto, è dibattuta la natura obbligatoria o reale del vincolo nascente dall'atto di destinazione. L'efficacia non costitutiva della trascrizione di per sé esclude la realtà del vincolo¹⁰⁶. Diversamente opinando, poi, il principio di tipicità verrebbe compromesso aprendo la via alla creazione di una forma atipica o anomala di proprietà ovvero a un nuovo diritto reale.

Tali considerazioni sembrano trovare conferma in due ordini di ragioni. Una prima di carattere testuale. E infatti, l'atto di cui all'art. 2645 – *ter*, c.c., non è ricompreso fra quelli indicati all'art. 2643, c.c., sugli atti soggetti a trascrizione, ai quali si applica il successivo art. 2644, c.c., sugli effetti della trascrizione. L'impossibilità di applicare quest'ultima norma, che risolve i conflitti fra più aventi causa dallo stesso dante causa, conforta l'esclusione della realtà del vincolo. Ciò poiché nell'atto di destinazione il beneficiario e l'eventuale acquirente del bene destinato non sono, giuridicamente, aventi causa dal medesimo alienante¹⁰⁷.

In sostanza, l'art. 2645 – *ter*, c.c., consente la realizzazione e la trascrizione di vincoli che limitano la proprietà senza funzionalizzarla, sicché l'autonomia privata non può creare proprietà atipiche¹⁰⁸, pena la nullità dell'atto¹⁰⁹.

In conclusione, il vincolo ha carattere obbligatorio¹¹⁰, dato che il proprietario che

¹⁰⁶ In questo ordine di idee cfr. Gazzoni F., *Il negozio di destinazione*, cit., 208, secondo il quale «una cosa ... è l'opponibilità, che risolve problemi conflittuali e circolatori, altra cosa è la realtà, che caratterizza il diritto sul piano sostanziale». In particolare, sull'obbligatorietà del vincolo e sul principio di tipicità dei diritti reali, Id., *ibidem*, 184 ss.

¹⁰⁷ Gazzoni F., *Il negozio di destinazione*, cit., 207 s. al quale si rinvia per l'esame delle tesi che riconoscono natura reale al vincolo di destinazione.

¹⁰⁸ Palermo G., *I negozi di destinazione nel sistema di diritto privato*, cit., 92, ritiene che «la novella, che ha introdotto l'art. 2645 *ter* del codice civile, sia lungi dall'aver conferito rilevanza ad uno schema in sé conchiuso di "negozio unilaterale di destinazione" ... ma, integrando il disposto degli artt. 1173 e 1376 c.c., abbia invece riconosciuto la possibilità di produrre l'effetto, costituito dal "vincolo atipico" impresso al bene, mediante tutti quei negozi, nominati o innominati, unilaterali o bi-plurilaterali, gratuiti o onerosi, anche collegati variamente fra loro, che l'ordinamento consente di compiere in regime di autonomia».

¹⁰⁹ L'assenza di un interesse meritevole, e cioè di pubblica utilità, determinerebbe la nullità secondo Gazzoni F., *Il negozio di destinazione*, cit., 193. Invero, Perlingieri G., *Il controllo di "meritevolezza" degli atti di destinazione ex art. 2645 *ter* c.c.*, cit., 14, ritiene che «in caso di mancato superamento del controllo ex art. 2645 *ter* c.c., non è la nullità ma la sola inopponibilità ai terzi dell'effetto della destinazione e, quindi, del vincolo gravante sui beni per il perseguimento dello scopo. In tale caso si verifica una destinazione senza separazione patrimoniale. Ben può, dunque, aversi un atto di destinazione valido e produttivo di effetti per il destinante ed i beneficiari (ex art. 1322 c.c.), nonché di effetti obbligatori tra le parti ..., ma inopponibile ai terzi (ex art. 2645 *ter* c.c.) perché volto a realizzare un interesse non meritevole»; ma cfr. prima Nuzzo M., *Atti di destinazione e interessi meritevoli di tutela*, cit., 66.

¹¹⁰ Così Gazzoni F., *Il negozio di destinazione*, cit., 187 e nota 25 per l'indicazione di quella dottrina che si è espressa nel medesimo senso, fra cui Cian G., *Riflessioni intorno a un nuovo istituto del diritto civile: per una lettura analitica dell'art. 2645-*ter* c.c.*, cit., 89; Gabrielli G., *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 325; Luminoso A., *Contratto fiduciario, trust e atti di destinazione ex art. 2645-*ter*, cit.*, 1003. *Contra*, fra gli altri, Palermo G., *Nemini res sua servit (servitù e vincoli atipici)*, cit., 340 s., secondo il quale la norma di cui all'art. 2645 – *ter*, c.c., «corretta-

conferisce in destinazione limiterebbe, sul piano obbligatorio, il potere di godimento sul bene senza però privarsi di quello dispositivo¹¹¹.

*mente interpretata ... consente ... di fondare su base adeguata e consona il riconoscimento della libertà di costituire, in regime di autonomia, vincoli di contenuto atipico su beni immobili ... Che si tratti di vincoli ai quali può essere attribuito carattere di realtà emerge dalla stessa formulazione della norma per la quale «i beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati per la realizzazione del fine di destinazione», specificamente perseguito»; nonché Id., *I negozi di destinazione nel sistema di diritto privato*, cit., 88, «la norma introdotta all'art.2645 ter del codice civile ha fatto chiaramente emergere come la costituzione di un vincolo atipico possa prodursi attraverso il compimento di atti di autonomia privata. Essa non si limita a dare rilevanza esterna a un intento che, in quanto destinatorio, esula dall'ambito specifico della promessa con effetti meramente obbligatori fra le parti, ma altresì contempla un regime dei "beni destinati", che assume carattere sotto il profilo dell'esclusività del loro corrispondente impiego, concepito dal legislatore, non solo come strumento di realizzazione del programma negoziale, ma anche come presupposto di un impiego ottimale della ricchezza confluita nella sfera del beneficiario del vincolo ... Ne segue la possibilità per l'interprete di attingere alla disciplina, attraverso la quale tale regime è scandito, al fine di assicurare, in capo a tale soggetto, la titolarità di una situazione giuridica corrispondente a quella che segue dalla costituzione dei diritti reali di godimento su cosa altrui, ...».*

¹¹¹ La trascrizione del vincolo di destinazione rappresenta un ulteriore tratto distintivo, oltre quello segnalato alla nota n.24, fra l'atto di cui all'art.2645-ter, c.c., e il contratto di affidamento fiduciario. Sul punto Lupoi M., *Il contratto di affidamento fiduciario*, cit., 424 ss., nonché 452 ss.

Ius variandi e recesso discrezionale nel contratto di appalto

di Luca Guerrini

SOMMARIO: 1. Istruzioni esecutive, variazioni e lavori extracontrattuali. – 2. Le variazioni necessarie. – 3. Le variazioni ordinate dal committente. – 4. Le variazioni autorizzate. – 5. Le variazioni arbitrarie. – 6. Il recesso unilaterale del committente. – 7. (segue): gli effetti del recesso.

1. Istruzioni esecutive, variazioni e lavori extracontrattuali

La determinazione dell'opera o del servizio che le parti effettuano al momento di concludere un contratto di appalto è soggetta, anche alla luce della durata prolungata che è connaturale a questo tipo negoziale, all'introduzione di possibili modificazioni¹.

Queste ultime possono riguardare quantità o qualità dei materiali; possono concernere i termini, le tecniche di realizzazione, così come altre modalità del procedimento esecutivo; possono, infine, interferire con la consistenza stessa dell'opera o del servizio, sotto il profilo della forma, della struttura, piuttosto che della dimensione o del funzionamento. Talora l'introduzione di varianti è giustificata dalla sopravvenienza di cause esterne; talaltra si pone in corrispondenza con nuove o mutate esigenze del committente. Non si può, poi, escludere che tali modificazioni vengano in rilievo ancor prima che l'appaltatore dia avvio alla propria prestazione, anche se, più di sovente, la necessità o l'utilità si manifestano in corso d'opera o, tutt'al più, quando la prestazione è stata completata ma non ancora accettata. Va, da ultimo, tenuto presente che l'opera o il servizio vengono variati non solo ove siano introdotte delle modifiche in senso stretto, ma altresì ove venga richiesto un ampliamento o una riduzione della prestazione contrattualmente convenuta.

Una volta delineate le coordinate di fondo del fenomeno², è bene precisare che se, nel linguaggio comune, il termine «variazione» può essere utilizzato per denomi-

¹ Osserva, difatti, Fondrieschi, *L'appalto d'opera*, in *I contratti per l'impresa*, a cura di Gitti-Maugeri-Notari, I, Il Mulino, 2012, 147, che l'appalto è «un modello contrattuale fortemente caratterizzato dalla flessibilità e dall'adeguamento progressivo dei contenuti».

² La modificazione unilaterale del regolamento contrattuale è tema che ha dato luogo ad una bibliografia vastissima e che va ben oltre lo specifico ambito di questo scritto: cfr., da ultimo, tra gli studi generali, Pagniantini, *Modificazione unilaterale del contratto*, in *Enc. dir., Annali*, VI, Giuffrè, 2013, 487 ss.; Capurro, *La clausola di ius variandi tra giudizio di validità e sindacato sull'esercizio del diritto*, in *Contr. impr.*, 2013, 1341

nare una qualunque delle situazioni di fatto sopra descritte, nel contesto degli artt. 1659, 1660 e 1661 la sua estensione è assai più circoscritta; ciò ha spinto gli interpreti ad identificare due ulteriori fattispecie che risultano funzionali per delimitare, rispettivamente “verso il basso” e “verso l’alto”, la portata applicativa delle disposizioni in esame³.

Non rientrano nella disciplina delle variazioni le cd. *istruzioni esecutive*, ovvero quelle direttive che incidono su aspetti secondari dell’opera o del servizio. A prescindere dal fatto che abbiano natura integrativa o modificativa, tali istruzioni sono liberamente determinabili in corso d’opera e, in quanto prevedibili, non comportano alcuna modifica al corrispettivo convenuto a favore dell’appaltatore⁴.

Neppure sono regolati dagli artt. 1659 e ss. i cd. *lavori extracontrattuali*, ovvero quelle lavorazioni che, pur presentando una qualche connessione con l’opera originaria, non risultano necessarie per eseguirla né possono considerarsi parte di questa. Ricadono, più precisamente, all’interno di questa categoria tre tipi di lavori⁵: (i) quelli nuovi aggiunti che non costituiscono un completamento o uno sviluppo della prestazione, (ii) quelli che comportano modifiche radicali della natura della prestazione, nonché (iii) quelli che, quale ne sia la consistenza, vengono richiesti una volta che l’opera o il servizio siano stati accettati. La regolamentazione di tali lavori, che l’appaltatore può rifiutare di eseguire, è rimessa (non al precedente contratto ma) agli accordi che le parti abbiano raggiunto; ne consegue che, in mancanza di intese sul corrispettivo, misura e modalità di determinazione dei lavori “contrattuali” risulteranno ininfluenti e troveranno, pertanto, applicazione i criteri previsti all’art. 1657⁶. È, inoltre, affermazione pacifica in giurisprudenza quella secondo cui lo «sconvolgimento» del piano originario dei lavori determina altresì una «sostituzione consensuale» del regolamento contrattuale già in essere che comporta, in particolare, l’«elisione» del termine e della penale eventualmente pattuita⁷.

ss.; Scarpello, *La modifica unilaterale del contratto*, Cedam, 2010; Iorio, *Le clausole attributive dello ius variandi*, Giuffrè, 2008; in ambito bancario, Dolmetta-Sciarrone Alibrandi (a cura di), *Ius variandi bancario*, Giuffrè, 2012; Pagliantini, *Potere unilaterale di variazione nei contratti bancari*, in *Dig. disc. priv., sez. comm., Agg.*, Utet, 2012, 559; in ambito consumeristico, Viglianisi Ferraro, *Lo ius variandi nella nuova disciplina del credito ai consumatori*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, 1193.

³ Cfr. Cagnasso, *Appalto nel diritto privato*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, Utet, 1987, 172.

⁴ Rubino-Iudica, *Dell'appalto, Art. 1655-1677*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Zanichelli-Soc. ed. del Foro italiano, 2007, 255, precisano che, ove il committente non eserciti questo suo margine di discrezionalità, sarà l’appaltatore a curare il processo di completamento dell’opera.

⁵ Cfr. Rubino-Iudica, *Dell'appalto, Art. 1655-1677*, cit., 297-298.

⁶ Cfr. C. 4.5.2011, n. 9796, in *Rep. Foro it.*, 2011, voce «Appalto», 41, che ha ritenuto legittima l’applicazione dei prezzi desunti dal listino della Camera di commercio.

⁷ Cfr., da ultimo, C. 20.6.2012, n. 10201, in *Rep. Foro it.*, 2012, voce «Appalto», 34, nonché C. 6.10.2011, n. 20484, in *Obbl. e contr.*, 2012, 421.

Brevemente tratteggiate le fattispecie che si collocano ai margini, è più semplice cogliere le sfumature insite nella nozione di «variazione» generalmente definita dalla dottrina come l'insieme di quelle «modificazioni della consistenza obiettiva o delle modalità esecutive dell'*opus*, non prevedibili al momento della conclusione del contratto ma resesi utili, necessarie o convenienti durante lo svolgimento del rapporto»⁸.

Per meglio ricostruire il regime delle variazioni, è utile distinguere⁹ tra *variazioni necessarie*, dalle quali dipende l'utile risultato della prestazione, e *variazioni non necessarie*, corrispondenti in genere ad esigenze sopravvenute. Queste ultime possono essere ad iniziativa del committente, e assumono in tal caso la qualifica di *variazioni ordinate*, o ad iniziativa dell'appaltatore, distinguendosi ulteriormente, a seconda che abbiano ottenuto o meno l'autorizzazione del committente, in *variazioni autorizzate* e in *variazioni arbitrarie*.

2. Le variazioni necessarie

Un primo tipo di variazioni sono quelle necessarie per l'esecuzione dell'opera o del servizio a regola d'arte.

La dottrina afferma che la disciplina prevista dall'art. 1660 risulta applicabile in presenza di un presupposto negativo: la necessità delle variazioni non deve essere imputabile a colpa dell'appaltatore o del committente¹⁰. Si è, dunque, al di fuori dell'ambito di applicazione di questa disposizione ogni qual volta l'appaltatore abbia predisposto un progetto viziato o allorquando questi non si sia avveduto del fatto che il progetto predisposto dal committente presentava vizi riconoscibili; in entrambe le ipotesi la modifica dell'opera o del servizio va a porre rimedio ad un inadempimento e non fa sorgere alcun diritto a favore dell'appaltatore. Può, per converso, capitare che il vizio insito nel progetto predisposto dal committente fosse non riconoscibile; in tal caso, si ritiene che il committente possa invocare l'applicazione dell'art. 1661 ed ordinare all'appaltatore variazioni, nei limiti consentiti da questa disposizione, rimanendo così assorbita ogni sua responsabilità a fronte dell'esercizio di un diritto contrattuale.

Questo atteggiamento di rigore è fortemente stemperato dalla giurisprudenza che, nei pochi precedenti editi, mostra di focalizzare la propria attenzione sul (solo) requisito della «necessità»¹¹.

⁸ Così Scacchi, *Appalto*, I) *Diritto privato*, in *Enc. giur. Treccani*, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2006, *ad vocem*, 7.

⁹ Cfr. Mirabelli, *I singoli contratti (Artt. 1470-1765)*, in *Comm. Utet*, IV, 3, Utet, 1991, 409.

¹⁰ Scacchi, *Appalto*, I) *Diritto privato*, cit., 8.

¹¹ Cfr. C. 18.8.1993, n. 8749, in *Rep. Foro it.*, 1993, voce «Appalto», 23, avente ad oggetto la realizzazione di un impianto di riscaldamento, in cui i giudici di legittimità hanno valutato come «necessarie» tutte quelle variazioni in mancanza delle quali i vigili del fuoco non avrebbero potuto rilasciare l'autorizzazione all'uti-

Le variazioni necessarie (non imputabili ad alcuna delle parti) sono soggette ad una diversa disciplina a seconda che le modifiche dell'opera o del servizio oltrepassino una certa soglia di tolleranza. La disposizione prevede, infatti, un diritto di recesso a favore rispettivamente dell'appaltatore o del committente, ove l'importo delle variazioni superi «il sesto» del prezzo convenuto ovvero queste siano «di notevole entità». Ancorché gli effetti dello scioglimento del rapporto – che può essere conseguente all'esercizio di un diritto potestativo dell'uno o dell'altro contraente – siano regolati attraverso soluzioni lessicali differenti, pare ragionevole ritenere che le formule «equa indennità» ed «equo indennizzo» siano comunque idonee a generare conseguenze omogenee¹²: l'appaltatore avrà diritto ad ottenere il pagamento della parte di opera o servizio già compiuta¹³ nei limiti in cui risulti utile al committente e in proporzione del prezzo pattuito per l'intera prestazione¹⁴.

Mentre nel caso di variazioni necessarie «di notevole entità» grava sull'appaltatore un obbligo informativo nei confronti del committente, cui va garantito il potere di recedere dal contratto, in tutte le altre ipotesi tale situazione soggettiva degrada a mero onere¹⁵. Più precisamente, l'appaltatore ha l'onere di comunicare al committente che è necessario apportare variazioni nonché l'onere di adire l'autorità giudiziaria al fine di far determinare le specifiche variazioni da introdurre e le conseguenti modifiche del corrispettivo.

Ricorre un onere, e non un vincolo di natura obbligatoria, in quanto l'omissione di detti comportamenti non riceve una sanzione da parte dell'ordinamento. L'esecuzione di variazioni da parte dell'appaltatore in assenza di un accordo¹⁶ tra le parti o di un provvedimento del giudice è stata dalla dottrina opportunamente accostata ad un

lizzo dell'impianto. Si veda altresì C. 22.3.1993, n. 3353, in *Rep. Foro it.*, 1993, voce «Appalto», 24, avente ad oggetto la costruzione di un capannone industriale, in cui la Cassazione ha qualificato come «necessaria» la costruzione di alcune travi di collegamento delle fondazioni del capannone in quanto imposte da disposizioni antisismiche. Pare utile osservare che, in entrambi i casi menzionati, il corrispettivo di cui l'appaltatore richiedeva il pagamento a titolo di variante ex art. 1660 risultava pari a circa il 10% del prezzo convenuto per l'esecuzione dell'opera.

¹² Cagnasso-Cottino, *Contratti commerciali*, in *Tratt. Cottino*, IX, Cedam, 2009, 564, sottolineano che «qui non si applicano i meccanismi del risarcimento ma si dà risposta [...] ad esigenze equitative, che non sembra abbiano diversa proiezione solo perché la legge ha usato parole letteralmente differenti ma sostanzialmente identiche e visto che le variazioni non sono e non debbono essere [...] imputabili ad errori o negligenze di uno dei contraenti». *Contra*, v. Rubino-Iudica, *Dell'appalto*, Art. 1655-1677, cit., 283.

¹³ Come osserva Scacchi, *Appalto*, I) *Diritto privato*, cit., 8, il recesso non può, però, più essere esercitato «qualora l'appaltatore abbia intrapreso l'esecuzione delle variazioni senza concordarne il prezzo con il committente».

¹⁴ Cfr., sul punto, Rubino-Iudica, *Dell'appalto*, Art. 1655-1677, cit., 281, secondo cui le conseguenze del recesso risultano governate dal principio di arricchimento senza causa.

¹⁵ Cfr. Rubino-Iudica, *Dell'appalto*, Art. 1655-1677, cit., 275-276.

¹⁶ È utile precisare che, ove venga raggiunto un accordo, la variazione rimane necessaria e non modifica la propria natura.

«salto nel buio»¹⁷. In caso di successiva contestazione da parte del committente, è possibile che il giudice accerti che la variazione era in effetti necessaria e che è stata ben eseguita: in simili circostanze, la condotta dell'appaltatore risulterà corretta ed egli avrà diritto al relativo corrispettivo. È, però, parimenti possibile che il giudice accerti *ex post* che la variazione non sia qualificabile come necessaria o che, ancorché necessaria, sia stata male eseguita: la variazione risulterà, dunque, arbitraria e, in linea con la disciplina di cui all'art. 1659, non solo non sarà dovuto all'appaltatore il relativo corrispettivo, ma quest'ultimo sarà responsabile per aver realizzato una prestazione difforme e come tale soggetta alle garanzie di cui agli artt. 1667-1668.

Per evitare di accollarsi simili rischi, l'appaltatore può cercare di accordarsi con il committente, anche se non sulla variazione del corrispettivo complessivo, quantomeno sulla necessità e sulle modalità esecutive delle variazioni¹⁸. Ove le parti non raggiungano in tutto o in parte tale accordo, l'appaltatore deve sottoporre all'attenzione dell'autorità giudiziaria la situazione e rimanere in attesa del relativo provvedimento¹⁹.

Nulla permette di escludere che, anziché essere attuate dall'appaltatore secondo una delle modalità che abbiamo esaminato, le variazioni siano disposte dal committente; in simili ipotesi l'unica possibile conseguenza, in caso di successiva controversia in merito all'applicazione dell'art. 1660, sarà che tali variazioni potranno essere *ex post* qualificate dal giudice come ordinate, anziché come necessarie.

Quanto alla liquidazione degli importi, occorre infine considerare che l'introduzione di una variazione può comportare ampliamenti, rifacimenti, o riduzioni. Le parti già costruite ed oggetto di demolizione andranno pagate in base ai prezzi contrattuali; le demolizioni e le parti nuove andranno, invece, pagate a titolo di variazione, e quindi utilizzando come base i prezzi contrattuali²⁰. Ove la variazione comprenda lavori non previsti nel contratto, il giudice dovrà determinarli *ex art. 1657* facendo riferimento alle tariffe esistenti; ma, nel fare ciò, dovrà pur sempre utilizzare come criterio guida i prezzi contrattuali con i quali, a seconda del grado di affinità tra lavorazioni previste e variazioni eseguite, dovrà stabilire ragionevoli proporzioni.

¹⁷ Così Rubino-Iudica, *Dell'appalto, Art. 1655-1677*, cit., 275.

¹⁸ Come anticipato, se le parti si accordano non si ha un'ipotesi di variazione concordata *ex art. 1659*, con la conseguenza che non occorre la prova scritta e che è dovuta la correlativa variazione del prezzo anche se l'appalto è a corpo: cfr. Rubino-Iudica, *Dell'appalto, Art. 1655-1677*, cit., 277.

¹⁹ L'appaltatore non potrà, tuttavia, sospendere i lavori durante il corso del processo ove l'autorità giudiziaria sia stata adita al fine di determinare la sola variazione di corrispettivo: cfr. Rubino-Iudica, *Dell'appalto, Art. 1655-1677*, cit., 277.

²⁰ Affermano al riguardo Rubino-Iudica, *Dell'appalto, Art. 1655-1677*, cit., 277, che, ove l'appaltatore sia in grado di dimostrare che la variazione di prezzo non copre per intero il maggiore onere dell'appaltatore «il compenso deve essere ulteriormente aumentato fino a concorrenza» (266).

In caso di riduzioni, all'appaltatore saranno, infine, dovuti l'eventuale rimborso delle spese oltre al mancato guadagno, dovendo tale ipotesi essere accostata all'esercizio di un diritto di recesso.

Tali criteri, che governano gli appalti a misura, risultano utili anche per gli appalti a corpo, con la conseguenza che l'interprete sarà in tal caso chiamato ad effettuare un rapporto fra variazione necessaria e opera originariamente prevista, cui seguirà una variazione in via percentuale del prezzo originariamente convenuto.

3. Le variazioni ordinate dal committente

La disciplina contenuta nell'art. 1661 presenta il risultato del bilanciamento di due diversi interessi ritenuti meritevoli di tutela: con la disposizione sulle variazioni ordinate dal committente il legislatore ha, anzitutto, inteso garantire al destinatario dell'opera o del servizio un significativo potere di apportare modifiche alla prestazione contrattualmente convenuta in conseguenza di proprie nuove o mutate esigenze²¹; per tramite di meccanismi che abbiamo già conosciuto esaminando il regime delle variazioni necessarie, sono, d'altra parte, state stabilite delle soglie di tolleranza finalizzate ad impedire che l'esercizio dello *ius variandi* da parte del committente non determini un'alterazione eccessiva dell'originario assetto contrattuale.

Tre sono i limiti eretti a salvaguardia del nucleo dell'accordo. Il committente non può ordinare variazioni (i) il cui ammontare superi il sesto del prezzo convenuto²², nonché variazioni che, quale che ne sia la consistenza, (ii) importino notevoli modificazioni alla natura della prestazione, o (iii) ai quantitativi nelle singole categorie di lavori previste dal contratto.

Il primo criterio è di tipo quantitativo e risulta facilmente accertabile tanto negli appalti a corpo quanto in quelli a misura, con la sola precisazione che in questi ultimi deve farsi riferimento al cd. corrispettivo presunto, ancorché valore approssimativo e quindi non vincolante per le parti ai fini della determinazione del prezzo. Il secondo criterio è qualitativo e lo abbiamo già incontrato all'atto di descrivere i lavori extracontrattuali. Pare sufficiente, in questa sede, ribadire che l'esecuzione di lavori che comportano modifiche radicali alla natura della prestazione convenuta, ove concordata, non permane disciplinata dagli accordi originariamente raggiunti

²¹ Stolfi, *Appalto (contratto di)*, in *Enc. dir.*, II, Giuffrè, 1958, 650.

²² Tale regola non trova applicazione con riferimento alle riduzioni le quali possono essere ordinate anche oltre il limite del sesto, senza che l'appaltatore possa legittimamente opporsi; si ritiene, infatti, che le riduzioni siano disciplinate dall'art. 1671 e che comportino il diritto dell'appaltatore ad ottenere, oltre al rimborso delle spese già affrontate, la corresponsione del mancato guadagno. Sul punto, cfr. C. 10.2.1987, n. 1411, in *Rep. Foro it.*, 1987, voce «Appalto», 101.

tra le parti²³. Fa, infine, riferimento a indici quantitativi anche il terzo criterio, teso ad evitare che la variazione in aumento (o al ribasso) di singoli lavori che risultino per l'appaltatore poco (o molto) remunerativi non finisca con l'alterare il calcolo del profitto e quindi l'equilibrio contrattuale²⁴.

Il regime predisposto dell'art. 1661 è il seguente. Laddove l'ordine di variazione disposto dal committente risulti sopra soglia, l'appaltatore ha diritto di rifiutarlo e di continuare nell'esecuzione dell'opera o del servizio originariamente convenuti; peraltro, posto che il committente può nel tempo richiedere successive variazioni, va precisato che, non potendosi attribuire alcun valore a precedenti comportamenti meramente esecutivi, l'appaltatore potrà legittimamente rifiutare il primo di quegli ordini che comporti il superamento della soglia, da calcolarsi sempre con riferimento ai parametri originari. Non può, d'altra parte, escludersi che l'appaltatore dia esecuzione a variazioni sopra soglia; in tal caso, quest'ultimo avrà diritto a richiedere al committente il pagamento di tutte le variazioni eseguite in proporzione ai prezzi contrattuali²⁵.

Laddove l'ordine di variazione sia sotto soglia, l'appaltatore non può opporre alcun rifiuto e avrà diritto ad esigere, tanto negli appalti a corpo quanto in quelli a misura, il relativo corrispettivo da conteggiarsi secondo quelle medesime indicazioni che abbiamo analizzato nel precedente paragrafo²⁶.

Un ulteriore importante effetto che risulta conseguente all'esecuzione di ogni genere di variazione consiste nel fatto che, ove le parti lo abbiano determinato²⁷, il

²³ Per un'applicazione concreta dei parametri che permettono di distinguere tra «variazioni ordinate» e «lavori extracontrattuali», cfr. C. 20.6.2012, n. 10201, cit.

²⁴ Affermano al riguardo Rubino-Iudica, *Dell'appalto*, Art. 1655-1677, cit., 293, che i singoli prezzi unitari «sono variamente remunerativi, perché l'appaltatore, assumendo l'incarico, fa i suoi calcoli complessivi, in modo da assicurarsi che ciò che guadagna in meno, o non guadagna addirittura, con una data categoria di lavori, viene a compensarlo con un altro tipo di lavori. Ma ciò presuppone che la proporzione tra i quantitativi dei singoli tipi di lavori, stabilita nel contratto, rimanga poi invariata».

²⁵ Affermano, al contrario, Rubino-Iudica, *Dell'appalto*, Art. 1655-1677, cit., 291, che il compenso dell'appaltatore «va calcolato come per le variazioni inferiori al sesto, sicché quelle voci, che non spettano per queste ultime, rimangono escluse anche ora». Precisano, tuttavia, poco oltre, che il pagamento oltre il sesto è dovuto se pattuito al momento dell'accettazione della variante, a seguito di una manifestazione di volontà, anche tacita, da parte del committente.

²⁶ Primo criterio di calcolo della variazione risulta, quindi, il prezzo contrattuale. Cfr. C. 8.4.1999, n. 3393, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce «Appalto», 32, che, nel cassare l'impugnata sentenza di secondo grado che aveva qualificato (e quantificato) il maggior costo conseguente alle ordinate variazioni quale «debito di valore», ha limpidamente affermato che «il supplemento è dovuto a titolo di prezzo, cioè di corrispettivo contrattuale, e non di semplice indennità per atto lecito, o di risarcimento del danno [...] una volta liquidato, non rimane distinto, quanto a natura giuridica, dal prezzo originario, ma, insieme con quest'ultimo, si pone come semplice componente di un nuovo prezzo complessivo, perché unica, giuridicamente, è l'opera di cui entrambe le voci costituiscono il corrispettivo».

²⁷ In caso contrario dovrà farsi riferimento alla disciplina generale ex art. 1183 sia per i lavori già appaltati che per la variante.

termine entro cui i lavori vanno completati è soggetto ad automatica estensione²⁸ da calcolarsi attraverso una semplice proporzione avente nel primo rapporto due valori noti [il corrispettivo (presunto, in caso di appalto a misura) e il termine] e nel secondo rapporto un'incognita [il supplemento di tempo] che risulta risolvibile nel momento in cui viene identificato il supplemento di corrispettivo conseguente all'ordine impartito²⁹.

Da un punto di vista probatorio è opportuno precisare che, salvo le parti abbiano convenuto vincoli di forma, l'ordine di variazione disposto dal committente può essere provato dall'appaltatore in ogni modo, e quindi anche per tramite di testimonianze o presunzioni. Difatti, quand'anche si ritenga di interpretare estensivamente l'art. 2723 – disposizione che, a dire il vero, ha ad oggetto i «patti» e non gli atti unilaterali posteriori alla conclusione di un contratto –, è la «natura» stessa del contratto d'appalto a rendere di per sé «verosimile» che il committente abbia richiesto verbalmente aggiunte o modificazioni ad un contratto scritto e a permettere all'interprete di affermare la piena ammissibilità della prova testimoniale³⁰.

Va, infine, osservato che l'autonomia privata dei contraenti può incidere sul regime legale delle variazioni ordinate andando (i) a negare alla radice il diritto del committente di richiedere variazioni, (ii) ad identificare limiti diversi da quelli predisposti dalla legge³¹, nonché (iii) ad escludere che all'appaltatore sia dovuto un compenso diverso e maggiore di quello originariamente stabilito. Affinché quest'ultima clausola possa superare una (diversamente ineludibile) dichiarazione di nullità per indeterminatezza si richiede che le parti predeterminino in maniera specifica i limiti dell'entità delle modifiche che il committente può apportare in forza dello *ius variandi* di cui all'art. 1661³².

4. Le variazioni autorizzate

L'art. 1659 regola un terzo tipo di modificazioni dell'opera o del servizio che la rubrica della disposizione definisce come «variazioni concordate»; si ritiene, però, pre-

²⁸ Solo apparentemente contrario è l'orientamento giurisprudenziale: esemplare, al riguardo, C. 27.2.1995, n. 2290, in *Rep. Foro it.*, 1995, voce «Appalto», 33, che, dopo aver affermato che le variazioni sotto soglia «non influisc[ono] sui patti relativi al termine di esecuzione dei lavori», precisa, tuttavia, che queste assumono rilevanza come «eventuale causa di ritardo non imputabile all'appaltatore e di giustificazione della inosservanza di quel termine di consegna».

²⁹ Affermano Rubino-Iudica, *Dell'appalto, Art. 1655-1677*, cit., 289, che, ove esegua le lavorazioni nel termine originario, l'appaltatore avrà diritto «ad un adeguato compenso». La tesi, che non sembra meritare accoglimento, è opportunamente contrastata da Giannattasio, *L'appalto*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Giuffrè, 1977, 185.

³⁰ Cfr. Rubino-Iudica, *Dell'appalto, Art. 1655-1677*, cit., 287.

³¹ Mirabelli, *I singoli contratti (Artt. 1470-1765)*, cit., 413, precisa che la clausola che autorizza il committente a richiedere variazioni «senza limiti» può essere ritenuta «lecita e valida, solo se le variazioni previste rientrano nell'oggetto del contratto; altrimenti deve essere considerata nulla».

³² In questo senso, Fondrieschi, *L'appalto d'opera*, cit., 150.

feribile utilizzare la diversa denominazione di variazioni «autorizzate» in considerazione del fatto che il raggiungimento di un «accordo» tra i contraenti è circostanza che non incide sulla natura della variazione né sul regime applicabile. Come anticipavamo, il tratto caratteristico è un altro: le variazioni non necessarie si distinguono in «ordinate» e «autorizzate» a seconda che risultino riconducibili all'iniziativa del committente o dell'appaltatore, alla luce di prove che le parti possono liberamente fornire³³.

La logica della disposizione in esame è la seguente: quand'anche sia animato dal nobile intento di assicurare alla propria controparte una migliore realizzazione dell'opera o del servizio, l'appaltatore non può *motu proprio* apportare variazioni, se non dopo aver acquisito l'autorizzazione del committente.

Anche se la giurisprudenza, sulla base di un retaggio risalente al previgente codice, afferma ancora che l'autorizzazione va effettuata per iscritto a pena di nullità³⁴, tale forma è, ad ogni evidenza, prevista per la sola prova; in mancanza di un documento, l'intervenuto benessere del committente potrà, dunque, essere dimostrato per confessione, giuramento, e persino attraverso prova testimoniale, ancorché negli stretti limiti in cui ciò è consentito dall'art. 2724, c. 1, n. 3³⁵.

L'ipotesi più semplice è quella in cui l'autorizzazione scritta è pressoché contestuale alla proposta; non si può, tuttavia, escludere che il committente autorizzi le variazioni proposte dall'appaltatore con un atto anteriore o successivo. È da ritenere, a questo riguardo, valida ed efficace l'autorizzazione preventiva che il committente rilasci all'appaltatore, ad esempio inserendola nel contratto di appalto, purché questa contenga una descrizione dei limiti e delle modalità delle variazioni che sia sufficientemente determinata, e come tale idonea a superare un giudizio di nullità ex art. 1349. Quanto alle ipotesi in cui il consenso venga espresso successivamente, occorre distinguere l'autorizzazione successiva³⁶ – da effettuarsi sempre e comunque in forma scritta – dalla ratifica che venga effettuata dal committente attraverso l'accettazione dell'opera. Quest'ultima, come noto, quand'anche tacita o presunta, libera l'appaltatore da ogni responsabilità ex artt. 1667-1668 per vizi o difetti dell'opera o del servizio che siano conosciuti o riconoscibili; ne consegue che la volontà di accet-

³³ Cfr., ad esempio, C. 20.3.2007, n. 6642, in *Rep. Foro it.*, 2008, voce «Appalto», 54, nonché C. 25.5.2001, n. 7242, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, 731, con nota di Spangaro, *Appalto: variazioni dell'opera e rappresentanza del direttore dei lavori*, che muovendo dalle «prescrizioni impartite dal direttore dei lavori» ha ritenuto dimostrata per presunzioni l'iniziativa del committente rispetto all'effettuata variazione.

³⁴ Cfr., da ultimo, C. 19.9.2011, n. 19099, in *Rep. Foro it.*, 2011, voce «Appalto», 42.

³⁵ L'ammissibilità della prova testimoniale implica, negli stessi severi limiti, l'ulteriore ammissibilità ex art. 2729, c. 2, della prova per presunzioni.

³⁶ Cfr. Rubino-Iudica, *Dell'appalto, Art. 1655-1677*, cit., 264, secondo i quali (263) l'approvazione «data quando, pure essendo già state introdotte le varianti, i lavori siano ancora in corso [...] non impedisce che poi, in sede di verifica finale e di collaudo, il committente rifiuti la variante già approvata e agisca in responsabilità per difformità dell'opera».

tare la prestazione, anche se non effettuata per iscritto, comporta sempre, e a maggior ragione, l'approvazione della variazione.

Va, infine, considerato che l'autorizzazione scritta della variazione può per così dire essere "minima", e dunque esprimere il mero benessere del committente alla modificazione dell'opera o del servizio. È utile dare atto che, in simili circostanze, la prova di eventuali patti contestuali o successivi aventi, ad esempio, ad oggetto la modifica del corrispettivo, pur non essendo di per sé soggetti all'onere di forma previsto dall'art. 1659, c. 2, risulteranno però soggiacere al regime di cui agli artt. 2722 e ss., con la conseguenza che la prova di patti contemporanei non potrà essere offerta per via testimoniale e che la prova di patti posteriori potrà essere fornita per testimoni nei soli stretti limiti previsti dall'art. 2723.

Il regime predisposto dell'art. 1659 risulta differente a seconda del tipo di appalto. Negli appalti a corpo l'esecuzione di variazioni autorizzate non comporta, salvo patto contrario, alcuna modifica del corrispettivo. Negli appalti a misura, salvo diverso accordo tra le parti, è invece dovuto all'appaltatore un corrispettivo che, in linea con le indicazioni fornite nei precedenti paragrafi, andrà quantificato in modo tale da garantire l'equilibrio economico predisposto dal contratto³⁷. Ove la variazione abbia ad oggetto lavori già previsti, questa andrà liquidata in base ai prezzi contrattuali. Ove, invece, si tratti di lavori non previsti, l'interprete dovrà determinarli ex art. 1657 facendo riferimento alle tariffe esistenti; nel fare ciò, dovrà pur sempre utilizzare come criterio guida i prezzi contrattuali con i quali, a seconda del grado di affinità tra lavorazioni previste e variazioni eseguite, dovrà stabilire ragionevoli proporzioni.

Occorre, da ultimo, ricordare che l'introduzione di una variazione può comportare non solo ampliamenti e rifacimenti ma anche riduzioni. In quest'ultimo caso, essendo la variazione riconducibile ad un'iniziativa dell'appaltatore, è da ritenersi che la stessa, salvo patto contrario, veicoli l'implicita rinuncia al mancato guadagno: negli appalti a corpo il prezzo andrà dunque proporzionalmente ridotto, mentre in quelli a misura il prezzo delle lavorazioni non eseguite andrà diminuito per l'intera quota corrispondente.

5. Le variazioni arbitrarie

Esiste, infine, un'ultima specie di variazioni, denominate «arbitrarie», che si caratterizzano per la contestuale presenza di un requisito positivo e di uno negativo: si

³⁷ Da ultimo, Guerinoni, *L'esecuzione dell'appalto*, in *Giur. Sist. Bigiavi, L'appalto privato e pubblico*, a cura di Di Gregorio, Utet, 2013, 238, afferma che il compenso suppletivo dell'appaltatore deve essere «tale da eguagliare integralmente il valore della variante da questi eseguita, essendo infatti necessario rispettare il principio per cui all'appaltatore spetta un trattamento economico identico a quello di cui avrebbe goduto qualora l'intervento effettuato a variante fosse stato sin da subito contenuto nel progetto pattuito fra le parti».

tratta di modificazioni che sono apportate dall'appaltatore di propria iniziativa e che non ricevono, neppure *ex post*, l'autorizzazione o la ratifica del committente.

Le variazioni arbitrarie costituiscono una forma di inadempimento contrattuale e, come tali, generano una responsabilità dell'appaltatore che va soggetta al regime delle garanzie ex artt. 1667-1668, anche laddove le modificazioni non autorizzate abbiano determinato un aumento di valore dell'opera o del servizio.

A seconda delle circostanze, il committente ha, quindi, titolo per chiedere (i) l'eliminazione di tali modificazioni, (ii) la riduzione del prezzo dell'opera o del servizio, nonché (iii) il risarcimento del danno. In situazioni estreme, in cui le variazioni arbitrarie abbiano prodotto difformità tali da rendere l'opera o il servizio del tutto inadatti alla loro destinazione, il committente avrà altresì a disposizione (iv) l'azione di risoluzione del contratto ex art. 1668.

È interessante menzionare un'ultima specifica ipotesi. Può accadere che il committente, pur non intendendo ratificare *ex post* l'operato dell'appaltatore, non si avvalga dei rimedi testé menzionati ma preferisca (v) ritenere le variazioni. Rispetto a questa specifica situazione, è sorto un dibattito tra gli interpreti in merito alla possibilità per l'appaltatore di vedersi riconoscere una qualche forma di corrispettivo, *sub specie* di indennizzo ex art. 2041³⁸.

Il ricorso all'azione di arricchimento senza causa va, tuttavia, escluso posto che tale disposizione costituisce una norma di chiusura dell'ordinamento, formulata per coprire i soli casi che sfuggono a specifiche previsioni³⁹. Vietando le variazioni arbitrarie, il legislatore ha, in modo implicito ma non per questo meno evidente, escluso che l'appaltatore possa richiedere alcun compenso. Risulta, allora, «ovvio», per riprendere le parole della relazione del ministro Guardasigilli a margine dell'art. 2041, che essendo nel caso ipotizzato applicabile una «norma particolare» – l'art. 1659, c. 1 – «il ricorso all'azione generale mancherebbe del suo presupposto, ossia del pregiudizio altrimenti evitabile»⁴⁰.

6. Il recesso unilaterale del committente

È, a questo punto, opportuno aprire una panoramica sul recesso unilaterale del committente.

L'accostamento tra 1671 e variazioni è per l'interprete istintivo in quanto la disciplina del recesso discrezionale è, al pari delle fattispecie legali di *ius variandi* sopra

³⁸ Negano con forza questa possibilità Rubino-Iudica, *Dell'appalto, Art. 1655-1677*, cit., 258; per una voce a favore cfr., invece, Giannattasio, *L'appalto*, cit., 174-175. Sul rapporto tra risoluzione, azione di riduzione del prezzo e demolizione dell'opera, cfr. Guerrini, *Le restituzioni contrattuali*, Giappichelli, 2012, 118 ss.

³⁹ Così Schlesinger, *Arricchimento (Azione di)*, in *Noviss. Dig. it.*, I, 2, Utet, 1958, 1007.

⁴⁰ Cfr. *Codice civile. Relazione del Ministro Guardasigilli*, Libreria dello Stato, 1943, n. 792.

esaminate, tradizionalmente concepita come un'eccezione al principio della forza di legge del contratto. L'affinità tra questi due istituti si manifesta, peraltro, più nitidamente per tramite di un solido riscontro applicativo: come abbiamo osservato, le variazioni che comportino una mera riduzione dell'opera o del servizio vanno qualificate come fattispecie di recessi parziali⁴¹ e risultano per ciò assoggettate ad un regime che occorre approfondire.

Gli interpreti sono soliti ritenere che, in forza della disposizione in esame, il committente possa liberamente sciogliere il contratto d'appalto anche in assenza di una perturbazione del rapporto⁴²; l'autonomia privata dei contraenti può escludere questo diritto potestativo⁴³, così come introdurre limiti o specifici requisiti di sostanza, tempo, o forma; in mancanza di una disciplina pattizia, il recesso è, però, esercitabile *ad nutum* e risulta efficace anche laddove proveniente da un committente inadempiente.

Si afferma, ancora, che il committente non deve rispettare alcun vincolo di tempo: l'art. 1671 non prevede, infatti, obblighi di preavviso e, disponendo che il recesso del committente può essere esercitato in qualunque momento posteriore alla conclusione del contratto «anche se è stata iniziata l'esecuzione» dell'opera o del servizio, predispone una disciplina speciale, che supera quella generale di cui all'art. 1373, c. 1. È evidente, per contro, che il completamento dell'opera o del servizio costituisce il termine finale a partire dal quale il recesso non può più essere efficacemente esercitato, non assumendo rilievo il fatto che la prestazione non sia stata ancora accettata.

Benché radicate su tradizioni consolidate, tali affermazioni non sembrano del tutto convincenti; esistono, in particolare, due profili che meritano di essere rimeditati.

Un primo aspetto su cui pare utile un approfondimento attiene al rapporto tra 1671 e autonomia privata, non risultando persuasiva l'idea secondo cui la disposizione in esame rientrerebbe tra quelle pienamente derogabili.

Secondo l'opinione maggioritaria, il diritto di recesso è posto a presidio di un interesse particolare del committente, che può dunque liberamente disporre, pattuendo esclusioni o limitazioni convenzionali.

Com'è stato puntualmente osservato⁴⁴, è, tuttavia, sufficiente riflettere sulle conseguenze che deriverebbero dall'inefficacia dell'atto di recesso per constatare che una simile clausola non tutela interessi meritevoli di tutela: ove approvata dall'ordinamento, una tale pattuizione imporrebbe al committente di ricevere una prestazione ormai divenuta sgradita, senza neppure apportare alcun apprezzabile vantaggio a

⁴¹ Cfr. C. 10.2.1987, n. 1411, cit.

⁴² Da ultimo, Tagliaferri, *Le vicende dell'appalto*, in *Giur. Sist. Bigiavi, L'appalto privato e pubblico*, a cura di Di Gregorio, Utet, 2013, 367.

⁴³ Così C. 29.1.2003, n. 1295, in *Giust. civ.*, 2003, I, 1550.

⁴⁴ Cfr. Dellacasa, *Adempimento e risarcimento nei contratti di scambio*, Giappichelli, 2013, 86 ss.

favore dell'appaltatore, la cui sfera giuridica risulta già tutelata dal diritto ad ottenere un «indennizzo» che l'art. 1671 commisura all'interesse positivo.

Merita, pertanto, adesione l'opinione che afferma che il recesso discrezionale accordato al committente sottende un principio di ordine pubblico economico, come tale inderogabile⁴⁵, e, alla luce di ciò, qualifica come nulle, e dunque inefficaci, le clausole che escludono tale diritto, così come quelle che ne limitano l'esercizio al rispetto di termini o condizioni.

D'altra parte, è bene evidenziare che una simile lettura non nega spazio all'autonomia contrattuale: anzitutto, la regola non sembra applicabile, ove la clausola di esclusione o limitazione abbia ad oggetto la realizzazione di un'opera o di un servizio a cui corrisponda *anche* uno specifico e manifestato interesse dell'appaltatore o di un terzo⁴⁶; la volontà delle parti può, inoltre, intervenire sul regime degli effetti, andando a plasmare pattiziamente (talune del)le conseguenze del recesso discrezionale.

Ed è proprio su tale regime che si incentra la seconda, più ampia, riflessione critica.

7. (segue): gli effetti del recesso

La dichiarazione esplicita e non equivoca, o l'evidente comportamento concludente, con cui il committente manifesta la propria volontà di porre fine al rapporto, in quanto atto ricettizio, produce effetto quando perviene a conoscenza dall'appaltatore: è da tale momento che si verificano lo scioglimento *ex nunc* del contratto di appalto e la nascita di un'obbligazione a carico del committente⁴⁷ che il codice definisce di natura «indennitaria».

Tra gli effetti conseguenti all'esercizio del diritto di recesso vi è, nei contratti che hanno ad oggetto la costruzione o la ristrutturazione di un immobile, anche quello della restituzione del cantiere al committente, non vantando l'appaltatore un diritto di ritenzione a garanzia del pagamento dell'«indennizzo» ex art. 1671⁴⁸.

⁴⁵ Così Dellacasa, *Adempimento e risarcimento nei contratti di scambio*, cit., 89, secondo cui «se il committente che ha perso interesse per l'attuazione del contratto fosse privato del potere di recedere, l'appaltatore sarebbe legittimato ad eseguire la prestazione ed esigere l'intero corrispettivo: un esito, questo, che appare ingiustificatamente gravoso per la parte pentita, e incompatibile con le istanze di razionalità economica che conformano il regime dei rimedi contrattuali». Va precisato che, secondo l'A, una clausola di esclusione del recesso discrezionale ex art. 1671 confliggerebbe pure con il principio di buona fede nell'esecuzione del contratto (87).

⁴⁶ L'ipotesi, e le relative analogie con la disciplina del mandato *in rem propriam*, è sviluppata da Dellacasa, *Adempimento e risarcimento nei contratti di scambio*, cit., 98.

⁴⁷ Ha affermato che l'indennizzo ex art. 1671 spetta all'appaltatore «anche quando il committente receda dal contratto per effetto di una [nuova] disposizione di legge» (nel caso di specie: art. 56, cc. 6-7, d.lgs. 507/1993), C. 18.12.2006, n. 27075, in *Rep. Foro it.*, 2007, voce «Tributi locali», 243.

⁴⁸ Il punto, in dottrina e giurisprudenza, è pacifico; per una recente apertura, si veda, però, Omodei-Salè, *La detenzione e le detenzioni*, Cedam, 2012, 209.

Va, tuttavia, prestata attenzione ad un'esigenza dell'appaltatore che subisce il recesso, che può manifestarsi nelle forme di una richiesta di accertare e verificare in contraddittorio l'opera parzialmente eseguita, nonché di vedersi assicurato che la stessa non subisca mutamenti della situazione di fatto nel periodo di tempo intercorrente tra l'intervenuto scioglimento del rapporto e la restituzione del cantiere al committente.

Quando l'opera è compiuta nella sua interezza, simili istanze risultano assorbite dalla trama di regole predisposta dall'art. 1665, secondo cui (i) la verifica è onere del (solo) committente e (ii) la sua omissione, così come il ricevimento dell'*opus* senza riserve, comporta accettazione della prestazione eseguita e conseguente maturazione del diritto al pagamento del corrispettivo.

Quando, però, l'opera non viene a completamento, l'art. 1665 non trova applicazione⁴⁹ e pare, allora, ragionevole ritenere che (non solo il committente ma) entrambe le parti abbiano il diritto di accertare e verificare l'*opus* parzialmente realizzato, e che, in particolare, l'appaltatore, a bilanciamento tanto del recesso subito quanto della garanzia ex art. 1667-1668, possa, nelle more del procedimento di verifica, non solo rifiutarsi di restituire il cantiere⁵⁰, ma altresì invocare la tutela di cui all'art. 1168, ove spogliato dal committente della sua legittima detenzione⁵¹.

Quanto all'«indennizzo» e alle tre distinte poste che la norma identifica, è utile tenere presente che il recesso discrezionale ex art. 1671 «equivale»⁵², né più né meno, ad un inadempimento: ne consegue che la responsabilità del recedente non differisce da quella di un qualsiasi altro debitore a cui è imputabile lo scioglimento del

⁴⁹ Una conferma in tal senso deriva dall'interpretazione letterale dell'art. 1665, che disciplina, appunto, il diritto di verificare «l'opera compiuta» (c. 1).

⁵⁰ A nostro avviso il rifiuto della restituzione del cantiere è compatibile con la disciplina ex art. 1460, posto che l'inadempimento giustificante l'esercizio dell'eccezione sospensiva è rappresentato non tanto, come talvolta è stato affermato (cfr. Giannattasio, *L'appalto*, cit., 309), dal mancato pagamento dell'indennizzo ex art. 1671, bensì dalla mancanza di collaborazione ex art. 1375 del committente che, disinteressandosi delle legittime ragioni della controparte, intenda perseguire il mero obiettivo di affidare quanto prima ad altro appaltatore il completamento dei lavori. Per un'interessante ampia apertura della giurisprudenza all'utilizzo dell'eccezione sospensiva ex art. 1460, cfr. C. 29.8.1997, n. 8235, in *Contratti*, 1998, 141, con nota di Guerinoni, *Inadempimento del committente e rifiuto dell'appaltatore di consegnare l'opera*, secondo cui «in presenza di un conclamato inadempimento del committente all'obbligo di pagare il corrispettivo e/o di dichiarazioni dello stesso evidenzianti l'intento di sottrarsi ingiustificatamente all'adempimento di detto obbligo, deve ritenersi consentito all'appaltatore di avvalersi dell'eccezione "inadimplenti inadimplendum", di cui all'art. 1460 c.c., e, perciò, di rifiutare la consegna dell'*opus*", senza che, in tal caso, la controparte possa, a sua volta, addurre la mancata accettazione per sottrarsi al pagamento del dovuto».

⁵¹ Tale soluzione risulta condivisa dalla giurisprudenza «in presenza di una controversia relativa alle vicende contrattuali», sul presupposto che, in simili circostanze, non può ritenersi essere venuto meno «lo "ius detentionis" dell'appaltatore» (cfr. C. 28.5.2003, n. 8522, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce «Possesso», n. 21).

⁵² Così, energicamente, Dellacasa, *Adempimento e risarcimento nei contratti di scambio*, cit., 5, che, in una prospettiva di analisi economica del diritto, afferma e dimostra (58) che il «recesso discrezionale, in definitiva, prefigura un inadempimento efficiente».

rapporto⁵³ e che l'obbligazione «indennitaria» deve compensare integralmente l'interesse positivo, ponendo l'appaltatore nella medesima situazione in cui si sarebbe trovato se il rapporto fosse stato attuato⁵⁴.

Ciò osservato, l'art. 1671 afferma che rientra, anzitutto, all'interno dell'«indennizzo» (i) il corrispettivo per i lavori eseguiti dall'appaltatore in costanza di contratto, i quali andranno pagati in base ai prezzi contrattuali⁵⁵. Il committente non può invocare l'utilizzo di altri criteri, in particolare quello dell'utilità, ma ha facoltà di eccepire e dimostrare difformità o vizi della prestazione eseguita ottenendo, in tal caso, di pagare un prezzo che andrà proporzionalmente ridotto, sino a coincidere con zero in quelle situazioni estreme in cui i difetti siano tali da rendere l'opera o il servizio del tutto inadatti alla loro destinazione.

L'appaltatore va poi «tenuto indenne» (ii) delle spese che abbia sostenuto che non si siano ancora tradotte in lavori contrattuali: rientrano in questa voce le spese generali e i materiali non incorporati nell'opera (o utilizzati per il servizio), a meno che l'appaltatore non decida di trattenerli.

Terza ed ultima componente di questo «indennizzo»⁵⁶ è, infine, (iii) il mancato guadagno, ovvero il profitto netto che l'appaltatore avrebbe ottenuto dai lavori rimasti ineseguiti a seguito dell'esercizio del diritto di recesso⁵⁷. È onere dell'appaltatore dimostrare documentalmente l'esatto ammontare del mancato guadagno che, in linea di principio, è pari alla differenza tra il prezzo contrattuale dei lavori ineseguiti e l'ammontare presuntivo delle relative spese⁵⁸.

⁵³ Afferma Mirabelli, *I singoli contratti (Artt. 1470-1765)*, cit., 458, che «il committente rimane, quindi, responsabile degli obblighi esistenti a suo carico, ma gli è reso possibile, in certo qual modo, anticiparne l'inadempimento, in modo da limitare l'entità della responsabilità». Sostengono che la responsabilità da recesso ex art. 1671 non differisca da quella conseguente a risoluzione per inadempimento ex art. 1453 Rubino-Iudica, *Dell'appalto, Art. 1655-1677*, cit., 498, nonché Giannattasio, *L'appalto*, cit., 301.

⁵⁴ Come efficacemente dimostrato dal recente studio di Dellacasa, *Adempimento e risarcimento nei contratti di scambio*, cit., *passim*, adempimento e risarcimento rappresentano due rimedi alternativi posti a presidio del vincolo contrattuale, finalizzati a garantire al creditore gli stessi risultati economici che sarebbero derivati dalla realizzazione spontanea dello scambio. Per una lettura di «equivalenza» tra adempimento e risoluzione, finalizzata a dare conferma all'esistenza di un regime di tipicità delle obbligazioni restitutorie conseguenti allo scioglimento del rapporto ex art. 1458, ci si permette di rinviare a Guerrini, *Le restituzioni contrattuali*, cit., 114 e 160 ss.

⁵⁵ Come osservano Rubino-Iudica, *Dell'appalto, Art. 1655-1677*, cit., 501, il calcolo è relativamente facile negli appalti a misura «perché allora basta moltiplicare i singoli prezzi unitari per le quantità effettivamente eseguite nelle corrispondenti categorie di lavori»; risulta meno semplice negli appalti a corpo «perché allora occorre anzitutto calcolare il rapporto tra la parte eseguita e quella che sarebbe stata l'intera opera, e poi applicarlo al prezzo originario complessivo» in proporzione.

⁵⁶ Ritenuto dalla giurisprudenza un «debito di valore»: cfr. C. 8.1.2003, n. 77, in *Urb. app.*, 2003, 787.

⁵⁷ C. 6.6.2012, n. 9132, in *Rep. Foro it.*, 2012, voce «Appalto», 80, ha confermato che l'art. 1671 si applica «in qualunque momento posteriore alla conclusione del contratto e, quindi, anche se l'opera [o il servizio] non sia stata ancora iniziata».

⁵⁸ Così, da ultimo, C. 6.6.2012, n. 9132, cit. Va, però, osservato che la giurisprudenza, da tempo, liquida a favore dell'appaltatore una somma pari al 10% dell'importo dei lavori non eseguiti, facendo uso di una

Come anticipavamo, la volontà delle parti può intervenire sul regime descritto⁵⁹; a nostro avviso, tuttavia, le parti possono disporre di alcune soltanto delle componenti di tale «indennità» conseguente al recesso discrezionale.

Ipotizziamo, ad esempio, che il contratto contenga una pattuizione con cui il committente si è vincolato a pagare l'intero corrispettivo nonostante il recesso: ebbene, ove non contenuta in un rapporto di consumo⁶⁰, una simile clausola è valida, ha natura di penale e, come tale, è assoggettata alla disciplina della riduzione ex art. 1384⁶¹. Ma per accertare l'eventuale manifesta eccessività dell'ammontare della penale, l'interprete dovrà detrarre dall'intero corrispettivo [pattuito a titolo di penale] (i) il valore contrattuale dei lavori e (ii) le spese inutilmente sostenute, per poi verificare se l'ulteriore differenza dovuta in forza della pattuizione⁶² presenti, rispetto al mancato guadagno, quei profili di squilibrio che permettono al giudice di intervenire sul rapporto negoziale, modificandone secondo equità il contenuto. Solo tale posta potrà essere oggetto di riduzione: non il corrispettivo per i lavori eseguiti e neppure le spese sostenute posto che, esercitato il recesso, tanto l'opera o il servizio in parte eseguito quanto il materiale acquistato divengono, se già non lo sono⁶³, di proprietà del committente che deve dunque pagarli al prezzo convenuto⁶⁴.

Ipotizziamo, al contrario, che il contratto contenga una pattuizione con cui l'appaltatore ha accettato di non ricevere alcun «indennizzo» nel caso in cui controparte eserciti il proprio diritto di recesso. A nostro avviso, a meno che le parti non

presunzione che trae origine dall'art. 134, d.lgs. 163/2006 (codice dei contratti pubblici) e che trova conferma nei prezzari regionali delle opere edili.

⁵⁹ Sulla possibile vessatorietà di siffatte clausole, ove contenute in un rapporto tra consumatore e professionista, cfr. T. Foggia, 2.8.2001, in *Corr. giur.*, 2003, 483.

⁶⁰ Nel qual caso, come noto, risulta applicabile l'art. 33, c. 2, lett. f), c.cons.

⁶¹ Così Dellacasa, *Adempimento e risarcimento nei contratti di scambio*, cit., 118 ss. che assai opportunamente (119) evidenzia che una simile clausola, ove contenuta in condizioni generali di contratto, non richiede la specifica approvazione scritta del committente ex art. 1341, c. 2, non trovando in questo caso applicazione quella «molto fragile» (così Roppo, *Il contratto*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Giuffrè, 2011, 854) protezione prevista a favore dell'aderente ad un contratto standard.

⁶² Differenza che si compone, quindi, del mancato guadagno e dei costi risparmiati dall'appaltatore: per un approfondimento, si veda ancora Dellacasa, *Adempimento e risarcimento nei contratti di scambio*, cit., 43, 109 e ss., in partic. 116.

⁶³ Come noto, nel caso di appalto avente ad oggetto la realizzazione di un bene mobile o di un servizio, la proprietà si trasferisce al momento dell'esercizio del diritto di recesso; nel caso di ristrutturazione (o di costruzione) di un bene immobile, la proprietà dell'opera viene, invece, direttamente acquisita, giorno dopo giorno, dal committente (a condizione che, nel caso di nuova costruzione, questi sia proprietario del terreno su cui l'opera viene eseguita). Cfr. Rubino-Iudica, *Dell'appalto*, Art. 1655-1677, cit., 497.

⁶⁴ Con ciò non si intende negare un qualunque spazio all'autonomia privata con riferimento alle poste relative (i) al corrispettivo per i lavori e (ii) alle spese sostenute, ma osservare che il potere delle parti di modificare pattiziamente tali effetti costituisce un patto di retroattività che, per essere valido e non cozzare contro il principio causalistico, deve tenere in debita considerazione le ricadute di natura restitutoria a favore del committente: sul punto *amplius* nel testo.

abbiano dato forma ad un patto di retroattività⁶⁵, e dunque convenuto che al recesso consegua la restituzione in natura o per equivalente della prestazione in parte eseguita dall'appaltatore⁶⁶, tale clausola risulta in parte nulla, cozzando con il principio causalistico. In parte, dicevamo, in quanto nessun problema pare sussistere con riferimento all'esclusione del mancato guadagno che le parti possono liberamente convenire⁶⁷.

I ragionamenti svolti conducono ad una riflessione conclusiva. All'interno dell'ampia formula «indennizzo», così coniata dalla legge, convivono obbligazioni (non omogenee⁶⁸ e) che hanno natura diversa: i lavori eseguiti e le spese sostenute hanno natura di corrispettivo, mentre il (solo) mancato guadagno ha natura risarcitoria. È, per questo, che, come si è anticipato, quest'ultima voce può, al di fuori dei casi in cui sia identificabile un rapporto di consumo e sempre che vengano rispettati i limiti di cui all'art. 1384, essere modificata dalle parti. Nessuna modifica pare, al contrario, di per sé ammissibile con riferimento alle due obbligazioni di natura corrispettiva, a meno che l'intervento pattizio non sia preordinato ad attribuire al recesso natura retroattiva e non sia finalizzato a mettere in chiaro le ricadute di natura restitutoria conseguenti alla parziale esecuzione dell'opera o del servizio⁶⁹.

Sembra, allora, doversi concludere che l'«indennizzo» ex art. 1671 non può dirsi, genericamente, debito di valore, essendo, per così dire, debito “misto”: è di valuta quello che concerne i lavori eseguiti e le spese sostenute; è di valore quello concernente il mancato guadagno.

La differenza di disciplina che ne consegue non è poca cosa e – viene da credere – tornerà fortemente al centro dell'interesse degli operatori pratici, posto che il recente art. 17, d.l. 132/2014, ha disposto l'aggiunta all'art. 1284 di un quarto comma che, con riferimento alla fattispecie in esame, attribuisce all'appaltatore il diritto ad ottenere, «dal momento in cui è proposta domanda giudiziale», un saggio degli interessi legali «pari a quello previsto dalla legislazione speciale relativa ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali».

Da un punto di vista processuale, pare ancora utile osservare che se, da una parte, l'esercizio del diritto di recesso impedisce l'accoglimento di una successiva domanda di risoluzione che sia proposta da uno dei due contraenti⁷⁰, dall'altra, rimane, però,

⁶⁵ Sul punto, ci si permette di rinviare a Guerrini, *Le restituzioni contrattuali*, cit., 196 ss.

⁶⁶ Cfr. Guerrini, *Le restituzioni contrattuali*, cit., 200.

⁶⁷ Per una differente soluzione cfr. Dellacasa, *Adempimento e risarcimento nei contratti di scambio*, cit., 121 ss.

⁶⁸ Questa, al contrario, l'odierna tesi di dottrina e giurisprudenza: cfr., da ultimo, Tagliaferri, *Le vicende dell'appalto*, cit., 374.

⁶⁹ Sull'ulteriore profilo dell'ammissibilità di patti restitutori, e sul relativo contenuto, ci si permette di rinviare ancora una volta a Guerrini, *Le restituzioni contrattuali*, cit., 196-212.

⁷⁰ C. 22.4.2008, n. 10400, in *Rep. Foro it.*, 2008, voce «Appalto», 80.

fermo il diritto delle parti di richiedere l'eventuale risarcimento del danno che sia stato loro cagionato da inadempimenti anteriori⁷¹.

È, infine, opportuno precisare che la domanda di condanna al pagamento dell'«indennizzo» ex art. 1671, che ben può essere proposta congiuntamente o in via subordinata a quella finalizzata ad ottenere il risarcimento del danno, non può tuttavia ritenersi in quest'ultima ricompresa, distinguendosi la domanda di risoluzione per inadempimento e quella di accertamento dell'esercizio di recesso sia per *causa petendi* che per *petitum*⁷².

⁷¹ C. 29.7.2003, n. 11642, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce «Appalto», 62, che sottolinea come il risarcimento eventualmente spettante al committente a motivo dell'inadempimento dell'appaltatore può anche risultare di importo superiore all'indennità dovuta ex art. 1671.

⁷² C. 6.4.2011, n. 7878, in *Rep. Foro it.*, 2011, voce «Contratto in genere», 489.

Cessione del contratto preliminare trascritto e permanenza degli effetti prenotativi della trascrizione

di Rosario Franco

1. Premesse e individuazione del problema

L'analisi della questione che le presenti riflessioni si propongono di approfondire lasciano sullo sfondo una più ampia trattazione delle diverse ipotesi che la prassi sottopone all'interprete, come confermato dal noto intervento della Suprema Corte di Cassazione¹.

Invero, se la clausola 'per sé o per persona da nominare' viene riportata generalmente nel contratto preliminare di compravendita, non potrebbe mancare di ritrovarsi al cospetto di un contratto in cui la formulazione adoperata dalle parti non sia ad essa immediatamente riferibile, ingerando dubbi sulla stessa interpretazione dell'accordo concluso, che potrebbe veicolare anche una deviazione degli effetti a favore di terzo (art. 1411 c.c.) ovvero contemplare una cessione del contratto, con preventiva autorizzazione ai sensi dell'art. 1407 c.c.

La verifica della fenomenologia delle tecniche contrattuali adoperate nella prassi, spesso senza un'adeguata consapevolezza² delle specificità giuridiche – sia strutturali che effettuali, oltre che di disciplina in concreto applicabile –, nelle vicende quoti-

¹ Cass. 19 febbraio 1981, n. 891, per la quale in seguito nelle note per i riferimenti.

Una ricostruzione generale della problematica in R. Franco, *La circolazione del preliminare e il fenomeno della 'sostituzione soggettiva'. Profili ricostruttivi e strumenti operativi*, in AA.VV. *Circolazione del contratto preliminare*, a cura di F. Alcaro, Milano, 2011, 9 ss.

² Sul punto, in senso generale P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 2006, *passim* il quale sottolinea come "La prassi, intesa come diritto vivente contrapposto alle interpretazioni dottrinali del dato normativo, ha un significato ambiguo, prediletto dagli operatori pratici tendenti ad esaminare gli istituti fenomenologicamente senza interrogarsi sulla loro *ratio*". Specificamente, esorta ad un "uso consapevole... dei vari strumenti utilizzati per consentire l'intervento del terzo nel contratto": F. Alcaro, *La sostituzione del promissario acquirente in sede di definitivo tra nomina di terzo, attribuzione a favore di terzo, cessione del contratto*, in *La "circolazione" del contratto preliminare di alienazione di immobili*, collana *Quaderni della Fondazione italiana per il Notariato*, Milano, 2009, 10 ss., spec. 11; per una ragionata rassegna critica della problematica, G. Sicchiero, *Il contratto preliminare*, in *Effetti*, III, a cura di M. Costanza, in *Tratt. del contratto*, diretto da V. Roppo, Milano, 2006, 406 ss. e l'ampia trattazione di R. De Matteis, *La contrattazione preliminare per soggetto da determinare*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, 427 ss., nonché la sintesi di M. Pennasilico, *Profili della «contrattazione» per persona da nominare*, Napoli, 1995, 132 ss.

diane della conclusione degli affari immobiliari³ (ed in esito ad una più o meno lunga fase di trattative) e dirette a creare (e regolamentare) una ‘dissociazione’ soggettiva⁴ tra originario contraente e soggetto destinatario finale dell’acquisto del diritto sul bene (mediante una ipertrofica⁵ combinazione tra un contratto e lo schema – funzionalmente neutrale – di cui all’art. 1401 c.c.), consente all’interprete di percepire la “dilatazione strutturale e funzionale dello schema del contratto preliminare”⁶; nonché la complessità dei procedimenti strumentali al trasferimento immobiliare che, di contro, la mera inferenzialità dai referenti normativi sarebbe destinata ad occultare, astraendo dalla molteplicità di una diversità di interessi⁷ che, in quella

Cfr., altresì, R. De Matteis, *Il contratto per persona da nominare*, in *Contr. e imp.*, 1993, 534 ss., spec., 554 ss.; B. Virgilio, *Preliminare e soggettività contrattuale*, in *Giust. civ.*, 1981, 2301 ss.; nonché l’approfondita ricerca condotta da U. Morello, *Accordi e intese preliminari (un classico problema rivisitato)*, in *La casa di abitazione tra normativa vigente e prospettive*, Milano, II, 1986, 77 ss.; oltre a P. Gallo, *Trattato del contratto*, Torino, 2010, I, 461 ss., II, 1501 s., 1717 s.; A.M. Azzaro, *Il contratto per persona da nominare*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, Milano, 2009, 751 ss.

³ Con la consueta lucidità F. Galgano, *Diritto civile e commerciale*, II, 1, Padova, 1990, 238 s., il quale annota: “coloro che per professione si dedicano alle compravendite mobiliari o immobiliari fanno ampio uso dei preliminari; concludono un preliminare con il venditore e un altro preliminare, dopo averlo trovato, con il compratore; quindi fanno direttamente concludere il definitivo fra l’uno e l’altro (oppure cedono al secondo il preliminare già concluso con il primo), con la conseguenza (e l’evidente vantaggio fiscale) di non figurare né come compratore, né come venditore del bene. Nelle negoziazioni più spregiudicate si promette in vendita la cosa altrui, confidando di potersene procurare la proprietà con l’acconto ricevuto all’atto del preliminare; se la stipulazione ha successo, il residuo prezzo è tutto guadagno dello speculatore”; cfr., altresì, G. Stella, *Il contratto per persona da nominare*, in *Tratt. del contr.*, diretto da V. Roppo, I, *Formazione*, a cura di C. Granelli, Milano, 2006, 1041 ss., spec., 1062 ss.

Lo rilevava già M. Di Paolo, «*Pactum de ineunda societate*», *promessa a favore di terzo e accordo parasociale (in margine a nuove forme di utilizzazione del contratto preliminare)*, in *Foro it.*, 1977, I, 1, 967 ss. Particolare la vicenda che ha interessato la pronunzia della Cass. 16 marzo 2010, n. 6352, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 1066 ss., con nota di E. Canali, che dichiara (forse, frettolosamente o forse perché dogmaticamente orientata dalla prescelta prospettiva della natura di comunione ordinaria cui la fenomenologia della multiproprietà sarebbe riconducibile) la nullità ai sensi del combinato disposto dell’art. 1418, comma 2, e 1346 c.c. di un preliminare avente ad oggetto una quota di multiproprietà per mancanza dell’espressa sua indicazione in termini millesimali o di altro criterio idoneo a determinarla (o, quanto meno, a renderla determinabile), sebbene dal contratto medesimo emergessero, con sufficiente chiarezza, il periodo di godimento e le facoltà che in tale periodo spettavano al promissario acquirente. Si che sarebbe stato agevole dedurre da tali indicazioni la loro espressione in termini millesimali, anche mediante il raffronto con le altre porzioni di multiproprietà

⁴ La formula è volutamente generica per essere di accezione più ampia possibile, nel tentativo di riferirsi a tutte le concrete dinamiche adoperate dalla prassi e finalizzate *lato sensu* alla “circolazione” del preliminare e quindi alla sottesa fenomenologia della sostituzione soggettiva ovvero dell’ ‘espansione soggettiva esterna’ (è formula adoperata da F. Alcaro, *Implicazioni complessive e valutazioni di metodo*, in *Circolazione del contratto preliminare*, cit., 147 ss.)

⁵ S. Mazzamuto, *La «promessa di vendita» a favore di società futura*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, 565

⁶ S. Mazzamuto, *Le metamorfosi del contratto preliminare: due casi clinici*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, 587 ss.

⁷ Di “grande varietà di intenti” discute F. Anelli, *La cessione del contratto*, in *I contratti in generale*, II, a cura di E. Gabrielli, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, Torino, 1999, 1309 ss., spec., 1341 s.

data operazione commerciale, dovranno trovare dapprima componimento e poi ragionevole soddisfacimento⁸.

Il fenomeno che si intende indagare, nella sua riconosciuta ammissibilità⁹, rappresenta importante cifra interpretativa per il giurista che si voglia provare ad ordinare il magmatico evolversi della pratica della contrattazione immobiliare nell'orizzonte unitario e sistematico dell'ordinamento¹⁰, in conformità alle direttive del sistema e ad un'indagine che, nella ribadita scarsa proficuità del profilo esclusivamente strutturale, esalti il profilo funzionale-teleologico¹¹, nella ricostruzione del complessivo modello assiologico¹².

⁸ R. Franco, *La circolazione del preliminare e il fenomeno della 'sostituzione soggettiva'*, cit., 14 ss., 54 ss.

⁹ G. Gabrielli, *Contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, 415 ss., spec., 431 ss.; G. Stella, *Il contratto per persona da nominare*, cit., 1062 s., che osserva la piena compatibilità della clausola sia con il contratto preliminare che con il definitivo, senza che la mera registrazione della sua previsione sia dirimente in sede di interpretazione nella configurazione dell'uno o dell'altro contratto; B. Virgilio, *Preliminare e soggettività contrattuale*, cit., 2301. Di recente, conferma la soluzione Cass. 9 maggio 2008, n. 11561, inedita; ma già Cass. 13 gennaio 1971, n. 41, in *Foro it.*, 1971, I, 605 ss. che parimenti confermava, Cass. 11 novembre 1959, n. 3331, in *Nuovo diritto*, 1959, 449, con nota di Di Gravio. Si registrano, tuttavia, più datate incertezze, Cass. 10 aprile 1970, n. 1003, in *Giust. civ. Mass.*, 1979

¹⁰ Discute di una "domanda fondamentale e di densità dogmatica circa il riconoscimento di una modificazione o invece di una innovazione del rapporto giuridico del quale muti un elemento essenziale": F. Alcaro, *Implicazioni complessive*, cit., 147 ss.

¹¹ Lo evidenzia con puntualità, F. Alcaro, *Implicazioni complessive*, cit., 148, il quale ribadisce che lo 'scollamento' tra caso concreto e disposizione normativa, "del resto costante nel rapporto tra modello astratto e attuazione in concreto", è "qui particolarmente vistoso"

¹² La sua analisi rende avvertiti dell'impossibilità di ricorrere a mere operazioni logiche di sussunzione del fatto in astratte e precostituite fattispecie legislative (che nelle specificità indagate finanche stenterebbero a rinvenirsi), esortando il ricorso ad una puntuale competenza del lessico contrattuale che recepisca le specificità degli interessi concreti e li esprima nel valore che assumono per giuridicizzarsi, nel rinnovato circolo ermeneutico di fatto-norma-fatto, mediante la 'cifra tecnica' che per ogni singola operazione "costituisce l'essenziale irriducibile presupposto della relazione dialogica e della comunicazione fra gli operatori del diritto" (così, densamente ed acutamente, F. Alcaro, *La sostituzione del promissario acquirente*, cit., 10, 14), respingendo quelle istanze ricostruttive che si risolvessero in un mero descrittivismo, privo di adeguati referenti concettuali e dotmatici. Invero, chi volesse ad esse ricorrere si ritroverebbe, nelle immediatezze dei suoi *incipit*, a riscontrare un certo stato di insoddisfazione che, se da un lato, si coglie nella verificata incongruenza tra gli interessi che le parti intendono organizzare e la formula strumentale adoperata (idonea a veicolarli dal piano del fatto a quello del valore) e si manifesta nel rifiuto di ogni argomentazione che nell'automatismo interpretativo accrediti proposte di soluzione (G. Stella, *Il contratto per persona da nominare*, cit., 1054 ss., 1063, il quale censura una interpretazione che dal mero riscontro della presenza della riserva di nomina volesse argomentare "automaticamente" per la qualificazione del contratto in termini di preliminare anziché di definitivo) alle innumerevoli topicità che il caso concreto propone di attentamente verificare in funzione normativa, dall'altro, si percepisce nella complessità e nella diversità delle pattuizioni private che non celerebbero sofferenza, condivisa dalla giurisprudenza (bene Cass. 21 giugno 2002, n. 9079, in *Giust. civ.*, 2002, I, 3096; in *Arch. civ.*, 2003, 429, nella quale si sostiene che nel valutare se le parti abbiano concluso un contratto definitivo di compravendita o un semplice preliminare è necessario ricercare l'effettiva volontà delle parti, al di là della qualificazione da esse attribuita al contratto stesso in particolare non è incompatibile con la qualificazione del contratto di vendita come definitivo il fatto che l'acquirente si

Nella conclusione del contratto preliminare strumentale alla stipula del definitivo funzionale al trasferimento di un immobile si riscontra, in ragione della sua duttilità¹³ e con costante assiduità¹⁴, che i contraenti inseriscano, a volte quasi come vezzo di mero stile e con formulazione anodina¹⁵, una clausola con la quale il pro-

sia impegnato “per sé o per persona da nominare”, ben potendosi utilizzare un tale contratto anche nell’ambito di un negozio definitivo in quanto deve ritenersi perfezionato in tutti i suoi elementi ancor prima della nomina, poiché l’incertezza non riguarda la sua esistenza ma solo il soggetto nei cui confronti si producono gli effetti, da individuarsi con efficacia retroattiva nello stipulante in caso di mancata nomina e nella persona nominata qualora invece la nomina avvenga e sia accettata), per essere tutte ricondotte ad un’ermeneutica da pensiero unico

¹³ È osservazione comune in dottrina. Cfr., G. Bozzi, *I contratti preparatori*, in *I contratti di vendita*, a cura di D. Valentino, in *Tratt. dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, Torino, 2007, 227 ss.; di “congegni flessibili idonei ad attuare gli specifici intenti che sorreggono e accompagnano gli atti di trasferimento” discute F. Alcaro, *La sostituzione del promissario acquirente*, cit., 10. Peculiarità qualificante, quella evocata nel testo, che connota anche la vicenda del giudizio della pronuncia della recente Cass. 8 novembre 2010, n. 22653, inedita, avente ad oggetto un preliminare di compravendita immobiliare nel quale si conveniva a favore del promissario acquirente la clausola oggetto d’indagine, con facoltà (alternativa) per il medesimo di richiedere (alla controparte) la sottoscrizione di una procura (a suo favore) a vendere l’immobile oggetto del contratto a terzi. Successivamente, allorché il promissario acquirente convocò innanzi al notaio il promittente venditore per farsi rilasciare (avvalendosi della predetta facoltà) la procura a vendere, si vide opporre il rifiuto al suo rilascio (argomentato dalla intervenuta scadenza del termine per la stipula del definitivo), confermando nondimeno la disponibilità a concludere immediatamente il contratto definitivo di compravendita che, tuttavia, non fu stipulato. Nel duplice grado del giudizio di merito, se i giudici di prima istanza ebbero ad accogliere le richieste del promittente venditore nel senso della pronuncia della risoluzione per inadempimento, la Corte d’appello, ribaltò la decisione pronunciandosi per la sentenza di esecuzione in forma specifica del trasferimento immobiliare, condizionando l’immediatezza dell’efficacia reale al pagamento del prezzo. La S.C., nel confermare la pronuncia di secondo grado, si esprime nel senso della conferma dell’esecuzione in forma specifica, condannando, altresì, la venditrice al pagamento delle spese di giudizio. La vicenda, ricca di implicazioni concettuali e spunti per una più adeguata ricostruzione sistematica non disgiunta da una interpretazione teleologica che esalti nella soluzione concreta il profilo degli interessi delle parti, si mostra di particolare rilievo per il riferimento alla procura a vendere (spesso rilasciata con la modalità dell’irrevocabilità, quantomeno temporanea) alla quale la prassi fa ampio ricorso (frequentemente, ma non sempre, collegata alla stipula di un contratto preliminare) nella rappresentata prospettiva di evitare il doppio trasferimento immobiliare. In particolare, il mondo degli operatori immobiliari, spesso ricorre al conferimento di una procura dal venditore all’acquirente contro il pagamento da parte di quest’ultimo al primo dell’intero pagamento del prezzo (?) concordato per la compravendita dell’immobile che, nondimeno, non verrà (almeno tra queste parti) mai sottoscritta, indipendentemente dalle specificità del requisito della forma occorrente. La gravità dell’interrogativo pare immediatamente avvertirsi nella misura in cui riesce difficile individuare la ragione giustificativa del pagamento in denaro ricevuto dal (venditore-) conferente procura (anche perché risulterebbe agevole rilevare che un contratto di compravendita necessariamente in forma scritta non è mai intervenuto), offrendosi la possibilità di configurare, in luogo della qualificazione sanzionatoria dell’indebitto, un accordo negoziale tra le parti di cui questa costituirebbe frazione, nel quale ritrovare il fondamento causale (esterno) del pagamento del corrispettivo (impropriamente definito quale prezzo) contro il rilascio della procura

¹⁴ Sarebbe sufficiente una superficiale analisi dei formulari prestampati utilizzati dalle principali agenzie immobiliari per riscontrare che la formulazione indagata è automaticamente, quale clausola *standard*, inserita nelle parti “fisse” del documento, quasi a rappresentarne una (implicita e preventiva) comune volontà dei contraenti

¹⁵ V. Cuffaro, *Preliminare di contratto a favore di terzi e riserva di «electio amici»*, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, 1461

missario acquirente si riservi di indicare in “altro tempo” (per ora volutamente non ancora definito) il soggetto (c.d. fenomeno della sostituzione soggettiva) che poi a lui subentrerà (quale mero fenomeno di circolazione economica, di là per ora di ogni significatività giuridica che quell’attività potrebbe evocare) nella ‘posizione contrattuale’ assunta contro il promittente venditore in virtù del preliminare¹⁶.

Ovvero, potrebbe verificarsi che il soggetto si rendesse destinatario definitivo dell’effetto reale del trasferimento del bene (e non *parte* del contratto che lo produce), ingenerando una sovrapposizione concettuale tra la clausola per persona da nominare e quella a favore di terzo¹⁷ che, nella riscontrata “affinità degli strumenti”¹⁸, almeno nelle specificità delle utilizzazioni e nelle funzionalità pratiche, non rinviene tuttavia argomentazione idonea a giustificarla¹⁹.

Ovvero, ancora, la possibilità che quella clausola riconducibile all’ampio fenomeno della ‘sostituzione soggettiva’ rappresenti la manifestazione di una preventiva autorizzazione ai sensi dell’art. 1407 c.c., consentendo di accedere alla prospettiva ricostruttiva che evochi l’istituto della cessione del contratto, subentrando il cessionario, in luogo del cedente, nella medesima posizione contrattuale complessiva che quest’ultimo aveva nei confronti del promittente venditore.

ss. Eppure il fenomeno nell’articolazione delle tecniche di circolazione immobiliare ha ritrovato la sua proliferazione solo relativamente di recente, se è vero che a cavallo dell’ultimo quarto del secolo scorso si aveva ancora modo di lamentare l’assenza di approfondimenti dottrinali, anche se si registrava la presenza del dibattito in giurisprudenza da almeno un ventennio: A. Lener, *Nota*, in *Foro it.*, 1976, I, 1845 ss. Lo rileva altresì Trib. Termini Imerese 12 maggio 2006, in *Rass. dir. farm.*, 2006, 1276, ove si conclude, in esito ad un’analisi attenta alle specificità della vicenda al vaglio e di alcuni presupposti fattuali riscontrati, che la fattispecie fosse a qualificarsi come contratto preliminare a favore di terzo

¹⁶ R. Franco, *La circolazione del preliminare e il fenomeno della ‘sostituzione soggettiva’*, cit., 28 ss.

¹⁷ Per una precisa distinzione, sebbene sviluppata nel confronto dei differenti profili astratti e senza scendere nella questione indagata, tra contratto per persona da nominare e stipulazione a favore di terzo, Cass. 18 luglio 2002, n. 10403, in *Società*, 2002, 1513, con nota di V. Salafia; Cass. 17 marzo 1995, n. 3115, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 2025 ss. Per i diversi modi di intendere astrattamente (e dal punto di vista semantico) l’espressione “preliminare concluso a favore di un terzo”: R. Sacco, in R. Sacco – G. De Nova, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, Torino, II, 1993, 272

¹⁸ F. Gazzoni, *Il contratto preliminare*, cit., 632; di “contiguità” scrive G. Bozzi, *I contratti preparatori*, cit., 233; di “una tendenza a cogliere un’interferenza o un’identificazione” dei due distinti meccanismi operazionali, F. Alcaro, *La sostituzione del promissario acquirente*, cit., 12; osserva una “certa coincidenza” G. Stella, *Il contratto per persona da nominare*, cit., 1069, anche perché si derogherebbe al meccanismo sostitutorio del contratto per persona da nominare con la conseguente efficacia retroattiva; di un “assottigliamento” delle linee distintive scrive B. Virgilio, *Preliminare e soggettività contrattuale*, cit., 2301

¹⁹ Ancora, F. Gazzoni, *Il contratto preliminare*, cit., 634 il quale bene sottolinea la “profonda differenza” che corre tra le due ricostruzioni in termini di struttura giuridica (nel contratto per persona da nominare il terzo assume la qualità di parte; nel contratto cui accede la deviazione favorevole degli effetti emerge *ictu oculi* che il terzo sarà beneficiario dei vantaggi ma giammai assumerà la qualità di parte) e delle immediate conseguenze che si declinano sul piano disciplinare, in termini di azioni esperibili e delle relativa legittimazione; S. Mazzamuto, *Le metamorfosi*, cit., 587, il quale invita la dottrina al recupero del “proprio compito istituzionale di garante della razionalità della innovazione giuridica”

Invero, quell'indubbia similitudine che esse assumono, nel profilo empirico (tanto strutturale quanto funzionale), sebbene non agevolino una precipua ed immediata qualificazione "soprattutto quando questi schemi, a conferma del sottile confine che li separa, sono utilizzabili come varianti interscambiabili per il perseguimento del medesimo scopo", non dovrà tuttavia, "nella svalutazione del dato strutturale e dell'identità tipologica del meccanismo adottato"²⁰, oscurare la precisa cifra distintiva dei diversi strumenti negoziali adoperati²¹, inducendo l'interprete a censurabili sincretismi²² che restituirebbero ricostruzioni incerte ed ambigue "con conseguente complessivo disorientamento e svalutazione del valore stesso della regola ordinante"²³.

Pertanto, nel ribadire le specificità distintive che (sia in termini strutturali, di effetti e di disciplina, sia in merito alla specifica conformazione degli interessi ad esse sottesi) intercorrono tra le diverse figure²⁴ – agevolmente apprezzabili in punto di ricostruzione teorica delle fattispecie ed invero attentamente rilevate nel dibattito tra gli interpreti – si dovrà registrare che esse, nel profilo pratico-applicativo, tendono ad edulcorarsi nella congerie degli interessi delle parti, al punto da riscontrare nell'utilizzo di quella formula "una coincidenza meramente verbale"²⁵ con il modello regolamentare del contratto per persona da nominare, senza che se ne potrà dedurre, con inferenzialità automatica, la qualificazione della concreta vicenda negoziale mediante la sussunzione in quello schema negoziale.

La predicazione che ha riscosso maggior fortuna nello strumentario comune degli operatori pratici è quella racchiusa nella formula "per sé o per persona da nominare" unitamente alle più disparate varianti lessicali che essa subisce nelle tecniche contrattuali adoperate²⁶, e che tuttavia spesso, in ragione di quella automaticità di inserimen-

²⁰ F. Alcaro, *La sostituzione del promissario acquirente*, cit., 10, 13

²¹ Per una corretta analisi delle precipue distinzioni tra le figure indagate, G. Stella, *Il contratto per persona da nominare*, cit., 1062 ss., 168 ss., 1070 ss.

²² Ne critica l'atteggiamento, S. Mazzamuto, *Le metamorfosi*, cit., 598; F. Alcaro, *La sostituzione del promissario acquirente*, cit., 10, 13; F. Alcaro, *Implicazioni complessive*, cit., 148

²³ F. Alcaro, *La sostituzione del promissario acquirente*, cit., 10

²⁴ Tra gli altri, G. Stella, *Il contratto per persona da nominare*, cit., 1068 ss., per la distinzione tra contratto per persona da nominare e cessione del contratto e 1070 ss., per quella tra il primo ed il contratto a favore di terzo.

²⁵ È l'espressione di Cass. 19 febbraio 1981, n. 891, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, 1461 ss., con nota di V. Cuffaro, *Preliminare di contratto a favore di terzi*, cit.; in *Giust. civ.*, 1981, I, 2295, con nota di B. Virgilio, *Preliminare e soggettività contrattuale*, cit.; in *Foro it.*, 1981, I, 1614 ss., con nota critica di G. Sforza: "la motivazione non in tutto da approvare, giacché il suo andamento ha più di uno «scarroccio» dalla rotta", cogliendo altresì l'*impasse* in cui incorre la corte nel richiamarsi, impropriamente, alle tesi del negozio astratto (inammissibile nel nostro ordinamento) per chiudere ogni possibilità al contratto preliminare con definitivo a favore di terzo; Cass. 6 marzo 1995, n. 2570, in *Mass. Giur. it.*, 1995, ove si conferma che la qualificazione giuridica della fattispecie concreta, dalla quale poi dedurre la relativa disciplina, dovrà avvenire in costante riferimento al contenuto effettivo della volontà dei contraenti oggettivata nell'accordo contrattuale

²⁶ R. Braccini, *Contratto per persona da nominare*, II, *Diritto tributario*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, 1

to, contribuisce a rendere difficoltosa – salvo qualche isolata certezza²⁷ – la sua stessa interpretazione alla luce del concreto statuto normativo privato che i contraenti si sono dati, nella riconduzione alle “figure ordinanti della dinamica circolatoria”²⁸.

L’analisi di vicende giurisprudenziali, se, per un verso, ne accredita la ricorrente generica funzionalità nell’indeterminatezza originaria di una delle parti e nell’alternatività potenziale degli effetti contrattuali tra i contraenti originari o tra uno di essi e un terzo²⁹, dall’altro, riesce a mettere in adeguato rilievo che, alla costante lessicale di quella formula, corrispondono differenti interessi e diverse volontà dei contraenti che, nel riscontro del caso concreto, devono ritrovare il loro ponderato apprezzamento, interpretazione e bilanciamento nel ricondursi ai corrispondenti (ed astratti) modelli regolamentari: dal contratto per persona da nominare allo schema della contrattazione a favore di terzo, passando per la vicenda della cessione del contratto, in esito ad un’attenta verifica dei risultati che le parti avrebbero inteso raggiungere con quella clausola³⁰.

Le difficoltà di ricostruzioni unitarie, nella persistente equivocità della qualificazione della posizione del terzo, non tardano, pertanto, ad emergere anche nella giurisprudenza che, tuttavia (quasi ontologicamente si direbbe), si mostra particolarmente sensibile alle peculiari articolazioni delle vicende concrete e, quindi, mag-

²⁷ M. Bernardini, *Il preliminare di vendita immobiliare e la sua «circolazione»*, in *Contr. imp.*, 1991, 687 ss., spec., 716 (ora, anche, con il titolo *La circolazione del contratto preliminare*, in *Contratti del commercio, dell’industria e del mercato finanziario*, diretto da F. Galgano, I, Torino, 1995, 131 ss.) secondo il quale “la clausola per persona da nominare, inserita nel contratto preliminare, non può avere altro significato che quello di una espressa e preventiva adesione del promittente venditore alla cessione, da parte del promissario acquirente, del preliminare stesso, o meglio del credito al trasferimento dell’immobile – c.d. *jus ad rem* – che ne forma oggetto”

²⁸ F. Alcaro, *La sostituzione del promissario acquirente*, cit., 10

²⁹ G. Bozzi, *I contratti preparatori*, cit., 228; sul punto altresì, N. Visalli, *Contratto per persona da nominare e preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, 361 ss., spec. 399 s., ove si accede ad una proposta ricostruttiva che sia diretta a distinguere i preliminari c.dd. aperti dai preliminari c.dd. chiusi ricavandone, quelle implicazioni operative, che in questi ultimi (anche laddove il pagamento del prezzo fosse già intervenuto) il mutamento del destinatario degli effetti si potrà ricondurre ad una cessione del contratto ovvero in un nuovo contratto successivo al primo, con esclusione di ogni profilo circolatorio; nei primi, invece, queste figure sarebbero da escludersi

³⁰ G. Stella, *Il contratto per persona da nominare*, cit., 1063 s.; Cass. 25 settembre 2002, n. 13923, in *Dir. giust.*, 2002, 39, 25, con nota di Genna: in un contratto preliminare di compravendita immobiliare, la clausola che prevede che il promissario acquirente acquisti per sé o per persona da nominare può comportare la configurabilità sia della cessione del contratto ai sensi dell’art. 1406 e ss. c.c., con il preventivo consenso della cessione a norma dell’art. 1407 stesso codice, sia di un contratto per persona da nominare di cui all’art. 1401 c.c., e ciò sia in ordine al preliminare che con riferimento al contratto definitivo. Tale pluralità di configurazioni giuridiche va pertanto riferita al contenuto effettivo della volontà delle parti contraenti, che l’interprete deve ricercare in concreto. Detto accertamento costituisce una valutazione di fatto rimessa al giudice del merito e, pertanto, è incensurabile in sede di legittimità se condotto correttamente alla stregua dei criteri ermeneutici dettati dagli art. 1362 e ss. c.c. e sorretto da motivazione congrua ed immune da vizi logico-giuridici che si adegua alla nota sentenza Cass. 13 febbraio 1981, cit.; Cass. 22 marzo 2006, cit.

giormente flessibile nel richiamo alle figure giuridiche idonee a sistematizzare la materia indagata; pur non celando “qualche ambiguità”³¹ o mancanza di “linearità”³² che, se puntualmente colte in dottrina, accreditano le istanze – avvertite sul piano generale dalla più accorta civilistica – di rifuggire da ricostruzioni astratte e schematiche per concedere l’adeguato rilievo agli interessi che animano e si confrontano nelle concretezze dell’esperienza.

E in questa rinvenire, nella prospettiva dell’effettività e della legittimazione dell’azione giuridica, i criteri ordinanti per la funzionalizzazione degli istituti giuridici di riferimento.

Disagio interpretativo³³ che si apprezza nelle formulazioni giurisprudenziali che ora³⁴ convergono con una compatibilità della clausola per persona da nominare sia con il contratto definitivo sia con il contratto preliminare finanche considerando “più congeniale”³⁵ quella con questo nelle ipotesi in cui la riserva venga sciolta alla stipula del definitivo; ora³⁶ con risultati del tutto opposti, affermando che in materia di contratto per persona da nominare, la dichiarazione di nomina ha la sola funzione di far acquistare al terzo gli stessi diritti e di fargli assumere gli stessi obblighi derivanti dal contratto concluso dal designante, e ciò con effetto dalla conclusione di quest’ultimo contratto, con la conseguenza che tale dichiarazione non potrà ritenersi compatibile con altro contratto, fonte di diritti ed obblighi autonomi, tra l’originario promittente venditore ed il terzo; ora³⁷ rinvenendo in questa peculiarità

³¹ G. Bozzi, *I contratti preparatori*, cit., 229

³² R. Caravaglios, *Il contratto per persona da nominare*, in *Cod. civ. Comm.*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2012, 130, al quale si rinvia anche per i numerosi richiami giurisprudenziali in riferimento all’intera questione qui indagata

³³ Lo rileva F. Alcaro, *La sostituzione del promissario acquirente*, cit., 13

³⁴ Cass. 25 settembre 2002, n. 13923, in *Giust. civ.*, 2003, I, 2491; in *Dir. giur.*, 2002, 39, 25; in *Arch. civ.*, 2003, 800; Cass. 6 marzo 1995, 2570, cit.

³⁵ Cass. 9 maggio 2008, n. 11561, cit.; Cass. 21 giugno 2002, n. 9079, in *I contratti*, 2002, 990: entrambe concludono nel senso indicato, nondimeno se alla prima pronuncia l’argomentazione è strumentale a ribadire che per la figura specificamente indagata trattavasi di preliminare, nella seconda sentenza viene utilizzata per affermare la sua non esclusività e tassatività, con la conseguenza che la clausola “per sé o per persona da nominare” è compatibile anche con la struttura di un contratto definitivo

³⁶ Cass. 2 febbraio 1994, n. 1023, in *I contratti*, 1994, 259 ss.; in *Giust. civ.*, 1994, I, 1517 ss.; Cass. 21 febbraio 1991, n. 1859, in *Mass. Giur. it.*, 1991; Cass., S.U., 8 novembre 1983, n. 6587, in *Foro it.*, 1984, I, 463; in *Riv. not.*, 1984, 887, ove si legge che “con riguardo ad un preliminare, la ricorrenza di un contratto per persona da nominare, ai sensi ed agli effetti degli artt. 1401-1405 c. c., non è ravvisabile quando la riserva di nomina di un terzo venga riferita non allo stesso preliminare, in relazione ai diritti ed obblighi da esso nascenti, ma al contratto definitivo che le parti stesse si impegnano a stipulare”; Trib. Latina 7 luglio 1988, in *Nuovo dir.*, 1989, 1135; D. Memmo, *Commento art. 1401*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da P. Cendon, IV*, Torino, 1999, 699

³⁷ Cass. 7 marzo 2002, n. 3328, *I contratti*, 2002, 817, che provvede a qualificare indistintamente come preliminare per persona da nominare sia se la riserva di nomina è riferita al medesimo contratto sia se è riferita al contratto definitivo, non mancando di aggiungere che in quest’ultima ipotesi, non verificandosi una so-

operativa la riconducibilità del fenomeno al contratto a favore del terzo (acquirente definitivo), a cui vantaggio opera il diritto alla prestazione del consenso; ora³⁸, ancora, individuando il criterio distintivo tra le due figure nella determinatezza o determinabilità del terzo, sì che se il riferimento a quest'ultimo non avvenisse in base a quei parametri, il contratto sarebbe a qualificarsi senz'altro per persona da nominare e non a favore di terzo; ora³⁹, infine, pur senza contrastare tali conclusioni, ampliando ancor più le variabili interpretative, riferendosi alla cessione del contratto e rappresentandosi l'adesione del promittente/promissario (*id est*: contraente ceduto) al contratto contenente la formula per persona da nominare quale consenso anticipato alla cessione ai sensi dell'art. 1407 c.c.

Ricostruzioni che, inevitabilmente conformate dall'articolazione della concreta vicenda sottoposta a giudizio, parrebbero rinvenire nella sufficientemente certa distinzione teorica delle diverse figure normative idoneo criterio di selezione ai fini della concreta disciplina applicabile. Sì che, se nelle ipotesi riconducibili alla contrattazione per persona da nominare ed a quella a favore di terzo si potrà condividere la decorrenza degli effetti in capo al "beneficiario" con efficacia *ex tunc*, e quindi fin dall'inizio nella sfera patrimoniale del terzo, nelle fattispecie configurabili come cessione del contratto si potrà accedere all'efficacia *ex nunc* rilevando icasticamente il fenomeno sostitutorio⁴⁰, che si risolverebbe – in ultima analisi – nel "trasferimento del diritto a contrarre"⁴¹.

stituzione soggettiva nel preliminare, si potrebbe prefigurare la nascita di un diritto in capo al soggetto designato ad ottenere direttamente la prestazione del consenso, propendendo per la qualificazione in termini di contratto a favore di terzo; App. Cagliari 6 giugno 1997, in *Riv. giur. sarda*, 1998, 46 ss. ove si afferma che in caso di contratto preliminare di vendita, in cui il promissario si è riservato la facoltà di nominare altra persona come acquirente in sede di stipulazione del contratto definitivo, non è configurabile un contratto per persona da nominare. È configurabile, invece, un contratto preliminare a favore di terzo, in virtù della facoltà di designazione concessa al promissario, da esercitarsi solo al momento della stipulazione del contratto definitivo e dell'attribuzione al terzo del diritto (e non anche dell'obbligo) alla stipulazione del contratto definitivo nei confronti del promettente. In senso critico su questa pronuncia F. Alcaro, *Implicazioni complessive*, cit., 151, che sottolinea l'assenza di "uno spiccato rigore ricostruttivo"

³⁸ Cass. 18 luglio 2002, n. 10403, in *Società*, 1513, con nota di V. Salafia; in dottrina aderisce, G. Sicchiero, *Il contratto preliminare*, cit., 408 s.

³⁹ Cass. 25 settembre 2002, n. 13923, cit.; Cass. 5 febbraio 2001, n. 1597, in *Giur. it.*, 2002, 1402 ss. Nega, invece, che la clausola possa risolversi in un preventivo assenso alla cessione del contratto Trib. Verona 25 giugno 1987, in *Giur. it.*, 1988, I, 2, 446 ss., con nota di A. Barba, *In tema di successiva intestazione formale dell'immobile e di cessione del contratto*, in *Giur. it.*, I, 2, 446 ss.

⁴⁰ F. Alcaro, *La sostituzione del promissario acquirente*, cit., 11, parla di "fenomeno di successione a livello di fonte del rapporto ... con conseguente riferimento alla titolarità dei poteri dispositivi del cessionario ... quindi con effetti *ex nunc*"; bene sul punto, G. Stella, *Il contratto per persona da nominare*, cit., 1069; cenni anche in F. Gazzoni, *Contratto per persona da nominare*, in *Enc. giur. Treccani*, IX, Roma, 1988, 3; A. Albanese, *Cessione del contratto*, in *Cod. civ. comm.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, diretto da F. Galgano, Bologna-Roma, 2008, 195 ss.

⁴¹ F. Gazzoni, *Il contratto preliminare*, cit., 635

Si dovrà procedere, come autorevolmente ribadito dalla giurisprudenza di legittimità⁴² (che ha cassato con rinvio, per difetto di motivazione, la sentenza dei giudici d'appello ai quali si imputava la mancata verifica specifica della reale volontà dei contraenti sintetizzata nella "ambigua" formula per persona da nominare), all'indagine concreta degli interessi coinvolti nelle specifiche articolazioni delle contrattazioni private che, con il ricorso alla (accreditata, ma ancora da verificare) neutralità di quella clausola, potrebbero riferirsi ad un contratto per persona da nominare, ad un contratto a favore di terzo ovvero ad un consenso anticipato del promittente venditore alla cessione del contratto o, ancora, ad una promessa del fatto del terzo⁴³, nel senso che il promissario acquirente assuma, nei confronti dell'altro contraente, altresì la qualità di promittente del fatto del terzo⁴⁴, consistente nella stipula del definitivo.

Si dovrà⁴⁵ – in esito ad una sufficientemente attenta interpretazione della pattuizione privata – verificare ora se si è al cospetto di un preliminare per persona da

⁴² Cass. 13 febbraio 1981, n. 891, cit., poi confermata da Cass. 21 giugno 2002, n. 9079, in *I contratti*, 2002, 990, ove si ha modo di affermare che nel valutare se le parti abbiano concluso un contratto definitivo di compravendita o un semplice preliminare è necessario ricercare l'effettiva volontà delle parti, al di là della qualificazione da esse attribuita al contratto stesso. In particolare, non è incompatibile con la qualificazione del contratto di vendita come definitivo il fatto che l'acquirente si sia impegnato "per sé o per persona da nominare", né il fatto che l'alienante si sia impegnato a fornire la prova della proprietà dell'immobile solo al momento della stipula notarile, e neppure l'inclusione nel contratto di una caparra confirmatoria, in quanto essa, anche se più congeniale al contratto preliminare, è compatibile anche con la struttura del contratto definitivo, qualora non vi sia contemporaneità tra la conclusione del contratto e la completa esecuzione degli obblighi che da esso derivano; Cass. 23 luglio 1994, n. 6885, in *I contratti*, 1995, 18, nel precisarsi che il contratto per persona da nominare si perfeziona in tutti i suoi elementi prima della dichiarazione di nomina dell'eligendo, la quale ha solo l'effetto di far acquistare *ex tunc* all'eletto la qualifica di soggetto negoziale, nonchè tutti i relativi diritti ed obbligazioni, lascia discendere che la riserva di nomina del contraente non vale a configurare da sola un contratto preliminare, costituendo quella prevista dall'art. 1401 c.c. una figura riconosciuta in termini generali, individuabile sia per i contratti preliminari sia per quelli definitivi

⁴³ Per questa tesi, A. Lener, *Nota*, cit., 1848

⁴⁴ Per la figura di cui all'art. 1381 c.c., cfr. la lucida ricostruzione di F. Alcaro, voce *Promessa del fatto del terzo*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 70 ss.; nonchè in Id., *Esecuzione dei contratti*, in *Tratt. dir. civ. del Cons. Naz. Not.*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2011, 401 ss. Inevitabile, sulla ricostruzione in generale della figura, la lettura del denso – e spesso colpevolmente non ricordato – lavoro di E. Briganti, *Fideiussione e promessa del fatto altrui*, Napoli, 1981, *passim*, 84 ss., anche per le necessarie riflessioni tra i punti di incidenza di essa con la contigua figura della fideiussione

⁴⁵ F. Alcaro, *La sostituzione del promissario acquirente*, cit., 10, 14; in questo senso con chiarezza anche R. Caravaglios, *Il contratto per persona da nominare*, cit., 128 s.; G. Stella, *Il contratto per persona da nominare*, cit., 1064, ove si precisa (1066) che la questione si svolge anche con riferimento al termine entro il quale la dichiarazione di nomina deve essere compiuta: tre giorni (quale termine fiscale) se essa inerisce ad un definitivo; più ampio – fino alla stipula del definitivo ovvero al passaggio in giudicato della sentenza costitutiva di cui all'art. 2932 c.c. – se essa è accessoria ad un contratto preliminare; A. Lener, *Nota*, cit., 1847 s.; B. Virgilio, *Preliminare e soggettività contrattuale*, cit., 2301. Cfr., in merito, anche M. Graziadei, *Contratto per persona da nominare in diritto comparato*, in *Dig. disc. priv. – sez. civ.*, IV, Torino, 1989, 262 s. Qualche

nominare (sì che il riferimento al definitivo si potrà spiegare in senso temporale, quale momento ultimo per la nomina) ovvero di un preliminare con definitivo per persona da nominare⁴⁶; ora se si tratta di un contratto preliminare a favore di terzo ovvero di un contratto preliminare con definitivo a favore di terzo; ora, infine, per le consequenzialità di disciplina, accertare se con quella clausola le parti non avessero inteso riferirsi alla cessione del contratto, salvo poi stabilire se questa cessione abbia per oggetto il preliminare ovvero il definitivo (*rectius*: la posizione contrattuale ovvero le situazioni giuridiche soggettive che in termini effettuali a quelli alternativamente si riconducono).

Ove all'accertamento della complessa articolazione della contrattazione si giungesse alla configurazione di una vicenda riconducibile al modello di disciplina della cessione del contratto⁴⁷, rappresentandosi un fenomeno sostitutorio e circolatorio in senso tecnico e, dunque, successorio⁴⁸ "a livello di fonte del rapporto"⁴⁹, si dovrà – qualora si ritenessero superabili i dubbi espressi circa la cedibilità di contratti ad ef-

dubbio si ritrova nella ricostruzione di A. Alabiso, *Il contratto preliminare*, Milano, 1966, 52, nota 11, come segnalato da A. Lener, *op. loc. ult. citt.*

⁴⁶ Ipotesi che, per quanto teoricamente ammissibile, non è mai assurta agli onori della cronaca giurisprudenziale che mai, a quanto consta, si è occupata della vicenda, come già rilevava A. Lener, *Nota*, cit., 1848 e conferma B. Virgilio, *Preliminare e soggettività contrattuale*, cit., 2301-2302

⁴⁷ La cui piena ammissibilità è ribadita da Cass. 5 febbraio 2001, n. 1597, in *Giur. it.*, 2002, 1402 ss., con nota di R. Zuccaro, *La clausola «per sé o per persona da nominare»*, cit.; in merito, R. De Matteis, *La contrattazione preliminare*, cit., 433. Sul punto Trib. Palermo 5 aprile 2006, in *Corr. mer.*, 2006, 1116, ove si afferma che nell'ipotesi di contratto preliminare al quale è apposta la clausola "per sé o per persona da nominare" nel quale il promissario viene autorizzato a designare un terzo alla stipula del definitivo, configura una cessione del contratto, con la conseguenza che il terzo cessionario non sarà legittimato attivamente all'esercizio dell'azione di esecuzione in forma specifica ai sensi dell'art. 2932 c.c.

⁴⁸ È bene, nondimeno precisare, ad evitare fraintendimenti dogmatici e concettuali che i fenomeni circolatorio (e del trasferimento) e successorio non sono sovrapponibili, ma solo parzialmente coincidenti, nella vicenda ulteriormente complicata dall'intersezione del fenomeno della novazione. La questione trova il suo terreno fertile di indagine nei pregevoli studi sull'accollo e sulle eccezioni che l'accollante (oltre a quelle relative al rapporto di provvista) può opporre all'accollatario in riferimento al sottostante rapporto di valuta, nel rapporto che tra esse si genera ai fini della verifica della ricorrenza della successione nel debito. Sul tema inevitabile la lettura di R. Nicolò, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, 275-277-288, il quale argomenta che solo ad assumere che il negozio di assunzione del debito altrui produca l'effetto neutro della sostituzione di un debitore ad un altro, si potrebbe concludere nel senso della successione nel debito, configurandosi nondimeno un negozio astratto; R. Cicala, *Accollo*, in Id., *Saggi, sull'obbligazione e le sue vicende*, Napoli, 1990, 110 ss., il quale rivede la posizione espressa in Id., voce *Accollo*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 188, ove si concludeva nel senso dell'insuperabilità dell'obiezione sollevata da R. Nicolò, per giungere a sostenere la piena compatibilità tra la causalità dell'accollo e la successione (cumulativa o sostitutiva) particolare nel debito (114). Con la dovizia del maestro sottolinea la distinzione tra successione e trasferimento S. Pugliatti, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935, 107 ss.

⁴⁹ Così Salv. Romano, *Vendita. Contratto estimatorio*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da G. Grosso e F. Santoro Passarelli, Milano, 1960, 47; aderisce, F. Alcaro, *Implicazioni complessive e valutazioni di metodo*, cit., 147 ss.; non si può tuttavia sottacere che, sia pure nella comune convinzione dell'attuazione del fenomeno sostitutorio, sia ancora oggetto di ampio dibattito il 'dove' il medesimo si esprima, tra fonte e rapporto, tra precet-

fetti traslativi già verificatisi⁵⁰ – pur sempre accertare se essa abbia ad oggetto la “posizione contrattuale”⁵¹ che si origina dal contratto preliminare ovvero dal definitivo, poiché se nella prima si avrà (per opinione dominante) la circolazione di quella, nella seconda si assisterà, più rigorosamente, ad un trasferimento di diritti, assoggettabile alla doppia imposizione fiscale se effettuata oltre i termini sopra richiamati⁵².

2. La questione della trascrizione

Non si può, a questo punto, ulteriormente indugiare in merito alle intersezioni tra le divise questioni e la trascrizione del contratto preliminare⁵³ ai fini della verifica delle reazioni tra la *circolazione soggettiva* del preliminare e l’opponibilità conseguita mediante la pubblicità immobiliare (ad effetti dichiarativi⁵⁴) del contratto, ai sensi dell’art. 2645-*bis*, poiché quella particolare efficacia del titolo potrà svolgersi soltanto in esito alla verifica dei rapporti di collegamento (sia soggettivi sia oggettivi⁵⁵) tra preliminare e definitivo, respingendosi qualsiasi conclusione che avesse a prefigurare un rischio per quella trascrizione nelle ipotesi di modificazione soggettiva, con la diversità di efficacia *ex tunc*⁵⁶ o *ex nunc* in dipendenza della diversa ricostruzione cui si intende accedere.

to e regola, tra contratto e regolamento, sebbene si precisi, da altra prospettiva, che esso si accrediti nelle situazioni giuridiche soggettive che da essi originano.

⁵⁰ Si esprimono negativamente F. Gazzoni, *Il contratto preliminare*, cit., 637; R. Clarizia, *La cessione del contratto*, in *Cod. civ. comm.*, diretto da P. Schlesinger e diretto da F. D. Busnelli, Milano, 2005, 21 ss. Nel senso di un ridimensionamento di questi dubbi e per un atteggiamento diretto a non sopravvalutare la lettera della legge, F. Alcaro, *La sostituzione del promissario acquirente*, cit., 11

⁵¹ Si intende, peraltro, qui richiamare le autorevoli e dense riflessioni di un compianto maestro, R. Cicala, *Cessione del contratto*, in *Saggi*, cit., 165 ss., ove la ricostruzione puntuale e convincente che l’oggetto del negozio di cessione del contratto non potrà mai essere individuato nella “complessiva posizione contrattuale”, bensì in “soltanto crediti e debiti” poiché esso “è semplicemente negozio di cessione dei crediti e di assunzione dei debiti corrispettivi”, al quale si rinvia per le critiche alle diverse teoriche avanzate

⁵² Distinzione ben avvertita anche in giurisprudenza, Cass. 13 febbraio 1981, cit., la quale esclude che il fenomeno della sostituzione soggettiva – e dunque della circolazione del preliminare in senso tecnico – in quelle ipotesi in cui la clausola per persona da nominare è predisposta (nel più ampio orizzonte dello statuto negoziale) con modalità tali da consentirne l’operatività con diretto riferimento non già al contratto al quale è apposta bensì con efficacia immediata al contratto definitivo

⁵³ Per tutti, F. Gazzoni, *La trascrizione immobiliare*, in *Cod. civ. comm.*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1998, 742 ss.; una sintesi in A. Zaccaria-S. Troiano, *La pubblicità del contratto preliminare*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, IV, *Attuazione e tutela dei diritti*, II, *L’attuazione dei diritti*, Milano, 2009, 59 ss. Primi riflessioni, in F. Alcaro, *Note in tema di trascrizione del preliminare*, in *Vita not.*, 1997, 669 ss., e A. Luminoso-G. Palermo, *La trascrizione del contratto preliminare*, cit., *passim*

⁵⁴ E non ad effetti *prenotativi* così come ritiene la prevalente opinione

⁵⁵ Il profilo della coincidenza *oggettiva* tra contratto preliminare e definitivo non può qui ricevere trattazione

⁵⁶ Particolarmente ardua si è dimostrata la ricostruzione della vicenda nelle ipotesi del contratto per persona da nominare allorché si dovrà coniugare la strutturale retroattività degli effetti della dichiarazione di nomina con l’intrinseca irretroattività dell’effettuazione della formalità di trascrizione

Con riferimento al contratto preliminare con **la clausola per persona da nominare** (trascritto a favore dello stipulante con la necessaria⁵⁷ menzione della riserva di nomina⁵⁸) – ribadita la sua trascrivibilità e che la pubblicità della dichiarazione di nomina sarà necessaria per consentire al nominato di poter beneficiare degli effetti della trascrizione del preliminare⁵⁹ – si dovrà acquisire che, quale corollario dell'efficacia *ex tunc* della dichiarazione di nomina ed *ex nunc* della trascrizione⁶⁰, la composizione di eventuali conflitti tra una pluralità di nominati (ovvero tra il nominato e lo stipulante e/o suoi aventi causa) ritroverà quel medesimo dibattito che permane tra il ricondurre alla dichiarazione di nomina la funzione propria della trascrizione⁶¹, curata ai fini dell'opponibilità per dirimere i prefigurati conflitti (anche argomentando dalla lettera dell'art. 1403, comma 2, che prevede la trascrizione “agli stessi effetti” per i quali è prescritta la trascrizione del contratto), ovvero dell'annotazione⁶², utile ai soli fini della

⁵⁷ Alla mancanza, la parte interessata potrebbe sopperire – nel sopraggiungere di un accordo diretto ad inserire nella stipulazione privata la clausola in oggetto – mediante la dichiarazione e la sua trascrizione nei termini di efficacia della trascrizione (già avvenuta) del preliminare e così renderla opponibile agli aventi causa dal promittente; ma si vedrebbe costretta a soccombere nei confronti di eventuali aventi causa dallo stipulante che avessero trascritto o iscritto contro di lui prima della dichiarazione di nomina.

Per F. Gazzoni, *La trascrizione immobiliare*, cit., 377 s. vi è solo l'opportunità della predetta menzione.

Nondimeno, la predetta trascrizione si rende ora necessaria (contro lo stipulante ed a favore del nominato), in seguito alla trascrivibilità del preliminare, per creare quel collegamento soggettivo indispensabile tra il primo contratto e il definitivo per poter beneficiare dei vantaggi dell'intervenuta pubblicità immobiliare; nel senso di spiegare la necessità in termini di onere, G. Gabrielli, *La pubblicità immobiliare del contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, 529 ss., spec., 541-542; Id., *L'efficacia prenotativa della trascrizione del contratto preliminare*, cit., 462; G. Cian, *La trascrivibilità del preliminare (ex art. 3 d.l. 31 dicembre 1996, n. 669)*, in *Studium iuris*, 1997, 216

⁵⁸ Nomina che dovrà avvenire “entro il termine previsto per l'esecuzione della trascrizione prenotata”: G. Gabrielli, *L'efficacia prenotativa della trascrizione del contratto preliminare*, cit., 462

Nei profili applicativi si potrebbe suggerire di far ricorso, nel quadro “A” alla evidenziazione della casella relativa alla condizione e precisare nel quadro “D” che trattasi di una clausola per persona da nominare. Conforme, P. Gallo, *Trattato del contratto*, cit., 1508

⁵⁹ G. Cian, *La trascrivibilità del preliminare*, cit., 216; F. Gazzoni, *La trascrizione immobiliare*, cit., 742; A. Luminoso (e G. Palermo), *La trascrizione del contratto preliminare*, cit., 26, 35 s.; G. Gabrielli, *L'efficacia prenotativa della trascrizione del contratto preliminare*, cit., 461 ss.

⁶⁰ L'art. 1403, comma 2, prevede la trascrizione della dichiarazione di nomina “agli stessi effetti” per i quali è stabilita la trascrizione del contratto

⁶¹ Così, L. Ferri (e P. Zanelli), *Della trascrizione immobiliare*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1995, 103 che però discute, con riferimento all'efficacia della dichiarazione di nomina, di “retroattività meramente obbligatoria” e non reale, ipotizzando una ricostruzione che si fondi su due distinti trasferimenti di proprietà. Nello stesso senso, in base alla medesima argomentazione volta a conciliare gli effetti retroattivi della dichiarazione di nomina ai sensi dell'art. 1404 c.c. ed i normali effetti dichiarativi (cd. opponibilità) dello strumento della trascrizione, G. Gabrielli, *La pubblicità immobiliare del contratto preliminare*, cit., 540 s.; Id., *L'efficacia prenotativa della trascrizione del contratto preliminare*, in *Studium iuris*, 1997, 461; A. Luminoso (e G. Palermo), *La trascrizione del contratto preliminare*, cit., 35 s.

⁶² F. Gazzoni, *Profili della riserva di nomina del contraente*, in *Giur. comm.*, 1982, 229 ss., spec. 242 ss. per gli

continuità delle trascrizioni, pur precisandosi che la modalità con la quale andrà curata sarà sempre quella della trascrizione.

In quest'ultima prospettiva, i menzionati conflitti non potranno risolversi alla stregua della priorità della trascrizione della dichiarazione di nomina, sì che quello tra promittente alienante (ed aventi causa) e soggetto nominato si risolveranno alla luce dei criteri di diritto sostanziale e, dunque, sul fondamento della regola dell'avvenuta comunicazione che determina conoscenza. In altro giro di parole, i potenziali conflitti tra lo stipulante ed il terzo ovvero tra una pluralità di nominati, assumeranno a paradigma di composizione il ricorso ai principi generali, per cui tra più dichiarazioni di nomina non prevarrà quella trascritta per prima ma quella che per prima sarà stata notificata alla controparte⁶³.

Il dibattito, anche a seguito dell'espressa previsione della formalità della trascrizione, rimane aperto sulle modalità mediante le quali procedere alla trascrizione dell'avvenuta dichiarazione di nomina. Se cioè essa – registrandosi l'assenza di un trasferimento di diritti ad essa causalmente riconducibile, strumentale com'è all'individuazione soggettiva del destinatario (escludendo lo stipulante e identificando il terzo) degli effetti contrattuali – avverrà con un'autonoma trascrizione⁶⁴, sebbene con funzione di annotazione⁶⁵, contro il promittente venditore ed a favore del nominato, svolgendo altresì la funzione di automatica risoluzione della precedente trascrizione con sostituzione della seconda alla prima (salvo che la riserva non venga sciolta in sede di contratto definitivo, poiché in questa ipotesi essa sarebbe trascritta unitamente a quest'ultimo), nella permanenza dell'ordine precedente. Ovvero con lo strumento dell'annotazione, per salvaguardare gli effetti *ex tunc*, ridimensionandone la funzione e attribuendole il ruolo di poter offrire una “maggior completezza possibile ai registri immobiliari”⁶⁶.

Nell'ipotesi di **contratto preliminare a favore di terzo**⁶⁷, acquisita la necessità di trascrivere (come accadrebbe nella vicenda di un definitivo stipulato con la clausola di

opportuni approfondimenti; Id., *La trascrizione immobiliare*, cit., 371 ss., 742. Parrebbe aderire, P. Gallo, *Trattato del contratto*, cit., 1508

⁶³ F. Gazzoni, *Profili della riserva di nomina*, cit., 243 s: ove si elegge a criterio risolutore dei conflitti tra più nominati quello della priorità della notifica della propria accettazione allo stipulante, “salva l'ipotesi di cd. procura anteriore, perché allora varrà la priorità della notifica della nomina al promittente” (F. Gazzoni, *La trascrizione immobiliare*, cit., 377); G. Mariconda, *La trascrizione*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, Torino, XIX, 1985, 91

⁶⁴ G. Gabrielli, *La pubblicità immobiliare del contratto preliminare*, in *I contratti in generale*, a cura di G. Alpa e M. Bessone, *Aggiornamento*, III, Torino, 1999, 1846 ss.

⁶⁵ F. Gazzoni, *La trascrizione immobiliare*, cit., 374 s., secondo il cui autorevole pensiero “questa è l'unica soluzione che permetta, da un lato, di dar conto della retroattività degli effetti della dichiarazione di nomina e, dall'altro, di evitare l'ostacolo costituito dall'assenza di vicende circolatorie”; R. Caravaglios, *Il contratto per persona da nominare*, cit., 216

⁶⁶ G. Mariconda, *La trascrizione*, cit., 91

⁶⁷ Anche per questa vicenda il rinvio è d'obbligo a F. Gazzoni, *La trascrizione immobiliare*, cit., 356 ss., 744 s.,

deviazione degli effetti) direttamente a favore del beneficiario (l'acquisto è immediato, salvo rifiuto) sebbene questo non sia parte del contratto anche ai fini di evitare una divergenza soggettiva tra i due contratti, si dovrà registrare che le principali questioni si propongono con riferimento all'ipotesi in cui lo stipulante si sia riservato il diritto di designare successivamente il terzo beneficiario ovvero nelle ipotesi in cui questo non sia determinato, ma (solo) determinabile in base a criteri oggettivi. Al cospetto di questa fattispecie, la trascrizione potrebbe effettuarsi a favore dello stipulante, con l'espressa menzione della clausola a favore del terzo che si completerebbe una volta che il beneficiario fosse individuato con l'annotazione a margine dell'atto di designazione per rendere coerente la prospettata divergenza soggettiva, accreditandosi da altri⁶⁸, altresì, la necessità di procedere alla trascrizione (anche) della menzionata designazione del terzo.

3. L'ipotesi della cessione del contratto preliminare trascritto ed il regime dell'opponibilità

Se per il preliminare al quale è apposta la clausola 'sostitutiva', si addivenisse, in esito al procedimento interpretativo dell'assetto negoziale, alla configurazione di un'ipotesi di **cessione del contratto**⁶⁹ ovvero le parti avessero espressamente convenuto di procedere ad una cessione del contratto preliminare⁷⁰, l'operazione di ricostruzione della disciplina del preliminare e della trascrizione ha registrato alcuni dubbi circa la possibilità di avvalersi dell'effetto (dichiarativo o, in altre impostazioni, prenotativo) del grado della (precedente) trascrizione del preliminare curata a favore del promissario acquirente-cedente.

Non occorrerà necessariamente confermare e continuare a condividere l'ammissibilità della trascrizione della cessione del contratto avente ad oggetto diritti immobiliari⁷¹; la questione è stata da sempre intersecata con quella relativa alla stessa am-

ove la approfondita analisi delle vicende relative all'acquisto del diritto tra stipulante e terzo ed i relativi conflitti estesi altresì al promittente ed ai suoi aventi causa

⁶⁸ A. Luminoso (e G. Palermo), *La trascrizione del contratto preliminare*, cit., 34-35

⁶⁹ Sul punto sia consentito il rinvio a R. Franco, *La cessione del contratto preliminare*, in *Circolazione del contratto preliminare*, cit., 107 ss.

⁷⁰ In seguito al magistrale contributo di G. Gorla, *Problemi della cedibilità dell'offerta contrattuale (di scambio), dell'opzione e del contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, 1 ss., è ormai pacifico che il contratto preliminare, nelle relative posizioni contrattuali, possa essere oggetto di cessione del contratto

⁷¹ L'ammettono F. Gazzoni, *Tratt. della trascrizione*. 1. *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, diretto da E. Gabrielli-F. Gazzoni, Torino, 2012, 173 s.; R. Clarizia, *La cessione del contratto*, cit., 22 s.; F. Anelli, *La cessione del contratto*, cit., 270 ss.; A. Albanese, *La cessione del contratto*, cit., 336; M. Paladini, *Della cessione del contratto*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da E. Gabrielli, *Dei contratti in generale*, a cura di E. Navarretta e A. Orestano, Torino, 2012, 255 ss., spec., 263

Occorre precisare che anche autori come F. Carresi, *La cessione del contratto*, Milano, 1950, 35, 47 ss., 78; Id., voce *Cessione del contratto*, in *Nss. D.I.*, III, Torino, 1959, 148, comunemente riportato tra coloro che negano la trascrivibilità della cessione del contratto, in realtà, giunge alla conclusione negativa poiché re-

missibilità di una cessione di un contratto ad effetti reali⁷² che avesse prodotto in tutto o solo in parte la sua definitiva efficacia, con la conseguenza che anche le soluzioni finivano per implicarsi reciprocamente.

Qui, di contro, pare opportuno ribadire che le due vicende devono rimanere separate, sì che l'indagine sulla trascrivibilità della cessione del contratto preliminare non dovrà necessariamente essere dedotta dall'esito (in termini positivi⁷³ o negati-

spingeva la tesi della cedibilità dei contratti ad effetti reali; successivamente, nondimeno, modifica la sua opinione in merito all'inceditività dei contratti ad effetti traslativi, per l'esaurirsi immediato degli effetti in virtù del principio del consenso traslativo, ammettendo la cessione del contratto anche con effetti definitivamente esauriti, F. Carresi, *Il contratto*, II, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, Milano, 1987, 859 ss.

Dubbi al riguardo esprimono A. Zaccaria-S. Troiano, *Gli effetti della trascrizione*, Torino, 2005, 127

⁷² Ampia e dettagliata la ricerca di F. Anelli, *La cessione del contratto*, cit., 1322 ss., il quale qualifica la cessione del contratto *ex latere venditoris*, qualora il contratto fosse sottoposto a condizione sospensiva, quale trasferimento di aspettativa; di contro, *ex latere emptoris* non si esclude che la cessione del contratto sia idonea a produrre anche l'effetto traslativo (evidentemente *ex nunc*, non retroagendo alla data di stipula del primo contratto) del diritto dal cedente (dante causa) al cessionario, facendo, nondimeno, subentrare quest'ultimo nella posizione contrattuale originaria (di acquirente nel primo contratto) e, quindi, ritrovando la controparte contrattuale direttamente nel ceduto del contratto originario (e contro il quale andrebbero esperite tutte le azioni *ex contractu*), in ciò individuandosi la evidente distinzione "sul piano concettuale" tra l'ipotesi indagata e la conclusione di un nuovo contratto di compravendita.

Cfr., altresì, la specifica indagine di I. Riva, *Cessione del contratto ed effetti reali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, 635 ss., la quale conviene sia con l'opinione che ammette una cessione del contratto che produca di per sé anche effetti traslativi (p. 643 s.), sia con la cedibilità di un contratto che abbia già prodotto parzialmente i suoi effetti e, dunque, anche della compravendita immobiliare, allorché il trasferimento del diritto si sia immediatamente prodotto, sia *ex latere venditoris* sia *ex latere emptoris*, ma, tuttavia, conclude nel senso dell'inconfigurabilità di una cessione del contratto che produca (a favore del cessionario) anche l'effetto traslativo del diritto (reale o obbligatorio) acquistato con il primo contratto dal cedente, predicandosi allo scopo come necessaria la conclusione di un altro contratto di trasferimento (p. 645 ss.). In questa impostazione la questione della trascrizione della cessione del contratto ad effetti reali non ha modo di porsi, poiché, per un verso, la cessione del contratto non produce l'effetto reale del trasferimento del diritto, e, per l'altro, si precisa che per la produzione di quest'effetto occorrerà un autonomo, ancorché collegato (alla cessione), contratto idoneo a supportarlo

⁷³ Ammettono la cessione anche di un contratto che abbia già esaurito (*ex uno latere*) la sua efficacia, è purché entrambe le prestazioni non siano state *totalmente* eseguite, G. Santini, *Cessione di contratto unilaterale o bilaterale eseguito ex uno latere*, ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1992, 650 ss.; G. Mirabelli, *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, Torino, 1980, 421; D. Barbero, *Sistema del diritto privato italiano*, II, Torino, 1962, 234; C.M. Bianca, *Diritto civile. 3. Il contratto*, Milano, 2000, 727 s.; G. Alpa-An. Fusaro, *La cessione del contratto*, in *Effetti*, III, a cura di M. Costanza, in *Tratt. del contratto*, diretto da V. Roppo, Milano, 2006, 242 s., ma già, modificando la sua precedente opinione, F. Carresi, *Il contratto*, cit., 859 ss.; G. De Nova, *La cessione del contratto*, in *Il contratto*, di R. Sacco e G. De Nova, II, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, Milano, 2004, 745 s., con decisione per la distinzione tra ri-trasferimento, in seguito alla produzione dell'effetto reale, e cessione del contratto con effetti traslativi e discutendosi di 'cessione atipica'; R. Clarizia, *La cessione del contratto*, cit., 22 s.; F. Gazzoni, *Tratt. della trascrizione*, 1. *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., 173; con maggiori perplessità, F. Anelli, *La cessione del contratto*, cit., 1320 ss., sebbene mediante una riqualficazione dell'istituto della cessione del contratto e una persistente perplessità della sua natura giuridica; in giurisprudenza, da ultimo, Cass., 2 giugno 2000, n. 7319, in *I contratti*, 2000, 977 ss.; ampiamen-

vi⁷⁴) della ricerca sull'ipotesi della cessione dei contratti ad effetti reali (esauriti), e piuttosto concentrarsi sulla questione se essa avverrà ai sensi dell'art. 2643⁷⁵ ovvero ai sensi dell'art. 2645⁷⁶.

L'analisi, per poter proseguire, predica una ulteriore precisazione per evitare equivoci e sovrapposizioni non sempre vigorosamente denunciati dagli intrepreti. La questione in esame sarà indagata con riferimento alla cessione della 'posizione contrattuale' del promissario acquirente⁷⁷ di un contratto preliminare (sia con prestazioni non ancora eseguite, sia con l'avvenuta esecuzione della prestazione da parte di quest'ultimo⁷⁸) al fine di verificare la possibilità per il cessionario di avvalersi della pozziorietà del grado della trascrizione del preliminare, non soffermandosi né sulla

te e diffusamente, A. Albanese, *La cessione del contratto*, cit., 182 ss., il quale riconduce anche la cessione del contratto ad immediati effetti traslativi nello schema legislativo (p. 14); nonché per le dovute precisazioni in merito al "domandarsi quando un rapporto contrattuale abbia *completamente* esaurito i suoi effetti e quando sia possibile dichiarare con certezza che *tutte* le prestazioni sono state eseguite" (p. 196); M. Paladini, *Della cessione del contratto*, cit., 263 s.

⁷⁴ Escludono la cessione di un contratto ad effetti reali, in quanto l'effetto traslativo si produce immediatamente con la semplice manifestazione legittima del consenso; in seguito non resterebbe che concludere un nuovo contratto di trasferimento immobiliare: R. Nicolò, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, 291, in termini chiari e vigorosi; D. Rubino, *La compravendita*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1962, 229 ss.; M. Andreoli, *La cessione del contratto*, Padova, 1951, 7 ss.; S. Maiorca, *Il contratto. Profili della disciplina generale*, Torino, 1981, 397 s.; R. Scognamiglio, *I contratti in generale*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Grosso e Santoro Passarelli, Milano, 1966, 210 s., il quale precisa, "per eliminare ogni superstite perplessità", che la cessione non può costituire "in quanto tale, lo strumento adeguato per il trasferimento o la costituzione di un diritto reale"; E. Briganti, voce *Cessione del contratto*, in *Enc giur. Treccani*, Roma, 1988, 1-2

⁷⁵ S. Pugliatti, *La trascrizione*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1973, 55 s.

⁷⁶ U. Natoli, *Della trascrizione*, in *Comm. cod. civ.*, Torino, 1971, 74 ss.

⁷⁷ Discute con terminologia qui non condivisa di 'lato attivo', A. Chianale, *Trascrizione del contratto preliminare e trasferimento della proprietà*, Torino, 1998, 81

⁷⁸ Nell'ipotesi in cui il promissario acquirente avesse già precedentemente adempiuto alla sua prestazione di pagamento del prezzo, si ripropone per il contratto preliminare la medesima questione che si prospetta con riferimento al contratto ad effetti reali immediati, al fine di accertare se si tratterà (ancora) di cessione della posizione contrattuale (e, quindi, di cessione del contratto) ovvero se si potrà discutere esclusivamente di una cessione del credito ad una prestazione di dare (avente ad oggetto il bene immobile): in senso opposto Cass., 22 gennaio 2010, n. 1204, in *Obbl. e contr.*, 2010, 385 ss., che nega la configurabilità di una cessione del contratto preliminare qualora il promissario acquirente avesse già interamente pagato il prezzo di acquisto (in senso conforme Cass., 16 marzo 2007, n. 6157, in *Obbl. contr.*, 2007, 656 ss.; in *Obbl. contr.*, 2008, 109 ss.) e Cass., 2 giugno 2000, n. 7319, cit., la quale ammette una cessione del contratto anche per i contratti ad effetti reali ovvero per quelli in cui una delle due prestazioni è già stata completamente eseguita; Cass., 23 aprile 1980, n. 2674, in *Riv. not.*, 1980, 1560.

Appare evidente, peraltro, che la prospettata questione, con riferimento al contratto preliminare, sia ipotizzabile solo qualora l'esecuzione della prestazione sia avvenuta da parte del promissario acquirente, se è vero che se la prestazione fosse stata eseguita dal promittente venditore non si avrebbe più a discutere di contratto preliminare, bensì di un contratto di compravendita definitivo (che poi non sarebbe altro dal titolo che ha reso possibile il trasferimento del diritto e, dunque, l'esecuzione della prestazione del promittente venditore).

legittimazione a compiere atti di disposizione sull'immobile da parte del promissario acquirente⁷⁹, né sulla speculare posizione del promittente venditore⁸⁰.

In proposito, non ci si potrebbe limitare a denunciare “incongruenze o incompletezze della nuova disciplina”⁸¹ della pubblicità del preliminare ed a rilevare “la

Permarrebbe, evidentemente, la nota questione se il venditore – una volta prodottosi l'effetto reale del trasferimento – potrà ancora cedere la sua posizione contrattuale ovvero cedere esclusivamente l'eventuale credito alla riscossione del prezzo

⁷⁹ L'ipotesi di cui nel testo è quella in cui il promissario acquirente concludesse un secondo contratto preliminare, nelle nuove vesti di promittente venditore, dopo essersi reso beneficiario di una procura a vendere (a lui conferita dal titolare del bene).

Sul punto vale la pena riportare due opposte opinioni.

Quella di A. Luminoso (e G. Palermo), *La trascrizione del contratto preliminare*, cit., 42 ed ivi nota 87, 100 ss., per il quale il promissario acquirente, in seguito al preliminare, è investito di una peculiare situazione giuridica, di una sorta di aspettativa reale *e/o ius ad rem*, pienamente opponibile ai terzi e della quale potrebbero beneficiare, a seguito della trascrizione del definitivo, anche suoi eventuali aventi causa, subentrando della priorità di grado conseguita con la trascrizione del preliminare, sì da prevalere contro eventuali formalità contrarie nelle more trascritte e/o iscritte contro il promittente venditore.

E quella di A. Chianale, *Trascrizione del contratto preliminare*, cit., 84 s., per il quale la riferita ricostruzione è ‘apodittica’ perché sul “piano normativo, l'effetto prenotativo non implica alcuna retroattività sostanziale dell'acquisto”, perché “la retrodatazione degli effetti della trascrizione del definitivo opera soltanto ai fini della prevalenza sulle formalità prese contro il promittente alienante, a sensi dell'art. 2645-bis c.c., e non anche ai fini dell'art. 2650 c.c., che contempla gli atti di acquisto”; anche A.A. Carrabba, *Pubblicità immobiliari e vicende modificative del rapporto tra contratto preliminare e contratto definitivo*, in *La trascrizione del contratto preliminare*, a cura di A.A. Carrabba, Napoli, 1998, 76 s. conclude negativamente, sostenendo che nella prospettata ipotesi si verificherebbe una sostituzione con strumenti inidonei “a garantire la sussistenza dell'originario programma negoziale”, producendosi collegamenti tra contratti e vicende esterne al rapporto

⁸⁰ *Ex latere venditoris* (promittente venditore) risulta se non difficile da un profilo ricostruttivo, quantomeno inusuale una possibile cessione della relativa posizione contrattuale, probabilmente priva di utilità in termini pratici. Invero, si potrebbe ipotizzare un preliminare di vendita di cosa altrui, sottoscritto, pertanto, dal non proprietario dell'immobile dedotto in contratto, con un'ulteriore (rispetto a quelle di cui all'art. 1478 c.c.) modalità di adempimento. Anziché provvedere a procurare l'acquisto direttamente (dal titolare del bene) al promissario acquirente (poiché in tal caso la sequenza preliminare-definitivo dovrebbe dirsi definitivamente interrotta), si potrebbe verificare che il promittente alienante (di cosa altrui) trasferisca la sua posizione contrattuale a colui che è il titolare del diritto di proprietà dell'immobile che, pertanto, procederà direttamente, in esecuzione del preliminare, a stipulare il definitivo ad effetti reali. Nondimeno, che il promissario acquirente di un preliminare di cosa (dichiaratamente) altrui possa beneficiare della priorità di questa trascrizione rispetto a quella della successiva cessione del contratto dal cedente (promittente venditore originario, di cosa altrui) al cessionario (secondo promittente venditore di cosa propria) è soluzione tanto dubbia in merito all'ammissibilità, quanto incerta in ordine agli effetti, in termini pubblicitari, che sarebbe idonea a produrre

Altra ipotesi è formulata da A. Chianale, *Trascrizione del contratto preliminare*, cit., 81 ed ivi nota 88, il quale immagina una ‘inusuale’ modalità di adempimento del preliminare da parte del promittente alienante. Si ipotizza un'alienazione del promittente alienante ad un terzo, “il quale trasferisca poi al promissario acquirente: il promittente è adempiente, in quanto procura l'acquisto al promissario (v. art. 1478 c.c.). La trascrizione del definitivo viene però curata contro il terzo. Al fine di mantenere l'effetto prenotativo ... occorre allora pattuire anche la cessione del preliminare stesso dal promittente alienante al terzo, con trascrizione contro quest'ultimo ed a favore del promissario”

⁸¹ In questo senso, invece, G. Cian, *Alcune questioni in tema di trascrizione del contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, 378; di contro, pur affermando che le parti del preliminare e del definitivo ‘coincidano’, G. Ga-

circostanza che le nuove norme non contemplano la possibilità di trascrivere la cessione del contratto preliminare”, per poi concludere che “la tutela assicurata dal secondo comma dell’art. 2645-*bis* al promissario acquirente opera sul presupposto che il preliminare ed il contratto definitivo ad effetti reali siano stipulati tra le medesime parti”⁸². Si giungerebbe⁸³ ad una soluzione che si argomenterebbe esclusivamente (quanto debolmente) dall’assenza di espresse disposizioni pubblicitarie, per negare (pur riconoscendo la piena coincidenza delle parti, nelle due distinte negoziazioni, anche nella vicenda in esame) al cessionario il beneficio della trascrizione effettuata in data anteriore, operata contro il cedente (già promissario acquirente) ed a favore del promittente venditore (ora contraente ceduto) rispetto al negozio di cessione; titolo che si renderebbe opponibile soltanto a far data dalla sua trascrizione.

Per l’effetto, se nelle more della trascrizione del negozio di cessione del contratto (contro il primo promissario acquirente, ora cedente ed a favore del nuovo promissario acquirente, quindi cessionario) intervenisse una disposizione del medesimo bene immobile dall’originario promittente venditore (poi contraente ceduto) a favore di ulteriori suoi aventi causa che si premurassero di eseguire in tempi brevi la relativa trascrizione (logicamente successiva alla trascrizione del preliminare), il nuovo promissario acquirente (o cessionario) non potrebbe beneficiare della priorità di tale ultima trascrizione, con soccombenza nell’eventuale conflitto circolatorio.

D’altra parte anche il rilievo per cui “le risultanze dei registri immobiliari sono rigide”⁸⁴ non si rivela decisivo nell’argomentare che la trascrizione della cessione del contratto non acquista il grado della trascrizione del preliminare, potendo valere solo dalla data in cui risulta eseguita la prima.

Al cospetto delle divise conclusioni, invero scarsamente convincenti, si può intraprendere un diverso percorso⁸⁵, al fine di recuperare una più favorevole posizio-

brielli, *La pubblicità immobiliare del contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, 529 ss., spec., 538 argomenta la necessità dall’esigenza di certezza del collegamento tra i due titoli e sostiene che “la coincidenza tra soggetti ... soffre eccezione nel caso peraltro frequente in cui il contratto preliminare sia stato concluso, dal promissario dell’acquisto, per sé o per persona da nominare” (p. 540)

⁸² G. Cian, *La trascrivibilità del preliminare*, cit., 216; aderisce, S. Delle Monache, *Le nuove disposizioni in materia di trascrizione di contratti preliminari*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1998, 1 ss., spec., 21 ss., il quale si appella altresì al principio della continuità delle trascrizioni

⁸³ Pur condividendo alcuni risultati da essa conseguiti in tema di disciplina della trascrizione di un preliminare di vendita di cosa altrui G. Cian, *La trascrivibilità del preliminare*, cit., 216; S. Delle Monache, *Le nuove disposizioni in materia di trascrizione di contratti preliminari*, cit., 22, nota 117

⁸⁴ P. Piccoli, *Natura ed effetti della trascrivibilità del preliminare*, in *Notariato*, 1997, 382; G. Mariconda, *La trascrizione del contratto preliminare*, in *Notariato*, 1997, 371, per il quale, nel caso di cessione del contratto va effettuata una ‘nuova trascrizione’, “con efficacia quindi *ex nunc* non essendo possibili le annotazioni ai sensi dell’art. 2655 c.c.”

⁸⁵ F. Gazzoni, *Tratt. della trascrizione*, 1. *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., 170 s.; A. Chianale, *Trascrizione del contratto preliminare*, cit., 80 ss.: “non mi pare dubbio che, nell’osservanza delle vicende pub-

ne al cessionario del contratto preliminare, consentendogli di beneficiare della piaziorietà del grado conseguito dalla trascrizione del primo contratto, alla stregua di una più ampia ricostruzione delle disposizioni in materia di trascrizione, non tralasciando l'esigenza "di garantire la certezza del collegamento fra il titolo posto a base della formalità di prenotazione e quello posto a base della formalità prenotata, per impedire abusi in danno di terzi"⁸⁶.

E così, principalmente argomentandosi dal rilievo generale secondo cui la cessione del contratto comporta la successione del cessionario (non solo nei diritti e negli obblighi, ma) nell'intera e ampia 'posizione contrattuale' complessiva del cedente, si è sostenuto⁸⁷ che quest'ultimo subentrerebbe altresì nella conseguita posizione di favore in termini di opponibilità dell'effetto traslativo definitivo (dell'acquisto della proprietà o di altro diritto reale), fin dalla data di trascrizione dell'originario preliminare, così prevalendo nei confronti degli eventuali aventi causa dal promittente venditore che avessero eseguito la pubblicità del loro acquisto dopo la prima trascrizione (del preliminare), ma prima di quella della cessione del contratto.

Invero, se la cessione determina la sua efficacia *ex nunc*, è pur vero che essa è fonte della successione di un soggetto nella 'posizione contrattuale complessiva'⁸⁸ del

blicitarie, sia attui la trasmissione al cessionario dell'effetto prenotativo scaturente dalla trascrizione del preliminare"; F. Alcaro, *Note in tema di trascrizione del preliminare*, cit., 609: quest'ultimo pensiero, diversamente, sembrerebbe evocare la possibilità per il cessionario di beneficiare dell'effetto prenotativo della trascrizione del preliminare (*scilicet*: degli "effetti retroattivi di cui all'art. 2645 *bis*") senza la necessità di ricorrere ad alcuna segnalazione pubblicitaria, in ragione della sostanziale 'successione' contrattuale che si verifica tra cedente e cessionario nella medesima posizione (unitamente ai relativi benefici e carichi): "la cessione significa sostituzione di una sfera soggettiva all'altra nell'ambito di un rapporto contrattuale che rimane fermo ed integro nel suo contenuto"; A. Luminoso-G. Palermo, *La trascrizione del contratto preliminare. Regole e dogmi*, Padova, 1998, 42 ed ivi nota 87, 104; A.A. Carrabba, *Pubblicità immobiliari e vicende modificative del rapporto tra contratto preliminare e contratto definitivo*, cit., 63 ss., spec., 74 s.: "non sembra potersi negare l'accesso alla pubblicità immobiliare"

Una rassegna di opinioni in A. Zaccaria-S. Troiano, *Gli effetti della trascrizione*, cit., 157 s.; in sintesi in Id., *La pubblicità del contratto preliminare*, in *Attuazione e tutela dei diritti. IV. L'attuazione dei diritti. II*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, Milano, 59 ss., spec., 61

⁸⁶ G. Gabrielli, *La pubblicità immobiliare del contratto preliminare*, cit., 538

⁸⁷ Cfr., autori di cui alla nota 81

⁸⁸ Così la dottrina classica ed i più recenti interventi della dottrina, sebbene non senza significativi ripensamenti e rimediazioni diretti a ridimensionare l'apporto strutturale del consenso del ceduto alla funzionalità della fattispecie. Lo ribadisce, in tema di trascrizione del contratto preliminare, F. Alcaro, *Note in tema di trascrizione del preliminare*, cit., 609.

Ma in senso contrario, per la nota e minoritaria (quanto condivisibile) ricostruzione della cessione del contratto in termini di cessione dei crediti ed accollo dei debiti (e la cessione consequenziale delle azioni relative alla rispettiva tutela come "effetti dell'effetto del negozio", corsivo originale, p. 884, opera subito in appresso citata), in scia alle elaborazioni tedesche, R. Cicala, *Cessione del contratto*, in Id., *Saggi*, cit., 165 ss.; Id., voce *Cessione del contratto*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 878 ss.; B. Grasso, *Successione particolare nel debito (o nel credito) corrispettivo, successione nel sinallagma e regime delle eccezioni*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, 1009

cedente, sì che il cessionario potrà avvalersi dei benefici che sono funzionali a detta posizione e, quindi, anche della priorità della trascrizione⁸⁹, al fine di prevalere nel conflitto circolatorio che lo opponesse ad un avente causa dal promittente alienante che avesse trascritto il proprio titolo dopo la trascrizione del preliminare, ma prima della trascrizione della cessione del contratto (contro il cedente ed a favore del cessionario). Ancor più “se si applica la logica della disciplina della circolazione dei diritti immobiliari” perché “il cessionario ben potrà avvalersi della priorità della trascrizione curata dal cedente proprio dante causa, sempre che, ovviamente, sia rispettato il disposto del 3° comma dell’art. 2645-*bis*”⁹⁰.

E la formalità da curare è proprio la trascrizione, se la verifica delle disposizioni consente di accertare che la cessione del contratto non potrà essere oggetto di annotazione ai sensi dell’art. 2655, per la mancanza di espressa previsione e la tipicità degli eventi soggetti alla pubblicità annotativa, né esiste “norma parallela all’art. 2843 c.c. in tema di vicende dell’ipoteca”⁹¹.

Conclusione che si ritiene di ribadire anche se si aderisse alla ricostruzione (che si ritiene più convincente) della cessione del contratto sul modello della teoria atomistica, di origine tedesca, della cessione del credito e dell’accollo del debito, risolvendosi la formula della ‘posizione contrattuale’ in null’altro che in una metafora insidiosa e priva di ricadute giuridiche in termini di disciplina, compendiandosi essa proprio nei crediti e nei debiti che vengono rispettivamente ceduti e accollati.

4. La trascrizione della cessione del contratto preliminare: modalità operative

La trascrizione del contratto di cessione del preliminare (ai fini del mantenimento della conseguita efficacia dichiarativa a favore del cessionario del contratto) andrà curata, sul fondamento di un titolo che dovrà rivestire la forma scritta (ai sensi dell’art. 1351) e una di quelle di cui all’art. 2657 c.c., contro il cedente (promissario

ss., ora in Id., *Saggi sull’eccezione d’inadempimento e la risoluzione del contratto*, Napoli, 1993, 95 ss.; E. Briganti, *Cessione del contratto*, cit., 1-2

⁸⁹ F. Gazzoni, *La trascrizione immobiliare*, cit., 181 s., 742 s.; F. Anelli, *La cessione del contratto*, cit., 1326; F. Alcaro, *Note in tema di trascrizione del preliminare*, cit., 609, che, in nota 16, riferisce altresì dell’opinione di G. Cian, *La trascrivibilità del preliminare*, cit., 215 ss., che si esprimerebbe per la limitazione della tutela offerta dallo strumento della trascrizione soltanto al preliminare e definitivo stipulato tra i medesimi soggetti

⁹⁰ F. Gazzoni, *Tratt. della trascrizione. 1. La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., 171, anche per il precedente virgolettato

⁹¹ A. Chianale, *Trascrizione del contratto preliminare*, cit., 82; per A.A. Carrabba, *Pubblicità immobiliari e vicende modificative del rapporto tra contratto preliminare e contratto definitivo*, cit., 74 s., ed ivi nota 30, la pubblicità potrebbe avvenire sia mediante trascrizione (contro il cedente ed a favore del cessionario), sia mediante annotazione in margine alla trascrizione del contratto preliminare

acquirente) ed a favore del cessionario⁹²; la contraria opinione⁹³ per cui essa andrebbe effettuata non contro il cedente, ma contro l'originario promittente alienante (ed a favore del cessionario del contratto) non risulta convincente, al pari dell'argomentazione addotta a sostegno per cui "immaginare un'esigenza o una possibilità di «continuità» della trascrizione del preliminare non è né necessario né utile rispetto alla specifica efficacia (prenotativa) di quest'ultima"⁹⁴.

In senso contrario, può rilevarsi che la continuità delle trascrizioni delle cessioni del contratto deve invece essere rispettata al fine di potersi avvalere della pozziorietà del grado della trascrizione del preliminare originario⁹⁵; il beneficio potrà essere invocato solo se si riesce ad opporre la continuità di cui all'art. 2650 c.c., essendo superabile anche la perplessità relativa alla formula "atto di acquisto" di cui alla menzionata disposizione⁹⁶.

D'altra parte il contraente ceduto potrebbe non aver partecipato alla stipula del contratto di cessione sia perché potrebbe aver manifestato anticipatamente il consenso alla cessione (ai sensi dell'art. 1407 c.c.), sia perché potrebbe essere chiamato solo successivamente a partecipare (quale parte, secondo l'orientamento prevalente) all'accordo tra cedente e cessionario.

⁹² A. Chianale, *Trascrizione del contratto preliminare*, cit., 82; V. De Donato, *La trascrizione del contratto preliminare: particolari fattispecie di interesse notarile*, in *Riv. not.*, 1998, 413 ss., spec., 432

Diversa l'ipotesi della trascrizione della cessione del contratto definitivo ad effetti reali che ha già prodotto almeno l'effetto reale del trasferimento dal venditore (con la perdita del diritto) all'acquirente (acquisto del diritto).

Se è il venditore a cedere la sua posizione contrattuale, allora la trascrizione avverrà contro di lui ed a favore del cessionario; quest'ultimo avrà tutto l'interesse a trascrivere per risolvere sia i conflitti che l'opponessero agli aventi causa dall'acquirente, in seguito all'esercizio vittorioso di tutte le azioni di impugnativa contrattuale, sia quelli tra più cessionari dal medesimo comune dante causa. Né deve meravigliare che contro il venditore-cedente si pubblicizzino due diverse formalità: una relativa alla vendita; l'altra relativa alla cessione. Invero la doppia trascrizione serve a dar contezza della circolazione della posizione contrattuale.

Se è l'acquirente, dopo che si è prodotto l'effetto del trasferimento e l'acquisto del diritto, a cedere la sua posizione contrattuale, la trascrizione avverrà contro di lui ed a favore del cessionario (di là dalla questione sostanziale se la produzione dell'ulteriore effetto del trasferimento sia imputabile direttamente allo schema della cessione del contratto ovvero ad una necessaria ed apposita clausola di trasferimento, collegata alla cessione ma autonoma), anche qui per risolvere sia i conflitti che opponessero quest'ultimo agli aventi causa dal primo venditore, sia quelli tra più cessionari

⁹³ G. Iannello, *L'efficacia prenotativa della trascrizione del preliminare*, in *Notariato*, 1997, 379

⁹⁴ G. Iannello, *L'efficacia prenotativa della trascrizione del preliminare*, cit., 379; aderiscono, da ultimo, a quest'ultima posizione, L. Piccolo-F. Tresca, *Questioni in tema di cessione del contratto preliminare e conservazione degli effetti prenotativi di cui all'art. 2645-bis cod. civ.* (Risposta a Quesito n. 781/2013/C), pubblicato on-line sul notiziario giornaliero del CNN in data 29 agosto 2014, con un breve riferimento ad una (peraltro assente) "dottrina prevalente"

⁹⁵ F. Gazzoni, *Tratt. della trascrizione*, 1. *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., 171; A. Chianale, *Trascrizione del contratto preliminare*, cit., 83

⁹⁶ A. Chianale, *Trascrizione del contratto preliminare*, cit., 83

La trascrizione della cessione del preliminare sarà strumentale altresì alla risoluzione del conflitto tra più cessionari; né l'osservazione per cui "l'art. 2644 c.c. ... non trova applicazione" anche in ragione della collocazione della disposizione sulla trascrizione del preliminare "dopo l'art. 2645 c.c."⁹⁷ pare assumere quel carattere di decisività che pure le si vorrebbe attribuire. Pertanto non si potrà condividere l'opinione che si rimette alla disciplina sostanziale tra cessione del contratto e del credito per rinvenire il criterio di risoluzione del conflitto tra cessionari.

Per la verità, chi contesta nell'individuazione della trascrizione il criterio della soluzione del conflitto tra più cessionari evoca la comune matrice delle disposizioni di cui all'art. 1407 e 1265, nelle quali l'accettazione del ceduto (contraente o debitore) ovvero la notificazione sono i criteri eletti dal legislatore per la soluzione del conflitto in parola⁹⁸.

Senonché si potrebbe replicare che la lettura della prima disposizione alla stregua delle indicazioni emergenti dalla seconda non risulta del tutto convincente, se si osserva che solo nell'art. 1265 la notificazione e la preventiva accettazione sono individuati dal legislatore quali criteri di soluzione del conflitto tra più cessionari del credito, là dove tale funzione è assente nell'art. 1407, in cui quei criteri sono richiamati soltanto per risolvere la questione dell'efficacia della cessione nei confronti del contraente ceduto, senza nulla indicare in merito all'eventuale conflitto tra più cessionari dal medesimo cedente. D'altra parte è l'opinione della dottrina dominante a sostenere che la posizione del contraente ceduto non si può risolvere in quella di un debitore, né la posizione del cessionario in quella del titolare di un diritto di credito.

⁹⁷ A. Chianale, *Trascrizione del contratto preliminare*, cit., 84

⁹⁸ A. Zaccaria, *Cessione del contratto e garanzia della sua validità*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, 311, C.M. Bianca, *Il contratto*, cit., 605; V. Carbone, *La cessione del contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. Bessone, XIII, *Il contratto in generale*, VI, Torino, 2000, 263 ss., spec., 360-361, A. Chianale, *Trascrizione del contratto preliminare*, cit., 84: "la prevalenza spetta ... al primo cessionario in ordine cronologico, oppure qualora il ceduto abbia dato un consenso preventivo o qualora si tratti di cessione del credito al trasferimento, al cessionario che per primo ne abbia fatto notifica al promittente ceduto, on ne abbia ottenuto l'accettazione, in base alle norme di diritto sostanziale"

La Convenzione di Istanbul contro la violenza nei confronti delle donne e domestica tra ordini di protezione e responsabilità civile endofamiliare

di Roberto Senigaglia

SOMMARIO: 1. Premesse e obiettivi: la violenza/forza della legge e la violenza illecita nel sistema dei rapporti giuridici di tipo familiare. – 2. Libertà, solidarietà e unità familiare nel passaggio dalla famiglia-istituzione all'istituzione familiare. – 3. Segue. La solidarietà quale principio ordinante la comunione di vita familiare. – 4. La considerazione civilistica della "violenza domestica". – 5. Note intorno ai connotati strutturali e funzionali dei rapporti giuridici di tipo familiare. – 6. L'impatto della Convenzione di Istanbul nel diritto interno. I campi semantici comuni. – 7. Violenza domestica e rimedi di ordine risarcitorio nella Convenzione di Istanbul. – 8. Responsabilità civile endofamiliare e violenza domestica. – 9. I limiti all'operatività della responsabilità civile nei rapporti familiari. – 10. Considerazioni conclusive.

1. Premesse e obiettivi: la violenza/forza della legge e la violenza illecita nel sistema dei rapporti giuridici di tipo familiare

Il profilo problematico, al quale s'intende rivolgere i nostri discorsi, riguarda l'impatto assiologico, semantico e di senso della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica – adottata a Istanbul l'11 maggio 2011, sottoscritta dall'Italia il 27 settembre 2012, ratificata con la legge 27 giugno 2013, n. 77 ed entrata in vigore l'1 agosto 2014 – sul sistema normativo interno concernente i rapporti familiari.

Segnatamente, la trattazione avrà a oggetto quei luoghi normativi della Convenzione, che interessano la violenza domestica, ovvero «tutti gli atti di violenza fisica, sessuale, psicologica o economica, che si verificano all'interno della famiglia o del nucleo familiare o tra attuali o precedenti coniugi o partner, indipendentemente dal fatto che l'autore di tali atti condivide o abbia condiviso la stessa residenza con la vittima» (art. 3, lett. b della Convenzione).

Come ogni fonte internazionale anche il Trattato, di cui intendiamo occuparci, pone allo studioso del diritto statale la questione del rapporto tra le regole e i prin-

cipi in esso contenuti e le regole e i principi che, nel corrispondente ambito problematico, operano nel diritto privato interno.

Quando poi quella medesima fonte si occupa, come nel nostro caso, di *violenza*, di condotte formalmente considerate violente – tessendo un ordito di fattispecie e di obblighi in capo alle Parti contraenti, allo scopo di contrastare il fenomeno di portata globale – la questione anzidetta assume livelli di peculiare complessità.

Tant'è che in un recente numero della Rivista di diritto civile, Natalino Irti intitola così un suo contributo: «*Violenza “conforme alla legge” (da un carteggio Einstein-Freud)*»; un titolo, che, all'istante, fa intendere che all'aggettivazione più immediata che si accompagna al sostantivo *violenza*, quella cioè di “illecita”, se ne associa una di meno “naturale”, cioè di “lecita”, la quale, oltretutto, *costituisce* il diritto. Sicché l'Autore, evocando dei passaggi del celebre carteggio tra il fisico e lo psicanalista, afferma che non c'è antitesi «fra violenza e non-violenza, ma distinzione fra violenza contraria a legge e violenza conforme a legge. Sono *due specie di violenza*, di pari dignità e valore; solo che l'una, nata dall'unione dei più e fattasi apparato di norme e di uffici, *giudica l'altra*, e la reputa avversa e illecita»¹. Ne discende che il diritto, quale espressione di posizioni di forza, è un atto di “violenza”, che respinge ogni altra contraria espressione di violenza. Sicché «il ritmo logico e storico è: violenza – diritto – violenza – diritto»². Irti conclude osservando che «la violenza come istituisce così destituisce diritto: essa non mai riposa; o sta dal lato delle norme vigenti, e se ne fa vigilante e custode, o si agita contro, vuole scaltarle e demolirle, e instaurare nuovo diritto»³.

Questa violenza «conforme alla legge», dalla scienza giuridica chiamata più diffusamente “forza”⁴, nelle relazioni interpretate si traduce inevitabilmente nel sacrificio di un interesse per la tutela di un altro interesse. Nel rapporto giuridico, sia di carattere patrimoniale, sia di carattere non patrimoniale, v'è ogni volta una posizione soggettiva avvantaggiata: la scelta dell'interesse da tutelare e la misura del sacrificio da imporre sono l'espressione della “forza” promanante dall'Autorità, la quale, in tal modo e inevitabilmente, dà luogo ad un «sistema di ineguaglianza»⁵.

L'analisi della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica⁶, condotta nella prospettiva del diritto privato, richiede allora di operare la confinazione tra – facen-

¹ N. Irti, *Violenza “conforme alla legge” (da un carteggio Einstein – Freud)*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 155.

² N. Irti, *ibidem*.

³ N. Irti, *ibidem*.

⁴ Cfr. E. Resta, *Il diritto fraterno*, nuova ed. accresc., Roma-Bari, 2005, 34 ss.

⁵ M.R. Marella, «*Break On Through To The Other Side*»: appunti sull'influenza di Marx nel femminismo giuridico, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, 743, la quale si riferisce al «diritto come sistema di ineguaglianza che si afferma attraverso l'uguaglianza».

⁶ Si rinvia a S. De Vido, *States' Due Diligence Obligations to Protect Women from Violence: A European Perspective in Light of the 2011 CoE Istanbul Convention*, in *European Yearbook on Human Rights*, 2014, 365 ss.

do uso del lessico appena evocato – le ipotesi di violenza “conforme alla legge” e quelle di violenza “contraria alla legge”, in ragione del modello di condotta recepito dal sistema.

Con particolare riguardo alla “violenza” domestica, ossia alle più disparate esternazioni di potere che promanano da un familiare nei riguardi di un altro familiare e che sacrificano un diritto fondamentale della persona all’interno della specifica formazione sociale (la famiglia) in cui si svolge la sua personalità (art. 2 Cost.)⁷, si tratta di chiarire se gli interessi e i valori tutelati dall’ordinamento interno – i quali giustificano le relative espressioni di “forza”, che per prima cosa si traducono in norme – abbiano conosciuto una qualche forma di ri-organizzazione del loro senso sistematico, anche per effetto della fonte internazionale da cui abbiamo preso l’abbrivio.

2. Libertà, solidarietà e unità familiare nel passaggio dalla famiglia-istituzione all’istituzione familiare

La Convenzione di Istanbul del 2011 implica taluni importanti ambiti disciplinari del nostro diritto di famiglia, tra cui il matrimonio, gli ordini di protezione contro gli abusi familiari, le misure di protezione e prevenzione in favore del figlio minore pregiudicato dal comportamento di uno o di entrambi i genitori. Ma interessa pure altri settori riguardanti il diritto delle persone nonché il diritto della responsabilità civile.

Ora, è cosa fin troppo nota che le soluzioni normative interne riguardanti i rapporti familiari si inseriscono nell’ordine valoriale delle relative disposizioni costituzionali; le quali, alla regola della *libertà/autonomia*, espressa dal principio di uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, accompagnano la previsione del *limite*, di fonte legale, che giustifica il sacrificio di quella regola in ragione, evidentemente, della tutela di un valore superiore, riconosciuto come tale dalla comunità di riferimento (art. 29, comma 2, Cost.)⁸. Così, stando al dettato costituzionale, il principio dell’*unità familiare* giustifica i limiti legislativi (l’atto di forza/violenza) al principio di uguaglianza⁹; quest’ultimo, a sua volta, conosce un’estensione semantica delimi-

⁷ Cfr. A. Scalerà, *Gli ordini di protezione contro gli abusi familiari*, in *Giur. mer.*, 2013, 231.

⁸ Sul tema è fondamentale il saggio di F.D. Busnelli, *Libertà e responsabilità dei coniugi nell’attuazione della vita familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, 134 ss. Di recente è stato osservato che «la famiglia con il suo regime giuridico ha rappresentato e rappresenta uno straordinario strumento di governo della società: essa disciplina i rapporti interpersonali, sessuali e intergenerazionali, in tal modo strutturando precise relazioni di potere fra i generi e costruendo identità e ruoli sociali che coinvolgono gli individui e i gruppi fino a incidere sulla fisionomia delle comunità nazionali», così M.R. Marella, *Che cos’è la famiglia*, in M.R. Marella e G. Marini, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, Roma-Bari, 2014, 3.

⁹ Così M. Paradiso, *I rapporti personali tra coniugi*. Artt. 143-148, in *Il Codice Civile Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, II ed., Milano, 2012, 10 ss. Sui significati attribuiti a tali principi, si rinvia a P. Barile, *Eguaglianza dei coniugi e unità della famiglia*, in *Scritti di diritto costituzionale*, Pado-

tata dalle specificità relazionali del rapporto, le quali, comunque, si dispiegano all'insegna dell'azione congiunta dei valori della responsabilità e della solidarietà¹⁰. E ciò atteso che la virtù più profonda della solidarietà sta nel fatto che essa «riporta tutti gli altri principi alla logica della reciprocità, alla loro necessaria considerazione di una dimensione comune, li congiunge, e mostra come non vi sia contraddizione con libertà e autodeterminazione perché, al contrario, contribuisce alla costruzione di una dimensione dove queste diverse sfaccettature del vivere possono diventare davvero effettive»¹¹.

Alla luce di tale orizzonte funzionale, si spiegano le coordinate tracciate dal legislatore costituzionale: se l'uguaglianza tra i coniugi funge da antidoto alle espressioni di "forza" individuale, la medesima non può essere fatta funzionare fino al punto di compromettere l'unità, la stabilità della famiglia¹², ovvero della primaria formazione sociale in cui si svolge la personalità dei suoi membri¹³. Sicché il *limite* – ora consegnato alla disponibilità esclusiva del legislatore e non più, come nel passato modello di famiglia-istituzione, a un centro di potere interno al gruppo familiare – costituisce l'*eccezione*, la cui estensione muta in ragione della crescente complessità sociale e dei conseguenti fenomeni evolutivi dell'ordinamento¹⁴.

va, 1967, 186 ss.; F. Modugno, *L'uguaglianza nell'unità della famiglia*, in Aa.Vv., *Studi in tema di famiglia*, Milano, 1967, 1 ss.; F.D. Busnelli, *Libertà e responsabilità dei coniugi nell'attuazione della vita familiare*, cit., 131 ss.; R. Scognamiglio, *Il principio di eguaglianza morale e giuridica dei coniugi*, in *Eguaglianza morale e giuridica dei coniugi*, Napoli, 1975, 183 ss.; M. Bessone, *Eguaglianza morale dei coniugi e condizione giuridica della donna*, in *Riv. not.*, 1975, 729 ss.; A. Bettetini, *La secolarizzazione del matrimonio nell'esperienza giuridica contemporanea*, Padova, 1996, 29 ss. Sulla tutela dell'unità familiare nella libera circolazione delle persone cfr. E. Bergamini, *La famiglia nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012, 85 ss.

¹⁰ Così Cass., 10 maggio 2005, n. 9801, in *Fam. dir.*, 2005, 365, con nota di M. Sesta, *Diritti inviolabili della persona e rapporti familiari: la privatizzazione "arriva" in Cassazione* e di G. Facci, *L'illecito endofamiliare al vaglio della Cassazione*, nonché in *Giust. civ.*, 2006, 93 ss., con nota di A. Morace Pinelli, *Violazione dei doveri matrimoniali e responsabilità civile*. L'operato congiunto dei principi di responsabilità e di solidarietà nelle relazioni di tipo familiare, anche in ragione dei fattori socio-economici ad esse sottesi, è ben messo in luce da M.R. Marella, *Dentro o fuori la famiglia*, in M.R. Marella e G. Marini, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, cit., 92-93 ove osserva che «i ruoli di genere sono oggi perpetrati da quelle dinamiche famiglia-mercato del lavoro-programmi di Welfare che tendono a valorizzare la prima nel suo ruolo di supplenza degli ultimi: a fronte della carenza di programmi di Welfare a supporto del lavoro di cura vi è necessità di un lavoratore (*caregiver*) a tempo pieno che soddisfi i bisogni della famiglia. Contemporaneamente, i fenomeni di precarizzazione del lavoro, a fronte di un accesso al Welfare garantito per lo più al lavoro a tempo indeterminato e *full time*, rafforzano a loro volta lo stereotipo dell'uomo *breadwinner* e quello della donna casalinga. All'interno della famiglia nucleare ed eterosessuale il gap di uguaglianza fra i generi è perciò un dato persistente, con un'intensità di effetti diversi a seconda della classe sociale e della composizione razziale della famiglia».

¹¹ S. Rodotà, *Solidarietà un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014, 81.

¹² Significato, questo, attribuito all'endiadi "unità della famiglia" da F.D. Busnelli, *Libertà e responsabilità dei coniugi nell'attuazione della vita familiare*, cit., 136.

¹³ A. Nicolussi, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 934-935. Si veda anche S. Patti, *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, 1984, 4.

¹⁴ Così V. Scalisi, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi*, Parte prima, *Dalla «famiglia-isti-*

Sta di fatto che, pur registrando nel tempo un ridimensionamento della “misura” di tale regime *eccezionale*, il valore dell’*unità* (stabilità e coesione)¹⁵ familiare rappresenta pur sempre il limite, anzitutto di ordine naturale, all’uguaglianza/libertà dei coniugi; e questo, nonostante letture, sempre più diffuse, che, in aderenza a una rappresentazione meramente privatistica della famiglia¹⁶, con la *totale* apertura della medesima al diritto comune, giungono a privare di effettività gli stessi dettati costituzionali¹⁷.

Tant’è che, pur essendo definitivamente tramontato il modello patriarcale di famiglia-istituzione (anche nell’accezione formulata da Cicerone in termini di *seminarium rei publicae*), strutturata sull’autorità del capo-famiglia, ciò non significa che sia venuto meno qualsivoglia profilo istituzionale della famiglia medesima¹⁸. Pagine autorevoli chiariscono, infatti, che è possibile ricondurre la famiglia ad un concetto di *istituzione paritaria* (e non più gerarchica), in cui l’uguaglianza dei coniugi – che, per il tramite dell’accordo, conforma l’*unità* – è mediata dal principio di solidarietà, come si evince dal coordinamento dell’art. 29 con l’art. 2 della Cost.¹⁹. Si tratta, in sostanza, del passaggio dal modello di famiglia-istituzione al modello di famiglia-

*tuzione» alla «famiglia-comunità»: centralità del «rapporto» e primato della «persona», in Riv. dir. civ., 2013, 1050. L.A., in un altro passaggio, precisa che «libertà e responsabilità, parità e solidarietà sono nel diritto di famiglia riformato i principi cardini che presiedono alla regolamentazione dei diversi aspetti personali e patrimoniali del rapporto sia di coppia che di genitorialità» (ivi, 1056). Cfr. pure R. Biagi Guerini, *Famiglia e Costituzione*, Milano, 1989, 65; G. Villa, *Gli effetti del matrimonio*, in *Il diritto di famiglia*, I, *Famiglia e matrimonio*, Trattato diretto da G. Bonilini e G. Cattaneo, continuato da G. Bonilini, II ed., Torino, 2007, 340.*

¹⁵ Si rinvia a R. Biagi Guerini, *Famiglia e Costituzione*, cit., 218, la quale indica la stabilità e la coesione come le due espressioni del limite dell’unità familiare.

¹⁶ I contenuti di tale rappresentazione sono ben riassunti da M. Sesta, *Diritti inviolabili della persona e rapporti familiari: la privatizzazione «arriva» in Cassazione*, cit., 371: «Il matrimonio è un affare privato dei coniugi e la stabilità della famiglia è nelle mani di ciascuno di essi; l’ordinamento non pone regole per garantirlo».

¹⁷ In tal senso M. Paradiso, *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, 14, il quale, analizzando il fenomeno, giunge a questa conclusione: «Dalla casa familiare è stata sfrattata l’idea che l’unità della famiglia possa chiedere o giustificare il sacrificio di posizioni individuali e il suo posto è stato occupato da una “formazione sociale” vincolata allo sviluppo della personalità dei singoli». Si veda pure F.D. Busnelli, M.C. Vitucci, *Frammenti europei di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 773

¹⁸ Cfr. V. Scalisi, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall’unità d’Italia a oggi*, cit., 1046. L.A. segnala che, con riguardo alla famiglia-istituzione, si trattava di un modello di rapporti familiari «da società preindustriale e fondamentalmente agricola, con una organizzazione patriarcale della famiglia di tipo quasi aziendalistico, quale unità economica e produttiva di grande stabilità, a struttura autoritaria, piramidale e gerarchica, con ruoli separati e diversità di poteri reali dei suoi componenti». Si veda anche M. Sesta, *Verso nuovi sviluppi del principio di uguaglianza tra coniugi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, 388 ss.; M.R. Marella, *Che cos’è la famiglia*, cit., 3.

¹⁹ L. Mengoni, *La famiglia in una società complessa*, in *Iustitia*, 1990, 12. V. anche P. Zatti, *Familia, familiae. Declinazione di un’idea*, I, *La privatizzazione del diritto di famiglia*, in *Familia*, 2002, 35; A. Renda, *Il matrimonio civile. Una teoria neo-istituzionale*, Milano, 2013, 46 ss.; Id., *Le ragioni di una teoria neo-istituzionale del matrimonio*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 1025 ss.; M.R. Marella, *Che cos’è la famiglia*, cit., 12-13; S. Rodotà, *Solidarietà un’utopia necessaria*, cit., 24, il quale precisa che «la fraternità prima, e poi più

comunità, in cui *l'unità* si fonda non sulla decisione di uno ma sull'accordo di tutti e nell'interesse di tutti²⁰.

È quanto pare emergere dall'attuale assetto normativo dei rapporti di famiglia. Alla luce di tali coordinate assiologiche anche la tutela dell'interesse, dei bisogni, delle esigenze della famiglia, affermata in più luoghi normativi (ad es., artt. 143, 144, 145, 316 c.c.), deve essere intesa in ragione di una composizione armonica tra *libertà* e *solidarietà*, operata con riguardo alla specifica dimensione comunitaria familiare²¹.

3. *Segue. La solidarietà quale principio ordinante la comunione di vita familiare*

La medesima cifra valoriale dianzi focalizzata costituisce la premessa dalla quale muovere per ricostruire i significati di violenza domestica accolti dal nostro ordinamento e definire, così, l'ambito delle condotte lecite e quello delle condotte illecite²².

Se, in generale, nei rapporti interprivati per "violenza" può intendersi l'esercizio abusivo del potere riconosciuto a un soggetto, il tipo normativo di problema sta nel comprendere quando la condotta di un familiare degenera in abuso. Segnatamente, considerato che nei rapporti familiari, caratterizzati da un'interferenza intersoggettiva particolarmente intensa, ciascuno si relaziona con i propri diritti soggettivi, si tratta di conoscere le modalità di esercizio (lecito) di tali diritti²³.

Si ripropone allora la tradizionale questione del rapporto tra individuo e comunità²⁴, ovvero dell'esercizio dei diritti riconosciuti al singolo nell'ambito del gruppo

intensamente la solidarietà, abbandonano la logica del rapporto verticale, al posto del quale si instaura un «patto» tra eguali, che ribadisce la connessione tra solidarietà e uguaglianza».

²⁰ G. Vettori, *Diritti della persona e unità della famiglia trent'anni dopo*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, 199. Va comunque riconosciuta l'attualità dell'affermazione secondo la quale la famiglia «continua ad esercitare importantissime funzioni sociali, attinenti in particolare alla educazione ed alla formazione dei minori, soprattutto nella prima fase della loro vita, rappresentando ancor oggi la formazione sociale caratterizzata dai legami e dai rapporti più stabili», così S. Patti, *Famiglia e responsabilità civile*, cit., 13.

²¹ Cfr. R. Biagi Guerini, *Famiglia e Costituzione*, cit., 221; V. Scalisi, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi*, cit., 1058, il quale osserva che «siffatta terminologia non è da interpretare come il ritorno in campo di un ritrovato interesse, superiore e trascendente, del gruppo familiare in quanto tale. Anche in ipotesi siffatte al centro della tutela sono pur sempre interessi facenti capo ai componenti il nucleo familiare, ma siccome aventi dimensione propriamente personalistica e comunitaristica, sciolti in quanto tali da ogni connotazione particolaristica e meramente egoistica e invece rinvenienti la loro esclusiva ragione di essere nella comune appartenenza di ciascun membro al nucleo familiare, interessi quindi che ciascun componente ha in comune con gli altri e che come tali rendono possibile l'aggregazione di tutti in comunità, ossia nella comunità familiare».

²² Si rinvia ad A.C. Jemolo, in *Trattato di diritto civile*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1961, 315 ss.

²³ Cfr. P. Perlingieri, *I diritti del singolo quale appartenente al gruppo familiare*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, 72 ss.; M. Sesta, *Verso nuovi sviluppi del principio di uguaglianza tra coniugi*, cit., 389.

²⁴ P. Rescigno, *L'individuo e la comunità familiare*, in *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, II (1967-

di appartenenza; questione che si traduce in un *metodo* di comprensione dello specifico ambito disciplinare, assumendo la dimensione relazionale che governa i rapporti di famiglia, specialmente della c.d. famiglia nucleare, a prospettiva ermeneutica dei relativi percorsi ricostruttivi. Tant'è che proprio tale dimensione fa cogliere la ragione della *liceità* delle forme d'interferenza nella sfera giuridica altrui conosciute dal diritto di famiglia, ma anche di quelle non direttamente conosciute e che tali devono intendersi per l'essere connaturate alla struttura relazionale del rapporto.

Ebbene, nel rapporto tra coniugi, l'*uguaglianza* dei diritti e dei doveri, la quale esprime il principio dell'*accordo*, non può non intendersi unitamente alla previsione contenuta nell'art. 2 Cost., il quale lega la tutela dei diritti inviolabili dell'uomo al dovere di solidarietà²⁵. Con riferimento alle formazioni sociali, questa sinergia assiologica comporta che il singolo è chiamato a perseguire il proprio interesse in uno con l'interesse degli altri componenti del gruppo²⁶: nella famiglia, l'esercizio del diritto non può essere guidato da una logica meramente individualistica, dovendo necessariamente tener conto del diritto altrui e dei bisogni espressi dalla comunione di vita²⁷.

Peraltro, l'*uguaglianza* posta dalla Costituzione implica la perfetta *reciprocità*²⁸ dei diritti e degli obblighi matrimoniali, chiaramente espressa dal Codice civile: obblighi di fedeltà, assistenza morale e materiale, coabitazione, collaborazione nell'interesse della famiglia, contribuzione ai bisogni della famiglia (art. 143 c.c.), determinazione dell'indirizzo della vita familiare, fissazione della residenza della famiglia (art. 144 c.c.); tutti obblighi, questi, che si traducono in *limiti* posti dalla "forza" (direbbe Irti, violenza) della legge e che non aderiscono al solo interesse individuale, ma piuttosto all'ordine valoriale conformato dalla stessa Costituzione: quello di edificare e realizzare l'interesse della *communitas* familiare, che fonda l'*unità* della famiglia²⁹.

1987), Padova, 1988, 241 ss.; C. Dionisi, *Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, 494 ss.; G. Vettori, *Diritti della persona e unità della famiglia trent'anni dopo*, cit., 200.

²⁵ Sul significato e sul ruolo sistematico del principio di solidarietà, si rinvia, tra i più recenti, a M.C. Blais, *La solidarietà. Storia di un'idea*, a cura di B. Magni, Milano, 2012, *passim*; S. Rodotà, *Solidarietà un'utopia necessaria*, cit., *passim*.

²⁶ Si veda P. Rescigno, *L'individuo e la comunità familiare*, cit., 243; L. Mengoni, *La famiglia in una società complessa*, cit., 13; A. Nicolussi, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, cit., 935.

²⁷ Cfr. M. Paradiso, *I rapporti personali tra coniugi. Art. 143-148 c.c.*, cit., 54 ss. L'espressione "comunione di vita" è qui utilizzata anche per indicare il profilo che accomuna ogni modello di rapporto di coppia che possa definirsi "familiare", cioè nei termini in cui la Cassazione, già dagli anni '80 del secolo scorso, definisce il concetto di convivenza (v. Cass., 13 dicembre 1986, n. 7486, in *Giust. civ. mass.*, 1986, fasc. 12 e per esteso in banca dati *De jure*).

²⁸ Si tratta comunque di una reciprocità estranea alla logica del *do ut des*. Come precisa L. Mengoni, *La famiglia in una società complessa*, cit., 12 «i diritti e i doveri che nascono dal matrimonio si riportano allo stato di coniuge: non sono interdipendenti (...) ma sono propri di ciascun coniuge considerato per se medesimo».

²⁹ Cfr. A. Morace Pinelli, *Violazione dei doveri matrimoniali e responsabilità civile*, in *Giust. civ.*, 2006, I, 105,

Con ciò non si vuole (ri)affermare il concetto di “interesse superiore” della famiglia nel senso che a quest’ultima vada riconosciuto il primato sulla persona dei familiari³⁰, bensì una visione *comunitaria* della famiglia, ordinata dal principio di solidarietà: il familiare non è un soggetto isolato ma in relazione con l’altro, sicché il suo agire, “dentro” la relazione, non può essere guidato esclusivamente dalla realizzazione della propria felicità individuale bensì da un criterio di integrazione dei propri interessi con gli interessi dell’altro³¹. In sostanza, la solidarietà tra i membri della famiglia, l’altruismo e l’idea comunitaria sono i valori che «ispirano il regime giuridico della famiglia diversamente dal diritto del mercato, fondato sul paradigma dell’individualismo»³².

Diversamente, si attuerebbe l’assurda disintegrazione del profilo relazionale e l’isolamento dell’individuo, con conseguenze ben più drastiche rispetto a quelle definite in termini di «mito del *single*»³³; verrebbe meno, cioè, l’idea dell’uomo come essere sociale, che si pone in relazione, con la conseguenza che il rapporto con l’altro, anche nell’ambito familiare, finirebbe per essere ordinato da una logica meramente egoistica³⁴. In tal senso, pagine della nostra letteratura spiegano che nella

il quale, trattando dell’illecito endofamiliare, ritiene che l’errore principale della giurisprudenza nel riconoscere rilevanza alla fattispecie sia stato «quello di aver considerato – sostanzialmente, al di là delle formule – la famiglia un mero luogo di esercizio dei diritti di ciascuno dei suoi componenti, alla stregua delle altre formazioni sociali, non cogliendone la peculiarità derivante dalla dimensione comunitaria di vita, che postula l’esigenza di un bilanciamento di valori potenzialmente in conflitto» (*ivi*, 106). Si veda pure G. Ramaccioni, *I c.d. danni intrafamiliari: osservazioni critiche sul recente dibattito giurisprudenziale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, 195.

³⁰ V. Scalisi, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall’unità d’Italia a oggi*, cit., 1047; M. Sesta, *Diritti inviolabili della persona e rapporti familiari: la privatizzazione “arriva” in Cassazione*, cit., 371; M.R. Marella, *Che cos’è la famiglia*, cit., 11-12.

³¹ C. Dionisi, *Limiti all’autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, cit., 496; A. Nicolussi, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, cit., 936. V. anche A.G. Cianci, *Gli ordini di protezione familiare*, II ed., Milano, 2005, 22; G. Ramaccioni, *I c.d. danni intrafamiliari: osservazioni critiche sul recente dibattito giurisprudenziale*, cit., 179; A. Morace Pinelli, *Violazione dei doveri matrimoniali e responsabilità civile*, cit., 105.

³² M.R. Marella, *La «specialità» del diritto di famiglia nella scienza giuridica e nella comparazione*, in M.R. Marella e G. Marini, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, cit., 48.

³³ In questi termini si esprime D. Messinetti, *Diritti della famiglia e identità della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 144. Si vedano anche le ampie riflessioni svolte in proposito da C. Camardi, *Diritti fondamentali e status della persona*, rielaborazione dell’intervento al Convegno su “*Le libertà fondamentali del Trattato UE e il diritto privato*”, tenutosi nell’Università degli Studi Roma Tre il 31 ottobre 2014, in corso di pubblicazione nella *Riv. crit. dir. priv.*, consultato e qui citato per cortese concessione dell’Autore. In questo studio l’A. sostiene che nell’ambito delle relazioni familiari «i diritti soggettivi agiscono dissolvendo le comunità in quanto tali, rendendole più precarie, più numerose e più responsabili. Anche all’interno di una famiglia tradizionale, il riconoscimento dei diritti fondamentali dei singoli membri li rende più liberi, nel momento in cui squarcia il velo dell’autorità sotto il quale in passato restavano coperte perfino le violenze, ma più semplicemente le decisioni unilateralmente e irresponsabilmente assunte nel nome e nell’interesse dei figli».

³⁴ In proposito, ci pare utile richiamare quanto puntualizzato da S. Rodotà (*Solidarietà un’utopia necessaria*,

«tensione continua e costante verso l'altro, inteso non già come altra polarità del rapporto relazionale, affettivo, sentimentale, familiare, bensì come oggetto da conquistare, l'uomo perde la sua dimensione tipica di animale sociale per divenire un essere che, seppure costantemente proiettato in nuovi rapporti e nuove avventure affettive, appare profondamente isolato, vittima del suo *ego* unilaterale; il quale lo porta a temere che ogni nuova relazione, se approfondita, possa privarlo della libertà relazionale che egli oramai sente assolutamente necessaria per la sua felicità»³⁵.

Ebbene, individuato nella solidarietà il principio ordinante le relazioni familiari, pare possibile affermare che il tipo di condotta che non può considerarsi "abusiva", nel senso che supera la soglia del lecito, è quella che persegue *anche* l'interesse dell'altro familiare e, dunque, dell'*unità* della famiglia³⁶.

Ne discende che il processo di privatizzazione della famiglia³⁷ non ha abbattuto il principio costituzionale di *unità*, ma ha soltanto mutato il fondamentale di tale valore, che ora non è più la famiglia-istituzione bensì la *persona*³⁸ del cui interesse (non esclusivo) deve prendersi cura ogni familiare³⁹.

In quest'ottica si spiegano, tra l'altro, le peculiarità della disciplina dell'invalidità del matrimonio rispetto all'invalidità del contratto; così, a proposito di violenza, con riferimento al matrimonio *forzato*, in cui il consenso di uno dei coniugi è stato estorto con violenza (art. 122 c.c.), la libertà individuale lesa nel momento costitutivo della famiglia è sanata per effetto del suddetto principio, in uno col comportamento (ritenuto dalla legge, con presunzione assoluta) convalidante della vittima, ovvero la coabitazione protratta per un anno dalla cessazione della condotta violenta⁴⁰.

cit., 28) con riguardo ai diritti sociali: «Svincolata da una matrice unicamente individualistica, che dava ai diritti un connotato oppositivo tra le posizioni dei diversi loro titolari, ciascuno dei quali si considerava legittimato a esercitarli nella forma assolutistica tipica del modello proprietario, la presenza sociale dei diritti conosce un capovolgimento. Non più terreno permanente di scontro tra interessi individuali, al quale sfuggire rifugiandosi nella comunità come appunto vuole il comunitarismo americano, l'idea dei diritti è in grado di dispiegare le sue potenzialità nella costruzione di legami sociali anche al suo collegarsi strutturale con la solidarietà e i suoi doveri».

³⁵ D. Messinetti, *Diritti della famiglia e identità della persona*, cit., 144.

³⁶ Cfr. G. Vettori, *L'unità della famiglia e la nuova disciplina della separazione giudiziale fra coniugi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, 711 ss.

³⁷ Si veda P. Zatti, *Familia, familiae. Declinazione di un'idea*, I, *La privatizzazione del diritto di famiglia*, cit., 9 ss.

³⁸ Si rinvia a C. Camardi, *Diritti fondamentali e status della persona*, cit.

³⁹ Cfr. G. Vettori, *Diritti della persona e unità della famiglia trent'anni dopo*, cit., 197, il quale osserva che il processo di privatizzazione della famiglia ha affermato una diversa dialettica fra il gruppo, la persona e il contratto; F. Prosperi, *La famiglia nell'ordinamento giuridico*, in *Dir. fam.*, 2008, 796 ss.

⁴⁰ Si rinvia a A.C. Jemolo, *Il matrimonio*, cit., 160 ss.; G. Ferrando, *Il matrimonio*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, vol. V, t. 1, Milano, 2002, 525 ss.; R. Tommasini, sub art. 117, in *Commentario del Codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Della famiglia*, a cura di L. Balestra, Torino, 2010, 267 ss.; E. Giacobbe, *Il matrimonio*, in *Trattato di diritto civile*, diretto

Nella medesima prospettiva, si comprende pure la ragione per la quale l'intervento del giudice o di altra autorità preposta nei rapporti familiari è consentito soltanto in casi estremi, ovvero quando è in gioco l'*unità* della famiglia⁴¹, la comunione di vita o – come puntualmente andremo a dire – l'integrità della persona del familiare⁴². Tant'è che nel rapporto coniugale, l'intervento del giudice nelle decisioni che devono essere prese di comune accordo dai coniugi, è ammesso soltanto quando l'accordo non viene raggiunto e su domanda del coniuge che ritiene leso l'interesse della comunità familiare, scaturente dalla sintesi di tutti gli interessi dei suoi componenti (art. 145 c.c.). Il giudice, peraltro, deve tentare di «raggiungere una soluzione concordata» e, se questo non è possibile, nelle ipotesi previste dal comma 2 dell'art. 145 c.c., deve adottare la soluzione «più adeguata alle esigenze dell'*unità* e della *vita* della famiglia».

In definitiva, la decisione deve essere funzionale a sostenere la comunità familiare.

Pure nel rapporto tra genitori e figli è ammesso l'intervento del giudice nelle decisioni che competono ai primi, soltanto su richiesta di uno dei genitori e per la tutela dell'interesse del figlio e dell'*unità* familiare (art. 316 c.c.). In tal caso, il grado di rilevanza del valore dell'*unità* si esprime nel fatto di essere elevato a principio, con il quale il principio della tutela dell'interesse del figlio minore deve essere coordinato.

4. La considerazione civilistica della “violenza domestica”

Nelle dinamiche relazionali riguardanti i rapporti di famiglia, l'ampia zona di intangibilità da parte del diritto⁴³ interessa anche le espressioni di forza di un coniuge sull'altro o, più in generale, di un familiare nei confronti di un altro, che comunque si inseriscano nel relativo ordine assiologico e sistematico.

D'altronde si tratta del giudizio di bilanciamento, cui va necessariamente incontro il principio di uguaglianza nel momento in cui si considerano le posizioni soggettive nell'ambito di un rapporto giuridico di carattere non patrimoniale, come quello familiare, la cui essenza consiste nella comunione di vita⁴⁴. A tale riguardo, anche se pronunciati in un contesto normativo che accoglieva un'idea di famiglia successivamente superata, mantengono la loro efficacia sostanziale gli insegnamenti

da R. Sacco, *Le persone e la famiglia*, 3, t. 1°, Torino, 2011, 273 ss.; A. Morace Pinelli, sub art. 122, in A. Marini, A. Morace Pinelli, *Della nullità del matrimonio*, in *Il Codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2012, 215 ss.

⁴¹ Cfr. F.D. Busnelli, *Libertà e responsabilità dei coniugi nell'attuazione della vita familiare*, cit., 145 ss.

⁴² Si rinvia a E. Roppo, *Il giudice nel conflitto coniugale. La famiglia tra autonomia ed interventi pubblici*, Bologna, 1981, *passim*.

⁴³ Su questo aspetto v. A.C. Jemolo, *La famiglia e il diritto*, in *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Catania*, VIII, Napoli 1949, 56 ss.; A. Nicolussi, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, cit., 935.

⁴⁴ Cfr. F.D. Busnelli, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 522 ss.

che mettono in luce l'estraneità del principio di uguaglianza «ai gruppi privati, nei quali il legame tra i membri è un vincolo morale, che impegna l'intera persona del soggetto. Le disuguaglianze ammesse, per esempio, nel regime della famiglia (...) si giustificano grazie a questa intimità della coesione sociale, che resiste e che soffrirebbe di ogni disciplina estranea»⁴⁵.

Ebbene, soltanto quando la condotta esce dalla logica della solidarietà (l'affermazione della comunione di vita), la sola che può giustificare l'atto di "forza", s'incorre in uno di quei casi "estremi", tutti accomunati dal fatto che la relazione è talmente degenerata da potersi ritenere ormai irrimediabilmente compromessa⁴⁶; in ragione di ciò, si spiega l'intervento del (l'autorità del) legislatore, il quale giunge financo a sacrificare, anche solo provvisoriamente, l'unità della famiglia⁴⁷.

Non è, quindi, soltanto il *mezzo* con cui si decidono le questioni familiari che "apre le porte" all'intervento del diritto, attivando la relativa tutela, bensì il *mezzo* unito al *fine* e all'*effetto* che lo accompagna, vale a dire l'essere orientato non da una logica relazionale bensì da una logica meramente lesiva della sfera personale del soggetto in relazione⁴⁸.

Insomma, anche l'atto di "forza"/"violenza", che deroga alla regola dell'uguaglianza, può essere "conforme" al diritto, ma solo se giustificato dal principio di solidarietà, che presiede la costituzione, lo svolgimento e la stabilità della relazione familiare⁴⁹.

Gli ambiti normativi privilegiati, cui si rivolgono tali argomenti, riguardano principalmente gli ordini di protezione contro gli abusi familiari⁵⁰ – la cui disciplina, contenuta negli artt. 342 *bis* e 342 *ter* c.c., è stata introdotta dalla legge 4 aprile 2001, n. 154, la quale, a sua volta, ha dato seguito alle relative sollecitazioni internazionali⁵¹

⁴⁵ P. Rescigno, *Immunità e privilegio*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, 417.

⁴⁶ Cfr. A.G. Cianci, *Gli ordini di protezione familiare*, cit., 9.

⁴⁷ A.G. Cianci, *op. cit.*, 76; A. Nicolussi, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, cit., 956.

⁴⁸ È chiaro, in questo senso, Trib. Bari (decr.), 18 luglio 2002, in *Fam. dir.*, 2002, 623-624, con nota di G. De Marzo, *Ordine di protezione: le applicazioni della giurisprudenza*. In tale pronuncia, con riguardo agli ordini di protezione di cui all'art. 342 *bis* c.c., si precisa che ciò che rileva «non è la condotta in sé del coniuge nei cui confronti si richiedono le misure di protezione, ancorché obiettivamente contraria ai doveri nascenti dal rapporto coniugale o altrimenti qualificabile come anti-giuridica, bensì l'esistenza di un pregiudizio grave all'integrità fisica o morale ovvero alla libertà patito da un coniuge, imputabile in termini causali alla condotta dell'altro coniuge».

⁴⁹ Conclusione, questa, che muove anche dalla considerazione che la previsione del 2° comma dell'art. 29 Cost. «pur sancendo la parità dei coniugi, quale valore primario cui va sicuramente garantita la più ampia tutela, introduce anche la possibilità di apportarvi delle limitazioni purché e solo se siano funzionali al mantenimento della "coesione" della società familiare», così R. Biagi Guerini, *Famiglia e Costituzione*, cit., 221.

⁵⁰ Il modello di riferimento è l'*Order of protection* statunitense; si veda Finn e Colson, *Civil protection orders*, Washington, 1995, *passim*; Block, *A Civil Remedy to Domestic Violence in the U.S.*, in Aa.Vv. *Violenza domestica: un fenomeno sommerso*, a cura dell'Associazione Donne Magistrato Italiane, Milano, 1996, 224 ss.

⁵¹ Si tratta delle medesime fonti internazionali richiamate nel preambolo della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica del

– nonché la disciplina della decadenza dalla responsabilità genitoriale sui figli (art. 330 c.c.) e della condotta del genitore pregiudizievole ai figli (art. 333 c.c.)⁵².

La struttura di tali previsioni normative, volte a tutelare la vittima dell'abuso (l'atto di violenza)⁵³ in un contesto (quello domestico) in cui la violenza è considerata un problema di carattere pubblico⁵⁴, conferma i profili assiologici e funzionali dell'ordine giuridico della famiglia, così come poc'anzi descritti⁵⁵.

Ora, l'art. 342 *bis* c.c., prevedendo che su istanza di parte possa essere emesso un ordine di protezione *soltanto* quando la condotta del coniuge o di altro convivente «è causa di *grave* pregiudizio all'integrità fisica o morale ovvero alla libertà dell'altro coniuge o convivente», esprime una *ratio* che non tende a tutelare in via esclusiva l'interesse individuale, ma che considera pure la dimensione comunitaria della specifica formazione sociale⁵⁶. Altrimenti, qualsiasi pregiudizio e non soltanto quello connotato dalla *gravità* avrebbe avuto ragione di essere tutelato; solo il pregiudizio grave, invece, giustifica la prevalenza della tutela dell'interesse della vittima rispetto alle ragioni dell'unità della famiglia⁵⁷.

D'altro canto, quando la condotta del familiare cagiona un *grave* pregiudizio ai diritti fondamentali dell'altro, qualsiasi giustificazione in termini di solidarietà pare insostenibile, così come la tenuta della famiglia-comunità risulta gravemente compromessa⁵⁸; tant'è che l'ordine di protezione dispone, tra l'altro, «l'allontanamento dalla casa familiare del coniuge o del convivente che ha tenuto la condotta pregiudizievole» (art. 342 *ter* c.c.)⁵⁹.

2011. Per un'illustrazione delle discipline degli ordini di protezione in taluni ordinamenti europei ed extra-europei si rinvia a A.G. Cianci, *Gli ordini di protezione familiare*, cit., 44 ss.

⁵² Tali disposizioni sono state modificate dall'art. 37 della legge 28 marzo 2001, n. 149; a seguito di tale modifica è ora ammesso l'allontanamento dalla residenza familiare non soltanto del minore, come nell'originaria formulazione degli artt. 330 e 333 c.c., ma anche del genitore o convivente che maltratta o abusa del minore.

⁵³ Su tale profilo funzionale v. A. Scalera, *Gli ordini di protezione contro gli abusi familiari*, cit., 231; A. Renda, *L'abuso familiare*, in *Gli abusi familiari. Misure personali e patrimoniali di protezione. Profili di diritto civile, penale e comparato*, a cura di M. Paladini, Padova, 2009, 86.

⁵⁴ D. Henrich, *La tutela contro la violenza nella famiglia: la riforma tedesca*, in *Familia*, 2002, 765; L. Carrera, *Violenza domestica e ordini di protezione contro gli abusi familiari*, in *Fam. dir.*, 2004, 388; A. G. Cianci, *Gli ordini di protezione familiare*, cit., 9 ss.

⁵⁵ Si veda S. Silvani, *Gli ordini di protezione contro gli abusi familiari (artt. 2-8, legge 4 aprile 2001, n. 154 – misure contro la violenza nelle relazioni familiari)*, in *Trattato di diritto di famiglia*, I, diretto da P. Zatti, vol. I, *Famiglia e matrimonio*, a cura di G. Ferrando, M. Fortino, F. Ruscello, t. I, II ed., Milano, 2011, 1198 ss.

⁵⁶ Cfr. A. Renda, *L'abuso familiare*, cit., 98.

⁵⁷ Si veda Cass., 10 maggio 2005, n. 9801, cit. V. anche G. Foti, sub art. 342 *bis*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Della famiglia*, a cura di L. Balestra, cit., 1073.

⁵⁸ E questo nonostante il carattere provvisorio del provvedimento. Il giudice, infatti, deve fissare la durata dell'ordine di protezione, la quale non può superare l'anno, pur essendo prorogabile, su richiesta di parte e solo se ricorrono gravi motivi, per il tempo strettamente necessario (art. 342 *ter* c.c.).

⁵⁹ Cfr. A. Nicolussi, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, cit., 946.

Tali condotte, dunque, sono del tutto estranee alla logica solidaristica; il fatto di essere tenute nell'ambito domestico fa operare una forma di tutela della vittima non tanto come soggetto individuale, ma in quanto inserito nel gruppo familiare, realizzando, cioè, l'interesse alla tranquillità (sicurezza) familiare, propria e, di conseguenza, della *communitas* domestica. In questi termini, paiono doversi intendere i discorsi della Corte di legittimità ove osserva che gli ordini di protezione sono finalizzati a tutelare «non interessi individuali, ma l'interesse sociale alla tranquillità delle famiglie»⁶⁰; la quale dipende unicamente dalla persistenza del gruppo familiare nella comunione e nella solidarietà. Tale presupposto viene evidentemente meno in presenza di una di quelle ipotesi che, stando al testo dell'art. 342 *bis* c.c., delimitano l'ambito di rilevanza del pregiudizio *grave* alla persona, vale a dire la lesione dell'integrità fisica o morale ovvero della libertà dell'altro coniuge o convivente⁶¹.

Pertanto, la fattispecie considerata dal legislatore interno si riferisce a condotte (atipiche) del tutto avulse da una logica funzionale alla tutela dell'interesse dell'altro soggetto in relazione o della comunità familiare, ma oggettivamente idonee soltanto a ledere la sfera personale del familiare⁶². Tant'è che il provvedimento (l'ordine di protezione), di carattere preventivo rispetto alla separazione personale dei coniugi⁶³, è strettamente funzionale a “mettere in sicurezza” la vittima⁶⁴, con le seguenti misure: a) cessazione della condotta pregiudizievole; b) allontanamento dalla casa familiare del soggetto violento⁶⁵; c) se necessario, limitazione della libertà di circolazione

⁶⁰ Cass., 5 gennaio 2005, n. 208, in *Foro it.*, 2006, 1, 1, 224. V. anche R. Sabato, *Gli ordini di protezione contro gli abusi familiari: prime elaborazioni della giurisprudenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, II, 238.

⁶¹ Cfr. L. Ciaroni, *Le forme di tutela contro la violenza domestica*, in *Giur. mer.*, 2006, 9, 1840; G. Gliatta, *Il fenomeno dei maltrattamenti in famiglia e verso le donne tra legislazione penale e rimedi civilistici*, in *Resp. civ.*, 2009, 543; M.R. Marella, *Il diritto delle relazioni familiari fra stratificazioni e 'resistenze'. Il lavoro domestico e la specialità del diritto di famiglia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, 240, la quale, con riferimento al rapporto tra la tutela individuale e quella della comunità familiare precisa che «il valore della persona si colloca al centro del sistema rispetto ad ogni ambito del diritto e tende a prevalere sull'esigenza di preservare l'unità della famiglia in una misura che supera di gran lunga il nuovo equilibrio fra individualismo e comunitarismo realizzato dalla riforma del '75». In proposito si veda anche Trib. Monza, 7 maggio 2012 (ord.), in *Giur. mer.*, 2013, 294 ss.

⁶² R. Sabato, *Gli ordini di protezione contro gli abusi familiari: prime elaborazioni della giurisprudenza*, cit., 243; G. Gliatta, *Il fenomeno dei maltrattamenti in famiglia e verso le donne tra legislazione penale e rimedi civilistici*, cit., 539 ss. Si consideri, peraltro, che la versione originaria dell'art. 342 *bis* conteneva l'inciso «qualora il fatto non costituisca reato perseguibile d'ufficio», soppresso dalla l. 6 novembre 2003, n. 304. Ora, dunque, non è più necessario che il giudice civile verifichi che l'abuso costituisca per la legge penale un reato perseguibile d'ufficio.

⁶³ M. Paladini, *L'ordine di protezione dell'allontanamento dalla casa familiare: aspetti problematici e ambito di applicazione*, in *Gli abusi familiari. Misure personali e patrimoniali di protezione. Profili di diritto civile, penale e comparato*, cit., 196.

⁶⁴ Su tale concetto si veda A. Renda, *L'abuso familiare*, cit., 100.

⁶⁵ Cfr. M. Paladini, *Gli ordini di protezione contro gli abusi familiari: misure "anticipatorie" dei provvedimenti provvisori nella separazione personale?*, in *Fam. pers. succ.*, 2010, 570-571, il quale osserva che come «nella

del soggetto autore della violenza; d) intervento eventuale dei servizi sociali, di un centro di mediazione familiare, di associazioni che abbiano come fine il sostegno e l'accoglienza di donne e minori o di altri soggetti vittime di abusi e maltrattamenti; e) pagamento di un assegno periodico a favore dei conviventi che, a seguito dell'emanazione degli ordini di protezione, rimangono privi di mezzi adeguati.

Pure nel caso in cui, nelle relazioni familiari, vittima della "violenza" sia il figlio minore, non basta un qualsiasi comportamento "violento" del genitore, consistente nell'inosservanza dei suoi doveri verso il figlio o nell'abuso dei suoi poteri, ma è necessario che da ciò consegua un *pregiudizio* nei confronti della persona del figlio minore. Ne discende che – in presenza di comportamenti che non possono oggettivamente trovare una giustificazione nell'ordine valoriale che presiede la specifica relazione, come nel caso delle omissioni o degli abusi che arrecano un pregiudizio al figlio – la tutela dell'interesse del minore nell'ambito del rapporto genitore-figlio ha ragione di prevalere rispetto a qualsivoglia altro interesse; si tratta, infatti, di comportamenti, che trasformano quella che per il diritto deve essere una relazione di carattere *solidale* e funzionale al "bene" del figlio in una relazione governata da una logica opposta, cioè di natura *ostile*, la quale non ammette alcuna giustificazione dell'atto di "forza"/"violenza" posto in essere dal genitore⁶⁶. È per ciò che il legislatore articola provvedimenti che incidono direttamente sulla relazione, sacrificandola⁶⁷: nei casi più gravi con la decadenza dalla responsabilità genitoriale (art. 330 c.c.), accompagnata, se necessario, da altri provvedimenti posti a protezione della "sicurezza" della persona e che possono consistere nell'allontanamento del figlio o del genitore o convivente che maltratta o abusa del minore; nei casi meno gravi, con l'adozione di altrettante o comunque delle più idonee misure protettive del minore, diverse dalla decadenza dalla responsabilità genitoriale (art. 333 c.c.)⁶⁸.

separazione e nel divorzio, nel provvedimento di assegnazione in favore di un coniuge è "compreso" l'ordine di allontanamento nei confronti dell'altro coniuge, allo stesso modo deve ritenersi che l'ordine di allontanamento previsto dall'art. 342 *ter* c.c. includa automaticamente l'assegnazione della casa familiare in favore del coniuge o convivente vittima dell'abuso».

⁶⁶ Lo stesso fattore di degenerazione relazionale può ravvisarsi nella previsione dell'art. 403 c.c., che, in presenza delle condizioni d'urgenza ivi previste, ovvero di abbandono del minore o di crescita del medesimo in ambienti insalubri o pericolosi oppure ad opera di soggetti inadeguati ad educarlo, autorizza la pubblica autorità (solitamente i servizi sociali locali) ad adottare, in via provvisoria e d'urgenza, tutti i provvedimenti necessari a porlo in sicurezza.

⁶⁷ Cfr. A. Renda, *L'abuso familiare*, cit., 90.

⁶⁸ Tanto gli ordini di protezione *ex* artt. 342 *bis* e 342 *ter* c.c. quanto i provvedimenti di cui agli artt. 330 e 333 c.c. si caratterizzano per la provvisorietà. Su tale carattere, con specifico riguardo ai provvedimenti di cui all'art. 342 *ter* c.c., si è giustamente osservato che sebbene essi «siano tendenzialmente funzionali al "recupero" dell'unità della famiglia, non si può disconoscere che, in concreto, la consumazione degli abusi familiari costituisca una condotta con elevata potenzialità di definitiva dissoluzione del legame affettivo e della comunione di vita tra i familiari conviventi, al punto che la richiesta di misure protettive si risolve

5. Note intorno ai connotati strutturali e funzionali dei rapporti giuridici di tipo familiare

Riprendendo allora la distinzione delineata dalla dottrina citata *in limine* tra “violenza conforme alla legge” e “violenza contraria alla legge”, nelle previsioni normative appena considerate è tracciata chiaramente la linea di confine tra “uso” e “abuso” del diritto⁶⁹; il tutto in sintonia con i principi che discendono dalla nostra Carta Costituzionale (artt. 2 e 29), ma anche con quelli posti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, il cui art. 8 ammette l’ingerenza dell’autorità pubblica soltanto quando è prevista espressamente dalla legge e costituisce una misura necessaria per garantire la sicurezza, pubblica e privata.

In questi termini è agevole cogliere che nell’ambito del lecito rientrano anche le espressioni di prevaricazione del potere finalizzate all’affermazione dell’interesse della *communitas* in uno con la promozione della persona che, nell’ambito della specifica formazione sociale, afferma e svolge la propria personalità⁷⁰. L’essere in relazione, infatti, richiede necessariamente, per la permanenza della relazione medesima, il costante reciproco sacrificio di taluni interessi, che trovano radicamento in un proprio diritto soggettivo⁷¹.

È questo il meccanismo proprio dei rapporti a modello partecipativo; infatti, con riguardo alla famiglia «i suoi membri intanto la creano e la mantengono in vita in quanto partecipando ad essa si realizzano a pieno nella loro realtà sociale, relazionale e professionale»⁷²: una realizzazione ritenuta possibile solo *con* l’altro e che quindi implica l’affermazione e l’integrazione della propria felicità *con* quella del soggetto in relazione.

Questo, come accennavamo, pare un profilo caratterizzante i rapporti di natura non patrimoniale, in cui cioè non c’è una prestazione quantitativamente determinata o determinabile, per il cui adempimento *soltanto* si giustifica il rapporto giuridico

spesso in un prologo alla decisione di porre fine alla convivenza», così M. Paladini, *Gli ordini di protezione contro gli abusi familiari: misure “anticipatorie” dei provvedimenti provvisori nella separazione personale?*, cit., 567. Si veda anche R. Sabato, *Gli ordini di protezione contro gli abusi familiari: prime elaborazioni della giurisprudenza*, cit., 247.

⁶⁹ Cfr. A.G. Cianci, *Gli ordini di protezione familiare*, cit., 133; A. Scalera, *Gli ordini di protezione contro gli abusi familiari*, cit., 231.

⁷⁰ In proposito v. R. Biagi Guerini, *Famiglia e Costituzione*, cit., 77 ss.

⁷¹ Cfr. R. Biagi Guerini, *op. cit.*, 218-219. Che si tratti di diritti soggettivi è chiarito espressamente dalla giurisprudenza, tra cui Cass., 15 settembre 2011, n. 18853, in *Fam. pers. succ.*, 2012, 92 ss., con nota di G.F. Basini, *Infedeltà matrimoniale e risarcimento. Il danno «endofamiliare» tra coniugi e in Foro pad.*, 2012, 1, I, 49, con nota di F.C. Salvadori, *Tutela aquiliana e separazione dei coniugi: il danno da adulterio tra conferme e novità*.

⁷² D. Messinetti, *Diritti della famiglia e identità della persona*, cit., 153. L’A. rileva che si è passati «dalla famiglia “nido” alla famiglia “trampolino”. E cioè alla famiglia la cui esistenza e il cui funzionamento operano da precondizione per raggiungere determinati risultati concreti in termini di realizzazione della propria identità».

co⁷³; ma ci sono doveri e diritti *reciproci*, funzionali alla realizzazione dell'interesse comune alla relazione⁷⁴. Diritti e doveri perciò sottoposti ad una continua rimodulazione del loro punto di equilibrio, il quale varia a seconda della specificità ontica del singolo *rapporto*, inteso come *sistema di vita*. È a quest'ultima entità, il rapporto, quale ragione giustificatrice della famiglia (*rectius* degli *status familiari*)⁷⁵, che deve rivolgersi il percorso valutativo delle condotte dei membri della famiglia, in considerazione delle sue peculiarità, anche di ordine soggettivo⁷⁶.

Sin tanto che la condotta del familiare rientra nelle dinamiche proprie di tale rapporto, si ha a che fare con quello spazio nemmeno "lambito" dal diritto e lasciato alla libertà dei soggetti⁷⁷. È lo spazio riservato alla famiglia-comunità, ovvero a quello che più sopra abbiamo detto costituire il nuovo profilo istituzionale della famiglia.

La linea di confine tra *libertà e autorità* è allora segnata da quei comportamenti del tutto incompatibili con il valore della solidarietà familiare, anzitutto da quelli lesivi dei diritti inviolabili della persona⁷⁸. Si tratta, in sostanza, di quei casi in cui l'atto di "forza" si pone al di fuori della logica comunitaria, radicandosi unicamente in una logica individualistica: il soggetto in relazione familiare agisce per il perseguimento del proprio interesse individuale mediante il sacrificio dell'interesse altrui, edifica cioè la propria felicità sull'infelicità altrui⁷⁹.

In questi termini paiono doversi intendere le precisazioni ermeneutiche che si leggono in talune sentenze di merito come quando si afferma che «per potersi configurare il "grave pregiudizio all'integrità morale" di un coniuge, che legittima il ricorso *ex art. 342 bis c.c.*, deve verificarsi un *vulnus* alla dignità dell'individuo di *entità non comune*, o per la particolare delicatezza dei profili della dignità stessa concretamente incisi, o per le modalità – forti – dell'offesa arrecata, o per la ripetitività o la prolungata durata nel tempo della sofferenza patita dall'offeso»⁸⁰.

⁷³ Cfr. C. Camardi, *Diritti fondamentali e status della persona*, cit.

⁷⁴ Un'acuta ricostruzione sistematica della distinzione tra rapporti giuridici patrimoniali e non patrimoniali è operata da D. La Rocca, *Diritto e denaro. Il valore della patrimonialità*, Milano, 2006, 212 ss.

⁷⁵ Si veda L. Mengoni, *La famiglia in una società complessa*, cit., 12. V. pure P. Perlingieri, *I diritti del singolo quale appartenente al gruppo familiare*, cit., 83 ss.

⁷⁶ Cfr. V. Scalisi, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi*, cit., 1061, il quale afferma che «è qui, nel *rapporto*, il nuovo principio di rilevanza e il criterio stesso di legittimazione e qualificazione giuridica della formazione-famiglia».

⁷⁷ Il riferimento è all'espressione di A.C. Jemolo, *La famiglia e il diritto*, cit., 57, il quale, come a tutti noto, rappresenta la famiglia come «un'isola che il mare del diritto può lambire, ma lambire soltanto».

⁷⁸ Cfr. P. Zatti, *Familia, familiae. Declinazione di un'idea*, I, cit., 34 ss. L'Autore, nei termini che abbiamo affermato, ravvisa nel nucleo essenziale dei diritti della persona il limite invalicabile al possibile sacrificio dell'interesse del singolo. V. anche A. Scalerà, *Gli ordini di protezione contro gli abusi familiari*, cit., 232.

⁷⁹ In questi termini si esprime A. Nicolussi, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, cit., 968.

⁸⁰ Trib. Bari (decr.), 18 luglio 2002, cit., 623 ss. Si vedano anche Trib. Trani, 12 ottobre 2001, in *Fam. dir.*, 2002, 395; Trib. Bari, 28 luglio 2004, in *Foro it.*, 2005, I, 555.

Ebbene, soltanto se lo svolgimento del rapporto familiare, anche con espressioni di “forza” (violenza), non degenera nella lesione dell’integrità della sfera personale, in modo da ritenersi *intollerabile* relativamente agli assetti dello specifico rapporto, allora la *libertà* delle parti non può essere sindacata dal diritto⁸¹. In tal senso, i giudici hanno ritenuto non costituire un pregiudizio rilevante a norma dell’art. 342 *bis* c.c. quello verificatosi in presenza di una situazione di reciproca incomunicabilità ed intolleranza dei coniugi, caratterizzata da litigi che, benché aspri nei toni, non siano stati aggravati da violenze fisiche o minacce. E ancora, in considerazione delle circostanze concrete, si è talvolta ritenuta giustificata la condotta aggressiva di un coniuge nei confronti dell’altro a seguito del comportamento tenuto da quest’ultimo in violazione dei doveri di fedeltà, convivenza e reciproco rispetto⁸². È stato invece considerato *gravemente* lesivo dell’integrità morale del coniuge, e dunque rilevante ai fini dell’emanazione dell’ordine di protezione, il comportamento che si traduce in continui pedinamenti, controlli telefonici, controlli effettuati mediante l’installazione di telecamere dirette a captare scene di vita familiare⁸³, o nell’uso di continui epiteti dispregiativi e/o nella negazione di ogni sostegno economico⁸⁴: tutti comportamenti avulsi da un senso solidaristico, ma anzi idonei, in via esclusiva, a ledere i diritti del soggetto in relazione, impedendogli lo svolgimento della propria personalità nel gruppo familiare.

6. L’impatto della Convenzione di Istanbul nel diritto interno. I campi semantici comuni

È rispetto all’ordine sistematico sin qui tracciato che occorre valutare l’impatto della Convenzione di Istanbul del 2011; la quale, a sua volta, si inserisce in un complesso quadro normativo, tanto di *hard* quanto di *soft law*, riguardante, principalmente, i diritti e le libertà fondamentali dell’uomo, la tutela delle donne, dei bambini e delle persone disabili.

⁸¹ Si veda, in proposito, Trib. Trani, 17 gennaio 2004, in *Giur. mer.*, 2004, 455 ss., in cui si precisa che «le condotte inosservanti dei doveri ex artt. 143-147 c.c., pur potendo essere causa di potenziale pregiudizio all’integrità fisica e morale o alla libertà dell’altro coniuge e/o della prole, non possono, in quanto tali, dare luogo all’emissione del decreto protettivo ex art. 342 *ter* c.c., il cui contenuto minimo e imprescindibile sta nell’allontanamento del coniuge dalla casa familiare, misura che, ove correlata ad una mera condotta omisiva di costui, non avrebbe ragion di essere».

⁸² Cfr. Cass., 10 luglio 2013, n. 17089, in *Giust. civ. mass.*, 2013 e per esteso in banca dati *De jure*.

⁸³ V. Trib. Monza, 7 maggio 2012, in *Giur. mer.*, 2013, 294.

⁸⁴ Si vedano Trib. Bari, 7 dicembre 2001, in *Fam. dir.*, 2002, 396; Trib. Bari (decr.), 18 luglio 2002, cit., 623. V. anche A.G. Cianci, *Gli ordini di protezione familiare*, cit., 151; R. Sabato, *Gli ordini di protezione contro gli abusi familiari: prime elaborazioni della giurisprudenza*, cit., 243; A. Renda, *Labuso familiare*, cit., 96-97, con i quali si concorda nel ritenere che non è comunque ammissibile includere nel novero dei pregiudizi rilevanti il mero pregiudizio economico, inteso come pregiudizio da lesione di interessi patrimoniali.

La Convenzione articola i suoi contenuti ponendo alla base, già dal Preambolo, dei principi e dei significati volti a delimitare i campi semantici delle varie disposizioni; così l'uguaglianza di genere *de jure* e *de facto* è elevata a principio fondamentale per prevenire la violenza contro le donne, anche nelle relazioni di tipo familiare⁸⁵. Considera, inoltre, «gravi forme di violenza», la violenza domestica, le molestie sessuali, lo stupro, il matrimonio forzato, i delitti in nome del cosiddetto "onore" e le mutilazioni femminili.

Con specifico riguardo al profilo di nostro interesse, cioè alla violenza domestica, l'art. 3, lett. b., della Convenzione include nel suo significato una pluralità di situazioni, vale a dire tutti gli atti di violenza fisica, sessuale, psicologica o economica posti in essere all'interno della famiglia nucleare, della famiglia allargata, tra coniugi o partner ancora uniti, tra coniugi o partner separati, «indipendentemente dal fatto che l'autore di tali atti condivide o abbia condiviso la stessa residenza con la vittima». Nel Preambolo si riconosce espressamente che la violenza domestica riguarda le donne in modo sproporzionato, aggiungendo però che «anche gli uomini possono essere vittime»⁸⁶, e si precisa che i bambini devono essere ritenuti vittime di vio-

⁸⁵ Si vuole abbattere quella che è stata individuata come l'ideologia sottesa ai sistemi giuridici e che ha istituito la disparità fra i due generi. Più in specifico taluna dottrina ha osservato che «muovendo dall'idea che la società è gerarchicamente ordinata secondo la logica del genere, è cioè patriarcale e caratterizzata dalla subordinazione delle donne agli uomini, si intraprende un'analisi del diritto che tende a mettere in evidenza come anche il diritto sia partecipe nella fondazione di una società patriarcale, come anzi siano il diritto e la cultura, non la natura, ad aver relegato le donne nella sfera del domestico, rendendole dipendenti economicamente dagli uomini», così M.R. Marella, «Break On Through To The Other Side»: appunti sull'influenza di Marx nel femminismo giuridico, cit., 741. Si veda pure E. Roppo, *Donne, famiglie, lavori: sopra le possibilità e i limiti del diritto di famiglia*, in *Pol. dir.*, 1986, 223 ss.

⁸⁶ Alcuni dati statistici sono senz'altro significativi per cogliere la portata del problema. Ci riferiamo, anzitutto, allo studio rappresentativo dell'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali (FRA) «violenza contro le donne: un'indagine a livello di Unione europea» del 2014. I risultati sono basati su interviste a 42.000 donne di età compresa tra i 18 e i 74 anni. I dati sono rappresentativi sia a livello di Unione europea, sia per ognuno dei 28 Stati membri. Le domande poste hanno riguardato esperienze di violenza fisica, sessuale o psicologica, inclusa la violenza nella coppia, a partire dai quindici anni. Sono stati inoltre presi in considerazione lo *stalking*, le molestie sessuali e gli abusi attraverso i nuovi media nonché le violenze subite nell'infanzia. È risultato che il 22% delle donne intervistate ha subito violenza fisica e/o sessuale all'interno di un rapporto di coppia; il 43% delle donne è stato esposto a violenza psicologica nell'ambito di un rapporto di coppia esistente o sciolto; il 5% circa delle donne ha subito violenze di natura economica nel rapporto di coppia attuale e il 13% in un rapporto sciolto; il 9% ha subito atti di *stalking* da parte di un ex partner. Un altro studio dell'Organizzazione mondiale della Sanità OMS «*Global and regional estimates of violence against women*» del 2013 ha operato, per la prima volta, una rilevazione sistematica della violenza nella coppia ai danni delle donne nel mondo, suddivisa tra Paesi ad alto reddito e Paesi a reddito medio-basso nelle regioni OMS. È risultato che il 30% delle donne nel mondo ha vissuto atti di violenza fisica o sessualizzata all'interno di un rapporto di coppia; in specifico, nell'Europa occidentale, nell'America del Nord, in Australia e in Giappone la percentuale è del 23,2%, che sale al 29,8% nell'America centrale e meridionale, al 36,6% in Africa e al 37,7% nell'Asia sudorientale. Le donne più colpite dalla violenza nella coppia sono quelle tra i 40 e i 44 anni (37,8%). Per un'analisi delle origini culturali di tali fenomeni si rinvia

lenza domestica anche quando sono interessati da atti di violenza in via indiretta, cioè in quanto testimoni di abusi all'interno della famiglia.

Quanto all'ambito applicativo e al livello di vincolatività della Convenzione, l'art. 2 dispone che essa si applica a tutte le forme di violenza contro le donne, ivi compresa la violenza domestica; mentre per tutte le altre vittime di violenza domestica, gli Stati sono soltanto *incoraggiati* ad applicare le disposizioni della Convenzione.

Ebbene, stando anche a quanto detto in precedenza, l'obiettivo generale della Convenzione di «creare un'Europa libera dalla violenza contro le donne e dalla violenza domestica» – ovvero, con riferimento a quest'ultima espressione, di liberare i rapporti familiari da degenerazioni comportamentali violente – non trova il nostro ordinamento civilistico impreparato⁸⁷.

Invero, considerando i significati che delimitano l'ampio campo applicativo della Convenzione, volta a contrastare tutti gli atti di violenza fisica, sessuale, psicologica o economica all'interno della famiglia, indipendentemente dal fatto che il partner, autore di tali atti, sia unito in matrimonio alla vittima e condivida o abbia condiviso con essa la stessa residenza, analoga estensione semantica deve essere riconosciuta pure all'art. 342 *bis* c.c., anche per effetto dell'attività del diritto vivente.

Tant'è che nonostante la disposizione dell'art. 342 *bis* c.c. faccia generico riferimento alla condotta gravemente lesiva posta in essere da un coniuge o altro convivente nei confronti dell'altro coniuge o convivente⁸⁸, i giudici hanno esteso l'ambito di applicazione del dettato normativo anche agli atti di violenza tra coniugi non più conviventi⁸⁹, tra *ex* coniugi⁹⁰ e tra conviventi *more uxorio* anche dopo che sia cessata

a M.R. Marella, «Break On Through To The Other Side»: appunti sull'influenza di Marx nel femminismo giuridico, cit., 741 ss.

⁸⁷ Si consideri, tra l'altro, quanto statuito dalla Corte EDU, 27 maggio 2014, *Rumor c. Italia*, in *Corr. giur.*, 2014, 1011 ss. La vittima di atti di violenza domestica aveva eccepito la violazione dell'art. 3 (Proibizione della tortura) della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nonché dell'art. 14 (divieto di discriminazione), lamentando l'inerzia delle autorità italiane nel proteggerla e sostenerla dopo la violenza subita. La Corte ha accertato la non violazione delle disposizioni normative invocate osservando che «le autorità avevano posto in essere un quadro giuridico che consentiva loro di adottare delle misure nei confronti delle persone accusate di violenza domestica e che tale quadro era stato effettivo nel punire l'autore del reato di cui la ricorrente era stata vittima e nell'impedire il ripetersi di violenti attentati alla sua integrità fisica».

⁸⁸ Il riferimento è quindi a un concetto comprensivo anche delle convivenze di fatto, incluse quelle tra persone dello stesso sesso; v. A.G. Cianci, *Gli ordini di protezione familiare*, cit., 75 e 92.

⁸⁹ Cfr. Trib. Bari-Monopoli, 21 ottobre 2010, in *Fam. min.*, 2011, 1, 54; Trib. Firenze, 15 luglio 2002, in *Fam. dir.*, 2003, 263 e in *Foro it.*, 2003, I, 948 ss. *Contra* Trib. Napoli, 1 febbraio 2002, in *Fam. dir.*, 2002, 504. In proposito v. A. Scalerà, *Gli ordini di protezione contro gli abusi familiari*, cit., 233.

⁹⁰ Si veda Trib. Reggio Emilia, 11 luglio 2007, in banca dati *De jure*, in cui il giudice riferisce che «è stato sottolineato in letteratura che comportamenti lesivi e di disturbo vengono sovente messi in atto da soggetti nei confronti di *ex partners* che hanno interrotto la relazione e viene altresì segnalato come le molestie «a

la convivenza⁹¹. In queste ultime ipotesi è diffuso, ad esempio, il fenomeno dello *stalking*, ovvero di atti persecutori che creano nella vittima uno stato di ansia e di paura che va ad incidere sullo svolgimento della propria vita quotidiana⁹².

L'ampliamento dell'ambito operativo dell'art. 342 *bis*, così attuato dalla giurisprudenza, è senz'altro sintonico col senso della previsione normativa; infatti, la ragione giustificatrice della disciplina degli ordini di protezione è contrastare gli atti di violenza nelle relazioni di tipo familiare che mettano in pericolo la *sicurezza* della persona, a prescindere dallo stato soggettivo in cui versa l'autore dell'abuso, e non tanto quella di porre rimedio ai rapporti di convivenza resasi ostile⁹³. Analoga *ratio* sottende anche gli artt. 330 e 333 c.c., entrambi rivolti a tutelare l'interesse del minore, pregiudicato dalla condotta abusiva, e non tanto a sanzionare il comportamento abusivo per il solo fatto di essere così qualificato.

Peraltro, l'estensione anzidetta è stata operata muovendo dall'art. 8 della legge n. 154 del 2001 (la medesima che ha inserito nel codice civile gli artt. 342 *bis* e 342 *ter*); il quale, consentendo l'assunzione di provvedimenti aventi i contenuti indicati dall'art. 342 *ter* anche in pendenza di procedimenti di separazione personale, scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio⁹⁴, autorizza, per identità del tipo normativo di problema, a far operare i medesimi rimedi anche

distanza" (c.d. *stalking*), che possono sfociare in episodi anche gravi di violenza fisica, rappresentino un fenomeno in continua espansione nelle separazioni e nei divorzi pure consensuali».

⁹¹ V. Cass., 20 giugno 2013, 15481, in *Resp. civ. prev.*, 2013, 6, 1877, con nota di C. Nasseti, *L'illecito endofamiliare fa ingresso nella famiglia di fatto*. Si veda anche M.G. Cubeddu, *Il rapporto di convivenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1990, II, 323 ss.

⁹² M. Paladini, *Gli ordini di protezione contro gli abusi familiari: misure "anticipatorie" dei provvedimenti provvisori nella separazione personale?*, cit., 570.

⁹³ M. Paladini, *op. cit.*, 569. Si veda anche Trib. Rovereto, 26 luglio 2007, in banca dati *De jure*. Particolarmente interessante è il passaggio in cui il Collegio ritiene che «debba essere negata la necessità dell'elemento psicologico e, prima ancora, della capacità di intendere e di volere, quali autonomi presupposti degli ordini di protezione contro gli abusi familiari, per quanto talvolta affermata in giurisprudenza (il richiamo è a Trib. Trani, 12 ottobre 2001, in *Fam. dir.*, 2002, 395) ed argomentata in dottrina sulla base della discutibile riconduzione della fattispecie al genere dell'illecito civile di cui all'art. 2043 c.c.»; aggiunge inoltre che «se il punto di vista preminente è quello della vittima e non già quello dell'autore dell'abuso, deve essere conseguentemente escluso qualsiasi carattere punitivo/sanzionatorio dell'ordine di protezione che solo potrebbe giustificare la rilevanza dell'imputabilità e dell'elemento psicologico dell'autore della condotta quali autonomi presupposti di tutela, a maggior ragione ove si consideri che persino nell'ambito del sistema della responsabilità civile, il difetto della capacità di intendere e di volere non esclude la tutela indennitaria del danneggiato, sia pure sulla base di una scelta discrezionale del giudice ed in considerazione delle condizioni economiche delle parti (art. 2047, comma 2, c.c.)». Sulla questione si veda A.G. Cianci, *Gli ordini di protezione familiare*, cit., 158.

⁹⁴ Si rinvia ad A.G. Cianci, *op. cit.*, 251 ss. L'A. segnala che «il richiamo agli artt. 706 ss. c.p.c. ed alle norme processuali della l. 898/1970 preclude l'applicazione delle disposizioni specifiche sul procedimento, dettate dall'art. 736 *bis* c.p.c. Le misure ordinate saranno sottoposte al regime dei provvedimenti presi in sede di separazione (art. 710 c.p.c.) e divorzio (art. 9, l. 898/1970). Essi avranno il contenuto degli ordini di protezione, anche relativamente alla loro durata».

nei casi di condotte violente perpetrate nell'ambito di un rapporto tra partner non più conviventi⁹⁵.

Inoltre, l'art. 5 della medesima legge dispone che la disciplina degli ordini di protezione contro gli abusi familiari si applica anche quando la condotta pregiudizievole è tenuta da (o nei confronti di) altro componente del nucleo familiare diverso dal coniuge o convivente, come, ad esempio, da parte di un figlio nei confronti del genitore⁹⁶ o di un genitore nei riguardi di un figlio maggiorenne.

In definitiva, già prima dell'entrata in vigore della Convenzione di Istanbul, la disciplina interna degli ordini di protezione contro gli abusi familiari conosceva analogia estensione semantica delle disposizioni ivi contenute in materia di violenza domestica.

Comunque, la ricostruzione del significato dell'art. 342 *bis* c.c. nei termini anzidetti, costituisce un esito ermeneutico preteso dalle stesse fonti internazionali. Tant'è che l'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nel riconoscere ad ogni persona il diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, è interpretato dalla Corte di Strasburgo oltre che in senso negativo, cioè come divieto di interferenze statali non giustificate da esigenze di sicurezza nazionale, pubblica sicurezza, ordine e prevenzione dei reati, ecc., anche in senso positivo, cioè come obbligo dello Stato di intervenire per proteggere la famiglia da ingerenze e condotte di altri individui⁹⁷. La stessa Corte ha pure chiarito che l'art. 1 della Convenzione, congiuntamente all'art. 3, impone agli Stati l'obbligo positivo di garantire che le persone soggette alla loro giurisdizione siano tutelate contro ogni forma di maltrattamento, anche posto in essere da soggetti privati⁹⁸.

Quanto poi alle condotte perpetrate nell'ambito di relazioni familiari, occorre considerare che la nozione di "vita familiare", cui fa riferimento l'art. 8 della Convenzione sui diritti dell'uomo, non è limitata alle relazioni fondate sul matrimonio, ma comprende pure i legami familiari di fatto, nonché il *ménage* della coppia omo-

⁹⁵ Cfr. A. Scalerà, *Gli ordini di protezione contro gli abusi familiari*, cit., 233; R. Sabato, *Gli ordini di protezione contro gli abusi familiari: prime elaborazioni della giurisprudenza*, cit., 245. Oltretutto, anche la misura cautelare di cui all'art. 282 *bis* c.p.p. può essere adottata nei riguardi di un imputato che si trovi in stato di detenzione in carcere (o domiciliare in luogo diverso dal domicilio familiare).

⁹⁶ V. Trib. Milano, 27 novembre 2002, in P. Di Martino, *Violenze familiari*, Napoli, 2004, 120.

⁹⁷ Cfr. Corte EDU, 9 ottobre 1979, *Airey c. Irlanda*; Corte EDU, 16 dicembre 2003, *Palau – Martinez c. Francia*, in *Dir. fam.*, 2004, 658; Corte EDU, 30 settembre 2008, *Koons c. Italia*, in *Guida dir.*, 2008, 70; Corte EDU, 9 settembre 2009, *Opuz c. Turchia*, in *Fam. dir.*, 2010, 330. Si veda anche C. Minnella, *L'inaccettabile compromissione della libertà della moglie e del figlio minorenne*, in *Giur. mer.*, 2013, 305.

⁹⁸ Cfr. Corte EDU, 23 settembre 1998, *A. c. Regno Unito*; Corte EDU, 9 giugno 2009, *Opuz c. Turchia*; Corte EDU, 28 maggio 2013, *Eremia c. Moldavia*; Corte EDU, 27 maggio 2014, *Rumor c. Italia*, cit.

sessuale⁹⁹. Ora, la Corte EDU ha chiarito che la tutela dei soggetti deboli della cellula familiare è un obbligo che il sistema della Convenzione europea sui diritti dell'uomo considera prioritario per gli Stati membri del Consiglio d'Europa, i quali devono predisporre efficaci mezzi processuali per consentire ai membri della famiglia di tutelarsi dai comportamenti aggressivi del partner violento e maltrattante, ottenendo quanto meno la cessazione dell'obbligo di vivere in comune¹⁰⁰.

Sul versante dell'Unione europea, la Corte di Giustizia ha ammesso il carattere *necessitato* delle misure di protezione del familiare vittima di atti di violenza, specificando che «gli Stati membri hanno la facoltà di prevedere che, in base alla propria legislazione penale, una sanzione accessoria come l'allontanamento obbligatorio disposto nei confronti di coloro che commettono violenze familiari sia applicabile anche qualora le relative vittime ne contestino l'applicazione»¹⁰¹. Questa peculiare sensibilità dell'Unione europea per le forme di protezione della persona è espressa, tra l'altro, dal Regolamento n. 606 del 12 giugno 2013 relativo al riconoscimento reciproco delle misure di protezione in materia civile¹⁰².

In questo orizzonte di senso extrastatuale non può che inserirsi anche la nostra disciplina interna degli ordini di protezione contro gli abusi familiari, la quale, comunque, si premura di consegnare all'interprete delle direttive ben precise sulle tipologie di pregiudizio rilevante ai fini dell'emanazione del relativo provvedimento.

Allo stesso modo, anche la Convenzione di Istanbul opera un'individuazione dei casi di "violenza" domestica da ritenersi "non conforme alla legge": fisica, sessuale, psicologica o economica. In sintesi, volendo attenerci al lessico dell'art. 342 *bis* c.c., si tratta di condotte che arrecano un pregiudizio all'integrità fisica o morale o alla libertà del soggetto, posto che il diritto vivente ha ritenuto costituire «pregiudizio alla libertà dell'altro coniuge o convivente» anche le gravi privazioni di ordine economico¹⁰³.

⁹⁹ Corte EDU, 24 giugno 2010, *Schalk e Kopf c. Austria*. Si consideri ovviamente anche quanto disposto dall'art. 12 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dall'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

¹⁰⁰ Corte EDU, 9 ottobre 1979, *Airey c. Irlanda*.

¹⁰¹ Corte di Giustizia, 15 settembre 2011, cause riunite C-433/09 e C-1/10, in *Fam. min.*, 2011, 10, 72 (il testo integrale è pubblicato in www.guidaaldiritto.ilsole24ore.com).

¹⁰² Rileva segnalare, tra i vari contenuti del Regolamento, il considerando n. 12): «Il presente Regolamento tiene conto delle differenti tradizioni giuridiche degli Stati membri e non interferisce con i sistemi nazionali per disporre misure di protezione. Il presente regolamento non obbliga gli Stati membri a modificare i loro sistemi nazionali in modo tale da consentire che siano disposte misure di protezione in materia civile, né a introdurre misure di protezione in materia civile per l'applicazione del presente Regolamento».

¹⁰³ Cfr. Trib. Bari (decr.), 18 luglio 2002, cit., 623 ss. In dottrina v. A.G. Cianci, *Gli ordini di protezione familiare*, cit., 85.

7. Violenza domestica e rimedi di ordine risarcitorio nella Convenzione di Istanbul

Un carattere innovativo si ravvisa sul piano dei rimedi, giacché la Convenzione di Istanbul istituisce un rimedio risarcitorio con profili operativi e funzionali senz'altro peculiari.

Segnatamente, gli artt. 29 e 30 della Convenzione impegnano le Parti ad adottare ogni misura diretta a riconoscere alle vittime: a) adeguati risarcimenti civili «nei confronti delle autorità statali che abbiano mancato al loro dovere di adottare le necessarie misure di prevenzione o di protezione nell'ambito delle loro competenze»; b) il diritto di richiedere un «risarcimento agli autori di qualsiasi reato previsto» dalla Convenzione; c) un adeguato risarcimento da parte dello Stato quando abbiano «subito gravi pregiudizi all'integrità fisica o alla salute, se la riparazione del danno non è garantita da altre fonti, in particolare dall'autore del reato, da un'assicurazione o dai servizi medici e sociali finanziati dallo Stato»; in tale ipotesi, lo Stato potrà poi richiedere all'autore del reato il rimborso del risarcimento concesso, ma a condizione che la sicurezza della vittima sia pienamente presa in considerazione.

Vengono quindi articolate tre figure di responsabilità:

- 1) una *responsabilità diretta dello Stato* per essere venuto meno agli obblighi discendenti dalla ratifica della Convenzione internazionale, siano essi di carattere positivo che negativo;
- 2) una *responsabilità diretta dell'autore del reato*;
- 3) una *responsabilità indiretta e sussidiaria dello Stato* nel caso in cui il risarcimento per danni gravi all'integrità fisica o alla salute non possa essere garantito da altre fonti.

Il rimedio risarcitorio, inoltre, è rafforzato anche da altre previsioni, come quella che impegna le Parti a garantire che il risarcimento sia concesso entro un termine ragionevole.

Ora, l'unico provvedimento di contenuto patrimoniale previsto dall'art. 342 *ter* c.c. consiste nel disporre, a carico dell'autore dell'atto di violenza domestica, il pagamento di un assegno periodico a favore delle persone conviventi, ma solo nell'ipotesi in cui esse, per effetto dell'ordine di protezione, rimangano prive di mezzi adeguati.

Si tratta, evidentemente, di una misura volta a garantire l'*effettività* del tipo di rimedio: il solo fatto che l'allontanamento dell'autore dell'abuso familiare possa far venir meno il sostentamento economico della famiglia (intesa in senso lato), dallo stesso assicurato, potrebbe costituire un forte deterrente ad attivare la specifica tutela. La previsione, invece, della possibilità di disporre il pagamento di un assegno periodico fa sì che l'ordine di protezione mantenga inalterata la situazione patrimoniale.

niale della persona convivente, facendo venir meno, in tal modo, un possibile ostacolo al ricorso agli ordini di protezione, intensificando così la tutela della vittima¹⁰⁴.

In questo senso si comprende che l'assegno non ha carattere risarcitorio, essendo avulso da una fattispecie di responsabilità, ma si fa portatore di una logica unicamente di natura "assistenziale", come avviene nei casi della separazione e del divorzio¹⁰⁵. Peraltro, la funzione risarcitoria è pure smentita dalla circostanza che beneficiario dell'assegno potrebbe essere anche un soggetto diverso dalla vittima dell'abuso; d'altro canto, se l'ordine di protezione non comporta la privazione dei mezzi adeguati, la vittima e/o gli altri conviventi non avranno comunque diritto ad alcun assegno¹⁰⁶.

La possibilità di unire all'ordine di protezione un rimedio risarcitorio non è tuttavia da escludersi, specialmente dopo che la giurisprudenza ha abbattuto il dogma delle «immunità»¹⁰⁷ familiari, che affermava la specialità del diritto di famiglia e dunque la sua esenzione dall'operatività delle regole comuni della responsabilità civile oltre che di quelle in materia contrattuale¹⁰⁸.

¹⁰⁴ Cfr. A.G. Cianci, *Gli ordini di protezione familiare*, cit., 92; M. Paladini, *Gli ordini di protezione contro gli abusi familiari: misure "anticipatorie" dei provvedimenti provvisori nella separazione personale?*, cit., 575; G. Foti, *sub art. 342 ter*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Della famiglia*, a cura di L. Balestra, cit., 1100-1101.

¹⁰⁵ Si rinvia a C. Murgo, *La misura patrimoniale dell'assegno*, in *Gli abusi familiari. Misure personali e patrimoniali di protezione. Profili di diritto civile, penale e comparato*, a cura di M. Paladini, cit., 86. L'A. aggiunge che «non può tuttavia escludersi una componente di tipo sanzionatorio, in considerazione della condotta riprovevole dell'obbligato, mentre sembra di non potersi rinvenire in capo alla stessa misura una natura risarcitoria». Si è posto il problema della qualificazione dell'assegno dovuto al convivente, posto che esso non trova la propria giustificazione nei tipici doveri di assistenza reciproca e di collaborazione, che discendono dal matrimonio. Taluna dottrina ha spiegato che «la convivenza non determina di per sé il diritto al sostegno economico, ma crea un dovere morale di provvedere al mantenimento del *partner*. L'accertamento di atti di violenza domestica e l'allontanamento dalla casa familiare creano un obbligo giuridico, di natura assistenziale, al fine di provvedere alle esigenze di protezione dell'integrità psicofisica della persona, garantendole sia un ambiente libero dalla violenza che un adeguato sostegno di natura economica. Il contrasto tra l'obbligo morale e sociale che lega i conviventi ed il grave pregiudizio arrecato alla persona della vittima determina la reazione dell'ordinamento, che impone un obbligo giuridico a carico del responsabile, che prende il posto dell'obbligazione naturale», così A.G. Cianci, *Gli ordini di protezione familiare*, cit., 211. Si veda pure A. Scalera, *Gli ordini di protezione contro gli abusi familiari*, cit., 236.

¹⁰⁶ Cfr. A.G. Cianci, *op. cit.*, 276; S. Patti, *Illeciti familiari: nuove sanzioni*, in *Fam. pers. succ.*, 2008, 295.

¹⁰⁷ Sul tema si rinvia a P. Rescigno, *Immunità e privilegio*, cit., 416. L'A. osserva che «immunità» e «privilegio» possono assumersi nel loro significato originario, «che hanno conservato in una secolare evoluzione: esenzione del singolo dal diritto comune che vale per tutti i cittadini (ai fini del nostro discorso, esenzione dal diritto privato comune), in ragione della classe sociale o della funzione o della condizione o dello stato o della qualità della persona».

¹⁰⁸ In proposito, v. S. Patti, *Famiglia e responsabilità civile*, cit., 29 ss.; P. Morozzo della Rocca, *Violazione dei doveri coniugali: immunità o responsabilità?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 605 ss.; A. Zoppini, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia, sessant'anni dopo*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 223 ss.; G. Ramaccioni, *I c.d. danni intrafamiliari: osservazioni critiche sul recente dibattito giurisprudenziale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, 177; G.

Tale possibilità è sicuramente ammessa nei termini disposti dalla Convenzione di Istanbul. Essa, infatti, fa scaturire l'obbligazione risarcitoria nei casi in cui la condotta violenta configuri uno dei reati ivi previsti (violenza psicologica; *stalking*; violenza fisica; violenza sessuale, compreso lo stupro; mutilazioni genitali femminili; aborto forzato e sterilizzazione forzata; molestie sessuali).

Una responsabilità civile, dunque, per danni discendenti da un fatto reato.

Trattandosi di fattispecie considerate penalmente rilevanti pure dal nostro ordinamento (si vedano, in particolare, gli artt. 556-574 *bis* c.p.)¹⁰⁹, qualora dalle stesse discendano danni di carattere patrimoniale o non patrimoniale gli stessi dovranno essere risarciti, già in virtù di quanto disposto dall'art. 185 c.p. Per il medesimo principio, potranno anche essere risarciti i danni discendenti da qualsiasi altro abuso familiare che costituisca per la legge penale reato¹¹⁰. In tali casi, pertanto, all'eventuale provvedimento, contenuto nell'ordine di protezione, che disponga il pagamento di un assegno periodico, può affiancarsi anche un rimedio di carattere risarcitorio a vantaggio della vittima della violenza.

La peculiarità sta allora nel fatto che la Convenzione del Consiglio d'Europa di cui ci stiamo occupando, oltre a prevedere l'impegno delle Parti di adottare le misure necessarie a rendere effettiva la responsabilità civile *diretta* dell'autore del reato nei riguardi della vittima, istituisce pure una fattispecie di responsabilità civile delle autorità statali «che abbiano mancato al loro dovere di adottare le necessarie misure di prevenzione o di protezione nell'ambito delle loro competenze». Si è in presenza, anche in tal caso, di un'ipotesi di responsabilità *diretta* per danni cagionati da atti omissivi dello Stato.

Ma v'è di più.

La Convenzione tocca un elevato livello di effettività per il tramite della previsione, che pare self-executing, di un'ipotesi di responsabilità *indiretta* e *sussidiaria* dello Stato, contemplata all'art. 30, la quale, come dicevamo, opera in tutti i casi in cui la vittima della violenza abbia subito gravi pregiudizi all'integrità fisica o alla salute e quando la riparazione del danno «non è garantita da altre fonti, in particolare dall'autore del reato, da un'assicurazione o dai servizi medici e sociali finanziati dal-

Vettori, *Diritti della persona e unità della famiglia trent'anni dopo*, cit., 198; S. Patti, *Illeciti familiari: nuove sanzioni*, cit., 294; A. Nicolussi, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, cit., 946-947; M.R. Marella, *Il diritto delle relazioni familiari fra stratificazioni e 'resistenze'. Il lavoro domestico e la specialità del diritto di famiglia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, 233 ss.; E. Camilleri, *Illeciti endofamiliari e sistema della responsabilità civile nella prospettiva dell'European tort law*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 149 ss.; M. Paradiso, *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, cit., 15; G. Foti, sub art. 342 *bis*, cit., 1104-1105; M.R. Marella, *Che cos'è la famiglia*, cit., 4.

¹⁰⁹ Per un'analisi delle diverse fattispecie si rinvia ad A.G. Cianci, *Gli ordini di protezione familiare*, cit., 97 ss.

¹¹⁰ Cfr. S. Patti, *Famiglia e responsabilità civile*, cit., 32; A. Spangaro, *La responsabilità per violazione dei doveri coniugali*, in *La responsabilità nelle relazioni familiari*, a cura di M. Sesta, Torino, 2008, 93 ss.

lo Stato». Lo Stato, poi, potrà richiedere all'autore del reato il rimborso del risarcimento pagato, ma subordinatamente al fatto che ciò non comporti un pericolo per la sicurezza della vittima.

8. Responsabilità civile endofamiliare e violenza domestica

Appurata l'ammissibilità, nei termini appena illustrati, di un concorso dell'ordine di protezione, anche comprensivo dei provvedimenti di carattere patrimoniale, con una condanna risarcitoria, si pone la questione se sia ammissibile l'operatività della responsabilità civile nei casi di "violenza" domestica, specialmente tra partner, che non sfocino nella richiesta, da parte della vittima, di un ordine di protezione oppure nell'avvio di un procedimento di separazione o comunque nello scioglimento della relazione. Quei casi, dunque, di prevaricazione del potere e dell'interesse individuale che, pur comportando la lesione di un diritto facente capo all'altro soggetto, non incidono, in modo *intollerabile*, sulla relazione.

Si pensi, ad esempio, ai pregiudizi che conseguono in capo al coniuge a seguito della violazione dell'obbligo di fedeltà, o di assistenza morale o materiale; ma anche quando uno dei coniugi subisce l'imposizione di idee e orientamenti da parte dell'altro coniuge nel determinare l'indirizzo della vita familiare, derogando in tal modo alla regola dell'accordo.

Anche con riguardo a tale profilo problematico ritorna il discorso della definizione del confine tra atti di "violenza conforme alla legge" e atti di "violenza contraria alla legge".

Nell'affrontare la delicata questione, occorre premettere che la totale apertura del diritto delle relazioni familiari agli istituti di diritto comune, specie alla responsabilità civile, comporta la *giuridicizzazione* di un tipo di rapporto in cui si esprime la sfera più intima della persona, poco adatta a essere costretta dal diritto entro contenuti (pre)determinati o, ancor più, entro schemi normativi generali ed astratti (come quello dell'art. 2043 c.c.).

Si tratta, infatti, di una dimensione *naturalmente* ordinata dalla *libertà* del singolo *nella* relazione e che per ciò esige una valutazione aderente alle *specifiche* dinamiche relazionali *liberamente* definite dai soggetti in relazione¹¹¹. È cosa fin troppo ovvia segnalare che comportamenti, che risultano senz'altro offensivi se tenuti da un soggetto nei riguardi di un terzo, possono non risultare tali quando riguardano un partner verso l'altro; ma anche condotte che risultano lesive se valutate con riguardo a una data relazione familiare, possono non esserlo con riferi-

¹¹¹ Cfr. G. Ramaccioni, *I c.d. danni intrafamiliari: osservazioni critiche sul recente dibattito giurisprudenziale*, cit., 195; M. Sesta, *L'evoluzione delle relazioni familiari e l'emersione di nuovi danni*, in *La responsabilità nelle relazioni familiari*, a cura di M. Sesta, cit., XXVI.

mento a un'altra¹¹². Tutto questo discende dal carattere singolare di ogni espressione di comunione di vita materiale e spirituale; la quale implica la costante interferenza non solo delle sfere personali, ma anche etiche, affettive, psichiche, umorali ed esistenziali dei soggetti in relazione, con la conflittualità che tutto ciò porta *naturalmente* con sé.

Nonostante tali peculiarità dei rapporti di famiglia, la giurisprudenza ha esteso anche a essi l'operatività della responsabilità civile, continuando, in tal modo, la sua opera edificatrice del danno non patrimoniale risarcibile, nel senso di chiarire che la tutela dei diritti inviolabili della persona non può fare differenze a seconda che il soggetto sia stato leso nell'ambito di un rapporto familiare o fuori da esso. L'idea di fondo è che «escludere l'applicabilità dell'art. 2043 c.c. determinerebbe un ingiustificato trattamento di favore per il familiare che ha compiuto l'illecito, il quale andrebbe incontro soltanto alla conseguenza prevista dalla norma sanzionatrice "speciale", spesso attenta unicamente all'interesse specifico di tipo familiare del danneggiato, e non al risarcimento del danno eventualmente prodotto»¹¹³.

In tali termini, i giudici hanno abbattuto il dogma dell'immunità, legato alla considerazione del diritto di famiglia come sistema chiuso e completo¹¹⁴, ritenendo, invece, che l'essere in relazione familiare non possa costituire un limite ragionevole alla tutela che il diritto riserva alla persona.

Un argomento di principio, questo, senz'altro innegabile, ma che necessita di essere coordinato con il fondamento solidaristico della famiglia. In altri termini, è necessario che l'operatività della responsabilità civile nell'ambito delle relazioni familiari non si spinga fino al punto di negare i connotati *strutturali* e *fondamentali* dello specifico rapporto di carattere non patrimoniale¹¹⁵. A proposito di quest'ultima connotazione, occorre peraltro tener conto che essendo gli istituti di diritto comune ordinati in prevalenza da una logica di carattere patrimoniale vi è il rischio di patrimonializzare, attraverso la categoria della responsabilità, dei rapporti di natura strettamente personale, consegnandoli, in tal modo, a una logica essenzialmente individualistica.

Ebbene, la stessa giurisprudenza, che ha aperto le porte del diritto di famiglia al diritto comune, ha precisato che, per l'operatività della responsabilità civile, non assumono rilevanza «i comportamenti di minima efficacia lesiva, suscettibili di trovare composizione all'interno della famiglia in forza di quello spirito di *comprensione*

¹¹² F. Giardina, *Per una indagine sulla responsabilità civile nella famiglia*, Pisa, 1999, 16.

¹¹³ S. Patti, *Famiglia e responsabilità civile*, cit., 83.

¹¹⁴ Così Cass., 10 maggio 2005, n. 9801, cit.

¹¹⁵ A. Nicolussi, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, cit., 936. Cfr. anche M.R. Marella, *Il diritto delle relazioni familiari fra stratificazioni e 'resistenze'. Il lavoro domestico e la specialità del diritto di famiglia*, cit., 236-237; M. Paradiso, *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, cit., 18.

e *tolleranza* che è parte del dovere di reciproca assistenza, ma unicamente quelle condotte che per la loro intrinseca gravità si pongano come fatti di aggressione ai diritti fondamentali della persona». Il supremo Collegio conclude escludendo che «la mera violazione dei doveri matrimoniali o anche la pronuncia di addebito della separazione possano di per sé ed automaticamente integrare una responsabilità risarcitoria; così come deve affermarsi la necessità che sia accertato in giudizio il danno patrimoniale e non patrimoniale, subito per effetto della lesione, nonché il nesso eziologico fra il fatto aggressivo e il danno»¹¹⁶.

In tale discorso, scandito da una chiara distinzione tra condotte lesive “fisiologiche” – e perciò componibili dal principio di solidarietà relazionale – e condotte “patologiche” – finalizzate unicamente a ledere i diritti fondamentali dell’altro e perciò non governabili dalla logica assistenziale – pare comunque di poter ravvisare un riconoscimento, da parte del diritto vivente, del carattere (non assoluto) di specialità dei rapporti di famiglia, particolarmente consegnati alla libertà delle parti, con l’affermazione dell’operatività della responsabilità civile *soltanto* nei casi in cui il rapporto sia irrimediabilmente compromesso per effetto delle condotte lesive poste in essere da uno dei partner¹¹⁷. Una soglia, questa, al di sotto della quale il diritto comune non ha ragione di operare.

¹¹⁶ Cass., 10 maggio 2005, n. 9801, cit. Si vedano anche Cass., 15 settembre 2011, n. 18853, cit.; Cass., 15 marzo 2012, n. 4184, in *Giur. cost.*, 2012, 2, 1520, con nota di F. Angelini, *La Corte di cassazione su unioni e matrimonio omosessuali: nell’inerzia del legislatore la realtà giuridica si apre alla realtà sociale*; Cass., 20 giugno 2013, n. 15481, cit., nella quale si precisa che «la violazione dei diritti fondamentali della persona è, altresì, configurabile, alle condizioni descritte, all’interno di un’unione di fatto, che abbia, beninteso, caratteristiche di serietà e stabilità, avuto riguardo alla irrinunciabilità del ciclo essenziale di tali diritti, riconosciuto, ai sensi dell’art. 2 Cost., in tutte le formazioni sociali in cui si svolge la personalità dell’individuo». Per un’ampia rassegna giurisprudenziale in materia, si rinvia a G. Facci, *Il danno endofamiliare*, in *Fam. dir.*, 2011, 1147 ss. Si veda anche G. Ramaccioni, *I c.d. danni intrafamiliari: osservazioni critiche sul recente dibattito giurisprudenziale*, cit., 175 ss., il quale, nella giurisprudenza che ha riconosciuto la responsabilità endofamiliare, ravvisa una nuova prospettiva «tutta incentrata sulla logica della identità e da inquadrare come risultato del cammino già intrapreso dalla famiglia, e consistente nel progressivo abbandono della direttiva *solidaristica e altruistica*, per assumere un modello *individualista*, improntato alle regole del *mercato*».

¹¹⁷ Si vedano, in proposito, le considerazioni svolte da E. Camilleri, *Illeciti endofamiliari e sistema della responsabilità civile nella prospettiva dell’European tort law*, cit., 162-163. Occorre comunque senz’altro considerare quanto puntualizzato da M.R. Marella, *Il diritto delle relazioni familiari fra stratificazioni e ‘resistenze’. Il lavoro domestico e la specialità del diritto di famiglia*, cit., 235; l’A. ritiene che il processo di “privatizzazione” della famiglia non sia omogeneo «in tutta l’area coperta dal diritto di famiglia, che, al contrario, vi siano settori in cui il sovrapporsi di regimi giuridici sia un fatto acquisito, mentre altri settori si caratterizzano come materie oggetto di monopolio, se non di vera e propria resistenza, della *specialità* del diritto di famiglia. Ne deriva che quella stessa dicotomia diritto speciale/diritto comune che contrassegna la tradizionale raffigurazione del diritto di famiglia nel quadro del sistema giuridico, si riproduce all’interno del diritto di famiglia medesimo, dove si incontrano aree permeabili al diritto comune, cioè al diritto del mercato, e aree che vi rimangono stabilmente estranee».

Così, considerando il comportamento che si concretizza nella violazione dei doveri tipicamente matrimoniali, i rimedi che dovranno anzitutto essere attivati sono quelli articolati dal diritto di famiglia, fino a giungere alla rottura del rapporto per il tramite della separazione, dello scioglimento o della cessazione degli effetti civili del matrimonio. Solo se a questa violazione, che comporta la rottura del rapporto, si aggiunge un'autonoma fattispecie di responsabilità, seppure eziologicamente legata alla prima, allora avrà ragione di operare il diritto comune. In questi termini si comprende allora la portata sistematica di quelle pronunce giurisprudenziali, le quali, con riguardo al dovere di fedeltà, chiariscono che, al di fuori dell'ipotesi di reato, per aversi responsabilità civile «dovrà accertarsi anche la lesione, in conseguenza di detta violazione, di un diritto costituzionalmente protetto. Sarà inoltre necessaria la prova del nesso di causalità fra detta violazione ed il danno, che per essere a detto fine rilevante non può consistere nella sola sofferenza psichica causata dall'infedeltà e dalla percezione dell'offesa che ne deriva – obiettivamente insita nella violazione dell'obbligo di fedeltà – di per sé non risarcibile costituendo pregiudizio derivante dalla violazione della legge ordinaria, ma deve concretizzarsi nella compromissione di un interesse costituzionalmente protetto»¹¹⁸.

In definitiva, la mera violazione dei doveri coniugali non fa scattare alcun automatismo in termini di responsabilità. Tale “inadempimento”, infatti, implica senz'altro il *rapporto*, andando a incidere sugli specifici equilibri relazionali¹¹⁹; sicché, circoscritto in questa situazione giuridica l'interesse tutelato, delle due l'una: o il coniuge che subisce la violazione decide *liberamente* di mantenere in essere il rapporto oppure decide di scioglierlo con gli strumenti formali che la legge gli mette a disposizione. Se dalla condotta non rispettosa dei doveri matrimoniali, non patrimoniali, discende soltanto la crisi relazionale, il coniuge interessato potrà invocare i rimedi tipici del diritto di famiglia, finalizzati a sciogliere il rapporto; non ha ragione, invece, di operare la responsabilità civile, posto che si tratta di un rimedio non deputato (perché sistematicamente non funzionale) alla realizzazione dell'interesse tutelato (la relazione/il rapporto). Difatti, questo rimedio – nei termini elaborati dalla giurisprudenza, segnatamente in materia di danno non patrimoniale¹²⁰ – sarà

¹¹⁸ Cass., 15 settembre 2011, n. 18853, cit., che ha dato risposta positiva al quesito posto dalla ricorrente; la quale aveva chiesto che fosse affermato che la mancanza di addebito della separazione non è preclusiva di una separata azione per il risarcimento dei danni prodotti dalla violazione dei doveri nascenti dal matrimonio e riguardanti diritti costituzionalmente protetti.

¹¹⁹ Cfr. G.F. Basini, *Infedeltà matrimoniale e risarcimento. Il danno endofamiliare tra coniugi*, cit., 95.

¹²⁰ Cfr. M. Paradiso, *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, cit., 16, il quale osserva che: «si potrebbe allora plaudire alla fine dell'immunità tra le pareti domestiche: ma mentre detta immunità, per comune riconoscimento, è stata più di fatto che di diritto, non è dato vedere perché l'innovazione non debba collocarsi nell'evoluzione del sistema della responsabilità civile e nel quadro dei “nuovi” danni non patrimoniali. È il caso allora di verificare le ragioni dello straordinario interesse suscitato nella dottrina dal

ammissibile unicamente nell'ipotesi in cui vi sia stata una grave degenerazione del comportamento contrario a quei doveri, nel senso che esso abbia superato la soglia di *tollerabilità* relazionale dello specifico rapporto, andando a ledere i diritti inviolabili, costituzionalmente protetti, della persona dell'altro coniuge¹²¹. L'attivazione del rimedio risarcitorio esige, in sostanza, che la condotta "inadempiente" abbia inciso oltre che sul rapporto anche sui diritti inviolabili dell'altro¹²². Tale senso sembra pure confermato dalla fattispecie di responsabilità cui si riferisce l'art. 709 *ter*, comma 2, n. 3, c.p.c.¹²³

Il medesimo discorso pare debba essere svolto anche con riguardo al regime di tutela nell'ipotesi di violazione degli obblighi facenti capo ai genitori nei confronti dei figli (artt. 147, 148, 315 *bis*, 316 c.c.) e che sorgono dal solo fatto della procreazione¹²⁴. Pure in tal caso, infatti, si tratta di un "inadempimento" che incide sul *rapporto* genitore-figlio, il cui ordine rimediabile va ricercato nell'ambito del diritto di famiglia; il quale, ad esempio, con le azioni di stato o, nell'ipotesi contemplata dall'art. 279 c.c., con l'azione volta ad ottenere il mantenimento, l'istruzione e l'educazione o, ancora, con i provvedimenti di cui agli artt. 330 e 333 c.c., offre degli strumenti aderenti all'interesse tutelato (la relazione/il rapporto, la responsabilità

nuovo corso giurisprudenziale che travalica le nuove frontiere della responsabilità aquiliana per imprimere un'ulteriore svolta al diritto di famiglia; svolta, che poco ha a che fare con la "fine dell'immunità". Si veda anche E. Camilleri, *Illeciti endofamiliari e sistema della responsabilità civile nella prospettiva dell'European tort law*, cit., 172.

¹²¹ Così Cass., 10 maggio 2005, n. 9801, cit. Si vedano pure Cass., 7 giugno 2000, n. 7713, in *Foro it.*, 2001, I, 187, con nota di A. D'Adda, *Il c.d. danno esistenziale e la prova del pregiudizio*; Cass., 11 novembre 2008, n. 26972, in *Giust. civ.*, 2009, I, 913, con nota di M. Rossetti, *Post nubila phoebus, ovvero gli effetti concreti della sentenza n. 26972/08 delle sezioni unite in tema di danno non patrimoniale*; Cass., 11 novembre 2008, n. 26973, in *Foro it.*, 2009, I, 120, con nota di A. Palmieri, *La rifondazione del danno non patrimoniale, all'insegna della tipicità dell'interesse leso (con qualche attenuazione) e dell'unitarietà*; R. Pardolesi e R. Simone, *Danno esistenziale (e sistema fragile): die hard*; App. Milano, 12 aprile 2006, in *Fam. dir.*, 2006, 509. Cfr. inoltre Trib. Venezia, 14 maggio 2009, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 89 ss., con nota di A. Benni de Sena, *Separazione personale dei coniugi, pronuncia di addebito e responsabilità civile*. In quest'ultima sentenza, per la configurazione della responsabilità si ritiene necessaria la presenza del dolo o della colpa grave; in specifico, il Collegio ritiene che il ricorso alla responsabilità civile debba essere limitato alle condotte dolose, «anche in termini di dolo eventuale, o gravemente colpose, eziologicamente ricollegabili alla lesione di una situazione soggettiva meritevole di tutela nell'ambito del consueto giudizio di bilanciamento proprio del settore in questione».

¹²² G. Villa, *Gli effetti del matrimonio*, cit., 354-355.

¹²³ Cfr. Trib. Reggio Emilia (decr.), 27 marzo 2008 e Trib. Napoli (decr.), 30 aprile 2008, entrambe in *Fam. dir.*, 2008, 1023 ss., con nota di G. Facci, *L'art. 709 ter c.p.c., l'illecito endofamiliare ed i danni punitivi*. Si veda anche S. Patti, *Famiglia e responsabilità civile: un lungo itinerario*, in *La responsabilità civile nelle relazioni familiari*, a cura di M. Sesta, cit., XL.

¹²⁴ Si veda, da ultimo, Cass., 16 febbraio 2015, n. 3079, in *Diritto civile contemporaneo*, <http://dirittocivilecontemporaneo.com/2015/02/illecito-endofamiliare-la-cassazione-sul-diritto-del-figlio-naturale-al-risarcimento-aquiliano-del-danno-non-patrimoniale-per-violazione-dei-doveri-genitoriali>. V. pure A. Spangaro, *La responsabilità per violazione dei doveri coniugali*, cit., 212 ss.

genitoriale). Tant'è che, sempre a titolo esemplificativo, la responsabilità del genitore nei confronti del figlio per negata assunzione della genitorialità, non discende dal (mero) mancato "adempimento" del dovere di riconoscere lo *status* di figlio in senso formale ma dall'aver danneggiato lo *status* in senso sostanziale *per il tramite* della violazione dei doveri genitoriali¹²⁵. Pertanto, per l'insorgenza della responsabilità, non è sufficiente la condotta omissiva del dovere inerente al *rapporto*/relazione di filiazione, ma è necessario che da quella condotta sia derivata la lesione di diritti fondamentali costituzionalmente protetti e, in particolare, di diritti riconosciuti e protetti dagli artt. 2 e 30 Cost. così come rafforzati dall'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dalla Convenzioni di New York del 20 novembre 1989, ratificata con l. 27 maggio 1991, n. 176, posta a tutela dell'interesse del minore e della responsabilità genitoriale¹²⁶.

Entro questi limiti, nel caso poc'anzi evocato, il danno non patrimoniale, risarcibile *ex art.* 2059 c.c., è stato individuato nelle «ripercussioni personali e sociali derivanti dalla consapevolezza di non essere mai stati desiderati ed accolti come figli». Occorre accertare in concreto che la mancanza del genitore abbia segnato un tracciato di disagio e sofferenza nello sviluppo psico-fisico del minore e abbia creato una situazione di privazione affettiva e di ruolo sociale di natura stabile e definitiva, non suscettibile di mutamenti quanto meno fino al raggiungimento della maggiore età¹²⁷.

9. I limiti all'operatività della responsabilità civile nei rapporti familiari

La responsabilità endofamiliare, dunque, si consuma all'interno del *rapporto*, delle dinamiche relazionali che presiedono l'attuazione del medesimo.

Ora, con specifico riguardo al modello di famiglia coniugale, la condotta che rileva in termini di responsabilità non può che essere radicata in uno di quei doveri a contenuto indeterminato, che discendono dal matrimonio e che ordinano il rapporto coniugale, fungendo, nello stesso tempo, da fattori giustificativi¹²⁸. Il carattere lesivo di tale condotta si configura quando essa eccede gravemente la soglia della

¹²⁵ Così, *ex multis*, Cass., 5 aprile 2012, n. 5562, in *Giust. civ. mass.*, 2012 e per esteso in banca dati *De jure*; Cass., 22 novembre 2013, n. 26205, in *Giust. civ. mass.*, 2013 e per esteso in banca dati *De jure*. V. anche A. Spangaro, *op. cit.*, 204 ss.

¹²⁶ Cfr. M. Sesta, *L'evoluzione delle relazioni familiari e l'emersione di nuovi danni*, cit., XXXIII.

¹²⁷ Cass., 22 novembre 2013, n. 26205, cit. La Corte ha precisato che «alla formula costituita dall'endiadi "diritto ad essere educato e mantenuto" non può attribuirsi un valore soltanto descrittivo. Essa contiene e presuppone il più ampio ed immanente diritto, desumibile dalla lettura coordinata degli artt. 2 e 30 Cost., di condividere fin dalla nascita con il proprio genitore la relazione filiale, sia nella sfera intima ed affettiva, di primario rilievo nella costituzione e sviluppo dell'equilibrio psicofisico di ogni persona, sia nella sfera sociale, mediante la condivisione e il riconoscimento esterno dello *status* conseguente alla procreazione».

¹²⁸ Come precisato dalla giurisprudenza sopra citata, il danno discende dalla violazione degli obblighi che strutturano il rapporto medesimo

tolleranza, espressione della solidarietà familiare, pregiudicando i diritti costituzionalmente protetti della persona dell'altro coniuge. Il danno, pertanto, è pur sempre conseguenza della violazione dei doveri matrimoniali, che ciascun coniuge ha nei confronti dell'altro.

In questi termini, paiono convincenti quelle letture che qualificano la fattispecie non in termini di responsabilità extracontrattuale, il cui presupposto è l'assenza di un rapporto giuridico nelle cui dinamiche si genera il danno, bensì come un'ipotesi di responsabilità per violazione di obblighi di protezione, quali sono quelli che discendono dal matrimonio¹²⁹.

Tant'è che le premesse di senso, da cui muovono i giudici per delimitare lo spazio applicativo della responsabilità endofamiliare, sembrano contraddire gli esiti qualificatori cui i medesimi giungono. L'affermazione secondo la quale la violazione dei doveri matrimoniali non conosce soltanto le reazioni previste dal diritto di famiglia

¹²⁹ La giurisprudenza è invece assestata nella qualificazione di tale responsabilità in termini extracontrattuali; cfr, da ultimo, Cass., 16 febbraio 2015, n. 3079, cit. Sulla diversa qualificazione, da noi condivisa, si rinvia ad A. Nicolussi, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, cit., 936 ss. L'A. ritiene che la ricostruzione in termini di responsabilità extracontrattuale sia dovuta all'impossibilità di far operare la responsabilità contrattuale nella sua versione ordinaria, posto che gli obblighi familiari, non patrimoniali, non danno luogo a vere e proprie obbligazioni. Egli tuttavia osserva che si tratta di un modo anomalo di far operare la responsabilità extracontrattuale, giacché essa presuppone un'interferenza nella sfera giuridica altrui ad opera di un soggetto non legato da alcun rapporto con il danneggiato. Considerato, viceversa, che la responsabilità endofamiliare discende dalla violazione di obblighi familiari e, dunque, si consuma tra persone legate da un rapporto, l'A. ritiene che la responsabilità extracontrattuale non costituisca la forma adeguata a disciplinare le relative conseguenze. Difatti, «la responsabilità aquiliana sposta l'accento dagli obblighi, e quindi dalla relazione, ai beni tutelati, mettendo in ombra lo stesso vincolo familiare». Sul punto egli conclude riconoscendo una «comunanza nella natura giuridica di figure di responsabilità da violazione di obblighi di protezione che nel matrimonio si inverano nei doveri matrimoniali. (...) I comportamenti del coniuge che costituiscono violazione di obblighi matrimoniali e causano la rottura della convivenza (alla stregua del *divorce aux torts exclusifs*) violano quel dovere generale di protezione che si riassume in definitiva nel dovere di ciascuno dei due di evitare condotte irriguardose che, rendendo intollerabile la convivenza, provochino la grave lesione personale che si determina sempre con la separazione». In questo senso, v. anche G. Vettori, *Diritti della persona e unità della famiglia trent'anni dopo*, cit., 200, il quale tra l'altro precisa che in questi termini «la violazione del dovere implica il risarcimento del danno non patrimoniale per la violazione di un rapporto e non per la violazione di un diritto»; M.R. Marella, *La contrattualizzazione delle relazioni di coppia. Appunti per una rilettura*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, 57 ss.; G. Ramaccioni, *I c.d. danni intrafamiliari: osservazioni critiche sul recente dibattito giurisprudenziale*, cit., 183; G. Di Rosa, *Violazione dei doveri coniugali e risarcimento del danno*, in *Famiglia*, 2008, 3 ss.; C. Rimini, *Il danno conseguente alla violazione dei doveri matrimoniali*, in *Fam. pers. succ.*, 2010, 621; A. Astone, *Responsabilità civile e crisi della famiglia*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, vol. I, *Famiglia e matrimonio*, a cura di G. Ferrando, M. Fortino, F. Ruscello, t. II, *Separazione-Divorzio*, II ed., Milano, 2011, 1837 ss.; M. Paradiso, *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, cit., 22, il quale puntualizza che la responsabilità sarà invece di natura extracontrattuale quando deriverà da comportamenti illeciti che integrano fattispecie di reato (non mero inadempimento di doveri familiari) e che andranno risarciti a norma dell'art. 185 c.p. Per una rigorosa ricostruzione della responsabilità in termini extracontrattuali si rinvia a E. Camilleri, *Illeciti endofamiliari e sistema della responsabilità civile nella prospettiva dell'European tort law*, cit., 186 ss.

(sospensione del diritto all'assistenza morale e materiale; ordini di protezione; addebito della separazione; scioglimento del matrimonio; ecc.), ma anche le altre previste dal diritto comune, poggia sull'assunto che «i doveri che derivano ai coniugi dal matrimonio non sono di carattere esclusivamente morale ma hanno natura giuridica, come si desume dal riferimento contenuto nell'art. 143 c.c., alle nozioni di dovere, di obbligo e di diritto e dall'espresso riconoscimento nell'art. 160 c.c., della loro inderogabilità, nonché dalle conseguenze di ordine giuridico che l'ordinamento fa derivare dalla loro violazione, cosicché deve ritenersi che l'interesse di ciascun coniuge nei confronti dell'altro alla loro osservanza abbia valenza di diritto soggettivo»¹³⁰. La Corte di legittimità, pertanto, chiarisce che è proprio dalla natura giuridica di tali obblighi «che il comportamento di un coniuge non soltanto può costituire causa di separazione o di divorzio, ma può anche, ove ne sussistano tutti i presupposti secondo le regole generali, integrare gli estremi di un illecito civile»¹³¹.

In termini di coerenza sistematica, pare pertanto una forzatura affermare la piena giuridicità dei diritti e dei doveri di cui all'art. 143 c.c., che costituiscono la disciplina del rapporto, e poi ricondurre la responsabilità, discendente dalla loro violazione, all'art. 2043 c.c.; il quale, come sappiamo, fa scaturire l'obbligazione risarcitoria dalla violazione, ad opera di un *terzo* (e non di una parte) di un diritto (non dell'altra parte ma) altrui¹³².

Riprendendo, allora, il tipo di problema poc'anzi enunciato, e articolato muovendo da quanto disposto dalla Convenzione di Istanbul, occorre ora indagare l'estensione dell'ambito operativo della responsabilità civile nelle relazioni familiari¹³³.

¹³⁰ Cass., 15 settembre 2011, n. 18853, cit. Si veda anche G. Villa, *Gli effetti del matrimonio*, cit., 349.

¹³¹ Si veda pure la recente Cass., 16 febbraio 2015, n. 3079, cit.

¹³² G. Vettori, *Diritti della persona e unità della famiglia trent'anni dopo*, cit., 200; M. Paradiso, *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, cit., 22; C. Rimini, *Il danno conseguente alla violazione dei doveri matrimoniali*, cit., 621-622. L'A. osserva che in tali casi «la posizione soggettiva giuridicamente tutelata – la cui lesione giustifica la qualificazione del danno come ingiusto – pare avere la natura del diritto relativo e non del diritto assoluto. Un coniuge infatti ha un dovere di fedeltà nei confronti dell'altro coniuge e non nei confronti di chiunque. Ma trattandosi di un diritto relativo lo strumento risarcitorio dovrebbe essere rappresentato non dall'art. 2043 c.c., quanto piuttosto dal combinato disposto degli artt. 1218 e 1223 c.c.: la responsabilità pare avere natura contrattuale e non extracontrattuale».

¹³³ In tale orizzonte problematico, occorre considerare la premessa di senso così come ben articolata da M.R. Marella, *Il diritto delle relazioni familiari fra stratificazioni e 'resistenze'. Il lavoro domestico e la specialità del diritto di famiglia*, cit., 239, ove osserva che «l'intrusione della responsabilità civile nelle relazioni familiari ha quanto meno una valenza duplice. Ribadita la vigenza di un doppio regime, di diritto speciale e di diritto comune, la riconosciuta competenza di quest'ultimo a regolare *anche* la dimensione domestica comporta nello specifico innanzitutto una valutazione delle relazioni familiari à *prix d'argent* che inevitabilmente discende dall'entrata in scena del rimedio pecuniario del risarcimento del danno, sia pur mitigata dalla qualificazione del pregiudizio in termini di danno non patrimoniale. La logica del mercato fa dunque ingresso nella sfera domestica nelle forme di una monetizzazione del valore dei rapporti endofamiliari che risulta estranea ai rimedi tipici del diritto di famiglia e resta tale sebbene al rimedio risarcitorio si attribuisca in

Si rende però necessaria un'ulteriore premessa. Con riguardo ai rapporti familiari (tra coniugi e tra genitori e figli), pare eccessivo affermare che si sia consumato il passaggio definitivo dallo *status* al contratto, ovvero la sostituzione di un rapporto presidiato da regole rigide, da reciproci diritti e doveri legati al ruolo familiare, con un rapporto contrattuale, la cui disciplina si fonda sull'accordo delle parti¹³⁴. Logico corollario di tale ricostruzione è la sostituzione della ragione solidaristica (comunitaria), irriducibile alla logica del mercato¹³⁵, con quella individualistica nonché l'abbandono della prospettiva dello *status*, cui si legano precisi diritti e doveri, e l'assunzione della prospettiva dell'*identità*¹³⁶. Sul piano dei rimedi, tutto ciò implica la sostituzione o comunque la sovrapposizione del rimedio risarcitorio a rimedi di ordine strettamente procedurale come quelli disposti dal diritto di famiglia¹³⁷.

Pertanto, non pare possa dirsi che la condanna risarcitoria realizzi la solidarietà¹³⁸, giacché, nell'ambito della famiglia, è proprio l'incapacità di operare della solidarietà, del fondamentale del sodalizio, che costituisce uno dei presupposti per l'attivazione della responsabilità.

Con ciò vogliamo dire che l'istituto della responsabilità civile trova il limite operativo proprio nei valori della solidarietà, dell'assistenza reciproca e dell'unità familiare, sui quali si fonda la relazione e dalla cui permanenza essa dipende¹³⁹. In pratica, la stabilità della comunione di vita dipende anche dallo spazio di libertà riconosciuto dal diritto ai soggetti in relazione ed è senz'altro minacciata se quello stesso spazio viene occupato dal rimedio risarcitorio¹⁴⁰. Sin tanto che permane la

questi casi una funzione soddisfacente che prescinde dall'idea della compensazione per la perdita di una posta patrimoniale».

¹³⁴ Si rinvia a H. Sumner Maine, *Dallo «status» al contratto*, in S. Rodotà (a cura di), *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1971, 211. L'Autore ricorda che «tutte le forme di *status* rinvenibili nel diritto delle persone hanno la loro origine nei poteri e nei privilegi anticamente attribuiti alla famiglia, che ancora spiegano una certa influenza». V. anche F. Prosperi, *Rilevanza della persona e nozione di status*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, 810 ss.; L. Lenti, voce *Status*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XIX, Torino, 1999, 29 ss.; M.R. Marella, *Il diritto di famiglia tra status e contratto: il caso delle convivenze non fondate sul matrimonio*, in *Stare insieme. I regimi giuridici della convivenza tra status e contratto*, a cura di F. Grillini e M.R. Marella, Napoli, 2001, 41 ss.

¹³⁵ Così S. Rodotà, *Solidarietà un'utopia necessaria*, cit., 55.

¹³⁶ D. Messinetti, *Diritti della famiglia e identità della persona*, cit., 147, il quale, con riguardo ai rapporti interpersonali, ritiene che il concetto di *identità* meglio si presti, rispetto a quello di *status*, a cogliere la dimensione transeunte e «liquida» di tali relazioni. Sull'argomento, si rinvia, inoltre, a S. Rodotà, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, 247 ss.; F.D. Busnelli, *La persona alla ricerca dell'identità*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, 7 ss.; C. Camardi, *Diritti fondamentali e status della persona*, cit.

¹³⁷ D. Messinetti, *op. cit.*, 149.

¹³⁸ Cfr. C. Rimini, *Il danno conseguente alla violazione dei doveri matrimoniali*, cit., 621.

¹³⁹ Si veda P. Morozzo della Rocca, *Violazione dei doveri coniugali: immunità o responsabilità?*, cit., 608 ss.

¹⁴⁰ A. Morace Pinelli, *Violazione dei doveri matrimoniali e responsabilità civile*, cit., 105, il quale osserva che ciò comporta un'alimentazione della conflittualità nel rapporto di coppia; L. Lenti, *Responsabilità civile e convivenza libera*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, 1001.

relazione, la solidarietà funge da «segnale» di non aggressione tra gli uomini¹⁴¹ e, dunque, la persona è tutelata nell'ambito del margine di libertà/solidarietà in cui si implementa l'obbligo di assistenza reciproca; il quale non può essere neutralizzato *soltanto* in nome della tutela dei diritti individuali poiché ciò implicherebbe la destrutturazione dello stesso rapporto familiare¹⁴².

È evidente, infatti, che se a fronte della violazione di un diritto individuale, arrecata da un atto di "forza" (violenza), posto da uno dei coniugi, l'altro decide *liberamente* di rimanere nella comunione anziché uscirne, avviando la procedura di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio o chiedendo un ordine di protezione, ciò significa che egli reputa (e dunque anche il diritto non può che reputare) quella prevaricazione *tollerabile* e quindi *giustificata* in ragione di un valore superiore, primo fra tutti quello all'unità della famiglia. Può dirsi, in sintesi, che quel comportamento lesivo è stato accettato secondo la logica del *perdono*¹⁴³, espressione di quel nobile «diritto fraterno»¹⁴⁴ che riempie di contenuto i doveri di solidarietà, assistenza reciproca, collaborazione, i quali verrebbero negati se quella condotta venisse successivamente sindacata in termini di responsabilità¹⁴⁵.

In sostanza, ricorrendo all'autorevolezza di alcune pagine della nostra dottrina, «se non c'è crisi, nell'ambito del singolo nucleo familiare, il diritto è sostanzialmente inoperante, perché la famiglia, al di là e prescindendo dalla normativa giuridica, troverà da se stessa, giorno per giorno, le regole più idonee per organizzare la propria vita e operare le proprie scelte: e ciò, sia sotto il profilo dei rapporti personali, che sotto il profilo dei rapporti patrimoniali»¹⁴⁶. Altrimenti, subentra la crisi, che, se ir-

¹⁴¹ Così S. Rodotà, *Solidarietà un'utopia necessaria*, cit., 35.

¹⁴² G. Ramaccioni, *I c.d. danni intrafamiliari: osservazioni critiche sul recente dibattito giurisprudenziale*, cit., 197. Si veda anche R. Biagi Guerini, *Famiglia e Costituzione*, cit., 218-219, la quale osserva che «la stabilità del nucleo richiede, per la sua realizzazione, che i suoi componenti debbano accettare alcune restrizioni alle loro posizioni giuridiche individuali, in quanto sono finalizzate a mantenere in vita quel gruppo che essi, volontariamente e liberamente, hanno deciso di creare con il matrimonio».

¹⁴³ Si veda G.F. Basini, *Infedeltà matrimoniale e risarcimento. Il danno endofamiliare tra coniugi*, cit., 101.

¹⁴⁴ E. Resta, *Il diritto fraterno*, cit., 132. Con tale espressione l'A. intende un «diritto giurato insieme da fratelli, uomini e donne, con un patto in cui si «decide di condividere» regole minime di convivenza». Egli specifica, poi, tutti gli altri connotati.

¹⁴⁵ C.M. Bianca, *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*, V ed., Milano, 2014, 5 ss.; M. Paradiso, *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, cit., 22, il quale si interroga se in un quadro "contrattuale" si possa argomentare in termini di acquiescenza «quale "tolleranza" definitiva dell'altrui inesatto adempimento, in considerazione dell'affidamento ingenerato nella controparte dell'intervenuta "riconciliazione" o dalla rinuncia desumibile dal decorso di un significativo lasso di tempo dalla violazione dei doveri». Sui concetti di acquiescenza e tolleranza si rinvia a S. Patti, *Profili della tolleranza nel diritto privato*, Napoli, 1978, *passim*; Id., voce *Acquiescenza*, in *Enc. giur.*, I, Milano, 1988.

¹⁴⁶ G.B. Ferri, *La persona nella vita associata*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, 69. Si veda anche S. Patti, *Famiglia e responsabilità civile*, cit., 34, il quale segnala che «occorre prendere atto della "normale" irrilevanza per il diritto di accadimenti dannosi riguardanti i familiari, tali da determinare invece il ricorso al giudice nei rappor-

reversibile, richiede l'attivazione delle procedure per "rompere" la relazione; e anche in questo momento, vale l'avvertimento secondo il quale «la separazione-sanzione non è surrogabile senza residui mediante la responsabilità»¹⁴⁷.

Tali esiti ricostruttivi, che tendono a escludere l'operatività della responsabilità in costanza di convivenza¹⁴⁸, paiono sostenibili non soltanto sulla base di argomenti di coerenza sistemica, atteso che la minaccia dell'azione risarcitoria non farebbe che accentuare il livello di litigiosità nel (e, dunque, l'instabilità del) rapporto di coppia, in contrasto con la portata delle condotte cooperative prescritte dal legislatore in capo ai coniugi (art. 143 c.c.)¹⁴⁹; ma pure da argomenti di principio, ovvero sintonici con la *ratio* espressa dall'art. 2941 c.c. Il quale, sospendendo la prescrizione tra i coniugi, fa intendere, in generale, che l'impianto assiologico che ordina lo specifico rapporto non tollera liti giudiziarie tra i soggetti in relazione¹⁵⁰. In questo senso, finché perdura la relazione opererebbe pure il divieto di agire giudizialmente per ottenere il risarcimento dei danni¹⁵¹.

ti con estranei. La comunione di vita e la comunanza di interessi che legano i membri della famiglia consentono in molte ipotesi – in genere quelle meno gravi – di risolvere all'interno del gruppo anche le questioni attinenti all'illecito civile commesso da uno sei familiari, specialmente quando non ricorre il dolo».

¹⁴⁷ A. Nicolussi, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, cit., 942. Cfr. pure S. Patti, *op. cit.*, 24 ss.; P. Morozzo della Rocca, *Violazione dei doveri coniugali: immunità o responsabilità?*, cit., 611-612; G. Ramaccioni, *I c.d. danni intrafamiliari: osservazioni critiche sul recente dibattito giurisprudenziale*, cit., 200; M. Sesta, *L'evoluzione delle relazioni familiari e l'emersione di nuovi danni*, cit., XXIX.

¹⁴⁸ Cfr. F.D. Busnelli, *Libertà e responsabilità dei coniugi nell'attuazione della vita familiare*, cit., 147 ss.; A. Morace Pinelli, *Violazione dei doveri matrimoniali e responsabilità civile*, cit., 106.

¹⁴⁹ In proposito, è pienamente condivisibile quanto afferma Trib. Venezia, 14 maggio 2009, cit., ovvero che «non ogni violazione degli obblighi derivanti dal matrimonio può essere fonte di un danno risarcibile in via aquiliana, né il mero addebito della separazione, ossia la consapevole violazione di tali obblighi causalmente ricollegabile al fallimento dell'unione, può essere sanzionata ex art. 2043 c.c., pena lo stravolgimento della funzione propria della responsabilità civile quale strumento volto a riallocare le externalità negative in un'ottica non solo compensatrice, ma di deterrenza adeguata. Diversamente opinando si rischierebbe di fare opera di banalizzazione dell'istituto, trasformandolo in uno strumento indiretto di coazione rispetto al rapporto di coppia, tradendo il senso della vigente disciplina in materia di separazione basato sull'oggettiva rilevazione di una situazione ostativa alla prosecuzione della convivenza o di pregiudizio alla prole del suo protrarsi. Non senza considerare che, in assenza di una regolazione delle unioni di fatto, un eccessivo ricorso allo strumento della responsabilità civile finirebbe per sortire un esito di deterrenza tale da dissuadere dal ricorso all'istituto del matrimonio con esiti contro intuitivi sul piano della tutela dei soggetti deboli».

¹⁵⁰ A. Nicolussi, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, cit., 956; E. Camilleri, *Illeciti endofamiliari e sistema della responsabilità civile nella prospettiva dell'European tort law*, cit., 151. Già negli anni sessanta del secolo scorso P. Rescigno, *Immunità e privilegio*, cit., 438, riferiva che la ragione dell'esclusione della responsabilità civile tra coniugi o tra genitori e figli era ravvisata dalle Corti nella «tutela della tranquillità familiare e dell'intimità domestica, che sarebbero turbate dall'instaurarsi del giudizio civile»; una ragione che egli riteneva «davvero insufficiente, se si pensa che tra coniugi, e tra genitori e figli, non è sancita l'irresponsabilità penale. Comunque, l'esigenza di non turbare la pace familiare non giustifica il rifiuto dell'azione proposta dopo il divorzio per un danno subito durante il matrimonio (come invece i giudici angloamericani fanno)».

¹⁵¹ Cfr. S. Patti, *Famiglia e responsabilità civile*, cit. 67; A. Nicolussi, *op. cit.*, 956, il quale ritiene che la respon-

Oltretutto, è difficile immaginare che a seguito di un'azione risarcitoria permanga in vita la relazione¹⁵².

Viceversa, le conclusioni mutano se la condotta lesiva (“violenta”) tenuta da uno dei partner risulta *intollerabile* (nel significato inteso dall’art. 151 c.c.) per l’altro, sino al punto di determinarlo ad attivare il procedimento per giungere allo scioglimento o alla cessazione degli effetti civili del matrimonio, ma anche quando quella condotta determini l’altro coniuge o convivente a chiedere l’emanazione di un ordine di protezione *ex art. 342 bis c.c.*, che, come dicevamo, pare praticamente incompatibile con la persistenza della relazione. In tali casi, la condotta intollerabile arresta il funzionamento dei meccanismi di riconciliazione propri della solidarietà familiare, in cui la logica del *perdono* prevale su quella della *difesa*; perciò, qualora sussistano i necessari requisiti strutturali, non v’è ragione di escludere la responsabilità.

Quanto siamo andati fin qui esponendo pare trovare conforto nello stesso ordinamento, il quale, nei contesti indagati, esprime la prevalenza della solidarietà, del *valore comunitario*, sulla responsabilità nella fase fisiologica della famiglia, ovvero in costanza di convivenza. Lo si evince, in particolare, dalla disciplina della famiglia fondata sul matrimonio¹⁵³, la quale pur non rappresentando più l’unico modello di famiglia giuridicamente rilevante, costituisce pur sempre l’archetipo con il quale si misura il livello di rilevanza di tutti gli altri modelli socialmente tipici¹⁵⁴.

In quell’ambito problematico la cifra di compatibilità tra l’interesse individuale del coniuge e il principio dell’accordo, definita dal legislatore, è costituita dal valore (comunitario) dell’*unità familiare*¹⁵⁵. Lo si coglie, chiaramente, anzitutto nell’art. 144

sabilità per violazione di obblighi familiari si possa far valere «allorché si sia formalizzata la separazione e presuppone violazioni tali da giustificare la separazione».

¹⁵² A. Morace Pinelli, *Violazione dei doveri matrimoniali e responsabilità civile*, cit., 100; A. Nicolussi, op. cit., 946.

¹⁵³ Si veda, in particolare, N. Lipari, *Riflessioni sul matrimonio a trent’anni dalla riforma del diritto di famiglia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 715 ss.

¹⁵⁴ Cfr. M.R. Marella, *Che cos’è la famiglia*, cit., 17, la quale, peraltro, avverte che «si parla spesso di crisi della famiglia, ma è una crisi che in realtà investe non la famiglia, ma il matrimonio (eterosessuale) quale momento totalizzante». Sul margine di rilevanza dei modelli di famiglia diversi dalla famiglia coniugale, si rinvia, tra molti, a F. Prosperi, *La famiglia non “fondata sul matrimonio”*, Napoli, 1980, *passim*; F. Gazzoni, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Milano, 1983, *passim*; P. Perlingieri, *La famiglia senza matrimonio tra l’irrelevanza giuridica e l’equiparazione alla famiglia legittima*, in *Rass. dir. civ.*, 1988, 601 ss.; E. Roppo, voce *Famiglia*, III) *Famiglia di fatto*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1989 e relativa Postilla di Aggiornamento (1999), scritta con A.M. Benedetti; F.D. Busnelli, *La famiglia e l’arcipelago familiare*, cit., 509 ss.; G. Giacobbe, *Famiglia: molteplicità di modelli o unità categoriale?*, in *Dir. fam.*, 2006, 1219; L. Balestra, *L’evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 1115 ss.; F.D. Busnelli, M.C. Vitucci, *Frantumi europei di famiglia*, cit., 771 ss.; F. Parente, *L’evoluzione dei modelli familiari: dal principio di autorità alla tutela delle libertà personali*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, 388 ss. In giurisprudenza si veda, da ultimo, Cass. 3 aprile 2015, n. 6855, in http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/6855_04_15.pdf

¹⁵⁵ M. Paradiso, *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, cit., 16.

c.c., il quale, nel consegnare all'accordo dei coniugi la determinazione dell'indirizzo della vita familiare, precisa che tale accordo deve tener conto delle esigenze di entrambi i coniugi ma anche di quelle *preminenti* della famiglia, facendo intendere che proprio queste ultime – quale «momento di *sintesi e convergenza*, di *equilibrio e composizione* degli interessi facenti capo ai singoli componenti la comunità»¹⁵⁶ – richiedono sovente il sacrificio delle istanze individuali. Lo stesso emerge dalla previsione dell'art. 145 c.c., che, nonostante i suoi pochi momenti applicativi, conferma detto principio¹⁵⁷. Difatti, l'intervento del giudice in caso di disaccordo dei coniugi è così scandito: fallita l'attività di mediazione, finalizzata a raggiungere comunque una soluzione concordata, quando il disaccordo verte sulla fissazione della residenza o su altri affari essenziali, egli deve individuare la soluzione più conforme «alle esigenze dell'*unità* e della *vita* della famiglia»¹⁵⁸. E in tutto ciò – nonostante venga sacrificato l'interesse individuale, anche con la “forza” (“violenza”) – non può esserci spazio per la *responsabilità* giacché quel medesimo spazio è tutto governato dalla *solidarietà*.

10. Considerazioni conclusive

La Convenzione di Istanbul, nella parte in cui si occupa della violenza domestica, non può che inserirsi nell'ordine assiologico sin qui delineato, senz'altro di fonte costituzionale. E in base a questa stessa cifra, rievocando la dottrina citata all'inizio di questo studio, dovrà operarsi la distinzione tra ipotesi di “violenza conforme alla legge” e di “violenza contraria alla legge”. Ma allo stesso modo dovranno intendersi anche quelle disposizioni del Trattato riguardanti i minori di età, le quali equiparano agli atti di violenza diretta anche quelli di violenza indiretta; segnatamente, si riconosce che «i bambini sono vittime di violenza domestica anche in quanto testimoni di violenze all'interno della famiglia» (v. Preambolo) e che in tali casi al minore, vittima appunto di violenza c.d. «*obliqua*» o assistita¹⁵⁹, dovranno essere riservate delle «misure di protezione specifiche, che prendano in considerazione il suo interesse superiore» (art. 56, par. 2).

Volendo valutare l'impatto sulle misure civilistiche interne di protezione dei minori, tale disposizione deve intendersi di stretta interpretazione, con lo specifico effetto di potenziarne l'effettività. Sicché nel campo semantico delle norme di cui agli artt. 330, 333 e 342 *bis* c.c., dovrà essere senz'altro compreso anche il significato del

¹⁵⁶ M. Paradiso, *I rapporti personali tra coniugi*. Artt. 143-148, cit., 30.

¹⁵⁷ Cfr. R. Biagi Guerini, *Famiglia e Costituzione*, cit., 236 ss.

¹⁵⁸ Si veda E. Roppo, *Il giudice nel conflitto coniugale. La famiglia tra autonomia ed interventi pubblici*, cit., 187 ss.

¹⁵⁹ Su tale fattispecie si veda, in particolare, Trib. Reggio Emilia (decr.), 10 maggio 2007, in *Fam. pers. succ.*, 2007, 843. In dottrina, v. A. Scalera, *Gli ordini di protezione contro gli abusi familiari*, cit., 234.

minore vittima di violenze ed abusi pregiudizievoli della sua sfera personale, non soltanto in via diretta ma anche indiretta, cioè quando egli assiste ad atti di violenza su un altro familiare, specialmente se si tratta del genitore (c.d. violenza assistita)¹⁶⁰. Soluzione, questa, alla quale era già pervenuta la giurisprudenza interna, ma che ora s'impone per effetto della fonte internazionale¹⁶¹.

In tali situazioni, peraltro, può aversi un concorso di provvedimenti emessi da giudici diversi, con il rischio di possibili qualificazioni contrastanti. Così, nel caso in cui un genitore ponga in essere atti di violenza nei confronti dell'altro genitore o convivente, ai quali assista il figlio minorenni, considerato il rapporto di specialità degli artt. 330 e 333 c.c. rispetto agli artt. 342 *bis* e 342 *ter* c.c.¹⁶², potranno operare, per la vittima *diretta* l'art. 342 *bis*, mentre per la vittima *indiretta*, cioè il minore, gli artt. 330 e 333 del c.c. In quest'ultima ipotesi, considerate le norme sulla competenza di cui all'art. 38 disp. att. c.c., può accadere che il tribunale per i minorenni, chiamato a tutelare l'interesse del minore, giunga a conclusioni diverse da quelle del giudice ordinario, interpellato per i provvedimenti di cui agli artt. 342 *bis* e 342 *ter* c.c.

L'effettività delle misure di protezione è potenziata dalla Convenzione di Istanbul pure da quelle disposizioni, che richiedono di sospendere l'operatività delle norme che impongono il segreto professionale su fatti personali, appresi dal professionista in occasione del rapporto fiduciario, a garanzia della riservatezza della persona (v. art. 622 c.p.; d. lgs., 30 giugno 2003, n. 196). In specifico, l'art. 28 della Convenzione vincola le Parti ad adottare le misure necessarie per garantire che le norme sulla riservatezza imposte dalle legislazioni nazionali a certe figure professionali non costituiscano un ostacolo alla possibilità di fare una segnalazione alle organizzazioni o autorità competenti, qualora il professionista abbia ragionevoli motivi per ritenere che sia stato commesso un grave atto di violenza che rientra nel campo di applicazione della Convenzione o che si possano temere gravi atti di violenza. In tal modo, la tutela della sicurezza della persona contro gli atti di "violenza non conforme alla legge" viene fatta operare sino al punto di sacrificare il "diritto che comprende tutti i diritti", vale a dire la riservatezza della persona.

¹⁶⁰ Cfr. Cass. pen., 10 dicembre 2014, n. 4332, in *Dir. giust.*, 2015, 30 gennaio; Trib. Piacenza, 23 ottobre 2008, in *Foro pad.*, 2010, 2, I, 430, con nota di A. G. Danovi.

¹⁶¹ Cfr. A. Scalera, *Gli ordini di protezione contro gli abusi familiari*, cit., 234-235. In giurisprudenza v. Trib. Reggio Emilia, 6 maggio 2002 e successivo decreto di conferma datato 21 maggio 2002, entrambi in *Fam. dir.*, 2002, fasc. 5, 503 ss.; Trib. min. L'Aquila, 19 luglio 2002, in *Fam. dir.*, 2003, fasc. 5, 482, con nota di C. Dolcini, *L'allontanamento del genitore violento dalla casa familiare*; Trib. Reggio Emilia (decr.), 10 maggio 2007, cit., 843 ss.

¹⁶² Così S. Silvani, *Gli ordini di protezione contro gli abusi familiari (artt. 2-8, legge 4 aprile 2001, n. 154 - misure contro la violenza nelle relazioni familiari)*, cit., 1208; A. Renda, *L'abuso familiare*, cit., 126 ss.; C. B. Pugliese, *I soggetti degli ordini di protezione*, in *Gli abusi familiari. Misure personali e patrimoniali di protezione. Profili di diritto civile, penale e comparato*, a cura di M. Paladini, cit., 65 ss.

La Convenzione di Istanbul esplica, in definitiva, un'indubbia efficacia sul piano dell'effettività delle tutele accordate dal nostro ordinamento alle vittime di atti di violenza domestica, anche intensificando le politiche pubbliche di prevenzione, sensibilizzazione ed educazione al fine, tra l'altro, di «eliminare pregiudizi, costumi, tradizioni e qualsiasi altra pratica basata sull'idea dell'inferiorità della donna o su modelli stereotipati dei ruoli delle donne e degli uomini» (art. 12, par. 1, della Convenzione).

Quanto al tipo di “violenza” che giustifica il provvedimento protettivo nonché l'insorgenza di un'obbligazione di carattere risarcitorio, permangono i limiti discendenti dall'ordine valoriale che presiede i rapporti familiari. Entro i confini che abbiamo cercato di definire, tale ordine condiziona pure l'operatività dei diritti individuali della persona. Nel dirimere l'implacabile conflitto che nella relazione familiare si celebra tra i diritti individuali e il principio di solidarietà che regge la relazione medesima, torna allora senz'altro utile considerare, per il giurista in chiave ermeneutica, l'affermazione e l'interrogativo del filosofo: «Se ciascuno dei diritti umani fosse per sua natura assolutamente incondizionato e incompatibile con qualsiasi limitazione, a somiglianza di un attributo divino, ogni conflitto che li mettesse in urto tra loro sarebbe palesemente insanabile. Ma chi non sa che in realtà tali diritti, essendo umani, sono – come tutto ciò che è umano – soggetti a condizionamenti e limitazioni, almeno (...) per quanto concerne il loro esercizio?»¹⁶³.

¹⁶³ J. Maritain, *L'uomo e lo Stato*, trad. it. di L. Frattini, III ed., Genova, 2003, 104-105.



CACUCCI EDITORE BARI

Fondata nel 1929

Amministrazione e redazione

Via D. Nicolai 39

70122 Bari

Tel. 080 5214220

Fax 080 5234777

info@cacucci.it

www.cacuccieditore.it

Librerie

Via B. Cairoli 140 - 70122 Bari

Tel. 080 5212550

Via S. Matarrese 2/d - 70124 Bari

Tel. 080 5617175

rivista di diritto privato

CACUCCI EDITORE

Via Nicolai, 39 - 70122 Bari

INTESTAZIONE FATTURA	COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)			
	INDIRIZZO		N. CIVICO	
	CAP	LOCALITÀ	PROV.	
	RIVA (SE NECESSITA FATTURA)		CODICE FISCALE (OBBLIGATORIO)	
	TEL.		FAX	
	INDIRIZZO DI SPEDIZIONE (se diverso)	COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)		
INDIRIZZO		N. CIVICO		
CAP		LOCALITÀ	PROV.	
ABBONAMENTI	ITALIA		ESTERO	
	<input type="checkbox"/> abbonamento annuale 2015	<input type="checkbox"/> abbonamento in versione PDF	<input type="checkbox"/> abbonamento annuale 2015	<input type="checkbox"/> abbonamento in versione PDF
	€ 135,00	€ 67,50	€ 270,00	€ 67,50

Gli abbonamenti hanno durata annuale e si intendono rinnovati per l'anno successivo se non disdetti entro la scadenza a mezzo di semplice lettera o e-mail.

Magistrati e Uditori giudiziari

Sconto del 30% sull'acquisto dell'abbonamento annuale alla rivista, applicabile rivolgendosi alla Cacucci Editore S.a.s., Via Nicolai, 39 - 70122 Bari, o via Fax al n. 080/5234777 o rivolgendosi al Servizio clienti al n. 080/62030890, o via e-mail riviste@cacuccieditore.it. Nell'ordine d'acquisto i magistrati dovranno allegare fotocopia del proprio tesserino identificativo attestante l'appartenenza alla magistratura e dichiarare di essere iscritti all'Associazione Nazionale Magistrati.

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per gli effetti del combinato disposto dall'art. 74 del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989 e successive modificazioni ed integrazioni.

Arretrati, cambi d'indirizzo, ecc.

Cacucci Editore S.a.s. – Servizio clienti, Via Nicolai, 39 - 70122 Bari
Tel. 080/62030890, Fax 080/5234777, e-mail: riviste@cacuccieditore.it

Egregio abbonato, ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, La informiamo che i Suoi dati saranno conservati nel database informatico del titolare del trattamento Cacucci Editore Sas. I Suoi dati saranno utilizzati dalla nostra società, da enti e società esterne ad essa collegati, nonché da soggetti terzi, titolari autonomi del trattamento, solo per l'invio di materiale amministrativo-contabile, commerciale e promozionale. Ai sensi dell'art. 7 del citato D.Lgs., Lei ha diritto di conoscere, aggiornare, rettificare, cancellare i Suoi dati, nonché di esercitare tutti i restanti diritti ivi previsti, mediante comunicazione scritta a Cacucci Editore Sas, Via Nicolai, 39 - 70122 Bari.

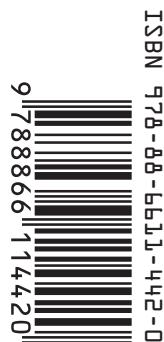
DATA

FIRMA

UN LEGAME INDISSOLUBILE.



Cosa ci lega alla terra in cui nasciamo? La solidità delle nostre radici, per esempio, che ci fanno crescere e guardare sempre a nuovi orizzonti. Così facciamo noi di Banca Carime, instaurando un rapporto fondamentale con il territorio in cui operiamo e sostenendone le iniziative culturali e sociali.



€ 38,00

UBI  **Banca Carime**