

rivista di diritto privato

1 anno XXVII - gennaio/marzo 2022

Comitato scientifico

Giorgio De Nova
Enrico Gabrielli
Natalino Irti
Pietro Rescigno
Paolo Spada
Giuseppe Vettori

Direzione

Giorgio De Nova
Massimo Franzoni
Enrico Gabrielli
Pietro Antonio Lamorgese
Raffaele Lener
Edoardo Marcenaro
Giuseppe Minniti
Stefano Pagliantini
Vincenzo Roppo
Giuliana Scognamiglio



CACUCCI
EDITORE

rivista di diritto privato

Pubblicazione trimestrale

Editrice: Cacucci Editore S.a.s.

Via D. Nicolai, 39 – 70122 Bari (BA)

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

Telefono 080/5214220 – Fax 080/5234777

Direttore responsabile: Nicola Cacucci

Comitato scientifico: Giorgio De Nova, Enrico Gabrielli, Natalino Irti, Pietro Rescigno, Paolo Spada, Giuseppe Vettori

Direttore: Giorgio De Nova

Direzione: Giorgio De Nova, Massimo Franzoni, Enrico Gabrielli, Pietro Antonio Lamorgese, Raffaele Lener, Edoardo Marcenaro, Giuseppe Minniti, Stefano Pagliantini, Vincenzo Roppo, Giuliana Scognamiglio

Comitato di valutazione scientifica: Pietro Abbadesse, Fabio Addis, Maria Teresa Alvarez Moreno, Franco Anelli, Ciro Caccavale, Roberto Calvo, Carmelita Camardi, Cristina Campiglio, Paolo Carbone, Donato Carusi, Angelo Chianale, Alessandro Ciatti, Mario Cicala, Nicola Cipriani, Paoloefisio Corrias, Carlos De Cores, Francesco Delfini, Enrico del Prato, Angelo Federico, Luis Leiva Fernández, Giovanni Furgiuale, Andrea Fusaro, Gregorio Gitti, Carlo Ibba, Francesco Macario, Vincenzo Meli, Enrico Minervini, Massimo Miola, Salvatore Monticelli, Romulo Morales Hervias, Mario Notari, Gustavo Olivieri, Fabio Padovini, Pascal Pichonnaz, Paolo Pollice, Giuseppe B. Portale, Vincenzo Ricciuto, Davide Sarti, Michele Sesta, Michele Tamponi, Federico Tassinari, Daniela Valentino, Gian Roberto Villa, Lihong Zhang, Andrea Zoppini.

Comitato editoriale: Giorgio Afferni, Andrea Azzaro, Elsa Bivona, Ernesto Capobianco, Lisia Carota, Matteo Dellacasa, Fabrizio di Marzio, Massimo Di Rienzo, Amalia Diurni, Aldo Angelo Dolmetta, Fiorenzo Festi, Antonio Fici, Giancarlo Laurini, Giorgio Lener, Renato Marini, Giacomo Oberto, Paolo Pardolesi, Andrea Pisani Massamormile, Mariano Robles, Rita Rolli, Renato Rordorf, Luigi Salamone, Luigi Salvato, Laura Schiuma, Maurizio Sciuto, Marco Tatarano, Giovanni Maria Uda, Carlo Venditti, Francesco Venosta, Fabrizio Volpe

Redazioni

Roma: Maria Barela, Marco Nicolai, Benedetta Sirgiovanni

Bari: Adriana Addante, Claudia Morgana Cascione

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. 080/5214220, Fax 080/5234777,

e-mail: riviste@cacuccieditore.it

INFORMATIVA SULLA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI

Informativa ex art. 13 Codice Privacy ed ex artt. 13 e 14 del Regolamento UE 27 aprile 2016 numero 679 ("GDPR")

L'informativa completa è disponibile e scaricabile dal sito ufficiale della Rivista (<http://www.rivistadirittoprivato.it>).

CRITERI DI SELEZIONE DEI CONTRIBUTI PUBBLICATI

La valutazione di tutti i contributi oggetto di pubblicazione viene effettuata in totale anonimato secondo il sistema "double blind", in osservanza di quanto prevede il Regolamento ANVUR, da un soggetto terzo, di volta in volta, individuato dalla Direzione, secondo le sue specifiche competenze nelle aree tematiche di pertinenza del contributo sottoposto a valutazione nell'ambito del Comitato di Valutazione composto da soggetti autonomi rispetto agli Organi della Rivista. Solo in casi eccezionali la Direzione assume direttamente la responsabilità della pubblicazione segnalando la circostanza e le relative motivazioni in una nota nella prima pagina del contributo.

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, o un componente della Direzione, invia il contributo ad uno o più esperti del tema trattato, designati preferibilmente fra i componenti del Comitato di Valutazione.

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.

Regole per l'autore soggetto a revisione: ciascun autore che invia un articolo deve segnalare se il proprio nome è presente nelle proprietà nascoste del file; indicare quali parti dell'articolo potrebbero rivelare la sua identità e mettere in evidenza la presenza nelle note di eventuali rimandi alle proprie opere.

CODICE ETICO

Il **Codice Etico** è disponibile e scaricabile dal sito ufficiale della Rivista (<http://www.rivistadirittoprivato.it>).

rivista di diritto privato

2022

Comitato scientifico

Giorgio De Nova
Enrico Gabrielli
Natalino Irti
Pietro Rescigno
Paolo Spada
Giuseppe Vettori

Direzione

Giorgio De Nova
Massimo Franzoni
Enrico Gabrielli
Pietro Antonio Lamorgese
Raffaele Lener
Edoardo Marcenaro
Giuseppe Minniti
Stefano Pagliantini
Vincenzo Roppo
Giuliana Scognamiglio



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 1/2022

Saggi e pareri

Dovere di contribuzione e dinamiche familiari <i>di Angelo Federico</i>	7
Fondazioni ETS e patrimoni destinati ad uno specifico affare <i>di Marta Cenini</i>	23
Il possesso a diverso titolo del chiamato all'eredità <i>di Antonio Musto</i>	45
«Initial Coin Offering» ed il mercato delle cripto-attività: l'ambiguità degli «utility token» <i>di Enzo Maria Incutti</i>	71
Costi del lavoro ed emergenza Covid-19 <i>di Antonietta Troisi</i>	95
Rilievi preliminari sul c.d. contenuto negativo del testamento <i>di Francesco Meglio</i>	107
Il leasing finanziario secondo le ultime Sezioni unite della Corte di Cassazione tra intenti “restauratori” e paradossi <i>di Valentina Viti</i>	127

Saggi e pareri

Dovere di contribuzione e dinamiche familiari*

di Angelo Federico**

Abstract. The paper starts from the demonstration of the thesis whereby the *duty to contribute* as the primary aspect of rules governing property, after the reform of Family Law, has been the main instrument of stabilization and systematic reorganization of the cumbersome and contradictory discipline of the financial relations between spouses.

It analyzes and compares the role that the duty to contribute today plays: **i.** in the recent discipline on civil unions, where it is expressly included among the mutual rights and duties of the partners, **ii.** in cohabitation contracts, and also **iii.** with reference to maintenance, as an expression of post-marital solidarity.

However, an intervention by the legislator to reform the discipline it is now considered unavoidable, being the same now divided between the code and specific legislation of property relations in the various family models, both with reference to the physiological moment of cohabitation and to the pathological moment of the crisis of the partnership. Finally, *de iure condendo*, it is hoped that in the forthcoming legislation the *duty to contribute* expressly takes the role of primary rule governing the administration of property, since it has the capacity of combining the specific rules on property with the so-called “family principle”, which is an expression of the maximum possible fulfillment of the individual in the family community.

SOMMARIO: 1. Introduzione: i rapporti patrimoniali nella famiglia. – 2. Il dovere di contribuzione come fattore di stabilizzazione sistematica nell’ambito del regime patrimoniale della famiglia dopo la riforma del 1975. – 3. Segue. La riforma del diritto di famiglia e il c.d. regime patrimoniale primario – 4. La contribuzione ai bisogni comuni nelle unioni civili e le c.d. modalità di contribuzione alle necessità della vita comune nel contratto di convivenza – 5. Le funzioni dell’assegno di divorzio: il dovere di contribuzione e la solidarietà post-(coniugale) familiare – 6. Qualche considerazione conclusiva: il nuovo diritto delle relazioni affettive e il sistema dei rapporti patrimoniali dopo la stagione delle riforme..

1. Il tema del rapporto tra «dovere di contribuzione e dinamiche familiari» si presta a vari livelli di approfondimento non solo perché investe e deve misurarsi con le attuali e diversificate, ormai anche sul piano normativo, *realità familiari*¹, ma an-

* Il saggio è dedicato a Massimo Paradiso e destinato agli *Studi* in suo Onore.

** Ordinario di Diritto privato, Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Messina.

¹ Con la formula del testo intendo riferirmi alle diverse relazioni affettive, anche non fondate sul matrimonio, che trovano riconoscimento e disciplina nel nostro ordinamento. L’identificazione della famiglia nel legame affettivo di coppia, di filiazione e di stretta parentela è affermata con molta chiarezza da C.M. BIANCA, *Famiglia è la famiglia fondata sull’affetto coniugale e sull’affetto filiale*, in SALANITRO (a cura di), *Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, Pisa, 2019, 119 ss., quale dato unificante pur nella varietà dei differenti modelli familiari e della loro diversa disciplina (p. 123).

che perché richiede di essere svolto in una prospettiva per così dire diacronica (passata, presente e futura).

È una constatazione del tutto scontata, oltre che condivisibile, infatti, quella di chi afferma che la materia dei rapporti familiari sia stata attraversata, in particolare nell'ultimo decennio, da profonde tensioni riformatrici, come testimoniano i diversi e incisivi interventi legislativi, di conio più o meno recente, che hanno riguardato la filiazione, la genitorialità e gli stessi rapporti di coppia nella fase della definizione della crisi, per citare solo alcuni dei più importanti plessi normativi interessati².

E, però, «a fronte dell'impetuoso vento di riforma che ha investito la generalità delle altre problematiche familiari, sembra fare singolare contrasto, la sostanziale staticità del quadro che l'ordinamento offre con riguardo al regime dei rapporti patrimoniali nella famiglia. Qui in effetti il tempo sembra essersi fermato, e la riflessione (...) sembra doversi (...) indirizzare soprattutto all'individuazione di criticità e di conseguenti prospettive di riforma invero sicuramente rese (...) ancora più urgenti in conseguenza del mutato contesto generale della disciplina delle relazioni familiari»³.

Proprio prendendo avvio da queste ultime considerazioni può risultare utile tornare a interrogarsi sulla funzione che il *dovere di contribuzione* ha svolto e continua a svolgere sul piano dei rapporti patrimoniali nella famiglia fondata sul matrimonio e chiedersi se tale compito assolva anche, e secondo quali modalità, nell'ambito delle diverse relazioni affettive non fondate sul matrimonio⁴ che hanno trovato disciplina nella legge sulle unioni civili e sulle convivenze, nonché con riferimento alla crisi del rapporto.

2. Per assolvere tale compito, però, mi limiterò a verificare, sia pure in maniera estremamente sintetica e con più di una semplificazione, una tesi di fondo: quella

² In tema per uno sguardo d'insieme SALANITRO, *Per una riflessione sistematica sul diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, in *Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, cit., 13 ss., nonché SESTA, *Matrimonio e famiglia a cinquant'anni dalla legge sul divorzio*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 1177 ss., dove, 1184, nt. 24, anche un elenco accurato delle principali innovazioni legislative. I riferimenti evocati nel testo riguardano, in particolare, la novella alla normativa codicistica sulla filiazione, le regole sulla procreazione medicalmente assistita, la disciplina sulle unioni civili e sulle convivenze, nonché il c.d. *divorzio privato* introdotto dalla l. n. 162/2014 e le disposizioni sulla abbreviazione dei termini per la separazione e il divorzio previste dalla l. n. 55/2015.

³ In questi termini E. QUADRI, *Considerazioni introduttive in tema di rapporti patrimoniali nella famiglia*, in *Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, cit., 466, di cui si veda anche la relazione ID., *Regime patrimoniale e autonomia dei coniugi*, in AULETTA (a cura di), *Bilanci e prospettive del diritto di famiglia a trent'anni dalla riforma*, Milano, 2007, 127 ss., svolta in un precedente Convegno catanese sempre sul diritto di famiglia.

⁴ La proposta di "disegnare l'immagine di un sistema che muta, nelle sue linee di fondo, verso un diritto che dovrebbe – forse – chiamarsi delle relazioni affettive" è di ZATTI, *Premessa*, in *Trattato breve sulla riforma del diritto di famiglia*, Milano, 2019, XV. L'ampia varietà di modelli e aggregati familiari è sottolineata anche da PARADISO, *Navigando nell'arcipelago familiare. Itaca non c'è*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1306 ss., che censisce una decina di modelli o gruppi familiari giuridicamente rilevanti.

che il dovere di contribuzione, non solo ha costituito, a far tempo dalla legge di riforma del diritto di famiglia, un fattore di potente stabilizzazione e riorganizzazione sistematica⁵ dei rapporti patrimoniali familiari⁶, ma continua a tutt'oggi a farsi portatore di una sorta di razionalizzazione, *a posteriori*, rispetto a un riformismo legislativo a volte ambiguo, a volte contraddittorio, a volte incerto⁷. *A posteriori* nel senso che tale ruolo è stato svolto dal principio di cui all'art. 143, 3°co.⁸, soprattutto grazie, per così dire, alla capacità degli interpreti, della dottrina in particolare, di riorientare l'attività ermeneutica nella composizione e nel bilanciamento di quelle esigenze e di quei valori costituzionali di uguaglianza morale e giuridica, nonché di unità e solidarietà che, come noto, debbono necessariamente sostenere e non semplicemente accompagnare gli interventi normativi nell'ambito della famiglia⁹.

⁵ Sostanzialmente in questi termini appare orientata l'analisi di VETTORI e GORGONI, *Il dovere coniugale di contribuzione*, in Tratt. Bonilini, vol. II, *Il regime patrimoniale della famiglia*, Torino, 2016, 1135 ss., secondo i quali, però, "se è emersa con chiarezza, in molti scritti, la novità dell'ultimo comma dell'art. 143 cod. civ., non è stato sottolineato a sufficienza come il dovere di contribuzione sia, oggi, elemento primario per l'esegesi delle norme e per la formazione dei concetti atti ad agevolare l'analisi sistematica dell'intera materia dei rapporti patrimoniali fra coniugi" (p. 1136).

⁶ La letteratura su rapporti patrimoniali nella famiglia è vastissima e incontenibile: mi limito, quindi, a ricordare la sintesi a tutt'oggi preziosa di G. GABRIELLI, *Regime patrimoniale della famiglia*, in *Digesto civ.*, XVI, 1997, 330 ss., dove si precisa come "il riferimento al regime patrimoniale della famiglia vale a indicare riasuntivamente l'insieme di norme – legali o in deroga pattizie – che determinano una speciale condizione giuridica dei diritti patrimoniali acquistati da persone fisiche, in dipendenza del vincolo matrimoniale da cui queste sono legate", 334; per qualche contributo recente, comunque, si vedano le relazioni contenute nella sessione sui rapporti patrimoniali in *Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, cit., 465 ss., e in particolare: E. QUADRI, *op. ult. cit.*, 465 ss.; TRIMARCHI, *Doveri familiari e contribuzione*, 477 ss.; OBERTO, *Attualità del regime legale*, 477 ss.; DI ROSA, *Lavoro familiare e attività d'impresa*, 528 ss.; CAVALLARO, *Ratio e tipo nella convenzione matrimoniale e nelle altre fattispecie di recente introduzione*, 545 ss.; CRISCUOLO, *Autonomia privata tra famiglia e successione*, 565 ss.; C. BENANTI, *Le funzioni dell'assegno di divorzio nel sistema dei rapporti patrimoniali tra i coniugi*, 579 ss.; nonché le considerazioni conclusive sui temi affrontati nel Convegno rese da AULETTA, *Riforme ed evoluzione del diritto di famiglia: un percorso di mezzo secolo*, *ibidem*, 595 ss., anche con riferimento ai rapporti patrimoniali, 616 ss.

Su l'intreccio tra la dimensione affettiva e quella patrimoniale ed in particolare tra *vincolo familiare* e *realtà imprenditoriale* nell'epoca attuale vedi le recenti riflessioni di BALESTRA, *Dinamiche imprenditoriali e substrato familiare: linee di un itinerario*, in *Contratto e impresa Europa*, 2021, 41 ss.

⁷ Lo sottolineava immediatamente dopo la riforma del 19 maggio 1975, n. 151, FALZEA, *Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, I, 609 ss., (ed ora anche col diverso titolo *Famiglia e aspetti patrimoniali*, in *Id.*, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, II, dogmatica giuridica, Milano, 1996, 857 ss.), il quale rilevava come «l'attività ermeneutica della scienza giuridica» fosse «messa a dura prova dall'imperfezione dei testi legislativi»; e lo ribadisce di recente, anche se con più specifico riferimento alla comunione legale, RIMINI, *Assegno divorzile e regime patrimoniale della famiglia*, in, SALANITRO (a cura di), *Quale diritto di famiglia per la società del XXI secolo?*, Pisa, 2020, 94, nt. 44.

⁸ E. QUADRI, *Il principio di contribuzione come principio generale. La portata dell'art. 143 cod. civ. nel matrimonio e oltre il matrimonio*, in *Nuova giur. comm.*, 2000, II, 503 ss.

⁹ «Quando nel 1977, nelle giornate lincee sul diritto di famiglia mi sono occupato tematicamente del dovere di contribuzione, ho additato in esso la funzione più profonda che aveva inteso assegnargli il legislatore della

Mi pare, inoltre, possa convenirsi che nell'attuale momento storico, come implicitamente quasi suggerisce un importante e recente arresto delle Sezioni Unite in tema di assegno di divorzio¹⁰ e come viene segnalato da più parti, anche nell'ambito dei rapporti patrimoniali nelle relazioni familiari siano ormai necessari opportuni adeguamenti ed interventi normativi in grado di mettere in comunicazione il momento fisiologico della convivenza con la regolamentazione economica del momento patologico di crisi della stessa¹¹.

Per la dimostrazione di quanto appena affermato sarà necessario svolgere, sia pure in modo conciso e a volte puramente assertivo, i seguenti punti: a) in primo luogo, (quanto al passato che però è ancora attuale), è opportuno prendere avvio dal rapporto, ormai, dopo quasi un cinquantennio, consolidato (ma non ancora del tutto scontato), tra il dovere di contribuzione e i regimi patrimoniali della famiglia fondata sul matrimonio¹²; b) successivamente (quanto al presente), sarà necessario soffermarsi sui nuovi (per lo meno dal punto di vista del campo di applicazione formalmente espresso dal diritto positivo) compiti che al dovere di contribuzione sono assegnati nelle *dinamiche familiari* disciplinate dalla legge 20 maggio 2016, n. 76, con riferimento tanto alle *unioni civili*, (art. 1, commi 11 e 12), che ai *contratti di convivenza* (art. 1, commi 50-56); c) non rientra, invece, nel tema l'analisi del

novella. La funzione cioè di adeguare i rapporti patrimoniali alla composizione dei due valori fondamentali, dell'uguaglianza dei coniugi e dell'unità della famiglia» (FALZEA, *Considerazioni conclusive*, in *La riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo. Bilanci e prospettive*, Padova, 1986, 301).

¹⁰ Il riferimento, naturalmente, è a Cass., S.U., 11.7.2018, n. 18287, in *Foro it.*, 2018, I, co. 2671, e in *Corriere giur.*, 2018, 1186, con nota di S. PATTI, *Assegno di divorzio: il passo indietro delle Sezioni Unite*, 1197 ss.; tra i molti commenti alla pronuncia vedi, in particolare, FORTINO, *L'assegno di divorzio come strumento per realizzare, ex post, il principio di uguaglianza tra i coniugi*, in *Nuova giur. comm.*, 2018, II, 1704, ss., nonché E. QUADRI, *Il superamento della distinzione tra criteri attributivi e determinativi dell'assegno di divorzio*, in *Famiglia e dir.*, 2021, 982 ss.

¹¹ Lo sottolinea E. QUADRI, *Considerazioni introduttive* cit., secondo il quale qualsiasi intervento riformatore deve muovere da una premessa: quella di un intreccio tra il regime patrimoniale, operante nella fase fisiologica della convivenza, e la regolamentazione dei rapporti economici in conseguenza della crisi familiare così intimo da renderli interdipendenti, 466-467; su tale *intreccio* vedi anche SESTA, *Profili attuali sulla solidarietà post coniugale*, in CUFFARO, (a cura di) *Divorzio 1970-2000, Una riflessione collettiva*, Milano, 2021, 123 ss., spec. 133, nonché BENANTI, *La funzione dell'assegno di divorzio nel sistema dei rapporti patrimoniali tra coniugi*, cit., 579 ss.; alla luce della giurisprudenza successiva all'arresto delle Sezioni Unite, inoltre, PASQUILLI, *La solidarietà coniugale al tempo del divorzio*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 539 ss., ritiene che "una riforma complessiva dell'intera materia dei rapporti patrimoniali tra i coniugi risulti ad oggi più che auspicabile" (565). Secondo BASILE, *Per la codificazione della disciplina sul divorzio*, in *Divorzio 1970-2000*, cit., 43 ss., sarebbe anche opportuna la confluenza nel codice civile della normativa privatistica sul divorzio in ragione del carattere di stabilità raggiunto ormai da tale normativa.

¹² Il riferimento principale si trova, naturalmente, in FALZEA, *Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia*, cit., 609 ss., ma vedi anche A. DI MAJO, *Doveri di contribuzione e regime dei beni nei rapporti patrimoniali tra coniugi*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1981, 349 ss.; nonché SCANNICCHIO, *Beni soggetti e famiglia nel regime patrimoniale e primario. Un'analisi comparata (comunione e contribuzione in Italia, Francia, Inghilterra)*, Bari, 1992; CAVALLARO, *Il "regime primario" della famiglia*, in *Diritto civile*, diretto da Nicolò Lipari e Pietro Rescigno, *Fonti, soggetti, famiglia*, II, *La famiglia*, 160 ss.

dovere di contribuzione nell'ambito della filiazione che ne costituisce una mera specificazione, laddove i doveri di cui agli artt. 147, 148, 315 *bis* e 316 *bis*, c.c., dettano "una regolamentazione unica e unitaria, integrando lo statuto fondativo della responsabilità genitoriale, del tutto indipendente dal tipo di rapporto tra i genitori, se di diritto o di fatto"¹³; così come ne esula la normativa sulla *contribuzione filiale* di cui all'art. 315 *bis*, 4° comma, c.c., per quanto riguarda il figlio convivente¹⁴; d) invece, sarà opportuno interrogarsi (quanto al futuro) sul ruolo che continuerà ad assolvere il dovere di contribuzione, quale espressione, secondo il *diritto vivente*, della solidarietà *post-coniugale*, con riferimento alla disciplina dell'assegno di divorzio, su cui non solo si è espressa la già ricordata pronuncia delle Sezioni Unite, ma sulla cui disciplina soffiano da tempo venti di riforma¹⁵.

Prima di entrare in *medias res*, però, ritengo necessario, nell'intraprendere l'itinerario prefigurato, esplicitare le direttive di metodo alle quali intendo attenermi. Le traggio dall'insegnamento di due autorevoli Maestri che può essere utile tenere presente anche con riferimento al dibattito apertosi di recente sul ruolo dei formanti e in particolare sull'opportunità, o meno, nell'attuale momento storico dell'intervento legislativo con specifico riferimento al diritto di famiglia¹⁶.

¹³ TRIMARCHI, *Doveri familiari e contribuzione*, in *Il sistema di diritto di famiglia*, cit., 478.

¹⁴ Il diverso fondamento e le importanti differenze di disciplina tra il dovere di contribuzione dei coniugi e quello dei figli conviventi veniva evidenziato, sempre con riferimento alla Riforma del 1975 e prima della novella sulla filiazione, da FALZEA, *op. ult. loc.cit.*, secondo cui la contribuzione coniugale si colloca nel rapporto di coniugio e in esso trova i suoi limiti, mentre la contribuzione dei figli conviventi - che pure come la contribuzione dei coniugi, comunque, si riferisce ai bisogni familiari - origina dal rapporto di filiazione, ma si innesta in un rapporto che coinvolge il soggetto della contribuzione e che non coincide necessariamente col rapporto familiare. In tema dopo la novella sulla filiazione BARCHIESI, *La contribuzione nella nuova famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 1298 ss., che ne rimarca la differenza di *ratio* e di ambito di applicazione.

¹⁵ Un disegno di legge abbastanza innovativo sembrava quasi aver tagliato il traguardo: approvato dalla camera dei deputati era già al vaglio del senato quando l'emergenza sanitaria che ha investito il nostro paese ne ha interrotto il corso (vedilo in *giustiziacivile.com.*, n.5/2019, con l'Editoriale di commento di E. QUADRI, *Assegno di divorzio: alle porte la riforma legislativa*). Di recente, comunque, anche la *Commissione di Studio «Diritto di famiglia»* della Società italiana degli Studiosi del diritto civile ha elaborato una proposta di legge per la riforma della disciplina dell'assegno di divorzio che può leggersi insieme ai lavori della Commissione in, *Annali*, 6/2021, 43 ss. In tema E. QUADRI, *La quarta stagione del divorzio. Le prospettive di riforma*, in *Divorzio 1970-2020*, cit., 79 ss.

¹⁶ Mi riferisco all'opinione di chi si è detto contrario, in generale, alla necessità di un intervento del legislatore di adeguamento alle nuove realtà familiari del c.d. *pluralismo complesso* come A. M. BENEDETTI, *Troppe riforme per un diritto in crisi? La famiglia nell'età del pluralismo complesso*, in U. SALANITRO (a cura di), *Quale diritto di famiglia per la società del XXI secolo*, cit., 403 ss., secondo cui "il giudice è forse rimasto l'unico fattore di ordine in un contesto difficile e complesso" (414) e di chi, viceversa, non esita a ritenere «preferibile sopportare il rischio dell'approvazione di una regola "ingiusta" o "errata" di matrice parlamentare - che troverebbe la censura degli organi costituzionali o una correzione degli interpreti - piuttosto che sottrarre queste materie al dibattito politico più ampio e alla partecipazione popolare, aumentando la sensazione di impotenza che caratterizza i corpi elettorali delle democrazie mature nell'era della globalizzazione» (SALANI-

Proprio affrontando il tema del dovere di contribuzione, nella immediatezza della riforma del '75, Angelo Falzea, sentiva il bisogno di affermare come, nell'ambito del diritto di famiglia, in particolare, la scienza giuridica deve svolgere il compito di mediatrice tra gli indirizzi legislativi e la società vivente. “Della società vivente”, sottolineava, “il giurista è organo e tale rimane anche per gli indirizzi legislativi che con la sua attività deve contribuire a rendere effettivi”¹⁷.

E proprio muovendo da tale assunto e andando via via svolgendolo, l'allievo Vincenzo Scalisi, dopo una lunga e ricorrente consuetudine coi temi della famiglia, così condensava il suo itinerario scientifico: - “Sul rapporto legge – famiglia molto si è detto e scritto. Ma vi è un aspetto sul quale è assai utile tornare a riflettere ed è il seguente. A differenza di tutti gli altri fenomeni giuridici, la famiglia al pari della persona non appartiene soltanto al mondo dell'essere (*sein*), ma è anche e soprattutto il luogo del *dover essere*, il luogo cioè dove si producono e hanno origine le corrispondenti regole di governo delle relazioni familiari.

Vi è nella famiglia nesso di necessaria coappartenenza tra *Sein* e *Sollen* tra realtà e regola. La giuridicità, anzi, è propriamente conformativa e costitutiva della stessa dimensione familiare”¹⁸.

3. È noto come, all'indomani della riforma del diritto famiglia, destò un certo scalpore la proposta articolata dalla dottrina, e condotta su un analitico censimento degli *interessi* che il legislatore della novella aveva inteso riconoscere e tutelare (l'interesse della famiglia in quanto tale; l'interesse dei coniugi; l'interesse dei figli; l'interesse dei familiari, e sullo sfondo l'interesse dei terzi che vengono in rapporto con la famiglia) di identificare nel dovere di contribuzione, previsto dall'art. 143, 3° co., c.c., nell'ambito dei diritti e doveri reciproci dei coniugi, lo strumento giuridico che valesse a “integrare nei rapporti patrimoniali l'ordinamento solidale affidato, ai sensi dell'art. 144 c.c., alla determinazione congiuntiva e all'attuazione disgiuntiva dell'indirizzo familiare”.

“Nel quadro sistematico della novella”, veniva, inoltre, evidenziato come il dovere di contribuzione dei coniugi dovesse essere inteso quale “espressione del principio di solidarietà coniugale e dunque come la via additata dal legislatore per la migliore

TRO, *Ordinante e società. Appunti sui formanti del diritto di famiglia. (A proposito di una riflessione di Alberto Benedetti)* in *Ius Civile*, 2021, 638 ss., da cui sono anche tratte (p. 649) le parole riportate tra virgolette).

¹⁷ FALZEA, *Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia*, cit., 610. E nello stesso ordine di idee V. SCALISI, *La famiglia e le famiglie*, in (*La riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo. Bilanci e prospettive*, Atti del Convegno di Verona, Padova, 1986, 270 ss., ma ora) ID., *Studi sul diritto di famiglia*, Padova, 2014, 3 ss., riteneva che il disegno normativo della riforma “finalizzato al conseguimento di un ideale paritetico ed egualitario assoluto e senza condizionamenti” avesse trovato “nel dovere di contribuzione (art. 143, 3° co.) la sua espressione fondamentale e primaria” (p. 5).

¹⁸ SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'Unità d'Italia a oggi*, in (*Riv. dir. civ.*, 2016, ma ora) ID., *Studi sul diritto di famiglia*, cit., 64.

attuazione giuridica, nell'ambito dei rapporti patrimoniali, di entrambi i valori fondamentali, dell'unità della famiglia e dell'uguaglianza dei coniugi¹⁹.

Angelo Falzea si rese immediatamente conto che l'obiettivo di realizzare l'uguaglianza morale, o sostanziale, che dir si voglia, all'interno della famiglia²⁰, sollecitato come ineludibile dalla Corte Costituzionale subito prima della riforma²¹, non avrebbe potuto essere affidato come i primi commentatori erano inclini a ritenere alla comunione legale, pena il fallimento di tale obiettivo. Ciò non tanto e non solo perché la nuova disciplina escludeva, comunque, la comunione universale dei beni tra i coniugi²², quanto, piuttosto, perché si trattava di un regime facilmente derogabile essendo sufficiente per l'instaurazione del regime opposto, quello della separazione dei beni, una semplice dichiarazione resa nell'atto di celebrazione del matrimonio²³.

Non è questo il luogo per ripercorrere analiticamente l'itinerario che consente all'Autore di identificare, anche sulla base di diverse disposizioni contenute nel regime di comunione legale (l'art. 186, lett. c, in combinato disposto con l'art. 144, c.c., nonché gli artt. 190 c.c. e 193, 2° comma, c.c., in particolare), e nella convinzione che l'interprete non debba farsi condizionare dalla collocazione topografica della disciplina, gli strumenti, per così dire, di attuazione, anche forzosa, del dovere di contribuzione. Ed è la costruzione della categoria delle *obbligazioni contratte nell'interesse della famiglia*, come momento di rilevanza esterna del dovere di contribuzione che consente di rinvenire nello stesso il regime patrimoniale inderogabile e, comunque, vigente, sempre e comunque, nella famiglia a prescindere dal regime patrimoniale (secondario) in concreto adottato dai coniugi²⁴. Si sottraggono in tal

¹⁹ ID, *op. ult. cit.*, 614 con chiaro riferimento all'art. 29 Cost.

²⁰ Sul contributo dell'Autore alla c.d. *regione della famiglia* vedi M. BIANCA, *Angelo Falzea e il diritto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1062 ss.

²¹ C. Cost., 26 giugno 1974, n. 187, infatti, aveva ingiunto al legislatore di "procedere ad una piena attuazione del principio costituzionale della parità giuridica dei coniugi anche sotto il profilo dei rapporti patrimoniali".

²² FALZEA, *op. ult. cit.*, 619. Si tratta di considerazioni che oggi rivestono lo statuto del *luogo* comune. In questi termini, più di recente, tra i molti, OBERTO, *La comunione legale tra i coniugi*, in Tratt. Cicu-Messineo, I, Milano, 2010.

²³ RIMINI, *op. ult. cit.*, 92, il quale sottolinea come sul punto "la situazione italiana è un *unicum* nel contesto della legislazione europea continentale (essendo sempre richiesto un atto pubblico per la deroga al regime legale) ed è lontanissima, per esempio, dai requisiti che la giurisprudenza inglese pone per la validità delle convenzioni prematrimoniali" (p. 93).

²⁴ FALZEA, *op. ult. cit.*, 625. In tema vedi anche ALAGNA, *Famiglia e rapporti tra i coniugi nel nuovo diritto*, Milano, 1979, il cui saggio monografico costituisce un approfondito svolgimento delle tesi proposte da Falzea. Ma vedi anche le considerazioni di PARADISO, *I rapporti personali tra coniugi, Artt. 143-148*, in Commentario Schlesinger, Seconda edizione, diretto da BUSNELLI, Milano, 2012, 108, che vede nel dovere di contribuzione "un principio che può definirsi di *parità ponderata* degli obblighi. Principio che segna il distacco dal diritto generale delle obbligazioni atteso che, pur nella commisurazione dimensionata sulle capacità di ciascuno, fonda una prospettiva che apprezza senz'altro come *uguali* i contributi concreti dei singoli,

modo i rapporti economici tra i coniugi alla legge dello scambio²⁵ e si dà attuazione al principio comunitario «a ciascuno secondo i suoi bisogni, da ciascuno secondo le sue possibilità»²⁶.

Oggi è quasi un dato acquisito, tenuto presente anche nell'ambito della letteratura manualistica, la distinzione, pur in mancanza di qualsiasi espresso riferimento testuale, tra "regime patrimoniale primario-contributivo" inderogabile, che sancisce il dovere di prestare l'apporto necessario alla conduzione della famiglia, e regime patrimoniale secondario distributivo, costituito da quelle regole che disciplinano la spettanza dei beni dei coniugi, la loro amministrazione e i profili connessi della responsabilità patrimoniale²⁷.

Il dovere di contribuzione, inoltre, ha svolto, come pure è stato scritto, il ruolo di dato ordinante²⁸ per la soluzione di rilevanti problemi applicativi, dove, comunque, a prescindere dalle soluzioni accolte, la sua vocazione imperativa ha fatto sì che, il principio di solidarietà contributiva, venisse tenuto in considerazione privilegiata, mentre è divenuto sempre più sbiadito il c.d. *favor comunione* declamato dagli interpreti nei primi anni di applicazione della novella. Il rilievo anche sul piano ermeneutico del regime contributivo, inoltre, ha permesso di attuare un bilanciamento più appropriato nel conflitto tra interesse della famiglia e interessi individualistici dei coniugi. Si pensi, in particolare, alle questioni sollevate dalla c.d. comunione del residuo²⁹ o al problema del modo di operare dell'*accessione* nell'ambito della comunione legale o all'ammissibilità della rinuncia al coacquisto³⁰; ai nessi tra contribuzione coniugale, fondo patrimoniale, usufrutto legale, impresa familiare³¹.

pur nella diversità quanto a contenuto o modalità di prestazione e quanto a (possibile) entità concreta", ma già prima in questo senso ID., *La comunità familiare*, Milano 1984, 389 ss.

²⁵ Così MENGONI, *La famiglia nell'ordinamento giuridico italiano*, in *La coscienza contemporanea tra "pubblico" e "privato", la famiglia crocevia della tensione*, Atti del XLIX corso di aggiornamento culturale dell'Università Cattolica, Reggio Calabria 9-14 settembre 1979, 278.

²⁶ FALZEA, *op. ult. cit.*, 616.

²⁷ In questo senso AL MUREDEN, *La comunione legale*, in AMADIO – MACARIO (a cura di), *Diritto civile*, Norme, questioni, concetti, II, Bologna, 2014, 511; nonché PARADISO, *Corso di Istituzioni di diritto privato*, Torino, Undicesima edizione, 2020, 739-740.

²⁸ Secondo la formula utilizzata da VETTORI e GORGONI, *op. cit.*, 1135.

²⁹ Il dovere di contribuzione, infatti, può anche costituire lo strumento in grado di tutelare il coniuge non percettore nell'ambito della c.d. comunione del residuo (art. 177, lett. b e c, e art. 178 c.c.) e di proteggerlo dal coniuge c.d. dissipatore (su tale problematica vedi PALADINI, *Della comunione legale*, sub Art. 177, in Comm. Gabrielli, *Della famiglia*, a cura di Di Rosa, II edizione, Torino, 2018, p.1326 ss. e letteratura ivi citata).

³⁰ Il riferimento è al problema dell'acquisto in forza di *accessione* di quanto costruito sul terreno di proprietà esclusiva di uno dei coniugi ovvero alla possibilità da parte del coniuge di impedire il *coacquisto* in proprio favore della proprietà di un immobile o di un bene mobile registrato anche in mancanza dei requisiti oggettivi di cui all'art. 179, 2° co., c.c. su cui vedi VETTORI e GORGONI, *op. cit.*, 1138 ss.

³¹ A. FALZEA, *op. ult. cit.*, *passim*

È oggi pacifica la sua operatività anche vigente la separazione dei beni, regime divenuto quello elettivo delle famiglie italiane³², e la prospettazione del principio di contribuzione come principio generale nel matrimonio e oltre il matrimonio³³.

Questo per quanto riguarda il passato vale a dire la qualificazione oramai, si può dire, indiscussa del dovere contribuzione come regime patrimoniale primario, che si affianca e coesiste con le regole sugli acquisti e sulla gestione dei beni proprie del regime secondario di volta in volta prescelto e adottato dai coniugi.

Mi sembra del tutto evidente, in conclusione, come il dovere di contribuzione abbia costituito un formidabile strumento di razionalizzazione dei rapporti patrimoniali nella famiglia fondata sul matrimonio³⁴.

Se guardano, allora, ai recenti interventi del legislatore rimasti al di fuori del codice civile e ci interroghiamo sui regimi patrimoniali introdotti dalla nuova normativa sui rapporti di coppia nelle unioni civili³⁵ e sui contratti di convivenza³⁶, è del tutto scontato interrogarsi sullo spazio occupato anche in tali contesti dal dovere di contribuzione.

4. La contribuzione, infatti, ritorna, per così dire, sulla scena, a più di quarant'anni di distanza, nella normativa extra codicistica delle unioni civili e delle convivenze di cui alla legge 20 maggio 2016, n. 76³⁷.

Si tratta, comunque, di due fattispecie, quella, rispettivamente, delle unioni civili e quella dei contratti di convivenza, che rinviano a fenomeni diversi, non foss'altro

³² Sia consentito il rinvio a ANG. FEDERICO, *Del regime di separazione dei beni*, sub Art. 215, in Comm. Gabrielli, cit., 1585 ss.

³³ E. QUADRI, *Il principio di contribuzione come principio generale. La portata dell'art 143 cod. civ., nel matrimonio e oltre il matrimonio*, cit., 503 ss.

³⁴ Secondo Rimini, *La famiglia*, in E. GABRIELLI (a cura di), *Diritto Privato*, Seconda edizione, Torino, 2021, p.172, il regime patrimoniale primario e la regola della contribuzione proporzionale ai bisogni siccome espressamente richiamati nelle unioni civili e applicabili anche nelle famiglie che si fondano sulla convivenza non matrimoniale "dal punto di vista patrimoniale ...è il tratto distintivo delle comunità familiari rispetto alle altre collettività".

³⁵ Una prima ricognizione è svolta da M. ASTONE, *I regimi patrimoniali delle unioni civili nella l. n. 76/2016. Opzioni legislative e principio di non discriminazione*, in *Famiglia e dir.*, 2016, 902 ss., che si concentra su due problemi: quello attinente "alle ragioni della estensione della disciplina dei rapporti patrimoniali riguardanti la famiglia legittima ai partner delle unioni civili" e quello "relativo alla portata applicativa delle richiamate disposizioni, una volta estrapolate dalla loro sede naturale per essere estese alle unioni civili" (903).

³⁶ Un commento acuto e sottile può leggersi in AMAGLIANI, *I regimi patrimoniali nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto* in ROMEO (a cura di), *Nuovi modelli familiari e autonomia negoziale*, Napoli, 2018, 27 ss.; nonché, con specifico riferimento ai contratti di convivenza ID., *I contratti di convivenza nella L. 20 maggio 2016, n. 76 (c.d. Legge Cirinnà)*, in *Contr.*, 2018, 317 ss.; mentre dall'angolazione delle convenzioni matrimoniali vedi le approfondite considerazioni di CAVALLARO, *Ratio e "tipo" nella convenzione matrimoniale e nelle altre fattispecie di recente introduzione*, in *Il sistema del diritto di famiglia*, cit., 546 ss.

³⁷ Una esegesi molto accurata della intera normativa si trova in C.M. BIANCA (a cura di), *Le Unioni Civili e le Convivenze. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs n. 5/2017; d.lgs. n. 6/2017*, Torino, 2017.

perché trovano la loro fonte in un caso nella legge, l'unione civile, e nell'altro in un atto negoziale, il contratto di convivenza.

L'accordo di convivenza, infatti, in qualsiasi modo lo si voglia classificare, resta, comunque, un atto programmatico e, cioè, enunciazione da parte dei conviventi del programma di interessi da realizzare e delle corrispondenti regole di azione che per divenire *effetti giuridici*, nel caso di specie modalità vincolanti del dovere di contribuzione, devono superare indenni i controlli, di liceità e di meritevolezza, dell'ordinamento³⁸.

Nell'ambito delle unioni civili, in primo luogo, al comma 13 dell'art. 1, si dispone che il regime patrimoniale legale sia, nonostante la *fuga* dalla stessa avvenuta nell'ambito della famiglia matrimoniale, la comunione legale³⁹. I commi 11 e 12, dell'art. 1, della nuova normativa⁴⁰, inoltre, fissano, rispettivamente i diritti e doveri reciproci che derivano dall'unione nonché, per quanto riguarda *l'indirizzo della vita familiare*, la regola dell'accordo ed il potere di attuazione disgiuntiva dello stesso (*ad instar* degli artt. 143 e 144, c.c.).

Il dovere di contribuzione, a parte divergenze e ambiguità lessicali, rispetto al 3° co. dell'art. 143, c.c., messe in luce, anche con interpretazioni non del tutto coincidenti, dai diversi commentatori⁴¹, dunque, campeggia pure nell'ambito della disciplina dei rapporti personali degli uniti civili e anche in questo caso, si dice, con valenza di regime patrimoniale che anzi apparirebbe come «la rappresentazione patrimoniale dell'istanza solidaristica che informa l'unione civile una sorta di sua

³⁸ Secondo la descrizione, per così dire *triadica* della negozialità proposta da V. SCALISI, *La teoria del negozio giuridico*, in ID., *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, Milano, 2005, 545 ss.

³⁹ «Il regime patrimoniale dell'unione civile tra persone dello stesso sesso, in mancanza di diversa convenzione patrimoniale, è costituito dalla comunione dei beni», recita il comma 13, dell'art. 1, l. 2016/76. Su tale scelta, nonostante la *fuga* dal regime legale avutasi nell'ambito della famiglia matrimoniale, vedi le considerazioni di OBERTO, *Attualità del regime legale*, in *Il sistema del diritto di famiglia*, cit., 491, ma anche le considerazioni di SALANITRO, *op. cit.*, 31, a partire dalla qualificazione della comunione legale come *penalty default rule*.

⁴⁰ «11. Con la costituzione delle Unioni Civili tra persone dello stesso sesso le parti acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri, dall'unione civile deriva l'obbligo reciproco all'assistenza morale e materiale e alla coabitazione. Entrambe le parti sono tenute in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale e casalingo a contribuire ai bisogni comuni».

«12. Le parti concordano tra loro l'indirizzo della vita familiare e fissano la residenza comune, a ciascuna delle parti spetta il potere di attuare l'indirizzo concordato».

⁴¹ Ai sensi del secondo inciso del comma 11, infatti, si deve contribuire ai bisogni comuni, piuttosto che a quelli della famiglia; si utilizza, inoltre, la congiunzione *e*, piuttosto che, il disgiuntivo *o*, per quanto riguarda il criterio volto a determinare la capacità contributiva, vale a dire il lavoro professionale e casalingo, che nel testo codicistico vengono considerati in alternativa. In tema vedi per tutti, le considerazioni di AMAGLIANI, *I regimi patrimoniali*, cit., 28-29, nonché quelle di AULETTA, *Sub Comma 11*, in *Le Unioni civili e le Convivenze*, cit., 145.

Costituzione economica», alla stregua, dunque, come nel matrimonio, di regime patrimoniale primario della famiglia⁴².

A parte i diversi problemi ermeneutici sollevati dalle disposizioni richiamate, che non è questa la sede per affrontare, credo che si possa sollevare qualche dubbio sulla trasposizione più o meno meccanica delle problematiche di cui all'art. 143, 3° co., c.c., nell'ambito delle unioni e sulla stessa possibilità di intravedervi, come nell'ambito della normativa codicistica, il regime patrimoniale primario degli uniti. Sono dell'idea che nella *dinamica familiare* di riferimento, quella delle unioni civili, debba essere privilegiato, anche per tramite del dovere di contribuzione, l'aspetto dei diritti inviolabili e della dignità della persona, di cui agli artt. 2 e 3 Cost., piuttosto che quello dell'uguaglianza patrimoniale fra gli uniti e che nonostante la tecnica del mero rinvio ai diversi regimi patrimoniali della famiglia adottata dal legislatore delle unioni civili, sia, comunque, profondamente diverso il contesto, quello codicistico, sistematico di riferimento per l'operatività della contribuzione, di cui al comma 11 dell'art. 1, negli stessi termini dell'art. 143, 3° co., c.c., con i conseguenti corollari già prima evidenziati nell'ambito della famiglia coniugale⁴³.

Per quanto riguarda, invece, il contratto tra i conviventi di fatto, e, cioè, “tra due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile” (art. 1, comma 36, l. n. 76/2016)⁴⁴ la legge stabilisce (art. 1, comma 50, l. n. 76/2016) che qualora gli stessi abbiano disciplinato i rapporti patrimoniali relativi alla loro vita in comune sottoscrivendo un contratto di convivenza lo stesso possa anche contenere, “le modalità di contribuzione alle necessità della vita in comune, in relazione alle sostanze di ciascuno e alla capacità di lavoro professionale o casalingo” (art. 1, comma 53, lett. b).

Gli interpreti della nuova normativa hanno fatto riferimento a quella giurisprudenza di merito e a quell'orientamento dottrinale secondo il quale, già prima della emanazione della disposizione in oggetto, tali pattuizioni, intese a ripartire gli oneri della convivenza, potevano ritenersi valide, ai sensi degli artt. 1174 e 1322, c.c.⁴⁵.

Mi sembra, quindi, che nel caso di specie, il pure evocato art. 143, 3° co., c.c., con la sua funzione perequativa e razionalizzatrice nell'ambito dei rapporti patrimo-

⁴² VENUTI, *Effetti personali, patrimoniali e successori*, in *Tratt. di dir. fam., Le riforme 2012-2018* diretto da Zatti, *Legami di coppia e modelli familiari*, Milano 2018, 45, da cui sono tratte le parole riportate tra virgolette nel testo.

⁴³ La “aprioristica sottovalutazione” da parte dei primi commentatori della portata delle differenze riscontrabili tra la disciplina del matrimonio *in parte qua* e quella della l. 76 è evidenziata da R. AMAGLIANI, *I regimi patrimoniali*, cit., 29.

⁴⁴ Sulla nozione di *convivenza di fatto* e i suoi tratti identificativi M. PARADISO, *Sub Commi 36 – 37*, in *Le Unioni civili e le convivenze*, cit., 478 ss.

⁴⁵ Così ACHILLE, *Sub, Comma 53*, in *Le Unioni civili e le convivenze*, cit. 652 ss., che richiama Trib. Savona, 29.6.2002.

niali della famiglia coniugale e la sua funzione di regime patrimoniale primario abbia poco a che spartire⁴⁶.

Piuttosto credo che, debba e possa farsi riferimento a quegli accordi ipotizzati (in tempi non sospetti) già con riferimento al dovere di contribuzione codicistico e rispetto ai quali si ipotizzava, con profetica disinvoltura, la possibilità di incidere sul criterio di ripartizione proporzionale della contribuzione. In particolare si sosteneva la possibilità di derogare convenzionalmente ad una contribuzione in termini di identica percentuale delle rispettive sostanze, anche quando le stesse fossero radicalmente diverse, che pure emergeva chiaramente dal dato normativo⁴⁷.

Si rilevava, inoltre, come il principio dell'utilità marginale del denaro o, come altrimenti può dirsi, dell'effetto ricchezza, rendesse palese che lo stesso (il denaro appunto) non ha esattamente lo stesso valore per soggetti che hanno una diversa disponibilità economica. Conseguentemente, in quanto diretti ad ottenere il massimo di utilità per entrambi i coniugi, avrebbero potuto essere giustificati accordi che prevedessero percentuali differenziate di contribuzione: ad esempio una contribuzione percentualmente maggiore per il più ricco. Si prospettava, inoltre, la possibilità che i coniugi potessero concordare, in un periodo caratterizzato, ad esempio, da particolari *difficoltà* per uno dei partner, che a contribuire fosse soltanto uno dei due e solo successivamente, qualora le stesse fossero venute meno, entrambi.

Le ipotesi appena rappresentate⁴⁸ possono, a mio avviso, senz'altro costituire appropriate esemplificazioni delle *modalità di contribuzione alle necessità della vita comune*, indicate dalla nuova disciplina quale possibile contenuto del contratto di convivenza. Siffatta contribuzione, per così dire convenzionale, in quanto è il contratto la fonte degli obblighi pattuiti dai conviventi⁴⁹, appare però del tutto lontana e diversa anche sul piano della *ratio* dalla contribuzione legale di cui all'art. 143, 3° co., c.c. Quest'ultima, infatti, nelle sue modalità attuative appare caratterizzata, in forza del principio solidaristico, di cui vuole essere la traduzione normativa nei rapporti patrimoniali tra i coniugi, da una sorta di *efficacia dichiarativa (specificativa)* consistente cioè, come è proprio di questa classe di fenomeni caratterizzati dal costituire dichiarazioni non negoziali di volontà, nella mera individuazione della componente di fatto, il/i comportamento/i, in concreto in grado di realizzare,

⁴⁶ Questa sembra anche l'opinione di AMAGLIANI, *I contratti di convivenza nella 20 maggio 2016*, n. 76 (c.d. *Legge Cirinnà*), cit., 326, che evidenzia il carattere non inderogabile delle modalità contributive nella nuova legge, tale da potersi tradurre in una suddivisione della contribuzione in contrasto con il principio di proporzionalità che è garanzia nell'ambito della famiglia matrimoniale di realizzazione dell'uguaglianza sostanziale,

⁴⁷ Il riferimento è a DE NOVA, *Disciplina inderogabile dei rapporti patrimoniali tra coniugi e autonomia negoziale*, in (Studi Rescigno, 1998, II, 259 ss., ma ora) ID., *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, Padova, 2011, 99 ss.

⁴⁸ Sono quelle indicate da DE NOVA, *op. ult. cit.*, 101.

⁴⁹ In questi termini Di Rosa, *I contratti di convivenza (art. 1, comma 50° ss., l. 20 maggio 2016, n.76)*, in *Nuova giur. comm.*, 2016, 706.

patrimonializzandolo, un dovere, quello di contribuzione appunto, che ha anche natura personale ed è inderogabile⁵⁰.

5. Con la pronuncia n. 18287 dell'11 luglio 2018, le Sezioni Unite della Suprema Corte⁵¹, su impulso del Primo presidente, hanno sentito la necessità di ritornare a pronunciarsi sulla natura dei criteri di determinazione dell'assegno di divorzio e sulle funzioni cui assolvono. La sollecitazione questa volta è provenuta, per così dire, dall'interno, vale a dire da una sentenza lucidamente e, se mi si passa il termine, spietatamente innovativa della prima sezione. Quest'ultima, infatti, anche alla luce dei profondi mutamenti del contesto giuridico-sociale di riferimento, quelli attraversati dalla società italiana, che hanno, comunque, inciso sulla valenza dell'istituzione matrimoniale⁵², aveva ritenuto che fosse tempo di dover sganciare il criterio attributivo del diritto all'assegno, la mancanza di mezzi adeguati, dal pregresso tenore di vita matrimoniale, per accentuarne, agganciandolo alla mancanza di autosufficienza economica, il carattere assistenziale⁵³.

Le Sezioni Unite, mostrandosi di diverso avviso, si impegnano in una articolata pronuncia che illustra il quadro legislativo interno di riferimento, anche sotto il profilo diacronico, e ripercorrono i diversi orientamenti della Suprema Corte in tema⁵⁴, a partire dalla formulazione originaria dell'art. 5, comma 6, l. 1 dicembre 1970, n. 898, (che aveva portato ad affermare la natura mista dell'assegno) fino alla distinzione sull'*an* (la mancanza di mezzi adeguati) e il *quantum* dell'assegno (tenuto conto della condizioni dei coniugi, delle ragioni della decisione etc.) avvenuta con la riforma alla disposizione contenuta nella l. 6 marzo 1987, n. 74, e culminata

⁵⁰ Sulla figura della efficacia cd. *dichiarativa* e sulla *efficacia specificativa*, quale sottotipo della stessa, vedi FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in (*Enc. dir.*, vol. XIV, Milano, 1965, ma ora) ID. *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, II. Dogmatica giuridica, Milano, 1996, 163 ss.; e in tema, circa tale qualificazione all'accordo dei coniugi sui doveri personali, G. D'AMICO, *L'accordo tra i coniugi (Art. 144 c.c.)*, in *Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia, Seminario del corso di diritto civile nell'anno accademico 1977-1978*, Milano, 1980, 135 ss., spec. 198, nt. 130.

⁵¹ In *Foro it.*, 2018, I, 2671, qualche indicazione bibliografica sui commenti alla stessa *supra* nt.10.

⁵² In particolare la possibilità di conseguire la separazione e il divorzio a prescindere da un intervento giudiziale (secondo le modalità previste dal d.l. 12 settembre 2014, n.132), ovvero la significativa riduzione del periodo di separazione legale necessario al fine di proporre istanza di divorzio (l. 6 maggio, 2015, n. 55). In tema BARGELLI, *Divorzio "privato" e prospettive dell'autonomia coniugale*, in *Quale diritto per la società del XXI secolo?* cit., 363 ss.

⁵³ Si tratta di Cass., 10.5.2017, n. 11504, nota come Lamorgese, dal nome del giudice estensore della pronuncia, su cui, tra i molti commenti, vedi quelli di V. BARBA, *Assegno divorzile e indipendenza economica del coniuge. Dal diritto vivente al diritto vigente*, in *giustiziacivile.com*. 11/2017 e di S. PATTI, *Assegno di divorzio: un passo verso l'Europa?*, in *FI*, 2017, I, col. 2707 ss.

⁵⁴ Per una rassegna esaustiva e puntuale, anche se di estrema sintesi, delle vicende normative e giurisprudenziali della legge sul divorzio e dell'assegno divorzile vedi T. AULETTA, *Legge sul divorzio e rapporti di coppia: mutamenti normativi ed evoluzione del diritto effettivo*, in *Divorzio1970-2020*, cit., 3 ss., spec. 28 ss.

nel successivo arresto, rimasto per quasi trent'anni insuperato, delle Sezioni Unite con le pronunce del 1990⁵⁵.

Le Sezioni Unite, in particolare, pur condividendo la premessa sistematica, da cui prende avvio la prima sezione, quella della distinzione tra criterio attributivo e criteri determinativi dell'assegno, mette in campo la necessità di tener conto, nelle diverse fattispecie e nei casi concreti sottoposti al giudice, per l'accertamento della mancanza di mezzi adeguati anche del *contributo personale ed economico* dato dai coniugi alla formazione del patrimonio di ciascuno e di quello comune (c.d. criterio compensativo)⁵⁶.

Ancora una volta il dovere di contribuzione, quale espressione questa volta della c.d. solidarietà post-coniugale, assume rispetto al dato normativo complessivo, il ruolo di fattore di razionalizzazione nell'ambito di un sistema dei rapporti patrimoniali che fa sentire le sue criticità e le sue manchevolezze anche e soprattutto nel momento della crisi del rapporto.

L'assegno, dunque, non ha carattere esclusivamente assistenziale, perché il presupposto è la inadeguatezza dei mezzi del coniuge istante, ma questa non va identificata necessariamente in uno stato di bisogno. È sufficiente per ottenerne il riconoscimento l'apprezzabile deterioramento, in ragione del divorzio delle precedenti condizioni economiche e tener conto del contributo prestato dall'avente diritto durante la vita matrimoniale (criterio compensativo del sacrificio). Il dovere di contribuzione coniugale proietta, quindi, anche nel momento della crisi la sua valenza di regola di sistema che permetta di pervenire a soluzioni ragionevoli pur nella criticità di un dato normativo ormai obsoleto.

6. In conclusione, già da questa sintetica e, per molti versi, incompleta carrellata sulla funzione svolta dal dovere di contribuzione nelle diverse dinamiche familiari sembra emergere la necessità di un intervento legislativo articolato e trasversale retto

⁵⁵ Il riferimento è alle note pronunce n. 1490 e n. 1492 del 29 novembre 1990 in cui sovvertendo l'orientamento precedente si identifica il presupposto per l'attribuzione dell'assegno divorzile nella "inadeguatezza dei mezzi del coniuge richiedente a conservare un tenore di vita analogo a quello tenuto durante il matrimonio".

⁵⁶ Nelle more della pubblicazione del presente scritto è stata emanata Cass., S.U., 5.11.2021, n. 32198, in *Questione Giustizia* 7 dicembre 2021, con commento di MARIANI, *Assegno di divorzio e convivenza di fatto: brevi note critiche alla sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite Civili*, n. 32198/2021; nonché di M. BIANCA, *Le Sezioni Unite su assegno divorzile e convivenza di fatto. La funzione esclusivamente compensativa e i persistenti margini di incertezza sulla determinazione dell'assegni di divorzio*, in *Giustiziainsieme*, 21 dicembre 2021.

Le Sezioni Unite sulla scia dell'orientamento ricordato nel testo hanno ritenuto, in particolare, che non si possa applicare l'art. 5, comma 10°, della legge n. 898 del 1970, che dispone la cessazione dell'obbligo di corresponsione dell'assegno in caso di passaggio del coniuge a nuove nozze, all'ipotesi in cui questi intraprenda una stabile convivenza. Non è possibile soffermarsi sulle diverse ragioni indicate dalle Sezioni Unite a fondamento della propria decisione, ma è opportuno ai fini del ragionamento svolto nel testo sottolineare l'importanza assegnata dalla Suprema Corte alla componente compensativa dell'assegno di divorzio per giustificare il permanere, quanto meno in parte, della contribuzione post-familiare in tali ipotesi.

da un criterio unitario sulla disciplina dei rapporti patrimoniali nelle relazioni affettive.

Nonostante i profondi mutamenti normativi che dalla riforma del diritto di famiglia a oggi hanno investito le diverse *realità* ovvero i diversi modelli familiari, il silenzio del legislatore, in tema, è stato, come si è detto, *assordante*⁵⁷. Non è un caso se la lontananza del dato legislativo dalle regole in concreto praticate nelle dinamiche familiari appare, come viene sottolineato dai sociologi della famiglia, sempre più accentuata⁵⁸.

L'esigenza di uno statuto patrimoniale delle relazioni familiari, quindi, sollecitata anche dal confronto con le fonti normative europee e in cui debbano armonizzarsi regole di fattispecie, che riflettano il concreto vissuto dei diversi modelli familiari presenti nella realtà sociale, e disposizioni di principio appare ormai indifferibile. Ed il dovere di contribuzione, quale sintesi di quel fascio di doveri personali e patrimoniali⁵⁹ che devono accompagnare i rapporti affettivi, sia sul piano fisiologico del rapporto "familiare" che su quello patologico della crisi, si candida a svolgervi un ruolo determinante.

Principi, dunque, come quello contributivo, e, nello stesso tempo, regole di fattispecie tra cui, in generale, possa istaurarsi "un rapporto di intima e solidale tensione *dialogica* sotto il vigile e imprescindibile controllo dell'attività ermeneutica"⁶⁰.

Si tratta, quindi, di promuovere tenendo conto dei diversi contesti e delle diverse realtà familiari una riforma del regime patrimoniale (fondata sulla dialettica derogabile/inderogabile), che operi nella fase fisiologica e a cui si affianchi una regolamentazione coerente dei rapporti economici nel tempo della crisi e un intervento mirato e selettivo con riferimento ai rapporti successori.

Certo che di tempo ne è trascorso non solo da quando Carlo Arturo Jemolo parlava della famiglia come di un'isola che il diritto può solo lambire⁶¹, ma anche da quando a distanza di più di trent'anni veniva evocata l'immagine dell'arcipelago familiare (formato da piccole isole che costellano l'isola grande quella della famiglia)⁶². E così, più di recente, navigando in quel mare nel frattempo divenuto tumultuoso c'è chi non solo non riesce a trovare Itaca, "l'isola che c'era fino ad ieri", ma, anzi, non esita ad affermare che "Itaca non c'è"⁶³.

⁵⁷ L'espressione è di E. QUADRI, *Considerazioni introduttive*, cit., 466.

⁵⁸ Vedi i saggi raccolti in *La famiglia nella società post-familiare. Nuovo rapporto Cisf 2020*, Milano, 2020, *passim*; e le considerazioni svolte in più luoghi da SARACENO, *L'equivoco della famiglia*, Bari-Roma, 2017.

⁵⁹ L'intima correlazione tra aspetti personali e patrimoniali dei doveri familiari è messa lucidamente e costantemente in chiaro in un saggio monografico che ormai può considerarsi un classico in tema: PARADISO, *La comunità familiare*, Milano, 1984, *passim*.

⁶⁰ Così V. SCALISI, *Quale famiglia per l'Europa?*, in *Studi sul diritto di famiglia*, cit., 53, da cui sono anche tratte le parole riportate tra virgolette nel testo.

⁶¹ JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in ID., *Pagine sparse di diritto e storiografia*, Milano, 1957, 222.

⁶² BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 509 ss.

⁶³ PARADISO, *Navigando nell'arcipelago familiare. Itaca non c'è*, in *Riv. dir. civ.*, cit., 1306 ss.

Anche a non voler essere così “realista” pur tuttavia appare certo che di fronte a una fenomenologia delle dinamiche familiari sempre più complessa è articolata debba richiedersi un impegno dei diversi interpreti del sistema⁶⁴, se possibile, ancora più accentuato e, comunque, in grado di coniugare le diverse norme di fattispecie delle relazioni familiari col c.d. *principio famiglia* che richiede, come è stato detto, la maggiore realizzazione e nel massimo grado possibile della persona e delle sue relazioni affettive⁶⁵.

⁶⁴ FALZEA, *Giuristi e legislatori (Considerazioni metodologiche)*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, I. teoria generale del diritto, Milano, 1999, 663 ss. dove uno schizzo efficacissimo del rapporto tra giuristi, legislatori e destinatari della legge.

⁶⁵ È stata questa più in generale la proposta di V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi?* cit., 118. Ma vedi già C.M. BIANCA, *Il familiare debole: l'impegno di giustizia del nuovo diritto di famiglia*, in *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi*, Padova, 1991, 87 ss. E, per quanto riguarda i rapporti patrimoniali, assegnando, questa volta espressamente, il ruolo di regime patrimoniale primario nei diversi modelli familiari al *dovere di contribuzione*, fondato sull'accordo e sulla attuazione anche disgiunta delle obbligazioni contratte nell'interesse della famiglia.

Fondazioni ETS e patrimoni destinati ad uno specifico affare

di Marta Cenini*

Abstract. The reform of the Third Sector is contained in the Legislative Decree no. 117 of 2017, which, after years of waiting and debate, launched the so-called Code of the Third Sector. After several adjustments and the actual establishment of the Register, it is now possible to assess the legislation and its innovations. A particular attention is paid to the issue of legal personality and the possibility for ETS also registered in the company register to set up assets dedicated to a specific business. The dialectic between the establishment of new legal entities and the segregation of assets is thus proposed once again.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Gli Enti del Terzo Settore: tipologie e neutralità della forma giuridica. – 3. ETS e governance. – 4. ETS e personalità giuridica. – 5. ETS e patrimoni destinati. – 6. (segue) Fondazioni ETS e patrimoni destinati. – 7. Fondazioni e fondi separati. – 8. Conclusioni.

1. La riforma del Terzo Settore come noto è contenuta nel D.Lgs n. 117 del 3 luglio 2017, il quale, dopo anni di attesa e di dibattiti, ha varato il cd. Codice del Terzo Settore¹. Il percorso che si era avviato, all'indomani dell'emanazione del codice del 1942, nel solco di una cautela del legislatore rispetto alle persone giuridiche di diritto privato e alle attività ad esse svolte², si è dunque concluso con il pieno ri-

* Professore associato di diritto civile, Università degli Studi dell'Insubria.

¹ Sulla riforma del Terzo Settore la bibliografia è già ampia. Si vedano in particolare: F. LOFFREDO, *Gli enti del terzo settore*, Milano, Giuffrè, 2018; A. MAZZULLO, *Il nuovo codice del Terzo Settore: Profili civilistici e tributari (d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117)*, Torino, Giappichelli, 2017; M. GORGONI (a cura di), *Il codice del terzo settore. Commento al Decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117*, Pisa, Pacini Giuridica, 2018; A. FICI (a cura di), *La riforma del Terzo Settore e dell'impresa sociale, Una introduzione*, Napoli, ESI, 2018; Id., *Un diritto per il terzo settore*, Napoli, ESI, 2020; A. FICI, E. ROSSI, G. SEPIO, P. VENTURI, *Dalla parte del terzo settore. La riforma letta dai suoi protagonisti*, Bari-Roma, Laterza, 2020. La legge delega 106/2016 è stata attuata, oltre che dal d.lgs. 117/2017, dal d.lgs. 112/2017, Revisione della disciplina in materia di impresa sociale; d.lgs. 111/2017, Disciplina dell'istituto del cinque per mille dell'imposta sul reddito delle persone fisiche; d.lgs. 40/2017, Istituzione e disciplina del servizio civile universale; e D.P.R. 28 luglio 2017, Approvazione dello statuto della Fondazione Italia Sociale.

² La letteratura sulle persone giuridiche di diritto privato è vastissima. Si ricordano qui, senza pretesa di completezza: F. GALGANO, *Persone giuridiche*, in Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca, a cura di F. Galgano, Bologna, Zanichelli, 2006; M. BASILE, M.V. DE GIORGI, A. LAUDONIO, *Le persone giuridiche*, vol. I e II, in Trattato di diritto privato, diretto da Iudica e Zatti, Milano, Giuffrè, 2020; M.V. DE GIORGI, *Enti del primo libro e del terzo settore. Ventun scritti fra due secoli*, Pisa, Pacini, 2021; G. PONZANELLI, *Le "non profit organizations"*, Milano, Giuffrè, 1985; Id., *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, Torino, Giappichelli, 2001; A. ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, Jovene, 1995; P. RESCIGNO, *Le forma-*

conoscimento di questi soggetti e della loro essenziale funzione sociale³.

La disciplina del 2017, come noto, ha poi subito alcuni aggiustamenti⁴ nonché ha dovuto attendere l'istituzione del Registro Unico del Terzo Settore (cd. RUNTS), avvenuta con il Decreto del Ministro del Lavoro e delle Politiche sociali n. 106 del 15 settembre 2020⁵, e la sua effettiva operatività. Come noto, infatti, ai sensi dell'articolo 45 del Codice l'iscrizione al registro è costitutiva⁶ dell'ente del terzo settore⁷, pertanto di fatto è solo con l'avvio del Registro che la riforma può dirsi pienamente in vigore⁸.

Come previsto dall'art. 1 del CTS e ampiamente sottolineato dalla dottrina che si è già occupata del tema, uno degli scopi della Riforma è il riordino e la revisione organica dell'intera materia, la quale era disciplinata da una parte, dalle scarse norme di fonte codicistica e dall'altra parte da una congerie di norme di fonte speciale, frammentate e a volte incoerenti nonché in certi casi riguardanti esclusivamente profili di diritto tributario (come la disciplina delle ONLUS)⁹.

zioni sociali intermedie, in *Riv. Dir. Civ.*, 1988, pp. 301 ss.; M. TAMPONI, *Personae giuridiche*, in Codice Civile Commentato, diretto da F. Busnelli, Milano, Giuffrè, 2018; G. PONZANELLI, L. BUGATTI, V. MONTANI, R. BRENDA, F.D. BUSNELLI, *Le associazioni non riconosciute*, in Codice Civile Commentato, diretto da F. Busnelli, Milano, Giuffrè, 2016; G. PONZANELLI, *La nuova categoria degli enti del terzo settore: alcune considerazioni introduttive*, in Il Codice del Terzo Settore, commento al D.Lgs. 3 luglio 2017, n. 117, a cura di M. Gorgoni, cit., pp. 1 ss.; A. ZOPPINI, *Problemi e prospettive per una riforma delle associazioni e delle fondazioni di diritto privato*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2004, pp. 365 ss. Con specifico riferimento alle fondazioni, si vedano inoltre: A. SAPORITO, *Le fondazioni tra pubblico e privato. Discipline applicabili e modelli evolutivi*, Napoli, ESI, 2020; B. CASADEI, *Le fondazioni di comunità*, Roma, Carocci, 2018.

³ Cfr. in particolare art. 2, Principi generali, Codice del Terzo Settore (d'ora in avanti, CTS). In tema si veda anche la recente sentenza della Corte Costituzionale n. 131 del 2020, la quale è considerata come la conferma della copertura costituzionale degli enti del Terzo Settore e della stessa disciplina contenuta nel Codice: cfr. A. FICI, *L'attività degli enti del Terzo Settore*, in M. Gorgoni (a cura di), *Il codice del terzo settore. Commento al Decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117*, cit., pp. 69 ss. e in part. p. 70. Sul tema si veda inoltre A. FICI, L. GALLO, F. GIGLIONI (a cura di), *I rapporti tra pubbliche amministrazioni ed enti del terzo settore. Dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 131 del 2020*, Napoli, ESI, 2020.

⁴ Si veda in particolare il decreto legislativo n. 105 del 3 agosto 2018 correttivo.

⁵ DM n. 106 del 15 settembre 2020 pubblicato sulla gazzetta ufficiale del 21 ottobre 2020.

⁶ Si vedano in particolare D. POLETTI, *Costituzione e forme organizzative*, in M. Gorgoni (a cura di), *Il codice del terzo settore. Commento al Decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117*, cit.; F. LOFFREDO, *Gli enti del terzo settore*, cit., pp. 156 ss.

⁷ Una volta attivo il RUNTS, le organizzazioni del volontariato e le associazioni di promozione sociale avranno un transito automatico dai registri preesistenti, mentre gli altri enti dovranno chiedere l'iscrizione; la trasmigrazione dei registri esistenti è regolata dall'articolo 54 e dal successivo decreto attuativo del 15 settembre 2020. Verranno dunque aboliti alcuni registri su base regionale e nazionale e in particolare i registri regionali delle organizzazioni di volontariato; il registro nazionale e i registri regionali delle associazioni di promozione sociale; gli elenchi delle Onlus, gestiti dalle direzioni regionali dell'agenzia delle entrate. Per quanto riguarda imprese sociali e cooperative sociali è sufficiente l'iscrizione nel registro delle imprese per essere automaticamente iscritti anche nel RUNTS.

⁸ Se l'ETS svolge la propria attività nella forma di impresa commerciale è necessaria la doppia iscrizione nel registro delle imprese.

⁹ Su questo si vedano M.V. DE GIORGI, *Il nuovo diritto degli enti senza scopo di lucro. Dalla povertà delle forme codicistiche al groviglio di leggi speciali*, in ID., *Enti del primo libro e del terzo settore*, cit., pp. 29 ss.; M. GOR-

La riforma tuttavia ha sicuramente un'ambizione più vasta, in quanto mira a collocare questo comparto in posizione se non prioritaria quanto meno paritaria rispetto agli altri due "settori", ovvero sia lo Stato e il Mercato.

La normativa presenta anche delle norme di dettaglio di particolare interesse, tra cui quella sulla possibilità per gli ETS di costituire patrimoni destinati ad uno specifico affare. Questa norma va letta alla luce di un'altra opzione di fondo della Riforma ossia la preferenza per il riconoscimento degli ETS come persone giuridiche, con conseguente beneficio dell'autonomia patrimoniale perfetta. Torna dunque la dialettica tra costituzione di nuovi soggetti giuridici (eventualmente organizzati in gruppi) e forme di separazione e segregazione patrimoniale.

La scelta tra entificazione e separazione patrimoniale, come si cercherà di illustrare in questo contributo, come ovvio dipende da vari fattori. In linea generale tuttavia, ancor prima della soluzione di questa questione, appare opportuna una riflessione attenta sul sistema di governance degli ETS e in particolare delle fondazioni, soprattutto se esercitano attività di impresa. Senza questa ponderazione, infatti, la crescita e lo sviluppo di questi enti appare più incerto così come diventa meno promettente l'introduzione della possibilità di costituire patrimoni destinati.

2. Come accennato nell'introduzione, la riforma ha innanzitutto definito cosa si intende per Terzo Settore e in particolare quali siano gli enti del terzo settore¹⁰: essi dunque sono le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le imprese sociali, le reti associative e le società di mutuo soccorso; ad esclusione delle imprese sociali, che possono anche rivestire forma societaria, gli ETS devono essere enti privati diversi dalle società¹¹. Come è stato notato, un accento particolare è stato posto sulle attività svolte dagli ETS, attività che necessariamente devono essere di interesse generale ai sensi dell'art. 5 del Codice (salvo la possibilità di svolgere "attività diverse" ai sensi dell'art. 6) e sulle finalità perseguite, che devono essere civiche, solidaristiche o di utilità sociale.

L'art. 4 CTS dunque ha incluso nell'elenco degli ETS nuove figure giuridiche quali gli enti filantropici e le reti associative; i primi in particolare includono un vasto insieme di enti, che vanno dalle fondazioni filantropiche di famiglia, alle cd. fondazioni di comunità, e anche agli enti, quali associazioni, che raccolgono fondi da destinare alla ricerca scientifica o ad altre attività filantropiche. Tali enti sono

GONI (a cura di), *Il codice del terzo settore. Commento al Decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117*, cit. e in particolare A. FICI, *L'attività degli enti del terzo settore*, pp. 65 ss.; G. PONZANELLI – V. MONTANI, *Dal "groviglio di leggi speciali" al codice del terzo settore*, in A. Fici (cur.), *La riforma del terzo settore e dell'impresa sociale*, cit., pp. 31 ss.

¹⁰ Si veda in particolare la definizione contenuta nell'art. 4, comma 1. Si veda, oltre agli autori citati nelle note successive, F. LOFFREDO, *Gli enti del Terzo Settore*, cit., pp. 68 ss.

¹¹ Su questo si vedano in particolare D. POLETTI, *Costituzione e forme organizzative*, in M. Gorgoni (cur.), *Il codice del terzo settore*, cit., pp. 237 ss. e F. GRECO, *Categorie di enti del terzo settore*, ibidem, pp. 31 ss.

pertanto quasi esclusivamente enti erogatori¹² ma attuano anche operazioni di investimento¹³ a beneficio di categorie di persone svantaggiate o attività di interesse generale¹⁴.

Gli enti “nominati” nell’articolo 4 non sono gli unici soggetti che possono ambire alla qualifica di ente del terzo settore: l’elencazione infatti non è considerata tassativa essendo affermato, anche nella relazione di accompagnamento, il principio di atipicità degli enti del terzo settore e la possibilità di costituire un ETS anche nella forma dell’associazione riconosciuta o non riconosciuta e della fondazione; l’opzione per l’atipicità è ulteriormente ribadita nella norma che prevede la possibilità che nel registro confluiscono anche “altri enti” del terzo settore (classificati come “doppiamente atipici”)¹⁵.

¹² Lo stesso articolo 37 CTS prevede che “Gli enti filantropici sono enti del Terzo Settore costituiti in forma di associazione riconosciuta o di fondazione al fine di erogare denaro, beni o servizi, anche di investimento, a sostegno di categorie svantaggiate o di attività di interesse generale”.

¹³ Come noto, sempre più spesso nel settore della filantropia si parla di filantropia ad impatto o *venture philanthropy*: si veda su questo P. MANES, *Fondazioni e venture philanthropy: come coniugare logica del profitto ed etica del dono*, in *Contratto e impresa*, 2006, pp. 1479 ss.

¹⁴ Secondo parte della dottrina (D. POLETTI, *Costituzione e forme organizzative*, cit., p. 243) le fondazioni filantropiche hanno raccolto l’eredità delle classiche fondazioni erogatrici di cui al libro I del codice civile. Altri autori (F. LOFFREDO, *Gli enti del terzo settore*, cit., pp. 421 ss.) sottolineano che le fondazioni di comunità si differenzerebbero dalle fondazioni erogatrici in quanto lo scopo non viene realizzato principalmente con l’utilizzo del patrimonio di dotazione ma grazie all’apporto di risorse esterne. Su questo tema si veda Anche B. CASADEI, *Le fondazioni di comunità*, cit. Sugli enti filantropici alla luce della riforma si veda anche M. COLOMBO, *L’ente filantropico nella riforma del terzo settore*, in *Cooperative e enti non profit*, n. 4/2021, pp. 7 ss.

¹⁵ Si è discusso se tra “gli altri enti” che possano ambire alla iscrizione nel RUNTS e dunque alla qualifica di ente del terzo settore ci sia anche il trust. A riguardo, il precedente è rappresentato dalla normativa sulle ONLUS la quale è stata interpretata nel senso di ricomprendere nell’ambito dei soggetti beneficiari delle detrazioni fiscali anche i trust senza scopi di lucro; di qui la diffusione del cd. trust onlus. Alcuni interpreti hanno dunque velocemente concluso che i trust onlus potessero diventare enti del terzo settore. La conclusione tuttavia non appare così pacifica dal momento che è principio consolidato sia nel nostro ordinamento che nei paesi d’origine che il trust non sia un ente né un soggetto di diritto, essendo il trust fund di proprietà in senso formale del trustee (persona fisica o giuridica che sia). Alcuni autori, anche appartenenti ai sistemi di common law, hanno prospettato la tesi che il trust debba essere soggettivizzato ma questa opinione appare minoritaria. Si veda in tema A. GALLARATI, *Trust e società, Analisi economico-giuridica*, Torino, Giappichelli, 2008, in particolare pp. 19 ss. La dottrina inglese propende chiaramente in senso contrario: si veda per tutti P.S. VADIES, G. VIRGO, *Equity & Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2016 e ivi ulteriori riferimenti. Per la prospettiva di un sistema misto quale quello scozzese, si veda G. L. GRETTON, A. J.M. STEVEN, *Property, Trusts and Succession*, Haywards Heath – London, Bloomsbury Professional, 2017. Si noti che il National Trust for Scotland in realtà non è un trust ma una società (v. National Trust for Scotland Order Confirmation Act 1935). Sul trust in Italia e in diritto comparato si rimanda a A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in Trattato di diritto civile e commerciale già diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, Milano, Giuffrè, 1995; ID., *Trust*, in *Digesto discipl. Priv.*, sez. civile, 1999; M. GRAZIADEI, *Trusts nel diritto anglo-americano*, in *Digesto discipl. Priv.*, sez. comm., 1999; M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust negli ordinamenti di origine e in Italia*, Vicenza, CEDAM, Wolters Kluwer, 2016; ID., *Trusts*, Milano, Giuffrè, 2001; ID., *I trusts nel diritto civile*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, Utet,

Il Codice del Terzo settore inoltre conferma della tesi della neutralità delle forme giuridiche.

Quest'ultima tesi, come noto, partendo dalla constatazione che le forme giuridiche nel nostro ordinamento sono sovente utilizzate per finalità diverse dagli scopi per cui ciascun "tipo" è stato disegnato dal legislatore, conclude, nelle versioni più radicali della teoria, che l'elemento causale non funge più da criterio qualificante gli enti del I libro rispetto a quelli del V libro; in maniera più sfumata, la tesi conferma la possibilità che gli enti del primo libro esercitino attività di impresa e anche in maniera prevalente o esclusiva, con conseguente applicabilità della relativa disciplina¹⁶.

Una delle più significative conseguenze del principio della neutralità delle forme è stato il riconoscimento della possibilità che la fondazione¹⁷, pur non perseguendo fini di lucro (soggettivo), eserciti attività di impresa anche in via prevalente o esclusiva¹⁸.

2004, L. GATT, *Dal trust al trust. Storia di una chimera*, in *Iurisprudenzia*, Collana della facoltà di Giurisprudenza dell'Università Suor Orsola Benincasa di Napoli, diretta da F. De Sanctis e F. Fichera, Napoli, ESI, 2009; M. BIANCA, *La fiducia attributiva*, Torino, Giappichelli, 2002; G. VETTORI, *Atti di destinazione e trust*, Padova, CEDAM, 2008. Propende per escludere che il trust possa divenire ente del terzo settore proprio in quanto carente della soggettività giuridica A. FICI, *L'attività degli enti del Terzo Settore*, cit., p. 72, nota 23 e ivi ulteriori riferimenti.

¹⁶ Si vedano in particolare per il dibattito su questo punto: G. SANTINI, *Tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1973, I, pp. 151 ss.; S. CASSESE, *Le persone giuridiche e lo Stato*, in *Contr. Impr.*, 1993, pp. 1 ss.; G. PONZANELLI, *Enti senza scopo di lucro*, in *Dig. Discipl. Priv.*, 1991; ID. (cur.), *Gli enti "non profit" in Italia. Nuove figure e nuove problematiche*, Milano, 1993; A. ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, Jovene, 1995; I. CAVANNA, *Enti "non-profit" e neutralità delle forme associative*, in *Notariato*, 1997, pp. 69 ss. Sottolinea maggiormente la crisi della causa quale elemento che distingue gli enti del I e del V libro: A. CARRABBA, *Scopo di lucro e autonomia privata. La funzione nelle strutture organizzative*, Napoli, ESI, 1994. Vi sono anche contributi che leggono la problematica dal punto di vista del principio di atipicità previsto dall'art. 1322 c.c., discutendo l'ammissibilità della fondazione non riconosciuta, della fondazione di fatto e della fondazione fiduciaria: si veda in particolare L. CAVALAGLIO, *La fondazione fiduciaria: struttura e funzione della destinazione patrimoniale*, CEDAM Wolters Kluwer, 2017.

¹⁷ Sul tema della fondazione e in generale degli enti non profit che esercitano attività di impresa la letteratura è molto vasta. Si ricordano qui, senza pretesa di completezza: P. RESCIGNO, *Fondazione e impresa*, in *Riv. Soc.*, 1967, pp. 812 ss.; R. COSTI, *Fondazione e impresa*, in *Rivista di diritto civile*, 1968, pp. 1 ss.; G.F. CAMPOBASSO, *Associazioni e attività di impresa*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1994, II, pp. 581 ss.; P. SPADA, voce *Impresa*, in *Dig. Disc. Priv. sez. comm.* Torino, 1992, pp. 32 ss.; A. ZOPPINI, *Problemi e prospettive per una riforma delle associazioni e delle fondazioni di diritto privato*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2005, II, pp. 365 ss.; ID., *Un raffronto tra società benefit ed enti non profit: implicazioni sistematiche e profili critici*, in D. DE DONNO – L. VENTURA, *Dalla benefit corporation alla società benefit*, Cacucci Editore, 2018; ID., *Problemi e prospettive per una riforma delle associazioni e delle fondazioni di diritto privato*, cit., p. 369; A. BARBA, *La normatività delle fondazione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1995; ID., *Associazione, fondazione e titolarità di impresa*, Napoli, Jovene, 1996; M.V. DE GIORGI, *Fondazioni di famiglia e attività di impresa*, in *NGCC*, 2005, pp. 79 ss.; P. MANES, *Le nuove prospettive in materia di fondazioni*, in *Contratto e impresa*, 2004, pp. 266 ss.; M. PORZIO, *Associazioni, fondazioni e società nell'evoluzione dell'ordinamento italiano*, in *Giur. Comm.*, 2, 2021, pp. 221 ss.

¹⁸ Si veda anche P. RESCIGNO, *Le formazioni sociali intermedie*, cit., p. 309, ove rileva che nel caso del volontariato, la neutralità risponde all'esigenza di lasciare ai privati lo spazio più ampio possibile nella scelta della

Questa possibilità è ammessa ormai da decenni, sebbene inizialmente vi siano stati alcuni tentennamenti¹⁹. La tesi della neutralità delle forme infatti aveva comportato in passato dubbi interpretativi in merito sia alla compatibilità con la causa non lucrativa degli enti del primo libro sia in merito alla disciplina applicabile. A quest'ultimo riguardo come noto erano in particolare sorte le questioni della necessità dell'iscrizione dell'ente non profit nel registro delle imprese²⁰ e della fallibilità delle fondazioni (oggi si direbbe, la loro assoggettabilità alla disciplina della crisi di impresa)²¹.

Con riguardo invece alla compatibilità con la causa non lucrativa si è generalmente ammesso che l'ente non profit possa esercitare una attività economica²² o commerciale in forma di impresa sempre che permanga il divieto assoluto di distribuzione degli utili, anche in via indiretta (cfr. art. 24 c.c.)²³. Pertanto è considerato da tempo possibile che l'attività generi dei ricavi (cd. lucro oggettivo), ma essi non possono essere distribuiti (cd. lucro soggettivo) e dovranno essere necessariamente reinvestiti nella medesima attività di utilità sociale dell'ente non profit oppure destinati altruisticamente. Questo del resto nella prassi è un tipico modo di autofinanziamento dell'ente non profit.

forma giuridica utile alla realizzazione dell'iniziativa di volontariato.

¹⁹ Ricordano G. PONZANELLI – V. MONTANI, *Dal "groviglio di leggi speciali" al codice del terzo settore*, in A. Fici (cur.), *La riforma del terzo settore e dell'impresa sociale*, cit., p. 41 che numerose pronunce e opinioni di dottrina hanno in passato qualificato l'ente del I libro che svolgeva attività economica in termini di società di fatto.

²⁰ Sulla necessità dell'iscrizione nel registro delle imprese, si veda in particolare A. RUOTOLO, *La costituzione di patrimoni destinati ad uno specifico affare da parte degli enti del terzo settore*, studio del Consiglio Nazionale del Notariato n. 102-2018 e ivi ulteriore bibliografia precedente all'emanazione del Codice.

²¹ Sulla fallibilità delle fondazioni, si vedano di recente: Corte Appello Venezia, 20 luglio 2015, in *Giur. Comm.*, 2017, I, II, pp. 135 ss. con nota di G. Cavallaro, *La fondazione come imprenditore commerciale e il fallimento*; Trib. Biella, 22 maggio 2015, in *Giur. It.*, 2016, p. 124 ss. con nota di S.A. Cerrato, *Origami giuridici: il fallimento delle fondazioni* e ivi ulteriori riferimenti, Trib. Alba, 24 marzo 2009, n. 3, in *Enti non profit*, 2009, pp. 5 ss. con nota di I. Degani e R. Mozzani, *Fondazione e attività di impresa: l'applicazione dello statuto dell'imprenditore*. Con specifico riguardo alla riforma, F. LOFFREDO, *Gli enti del terzo settore*, cit., pp. 151 ss.

²² Si considera l'attività "economica" quando vi è un sostanziale pareggio tra costi e ricavi ma l'attività non genera ricavi ulteriori. Nel caso degli enti non profit, l'attività si considera comunque economica anche nei casi in cui i ricavi non coprono tutti i costi.

²³ V. autori citati alle note 16 e 17. Si veda inoltre G. PONZANELLI – V. MONTANI, *Dal "groviglio di leggi speciali" al codice del terzo settore*, in A. Fici (cur.), *La riforma del terzo settore e dell'impresa sociale*, cit., p. 36 e in part. nota 10 per ulteriore bibliografia. A questo riguardo, rimane sullo sfondo il problema della distribuzione in caso di trasformazione eterogenea (artt. 2500 septies e ss. c.c.). Sul tema delle trasformazioni eterogenee si veda, recentemente, E. TIMPANO, *Le trasformazioni eterogenee atipiche*, Torino, Utet, 2015. Per una analisi di alcune recenti pronunce, si veda ID., *Breve rassegna in tema di trasformazioni eterogenee coinvolgenti trust e associazioni non riconosciute*, in *Riv. del not.*, 2020, pp. 819 ss.; A. FUSARO, *Trasformazioni eterogenee, fusioni eterogenee ed altre interferenze della riforma del diritto societario sul "terzo settore"*, in *Contr. Impr.*, 2004, I, pp. 294 ss.; M.V. DE GIORGI, *Di cosa scriviamo quando scriviamo di trasformazioni (eterogenee)*, in ID., *Enti del primo libro e del terzo settore*, cit., pp. 305 ss.

Il Codice del Terzo Settore prevede ora all'art. 4 che le attività di interesse generale indicate dall'articolo 5 possano essere svolte "in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi" (cfr. art. 4, comma 1); in quest'ultima dicitura dunque si ricomprende anche la possibilità che l'attività di interesse generale sia svolta in forma imprenditoriale anche in via prevalente o esclusiva²⁴. Accanto a questo, la definizione di impresa sociale contenuta nel D.Lgs. 3 luglio 2017 n. 112 esplicita che "Possono acquisire la qualifica di impresa sociale tutti gli enti privati, inclusi quelli costituiti nelle forme di cui al libro V del codice civile, che, in conformità alle disposizioni del presente decreto, esercitano in via stabile e principale un'attività d'impresa di interesse generale, senza scopo di lucro e per finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, adottando modalità di gestione responsabili e trasparenti e favorendo il più ampio coinvolgimento dei lavoratori, degli utenti e di altri soggetti interessati alle loro attività". Pertanto anche le fondazioni e le associazioni che esercitano in via principale o esclusiva attività di impresa possono assumere la qualifica di impresa sociale²⁵.

L'art. 11, inoltre, conferma che gli enti del Terzo settore che esercitano la propria attività di interesse generale esclusivamente o principalmente in forma di impresa sono soggetti all'obbligo dell'iscrizione nel registro delle imprese. Nel caso in cui il diretto perseguimento dei fini di interesse generale non preveda lo svolgimento di attività commerciali, queste ultime possono comunque essere svolte anche nei limiti delle cd. "attività diverse" di cui all'art. 6 del Codice²⁶.

²⁴ Sul tema si vedano in particolare F. LOFFREDO, *Gli enti del terzo settore*, pp. 148 ss.; C. AMATO, *Ordinamento e amministrazione*, in M. Gorgoni, *Il codice del terzo settore*, cit., pp. 255 ss. e in part. p. 265, dove anche si riporta la tesi secondo cui agli ETS che svolgono attività commerciale non si applicherebbe lo statuto dell'imprenditore commerciale. Il modello dunque sarebbero gli enti pubblici ex art. 2201 c.c. e non l'imprenditore ex art. 2082 c.c. Le modalità di svolgimento dell'attività a titolo gratuito o dietro versamento di corrispettivi sono rilevanti sotto il profilo fiscale e in particolare modo ai fini della distinzione tra enti del terzo settore commerciali e non commerciali: si veda in particolare art. 79 CTS. Su questo si vedano anche G. PONZANELLI – V. MONTANI, *Dal "groviglio di leggi speciali" al codice del terzo settore*, in A. Fici (cur.), *La riforma del terzo settore e dell'impresa sociale*, cit., p. 46, i quali analizzano l'ipotesi secondo cui il codice del terzo settore avrebbe introdotto una nozione *ad hoc* di "imprenditore commerciale del Terzo Settore" incentrata sul profilo dell'esclusività o delle prevalenze dell'attività economica esercitata.

²⁵ Si veda A. FICI, *La nuova impresa sociale*, in A. FICI, *La riforma del terzo settore e dell'impresa sociale. Una introduzione*, cit., pp. 343 ss.; ID., *Un diritto per il terzo settore. Studi sulla riforma*, cit., pp. 43 ss.

²⁶ F. LOFFREDO, *Gli enti del terzo settore*, cit., p. 149. In materia fiscale, l'articolo 79 inoltre distingue tra ETS non commerciale e ETS commerciale. I commi 2 e 3 di questo articolo prevedono che le attività di interesse generale si considerano di natura non commerciale quando sono svolte a titolo gratuito o dietro versamento di corrispettivi che non superano i costi effettivi, fatto salvo il limite di tolleranza del 5% (cd. clausola di salvaguardia). In questo caso dunque si è di fronte ad un ETS non commerciale (art. 79, comma 5, prima frase). Gli ETS assumono fiscalmente la qualifica di enti commerciali qualora i proventi delle attività di interesse generale svolte in forma di impresa nonché le attività di cui all'art. 6 superano le entrate derivanti dalle attività non commerciali, intendendosi per queste ultime i contributi, le sovvenzioni, le liberali-

Permane, come detto, il divieto di distribuzione degli utili o, più correttamente, sussiste ora, in positivo, l'obbligo del loro reinvestimento nelle attività dell'ente²⁷; il CTS ribadisce che questo principio si estende a qualsiasi forma di distribuzione, anche indiretta (art. 8, comma 2, CTS)²⁸. Oltre ad assicurare la compatibilità con la causa non lucrativa, il divieto di distribuzione degli utili è anche attuazione diretta del vincolo di destinazione del patrimonio al perseguimento dello scopo previsto dall'articolo 8 CTS²⁹.

La tesi della neutralità delle forme è stata anche confermata dal recente Codice della Crisi dell'impresa il quale menziona espressamente, tra le attività sottoposte alle disposizioni del Codice, anche le attività commerciali svolte a fini non di lucro³⁰.

3. La tesi della neutralità delle forme implicava ulteriori delicati problemi di ordine sistematico e di coerenza con il sofisticato sistema di bilanciamenti messo in atto dalla normativa applicabile agli enti commerciali. Le principali difficoltà sorgevano, e sorgono tuttora, in relazione alla disciplina in materia di governance societaria e conflitto di interessi che, come noto, nella disciplina delle società di capitali è assai articolata proprio per mantenere il giusto equilibrio tra incentivi all'attività di impresa, responsabilità dell'ente e dei suoi amministratori, interesse dei soci e affidamento dei terzi³¹. Ciò invece non poteva dirsi per quanto riguarda gli organi degli enti non profit, dove può anche mancare l'organo assembleare (come nel caso delle

tà, le quote associative e ogni altra entrata assimilabile alle precedenti. La natura commerciale dell'ETS lo esclude da una serie di agevolazioni e incentivi fiscali previsti dal CTS.

²⁷ G. PONZANELLI – V. MONTANI, *Dal "groviglio di leggi speciali" al codice del terzo settore*, in A. Fici (cur.), *La riforma del terzo settore e dell'impresa sociale*, cit., p. 37. Gli Autori sottolineano che il divieto di distribuzione degli utili cessa di essere l'unico criterio differenziale con gli enti del V libro e diviene uno degli elementi costitutivi degli enti del terzo settore.

²⁸ Cfr. art. 8, comma 2: "Ai fini di cui al comma 1, è vietata la distribuzione, anche indiretta, di utili ed avanzi di gestione, fondi e riserve comunque denominate a fondatori, associati, lavoratori e collaboratori, amministratori ed altri componenti degli organi sociali, anche nel caso di recesso o di ogni altra ipotesi di scioglimento individuale del rapporto associativo".

²⁹ Su questo tema, si rimanda in particolare a R. DI RAIMO, *Destinazione e disciplina del patrimonio*, cit. il quale sottolinea a p. 91 che "Assumono notevole rilievo – innanzitutto sotto il profilo concettuale – la rubrica ("destinazione del patrimonio e assenza di scopo di lucro") e il comma 1 dell'art. 8 [...]. Dunque, la disciplina del patrimonio è dettata in principio non già in ragione dell'inclusione del divieto di divisione degli utili nello scopo bensì quale conseguenza della formalizzazione di un vincolo di destinazione sul patrimonio, il quale vincolo a ben vedere non integra bensì presuppone lo scopo".

³⁰ Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, D.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, Art. 1: "Il presente codice disciplina in modo esclusivo e unitario le situazioni di crisi o insolvenza del debitore, sia esso consumatore, professionista o imprenditore, che eserciti, anche non a fini di lucro, un'attività commerciale, industriale, artigiana o agricola, operando quale persona fisica, persona giuridica o altro ente collettivo, gruppo di imprese o società pubblica, con esclusione dello Stato e degli enti qualificati pubblici dalla legge".

³¹ Sul tema della responsabilità degli amministratori nelle fondazioni alla luce della riforma si veda G. B. BARRILLA, *La responsabilità degli amministratori delle fondazioni tra diritto societario e Codice del Terzo Settore*, in *Riv. Soc.*, 5-6. 2019, pp. 1046 ss.

fondazioni tradizionali) e dove non c'è, a livello codicistico, una disciplina dettagliata e specialistica. Se dunque in passato si è cercato di colmare le lacune attraverso una interpretazione per analogia delle norme sulle società, questo non sembrava più sufficiente³².

A riguardo, tra i principi contenuti nella legge delega di riforma del Terzo Settore era incluso quello di definire le modalità di organizzazione, amministrazione e controllo degli ETS in modo tale da garantire i principi di democrazia, eguaglianza, pari opportunità, partecipazione degli associati e dei lavoratori, oltre che i principi di efficacia, di efficienza, di trasparenza, di correttezza e di economicità della gestione degli enti³³. La Riforma ha di conseguenza innovato e dettagliato l'ordinamento e l'amministrazione degli ETS³⁴, soprattutto delle associazioni riconosciute e non riconosciute. Continuano tuttavia a residuare delle significative lacune con riguardo agli organi degli ETS e non è chiaro quale sia la normativa applicabile per analogia³⁵.

L'art. 3, comma 2, del Codice prevede infatti che "Per quanto non previsto dal presente Codice, agli enti del Terzo settore si applicano, in quanto compatibili, le norme del Codice civile e le relative disposizioni di attuazione", senza tuttavia specificare se il riferimento vada inteso al Libro I o al Libro V e in dettaglio alle persone giuridiche di cui al primo libro, alle società di capitali o alle società cooperative. L'unico rimando più puntuale era previsto nella legge delega, dove all'art. 3, comma 1° lett. d), tra i principi che avrebbero dovuto indirizzare la riforma del Libro I del codice civile, si prevedeva un rinvio alla disciplina societaria³⁶; tale principio tuttavia

³² In tema, si vedano A. ZOPPINI, *Problemi e prospettive per una riforma delle associazioni e delle fondazioni di diritto privato*, cit., p. 369 e ivi ulteriori riferimenti.; Id., *Un raffronto tra società benefit ed enti non profit: implicazioni sistematiche e profili critici*, in B. De Donno – L. Ventura (curr.), *Dalla benefit corporation alla società benefit*, Cacucci, Bari, 2018, pp. 71 ss. e in part. 76. Inoltre, dal punto di vista della proprietà degli enti e dell'impatto delle regole di governance sulle situazioni di appartenenza, A. GAMBARO, *La proprietà*, in Trattato Iudica e Zatti, cit., pp. 388 ss. e in part. p. 398-401.

³³ L. 6 giugno 2016, n. 106, *Delega al Governo per la riforma del Terzo settore, dell'impresa sociale e per la disciplina del servizio civile universale*, il cui articolo 4 è dedicato al Riordino e revisione della disciplina della Terzo Settore e codice del Terzo Settore. La lettera lett. d) prevede che il legislatore delegato debba "definire forme e modalità di organizzazione, amministrazione e controllo degli enti ispirate ai principi di democrazia, eguaglianza, pari opportunità, partecipazione degli associati e dei lavoratori nonché ai principi di efficacia, di efficienza, di trasparenza, di correttezza e di economicità della gestione degli enti, prevedendo strumenti idonei a garantire il rispetto dei diritti degli associati e dei lavoratori, con facoltà di adottare una disciplina differenziata che tenga conto delle peculiarità della compagine e della struttura associativa nonché della disciplina relativa agli enti delle confessioni religiose che hanno stipulato patti o intese con lo Stato". Sulla governance degli ETS si vedano G. PONZANELLI – V. MONTANI, *Dal "groviglio di leggi speciali" al codice del terzo settore*, in A. Fici (cur.), *La riforma del terzo settore e dell'impresa sociale*, cit., pp. 49 ss.

³⁴ Su questo si veda in particolare il contributo di C. AMATO, *Ordinamento e amministrazione*, in M. Gorgoni, *Il codice del terzo settore*, cit., pp. 255 ss.

³⁵ Riguardo agli organi degli ETS e alle lacune del CTS a riguardo, si veda F. LOFFREDO, *Gli enti del terzo settore*, cit., pp. 197 ss.

³⁶ L. 6 giugno 2016, n. 106, art. 3, rubricato "Revisione del titolo II del libro primo del codice civile". Il principio e criterio direttivo di cui alla lettera d) così dispone: "prevedere che alle associazioni e alle fondazioni che esercitano stabilmente e prevalentemente attività d'impresa si applichino le norme previste dai

non ha trovato diretta attuazione nel CTS e la riforma non ha comportato una revisione anche del Libro I del codice civile, ora oggetto di un'altra iniziativa legislativa depositata in parlamento³⁷.

Con riguardo alle fondazioni, i principali problemi si incentrano come noto sulla assenza di un organo assembleare obbligatorio.

È vero che si sta assistendo da tempo alla ibridazione tra il modello associativo e quello fondazionale ed esempio più eloquente di questo sono le fondazioni di partecipazione³⁸; queste ultime in particolare, secondo la dottrina³⁹, rappresenteranno l'ipotesi tipica di fondazione del terzo settore. Gli art. 24, sesto comma, e 25, terzo comma, del resto, si riferiscono espressamente all'assemblea delle fondazioni del terzo settore confermandone l'ammissibilità e precisando che le competenze della stessa devono essere compatibili con la natura dell'ente quale fondazione e rispetto della volontà del fondatore. In particolare, è escluso che l'assemblea delle fondazioni possa modificare lo scopo dell'ente.

La fondazione può tuttavia continuare, anche se diventa ente del terzo settore, a non dotarsi dell'organo assembleare e questo può comportare delle difficoltà nella gestione e amministrazione dell'ente, soprattutto se esso svolge, anche solo in via secondaria e strumentale, una attività di impresa.

Si pensi ad esempio alla nomina dell'organo di controllo⁴⁰. L'art. 30 del CTS prevede ora espressamente che “nelle fondazioni del Terzo settore deve essere nominato un organo di controllo, anche monocratico” (primo comma); l'organo di controllo è necessario anche nel caso di costituzione di patrimoni destinati ad uno specifico affare (quarto comma)⁴¹. In passato la prassi si era orientata nel senso che, nel caso tipico in cui nelle fondazioni manchi l'assemblea, lo statuto potesse preve-

titoli V e VI del libro quinto del codice civile, in quanto compatibili, e in coerenza con quanto disposto all'articolo 9, comma 1, lettera e”.

³⁷ Disegno di legge Conte – Bonafede del 28 febbraio 2019, *Delega al Governo per la revisione e integrazione del codice civile*, il cui art. 1 lettera a) recita: “Il Governo è delegato ad adottare, entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi per la revisione e integrazione del codice civile, nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi: a) integrare la disciplina delle associazioni e fondazioni, ad esclusione delle fondazioni di origine bancaria, con i necessari coordinamenti con la disciplina del terzo settore e nel rispetto della libertà associativa, con particolare riferimento alle procedure per il riconoscimento, ai limiti allo svolgimento di attività lucrative e alle procedure di liquidazione degli enti”. Su questo si veda in particolare M.V. DE GIORGI, *Integrare, ma dove? Enti senza fissa dimora*, in Id., *Enti del primo libro e del terzo settore*, cit., p. 361 ss.

³⁸ Sulle fondazioni di partecipazione si veda in particolare G. SICCHIERO, *Le fondazioni di partecipazione*, in *Contratto e impresa*, 1/ 2020, pp. 19 ss.

³⁹ F. LOFFREDO, *Gli enti del terzo settore*, cit., p. 201.

⁴⁰ Su questo tema si vedano F. LOFFREDO, *Gli enti del terzo settore*, cit., pp. 209 ss.; A. NERVI, *Controlli interni e responsabilità*, in M. Gorgoni, *Il Codice del Terzo Settore*, cit., pp. 517 ss.

⁴¹ Nel caso di costituzione di un patrimonio destinato, è necessaria anche la nomina del revisore legale dei conti (art. 31 CTS). Questa attività può essere affidata all'organo di controllo interno, purché in tale organo sia presente un revisore iscritto in apposito registro (art. 30, sesto comma, così come modificato dall'art. 8 d.lgs. 3 agosto 2018, n. 105).

dere che esso fosse nominato dall'organo amministrativo. Poiché questa scelta può comportare un conflitto di interessi nella misura in cui il controllato nomina il proprio controllore, una recente nota del Ministro del Lavoro⁴² è stata sollecitata a prendere posizione sul punto.

È stato così rilevato che, fatta salva l'ipotesi in cui l'organo assembleare esista o esista un organo di indirizzo con tale competenza, il Codice del Terzo Settore non individua il soggetto cui spetti la nomina dell'organo di controllo (soggetto che non è necessariamente un altro organo del medesimo ente, ma può essere anche un soggetto esterno). Il Codice infatti si limita a prevedere che la nomina debba avvenire con le garanzie di indipendenza di cui agli artt. 2397 e 2399 c.c. (dettati in tema di s.p.a.)⁴³. La nota del Ministero ha così affermato che appare "irrealistico" e un'ipotesi "di scuola" che la competenza alla nomina competa statutariamente ad un amministratore monocratico della fondazione, proprio perché in questo caso vi è un evidente conflitto di interessi; tuttavia il Ministero non ha fornito indicazioni su cosa lo statuto debba prevedere in questi casi⁴⁴.

Va ricordato inoltre che, come noto, la fondazione così come la associazione possono anche avere una funzione di holding ovvero possono detenere all'interno del proprio patrimonio azioni e quote di partecipazione in società di capitali; tale struttura è stata adottata da importanti gruppi societari, soprattutto all'estero⁴⁵. La funzione di "capogruppo" è inoltre sovente svolta dalle fondazioni di erogazione le quali, sulla base di precise disposizioni statutarie, dirigono e coordinano le fondazioni operative sottostanti. Anche questa "trasformazione" degli enti del primo libro a capogruppo di gruppi societari o di gruppi di altri enti non profit non è stata recepita dalla riforma e rimane sullo sfondo, nonostante la rilevanza dal punto di vista economico di queste realtà. Sarebbe dunque opportuno riflettere anche su questa circostanza nel momento in cui si definiscono gli assetti di governance degli ETS.

⁴² Ministero del Lavoro, nota n. 7551 del 7 giugno 2021. Sul tema si veda M. TAGLIABUE, *Nomina del presidente e dell'organo di controllo negli enti del terzo settore*, in *Cooperative e enti non profit* n. 8-9/2021, pp. 33 ss.

⁴³ Cfr. art. 30, comma 5 CTS: "Ai componenti dell'organo di controllo si applica l'articolo 2399 del codice civile. I componenti dell'organo di controllo devono essere scelti tra le categorie di soggetti di cui all'articolo 2397, comma secondo, del codice civile. Nel caso di organo di controllo collegiale, i predetti requisiti devono essere posseduti da almeno uno dei componenti". Cfr. anche F. LOFFREDO, *Gli enti del terzo settore*, cit., pp. 201-211.

⁴⁴ Altre questioni aperte sono riassunte da C. AMATO, *Ordinamento e amministrazione*, cit., pp. 29 ss.

⁴⁵ Su questo tema si veda in dottrina F. GALGANO, *Persone giuridiche*, cit. È assai noto il caso del gruppo societario di un celebre produttore di mobili, IKEA, il quale fa capo ad una fondazione con sede in Liechtenstein, la Interrogo Foundation; questa fondazione è una cd. fondazione di impresa (Unternehmensstiftung). La Interrogo Foundation è proprietaria effettiva della Inter IKEA Holding B.V. registrata nei Paesi Bassi e quindi indirettamente (tramite la Inter Ikea Systems) controlla tutto il gruppo IKEA. Si veda <https://www.interogofoundation.com> e S. THOMSEN, *Foundation Ownership at IKEA*, reperibile su <https://ssrn.com/abstract=3243347> Ringrazzi il collega Francesco Schurr per avermi fornito queste informazioni e i link. Anche in Italia si sta affermando questo modello e diverse fondazioni sono a capo di importanti gruppi industriali.

4. Un altro aspetto che appare meritevole di attenzione sempre in un'ottica di evoluzione della "natura" degli ETS, è quella del chiaro favore, previsto dalla riforma, verso il riconoscimento della personalità giuridica anche rispetto alle associazioni, comprese le organizzazioni per il volontariato e le associazioni di promozione sociale⁴⁶.

Il Codice e i successivi provvedimenti infatti hanno chiarito che l'iscrizione nel RUNTS comporta la possibilità di ottenere il riconoscimento della personalità giuridica di associazioni e di fondazioni evitando il procedimento di tipo concessorio attualmente previsto dal DPR n. 361 del 2000. L'iscrizione nel registro unico nazionale non serve dunque solo a qualificare l'ente quale ETS con valenza costitutiva ma, nel caso l'atto costitutivo sia rogato o comunque ricevuto dal notaio⁴⁷ e l'ente abbia i requisiti di patrimonialità⁴⁸ e gli altri requisiti richiesti dal CTS, funge anche a far conseguire loro la personalità giuridica in via (quasi) automatica⁴⁹ essendoci solo un controllo di legalità da parte dell'ufficio del registro (artt. 21 e 22 CTS).

In particolare, il controllo effettuato dalla prefettura ai sensi del DPR del 2000 sulla "congruità" del patrimonio rispetto allo scopo è sostituito con un mero controllo da parte dell'ufficio del terzo settore del superamento dei limiti minimi patrimoniali ai sensi dell'art. 22 del CTS; il controllo di legalità sostanziale e la verifica dell'effettiva sussistenza delle condizioni richieste dal CTS è infatti demandata al notaio⁵⁰. Il procedimento previsto dal codice inoltre, nelle intenzioni, dovrebbe essere più celere essendo esclusa la possibilità di sollevare "ragioni ostantive" all'iscrizione.

La semplificazione del procedimento per l'ottenimento della personalità giuridica del resto era una dei principi contenuti nella legge delega e anche questo appare

⁴⁶ Sul riconoscimento ai sensi del CTS si vedano in particolare F. LOFFREDO, *Gli enti del terzo settore*, cit., pp. 167 ss.; D. POLETTI, *Costituzione e forme organizzative*, cit., pp. 246 ss.; A. FICI, *L'attività degli enti del Terzo Settore*, cit., p. 72; G. PONZANELLI – V. MONTANI, *Dal "groviglio di leggi speciali" al codice del terzo settore*, in A. Fici (cur.), *La riforma del terzo settore e dell'impresa sociale*, cit., p. 38 ss.

⁴⁷ Cfr. art. 22, comma 2: "Il notaio che ha ricevuto l'atto costitutivo di una associazione o di una fondazione del Terzo settore, o la pubblicazione di un testamento con il quale si dispone una fondazione del Terzo settore, verificata la sussistenza delle condizioni previste dalla legge per la costituzione dell'ente, ed in particolare dalle disposizioni del presente Codice con riferimento alla sua natura di ente del Terzo settore, nonché del patrimonio minimo di cui al comma 4, deve depositarlo, con i relativi allegati, entro venti giorni presso il competente ufficio del registro unico nazionale del Terzo settore, richiedendo l'iscrizione dell'ente. L'ufficio del registro unico nazionale del Terzo settore, verificata la regolarità formale della documentazione, iscrive l'ente nel registro stesso".

⁴⁸ Ai sensi dell'art. 21 CTS, le associazioni devono avere un patrimonio minimo di euro 15.000; le fondazioni di euro 30.000.

⁴⁹ Cfr. Decreto Ministeriale n. 106 del 2020 e il decreto legislativo n. 105 del 2018 correttivo, ove si è chiarito che per gli enti del terzo settore l'acquisto della personalità giuridica deriva dall'iscrizione nel RUNTS ai sensi dell'art. 22 dunque nel rispetto delle regole procedurali e delle condizioni stabilite dalla norma del codice.

⁵⁰ Si veda sul punto F. LOFFREDO, *Gli enti del terzo settore*, cit., pp. 167 ss. la quale confronta il nuovo sistema previsto dal CTS con la disciplina societaria e l'iscrizione nel registro delle imprese.

un chiaro segnale di superamento del passato, in cui le associazioni optavano per non chiedere il riconoscimento per evitare i controlli e la burocrazia amministrativa, cosa che nei fatti finiva, soprattutto prima del DPR del 2000, per minare la stessa libertà associativa prevista dalla Costituzione⁵¹.

È comunque possibile essere iscritti al registro e ottenere la qualifica di ente del terzo settore e non quella di persona giuridica; questa ipotesi riguarderà in particolare le associazioni non riconosciute che non abbiano i requisiti di patrimonialità e/o le APS e ODV che, essendo automaticamente iscritte nel RUNTS⁵², non richiedano il riconoscimento della personalità giuridica pur avendone i requisiti⁵³.

È evidente che la nuova disciplina incentiva l'iscrizione nel RUNTS e, poiché facilita anche il procedimento per l'ottenimento della personalità giuridica, incentiva anche l'acquisizione del beneficio della autonomia patrimoniale perfetta⁵⁴.

Questa opzione va anche letta alla luce della successiva disciplina che, come vedremo nel prossimo paragrafo, conferisce la possibilità agli ETS iscritti nel registro delle imprese di costituire patrimoni destinati ad uno specifico affare. Infatti, come è stato sottolineato, il civilista fatica a riconoscere come pienamente appartenente al nostro ordinamento il concetto di patrimonio separato e/o destinato (e/o segregato), in quanto è abituato a ragionare dal punto di vista dei soggetti e delle persone (fisiche o giuridiche che siano)⁵⁵.

Appare dunque di un certo interesse il fatto che il legislatore, contestualmente alla modifica del procedimento di riconoscimento della personalità giuridica, abbia ripreso anche la norma, contenuta nella disciplina della s.p.a., sui patrimoni destinati, sebbene essa abbia avuto scarsissima applicazione nella prassi.

5. L'art. 10 Codice⁵⁶ prevede la possibilità di costituire patrimoni destinati da parte di ETS persone giuridiche iscritte nel registro delle imprese ai sensi e per gli

⁵¹ V. F. GALGANO, *Riconoscimento della personalità giuridica e discrezionalità dell'autorità governativa*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1969, I, pp. 46 ss. Il DPR n. 361/2000 ha in parte liberalizzato l'accesso al procedimento per il riconoscimento della personalità giuridica: si veda per un commento M.V. DE GIORGI, G. PONZANELLI, A. ZOPPINI (curr.), *Il riconoscimento delle persone giuridiche*, Milano, IPSOA, 2001.

⁵² È prevista la trasmigrazione automatica dei dati contenuti negli attuali registri delle APS e ODV nel RUNTS (art. 54 CTS).

⁵³ Alcuni enti devono necessariamente ottenere il riconoscimento. In particolare, ai sensi dell'art. 37, gli enti filantropici devono essere costituiti in forma di associazione riconosciuta o fondazione; ai sensi dell'art. 61, i centri di servizio per il volontariato devono essere costituiti in forma di associazione riconosciuta.

⁵⁴ Dal punto di vista patrimoniale, va però sottolineato anche che sono previste forme di assicurazione obbligatoria (per esempio per gli atti illeciti commessi dal volontari che operano nell'ambito delle organizzazioni di volontariato) che in parte compensano la limitazione di responsabilità a tutela dei creditori.

⁵⁵ Cfr. A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in Trattato Cicu-Messineo, continuato da Mengoni, Milano, Giuffrè, 1995; P. FERRO-LUZZI, *La disciplina dei patrimoni separati*, in *Riv. Soc.*, 2002, pp. 121 ss.

⁵⁶ L'art. 10 prevede in particolare che "Gli Enti del Terzo Settore dotati di personalità giuridica ed iscritti nel registro delle imprese possono costituire uno o più patrimoni destinati ad uno specifico affare ai sensi e per gli effetti degli articoli 2447 bis e seguenti del codice civile". L'art. 4 comma 3 si riferisce agli enti ecclesia-

effetti degli artt. 2447 bis ss. c.c.⁵⁷. Questo richiamo esplicita l'applicabilità anche agli ETS della normativa prevista per le società per azioni⁵⁸.

Viene così introdotta in via legislativa una ulteriore ipotesi di destinazione e di cd. specializzazione della responsabilità patrimoniale in deroga all'art. 2740 c.c.⁵⁹. Da una parte infatti, il patrimonio e in particolare determinati diritti su beni e rapporti contrattuali dovrà essere necessariamente e unicamente destinato alla realizzazione di uno specifico affare. Dal punto di vista della responsabilità patrimoniale, lo stesso complesso di beni e rapporti costituirà garanzia per le obbligazioni che sorgono in relazione allo svolgimento dell'affare e si avrà dunque la creazione di una specifica classe di creditori, distinta dai creditori generali dell'ente, che potrà soddisfare i propri diritti direttamente sul patrimonio separato e, salvo che la deliberazione di costituzione preveda diversamente, entro i suoi limiti, ferma comunque restando la responsabilità illimitata dell'ente per le obbligazioni derivanti da fatto illecito (cfr. art. 2447 quinquies, primo e terzo comma)⁶⁰. Inoltre, nella specifica ipotesi prevista dalla lettera b) dell'art. 2447 bis e dall'art. 2447 decies, nel caso in cui vi sia un contratto di finanziamento dello specifico affare, al rimborso del finanziamento potranno essere destinati i proventi dell'affare stesso (cd. finanziamento dedicato)⁶¹.

stici civilmente riconosciuti e agli enti delle confessioni religiose che hanno stipulato patti, accordi o intese con lo stato.

⁵⁷ Sui patrimoni destinati la letteratura è molto ampia. Si vedano, senza pretesa di completezza: R. SANTAGATA, *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in *Il Codice Civile – Commentario* diretto da F. Busnelli, Milano, Giuffrè, 2014; P. MANES – F. PASQUARIELLO, *Patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. De Nova, Bologna, Zanichelli, 2013; ID., *Sui "patrimoni destinati ad uno specifico affare" nella riforma del diritto societario*, in *Contr. Impr.*, 2003, pp. 181 ss.; P. FERRO – LUZZI, *I patrimoni "dedicati" e i "gruppi" nella riforma societaria*, in *Riv. Not.*, 2002, pp. 271 ss. Si veda inoltre, per una analisi dell'art. 10 del CTS, lo studio del Consiglio Nazionale del Notariato n. 102-2018/I a firma di A. RUOTOLO, *La costituzione di patrimoni destinati ad uno specifico affare da parte degli enti del terzo settore*. Per una analisi con riferimento agli enti non profit prima del Codice del Terzo Settore, si veda L. NONNE, *Autodestinazione e separazione patrimoniale negli enti non profit dopo la riforma del diritto societario*, in A. Zoppini – M. Maltoni (cur.), *La nuova disciplina delle associazioni e delle fondazioni. Riforma del diritto societario e enti non profit*, Padova, 2007, pp. 231 ss.

⁵⁸ È discussa invece l'ammissibilità di patrimoni destinati nel patrimonio di s.r.l. ed è esclusa nelle società di persone; il nuovo Codice sembra ammettere la possibilità di costituire patrimoni destinati nella s.r.l. che sia anche impresa sociale.

⁵⁹ A. ZOPPINI, *Note sparse a margine del patrimonio destinato di Cassa Depositi e Prestiti*, in *Liber amicorum per Mario Segni. I rapporti privati nella società civile*, tomo, I, pp. 223 ss. Si veda inoltre dello stesso Autore, *Autonomia e separazione del patrimonio, nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2002, p. 552.

⁶⁰ Sulla funzione di garanzia atipica dei patrimoni destinati la letteratura è ampia. Si veda, per tutti, G. PESCATORE, *La funzione di garanzia dei patrimoni destinati*, Milano, 2008. Ci si permette di rimandare a M. CENINI, voce *Garanzie atipiche*, in *Dig. Discipl. Priv.* per una rassegna delle principali garanzie atipiche presenti nel nostro ordinamento.

⁶¹ P. FERRO-LUZZI, *I patrimoni "dedicati" e i "gruppi" nella riforma societaria*, cit., p. 273 il quale rileva che questa opzione legislativa è significativa in quanto sposta l'attenzione dalle garanzie reali sui beni ad una

Lo strumento del patrimonio destinato, come noto, è stato fin da subito accostato ai trust di diritto anglosassone⁶², sebbene vi siano significative differenze tra i due istituti, anche a prescindere dal fatto che parlare di “trust” senza menzionare la legge che lo disciplina è comunque sempre una notevolissima semplificazione. In particolare, appare evidente che rispetto ai patrimoni destinati non sorgono tutte le problematiche collegate al ruolo e ai poteri del trustee e alla sua discrezionalità nel gestire il fondo in trust nonché quelle collegate all’adempimento dei doveri fiduciari.

Quello che sicuramente è vero è che anche nel patrimonio ex art. 2447 bis c.c., in assonanza (ma non identità) con il trust⁶³ e in controtendenza rispetto alla tradizionale preferenza del nostro ordinamento verso la soggettivazione, i rapporti giuridici scaturenti dall’affare saranno imputati al complesso di beni e rapporti che costituisce il “patrimonio destinato” in assenza di entificazione e creazione di un autonomo soggetto di diritto⁶⁴.

Si è detto “tradizionale” preferenza del nostro ordinamento verso la soggettivazione in quanto lo stesso art. 10 contenuto nel Codice del Terzo Settore è forse invece la conferma che l’atteggiamento del legislatore sta mutando ed è maggiormente aperto a forme di segregazione patrimoniale. Lo strumento del patrimonio destinato è stato del resto anche recentemente adottato dal legislatore stesso proprio in collegamento con la pandemia: è stato infatti costituito per via legislativa⁶⁵ un nuovo patrimonio separato all’interno della s.p.a. Cassa Depositi e Prestiti, il cd. Patrimonio Rilancio. Dimostra ulteriormente la crescente consapevolezza verso

forma di garanzia sui redditi.

⁶² Per il parallelo si veda in particolare P. MANES, *Art. 2447 bis*, in P. MANES – F. PASQUARIELLO, *Patrimoni destinati ad uno specifico affare*, cit., pp. 28 ss. Si veda inoltre la relazione illustrativa al progetto Mirone, in *Riv. Soc.*, 2000, pp. 25 ss. e in part. p. 43.

⁶³ Sottolinea alcune differenze con il trust P. MANES, *Sui “patrimoni destinati ad uno specifico affare” nella riforma del diritto societario*, in *Contr. Impr.*, 2003, pp. 181 ss. e in part. pp. 187 e 195 ss.

⁶⁴ Il tema è come noto di amplissimo respiro e riguarda anche il ruolo della soggettivazione all’interno del diritto patrimoniale dei sistemi di civil law. Per approfondimenti, si rimanda agli autori che si sono occupati della teoria delle persone giuridiche (v. supra nota 2) e a A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in Trattato Cicu – Messineo, continuato da L. Mengoni, cit., pp. 575 ss.; ID., *La proprietà*, in Trattato Iudica – Zatti, Milano, Giuffrè, 2017; A. ZOPPINI, *Autonomia e separazione del patrimonio*, cit., in part. p. 551 e p. 558, ove si può trovare ulteriore bibliografia. L’argomento è stato inoltre studiato nell’ambito del diritto delle successioni con particolare riferimento alla eredità giacente: per il parallelo si veda P. FERRO-LUZZI, *I patrimoni “dedicati” e i “gruppi” nella riforma societaria*, cit., p. 272. Sul fatto che il trust non sia un soggetto, si rimanda alla nota 15.

⁶⁵ Art. 27 del D.L. 19 maggio 2020, n. 34, *Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all’economia, nonché di politiche sociali connesse all’emergenza epidemiologica da COVID-19*, convertito con modificazioni dalla L. 17 luglio 2020, n. 77. Commenta l’istituzione di questo nuovo patrimonio destinato A. ZOPPINI, *Note sparse a margine del patrimonio destinato di Cassa Depositi e Prestiti*, in *Liber amicorum per Mario Segni. I rapporti privati nella società civile*, tomo, I, pp. 223 ss.

questi temi l'attenzione sempre maggiore da parte della giurisprudenza⁶⁶ e del legislatore stesso⁶⁷ verso l'istituto del trust.

6. Come detto, la costituzione di patrimoni destinati ad uno specifico affare può dunque avvenire esclusivamente da parte di ETS dotati di personalità giuridica e iscritti nel registro delle imprese.

Pertanto sono sicuramente escluse le associazioni non riconosciute che non raggiungono i requisiti di patrimonialità necessari per ottenere il riconoscimento; dall'altro lato, sono compresi tutti gli enti del terzo settore dotati di personalità giuridica che esercitano la propria attività in forma di impresa commerciale e sono per questo iscritti nel registro delle imprese.

Riguardo all'iscrizione nel registro delle imprese, secondo la lettura combinata dell'art. 10 e dell'art. 11 del Codice del Terzo settore⁶⁸, sembrerebbe possibile la costituzione di patrimoni destinati solo nel caso in cui l'attività di impresa sia svolta esclusivamente o principalmente dall'ETS; si è però rilevato, in maniera convincente, che l'art. 10 non specifica che l'attività di impresa debba essere svolta in via esclusiva e prevalente e pertanto potrebbero essere ricompresi anche gli enti che si sono iscritti nel registro delle imprese pur non essendovi tenuti, in quanto svolgenti attività di impresa strumentale e secondaria⁶⁹. A fianco di questa fattispecie, l'art. 11, comma 3, prevede una norma dedicata alle imprese sociali.

Con riguardo alle fondazioni riconosciute, come detto nel precedente paragrafo, è ben possibile che esercitino attività di impresa e pertanto questa sembra essere una delle ipotesi, insieme alle associazioni riconosciute che esercitano attività di impresa, in cui un ETS potrà costituire un patrimonio separato⁷⁰. La lettura dell'art. 10 pro-

⁶⁶ La giurisprudenza in materia di trust è ormai vastissima. Si veda in particolare per i fini del presente contributo Cass. civile sez. III, 19/04/2018, n. 9637 che ha statuito che “Non è necessario che il giudice provveda di volta in volta a valutare se il singolo negozio istituito di trust risponda al giudizio di meritevolezza previsto dall'articolo 1322 del codice civile, poiché la valutazione (astratta) della meritevolezza è stata compiuta, una volta per tutte, dal legislatore con la legge 16 ottobre 1989 n. 364, che ha ratificato e dato esecuzione in Italia alla Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985”. Si veda la sentenza Cass. S.U. 12 luglio 2019, n. 18831 richiamata anche da Cass. sez. II, 2 settembre 2020, n. 18198. Per un commento alla sentenza a Sezioni Unite del 2019 che ha collocato il trust all'interno dei contratti *inter vivos* con effetti *post mortem*, ci si permette di rimandare a M. CENINI, *Contratti inter vivos con effetti post mortem nella successione dell'impresa*, in *Famiglia*, 2021, pp. 659 ss.

⁶⁷ Nell'ambito della delega al Governo, il Disegno di legge Conte – Bonafede del 28 febbraio 2019 all'art. 1 lettera p) prevede anche di “disciplinare le modalità di costituzione e di funzionamento del *trust* e degli altri contratti di affidamento fiduciario, garantendo un'adeguata tutela dei beneficiari”.

⁶⁸ Cfr. art. 11, 2 comma, CTS: “Oltre che nel registro unico nazionale del Terzo settore, gli enti del Terzo settore che esercitano la propria attività esclusivamente o principalmente in forma di impresa commerciale sono soggetti all'obbligo dell'iscrizione nel registro delle imprese”.

⁶⁹ R. DI RAIMO, *Destinazione e disciplina del patrimonio*, cit., p. 101.

⁷⁰ Si ricorda che non tutte le fondazioni sono (o possono ambire) alla qualifica di ente del terzo settore ma solo quelle che svolgono in via esclusiva o principale una attività di interesse generale ai sensi dell'art. 5 del Codice e che perseguono le finalità indicate dal Codice stesso ossia finalità civiche, solidaristiche o di utilità

posta *supra*, inoltre, permette di costituire patrimoni destinati anche nei casi, piuttosto frequenti, in cui le fondazioni non svolgono in via principale l'esercizio dell'impresa ma che comunque siano iscritte nel registro delle imprese per le attività secondarie.

Del resto, la dottrina ha già da tempo rilevato come l'art. 32 c.c. prevede già una forma di separazione patrimoniale. Questa norma infatti richiede che nel caso di trasformazione o di scioglimento della fondazione, al quale sono stati donati o lasciati beni con destinazione a scopo diverso da quello proprio dell'ente, l'autorità governativa devolva tali beni, con lo stesso onere, ad altre persone giuridiche che hanno fini analoghi. Il parallelo è stato visto nel fatto che anche in questo caso si è di fronte ad un patrimonio separato che non segue le vicende liquidative (in caso di estinzione) o il nuovo assetto (in caso di trasformazione) della persona giuridica⁷¹. Tuttavia le differenze in realtà sono molteplici, non foss'altro perché nel caso dell'art. 32, l'ente (fondazione) è il destinatario dell'attribuzione ossia della donazione o del lascito che viene a formare il patrimonio separato, dunque non ne è l'artefice come lo sarebbe nel caso in cui il proprio consiglio di amministrazione deliberasse la creazione di un patrimonio destinato⁷².

La disciplina del patrimonio destinato, tuttavia, è solo in parte tratteggiata dagli artt. 2447 bis ss. del codice civile e anche con riferimento ai patrimoni destinati costituiti nell'ambito delle s.p.a. sono state fin da subito sollevate perplessità con riguardo alla gestione, amministrazione e controllo di questi patrimoni.

Già all'epoca della legge delega erano infatti stati sollevati dubbi con riguardo ai potenziali conflitti di interessi nell'ipotesi in cui gli amministratori della società fossero gli stessi amministratori del patrimonio dedicato⁷³; il legislatore delegato non ha poi preso posizione sul punto. Una parte della dottrina⁷⁴ ha così rilevato che sarebbe stato preferibile la previsione di un gestore in posizione dialettica e indipendente rispetto all'organo esecutivo della società, eventualmente nominato dall'assemblea⁷⁵.

sociale. L'attività di interesse generale può essere svolta in forma imprenditoriale. Cfr. A. FICI, *L'attività degli enti del Terzo Settore*, cit., pp. 72 ss.

⁷¹ Cfr. su questo ancora F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, in Commentario Scialoja – Branca, in part. pp. 172, 148, 150; A. ZOPPINI, *Autonomia e separazione del patrimonio*, cit., p. 560.

⁷² Si veda A. RUOTOLO, *La costituzione di patrimoni destinati ad uno specifico affare da parte degli enti del terzo settore*, cit.

⁷³ Su questi temi si rimanda a P. FERRO-LUZZI, *La disciplina dei patrimoni separati*, in *Riv. Soc.*, 2002, pp. 121 ss. e in part. pp. 127-128.

⁷⁴ V. P. MANES, *Sui "patrimoni destinati ad uno specifico affare" nella riforma del diritto societario*, cit., p. 210.

⁷⁵ Si pensi anche ad esempio all'adozione di sistemi di incasso e contabilizzazione dei proventi dell'affare necessaria per garantire che il rimborso del finanziamento avvenga esclusivamente con tali proventi ai sensi dell'art. 2447 bis e decies e alle altre norme previste dagli artt. 2447 bis ss. in tema di libri obbligatori, bilancio, rendiconto. La dottrina afferma che "siamo in presenza di una "sub società", di una società cui si toglie l'atto costitutivo e la si aggancia, in maniera estremamente ambigua, ad una società vera e propria": si veda P. FERRO-LUZZI, *I patrimoni "dedicati" e i "gruppi" nella riforma societaria*, cit., p. 272; ID., *La disciplina dei patrimoni separati*, in *Riv. Soc.*, 2002, pp. 121 ss. e in part. pp. 127-128. Si veda anche A. GAMBINO, *Il*

Altra parte della dottrina⁷⁶, invece, constatando che l'organo amministrativo della società e del patrimonio dedicato è necessariamente unico, fa invece leva sulla possibilità di distribuire le deleghe all'interno del consiglio di amministrazione e suggerisce che nello statuto della società e nella stessa deliberazione costitutiva del patrimonio destinato la gestione del singolo affare sia assegnata a specifici amministratori con espressa delega.

Con specifico riguardo agli ETS, a queste complessità si aggiungono anche problematiche collegate al necessario perseguimento da parte di questi ultimi delle finalità civiche e solidaristiche e alla assenza di lucratività della loro attività e le incertezze legate alla governance discusse sopra.

Nell'ambito del patrimonio dedicato di cui alla lettera a) dell'art. 2447 bis c.c., è possibile infatti promuovere iniziative fondate sul finanziamento e la partecipazione di terzi ai sensi del comma 1, lettera d) dell'art. 2447 ter e/o sull'emissione degli strumenti finanziari di partecipazione di cui alla lettera e) del medesimo articolo. Sembra dunque possibile che gli ETS promuovano tali iniziative avvalendosi della partecipazione e del finanziamento ad opera di terzi.

A questo riguardo tuttavia ci si è chiesti quale disciplina sia applicabile in merito ai rimborsi e alla remunerazione dei partecipanti/finanziatori, soprattutto se sottoscrittori di strumenti finanziari, nonché in merito alla eventuale loro partecipazione al governo dell'ente⁷⁷. Con riferimento alla riforma societaria, la Relazione al decreto aveva confermato la natura partecipativa⁷⁸ dei finanziamenti di terzi e la piena autonomia dell'ente costituente di modulare l'attribuzione dei diritti patrimoniali ed amministrativi; l'art. 2447 octies inoltre espressamente prevede la costituzione di assemblee speciali dei titolari di strumenti finanziari ai sensi della lettera e).

Applicando queste norme agli ETS e considerato che questi ultimi comunque devono perseguire scopi non di lucro e svolgere attività di interesse generale, ci si è chiesti se gli strumenti finanziari partecipativi possano effettivamente garantire una remunerazione per il sottoscrittore. Vi sarebbe dunque un altro caso, oltre a quello previsto per le imprese sociali dall'art. 3, comma 3, CTS, di lucratività dell'attività.

Inoltre, non è chiaro in che termini i sottoscrittori degli strumenti partecipativi potrebbero partecipare al governo dell'ETS: la previsione contenuta nella lettera e) dell'art. 2447 ter, così come illustrata nella Relazione con riferimento ai diritti amministrativi, può infatti ben adattarsi ad una società per azioni (cfr. artt. 2348, 2350

finanziamento dell'impresa sociale nella riforma, in *Riv. Not.*, 2002, pp. 279 ss. e in part. p. 282 dove, riprendendo il contributo di P. Ferro Luzzi, l'autore sottolinea il problema dei poteri gestionali e dei conflitti di interesse tra le finalità della società e le finalità che si intendono perseguire con il patrimonio destinato.

⁷⁶ R. SANTAGATA, *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare*, cit., pp. 151 ss.

⁷⁷ Solleva questo dubbio R. DI RAIMO, *Destinazione e disciplina del patrimonio*, cit., pp. 101-102.

⁷⁸ Con riguardo alla natura di tali strumenti finanziari, la dottrina tuttavia aveva rilevato che era dubbio che tali titoli avessero effettivamente natura partecipativa, mentre più correttamente dovevano essere inquadrati tra i titoli di debito con rendimento legato all'andamento dell'affare. V. P. MANES, *Sui "patrimoni destinati ad uno specifico affare" nella riforma del diritto societario*, cit., p. 201.

e 2351 c.c.) ma sembra inapplicabile con riferimento agli ETS e in particolare alle fondazioni.

Oltre alla possibilità di costituire patrimoni destinati ai sensi dell'art. 2447 bis c.c., lettera a), in via esclusiva ad uno specifico affare, la lettera b) permette come noto anche che la società (nel caso di specie, l'ETS) possa convenire che nel contratto relativo al finanziamento di uno specifico affare, al rimborso totale o parziale del finanziamento medesimo siano destinati i proventi dell'affare stesso o parte di essi (v. anche art. 2447 decies); questa forma di finanziamento è anche sovente chiamata "finanziamento destinato". Lo strumento del patrimonio separato dunque è funzionale anche al finanziamento delle attività di impresa e in questo caso al rimborso totale o parziale del finanziamento saranno destinati tutti o parte dei proventi dell'affare stesso (art. 2447-decies, comma 1)⁷⁹.

Se il patrimonio destinato e il finanziamento dell'affare sono collegati ad attività di impresa svolta dall'ETS è comunque opportuno fare alcune precisazioni. Nel caso in cui l'attività di impresa sia una attività economica e non lucrativa (in senso oggettivo) ossia nel caso in cui vi sia solo un tendenziale pareggio tra costi e ricavi, sembrerebbe che non vi possano essere "proventi" dell'affare da destinare al rimborso del finanziamento; ma forse in questo caso l'ente non sarebbe nemmeno iscritto nel registro delle imprese e dunque non rientrerebbe nelle ipotesi di cui all'art. 10 CTS. Al contrario, nel caso in cui l'ETS svolga attività commerciale e consegua un lucro oggettivo e dunque utili, questi ultimi potrebbero essere destinati, in via prioritaria, al rimborso del finanziamento connesso allo specifico affare. A riguardo tuttavia sarebbe comunque necessario valutare la compatibilità di questa soluzione con il vincolo di destinazione di cui all'art. 8 CTS.

7. Con riferimento invece alle fondazioni non iscritte nel registro delle imprese, è comunque sempre possibile costituire fondi separati per facilitare la gestione delle risorse e la rendicontazione sebbene, come ovvio, in questo caso non vi sarà segregazione in senso proprio e i creditori dell'ente potranno comunque rivalersi sull'intero patrimonio.

Alcune realtà più evolute di fondazioni di partecipazione già prevedono statutariamente la possibilità per la fondazione di ricevere fondi, oggetto di gestione separata, destinati al finanziamento della fondazione o ad altri scopi determinati; nel primo caso, questo schema è stato paragonato proprio ai patrimoni destinati di cui

⁷⁹ La Relazione al decreto ha specificato che "la separazione patrimoniale sussiste esclusivamente a livello dei proventi nella fase di incasso" e che per assicurare tale risultato è necessario che la società adotti "necessari sistemi di incasso e contabilizzazione idonei ad individuare in ogni momento questi proventi". Si vedano su questo P. MANES, *Sui "patrimoni destinati ad uno specifico affare" nella riforma del diritto societario*, cit., p. 185; F. DI SABATO, *Strumenti di partecipazione a specifici affari con patrimoni separati e obbligazioni sottoscritte dagli investitori finanziari*, in *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, 2004, I, 1, pp. 13 ss.

all'art. 2447 bis c.c.⁸⁰. Come noto, la prassi utilizza anche lo schema della donazione modale, in modo tale che le donazioni dei sostenitori siano vincolate all'adempimento di determinate obbligazioni da parte del donatario (la fondazione). Nel caso in cui la donazione riguardi beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri, è anche possibile trascrivere il vincolo di destinazione ai sensi dell'art. 2645 ter c.c.⁸¹

Con riferimento al CTS, è ben possibile che gli enti filantropici, che, come detto, sono prevalentemente enti erogatori, si avvalgano di tale opzione per creare, almeno idealmente e contabilmente, una separazione tra gli apporti dei vari sostenitori.

Questo tema si intreccia evidentemente con la problematica dell'ammissibilità nel nostro ordinamento della fondazione fiduciaria⁸² e della stessa proprietà fiduciaria in generale. Il tema, come è evidente, è molto complesso e non è possibile affrontarlo in questo breve scritto.

È opportuno in ogni caso sottolineare che, come anche già accennato, la problematica dei patrimoni destinati o separati senza soggetto riguarda sicuramente la separazione patrimoniale e la creazione di una specializzazione dei patrimoni a garanzia di determinati creditori ma riguarda anche (se non soprattutto) la gestione e l'amministrazione di questi patrimoni. Quando si ragiona in termini di gestione patrimoniale e gestione fiduciaria, è dunque sempre opportuno riflettere sul soggetto gestore e sulla sua eventuale discrezionalità (e dunque possibilità di scostamento dalla destinazione) o viceversa sui soggetti deputati al controllo del rispetto della destinazione.

8. Dalla breve rassegna condotta in questo contributo, si possono delineare alcune linee di fondo della Riforma del Terzo Settore. Come illustrato, da una parte il Codice del Terzo Settore ha previsto la possibilità di costituire patrimoni destinati ad uno specifico affare ma tale possibilità è limitata ad alcune categorie di ETS e in particolare agli enti dotati di personalità giuridica che sono iscritti nel registro delle imprese. Tra questi enti vi possono essere anche le fondazioni che esercitano attività di impresa. Dall'altra parte si è visto come il Codice incentivi l'iscrizione nel RUNTS e la correlativa acquisizione del beneficio dell'autonomia patrimoniale perfetta.

Torna pertanto ancora la contrapposizione, ben nota a dottrina e giurisprudenza, tra entificazione e separazione patrimoniale.

⁸⁰ P. MANES, *Fondazioni e venture philanthropy: come coniugare logica del profitto e etica del dono*, in *Contratto e impresa*, 2006, p. 1479 ss.

⁸¹ Si veda anche R. SANTAGATA, *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare*, cit., pp. 59 ss. che esplora da una parte la possibilità che la s.p.a. destini una parte del suo patrimonio a scopi non lucrativi e dall'altra parte che un ente non profit, prima della emanazione del CTS, costituisca un patrimonio destinato. In tema si veda anche L. NONNE, *Autodestinazione e separazione patrimoniale negli enti non profit dopo la riforma del diritto societario*, cit.

⁸² In tema, L. CAVALAGLIO, *La fondazione fiduciaria: struttura e funzione della destinazione patrimoniale*, Padova, CEDAM, 2017; P. MANES, *Fondazione fiduciaria e patrimoni allo scopo*, Padova, CEDAM, 2005.

Già la riforma del diritto societario, come noto, aveva già definito l'opzione tra creazione di nuovi soggetti e separazione patrimoniale come forma di limitazione della responsabilità nell'esercizio dell'impresa. Sebbene nella relazione di accompagnamento vi fosse l'indicazione verso un progressivo risparmio dello strumento societario, la prassi, in linea con la tradizione del nostro ordinamento, aveva manifestato senza dubbio la preferenza per la creazione di nuovi soggetti giuridici, confermando in maniera quasi unanime la maggiore efficienza del ricorso a società controllate e a gruppi societari con a capo strutture in funzione di holding, piuttosto che la creazione di patrimoni separati⁸³.

Ci si chiede se ciò valga anche nei casi degli enti del terzo settore. Come altrettanto noto, infatti, è ammessa e diffusa, soprattutto all'estero, anche per le fondazioni la possibilità di detenere partecipazioni societarie, pertanto anche l'ente non profit può avere funzione di holding. La fondazione di erogazione inoltre sovente si avvale di diverse fondazioni operative di cui mantiene il controllo e la direzione grazie a previsioni statutarie; anche in questo caso dunque c'è la perfetta separazione patrimoniale tra l'ente erogatore capo gruppo e le fondazioni operative che direttamente esercitano l'attività di interesse sociale.

Uno dei vantaggi della creazione di un patrimonio destinato pare essere quello di contenere i costi di gestione che necessariamente si creano duplicando i soggetti giuridici. La creazione di patrimoni separati dovrebbe essere più efficiente tutte le volte in cui la gestione dell'impresa non richieda una struttura organizzativa complessa. Potrebbe essere questo il caso di una fondazione che esercita attività di impresa in via secondaria: l'opzione per la creazione di un patrimonio destinato potrebbe dunque essere preferibile. Come già accennato, del resto, forme di separazione patrimoniale sono molto diffuse nella prassi e, nel caso in cui la fondazione eserciti attività di impresa, può essere effettivamente opportuno adottare anche strumenti di segregazione patrimoniale.

Tuttavia la questione della gestione dei patrimoni destinati ha sollevato, come si è illustrato nel corso del contributo, diversi dubbi in dottrina⁸⁴ e non pare richiedere una attività gestoria snella; lo stesso Codice del Terzo Settore ha previsto, nel caso di costituzione di patrimoni destinati, la nomina obbligatoria di alcuni organi quali ad esempio l'organo di controllo e il revisore dei conti (cfr. art. 30, comma 4 e art. 31, comma 3).

⁸³ A. ZOPPINI, *Note sparse a margine del patrimonio destinato di Cassa Depositi e Prestiti*; cit., p. 299; G. GUIZZI, *Patrimoni separati e gruppi di società (articolazione dell'impresa e segmentazione del rischio: due tecniche a confronto)*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2003, I, pp. 639 ss.; P. MANES, *Sui "patrimoni destinati ad uno specifico affare" nella riforma del diritto societario*, in *Contr. Impr.*, 2003, pp. 181 ss., che commenta anche la Relazione di accompagnamento alla Riforma del diritto societario.

⁸⁴ V. supra § 5 e in dottrina in particolare P. FERRO-LUZZI, *La disciplina dei patrimoni separati*, in *Riv. Soc.*, 2002, pp. 121 ss. e in part. pp. 127-128; P. MANES, *Sui "patrimoni destinati ad uno specifico affare" nella riforma del diritto societario*, cit., p. 210.

Nel caso di patrimoni destinati creati dalle fondazioni ETS, dunque, si rischia di aggiungere un ulteriore elemento di complessità nella gestione dato dalla creazione di un patrimonio destinato.

La scelta se avvalersi o meno di un patrimonio destinato dipende dunque da vari fattori, non da ultimo la dimensione (in termini di fatturato e di personale) dell'attività di impresa esercitata. Quello che sicuramente può concludersi è che da una parte, il legislatore mostra di avere più attenzione e di utilizzare con maggiore consapevolezza istituti che attuano una specializzazione dei patrimoni senza passare dalla creazione di nuovi soggetti giuridici. D'altra parte, con l'emanazione del Codice del Terzo Settore ha perso l'occasione per una rivisitazione dell'intera disciplina degli enti del primo libro e, forse, per una più radicale riconfigurazione degli assetti di governance, eventualmente attuati anche attraverso la creazione di gruppi.

Il possesso a diverso titolo del chiamato all'eredità*

di Antonio Musto**

Abstract. The essay analyses the issue of the permanence of the person called to inherit in possession of the hereditary assets and the acquisition of the status of pure and simple heir. The intent is to establish whether the legacy or the donation of bare ownership, being the source of a *iure proprietatis* and *contra hereditatem* possession, are able to disapply the discipline contained in art. 485 of the Italian civil code. Or if this provision applies to any kind of possession, whatever the constitutive title might be, subsequent or prior to the opening of the succession, and therefore also a specific purchase *mortis causa* and also a deed of purchase different from heredity.

SOMMARIO: 1. Fatto e questione. – 2. Il chiamato all'eredità nel possesso a qualsiasi titolo di beni ereditari. – 3. Verifica dialogica dei dicta giurisprudenziali. – 4. Il legato testamentario. – 5. La donazione di nuda proprietà con riserva d'usufrutto a favore del donante. – 6. Primi rilievi conclusivi.

1. In un ordinamento che «vive nei fatti concreti che storicamente lo realizzano»¹, l'attività ermeneutica «non è pensare il già pensato, è *inventio* prima che *demonstratio*»². Il fatto, quale «protagonista della vita del diritto piuttosto che spettatore inerte e passivo alla mercé dell'ordine giuridico»³, costituisce il fondamento di ogni riflessio-

* Un sentito ringraziamento al dottor Mauro Leo, Responsabile del coordinamento dell'Ufficio Studi del Consiglio Nazionale del notariato, Settori civilistico e pubblicistico, per l'elevata qualificazione della formazione scientifica e per la straordinaria capacità di relazione a ogni vicenda intellettuale affinché non resti individuale e solitaria.

** Dottore di ricerca di diritto privato europeo. Specializzato diritto civile.

¹ P. PERLINGIERI e FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, con la collaborazione di L. Tullio, Napoli, 2004, 179. Si osserva che «dal confronto fatto-norma si individua il significato giuridico da riservare a quel fatto concreto e l'ordinamento assume un significato reale senza perdere la sua intrinseca funzione di "ordinare"».

² BENEDETTI, *Oggettività esistenziale dell'interpretazione. Studi su ermeneutica e diritto*, Torino, 2014, 256. Cfr. anche ZACCARIA, *Interpretazione e metodo nelle prolusioni raccolte*, in *Contratto e impresa*, 2016, 40, che definisce «creativo [...] l'atto ermeneutico perché realizza l'accostamento e la sintesi tra l'astrattezza della legge e la concretezza della situazione storica che si tratta di qualificare giuridicamente. Da questo punto di vista, l'opera di adattamento della legge ai singoli casi concreti che via via si presentano appare come un incessante adeguamento e integrazione».

³ SCALISI, *Il diritto civile nelle «prolusioni» del secondo novecento*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 512. La fattualità recupera progressivamente la propria giuridicità, quale componente essenziale (non già elemento accidentale) del giudizio. Nella comprensione dello svolgersi del sistema, si è radicata l'idea che non esiste l'ipotesi generale, quale referente statico della ragione speculativa. Nessuna riflessione su norme e principi, regole e valori, è priva d'implicazioni sistematiche nella sequenza valutativa del fatto concreto e può prescindere da

ne del giurista⁴ mentre, con piú intenso rilievo sistematico, l'assiologia è il criterio alla cui stregua va apprezzato ciò che costituisce il *proprium* di ogni fenomeno, che «è la sostanza reale piuttosto che il formale ed esteriore apparire»⁵.

Ridotto il momento ermeneutico alla dimensione problematica del fatto⁶, quale presupposto dell'attività di determinazione del trattamento di emergenti istanze di tutela⁷, una prima situazione sintomatica è questa.

Uno dei coeredi, Tizio, da un anno è in pieno possesso di un bene immobile del patrimonio del padre Caio che ne ha disposto in suo favore a titolo di legato. La società Alfa lo chiama in giudizio insieme agli altri coeredi per ivi sentirli dichiarare eredi puri e semplici e, conseguentemente, condannare, ciascuno per la propria quo-

un costante raffronto con esso. Così, ALCARO, *Una riflessione su «fatto» e «diritto» (ed «effettività»)*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, 775, per il quale «ciò sembra riferibile piuttosto all'approccio normativistico, che isola e dissocia "fatto" e "diritto". Quali dimensioni autonome e distinte». Sulla rilevanza di regole e principi, sull'impiego che ne fa l'interprete, sulle conseguenze di un bilanciamento degli interessi non costruito dallo stesso legislatore, da ultimo RIZZO, *Note minime sull'uso dei principi costituzionali nel diritto dei contratti, rileggendo Dworkin e Hart*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 912 ss. e spec. 914.

⁴ Il «punto di partenza dell'interpretazione - sia dell'interpretazione giuridica sollecitata dalla "causa" che il giudice è chiamato a decidere, sia dell'interpretazione dottrinale, sollecitata dalla funzione di predisporre modelli teorici di applicazione del diritto - non è il testo, bensì il "caso", reale o pensato, ossia il problema o il complesso di problemi per la cui soluzione il testo deve esser compreso» MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Diritto e Valori*, Bologna, 1985, 37. E ancora Id., *Le aporie decostruttive del diritto secondo Jacques Derrida*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1999, 353 ss., là dove si evidenzia come l'interpretazione è «argomentata dialetticamente in risposta alla questione pratica posta dal caso particolare».

⁵ SCALISI, *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo*, Milano, 1998, 62. Poiché è all'interno del fatto che «sta sempre un problema di interessi e nel dover essere come regola dell'agire umano è sempre la soluzione data a quel problema. L'interesse, che con il fatto prende vita e si costituisce, è alla radice del diritto, è anzi la vera forza motrice di tutto il diritto, e appunto in funzione strumentale alla realizzazione di tale interesse stanno i valori di azione, ossia gli effetti giuridici, predisposti dal diritto» (Id., *Regola e metodo nel diritto civile della postmodernità*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 303).

⁶ C'è soltanto la storicità del caso particolare. Così, LIPARI, *Per un diritto secondo ragione*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 1444. E ciascun fatto, ora isolato ora connesso agli altri, riflette differenti conflitti di interessi e si colora di piú intensi significati. «Il fatto non può essere meccanicamente incasellato in una determinata fattispecie astratta, il piú delle volte non rinvenibile e sempre piú estranea alle tecniche legislative di un sistema caratterizzato dal pluralismo delle fonti. Al fine di individuare la disciplina piú adeguata occorre che il fatto sia valutato considerando gli interessi e i valori che esprime, in relazione al contesto storico-giuridico nel quale esso si inserisce. In tal modo si garantisce il rispetto non della lettera della legge, ma del diritto, inteso come insieme indissolubile di principi e di regole» P. PERLINGIERI, *Interpretazione ed evoluzione dell'ordinamento*, in *Riv. dir. priv.*, 2011, 161. Sui rischi del formalismo insito in un ragioner per concetti, sulla crisi dell'approccio argomentativo esclusivamente deduttivo, sulla necessità di partire dagli interessi protetti per individuare la regola del caso concreto piú congrua e piú ragionevole, Id., *La nullità del contratto fra esigenze protettive e principio di conservazione*, in *Annali della facoltà di economia di Benevento*, Napoli, 2004, 205 ss. Per una diversa visione, segnatamente, sulle ricadute di una "crisi della fattispecie" e del paradigma della sussunzione del fatto entro la fattispecie astratta, si v. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. processuale*, 2014, I, 36; Id., *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, I, 987; Id., *Un diritto incalcolabile*, in Id., *Un diritto incalcolabile*, Torino 2016, 12 ss.; Id., *Capitalismo e calcolabilità giuridica (letture e riflessioni)*, in *Riv. società*, 2015, 807 ss., ora in Id., *Un diritto incalcolabile*, cit., 30 ss.

⁷ LIPARI, *Per un diritto secondo ragione*, cit., 1444.

ta al pagamento del debito fideiussorio del loro padre, secondo il criterio di ripartizione previsto dall'art. 754 c.c., operante automaticamente tra coeredi.

L'altra situazione fattuale è la seguente.

Tizio dona al figlio Caio la nuda proprietà della sola casa di famiglia, riservandosi l'usufrutto vitalizio. Dopo un anno dalla morte di Tizio, la società Alfa conviene in giudizio Caio per rispondere dei debiti del padre in qualità di erede puro e semplice, non avendo provveduto a redigere l'inventario nei termini di legge nonostante fosse rimasto nel possesso dell'unico bene immobile della massa ereditaria dove già abitava insieme con i genitori.

Tra le situazioni fattuali appena descritte, di là da peculiarità e diversità, c'è un comune denominatore.

Entrambe pongono un punto di domanda, privo d'immediata e sicura soluzione, sugli àmbiti e confini dell'art. 485 c.c., che impone al chiamato all'eredità che, a qualsiasi titolo, si trovi nel possesso di beni, il compimento dell'inventario entro tre mesi (prorogabili per una sola volta, prima della scadenza e per non più di tre mesi⁸) dal giorno dell'apertura della successione o della notizia della devoluta eredità. Se questi non compie l'inventario entro il termine, o se nei quaranta giorni successivi al compimento dell'inventario non dichiara di accettare o rinunciare all'eredità, il chiamato è considerato erede puro e semplice e risponde *ultra vires hereditatis*.

Non si comprende, per l'estrema ampiezza dell'espressione "*a qualsiasi titolo*", se entro maglie così larghe trovi spazio ogni specie di possesso quale che sia il titolo costitutivo, successivo o anteriore all'apertura della successione⁹, e quindi anche un atto d'acquisto *mortis causa* a titolo particolare e pure un atto d'acquisto diverso dall'eredità. Oppure se il legato, nell'un caso, o la donazione di nuda proprietà, nell'altro, essendo fonte di un possesso *iure proprietatis* e *contra hereditatem*, sono in grado di disattivare l'applicazione della disciplina codicistica in esame.

La problematica, di sicuro interesse, merita più attenta considerazione, tanto sul piano di un armonico ed equilibrato coordinamento con l'unitario insieme di principi e regole che compongono la realtà normativa, tanto su quello delle risultanze di una concreta verifica applicativa. D'altro canto, ragioni d'ordine concettuale e implicazioni pratiche costituiscono la base di partenza e l'approdo costruttivo in un pensare per problemi, con una comprensione funzionale di qualsivoglia fenomenologia o vicenda che invero la normatività della regola del caso concreto¹⁰.

⁸ Discorrono, rispettivamente, di termine perentorio, Trib. Terni, 10.11.2020, in *www.legale.leggiditalia.it*; Cass., 29.1.2010, n. 2033, in *Riv. notariato*, 2010, 1435; Cass., 9.7.1975, n. 2674, in *Foro it.*, 1976, I, 79; Cass., 8.11.1974, n. 3665; di termine ordinatorio, Cass., 14.10.1998, n. 10174, in *Riv. notariato*, 1999, II, 1530.

⁹ Cass., 27.7.1964, n. 2067, in *Giust. civ.*, 1966, I, 74; in *Giur. it.*, 1965, I, 1, 203; in *Foro padano*, 1965, I, 928; Cass., 18.7.1953, in *Giust. civ.*, 1953, 2551 e in *Giur. it.*, 1965, I, 1, 203; App. Napoli, 11.2.1956, in *Mass. Giust. civ.*, 1956, 23.

¹⁰ L'interpretazione va svolta «non in astratto, in una sorta di precomprensione, ma in relazione ad un fatto concreto, valutato nelle sue specifiche peculiarità» (P. PERLINGIERI, *Applicazione e controllo nell'interpretazione*

2. Il presente contributo di studio affronta l'ampia problematica della permanenza del chiamato nel possesso dei beni ereditari e dell'acquisto della qualità di erede puro e semplice.

Chiara è la *ratio* a fondamento di una disposizione normativa che, a un livello di minore astrattezza, si presta a realizzare una eterogenesi di finalità. Sotto alcuni profili, la norma ivi contenuta risponde a un'esigenza di certezza delle situazioni giuridiche¹¹ e di celerità nella soluzione dei rapporti pendenti per effetto della successione¹², di fronte a una relazione possessoria, di per sé equivoca, del chiamato che, dopo un certo lasso di tempo, induce a credere che l'eredità sia stata da lui accettata in modo puro e semplice¹³. Su un altro piano, tale disposizione è dettata dalla necessità di tutelare l'interesse dei terzi (chiamati ulteriori e creditori) all'integrità del patrimonio ereditario, di fronte al rischio di sottrazioni, trafugamenti o occultamenti dei beni ereditari¹⁴. L'una

giuridica, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 317). Per un metodo d'indagine, con una comprensione funzionale dei fenomeni giuridici (Id., *Rapporto preliminare e servitù su "edificio da costruire"*, Napoli, 1966, 200) e delle peculiarità del caso concreto (Id., *Metodo, categorie, sistema nel diritto del commercio elettronico*, in *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, a cura di P. Stanzone e S. Sica, Milano, 2002, 9). Suo l'insegnamento ad abbandonare il metodo del formalismo giuridico e del tipo al quale sfuggono le peculiarità del caso concreto. Non ci si può affidare «a criteri formalistici e astratti, ma si deve dare il giusto peso alle esigenze di natura pratica che reclamano soddisfazione» (PUGLIATTI, *Il rapporto giuridico unisoggettivo*, in *Studi onore di Antonio Cicu*, vol. II, Milano, 1951, 276), in quanto «non si può tracciare il profilo di un istituto, se non si proceda all'identificazione degli interessi che il legislatore ha inteso tutelare» Id., *La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera)*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964, 300. Come pure non bisogna «informarsi ad un vero senso della realtà e delle esigenze pratiche della vita, e ricordarsi, secondo un giusto monito, che il diritto è fatto per la vita e non già la vita per il diritto» FERRARA, *Diritto privato attuale*, Torino, 1948, 10. Qui «stanno i compiti, meno avvertiti ma forse più importanti, della prassi sociale, unitamente al compito universale della conoscenza dei problemi che pone al diritto la vita della società delle soluzioni pratiche da adottare sul modello delle indicazioni astratte delle norme giuridiche» FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche, Parte Prima, Il concetto del diritto*, Milano, 1992, 460.

¹¹ ROMEO, *Gli acquisti dell'eredità senza accettazione*, in *Tratt.* Bonilini, I, *La successione ereditaria*, Milano, 2009, 1254.

¹² MAESTRONI, *Possesso dei beni ereditari, acquisto ex lege e rinuncia all'eredità*, in *Riv. notariato*, 1996, 758.

¹³ Cass., 29.3.2003, n. 4845, in *Vita notarile*, 2003, 893; Trib. Bologna, 27.3.2014, in *www.legale.leggiditalia.it*.

¹⁴ La finalità, emergente dalla Relazione della Commissione parlamentare (635), è quella di «evitare che un individuo che si trovi nel possesso dei beni non a titolo di chiamato, possa sottrarsi al termine perentorio previsto dalla legge mettendo in pericolo le sostanze ereditarie a scapito dei terzi e dei creditori» (richiamata da CICU, *Le successioni per causa di morte-Parte generale-Delazione e acquisto dell'eredità-Divisione ereditaria*, Milano, 1961, 184). La disposizione dell'art. 485 c.c. risponde cioè a una «esigenza inderogabile di garantire i terzi contro eventuali sottrazioni e trafugamenti di attività ereditarie da parte del chiamato che si trovi in possesso dei beni. In questa speciale situazione, infatti, la legge deve essere particolarmente severa qualunque sia il titolo per il quale il chiamato possieda i beni ereditari» DI MARZIO, *L'accettazione tacita dell'eredità*, in *Successioni per causa di morte. Esperienze e argomenti*, Torino, 2015, 157. V. anche SAPORITO, *L'accettazione dell'eredità*, in *Successioni e donazioni*, a cura di P. Rescigno, I, Padova, 1994, 224; BURDESE, in GROSSO, BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1977, 307. In giurisprudenza v. App. Perugia, 28.1.2020, in *www.legale.leggiditalia.it*, secondo cui «lo schema della norma [...] risponde allo scopo sanzionatorio di proteggere l'asse ereditario da eventuali sottrazioni, a tutela di coeredi e creditori»;

e l'altra finalità¹⁵, se implicate reciprocamente, concorrono a giustificare la funzione della norma «volta ad individuare e “separare” nell'immediatezza del decesso, attraverso l'inventario, i beni del *de cuius* sui quali i chiamati all'eredità abbiano concreti poteri di gestione»¹⁶.

Non è in discussione poi - almeno secondo la ricostruzione che qui si accoglie e che non si ha ragione di disattendere¹⁷ - che la previsione legale dell'art. 485 c.c. dà

Trib. Bologna, 27.3.2014, *ivi*; Trib. Palmi, 23.4.2018, *ivi*; Cass., 7.10.1967, in *Foro padano*, 1969, I, 204 s., secondo cui la *ratio* è quella d'impedire «la frode in danno dei creditori dell'eredità». Critico sul punto SICCHIERO, *La rinuncia del chiamato in possesso dei beni ereditari (artt. 485 e 519 c.c.)*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 514 ss., secondo cui la tutela dei creditori del defunto non costituisce una ragione sufficiente, perché il rischio di sottrazione e occultamenti «non si previene semplicemente imponendo l'obbligo di procedere sempre all'inventario: chi vuol far sparire i beni, li sottrae e non li inserisce». E poi perché «se il chiamato sia in possesso solo di un bene ereditario, può accadere che nemmeno riesca a sapere quali siano i beni del *de cuius* da inventariare, specie se si trovino in un luogo dove non ha accesso». L'utile strumento di tutela dei creditori è costituito «dal diritto di separazione (art. 512 c.c.), che si può e si deve esercitare immediatamente, ovvero prima del decorso del trimestre (art. 516 c.c.) e che consente loro di aggredire anche i beni dell'erede, diversamente dall'accettazione beneficiata».

¹⁵ AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, 2^a ed., Napoli, 1990, 106. V. anche l'opinione di CICU, *Le successioni per causa di morte*, cit., 184, secondo cui «il fondamento tecnico è da riporre nel principio del passaggio *ipso jure* del possesso: per cui il chiamato, investito dal titolo del possesso del defunto, non può conservare il titolo del suo possesso o farlo valere autonomamente se non spogliandosi dell'effetto della delazione colla rinuncia tempestiva».

¹⁶ App. Firenze, 19.3.2019. *Adde* Cass., 23.7.1949 e 4.6.1949, in *Foro it.*, 1950, I, 1503; App. Milano, 21.4.1950, in *Foro padano*, 1950, I, 929, con annotazione BARBERO, *Sulla c.d. accettazione presunta dell'eredità*; Cass., 18.7.1953, in *Rep. Foro it.*, 1953, voce *Successione*, n. 63.

¹⁷ Discordanti sono le opinioni degli interpreti, ciascuna delle quali ha ricevuto consensi e critiche, non venendo mai totalmente accolta o totalmente respinta, sebbene un indirizzo prevalente pare essersi sedimentato. Di esse è doveroso dar conto, seppur con un necessario sforzo di concisione, all'interno di un'istantanea estremamente sintetica. Prevalente è la tesi (qui accolta) che discorre di acquisto *ope legis*, senza bisogno di accettazione (CICU, *Le successioni per causa di morte*, cit., 182; PRESTIPINO, *Delle successioni in generale*, Art. 456-535, in *Comm. De Martino*, Roma, 1973, 256; ROMEO, *Gli acquisti dell'eredità senza accettazione*, cit., 1254; BURDESE, in GROSSO, BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, cit., 303; SAPORITO, *L'accettazione dell'eredità*, cit., 224; L. COVIELLO JR., *La formula degli artt. 487 e 527 "Il chiamato è considerato erede puro e semplice" e il modo di acquisto dell'eredità*, in *Riv. dir. civ.*, 1960, 463; CUFFARO, voce *Erede e eredità*, I) *Diritto civile*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1989, 6; DONISI, *L'efficacia "estensiva" dell'accettazione di eredità con il beneficio di inventario*, in *Riv. dir. civ.*, 1975, I, 429; più recente, CALAVAGLIO, Art. 485, in *Comm. Gabrielli*, Torino, 2016, 272 s.; per la giurisprudenza, Cass., 19.3.1998, n. 2911, in *Foro it.*, 1998, I, 2170; Cass., 17.6.1971, in *Mass. Foro it.*, 1971, n. 1850; App. Napoli, 11.2.1956, in *Rep. Foro it.*, 1956, voce *Successione*, n. 41 e 42). Diffusa, specie in giurisprudenza, la tesi della accettazione *ex lege*, quale eccezione alla regola stabilita dagli artt. 459 e 474 c.c. secondo lui l'eredità si acquista mediante accettazione espressa o tacita. Si tratterebbe di una fattispecie complessa di accettazione *ex lege* di cui sono elementi costitutivi l'apertura della successione, la delazione ereditaria, il possesso dei beni ereditari e la mancata tempestiva redazione dell'inventario (AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, cit., 105; ID., *Il terzo modo di accettazione di eredità*, in *Giur. di Merito*, 1983, I, 646; Cass., 29.3.2006, n. 7226; Cass., 12.3.2003, n. 3696, in *Riv. notariato*, 2004, 224, con nota di MUSOLINO, *L'accettazione tacita e l'accettazione ex lege dell'eredità*; Cass., 13.5.1976, n. 1692; Trib. Roma, 9.7.1980, in *Temi romana*, 1980, 792; Trib. Reggio Calabria, 26.9.2003, in *Giur. di Merito*, I, 2004, 1138). Si discorre rispettivamente di accettazione legale

luogo a un fenomeno di acquisto *ipso iure* della qualità di erede puro e semplice, per effetto di una situazione giuridica obiettivamente considerata¹⁸, costituita da meri fatti giuridici¹⁹ quali il decorso del tempo (per la redazione dell'inventario o per la dichiarazione di accettazione beneficiata) e il possesso di uno o più beni ereditari (mobili o immobili)²⁰ di non irrilevante valore economico in rapporto all'intera

(C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II, rist. 2^a ed., Milano, 1989, 457; Cass., 17.6.1971, n. 1850, in *Foro it.*, 1971, I, 548; Cass., 5.5.1967, n. 881, in *Giust. civ.*, 1967, I, 1669; Cass., 18.7.1953, n. 239, *ivi*, 1953, I, 2551; Cass., 27.7.1964, n. 2067, in *Foro padano*, 1965, I, 429); di accettazione presunta o implicita [Cass., 29.3.2006, n. 7226; Cass., 22.3.1999, n. 2663, in *Riv. notariato*, 1999, 1538; Cass., 3.2.1993, n. 1325, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 1875, con nota di MUSSUMECI, *In tema di accettazione c.d. presunta dell'eredità*; Cass., 4.5.1983, n. 3043, in *Mass. Giur. it.*, 1983, 800; Cass., 15.5.1978, n. 2359; Cass., 27.6.1967, n. 1590, in *Foro it.*, 1967, I, 2373; App. Trieste, 22.11.1961, in *Giust. civ.*, 1962, I, 1132; in *Foro padano*, 1962, I, 1476; Cass., 9.7.1953, n. 2191, in *Rep. Foro it.*, voce *Successione legittima o testamentaria*, n. 57; App. Milano, 21.4.1950, in *Foro padano*, 1950, I, 920; NATOLI, *L'amministrazione dei beni ereditari*, II, Milano, 1949, per cui la norma vale quanto il dire che «il comportamento passivo del chiamato viene considerato *de jure* manifestazione della volontà di accettare puramente e semplicemente» (142); in quanto «la legge ricava tale accettazione dal comportamento passivo del chiamato in base al principio, *qui tacuit, dum loqui debuit*» (142, nota 430); GIANNATTASIO, *Delle successioni*, Torino, 1971, 145; MESSINEO, *Manuale diritto civile e commerciale*, III, 2, Milano, 1951, § 196, n. 4: «l'eredità s'intende accettata puramente e semplicemente»; di accettazione tacita *ex lege* (MUSOLINO, *L'adempimento del legato. Possesso del bene e consegna al legatario*, in *Riv. notariato*, 2014, 381 s.); di accettazione imposta a titolo di pena (POLACCO, *Delle successioni*, Milano-Roma, 1937, II, 97).

¹⁸ L. FERRI, *Art. 485*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1997, 341, secondo cui «il legislatore ricollega l'acquisto dell'eredità a dei fatti che non costituiscono in alcun modo dei negozi giuridici». In giurisprudenza, Cass., 23.7.1949, n. 1965, in *Foro it.*, 1950, I, 1503; Trib. Genova, 4.12.1963, in *Giur. it.*, 1965, I, 2, 124, con nota di MURANO, *Distrazioni e giustificazioni del chiamato all'eredità che si trova nel possesso dei beni*. V. anche L. COVIELLO JR., *La formula degli artt. 487 e 527 "Il chiamato è considerato erede puro e semplice" e il modo di acquisto dell'eredità*, cit., 376: «In quella invero dell'art. 485 non si ha che un mero fatto giuridico, non rilevando in alcun modo, sul piano normativo, la sussistenza o meno di una coscienza e volontà del comportamento tenuto dal chiamato». L'a. sostiene, pertanto, l'irrilevanza dei vizi del volere. V. anche ID., *Diritto successorio*, Bari, 1962, 509. A favore dell'applicabilità degli artt. 428 e 482 c.c. alla fattispecie, intesa alla stregua di un atto giuridico in senso stretto, BURDESE, in GROSSO, BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, cit., 309.

¹⁹ PRESTIPINO, *Delle successioni in generale, Art. 456-535*, cit., 257.

²⁰ Il testo di legge è «possesso di beni ereditari e non dei beni ereditari, e con questo lascia intendere che basta anche il possesso di un solo bene ereditario perché sia applicabile l'articolo in esame». Così, L. FERRI, *Art. 485*, cit., 337. Analogamente, in giurisprudenza, Cass., 14.2.2019, n. 4456; App. Perugia, 28.1.2020; Cass., 5.5.2008, n. 11018, in *Riv. notariato*, 2009, 1276; Cass., 14.5.1994, n. 4707, in *Rep. Foro it.*, 1994, voce *Successione*, n. 62, dove si trattava di un letto e di alcuni effetti personali; Cass., 5.6.1979, n. 3175, in *Foro it.*, 1979, I, 2003; App. Venezia, 26.8.1981, in *Foro it.*, 1982, I, 540; in *Giur. di Merito*, 1983, I, 647, con nota di G. AZZARITI, *Il terzo modo di accettazione della eredità*; Trib. Firenze, 12.6.1960, in *Foro padano*, 1960, I, 1456; App. Firenze, 16.9.1960, *ivi*, 1961, I, 612; Cass., 7.10.1967, cit.; Cass., 17.2.1949, n. 358, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1949, I, 362; Cass., 3 agosto 1942, n. 2371, in *Rep. Foro it.*, voce *Successione legittima e testamentaria*, n. 213; Cass., 14.7.1941, n. 2130, *ivi*, 1941, voce cit., n. 212; App. Milano, 21.2.1950, in *Foro padano*, 1950, I, 920. Negano l'applicazione della disposizione quando una parte dei beni non fosse in possesso del chiamato, Cass., 4.6.1955, n. 1735, in *Giust. civ.*, 1955, I, 1830. Considera non irrilevante la consistenza numerica dei beni, MAESTRONI, *Possesso dei beni ereditari, acquisto ex lege e*

eredità²¹ per un certo lasso di tempo²², accompagnato non già dall'*animus* di tenere la cosa come propria bensì dalla mera consapevolezza della devoluzione a sé dell'eredità²³ e dell'appartenenza dei beni al patrimonio ereditario²⁴, indipendentemente da una qualsivoglia manifestazione di volontà «effettiva o presupposta»²⁵ di accettare l'eredità e anche contro questa stessa volontà con pieni effetti, se l'erede ha comin-

rinuncia all'eredità, cit., 750 s., nota 7, secondo cui deve trattarsi «di un possesso abbastanza esteso da potersi collegare ad una conoscenza della consistenza attiva e passiva dell'eredità: il possesso di un gioiello di famiglia, anche di consistente valore economico, non è di per sé sufficiente ad integrare la fattispecie acquisitiva delineata dall'art. 485 c.c., se, ad esempio, il chiamato era solito indossarlo anche prima dell'apertura della successione».

²¹ In termini di «possesso di beni di una qualche consistenza economica» A. BURDESE, in GROSSO, BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, cit., 305; di «scarso» valore, ROMEO, *Gli acquisti dell'eredità senza accettazione*, cit., 1255; di «valore esiguo o nullo», FERRARIO HERCOLANI, *L'accettazione dell'eredità con il beneficio d'inventario*, in *Tratt.* Bonilini, I, Milano 2009, 1276; di «possesso di beni di cui si escluda ogni apprezzabile valore economico: si pensi ad es. al chiamato che abbia trattenuto una fotografia di famiglia o un abito non prezioso della persona defunta o il suo portafoglio privo di carte valori», SICCHIERO, *La rinuncia del chiamato in possesso dei beni ereditari (artt. 485 e 519 c.c.)*, cit., 519; v. anche GIANNATTASIO, *Delle successioni*, cit., 143, nota 1; Cass., 7.10.1967, n. 2324, in *Rep. Foro it.*, 1969, voce *Successione*, n. 39; in *Foro padano*, 1969, I, 203; Cass., 4.5.1983, n. 3043, *Mass. Foro it.*, 1983; Cass. 5.6.1979, n. 3175, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, 310, dove si discorre di possesso di un solo bene, «salva l'esclusione di beni di scarsa importanza, come era stato precisato nella giurisprudenza che si occupò dell'art. 959 del codice abrogato». Il riferimento è a Cass. Regno, 22.7.1933, n. 2811, in *Foro it.*, 1933, I, 124.

²² La disposizione considera rilevante la sussistenza più che la durata del possesso. Basta il possesso anche di un solo giorno, Cass., 24.2.1984, n. 1317, in *Rep. Giur. it.*, 1984, voce *Successione*, n. 30; in *Mass. Foro it.*, 1984, n. 1317.

²³ CICU, *Le successioni per causa di morte*, cit., 185; ROMEO, *Gli acquisti dell'eredità senza accettazione*, cit., 1256, che invoca la previsione di un termine alternativo (dal giorno dell'apertura della successione o dal giorno in cui se ne ha avuto notizia) per il completamento dell'inventario a conferma della rilevanza della conoscenza della devoluzione da parte del chiamato; SAPORITO, *L'accettazione dell'eredità*, cit., 228. V. anche l'opinione di MAESTRONI, *Possesso dei beni ereditari, acquisto ex lege e rinuncia all'eredità*, cit., 759, secondo cui «sarebbe oltre modo iniquo addossare le conseguenze – spesso – gravose di un acquisto ereditario indesiderato, ad esempio, al chiamato in subordine cui non sia stata comunicata la rinuncia del chiamato in via principale o al beneficiario di una disposizione testamentaria che ignori l'esistenza di un'attribuzione *mortis causa* a suo favore»; SCHLESINGER, *Successioni (diritto civile): parte generale*, in *Noviss. dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, 760 s.; A. BURDESE, in GROSSO, BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, cit., 308.

²⁴ Sulla necessità della consapevolezza dell'appartenenza dei beni alla massa ereditaria, Cass., 14.5.1994, n. 4707, in *Arch. civ.*, 1994, 1253; Cass., 25.7.1980, n. 4835, in *Mass. Giust. civ.*, 1980, fasc. 7, 4707; Cass., 5.6.1979, n. 3175, in *Giur. it.*, 1979, I, 1, c. 509; Cass., 5.4.1977, n. 1301, in *Mass. Giust. civ.*, 1977, 562; Cass., 13.5.1976, n. 1692, in *Rep. Foro it.*, 1976, voce *Successione ereditaria*, n. 42; Cass., 27.7.1964, n. 2067, *ivi*, 1965, voce *Successione legittima o testamentaria*, n. 51; in *Giust. civ.*, 1965, I, 74; in *Giur. it.*, 1965, I, 1, 203; Cass., 18.7.1953, in *Giust. civ.*, 1953, 2551; Cass., 12.8.1952, in *Mass. Foro it.*, 1952, n. 2663; App. Napoli, 11.2.1956, in *Rep. Foro it.*, 1956, voce *Successione*, n. 41 e 42, V; App. Messina, 26.8.1955, in *Mass. Giust. civ.*, 1955, n. 42; v. anche la Relazione al Re (richiamata da CICU, *Le successioni per causa di morte*, cit., 185), secondo cui «non può sorgere dubbio che la disposizione in esame si applica solo a chi possieda consapevolmente beni che fanno parte dell'eredità al momento dell'apertura della successione».

²⁵ CICU, *Le successioni per causa di morte*, cit., 182.

ciato l'inventario senza completarlo nei termini di leggi (tre mesi – prorogabili a sei mesi per gravi motivi – dal giorno dell'apertura della successione o dalla notizia della devoluta eredità).

Costituisce infine *ius receptum*²⁶ il principio secondo cui il possesso in parola consiste in una situazione di fatto ossia in una mera relazione materiale, senza formalità o limitazioni di sorta, che consente l'esercizio di poteri concreti sui beni ereditari anche a mezzo di terzi detentori²⁷ e che non deve manifestarsi né nell'*animus possidendi* a titolo ereditario²⁸, né nell'*animus possidendi* di cui all'art. 1140 c.c.²⁹, né necessariamente in una attività corrispondente all'esercizio della proprietà dei beni ereditari. È sufficiente che il chiamato ne abbia una signoria di fatto; una piena e concreta disponibilità materiale; il diretto godimento o l'utilizzo; li amministri o se ne serva; ne raccolga i frutti civili o naturali.

Se tutto quanto precede è esatto, come si ritiene, meno sicuro è il significato della previsione di un possesso "*a qualsiasi titolo [...] di beni ereditari*" contenuta nell'art. 485 c.c. L'espressione, per l'estrema laconicità e vaghezza ma soprattutto per la mancanza di chiarificazione da parte del legislatore, impone un chiarimento. Non è certo se la formula in questione includa ogni specie di possesso, qualunque ne sia il titolo giustificativo, ivi compreso anche l'esercizio di un diritto spettante al chiamato non a titolo ereditario, oppure se questo regime apparentemente esente da limiti finisca nel caso concreto per essere compreso da eccezioni.

È su questo versante problematico, non ancora sviluppato del tutto, che s'intende orientare l'attività di studio, una volta messi da parte appositi spazi di discussione e di approfondimento su problemi dibattuti ancora di recente in mancanza di soluzioni condivise. Non vi è spazio in questa sede per riesaminare *funditus* l'intera disciplina, per ampiezza d'indagine e d'impegno argomentativo, richiesto da una radicale e minuta analisi degli schemi ricostruttivi che hanno ispirato ogni tentativo di sistemazione della materia. Né tantomeno s'intende rimeditare, sia pure in termini

²⁶ Cass., 14.2.2019, n. 4456; Trib. Firenze, 1.10.2014; Cass., 14.5.1994, n. 4707; Cass., 5.5.2008, n. 11018, in *Riv. not.*, 2009, II, 1274, con nota di MUSOLINO, *Il possesso dei beni ereditari ai fini dell'applicazione dell'art. 485 c.c.*; Cass., 25.7.1980, n. 4835, in *Mass. Foro it.*, 1980; Cass., 5.4.1977, n. 1301.

²⁷ In giurisprudenza, v. Cass., 24.2.1984, n. 1317, in *Rep. Giur. it.*, 1984, voce *Successione*, n. 30; Cass., 25.7.1980, n. 4835, *ivi*, voce *Successione*, n. 42; Cass., 5.4.1977, n. 1301, *ivi*, 1977, voce *Successione legittima e testamentaria*, n. 17; Cass., 27.7.1964, n. 2067, in *Giur. it.*, 1965, I, 1, 203.

²⁸ BARBERO, *Sulla c.d. accettazione presunta dell'eredità*, cit., 921. Sotto il vecchio codice civile, BUTERA, *Codice civile italiano commentato*, Torino 1940, *Libro delle successioni per causa di morte e delle donazioni*, sub art. 30, 81.

²⁹ NATOLI, *L'amministrazione dei beni ereditari*, I, Milano, 1968, 221: «l'art. 485, il quale intende, appunto, riferirsi non al concetto giuridico e tecnico di possesso, risultante dalla suddetta relazione più il c.d. *animus* (artt. 1140 ss.), ma alla semplice detenzione, che rappresenta il presupposto necessario e sufficiente per gli effetti previsti dagli artt. 485, 486 e 528». V. anche sul punto CIATTI, *Il beneficio d'inventario*, in *Diritto delle successioni e delle donazioni*, a cura di Calvo e G. Perlingieri, I, Napoli 2013, 392, secondo cui «il possesso, cui si riferisce la norma, va inteso in senso ampio e tale comprendere anche la detenzione».

sintetici, le diverse questioni che hanno riguardato l'istituto³⁰. L'intento è piuttosto quello di concentrare l'attenzione sul fronte delle più ampie dinamiche del "diverso titolo" impeditivo all'applicazione della disposizione normativa. Tale titolo è destinato comunque a dispiegare un rilevantissimo impatto all'apertura della successione. Basti considerare la sua diretta incidenza sulla circolazione dei beni di provenienza successoria nonché rispetto all'esercizio delle azioni di riduzioni esperite nei confronti del chiamato e pure in occasione di controversie con i creditori del defunto. Costoro, in applicazione del principio generale di cui all'art. 2697 c.c., per far valere la responsabilità *ultra vires* del chiamato, devono provare il possesso di beni di quell'eredità e la dedotta omissione (o ritardo) dell'inventario o della dichiarazione di accettazione³¹, senza possibilità di invocare, al riguardo, presunzioni di sorta³².

3. La locuzione "a qualsiasi titolo", espressamente prevista dal nostro legislatore nell'art. 485 c.c., deve la sua configurazione più alla elaborazione degli interpreti che al testo di legge.

Nelle decisioni delle Corti c'è un dato di prima evidenza, rilevante più di altri, ai fini di una più agevole comprensione dei limiti della figura, «con un ragionamento raramente osteggiato sebbene non esente da autoreferenzialità»³³. Viene statuito che per l'acquisto della qualità di erede puro e semplice è sufficiente anche un possesso *nomine alieno*, a titolo di semplice custodia o di affidamento temporaneo, iniziato già prima dell'apertura della successione, con la consapevolezza che si tratti di un

³⁰ Per approfondimenti, GIANNATTASIO, *Delle successioni*, cit., 143 s.; CICU, *Le successioni per causa di morte*, cit., 182 ss.; PRESTIPINO, *Delle successioni in generale*, Art. 456-535, cit., 258 s.; L. COVIELLO JR., *Decadenza del beneficio d'inventario e mancata accettazione beneficiata dell'eredità*, in *Dir. e giur.*, 1946, 92.

³¹ Trib. Termini Imerese, 18.1.2021; Trib. Crotone, 15.1.2020; Cass., 30.8.2018, n. 21436; Cass., 30.4.2010, n. 10525; Trib. Benevento, 17.4.2009; Cass., 12.10.2009, n. 21626, in *Giur. it.*, 2010, 7; Cass., 29.3.2006, n. 7226; Cass., 1.4.1996, n. 3742; Cass., 10.11.1993, n. 11084, in *Giust. civ.*, 1994, I, 687; in *Vita notarile*, 1994, 793; Cass., 15.5.1978, n. 2359; Cass., 13.5.1976, n. 1692. *Contra*, Cass., 6.8.2015, n. 16514; Trib. Taranto, 16.6.2008; Cass., 15.7.2003, n. 11030, in *Vita not.*, 2003, 1448; in *Giur. it.*, 2004, 7, con nota di LAMORGESE, *Nota sul problema della specifica funzione riservata al compimento dell'inventario nell'ambito della procedura del beneficio d'inventario*; Cass., 22.6.1995, n. 7076, secondo cui il creditore non ha alcun onere di provare la dedotta omissione o ritardo, dovendo, per converso, l'erede provare, in positivo, la tempestiva formazione dell'inventario.

³² Cass., 30.10.1991, n. 11634, in *Rep. Foro it.*, 1991, voce *Successione ereditaria*, n. 55, in contrasto con App. Torino, 30.10.1989, in *Riv. notarile*, 1991, 154, con nota di METTIERI, secondo cui tale possesso può desumersi in giudizio dalle prove prodotte per presunzioni gravi, precise e concordanti. Conferme Trib. Torino, 19.11.1985-28.6.1986, n. 3349, in *Riv. notarile*, 1988, 140, con nota favorevole di BARALIS e METTIERI, *Spunti in tema di simulazione e revocazione di donazione per sopravvenienza di figli*, secondo cui grava sull'erede che agisce in riduzione l'*onus probandi* di non essere stato nel possesso dei beni ereditari e di avere validamente accettato l'eredità con beneficio d'inventario. Da ultimo, cfr., App. Perugia, 28.1.2020, per cui «la relazione materiale dell'appellante con i beni mobili, non essendo stata provata in via diretta, poteva bene essere dimostrata mediante presunzioni».

³³ SICCHIERO, *La rinuncia del chiamato in possesso dei beni ereditari (artt. 485 e 519 c.c.)*, cit., p. 517, nota 42.

bene oggettivamente e attualmente facente parte del compendio ereditario³⁴. Si dà così spazio ai contratti di locazione, comodato o deposito, i quali creano una situazione equivoca e pericolosa nella quale non si sa, dopo la delazione, se il possesso continui a titolo di detenzione oppure avvenga a titolo di eredità, con la conseguenza che il detentore, che venga successivamente chiamato all'eredità, è tenuto a compiere tempestivamente l'inventario se non vuole diventare erede puro e semplice³⁵.

Risalta, poi, un profilo ulteriore, carico di immediate implicazioni. Viene stabilito che, ai fini di cui all'art. 485 c.c., è sufficiente anche il compossesso di un bene ereditario indiviso, perché ognuno detiene il bene con l'animo di esercitare il diritto anche per gli altri. Tutti i condividenti, che si trovano in compossesso, anche se non insiste materialmente su tutti i singoli beni che lo compongono, restano assoggettati all'osservanza delle disposizioni di legge sul beneficio d'inventario, senza potere eccepire utilmente né di trovarsi nel possesso di un bene ereditario indipendentemente dall'animo di possedere quale erede, per avervi continuato a vivere insieme agli coeredi secondo le proprie abitudini³⁶; né di essere già comproprietario del bene caduto in successione³⁷; né di essere privi della disponibilità materiale della cosa attiva e concreta³⁸; né che taluno degli altri compossessori non sia chiamato all'eredità poiché, pure in questo caso, il chiamato ha la possibilità di esercitare i detti poteri³⁹.

³⁴ Cass., 27.7.1964, n. 2067, cit.; App. Napoli, 11.2.1956, cit.; App. Reggio Calabria, 26.6.1957, in *Mass. Giust. civ.*, 1967, 44.

³⁵ Autorevolmente si osserva che «le ragioni di tutela dell'interesse dei terzi al chiarimento della situazione per mezzo dell'inventario (che si mettono concordemente a fondamento del regolamento dell'art. 485) sussistono infatti ugualmente, si tratti di possesso o di mera detenzione, perché quello che da cui codeste stesse ragioni possono essere compromesse è il *potere di fatto* di chi tiene la cosa» BARBERO, *Sulla c.d. accettazione presunta dell'eredità*, in *Foro padano*, 1950, I, 929. Corsivo dell'a. Di recente, App. Firenze, 19.3.2019, in www.legaleggiditalia.it secondo cui «applicando tali principi alla fattispecie in oggetto è indubbia l'esistenza in capo [alla] affittuaria di serre e di un compendio agricolo in virtù di contratto stipulato peraltro pochi giorni prima del decesso del marito [...] di una relazione materiale su tali beni appartenenti al *de cuius* e caduti in successione che ne determina l'amministrazione e la disposizione». Più risalente, App. Firenze, 16.9.1960, in *Foro padano*, 1961, I, 612; Trib. Firenze, 12.6.1959, in *Giur. toscana*, 1959, 878.

³⁶ Cass., 27.6.1967, n. 1590, in *Banca borsa*, 1968, II, 43; in *Giust. civ.*, 1967, I, 1205; in *Foro it.*, 1967, I, 2373; in *Mon. Trib.*, 1976, 1281. Si pensi al figlio che ha continuato a vivere con la madre nella casa del defunto e ad avere una relazione materiale con i mobili che la arredano: cfr. Cass., 7.10.1967, n. 2324, cit.

³⁷ Cass., 17.6.1941, n. 1816, in *Rep. Foro it.*, 1941, voce *Successione*, n. 217.

³⁸ In tal caso è possibile «individuare in capo al compossessore la contestuale consapevolezza di detenere la cosa anche nell'interesse e secondo la concorrente volontà del compossessore privo della disponibilità materiale della cosa. Ciò potrebbe emergere, sul piano evidenziale, ove vi fosse una gestione comune e condivisa della cosa, con una partecipazione del chiamato all'eredità privo della disponibilità materiale della cosa attiva e concreta, sufficientemente intensa da far ritenere che anch'egli disponga, in via di fatto, di un controllo sulla cosa non minore di quello degli altri, tale da far apparire, all'osservatore esterno ignaro delle vicende successive, che quelle cose appartengono anche al patrimonio del chiamato all'eredità non detentore, con la conseguente esigenza - perseguita dall'art. 485 c.c. - di evitare confusione». Così, Trib. Monza, 11.1.2006, in www.legaleggiditalia.it.

³⁹ Cass., 1.3.2019, n. 6167.

La situazione del chiamato che, alla morte del *de cuius*, già fosse nel compossesso del bene per esserne comproprietario è equivalente alla situazione del chiamato all'eredità che insieme ad altri eserciti il possesso sui beni ereditari soltanto dopo tale momento. Per i terzi (chiamati ulteriori e creditori), tutte le *rationes* alla base dell'art. 485 c.c. – vale a dire il rischio d'incertezza delle situazioni giuridiche, il pericolo di distrazione e occultamento dei beni ereditari, l'insidia di una loro confusione col patrimonio personale del chiamato – restano perfettamente identiche, prima dell'accettazione dell'eredità, sia se il chiamato fosse entrato in possesso dei beni insieme agli altri dopo l'apertura della successione sia se esercitasse detta signoria con riferimento a una preesistente contitolarità⁴⁰.

A completamento della definizione, vi è un ulteriore tassello da aggiungere, saldando i *dicta* giurisprudenziali con gli argomenti desunti dalle aree d'insegnamento del diritto civile⁴¹. In autorevoli scritti si sostiene che il risultato prefissato dalla norma si realizza non soltanto quando, apertasi la successione, il chiamato s'immetta nel possesso di beni ereditari o eserciti le azioni possessorie, se ostacolato nella presa di possesso⁴², ma anche quando, già prima dell'apertura successione, il chiamato esercita il possesso senza titolo o in virtù di un titolo a possedere (ad esempio, in qualità di usufruttuario⁴³ oppure di coniuge separato che abiti nella casa di proprietà del defunto, assegnatagli in sede di separazione e di divorzio). In tutti questi casi, le *rationes* di certezza delle situazioni giuridiche coinvolte nella vicenda successoria e di affidamento dei terzi (chiamati ulteriori e creditori) prevalgono sulla circostanza che il chiamato possedesse già prima dell'apertura della successione. La situazione creata dal *corpus* più che dall'*animus* di chi esercita il possesso sulla cosa – s'osserva⁴⁴ – è equivoca e

⁴⁰ Costituisce avviso condiviso, in giurisprudenza, che il compossesso di un patrimonio indiviso non esonera il dividente, chiamato all'eredità, dall'osservanza delle disposizioni sull'inventario, qualora intenda evitare, trascorsi i termini di legge, di essere considerato erede puro e semplice. Così, Cass., 17.6.1941, n. 1816, cit.; Cass., 1.3.1947, n. 301 in *Temi*, 1949, 1 ss., con nota di STOLFI, *Vocazione ereditaria e vantaggio patrimoniale*; Cass., 4.6.1949, n. 1408, in *Foro it.*, 1950, I, 1503; Cass., 27.6.1967, n. 1590, cit.; Cass., 4.5.1980, n. 3043, in *Rep. Foro it.*, 1983, voce *Successione ereditaria*, n. 40; Cass., 3.2.1993, n. 1325, cit.; Cass., 18.3.1998, n. 2911, in *Foro it.*, I, 2170; Cass., 30.3.2012, n. 5152, in *Vita notarile*, 2012, 812; Cass., 6.6.2016, n. 11564; Cass., 23.7.2020, n. 15690.

⁴¹ CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte. Parte generale*, cit., 462; BURDESE, in GROSSO, BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, cit., 304.

⁴² CICU, *Le successioni per causa di morte*, cit., 186. Secondo l'a. non si può «riferire la frase «è nel possesso» al momento dell'apertura della successione; chè sarebbe assurdo che l'onere dell'inventario e l'effetto dell'acquisto fossero disposti per il chiamato che accidentalmente sia in possesso in quel momento, e non per il chiamato si immetta o acquisti il possesso in un momento successivo».

⁴³ Ancora, CICU, *Le successioni per causa di morte*, cit., 184: «come usufruttuario, il diritto di continuare ad avere il possesso a tale titolo non gli giova per evitare l'acquisto».

⁴⁴ NATOLI, *L'amministrazione dei beni ereditari*, I, cit., 249; MASONI, *Guida alla volontaria giurisdizione*, Milano, 2011, 152. Viene da chiedersi, tuttavia, se davvero c'è identità di *ratio* e lo stesso regime possa valere anche per altri diritti diversi dalla proprietà, come i diritti reali di godimento, i diritti personali di godimento oggetto di un contratto di locazione ultranovennale, il diritto di abitazione del coniuge separato e divorziato; tutti trascrivibili in base rispettivamente agli artt. 2643 n. 2 e 8, 337 *sexties* c.c. e art. 6 della

pericolosa, in quanto non è chiaro se costoro continuano a possedere in forza del vecchio o del nuovo titolo di chiamati all'eredità.

Dalle decisioni passate in rassegna e dalle considerazioni svolte dalla dottrina pare emergere un'equivalenza senza eccezioni, rispetto agli effetti dell'art. 485 c.c., tra il chiamato che si trova già e il chiamato che si immette nel possesso dei beni ereditari dopo l'apertura della successione. In entrambi i casi il chiamato non ha bisogno per acquistare l'eredità di accettarla, in quanto l'acquisto avviene automaticamente per il solo effetto di una situazione di fatto obiettivamente considerata dall'art. 485 c.c.⁴⁵.

Di questa conclusione si deve tuttavia dubitare. Per rendersene conto - approfondendo meglio il discorso in tutte le sue parti e dandogli lo sfondo sistematico che gli compete, in modo da trovare ogni più utile spunto a risolvere il problema poco dietro formulato - basta creare una contrapposizione funzionale e non puramente strumentale con altre decisioni.

Rispetto al possesso iniziato dopo l'apertura della successione, vi sono pronunce che escludono, ad esempio, l'instaurazione di un nesso rilevante tra la fattispecie del possesso di beni ereditari da parte del chiamato e la fattispecie del possesso della casa familiare e dei mobili che la corredano da parte del coniuge superstite⁴⁶. Più che una

Legge n. 989/1970. In questi casi, il principio di conoscenza legale degli atti secondo cui «solo ciò che risulta trascritto si presume, *iuris et de iure*, noto ai terzi e ciò che non risulta trascritto, non noto ai terzi» (G. MARICONDA, *La trascrizione*, in *Tratt. Rescigno*, XIX, Torino, 1985, 108), potrebbe far escludere che l'esercizio di un diritto trascritto possa indurre i terzi a credere che, per ciò solo, l'eredità sia stata accettata in modo puro e semplice. Un rilievo, questo, ancora da acquisire del tutto, anche se già non manca chi mette in evidenza che le ragioni a tutela del terzo «non devono arrivare fino al punto da esonerarlo dall'onere di compiere una qualsiasi indagine in proposito, soprattutto quando si pensi che, per il principio di conoscenza legale degli atti trascritti, eseguita la trascrizione, non è dato attribuire alcun rilievo all'eventuale ignoranza dei terzi sull'esistenza ed il contenuto dell'atto, assoggettato a formalità». Così, MAESTRONI, *Possesso dei beni ereditari, acquisto ex lege e rinuncia all'eredità*, cit., 762, nota 9.

⁴⁵ *Adde* Trib. Arezzo, 1.2.2018, n. 128, in *www.dejure.it* a cui non «pare rilevare la circostanza che la relazione di fatto fosse preesistente al decesso o comunque giustificata da un titolo proprio del chiamato e diverso dalla vicenda ereditaria». Nel caso in esame, il possesso di beni ereditari viene ritenuto dimostrato, tra l'altro, dal fatto che il chiamato detenesse due fucili appartenuti al padre, restando irrilevante il titolo o le ragioni di tale detenzione.

⁴⁶ Cass., 27.1.2016, n. 1588, in *Giur. it.*, 2016, 1328, con nota di RIVA, *Il possesso della casa familiare da parte del coniuge superstite ai fini dell'acquisto della qualità di erede*. Analogamente, Trib. Palermo 27 luglio 2020 in *www.legale.leggiditalia.it* secondo cui tale diritto non è subordinato alla qualità di erede: ancora Cass., 16.11.2015, n. 23406, in *Notariato*, 2016, 51; in *Jus civile*, 2016, 25 ss., con nota di BERGAMO, *Diritto di abitazione del coniuge superstite e possesso dei beni ereditari*; Cass., 5 febbraio 2018, n. 2754; Cass., Sez. Un., 27.2.2013, n. 4847, in *Giur. it.*, 2013, 1779, con nota di BARBA, *Sui diritti successori di abitazione e di uso spettanti al coniuge superstite. Un altro passo indietro*; in *Vita notarile*, 2013, 725; in *Diritto di Famiglia e delle Persone* (II), 2015, 430, con nota di AGOSTARA, *Natura giuridica e modalità di acquisizione della riserva di cui all'art. 540, comma 2, c.c.*; in *Riv. notarile*, 2013, 425, con nota di TEDESCO, *Successione legittima e diritti del coniuge superstite sulla casa familiare fra legato con dispensa dall'imputazione, prelegato e legato in conto*; in *Foro it.*, 2013, 2236, con nota di LEOTTA; in *Imm. e prop.*, 2013, 524, con nota di RINALDI, *Iura in re aliena successori: la posizione riservata al coniuge superstite*; in *Giust. civ.*, 2013, I, 2477, con nota di

necessaria manifestazione di possesso di beni ereditari (art. 485 c.c.), la relazione materiale costituisce qui l'esercizio dei diritti di abitazione e d'uso dei mobili acquistati a titolo di legato *ex lege* (art. 540, comma 2, c.c.)⁴⁷. La fonte della concreta e piena disponibilità di questi beni non è l'eredità. Il titolo abilitante il possesso prescinde dai diritti successori e trova giustificazione nella legge (art. 540, comma 2, c.c.) che lo attribuisce *iure proprio* al coniuge superstite indipendentemente dalla qualità di erede. Manca un titolo successorio-derivativo. C'è piuttosto un titolo originario-costitutivo, fondato sulla qualità di coniuge superstite, che fa cadere in comunione ereditaria la nuda proprietà della casa familiare e dei mobili che la corredano⁴⁸.

CACCIAPAGLIA, *La successione legittima e i diritti di uso e abitazione del coniuge superstite: la parola alle sezioni unite*. Ancóra, per l'applicazione dell'art. 485 c.c., Cass., 5.5.2008, n. 11018, in *Riv. notarile*, 2009, 1274, cit., e piú di recente Trib. Bologna, 23.3.2014; Trib. Modena, 24.2.2010, che aderiscono ad essa. Contraria, Cass., 29.1.2008, n. 1920, in *Vita notarile*, 2008, 960; in *Fam. pers. Succ.*, 2008, 651. Sul tema, CALVO, *I diritti di abitazione e uso del coniuge superstite, I diritti successori del coniuge superstite*, in *Successioni per causa di morte. Esperienze e argomenti*, a cura di Cuffaro, Torino, 2015, 16; ID., *I diritti di abitazione e uso del coniuge superstite*, in *Famiglia e dir.*, 2013, 709; RESCIGNO, *Sulla riserva al coniuge dell'abitazione e dei mobili nella successione legittima*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2013, 375.

⁴⁷ Per la natura di legato *ex lege*, acquistato immediatamente al momento dell'apertura della successione, v. Cass., 22.6.2020, n. 12042; Cass., 22.10.2012, n. 22456; Cass., 30.4.2012, n. 6625, in *Famiglia e dir.*, 2012, 869, con nota di CALVO, *L'opponibilità dell'abitazione riservata al coniuge*; Cass., 6.4.2000, n. 4329, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 739; Cass., 15.5.2000, n. 6231; Cass., 23.5.2000, n. 6691, in *Rass. dir. civ.*, 2002, 396, con nota di FILOGRANO, *Sui diritti di abitazione e di uso in favore del coniuge superstite nell'ipotesi di casa familiare in comunione di proprietà tra il defunto ed un terzo*; in *Giur. it.*, 2001, 248, con nota di BERGAMO, *Brevi cenni sui diritti ex art. 540, 2° comma, c.c. riservati al coniuge superstite*; in *Dir. famiglia*, 2001, 167, con nota di FINELLI, *Il diritto di abitazione non spetta al coniuge superstite se la casa familiare è in comunione con terzi*; Cass., 27 febbraio 1998, n. 2159, in *Giur. it.*, 1998, c. 1794, con nota di BERGAMO, *L'oggetto del diritto di abitazione riservato al coniuge superstite*; Cass., 10 marzo 1987, n. 2474, in *Vita notarile*, 1987, 750; Trib. Roma, 12.4.1995, in *Famiglia e dir.*, 1997, 149; Pret. Campi Salentina, 25.11.1980, in *Giur. it.*, 1982, I, 2, 152, con nota di PARENTE, *Tecniche acquisitive dei diritti di abitazione e di uso riservati al coniuge superstite*; Trib. Bari, 21.1.1982, in *Corti Bari, Lecce, Potenza*, 1983, 251, con nota di ID., *Natura della riserva del diritto di abitazione a favore del coniuge superstite*; Trib. Siena, 11.4.1983, in *Rass. dir. civ.*, 1983, 1158; Trib. Roma, 12 aprile 1995, in *Famiglia e dir.*, 1997, 149, con nota di SCHIAVONE, *I diritti di abitazione e di uso attribuiti al coniuge superstite nella successione ab intestato*; Trib. Roma, 14.3.2012; Trib. Roma, 1.6.2010; Trib. Genova, 2.8.2005; Trib. Monza, 11.4.2006 (tutte consultabili in www.legale.leggiditalia.it). Reccessiva la tesi del prelegato da soddisfare per l'intero a carico di tutta l'eredità. Così App. Venezia, 3.2.1982, in *Giur. it.*, 1983, I, 2, 292; Trib. Verona, 12.12.1989, in *Giur. di Merito*, 1990, 716; A. RAVAZZONI, *I diritti di abitazione e di uso a favore del coniuge superstite*, in *Dir. famiglia*, 1978, 233 s.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II, Milano, 1989, 501; CARRARO, *La vocazione legittima alla successione*, Padova, 1979, 114; CALAPSO, *Alcune considerazioni ancora sui diritti di abitazione e di uso spettanti al coniuge superstite*, in *Vita notarile*, 1984, 573.

⁴⁸ Cass., 22.6.2020, n. 12042. «La configurazione di tale legato *ex lege* alla stregua di un acquisto che segue una disciplina di deroga rispetto allo (pseudo)principio dell'unitarietà della successione consente di ritenere che nell'ipotesi in esame non è configurabile il possesso del bene immobile nel quale si era svolta la vita familiare a vantaggio del coniuge superstite: tale circostanza porta ad escludere in radice l'applicabilità della fattispecie disciplinata dall'art. 485 c.c.». Così, G. PERLINGIERI, *Possesso, rinuncia e acquisto ex lege dell'eredità*, in *Dir. succ. don*, 2017, 504 s., nota 3. Esclude che il possesso della casa coniugale e dei mobili

Riguardo al possesso iniziato prima dell'apertura della successione, vi sono decisioni che negano l'acquisto della qualità di erede puro e semplice da parte del chiamato che, alla morte del *de cuius*, si trovi nel possesso di un bene già di proprietà del defunto e da lui trasferitogli in piena proprietà per atto tra vivi. Essendoci un titolo traslativo della proprietà anteriore alla successione, il bene non entra a fare parte dell'asse relitto.

Si pensi, ad esempio, a colui che abbia una relazione possessoria con beni già di proprietà del defunto e da questi donatigli in vita. In tal caso, il donatario, chiamato all'eredità, non può essere considerato erede puro e semplice se non ha compiuto l'inventario nei prescritti termini di legge, perché qui c'è un titolo di trasferimento del bene, che non entra a far parte del compendio ereditario, salvo esperimento vittorioso dell'azione di riduzione o, in caso di collazione, conferimento in natura del bene da parte dello stesso donatario⁴⁹.

Si consideri pure il caso in cui il bene già appartenente al defunto si trovi nel possesso del chiamato, per averlo acquistato in buona fede *a non domino* prima dell'apertura della successione, e che continui anche dopo a possederlo *iure proprio* per averlo usucapito⁵⁰. Tutt'altro discorso deve svolgersi, invece, circa l'acquisto per usucapione successivo all'apertura della successione, mediante l'unione di quello

che la corredano da parte del coniuge superstite possa integrare la fattispecie acquisitiva di cui all'art. 485 c.c., SCIARRINO e RUVOLO, *Art. 519, La rinuncia all'eredità*, in *Comm. Schlesinger*, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2008, 88 s. Quanto detto non vale per i figli del defunto, ai quali non si applica l'art. 540, comma 2, c.c. Rimane assoggettato all'art. 485 c.c. il figlio che, alla morte del padre (Trib. Genova, 4.12.1963, in *Giur. it.*, 1965, I, 2, 124, cit.) o della madre (Cass., 31.3.2009, in *Fam. pers. succ.*, 2009, 558) continui abitare la casa familiare da solo o con il genitore superstite, servendosi dei mobili che l'arredano (Cass., 7.10.1966, n. 2334, in *Foro padano*, 1969, I, 203).

⁴⁹ Cass., 22.7.1948, n. 1199, in *Arch. ric. giur.*, 1949, 607; in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1948, II, 425; Cass., 10.5.1951, n. 1124, in *Foro it.*, 1952, I, 1082; Cass., 14.10.1970, n. 2014, in *Rep. Giust. civ.*, 1970, voce *Successione in genere*, n. 14. Più recente, Cass., 14.6.2007, n. 13972, in *Notariato*, 2006, 613 s. che, in applicazione di tale principio, ha cassato l'impugnata sentenza che, nell'accogliere l'azione revocatoria avverso le donazioni compiute dal defunto debitore ai propri eredi legittimi, aveva ritenuto che i beni donati non fossero mai usciti dal suo patrimonio e che, pertanto, una volta aperta la sua successione, i donatari, mantenendone il possesso senza avvalersi del beneficio dell'inventario, fossero divenuti eredi puri e semplici. Quando invece questi, sin dal momento dell'atto di donazione, esercitavano sui beni oggetto della donazione un possesso *iure proprietatis* e, pertanto, non soggiacevano all'obbligo di inventario di cui all'art. 485 c.c.

⁵⁰ «Ma se il chiamato, col suo possesso, pretendesse, o rivendicasse di essere proprietario del bene posseduto, perché ad es. usucapito o acquistato da *de cuius* o da terza persona [...]» vi sarebbe «un'inconciliabilità di posizioni, che non permette al chiamato (...) nemmeno la possibilità di concepire, psicologicamente, incombergli un onere come quello dell'art. 485. Chi dice – a torto od a ragione – “la cosa è mia”, nega che sia d'un altro e quindi anche dell'asse ereditario. Come potrebbe allora pensare di essere – e come potrebbe da lui esigersi che sia –, per il possesso di quella cosa che appunto nega all'eredità, tenuto a far l'inventario quale “possessore in quella cosa, di un bene ereditario”? Un'inconciliabilità così palese esclude la ipotesi dell'ambito di applicazione del “possessione a qualunque titolo” dell'art. 485 e delle conseguenze che se ne traggono in mancanza dell'inventario» BARBERO, *Sulla c.d. accettazione presunta dell'eredità*, in *Foro padano*, 1950, I, 922. Corsivo dell'a. In giurisprudenza, Cass., 10.5.1951, n. 1124, in *Foro it.*, 1952, I, 1002; Cass., 27.7.1964, n. 2067, in *Mass. Giust. civ.*, 1964, 948.

esercitato dal defunto al possesso continuato dal chiamato. Qui, il chiamato possiede i beni nell'interesse dell'eredità. Dovendosi avvalere, per suffragare la maturata usucapione, della successione nel possesso (art. 1146, comma 2, c.c.) continuato fino al compimento del termine *ad usucapionem*, costui deve esercitare giocoforza la qualità di erede e quindi accettare l'eredità al fine di godere dei relativi effetti⁵¹.

Nella dialettica delle posizioni in materia, queste, come le altre, decisioni hanno un doppio significato.

In primo luogo, confermano che il presupposto d'applicazione dell'art. 485 c.c. è l'appartenenza del bene o dei beni su cui viene esercitato il possesso all'eredità, da intendersi come quel complesso di beni che vengono attribuiti a titolo di erede in dipendenza dell'apertura della successione.

In secondo luogo, dimostrano che nel singolo caso concreto non può escludersi del tutto, per il chiamato, un possesso di beni a titolo proprio e diverso da quello di erede.

Si erige, così, un contrafforte, un punto di sostegno a una diversa opzione ricostruttiva in grado di rimeditare una rappresentazione concettuale che altrimenti rischia di non tenere conto della peculiarità del singolo fatto concreto, che, facendole perdere astrattezza, riempie di contenuto l'espressione "*a qualsiasi titolo*" e ne fornisce l'esatta misura di significato. La chiarezza del testo normativo rimane dopotutto un *posterius*, non già un *prius*, dell'interpretazione⁵², che va svolta «non in astratto, in una sorta di precomprensione, ma in relazione ad un fatto concreto, valutato nelle sue specifiche peculiarità»⁵³, essendo rivolta a stabilire la regola più adeguata a realizzare o il componimento di interessi in conflitto o il contemperamento di interessi in concorso tra loro collegati.

⁵¹ Così, Cass., 30.6.1987, n. 5747, in *Giust. civ.*, 1987, I, 2206. La decisione mette in chiaro che «La precisa dizione dell'art. 1146 c.c. - "Il possesso continua nell'erede con effetto dall'apertura della successione" - collegata al disposto dell'art. 459 - per cui l'eredità (la qualità di erede) si acquista con l'accettazione (negozio i cui effetti retroagiscono al momento dell'apertura della successione) rende evidente che anche per la successione nel possesso "*ad usucapionem*" è necessario che il chiamato accetti l'eredità. E infatti, se, al fine dell'acquisto per usucapione, occorre che il chiamato abbia la volontà (l'*animus*) di continuare il possesso esercitato dal "*de cuius*" fino al compimento del termine, cioè di succedergli nel possesso, ciò significa che egli intende comportarsi come successore (erede) e quindi implicitamente (tacitamente) accetta (ed esercita) la qualità di erede». V. anche Cass., 13.10.1999, n. 11521, in *Mass. Giust. civ.*, 1999, 2115; Cass., 5.2.1982, n. 663, *ivi*, 1982.

⁵² BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici [teoria generale e dogmatica]*, seconda edizione riveduta ed ampliata a cura di G. Crifo, Milano, 1971, 285 s.; v. anche P. PERLINGIERI, *Scuole tendenze e metodi: problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, 388.

⁵³ P. PERLINGIERI, *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 317. Giacché «l'attribuzione di significato a un enunciato [...] non si esaurisce nella spiegazione di un testo concluso e indisponibile, ma è piuttosto intermediazione necessaria e vitale tra le proposizioni astratte della disposizione e la ineludibile concretezza storica» M. PALAZZO, *Per un ripensamento del ruolo del notaio nel mutato sistema delle fonti del diritto*, in *Notariato*, 2014, 586.

4. È possibile tornare, a questo punto, *in medias res*, ai casi concreti da cui ha preso le mosse il presente contributo.

Uno dei problemi riguarda il ruolo assolto dal legato testamentario all'interno del regolamento complessivo della vicenda successoria.

Per avviarlo a soluzione è già di per sé decisivo il presupposto dell'art. 485 c.c., che vale a escludere l'applicazione della disposizione in questione nei confronti di quei soggetti che, chiamati all'eredità a titolo di eredi, si trovino a esercitare altresì un potere corrispondente all'esercizio della proprietà, in virtù di titolo idoneo, su cose - già appartenenti al *de cuius* - ma estranee al novero dei beni ereditari nel senso sopra precisato. Quali, appunto, i beni di cui il testatore abbia disposto a titolo di legato in favore di uno dei predetti soggetti.

Ma c'è di più.

La posizione di erede e quella di legatario, pur potendo fare capo a una stessa persona, divergono in maniera radicale, tanto che, per espressa disposizione del codice civile (art. 661 c.c.), il chiamato all'eredità può accettare la delazione e rinunciare al legato, o, viceversa, può rinunciare all'eredità e domandare il legato a lui fatto sino alla concorrenza della porzione disponibile, salve le disposizioni degli artt. 551 e 552 c.c. relative ai legati in sostituzione ed in conto di legittima (art. 521 c.c.). Essendo del tutto autonome, anche la revoca o le cause d'invalidità dell'una attribuzione non riguardano necessariamente l'altra, come pure la condizione apposta a una non trabocca i suoi effetti sull'altra. Lo stesso vale per i debiti ereditari, di cui il prelegatario risponde limitatamente alla parte d'eredità devoluta⁵⁴, nonché per gli istituti della sostituzione (ordinaria o fedecommissaria), rappresentazione e accrescimento, potendosi prevedere sostituzioni o escludere rappresentazione e accrescimento per uno solo dei due titoli. Ma soprattutto - a tacer d'altro in tema di separazione dei beni *ex art.* 512 c.c., testamento successivo, indegnità a succedere⁵⁵ - ai fini che qui maggiormente interessano, il possesso è esercitato a "*diverso titolo*" da quanto richiesto dall'art. 485 c.c.⁵⁶.

L'acquisto del legato testamentario poi (alla stessa stregua del legato *ex lege* di cui si è detto⁵⁷) avviene senza bisogno di accettazione. E - laddove il suo oggetto consista

⁵⁴ CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, aggiornamento a cura di C. Ferrentino e A. Ferrucci, I, 4ª ed., Milano, 2015, 1117. In giurisprudenza, Cass., 13 ottobre 1960, n. 2717, in *Foro it.*, 1961, I, 283. Anche il prelegato è riducibile tuttavia alla pari di ogni altra disposizione a titolo particolare o universale, Cass., 28 luglio 1967, n. 2006, in *Foro it.*, 1967, I, 2030.

⁵⁵ Si rinvia a BOERO, *Art. 661*, in *Comm.* Gabrielli, Torino, 2011, 722; medesimamente, Id., *Art. 661*, in *Cod. succ. e don.* Sesta, Milano, 2011, 1425.

⁵⁶ BOERO, *Art. 661*, in *Comm.* cit., 722; medesimamente, Id., *Art. 661*, in *Cod. succ. e don.*, 1425, secondo cui «nel caso che il prelegatario-erede sia nel possesso dei beni legati, già di titolarità del *de cuius*, non si applica l'art. 485 c.c.»; GERBO, *Prelegato e funzione del contenuto testamentario*, Padova, 1996, 110; G. PERLINGIERI, *Possesso, rinuncia e acquisto ex lege dell'eredità*, cit., 529 che considera «l'ipotesi del legatario che per volontà o *ex lege* possiede soltanto il bene legato e [che], quindi, non può divenire erede *ex art.* 485, comma 2, c.c.».

⁵⁷ La rinuncia all'eredità da parte del coniuge superstite non incide sull'attribuzione del diritto di abitazione e d'uso *ex art.* 540 c.c., come la rinuncia a siffatti diritti non preclude la possibilità di accettare l'eredità (per

nella proprietà di una cosa determinata o altro diritto appartenente al testatore⁵⁸ - opera in modo diretto e immediato dal momento della morte del testatore (art. 649 c.c.), indipendentemente dall'acquisto dell'eredità⁵⁹.

Il legatario diviene pertanto titolare di quel diritto automaticamente e il possesso esercitato sulla cosa legata, in quanto titolato, risulta essere legato alla sua posizione di legatario (e non a quella di erede). Il suo comportamento, manifestando chiaramente all'esterno la volontà di conseguire il diritto legato, non legittima nei terzi (chiamati ulteriori o creditori) a supporre l'accettazione dell'eredità da parte sua. Costoro non possono ravvisare in quel comportamento un possesso rilevante nei termini prescritti dall'art. 485 c.c. ai fini dell'acquisto della qualità di erede puro e semplice, trattandosi soltanto di una relazione materiale con il bene a titolo di legato.

Vi è poi un dato ulteriore.

L'art. 649, comma 3, c.c. fa carico al legatario, anche quando ne sia stato espressamente dispensato dal testatore, di richiedere all'onerato il possesso della cosa legata⁶⁰. Il legatario dipende dall'erede per il conseguimento del possesso del bene legato⁶¹. Ciò, ovviamente, nell'ipotesi in cui il legatario non fosse già possessore del bene

tutti, CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 447). I diritti di abitazione e d'uso ex art. 540 c.c. hanno autonomia concettuale. Ne segue, pertanto, la possibilità di un autonomo acquisto come di un'autonoma rinuncia.

⁵⁸ Cass., 24.11.1980, n. 6229, in *Rep. Foro it.*, 1980, voce *Successione ereditaria*, 2630, n. 84.

⁵⁹ MASI, *Dei legati*, in *Comm. Scialoja e Branca*, sub artt. 649-673, Bologna-Roma, 1979, I. Tutto questo non significa che un'eventuale accettazione sia inutile o irrilevante, perché, con essa l'acquisto non è più rinunziabile (BONILINI, *I legati*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2006, 169 s.; ID., *Art. 649*, in *Comm. Gabrielli*, Torino, 2011, 621 ss.; ID., *L'accettazione del legato*, in *Fam. pers. succ.*, 2009, 459; ID., *Acquisto e rinuncia*, in ID. e BASINI, *I legati*, in *Tratt. dir. civ. CNN Perlingieri*, VIII, 6, Napoli, 2003, 203; GIORDANO MONDELLO, *Legato (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, s.d., ma 1973, 745). La considera irrilevante, BRUNELLI, *Dei legati*, in ID. e ZAPPULLI, *Il libro delle successioni e donazioni*, Milano, 1940, 331.

⁶⁰ Non «è configurabile, alla stregua della norma racchiusa nell'art. 649, 3° co., c.c., un diritto autonomo, soggetto a prescrizione, a richiedere il possesso della cosa legata, configurandosi, tale richiesta, come un onere del beneficiario, rispetto al quale, è estranea la prescrizione che colpisce, ex art. 2934 c.c., i diritti soggettivi» BONILINI, *L'accettazione del legato*, cit. In giurisprudenza, Cass., 28.5.1993, n. 5982, in *Nuova giur. comm.*, 1994, I, 729 ss., con nota di BECCIA, *L'automaticità dell'acquisto del legato ex art. 649 c.c. e l'insussistenza ai fini dell'acquisto stesso dell'obbligo di richiesta del bene all'onerato*. Conforme Cass., 5.11.2013, n. 24751. In termini di diritto di credito nei confronti dell'onerato avente ad oggetto il trasferimento del possesso della cosa, Cass., 17.12.2014, n. 26618, in *Notariato*, 2015, 78.

⁶¹ Cass., 23.3.2009, n. 7068. La *ratio* della disposizione trova giustificazione ora nell'esigenza di stabilizzazione dell'acquisto del legato (MASI, *Dei legati*, cit., 29; diversamente, PEREGO, *I legati*, in *Tratt. Rescigno*, VI, Torino, 1982, 231), ora nella tutela dell'onerato fino a quando venga accertata la validità del legato, la sua estraneità a lesioni della legittima, l'esistenza e identità della persona del legatario (C.M. BIANCA, *In tema di spoglio commesso dal legatario*, in *Foro it.*, 1956, I, 1237; GIORDANO MONDELLO, voce *Legato (Diritto civile)*, in *Enc. dir.*, Milano, XXIII, 1973, 749; GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, vol. II, Milano, 1948, 128).

prima dell'attribuzione ad altro titolo (perché, ed esempio, usufruttuario)⁶². Ma, anche prima della richiesta di possesso, essendosi comunque avuto l'automatico passaggio di proprietà, il legatario, può trasferire per atto tra vivi o a causa di morte il diritto acquistato⁶³, come pure i suoi creditori possono agire sull'oggetto legato⁶⁴. Il diritto del legatario o del prelegatario prevale su eventuali diritti dei terzi nonché rispetto al diritto del terzo promissario acquirente, soprattutto, nell'ipotesi in cui il contratto preliminare non risulta trascritto⁶⁵.

Anche da tanto si può inferire che, dopo l'apertura della successione, il legatario diviene automaticamente proprietario, salvo rinuncia, del bene legato e dunque legittimato a "possederlo" ad altro titolo, senza che ciò abbia nulla a che vedere con il possesso di beni ereditari di cui all'art. 485 c.c.

È ragionevole sostenere, conclusivamente, che il possesso del bene legato da parte del legatario, che sia anche chiamato all'eredità, non integri la fattispecie costitutiva dell'art. 485 c.c. Tale disposizione normativa non trova applicazione perché il chiamato all'eredità può legittimare il suo possesso sul bene legato a mezzo di un titolo diverso da quello di erede che giustifica il trasferimento della proprietà, e dunque il relativo potere di fatto, sul bene uscito dall'asse ereditario. Come più volte ribadito, può parlarsi di possesso di beni ereditari da parte del chiamato soltanto laddove il medesimo non possa vantare un titolo di trasferimento dei beni stessi. Invece, quando è divenuto proprietario del bene, egli non può considerarsi "chiamato nel possesso", e dunque l'art. 485 c.c. non può essere a lui applicabile.

5. Per pervenire a una impostazione appagante del tema, senza residui di ambiguità e ripetizioni di rilievi già svolti, va messo a fuoco pure l'altro caso prospettato, dove s'impone una più attenta verifica del valore giuridico che può attribuirsi nella singola vicenda al titolo della donazione di nuda proprietà con riserva d'usufrutto.

⁶² Cass., 10.6.1968, n. 1799, in *Rep. Giust. civ.*, 1968, voce *Successione testamentaria*, n. 19: «l'onere del legatario di chiedere all'erede il possesso della cosa legata non sussiste nel caso in cui il legatario ne sia già in possesso». V. anche Cass., 3.10.1957, n. 3595, in *Foro padano*, 1958, I, 166 ss.; Pret. Roma, 5 gennaio 1955, in *Foro it.*, 1956, I, 1237 s., con nota di C.M. BIANCA, *In tema di spoglio commesso dal legatario*; in *Foro padano*, 1957, I, 896 s., con nota di MARINETTI, *Questioni in tema di possesso dell'erede, di interservio possessionis e di reintegrazione*; Cass., 2.8.1968, n. 2763, in *Mass. Foro it.*, 1968, 728, n. 2763. Diversamente quanti ritengono che il legatario debba in ogni caso rivolgersi all'onere possessorio, stante l'inderogabilità della disposizione, la funzione di stabilizzazione dell'acquisto del legato, la diversità del possesso che ha il legatario (di regola, detenzione a titolo di locazione o comodato) rispetto a quello dell'erede. Così, MASI, *Dei legati*, cit., 31; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 1136; Pret. Roma, 19 gennaio 1955, in *Giust. civ.*, 1955, I, 1750, con nota di COLASURDO, *Chiamato all'eredità e tutela possessoria*.

⁶³ TRABUCCHI, voce *Legato (dir. civ.)*, in *Noviss. Dig. it.*, IX, 1963, 616.

⁶⁴ Di converso l'onere non può, a pena di nullità dell'atto, alienare la cosa legata o sottoporla a pesi (MASI, *Dei legati*, cit., 25), come pure i suoi creditori non possono agire sulla stessa per il soddisfacimento del proprio credito (GIORDANO MONDELLO, voce *Legato (dir. civ.)*, cit. 748). Il punto è diffusamente trattato in BONILINI, *Art. 649*, cit., 192 s. Ivi per richiami e riferimenti bibliografici.

⁶⁵ Il difetto di trascrizione preclude nei confronti dei controricorrenti l'effetto prenotativo del contratto preliminare di cui all'art. 2645-bis c.c. Così, Cass., 17.12.2014, n. 26618, in *Notariato*, 2015, 78.

Il fatto riguarda la posizione del chiamato che, prima dell'apertura della successione, era nudo proprietario della casa familiare di cui ha goduto come usufruttuario lo stesso *de cuius*, e che, dopo la morte di quest'ultimo, ha acquistato il pieno dominio dell'immobile per effetto della riunione dell'usufrutto alla nuda proprietà (art. 979 c.c.)⁶⁶.

A partire da questo momento, la relazione materiale del chiamato con la casa familiare, che non è entrata a fare parte del compendio ereditario, avviene *iure proprietatis e contra hereditatem*, in virtù di un titolo implicante la rivendicazione del bene al proprio patrimonio personale e rispetto al quale non può parlarsi a ragione di un possesso nei termini prescritti dall'art. 485 c.c.

Il possesso, richiesto da questa disposizione, deve riguardare un bene dell'eredità, da intendersi come quel bene o complesso di beni che sono attualmente parte dell'asse relitto⁶⁷ e che vengono attribuiti a titolo di erede in dipendenza dell'apertura della successione. Mentre, qui, la situazione di fatto dipende da un preesistente atto tra vivi, che alla morte dell'usufruttuario determina la riunione del pieno dominio e l'instaurazione di una relazione materiale mediante la quale il chiamato contesta l'appartenenza del bene all'asse relitto e lo rivendica come proprio. C'è un *prius*, dunque, il fatto della donazione della nuda proprietà con riserva di usufrutto; e c'è, poi, un *posterius*, il fatto della riunione del pieno dominio alla morte dell'usufruttuario. Fatti, entrambi, che insieme impediscono la produzione degli effetti dell'art. 485 c.c.

Tutto questo è vero. Non è men vero tuttavia che, la donazione, prima, e la riunione dell'usufrutto alla nuda proprietà, poi, hanno riguardato la sola casa familiare.

⁶⁶ La norma contenuta nell'art. 979 c.c., che commisura la durata massima del diritto di usufrutto alla vita dell'usufruttuario, mira a tutelare l'interesse del proprietario a non sopportare un sacrificio più che temporaneo del suo diritto. Tale interesse riflette a sua volta un'istanza superiore dell'ordinamento volta a realizzare tanto un interesse particolare a un assetto patrimoniale non privato del diritto fondamentale di proprietà oltre un determinato tempo quanto un interesse generale al migliore sfruttamento dei beni, tenuto conto della funzione sociale assolta dalla proprietà (BIGLIAZZI GERI, *Usufrutto, uso e abitazione*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano 1979, 101; PUGLIESE, *Usufrutto, uso e abitazione*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1972, 565 ss.; DE CUPIS, voce *Usufrutto*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, 1114; PALERMO, *L'usufrutto. L'uso. L'abitazione*, in *Tratt. Rescigno*, VIII, 2, 2ª ed., Torino, 2002, 110 s.; DE MARZO, *Art. 979*, in *Comm. Gabrielli*, Torino, 2011, 563. In termini di norma di ordine pubblico inderogabile nei prescritti limiti temporali, Cass., 12.10.1965, n. 2119, in *Giust. civ.*, 1966, 1, 1170; Cass., 10.7.1979, n. 3969, in *Giur. it.*, 1980, 1, 882; Cass., 27.3.2002, n. 4376, in *Giur. it.*, 2003, 7, con nota di DOMINICI, *Non sempre l'usufrutto si estingue con la morte dell'usufruttuario-cessionario*). Nei limiti imposti all'autonomia privata, tutto questo non significa che non sia possibile commisurare la durata dell'usufrutto alla vita di una persona fisica diversa dall'usufruttuario. Per non infrangere il disposto dell'art. 979 c.c., il termine di durata deve essere inferiore a quello previsto dalla norma. Il che significa che deve essere prevista l'estinzione dell'usufrutto al momento del decesso del suo titolare o (se anteriore) alla morte di un soggetto estraneo. In tal caso, al momento della morte o dell'usufruttuario o del terzo (a seconda di chi per primo venga a mancare), il diritto di usufrutto si estinguerà. Così, note dell'Ufficio Studi del Consiglio nazionale del notariato, n. 634-2010/C, est. A. RUOTOLO e n. 366-2012/C, est. M. BELLINIA (consultate per gentile concessione di quest'ultimo).

⁶⁷ C. GIANNATTASIO, *Delle successioni*, cit., 144.

L'oggetto dell'atto di donazione non comprende anche i beni mobili costituenti l'arredo, i quali non sono stati specificatamente indicati nel loro valore né in atto né in una nota a parte sottoscritta dal donante, dal donatario e dal notaio.

La norma contenuta nell'art. 782 c.c.⁶⁸ stabilisce che le donazioni aventi a oggetto beni mobili (art. 812, 3° co., c.c.)⁶⁹, compresi i beni mobili registrati⁷⁰, non sono valide se non per quei beni che vengono specificati e dei quali viene indicato il valore⁷¹, a meno che si tratti di donazione di valore modico (art. 783, comma 1, c.c.), per le quali non è necessaria la rogazione dell'atto pubblico, bastando la *traditio* del bene⁷². Il che vale quanto il dire che la donazione di beni mobili di immodico valore non è valida se manca, alternativamente, o la nota allegata all'atto pubblico, contenente l'elenco descrittivo delle cose mobili donate e la loro valutazione⁷³, o la specificazione estimativa dei beni mobili all'interno dello stesso atto.

È previsto un rigore formale maggiore rispetto a quello richiesto dall'art. 51, n. 6) della Legge 16 febbraio 1913, n. 89, che tra i requisiti dell'atto pubblico comprende l'indicazione precisa delle cose che formano oggetto dell'atto ma non anche la menzione del loro valore⁷⁴.

⁶⁸ La bibliografia sul tema è vasta. Per indicazioni di taglio notarile, CASU, *Donazione di beni mobili*, in *Dizionario giuridico del notariato*, a cura dell'Ufficio Studi del Consiglio nazionale del notariato, Milano, 2006, 413; BENETTI, *Donazione di beni mobili descritti in allegato*, in *Successioni e donazioni. Le donazioni*, vol. VIII, t. 3, *Formulario notarile commentato*, diretto da G. Bonilini e V. Barba, Milano, 2013, 666. Per approfondimenti, in letteratura, TORRENTE, *La donazione*, in *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni*, continuato da P. Schlesinger, II ed. aggiornata da U. Carnevali e A. Mora, Milano, 2006, 421; BIONDI, *Le donazioni*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1961, 461; GARDANI CONTURSI LISI, *Delle donazioni*, in *Comm. Scialoja e Branca*, sub artt. 769-809, Bologna-Roma, 1976; F. SPOTTI, *Art. 782*, in *Comm. Gabrielli*, Torino, 2014, 222; VENDITTI, *La forma del contratto*, in *Tratt. Bonilini*, II, Torino, 2001, 803.

⁶⁹ Cass., 7.9.2009, n. 19283, in *Studium Iuris*, 2009, 1385: «l'espressione "beni mobili", ove riferita ai beni che corredano un'abitazione, non consente di escludere una parte di essi, dovendosi ritenere compresi nella categoria anche i quadri, gli oggetti e gli arredi in genere». In dottrina, FERORELLI, *Art. 812*, in *Comm. Gabrielli*, Torino, 2012, 28 s.

⁷⁰ «Nel prescrivere la nota dei beni mobili il codice non pone eccezioni e quindi devono essere inseriti nella nota anche i beni mobili registrati (autoveicoli, navi e galleggianti, aeromobili)» AVANZINI, *La forma delle donazioni*, in *Tratt. breve delle successioni e donazioni Rescigno*, t. II, Padova, 2010, 546.

⁷¹ FRANZONI, *Donazione inefficace e rimedi*, in *I contratti di donazione*, a cura di A. Palazzo, Torino, 2009, 347. Si tratta di un'ipotesi di nullità parziale limitata ai beni mobili non indicati, v. MAROI, *Delle donazioni*, in *Comm. D'Amelio-Finzi*, Firenze, 1941, 749; GIU. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni. Libro secondo del codice civile*, Napoli, 1990, 893; U. CARNEVALI, *Le donazioni*, 2a ed., in *Tratt. Rescigno*, 6, t. II, Torino, 1997 (ristampa 2008) 542, nt. 21; BIONDI, *Le donazioni*, cit., 461.

⁷² CARRABBA, *Donazioni*, in *Tratt. dir. civ. CNN Perlingieri*, Napoli, 2009, 299.

⁷³ La dottrina si è interrogata sulla forma della nota contenente l'elenco descrittivo delle cose mobili e la loro valutazione nonché sul tempo di redazione a seconda che debba essere contestuale o possa essere successivo o anche anteriore. Sul punto, AVANZINI, *La forma delle donazioni*, cit., 545 ss.; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 1518 ss. e spec. nota 3142; SPOTTI, *Art. 782*, cit., 229; CARNEVALI, *Le donazioni*, 2° ed., cit., 542.

⁷⁴ CASU, *Donazione di beni mobili*, cit., 430. V. anche TORRENTE, *La donazione*, cit., 430.

La ragione di questo differente regime è funzionale al regolamento di d'interessi coinvolti.

Le richiamate prescrizioni formali in tema di donazione di beni mobili, se intese nel prisma di «una interpretazione razionale e non meramente letterale»⁷⁵ - più che conferire maggiore certezza al negozio; dare più sicurezza sull'esistenza del documento; provare l'*animus donandi*; tutelare i creditori e gli eredi legittimari del donante; garantire un consenso responsabile dello stesso donante inducendolo a riflettere con adeguata ponderazione e senza alcuna forma di captazione sulle conseguenze economiche dell'atto donativo di beni mobili dove l'impovertimento è meno autoevidente che in quello di immobili⁷⁶ - rilevano «non soltanto come un aspetto della dichiarazione e della fattispecie, cioè come struttura descrittiva, ma anche come possibile importante aspetto del regolamento di interessi»⁷⁷ coinvolti nella singola fattispecie concreta.

Traslando quanto precede sul caso di specie ne consegue che, se i beni mobili non sono compresi nell'atto di donazione della nuda proprietà della casa familiare, allora, limitatamente a questi stessi beni, se di non irrilevante valore economico in

⁷⁵ CARRABBA, *Donazioni*, cit., 316.

⁷⁶ Difficoltà ed incertezze interpretative coinvolgono la *ratio* della norma contenuta nell'art. 782, vedi per tutti CARRABBA, *Donazioni*, cit., 312 ss., per una attenta revisione critica delle opinioni in campo. Particolare attenzione merita l'opinione secondo cui «esclusa l'idea di una particolare tutela del donatario dal rischio di vedersi sottratti o sostituiti alcuni dei beni donati, resta lo scopo di salvaguardare, con un rigoroso accertamento dell'oggetto della donazione mobiliare, le ragioni di eventuali creditori o eredi del donante, o – più probabilmente – lo scopo di rappresentare al donante con particolare evidenza l'entità del depauperamento che il suo patrimonio sta per subire, onde indurlo ad una ulteriore riflessione. Se si accede a quest'ultima opinione, la specificazione estimativa viene a costituire un elemento della stessa documentazione e non già semplice elemento di prova» CARNEVALI, *Le donazioni*, cit., 541 s. Fanno riferimento alla esigenza di impedire che l'atto di donazione di beni mobili sia frutto di impulsi, inconsulti e velleitari, di sconsiderata prodigalità, anche TORRENTE, *La donazione*, cit., 2006, 524 (ed. 1956, 430); BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2013, 495; F. SPOTTI, *Art. 782*, cit., 228: «con la descrizione e indicazione del valore dei mobili donati, il donante riceve la rappresentazione più efficace di quanto perderà per effetto della liberalità»; Trib. Genova, 14.3.1980, in *Giur. di Merito*, 1982, 1225: «Ancorché la sua *ratio legis* non sia di agevole individuazione, la norma dell'art. 782 c.c. va intesa nel senso che il donante, attraverso l'adempimento formale della descrizione estimativa delle cose mobili donate, sia messo in condizione di valutare consapevolmente l'impovertimento cui va incontro per effetto della liberalità realizzata». Altri collegano il particolare formalismo richiesto in funzione della determinazione dei limiti del valore del rapporto obbligatorio alimentare che ne deriva (GARDANI CONTURSI LISI, *Delle donazioni*, cit., 264 ss.); altri ancora all'esigenza di determinare l'oggetto del contratto (VITALI, *Delle donazioni*, 2^a ed., in *Tratt. Fiore-Brugi*, Napoli-Torino 1925, 175), altri infine ai terzi con riferimento a tutte le vicende successive che possono verificarsi per effetto di reversibilità (artt. 791 c.c.), collazione (artt. 737 ss. c.c.), riduzione (artt. 555 ss. c.c.), revoca da parte del donante (artt. 790 e 800 ss. c.c.) o dei creditori (art. 2901 c.c.). Così, BIONDI, *Le donazioni*, cit., 1961, 450; BALBI, *La donazione*, in *Tratt. Grosso-Santoro Passarelli*, Milano, 1964, 32; VENDITTI, *La forma del contratto*, in *Tratt. Bonilini, Le donazioni*, vol. VI, Milano, 2009, 743.

⁷⁷ P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987, 133, cui aderisce anche CARRABBA, *Donazioni*, cit., 330.

rapporto alla consistenza patrimoniale dell'eredità, la relazione materiale che si instaura dopo morte del donante avviene *heredis animo* e rileva ai fini dell'art. 485 c.c., trovando titolo nell'eredità. Il chiamato, possedendo i beni nell'interesse dell'eredità, sarà tenuto alla redazione dell'inventario nei termini di legge. In caso contrario, sarà considerato un erede puro e semplice, che subentra in *universum ius defuncti*, compresi i debiti del defunto⁷⁸.

Tutto questo dimostra, ove mai ve ne fosse bisogno, che la soluzione dipende sempre dalle peculiarità della singola fattispecie considerata.

Delle due, l'una.

Se la donazione ha a oggetto la sola casa familiare, alla morte dell'usufruttuario, il nudo proprietario, chiamato alla di lui successione, una volta consolidato il pieno dominio, lo esercita limitatamente a tale bene e non anche sui beni mobili che l'arredano, non essendogli stati trasferiti per donazione. Rispetto a questi beni, laddove non privi di rilevanza economica, il chiamato rimane assoggettato all'art. 485 c.c. se nel loro possesso dopo l'apertura della successione.

Il contrario, vale a dire la disapplicazione dell'art. 485 c.c., si ha se l'atto di donazione della nuda proprietà ha ad oggetto l'immobile insieme a tutti i beni mobili ivi indicati *ex art. 782 c.c.* Oppure se, donata la nuda proprietà della sola casa familiare, il defunto ha legato allo stesso nudo proprietario tutti i beni mobili in essa presenti.

Ma se, come accaduto, è donata la nuda proprietà della sola casa familiare, il possesso rilevante ai fini dell'acquisto *ipso iure* dell'eredità di cui all'art. 485 c.c. finisce per proiettarsi sui beni mobili di non irrilevante valore economico che la corredano, essendo questi ultimi slegati giuridicamente dall'unità abitativa principale.

6. Al termine di questo itinerario d'indagine, c'è spazio per fissare prime conclusioni, in una materia dominata dal peso di un'attività ermeneutica che si segnala, non di rado, per singolare contraddittorietà⁷⁹, ma che, se condotta nella «*totalità e coerenza della considerazione ermeneutica*»⁸⁰, conduce a superare una lettura chiusa nei rigidi nominalismi, così da individuare di volta in volta una possibile soluzione a ogni singolo caso concreto.

⁷⁸ Con riferimento alla donazione della nuda proprietà di un bene immobile e alla relazione materiale del chiamato con i beni mobili in esso compresi ma non indicati nell'atto di donazione, v. le decisioni inedite di App. Perugia, 28.1.2020, dove all'interno dell'immobile donato in nuda proprietà si trovavano i beni mobili indicati lasciati per testamento; Trib. Palmi, 23.4.2018; App. L'Aquila, 21.10.2020. Per la giurisprudenza di legittimità, cfr. Cass., 22.6.1995, n. 7076. Tutte consultabili in www.legale.leggiditalia.it.

⁷⁹ Basti pensare al contrasto delle Corti, ai fini dell'art. 485 c.c., sulla posizione del coniuge superstite rispetto alla casa adibita a casa familiare e ai mobili che la corredano. Vedi *retro* nota 46.

⁸⁰ BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, 2° ed. a cura di G. Grifo, Milano, 1971, 15 (1990, 314). Con tale criterio «si fa presente la correlazione che intercede fra le parti costitutive nel discorso, come di ogni manifestazione del pensiero, e il loro comune riferimento al tutto di cui fanno parte: correlazione e riferimento che rendono possibile la reciproca illuminazione di significato fra il tutto e gli elementi costitutivi» ID., *Le categorie civilistiche dell'interpretazione*, in *Riv. ital. scienze giur.*, 1948, 46 ss.

Un primo esito dell'indagine è che l'art. 485 c.c. «deroga al principio secondo cui il chiamato non è erede fino a che non abbia accettato»⁸¹. Tale disposizione normativa prevede un'ipotesi di acquisto automatico dell'eredità senza accettazione, che prescinde completamente non soltanto da ogni concreta volontà del chiamato, ma anche da ogni suo contegno concludente. L'acquisto si realizza *ipso iure*, in dipendenza di un determinato fatto, quale il possesso di beni ereditari, senza che l'inventario sia stato compiuto o che la dichiarazione sia stata resa entro il termine prescritto dalla legge.

Un altro risultato raggiunto è che il possesso di cui all'art. 485 c.c. deve intendersi, con ragionevolezza⁸², in termini di effettiva disponibilità materiale⁸³, protrattasi anche per un breve periodo di tempo, purché né estemporanea⁸⁴ né tantomeno ideale⁸⁵, e circoscritta anche a uno solo dei beni ereditari⁸⁶ di proprietà del defunto⁸⁷, se non privo di una qualche consistenza economica⁸⁸, ai fini della soddisfazione di possibili crediti del defunto⁸⁹. Non si condivide qui la linea di pensiero che considera sufficiente anche il possesso di un bene di irrilevante valore economico e a pre-

⁸¹ Cass., 19.3.1998, n. 2911, in *Foro it.*, 1998, I, 2170.

⁸² Ne approfondisce *ex professo* ruolo e funzione, G. PERLINGIERI, *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della corte costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 716 spec. 747. Sulla distinzione del principio di proporzionalità dalla adeguatezza e ragionevolezza, cfr. P. PERLINGIERI, «Controllo» e «conformazione» degli atti di autonomia negoziale, in *Rass. dir. civ.*, 2017, 218 s. Sull'esigenza di congruenza tra rimedi, interessi e peculiarità del caso concreto, oltre i confini predefiniti dal legislatore e in prospettiva funzionale, alla luce dei principi di proporzionalità ed effettività, dei criteri di adeguatezza e ragionevolezza, v. Id., *Il «giusto rimedio» nel diritto civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, 1 ss.

⁸³ G. PERLINGIERI, *Possesso, rinuncia e acquisto ex lege dell'eredità*, cit., 520.

⁸⁴ Si esclude che possa configurare un possesso rilevante il mero fatto che l'Ufficiale giudiziario abbia occasionalmente rinvenuto il chiamato presso il domicilio del defunto in occasione della notifica dell'atto giudiziario. Così, App. Venezia, 26.8.1981, in *Foro it.*, 1982, I, 540.

⁸⁵ Che poi è quello che «secondo parte della dottrina, passa al chiamato con la sola delazione ed è contenuto nella posizione originaria e complessa a lui attribuita» L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte. Parte generale*, cit., 461. Secondo l'a. ciò è «esatto per due ragioni: anzitutto è dubbio se oggi si abbia il passaggio del possesso al chiamato prima ed indipendentemente dall'accettazione; in secondo luogo, se si trattasse di un tale possesso, poiché esso, per tesi, non può che riconoscersi, se lo si ammette, a tutti i chiamati a cui favore si sia determinata la devoluzione dell'eredità, per tutti la norma in questione si applicherebbe, con l'assurda conseguenza che per tutti i chiamati il termine per accettare l'eredità si ridurrebbe a tre mesi (salvo proroga) e non sarebbe più di dieci anni (art. 480 c.c.)».

⁸⁶ CICU, *Le successioni per causa di morte*, cit., 185: «il possesso anche di un solo bene ereditario dimostra che il chiamato non si disinteressa dell'eredità a lui devoluta, mentre la sua inerzia in riguardo agli altri beni lo espone a responsabilità; dal punto di vista tecnico l'investitura del possesso viene a concretarsi; e poiché essa non può portare all'acquisto parziale dell'eredità, l'acquisto si opera per la totalità».

⁸⁷ Ancóra, CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte. Parte generale*, cit., 462, secondo cui ciò che rileva è la proprietà (non già il possesso) dei beni da parte del defunto prima della sua morte; «sicché, se il chiamato riesce ad ottenere il possesso reale di beni ereditari che il defunto non possedeva, ugualmente egli deve attenersi alle prescrizioni di legge, sotto pena di diventare, suo malgrado o senza saperlo, erede ed erede puro e semplice».

⁸⁸ Vedi *supra* nota 21.

⁸⁹ Cass. 5.6.1979, n. 3175, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, 310.

scindere dalla consistenza patrimoniale dell'eredità⁹⁰. Si ritiene che si debba indagare invece, caso per caso, il valore economico del bene fatto oggetto di relazione materiale, essendo tale valore, piú che utile ai fini dell'accertamento della conoscenza della natura ereditaria del bene⁹¹, un indice segnalativo a beneficio dei terzi creditori tutelati dall'art. 485 c.c.⁹². Se è vero, com'è vero, che costoro possono trovare soddisfazione soltanto su quei beni che sono coattivamente apprensibili (arg. art. 514 c.p.c.)⁹³, dopo la liquidazione del patrimonio che segue l'inventario, in base al principio secondo cui il chiamato risponde non soltanto *intra vires hereditatis* (e cioè non oltre il valore dei beni a lui pervenuti a titolo di successione) ma esclusivamente *cum viribus hereditatis* (ossia con il valore ricavato dall'alienazione dei soli beni ereditari che i creditori ereditari e i legatari possono aggredire e con esclusione di tutti gli altri suoi beni)⁹⁴.

Non meno importante è la dimostrazione che la fattispecie dell'acquisto dell'eredità senza accettazione, orientata a realizzare una eterogenesi d'interessi protetti, deve trovare applicazione soltanto quando siano effettivamente messi in pericolo la certezza delle situazioni giuridiche e l'affidamento dei terzi. Altrimenti, piú che un meccanismo di protezione del sistema e dei terzi, si traduce in uno strumento sanzionatorio nei confronti del chiamato⁹⁵.

⁹⁰ Per la sufficienza della relazione materiale con beni appartenenti al *de cuius*, seppure privi di rilievo patrimoniale, Trib. Potenza, 29.11.2019, n. 981, in *dejure.it* secondo cui la «presenza nella casa familiare - peraltro presumibile sulla base dell'*id quod plerumque accidit* - di beni appartenenti al *de cuius*, seppure privi di rilievo patrimoniale, consente di ritenere sorto in capo al chiamato all'eredità, per effetto dell'apertura della successione, l'onere di redigere l'inventario nel termine di tre mesi e di concludere che, non avendo proceduto [...], che pure si trovava nel possesso dei beni ereditari per effetto della convivenza con il padre al momento della sua morte, alla redazione dell'inventario nel termine di legge, lo stesso deve ritenersi erede puro e semplice di [...] ai sensi dell'articolo 485 c.c. e, quindi, succeduto *ope legis* nei rapporti passivi che allo stesso facevano capo, risultando inefficace, a fronte dell'accettazione presunta dell'eredità relitta da [...], la tardiva rinuncia [...] all'eredità relitta».

⁹¹ Cass., 5.6.1979, n. 3175, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, 510; in *Foro it.*, 1979, I, 2003.

⁹² BURDESE, in GROSSO, BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, cit., 305: «il possesso di beni di irrilevante valore non costituirebbe invero alcun pericolo per i terzi».

⁹³ C'è contrasto sul punto. Vi è chi dà rilevanza al possesso dei soli beni che l'art. 514 c.p.c. non rende assolutamente impignorabili, di modo che, esclusi quelli di rilevante valore economico, la disponibilità degli altri protratta nel tempo in capo al chiamato non produce accettazione dell'eredità. Così, RAVAZZONI, voce *Beneficio di inventario*, in *Enc. giur.* Treccani, Roma 1988, 2 che ha escluso il rilievo «di quei beni che, per la loro scarsa importanza economica o per la loro particolare natura – ad esempio molti dei beni indicati nell'art. 514 c.p.c. -, non siano suscettibili, anche in relazione all'art. 476, di determinare vicende nell'ambito successorio». Vi è chi ritiene tuttavia che si tratta di una «soluzione questa che [...] vada respinta sul piano sistematico». Così, SICCHIERO, *La rinuncia del chiamato in possesso dei beni ereditari (artt. 485 e 519 c.c.)*, cit., 520.

⁹⁴ Cass., 22.12.2020, n. 29252; Cass., 29.12.2016, n. 27364. Entrambe in *www.legale.leggiditalia.it*.

⁹⁵ ROMEO, *Gli acquisti dell'eredità senza accettazione*, cit., 1255. Diversamente, parrebbe, NATOLI, *L'amministrazione dei beni ereditari*, cit., 142, secondo cui la disposizione costituisce una «sanzione per la violazione dell'obbligo dell'inventario, che, quale amministratore di diritto, spetta al chiamato».

Fissato in questi termini il significato assiologico dell'art. 485 c.c., possono tirarsi le fila del discorso e stabilire quali ricadute se ne possono trarre in sede applicativa.

All'apertura della successione, facendo difetto ogni istanza di tutela, deve negarsi qualsivoglia rilevanza giuridica all'esercizio di un potere di fatto tanto a titolo di legato testamentario o *ex lege*, tanto a titolo di compravendita o donazione della piena proprietà o della nuda proprietà, da parte di chi trattiene soltanto il bene o legato o donato con la volontà di considerarlo proprio (art. 1140 c.c.).

C'è, in questi casi, un titolo che è fonte di un possesso *iure proprietatis* e *contra hereditatem*, che rovescia ogni argomento contrario e impedisce l'applicazione dell'art. 485 c.c. Il chiamato si trova *iure proprio* e non *iure hereditatis* nel possesso dei beni.

«Initial Coin Offering» ed il mercato delle cripto-attività: l'ambiguità degli «utility token»

di Enzo Maria Incutti*

Abstract. The present study aims at framing the technical performance of the «Initial Coin Offering» in the wider context of the crypto-assets market, considering the possibility of reducing the complex dynamics concerning the phenomenon in the context of pre-existing legal categories or, alternatively, exploring the opportunity of an *ad hoc* regulation, adept at fully incorporating technical and legal challenges.

Moreover, this study plans to investigate and question about the nature of hybrid «utility tokens», as these, most of all, create doubts about their legal qualification, due to their complex functional structure. Indeed, these *tokens*, besides the right to enjoy a good or a service, can also offer returns of financial nature, which put them in an area bordering the different survey sets: if on the one hand they are close to the empirical and more immediate set, which leads them back to their “consumeristic” area of belonging, on the other, there is the one which aims at verifying the prevalence of a concrete function of such crypto-assets. Herein, the study tries to analyze the perspective outlined by the second approach in the current legal framework, necessarily influenced by the passage of the UE *Proposal for a Regulation on Markets in Crypto-assets*.

SOMMARIO: 1. Rivoluzione digitale e trasformazione tecnologica del settore finanziario. – 2. «Initial Coin Offering»: un innovativo meccanismo di raccolta di finanziamenti. – 3. «Tokenizzazione» e dematerializzazione degli asset. Le diverse tipologie di token. – 4. Una cartolina dall'Italia: la posizione della Consob e le questioni aperte. – 5. Un punto di vista comparato tra primi interventi legislativi e prospettive “caso per caso”. – 6. L'ambiguità degli «utility token» e la centralità della causa in concreto. – 7. Riflessioni conclusive: quale futuro per il mercato delle cripto-attività?

1. Il settore finanziario è da sempre attento all'innovazione tecnologica e pronto a recepire i cambiamenti radicali che essa determina¹. Assistiamo, oggi, ad una profonda e rapida ristrutturazione dell'intero mercato finanziario, delle modalità di offerta dei nuovi servizi e delle dinamiche di relazione tra gli operatori ed i consumatori-investitori².

* Dottorando di ricerca in “Diritto Privato del mercato” – Sapienza Università di Roma.

¹ «Sebbene l'innovazione nel settore finanziario non sia una novità, gli investimenti nella tecnologia sono aumentati notevolmente e il ritmo dell'innovazione ha subito una considerevole accelerazione», come ha sottolineato la Commissione Europea nel suo *Piano d'azione per le tecnologie finanziarie: per un settore finanziario europeo più competitivo e innovativo*, COM (2018) 109 final, 2018, spec. p. 2.

² «Le tecnologie finanziarie (fintech), ossia l'innovazione nel settore dei servizi finanziari resa possibile dalla tecnologia, si sono sviluppate notevolmente negli ultimi anni e stanno influenzando il modo in cui tali servizi sono prodotti e forniti. Le tecnologie finanziarie rappresentano il punto di incontro dei servizi finanziari e del mercato unico digitale. Il settore finanziario è il principale utilizzatore delle tecnologie digitali e

Il fenomeno di interazione tra nuove tecnologie e finanza ha condotto ad una sostanziale ridefinizione dei confini tradizionali e dei consolidati modelli di business, conducendoli verso un territorio nuovo, trasversale ed eterogeneo: quello che, ad oggi, assume il termine identificativo di «*Fintech*»³.

Nel mondo finanziario le nuove tecnologie sembrano orientate ad operare su un piano bifronte. Difatti, si potrebbe sostenere che, da un lato, stia avvenendo una effettiva e totale disintermediazione delle attività e dei servizi e, dall'altro, una parallela e nuova intermediazione⁴.

Risulta opportuno (ri)considerare differentemente le attività tradizionali oggi semplificate attraverso i servizi digitalizzati, rispetto ad attività del tutto nuove⁵, che impiegano i più moderni strumenti tecnologici, quali sistemi dotati di Intelligenza Artificiale, *smart contract*, algoritmi sempre più sofisticati, *devices* connessi alla rete. Tali distinzioni sul piano empirico impongono inevitabilmente un approccio differente sul piano regolatorio.

un importante motore della trasformazione digitale dell'economia e della società», così Commissione Europea, *cit.*, spec. p. 2.

³ La locuzione *Fintech* è frutto della contrazione tra *finance* e *technology* e trova il corrispettivo nella lingua italiana nel neologismo «*tecnofinanza*». Questa locuzione è entrata a far parte del panorama economico-giuridico dei nostri giorni e si riferisce proprio alla interazione tra le nuove tecnologie e la finanza. Sebbene non vi sia una uniforme definizione di tale termine, con esso si potrebbe intendere «un'attività finanziaria alimentata dalle nuove tecnologie e che include l'intera gamma di servizi, prodotti e infrastrutture finanziarie», così come stabilito dalla Commissione per i problemi economici e monetari del Parlamento Europeo nella *Relazione sulla tecnologia finanziaria: l'influenza della tecnologia sul futuro del settore finanziario* (2016/2243(INI)), 2017, spec. p. 18. Si sottolinea nello stesso documento che esso riguarda «l'intero settore finanziario in tutte le sue componenti, dal settore bancario a quello assicurativo, i fondi pensione, la consulenza in materia di investimenti, i servizi di pagamento e le infrastrutture di mercato», spec. p. 4. Per un inquadramento generale del fenomeno, *ex multis* v. ALPA, *Fintech: un laboratorio per giuristi*, in *Contratto e impresa*, 2, 2019, 377 ss.; AA. VV., *Lo sviluppo del FinTech. Opportunità e rischi per l'industria finanziaria nell'era digitale*, in *Quaderni Fintech Consob*, 1, 2018; NICHOLLS, *Open Banking and the Rise of FinTech: Innovative Finance and Functional Regulation*, in *Banking & Finance Law Review*, vol. 35, 1, 2019; ANAGNOSTOPOULOS, *Fintech and regtech: Impact on regulators and banks*, in *Journal of Economics and Business*, 100, 2018, 7 ss.

⁴ Sulla sottile linea di demarcazione tra nuove attività finanziarie e nuove modalità di servizi tradizionali, v. LA SALA, *Intermediazione, disintermediazione, nuova intermediazione: i problemi regolatori*, in *Diritto del Fintech*, a cura di Cian e Sandei, Cedam, Padova, 2020, 4 ss. L'Autore, inoltre, sostiene che al fianco di questa flessibile e mutevole distinzione, si affiancano servizi mediani che corrispondono alla «ipotesi in cui il servizio è nuovo, ma non è autosufficiente, in quando deve necessariamente affiancarsi ad uno tradizionale di cui rappresenta un momento operativo innovativo», spec. p. 5.

⁵ Si pensi alle nuove attività di consulenza finanziaria automatizzata. Sul tema, si rimanda a PARACAMPO, *La consulenza finanziaria automatizzata*, in *FinTech. Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari*, a cura di Paracampo, Giappichelli, Torino, 2017, p. 127-146; AA. VV., *Valore della consulenza finanziaria e robo advice nella percezione degli investitori. Evidenze da un'analisi qualitativa*, n. 6, 2019; LENER, *La «digitalizzazione» della consulenza finanziaria. Appunti sul c.d. robo-advice*, in *Fintech: diritto, tecnologia e finanza*, a cura di Lener, Quaderni di Minerva Bancaria, 2, 2018; MAUME, *Regulating Robo-Advisory*, in *Texas International Law Journal*, vol. 51, 2019, pp. 50-87.

Uno dei principali problemi connessi alla regolamentazione del «*Fintech*» attiene proprio ad una diffusa “opacità regolatoria”⁶, dettata dalle difficoltà di individuare specificatamente operatori, attività o servizi da loro svolti. La sfida attuale, pertanto, ruota attorno all’esigenza di calibrare le esigenze di regolazione giuridica con le necessità di evoluzione fisiologica del mercato finanziario.

Oramai, le nuove tecnologie appartengono al presente di cui tutti noi tutti siamo attori e spettatori: “attori” in qualità di soggetti coinvolti direttamente nel processo evolutivo tecnologico e “spettatori” quali destinatari degli effetti che le grandi innovazioni determinano.

2. Un fenomeno nuovo del complesso e vivace mondo *Fintech* è quello che prende il nome di «*Initial Coin Offering*» (ICO), operazione finanziaria che sta assumendo una crescente rilevanza economica⁷ e, di riflesso, sta attirando una sempre maggiore attenzione sul piano regolatorio in Italia ed all’estero.

Il presente studio mira a compiere un inquadramento del funzionamento tecnico delle «*Initial Coin Offering*» nel più ampio contesto del mercato delle cripto-attività, vagliando la possibilità di ricondurre le complesse dinamiche del fenomeno all’interno di preesistenti categorie giuridiche o, alternativamente, di sondare l’opportunità di una regolazione *ad hoc* capace di recepire appieno le novità tecnico-giuridiche. Inoltre, lo studio intende approfondire ed interrogarsi sulla natura degli «*utility token*» ibridi, in quanto questi, più di altre fattispecie, pongono consistenti dubbi sul piano della loro qualificazione giuridica a causa di una complessa struttura funzionale.

Innanzitutto, per «*Initial Coin Offering*»⁸ si può intendere un innovativo mecca-

⁶ Sulle difficoltà connesse ad una uniforme e trasversale regolazione del fenomeno, v. MAGNUSON, *Regulating Fintech*, in *Vanderbilt Law Review*, vol. 71, 2019, p. 1204 ss.

⁷ Per una valutazione dell’impatto economico sul mercato finanziario, si rimanda allo studio condotto dal «*Securities and Markets Stakeholder Group*», che mette in evidenza come, a fronte di un numero elevato di *Initial Coin Offering* non andate a buon fine (specialmente nel periodo iniziale), la rilevanza economica di quelle correttamente concluse è notevole in termini di investimenti raccolti. Interessante, inoltre, l’approfondimento sulla distribuzione territoriale di queste iniziative economiche, che riflette l’assenza di una regolazione uniforme su scala globale. Cfr. Securities and Markets Stakeholder Group, *Own Initiative Report on Initial Coin Offerings and Crypto-Assets*, Advice to ESMA, 19 ottobre 2018.

⁸ Risulta opportuno sottolineare, in via preliminare, che si riconducono a questo fenomeno modalità di “offerta” alquanto diversificate tra loro. Il termine “*coin*” non deve, pertanto, condurre ad improprie riduzioni del tema sulla base di ragionamenti analogici fondati su preesistenti categorie giuridiche e/o istituti. L’eterogeneità dei *token* determina una inevitabile frammentazione anche sul piano fenomenologico. Dunque, il richiamo alla moneta non deve essere fuorviante in quanto ricomprende al suo interno cripto-attività ben distanti dalla “semplice” moneta virtuale. Si noti che la più recente tendenza evidenzia il sempre maggiore ricorso a «*Security Token Offering*» (STO), vale a dire modelli di offerta di *token* che si identificano principalmente in prodotti e strumenti finanziari. Volendo, quindi, generalizzare si potrebbe parlare più correttamente di «*Initial Token Offering*». Sul punto, v. Deloitte, *Are token assets the securities of tomorrow?*, Whitepaper, 2019, p. 7 ss. Per una valutazione nell’ordinamento statunitense, v. MENDELSON, *From Initial Coin Offerings to Security Tokens: A U.S. Federal Securities Law Analysis*, *Stanford Technology Law Review*, vol. 22, p. 55 ss.

nismo di raccolta di finanziamento per progetti imprenditoriali che sfrutta le trame della disintermediazione tipica della tecnologia *blockchain*⁹.

L'emittente pubblica sul proprio sito internet un prospetto, il c.d. «*white paper*», contenente la descrizione del proprio progetto imprenditoriale.

La presenza di un prospetto informativo¹⁰ è necessaria ai fini della delimitazione della tipologia del progetto imprenditoriale che si vuole intraprendere e dei *token* che si vorranno immettere sul mercato¹¹.

L'offerta è rivolta ad un numero indefinito di destinatari ed è diretta a finanziare il progetto attraverso l'acquisto in rete con moneta avente corso legale o con criptovaluta¹² di un certo numero di *token*¹³. L'emittente che può essere una persona fisica

⁹ L'*European Market and Securities Authority* (ESMA) definisce l'ICO come «an operation through which companies, entrepreneurs, developers or other promoters raise capital for their projects in exchange for crypto-assets (often referred to as 'digital tokens' or 'coins'), that they create». Cfr. ESMA, *Initial Coin Offerings and Crypto-Assets*, Advice, 9 gennaio 2019, p. 43.

¹⁰ Il «*white paper*» richiama inevitabilmente il prospetto da pubblicare per l'offerta al pubblico di sottoscrizione o vendita e anche per l'ammissione alla negoziazione dei servizi finanziari, come disciplinato dal Regolamento (UE) 2017/1129, che ha abrogato la Direttiva 2003/71/CE. Si noti, però, che il contenuto dei «*white paper*» non è spesso dettagliatamente definito e può risultare poco comprensibile agli investitori, facendo riferimento agli standard tecnici che l'offerta dovrà assumere. Pertanto, esso, seppur astrattamente assimilabile, presenta delle notevoli differenze dal prospetto richiesto dalla normativa europea e dalla disciplina nazionale all'art. 94 del T.U.F., essendo richiesta, invece, una struttura estremamente precisa che possa rappresentare un presidio di sicurezza per i soggetti coinvolti nelle operazioni finanziarie. Sul punto, la recente «*Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo ai mercati delle crypto-attività*» (art.5) stabilisce in dettaglio il contenuto del *white paper*, introducendo, di fatto, una disciplina che si avvicina profondamente a quella del Regolamento (UE) 2017/1129. Il passo compiuto in sede europea, seppur non definitivo, rappresenta, però, uno *input* determinante nella corretta regolamentazione del fenomeno.

¹¹ Talvolta il prospetto è arricchito da un documento che sintetizza le caratteristiche che assumeranno i futuri *token* immessi sul mercato. Il documento prende il nome di «*Simple Agreement for Future Tokens*».

¹² Le cripto-valute maggiormente utilizzate per questo tipo di investimenti sono *Bitcoin* ed *Ether*. Proprio le criptovalute, ed in particolare i *Bitcoin*, costituiscono la primissima applicazione della *blockchain*. Sul tema, oltre agli autori che verranno citati nel prosieguo si vedano, nella dottrina italiana, i seguenti contributi: CALONI, *Bitcoin: profili civilistici e tutela dell'investitore*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2019, p. 159 ss.; CIAN, *La criptovaluta - Alle radici dell'idea giuridica di danaro attraverso la tecnologia: spunti preliminari*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2019, I, p. 315 ss.; RUBINO DE RITIS, *Obbligazioni pecuniarie in criptomoneta*, in *Giustiziacivile.com*, 2018; V. DE STASIO, *Verso un concetto europeo di moneta legale: valute virtuali, monete complementari e regole di adempimento*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2018, p. 747 ss.; BOCCHINI, *Sviluppo della moneta virtuale: primi tentativi di inquadramento e disciplina tra prospettive economiche e giuridiche*, in *Dir. inf.*, 2017, p. 27 ss.; LEMME e PELUSO, *Criptomoneta e distacco dalla moneta legale*, in *Rivista di diritto bancario*, 2016; GASPARRI, *Timidi tentativi giuridici di messa a fuoco del bitcoin: miraggio monetario crittoanarchico o soluzione tecnologica in cerca di un problema?*, in *Dir. inf.*, 2015, p. 415 ss.; VARDI, «*Criptovalute*» e dintorni: alcune considerazioni sulla natura giuridica dei bitcoin, in *Dir. inf.*, 2015, p. 443 ss. Sul rapporto con i sistemi *blockchain*, v. FAUCEGLIA, *La tecnologia blockchain: bitcoin e smart contract*, in *Diritto delle comunicazioni*, a cura di Bruno, Giapichelli, Torino, 2019, p. 249 ss. Sulla natura non monetaria dei *Bitcoin* e sulla loro riconducibilità agli strumenti finanziari, si rimanda a Trib. Verona 24 gennaio 2017, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2017, p. 467 ss.

¹³ Sul punto, è necessario evidenziare che l'acquisto di *token* mediante *Bitcoin* o altre simili cripto-valute sembra travalicare i confini del modello contrattuale della vendita, rappresentando, di fatto, uno schema nego-

o giuridica, nonché una *start-up* in fase di lancio, sfrutta appieno tutte le potenzialità della rete, compiendo ampie campagne pubblicitarie, anche attraverso i vari canali dei *social network* con l'obiettivo di rivolgersi ad un pubblico sempre più vasto.

Solitamente vengono predeterminati un ammontare minimo¹⁴ di finanziamenti, il c.d. «*min cap*», ed una precisa data di scadenza dell'offerta. Prima dell'apertura dell'offerta, la *ICO* può essere preceduta da una fase preliminare di vendita (c.d. «*Pre-ICO*»), durante la quale viene venduto sul mercato un numero ristretto di *token* ad un prezzo inferiore rispetto a quello di vera e propria vendita¹⁵.

Se al momento della scadenza non si è raggiunto l'ammontare minimo, i fondi raccolti verranno restituiti automaticamente agli investitori attraverso l'attivazione di un processo automatico che sfrutta gli *smart contract*¹⁶ connessi all'offerta. Se, viceversa, si sarà raggiunto il termine minimo prefissato, i *token* oggetto dell'offerta verranno attribuiti ai singoli sottoscrittori attraverso il medesimo processo automatizzato garantito dai suddetti protocolli informatici¹⁷.

Innanzitutto, va da subito notata la stretta correlazione tra queste nuove forme di appello al pubblico risparmio e la tecnologia *blockchain*, che le rende, di fatto, non solo possibili ma anche efficienti in termini di costi e fattibilità tecnica.

Senza entrare nel merito della discussione riguardante questa nuova tecnologia, la *blockchain* va intesa come «una modalità particolarmente trasparente e decentra-

ziale più vicino alla permuta, avendo, infatti, per oggetto il trasferimento reciproco della proprietà di cose o di altri diritti, come ricorda l'art. 1552 cod. civ. La ragione di questo «avvicinamento» è dettata dalla natura stessa delle cripto-valute che mette in risalto la loro funzione prevalentemente finanziaria e l'assenza di un universale riconoscimento come mezzo di pagamento tradizionale. In tal senso, v. CALONI, *op.cit.*, spec. p. 172. L'Autore sostiene che «lo scambio di altri beni contro bitcoin rientra invece nello schema negoziale della permuta, con la quale la proprietà di bitcoin viene trasferita in cambio della proprietà di un altro bene o contro un altro diritto», escludendo l'assimilazione del *Bitcoin* alla moneta avente corso legale, data l'intrinseca volatilità del suo prezzo e in mancanza delle tradizionali caratteristiche funzionali della moneta secondo la teoria economica (*rectius*: mezzo di pagamento, riserva di valore e unità di conto).

¹⁴ Può accadere, molto più raramente, che sia fissato un ammontare massimo di raccolta, legato al numero di *token* che si vorranno immettere sul mercato (il c.d. *hard cap*).

¹⁵ Sul punto, v. PIRANI, *Gli strumenti della finanza disintermediata: Initial Coin Offering e blockchain*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 1, 2019, p. 334 ss.

¹⁶ Il legislatore italiano con il d.l. n. 135 del 2018 (convertito con modificazioni dalla l. n. 12 dell'11 febbraio 2019), all'art. 8-ter, co. 2, afferma che «si definisce “*smart contract*” un programma per elaboratore che opera su tecnologie basate su registri distribuiti e la cui esecuzione vincola automaticamente due o più parti sulla base di effetti predefiniti dalle stesse. Gli *smart contracts* soddisfano il requisito della forma scritta previa identificazione informatica delle parti interessate, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'Agenzia per l'Italia digitale con linee guida da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto». Sull'applicazione degli *smart contract* nel conterminare settore bancario, si è consentito rimandare a BATELLI e INCUTTI, *Gli smart contracts nel diritto bancario tra esigenze di tutela e innovativi profili di applicazione*, in *Contratto e impresa*, 3, 2019, p. 925 ss.

¹⁷ Per una corretta disamina del funzionamento tecnico delle *ICO*, v. SANDEI, *Initial Coin Offering e appello al pubblico risparmio*, in *Diritto del Fintech*, cit., p. 277 e ss.

lizzata per la registrazione di elenchi di transazioni»¹⁸, attraverso un protocollo di comunicazione che si basa su un *database* distribuito, in cui i dati vengono memorizzati su diverse ed autonome macchine, i c.d. nodi, connesse in un rapporto assimilabile, per certi versi, alle reti *peer-to-peer*. Esse sono, letteralmente, delle catene di blocchi che presentano il carattere tipico della disintermediazione, differenziandosi, quindi, dai tradizionali registri informatici, di natura centralizzata o decentralizzata¹⁹.

Per le caratteristiche tecnico-funzionali che essa presenta, la *blockchain*²⁰ garantisce immodificabilità dei dati inseriti, trasparenza delle informazioni concernenti le transazioni compiute lungo la catena e tracciabilità delle operazioni compiute.

Ai fini del presente discorso e anticipando questioni che verranno successivamente analizzate con maggiore accuratezza, è opportuno ricordare che tali sistemi si distinguono in catene «*permissionless*», prive di sistemi centrali di autorizzazione o di preventiva identificazione e «*permissioned*», in cui opera una sorta di filtro centrale che funge da “blocco” di validazione dell’accesso al sistema. A tal riguardo, bisogna aggiungere che per la realizzazione di una *ICO* si può ricorrere indistintamente a *blockchain* già esistenti o a sistemi nativi, cioè creati appositamente per queste operazioni²¹.

3. Alla base di ogni singola *ICO* risiede il processo di «*tokenizzazione*», il quale consiste nella conversione tramite criteri crittografici di diritti di diversa natura in

¹⁸ BOUCHER, *Come la tecnologia blockchain può cambiarci la vita*, Servizio di ricerca del Parlamento Europeo, Febbraio 2017, spec. p. 4

¹⁹ La *blockchain*, *species* tecnologica del più ampio *genus* della c.d. «*Distributed Ledger Technology*», è un sistema distribuito in cui ogni nodo può svolgere una doppia funzione, comportandosi sia come un operatore *client* sia come un *server*, detentore di una copia del registro in cui è inserito. Questo garantisce una notevole resistenza ad attacchi esterni, in quanto per poter modificare una singola parte della catena, sarebbe necessario ottenere il “consenso” di tutti gli altri nodi o della maggioranza degli stessi, a seconda delle tipologie funzionali prescelte. (cfr. IANSITI e LAKHANI, *The truth about Blockchain*, in *Harvard Business Review*, January – February Issue, 2017).

²⁰ Nell’ordinamento italiano, il primo comma dell’art. 8-ter del d.l. n. 135 del 2018 definisce le tecnologie basate su registri distribuiti, come «le tecnologie e i protocolli informatici che usano un registro condiviso, distribuito, replicabile, accessibile simultaneamente, architetturealmente decentralizzato su basi crittografiche, tali da consentire la registrazione, la convalida, l’aggiornamento e l’archiviazione di dati sia in chiaro che ulteriormente protetti da crittografia verificabili da ciascun partecipante, non alterabili e non modificabili». Inoltre, il terzo comma sancisce che le validazioni temporali effettuati mediante tali tecnologie producono i medesimi effetti giuridici della validazione temporale elettronica prevista dall’art. 41 del Regolamento (UE) n. 910/2014.

²¹ Un fenomeno simile ed alternativo è quello delle «*Initial Exchange Offering*» (IEO), attraverso cui l’emittente-offerente raccoglie capitali presso il pubblico offrendo i *token* in vendita direttamente su un’unica piattaforma di «*exchange*», senza ricorrere ad una preventiva offerta. In questo caso, quindi, i due mercati (primario e secondario) dei *token* si fondono in un unico momento di emissione e di ammissione ai mercati di *trading*.

un *token* digitale registrato su un sistema dotato di tecnologia *blockchain*²². Il collegamento tra il mondo reale (quindi, il bene o il diritto “*tokenizzato*”) ed il mondo virtuale è rappresentato da uno *smart contract*²³.

Sul piano del processo tecnico impiegato, la «*tokenizzazione*» sembra presentare similitudini con il metodo di “creazione” delle *securities* nella sua funzione di incorporazione dei diritti all’interno di un singolo certificato²⁴.

In via generale, dunque, il *token* costituisce una rappresentazione digitale e crittografica di specifici rapporti giuridici. Come si può notare dalle trame del funzionamento tecnico di una *ICO*, a monte del pagamento di un corrispettivo, sussiste l’impegno del soggetto emittente di realizzare dei *token*, o più correttamente cripto-attività («*crypto-assets*» nella versione inglese), quali forme digitali rappresentative di diritti connessi ad investimenti in specifici progetti imprenditoriali.

A livello nazionale e sovranazionale, manca una definizione univoca delle cripto-attività a causa della frenetica velocità a cui l’innovazione tecnologica propone prospettive nuove, proprio come sottolineato sia dalla EBA sia dall’ESMA nei loro studi sul tema²⁵.

Sembra, però, diffusamente condivisa²⁶ la catalogazione proposta dall’Autorità federale di vigilanza sui mercati finanziari della Svizzera²⁷ (FINMA), sulla base della

²² «*Tokenisation is a method that converts rights to an asset into a digital token*», ESMA, *op. cit.*, p. 18.

²³ In tema si vedano: PELLEGRINI, *Prestazioni auto-esecutive. Smart contract e dintorni*, in *Comparazione e diritto civile*, 3, 2019, spec. p. 847-848; GUGGENBERGER, *The Potential of Blockchain Technology for the Conclusion of Contracts*, in *Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps*, Aa. Vv., Nomos/Hart ed., 2017, p. 85 ss. E da ultimo per tutti si veda lo studio di MAUGERI, *Smart Contracts e disciplina dei contratti*, Il Mulino, Bologna, 2020.

²⁴ È quanto sostenuto anche dalla Consob che afferma che la *tokenizzazione* «presenta profili di analogia con il meccanismo di “creazione” di securities, ovvero l’incorporazione dei diritti del sottoscrittore in un certificato, che costituisce titolo di legittimazione per il loro esercizio ma anche uno strumento per la più agevole trasferibilità dei medesimi», così Consob, *Le offerte iniziali e gli scambi di cripto-attività*, Documento per la Discussione, 19 marzo 2019, spec. p. 2.

²⁵ «Crypto-assets are a type of private asset that depends primarily on cryptography and Distributed Ledger Technology (DLT). There are a wide variety of crypto-assets», così ESMA, *op. cit.*, spec. p. 2. In relazione ai *token* che si sostanziano in strumenti finanziari, l’ESMA propone due approcci differenti: da un lato, introdurre una disciplina speciale che possa tutelare al meglio il consumatore-investitore e dell’altro, l’approccio di c.d. «*Do Nothings*», vale a dire lasciare che il fenomeno si evolva liberamente (cfr. ESMA, *op. cit.*, p. 40 ss.). Si sottolinea, inoltre, anche la fonte “disintermediata” delle cripto-attività, le quali sono generate diffusamente sulla rete senza l’intervento di una autorità centrale. Questo elemento è fortemente sottolineato dall’EBA. Sul punto, si legge che «crypto-asset [...] is neither issued nor guaranteed by a central bank or public authority and can be used as a means of exchange and/or for investment purposes and/or to access a good or service», EBA, *Report with advice for the European Commission on crypto-assets*, 9 gennaio 2019, spec. p. 11).

²⁶ La presente tassonomia è ripresa dalle autorità europee negli studi *supra* citati e, tra gli altri, dalla *Financial Conduct Authority* (FCA) del Regno Unito. (cfr. FCA, *Guidance on Cryptoassets*, Policy Statement, luglio 2019).

²⁷ FINMA, *Guida pratica per il trattamento delle richieste inerenti all’assoggettamento in riferimento alle Initial coin offering (ICO)*, 16 febbraio 2018 (disponibile anche in lingua italiana).

funzione economica svolta dal *token*. Apprezzabile è stato, infatti, il tentativo di ridurre a grandi categorie il *genus* ampio ed eterogeneo delle cripto-attività, con la consapevolezza di un aggiornamento - facilmente ipotizzabile - dell'elencazione suggerita, senza alcuna pretesa di tassatività²⁸.

I *token* sono, così, suddivisi in tre categorie: a) i *token* di pagamento (*payment token*), vale a dire le cripto-valute o monete virtuali; b) i «*token* di utilizzo» (*utility token*), ossia quei *token* che attribuiscono al titolare il diritto di utilizzare o di godere di un bene o di un servizio (fisico o digitale) presente o futuro; ed infine, c) i «*token* d'investimento» (*asset od investment token*), che «possono rappresentare, in particolare, un credito ai sensi del diritto delle obbligazioni nei confronti dell'emittente oppure un diritto sociale ai sensi del diritto societario»²⁹. A questa tripartizione³⁰ si affianca la fattispecie aperta dei *token* ibridi, i quali possono combinare al proprio interno funzioni ed elementi tipici delle singole cripto-attività³¹.

La tripartizione qui considerata è confermata anche dalla recente «*Proposta di Regolamento relativo ai mercati delle cripto-attività*»³². Le tre categorie, anch'esse fondate sulla funzione economica svolta dai *token*, prendono il nome di a) *token* di moneta elettronica³³, b) *utility token* e c) *token* collegati ad attività. Quest'ultima formulazione, più «ampia» sul piano strettamente terminologico, sembrerebbe corrispondere a tutte quelle attività finanziarie che possano essere rese attraverso un processo di *tokenizzazione*³⁴, che abbiano un valore stabile e che presentino profili di evidente finanziarietà.

²⁸ Cfr. GITTI, MAUGERI e FERRARI, *Offerte iniziali e scambi di cripto-attività*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 1, 2019, spec. p. 97.

²⁹ Così, FINMA, *op.cit.*, spec. p. 3.

³⁰ Come ritenuto dall'Autorità svizzera se i «*payment token*» e gli «*utility token*» puri non possono considerarsi come strumenti finanziari, gli «*asset token*» sono, invece, assimilabili ai valori mobiliari, in quanto costituiscono un valore negoziabile sul mercato, come stabilito dall'art. dell'art. 2, lett. b), della legge svizzera sull'infrastruttura finanziaria. Per una analisi approfondita dell'impostazione seguita dall'Autorità svizzera, v. PIRANI, *op.cit.*, spec. p. 337 e ss.

³¹ GITTI, *Emissione e circolazione di criptoattività tra tipicità e atipicità nei nuovi mercati finanziari*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1, 2020, p. 13 ss.

³² *Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo ai mercati delle cripto-attività e che modifica la direttiva (UE) 2019/1937*, Bruxelles, 24.9.2020, COM (2020) 593 final, spec. p. 19 ss.). Questa tassonomia è anticipata con nettezza anche dal *considerando* 9 della Proposta. Senza entrare nel merito dell'analisi del testo, è opportuno, però, sottolineare che la Proposta in esame abbia un campo applicativo definito in «negativo» dall'art. 2 par.2, applicandosi, difatti, alle sole cripto-attività che non trovino già una cornice legislativa di riferimento in ambito europeo.

³³ Il riferimento sembrerebbe essere orientato maggiormente verso i c.d. «*stable coins*» di recente emersione che presentano minori rischi sotto il profilo della volatilità dei mercati, in quanto fondano il loro prezzo su un mezzo di scambio stabile, come, ad esempio, una moneta fiat.

³⁴ Art. 3 n.3, *Proposta di Regolamento relativo ai mercati delle cripto-attività*, cit.: «un tipo di cripto-attività che intende mantenere un valore stabile facendo riferimento al valore di diverse monete fiduciarie aventi corso legale, di una o più merci o di una o più cripto-attività, oppure di una combinazione di tali attività».

In linea più generale, l'art. 3 della Proposta propone una definizione di «cripto-attività» fortemente descrittiva, quale «una rappresentazione digitale di valore o di diritti che possono essere trasferiti e memorizzati elettronicamente, utilizzando la tecnologia di registro distribuito o una tecnologia analoga»³⁵.

Il problema passa dalla mera classificazione fenomenologica dei *token* alla loro, ben più complessa, qualificazione giuridica. Ulteriore profilo di rischio è quello relativo alla sempre più diffusa ibridazione dei *token* che determina una sempre maggiore complessità di qualificazione del fenomeno³⁶.

Infatti, come si analizzerà in dettaglio successivamente, gli «*utility token*» oltre a concedere il diritto di godimento di un bene o di un servizio, talvolta, possono offrire rendimenti di natura finanziaria che li pongono in una zona di confine tra due diversi insiemi di indagine: da un lato, quello, empiricamente più immediato, che li riconduce al loro ambito “consumeristico” di appartenenza e, dall'altro, quello che mira, invece, a verificare la prevalenza della concreta funzione di queste cripto-attività. Nel prosieguo di questo studio, si cercherà di percorrere la prospettiva delineata dal secondo di questi insiemi di indagine.

In considerazione di ciò, al fianco del tentativo di ricondurre le varie tipologie di *token* a paradigmi più facilmente adattabili, basandosi sulla loro funzione economica³⁷, resta sempre da chiarire l'aspetto “dinamico” di questi «*crypto-assets*». Infatti, i *token* vivono (spesso, ma non sempre) di due fasi: quella della loro emissione e la successiva fase della loro circolazione e, quindi, della loro negoziabilità su appositi mercati di *exchange*³⁸. Ed allora, appare chiaro che né l'approccio statico né quello dinamico siano sufficienti da soli, ma necessitino inevitabilmente della reciproca integrazione per poter offrire una chiave interpretativa “universale” che sappia cogliere le molteplici sfaccettature dei *token*³⁹.

4. Emerge con evidenza, nella disamina di questo nuovo e scivoloso processo tecnologico, la necessità di risolvere la questione definitoria sul piano, prima, fenomenologico e, poi, giuridico.

Nel nostro ordinamento, il primo tentativo di affrontare il problema qualificatorio delle cripto-attività connesse ad un *ICO* è riconducibile all'attività compiuta

³⁵ Art. 3 n. 2.

³⁶ Per tutti, BENEDETTI, *Sull'in-certezza del diritto. Dal dogma della certezza a un'ermeneutica critica*, in ID., *Oltre l'incertezza. Un cammino di ermeneutica del diritto*, Il Mulino, Bologna 2020, p. 137 ss.

³⁷ Si potrebbe parlare in tal senso di un approccio «*bottom-up*» che si focalizza sulla natura *ex se* dei *token*. Sarebbe, però, preferibile affiancare a questa prospettiva, un metodo di analisi «*top-down*», muovendo dallo studio dei *token* e delle loro funzioni nel mercato secondario di *trading* per poi risalire alla fase iniziale di emissione. A favore di questa impostazione, v. ANNUNZIATA, *La disciplina delle trading venues nell'era delle rivoluzioni tecnologiche: dalle criptovalute alla distributed ledger technology*, in *Orizzonti dir. comm.*, 2018, p. 3 ss.

³⁸ Sul punto, v. GITTI, MAUGERI e FERRARI, *op.cit.*, p. 99.

³⁹ In questa direzione, v. SANDEI, *op.cit.*, spec. p. 290 ss.

dalla Consob⁴⁰ attraverso la pubblicazione di un iniziale documento per la discussione⁴¹ a cui ha fatto seguito il Rapporto finale del 2 gennaio 2020.

Il punto di vista assunto dalla Consob è stato quello di qualificare le «cripto-attività» come attività diverse dagli strumenti finanziari di cui all'art. 1, co. 2 del TUF e dai prodotti di investimento di cui al co. 1, lettere *w-bis.1*, *w-bis.2* e *w-bis.3* e consistenti nella rappresentazione crittografica di diritti connessi ad investimenti in specifici progetti imprenditoriali⁴². Questi *token* devono essere, da un lato, emessi, conservati e trasferiti attraverso sistemi DLT⁴³ e, dall'altro, devono essere negoziati o destinati alla negoziazione in una o più piattaforme di scambio⁴⁴.

Sono, pertanto, esclusi i «*payment token*» e i «*token* di investimento»: i primi per la loro funzione di moneta virtuale; i secondi, invece, per le peculiari caratteristiche che vanno più facilmente ad integrare le fattispecie degli strumenti finanziari o dei prodotti finanziari⁴⁵.

I *token* delineati dalla Consob rappresentano, quindi, una categoria *ad hoc* e sollecitano, così, «la previsione di una disciplina speciale delle cripto-attività»⁴⁶ capace di affrontare al meglio le particolarità del fenomeno.

A dire il vero, i *token* così descritti possono presentare dei profili di analogia con i prodotti finanziari *ex. art. 1, co. 1 lett. u del T.U.F.*⁴⁷, «in quanto comunque caratterizzati dall'investimento di un capitale finanziario, dall'assunzione del relativo rischio e da un'aspettativa di rendimento»⁴⁸. Non viene chiarito, però, se in questi casi vada applicata la disciplina «speciale» prospettata o se sia preferibile ricondurre queste ipotesi a categorie preesistenti, applicando, quindi, la disciplina «tradizionale» di riferimento. Sarebbe, piuttosto, che venga definita una sorta di «intersezione

⁴⁰ L'autorità italiana, in realtà, aveva già affrontato indirettamente il problema delle cripto-attività in alcuni precedenti provvedimenti volti alla sospensione in via cautelare delle offerte di alcuni *token*. Si vedano, in particolare, Delibera Consob n. 20660 del 31 ottobre 2018 (*Togatoken*), Delibere nn. 20740 e 20741 del 12 dicembre 2018 (*Green Earth e Bitsurgetoken*).

⁴¹ Consob, «*Le offerte iniziali e gli scambi di cripto-attività*», *Documento per la discussione*, 19 marzo 2019.

⁴² Sul punto, nel Rapporto finale si chiarisce che, onde evitare indebite e preventive esclusioni di *token* non direttamente connessi con specifici progetti imprenditoriali, «si ribadisce la preferibilità di non vincolarsi a definizioni precostituite, potendo trattarsi di progetti in uno stato embrionale così come di attività in uno stato di maggiore avanzamento», Consob, *Rapporto finale*, p. 4.

⁴³ Ciò indica l'esclusività dell'infrastruttura tecnologica di supporto a questo tipo di processi crittografici, diventando elemento costitutivo della stessa fattispecie fornita all'interno del Documento. Il richiamo è generico ed è a tutte le tecnologie dotate di registri distribuiti. Mancano, però, riferimenti tecnici che possano maggiormente specificare le caratteristiche strutturali che questi sistemi di emissione-scambio devono avere. Il rischio, a tal riguardo, è quello di non comprendere nello sforzo regolatorio fenomeni che rispecchiano peculiarità tecnico-informatiche diverse dal disegno regolatorio proposto ma che, invece, coincidono sul piano delle funzioni con gli obiettivi di disciplina perseguiti.

⁴⁴ Cfr. Consob, *Documento per la discussione*, cit., spec. p. 6.

⁴⁵ In questi casi si applicherà la disciplina nazionale ed europea prevista per le fattispecie ad essi riconducibili.

⁴⁶ Consob, *Documento per la discussione*, cit., p. 7.

⁴⁷ Diversa, chiaramente, è l'ipotesi dei *token* che siano totalmente riconducibili ai prodotti finanziari.

⁴⁸ Consob, *Documento per la discussione*, cit., p. 7

tra due insiemi»⁴⁹, potendo rientrare nell'ampia definizione fornita sia i *token* sussu-
mibili anche all'interno della disciplina dei prodotti finanziari sia i *token* che non
sono in alcun modo ad essi riconducibili.

Ciò che è certo, invece, è che elemento costitutivo delle cripto-attività sia la loro
negoziabilità. Esse, infatti, devono essere destinate alla negoziazione su sistemi di
scambio appositamente predisposti, le c.d. piattaforme «*exchange*».

Il limite della negoziabilità dei *token* (attuale o futura) pone delle zone d'ombra
all'interno del programma di chiarificazione della Consob. Difatti, come sembra
emergere dalle osservazioni compiute in sede di Rapporto finale, non è necessario
che il *token* sia già pronto per la negoziazione ma è indispensabile che al momento
della sua emissione, all'interno del *white paper*, sia indicata la futura destinazione
alla negoziazione⁵⁰.

Aderendo a questa prospettiva, si devono necessariamente escludere dallo schema
di regolazione speciale tutti quei *token* che, seppur connessi ad un progetto impre-
ditoriali, non siano in alcun modo destinati allo scambio.

Un aspetto meritevole di apprezzamento consiste nel tentativo di far rientrare
all'interno del paradigma definitorio delineato dalla Consob anche quegli «*utility
token*» che siano dotati di prospettive di rendimento finanziario. La Consob ricorda,
infatti, che gli investimenti di natura finanziaria riconducibili alla categoria dei pro-
dotti finanziari sono tutte quelle proposte di investimento che implicino la com-
presenza di tre elementi: (i) l'impiego di un capitale, (ii) la promessa o l'aspettativa
di un rendimento di natura finanziaria⁵¹ e, (iii) l'assunzione di un rischio diretta-
mente connesso e correlato all'impiego di capitale.

In altri suoi provvedimenti, la stessa Consob aveva già ulteriormente affinato
questi criteri valutativi, stabilendo che una operazione presenta gli elementi distin-
tivi di un investimento di natura finanziaria se «l'atteso incremento di valore del
capitale impiegato (ed il rischio ad esso correlato) sia elemento intrinseco all'opera-
zione stessa»⁵².

⁴⁹ GITTI, MAUGERI e FERRARI, *op. cit.*, spec. p. 103.

⁵⁰ Rimane il dubbio circa quei *token* che, sebbene non inizialmente previsti come *token* destinati alla negozia-
zione, siano successivamente immessi all'interno di sistemi di scambio (cfr. Consob, *Rapporto Finale*, spec.
5-6).

⁵¹ La prospettiva di rendimento deve essere intesa quale eventuale accrescimento della somma investita, senza
alcuna prestazione ulteriore se non quella della dazione della somma di danaro. Sul tema, v. Cass. Civ., Sez.
II, n. 2736 del 2013 in *Contratti*, 2013, 1105; secondo cui «la causa negoziale è finanziaria [allorquando] la
ragione giustificativa del contratto, e non il suo semplice motivo interno privo di rilevanza qualificante,
consiste proprio nell'investimento del capitale (il "blocco" dei risparmi) con la prospettiva dell'accrescimen-
to delle disponibilità investite, senza l'apporto di prestazioni da parte dell'investitore diverse da quella di
dare una somma di danaro».

⁵² Cfr. Consob, comunicazione n. DTC/13038246 del 6 maggio 2013.

Proprio da quest'ultimo orientamento è possibile ricavare un prezioso corollario che ben si adatta al mercato delle cripto-attività: la causa in concreto⁵³ del contratto può rappresentare una nuova prospettiva di analisi e di qualificazione di questi *token*⁵⁴.

La Consob non si è, però, limitata allo spazio definitorio delle cripto-attività ma ha voluto inquadrare il fenomeno anche dal lato degli operatori coinvolti. A questo riguardo, si forniscono due distinte definizioni: da un lato, quella della piattaforma coinvolta nella fase di emissione e dall'altro, quella del sistema di scambio adoperato nella successiva fase di negoziazione.

La piattaforma per le offerte di cripto-attività deve essere considerata come «una piattaforma on line che abbia come finalità esclusiva la promozione e realizzazione di offerte di cripto-attività di nuova emissione»⁵⁵. I sistemi di scambio dei *token*⁵⁶, invece, si possono definire come un «insieme di regole e di strutture automatizzate, che consente di raccogliere e diffondere proposte di negoziazione di cripto-attività e di dare esecuzione a dette proposte, anche attraverso tecnologie basate su registri distribuiti»⁵⁷.

In merito al funzionamento delle piattaforme dedicate alle offerte di cripto-attività, viene prospettata l'estensione della normativa prevista per i gestori di portali per la raccolta di capitali di rischio (c.d. piattaforme di *crowdfunding*)⁵⁸, la cui attività è definita dal regolamento Consob n. 18592 del 26 giugno 2013⁵⁹.

⁵³ Sull'adesione giurisprudenziale a questo nuovo filone interpretativo della causa del contratto, v., *ex multis*, Cass., III sez. civ., sentenza del 08 maggio 2006 n. 104, in *Corriere giur.*, 2006, 1718. La Suprema Corte sostiene, infatti, una ridefinizione della nozione di causa fin ad allora intesa, affermando che «lo scopo pratico del negozio, la sintesi, cioè, degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare (c.d. causa concreta), quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato».

⁵⁴ In questo senso, è «indispensabile capire quale sia il rapporto negoziale sottostante che giustifica l'emissione del *token* (: la causa negoziale), tenendo presente l'ulteriore (ed eventuale) circostanza, per così dire "estrinseca" al *token*, che questo sia negoziato o destinato alla negoziazione su uno o più sistemi di scambio», M. DE MARI, *Prime ipotesi per una disciplina italiana delle Initial Token Offerings (ITOs): token crowdfunding e sistemi di scambio di crypto-asset*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, 2, 2019, spec. p. 288.

⁵⁵ Consob, *Documento per la discussione*, cit., p. 8. In relazione a ciò, va sottolineato che la Consob sembrerebbe prendere in considerazione i soli *token* che siano stati, prima, emessi attraverso una *ICO* e, poi, successivamente negoziati sui sistemi di scambio. Questo approccio lo si può evincere dallo stesso titolo del documento iniziale della Consob («*Le offerte iniziali e gli scambi di cripto-attività*») che mette in evidenza la due fasi di emissione e negoziazione quali elementi "costitutivi" del fenomeno.

⁵⁶ Questi sistemi si dividono, a loro volta, in due principali categorie: le piattaforme «*with order book*», cioè sistemi dotati di un *book* di negoziazione, che provvede al *matching* tra gli ordini e le piattaforme di «*direct trading*», che, invece, consentono una negoziazione diretta tra le parti (una sorta di sistema *peer-to-peer*).

⁵⁷ *Ivi*, p. 12.

⁵⁸ Questi soggetti devono rispettare i requisiti indicati all' art. 50-*quinquies* del d. lgs. n. 58 del 1998 (TUF), necessari ai fini della autorizzazione allo svolgimento di questo tipo di attività.

⁵⁹ In ambito europeo, si ricorda il *Regolamento (UE) 2020/1503 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 7 Ottobre 2020 relativo ai fornitori europei di servizi di crowdfunding per le imprese*, che modifica il regolamento (UE) 2017/1129 e la direttiva (UE) 2019/1937.

La proposta di regolamentazione in esame è orientata all'introduzione di un regime di «*opt-in*»⁶⁰ che lascia al singolo emittente-offerente la scelta di ricorrere, per l'emissione di *token*, al paradigma di regole così come definite dall'Autorità o, alternativamente, di agire al di fuori di questi confini. L'applicazione della disciplina su base volontaria rischia, però, di offrire un quadro frammentato e pericoloso per l'investitore⁶¹.

In questo, forse, il documento mostra la sua “debolezza”⁶²: ad un corretto inquadramento fenomenologico e ad un apprezzabile sforzo definitorio non è seguito un deciso inquadramento di disciplina utile a comprendere più approfonditamente le evoluzioni (e peculiarità) del mercato delle cripto-attività.

È il mercato stesso, infatti, a richiedere regole ben definite per poter procedere liberamente senza la preoccupazione di incorrere in zone grigie all'interno della cornice normativa⁶³. Allo stesso tempo, però, sarebbe opportuno non sfociare in un frenetico processo di regolazione che, nel tentativo di anticipare i fenomeni tecnologici, si affatica a predisporre argini inidonei ai cambiamenti in atto⁶⁴.

L'incertezza delle regole⁶⁵, per la loro molteplicità, variabilità e per l'intrinseca ambiguità dei testi anche di *soft law* proposti, rischia di limitare molto l'efficacia di

⁶⁰ Sorge spontaneo domandarsi se quei *token* tagliati fuori dalla definizione di cripto-attività vista, possano comunque usufruire di questa disciplina speciale e volontaria per la loro emissione nel mercato primario.

⁶¹ «[...] una disciplina derogabile che mal si accorda con la tutela dell'investitore e che può disorientare e risultare frammentata. Può disorientare tanto gli investitori nella percezione dell'effettiva disciplina applicabile quanto gli stessi enti emittenti i *token*», così DE MARI, *op.cit.*, spec. p. 307.

⁶² «[...] la proposta regolamentare dell'Autorità di vigilanza appare troppo timida», SANDEI, *Le Initial Coin Offering nel prisma dell'ordinamento finanziario*, in *Rivista di dir. civ.*, 2, 2020 spec. p. 415.

⁶³ Altro tema non adeguatamente approfondito è quello attinente alle caratteristiche strutturali e tecniche che i sistemi di DLT impiegati in queste operazioni devono avere. Come si evince dal documento e dalla consultazione pubblica, si auspica l'impiego di sistemi c.d. «*permissioned*» che garantiscono una maggiore sicurezza e tracciabilità delle operazioni. Se è vero che questa soluzione si muove in controtendenza rispetto alle scelte attuali del mercato (le maggiori piattaforme utilizzano reti «*permissionless*») e del principio di neutralità tecnologica, va, parimenti, considerato che soltanto sistemi «*permissioned*» possano garantire sicurezza e trasparenza nelle operazioni. A tal riguardo, a favore di un impianto regolatorio che privilegi sistemi dotati di filtri di controllo, v. CAPONERA e GOLA, *Aspetti economici e regolamentari delle «cripto-attività»*, Questioni di Economia e Finanza, marzo 2019, p. 35 ss.

⁶⁴ Si sarebbe potuto ipotizzare l'introduzione di un regime di «*regulatory sandbox*», attraverso cui si concede spazio di manovra e di sviluppo agli operatori economici, che si possono avvantaggiare anche di alcune deroghe normative. Questo approccio è diretto a facilitare lo sviluppo di nuovi modelli di business nel settore finanziario, come peraltro già avvenuto con il Decreto-Legge convertito con modificazioni dalla L. 28 giugno 2019, n. 58, che all'art. 36-*bis*, co. 2-*bis* ha previsto un regime autorizzativo favorevole con una durata temporale limitata a diciotto mesi. Per una ricostruzione favorevole a questo approccio regolatorio, v. DE MARI, *op.cit.*, p. 308 ss.

⁶⁵ Per un inquadramento teorico GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto*, in *Dig. Disc. Priv. sez. Civ.*, II, Torino, 1988, p. 274 ss. e PIZZORUSSO, *Certezza (II. Profili applicativi)*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988. Cfr. anche la critica di BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. int. fil. dir.*, 28, 1951, p. 146 ss. e la sintesi delle “manifestazioni della certezza” operata da CORSALE, *Certezza del diritto*, in *Enc. giur.*, 1988, Roma, p. 1203 ss. *Ex multis* si segnalano: LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Roma, 1942, poi ripetutamente ripub-

questi strumenti⁶⁶, proprio a causa della mancanza di un approccio sistematico e della frammentarietà dei modelli propri delle diverse tradizioni nazionali. In misura tutt'altro che marginale, a ciò si associa anche l'incertezza di una politica legislativa oscillante fra la tutela dell'efficienza del mercato (unica finalità del tempo in cui l'Europa era solo una comunità economica) e la necessità di una politica sociale, orientata alla sostenibilità dei nuovi paradigmi e modelli di business (sempre più avvertita nell'attuale contesto socioeconomico)⁶⁷.

Il ripensamento del capitalismo come sino ad ora concepito, passa proprio dall'accettazione del superamento del modello della massimizzazione, senza scrupoli, dei profitti⁶⁸ a favore della promozione di un «valore condiviso»⁶⁹, ovvero di nuovi paradigmi economici che siano sostenibili e sani.

Il mercato delle cripto-attività, nella sua specificità, rappresenta un ripensamento delle tradizionali forme di investimento e di finanziamento, nonché di circolazione dei prodotti finanziari. E dinanzi ad un simile cambiamento, è necessario predisporre un sentiero economicamente e giuridicamente sostenibile.

5. Uno dei primi interventi legislativi volti ad inquadrare il fenomeno e ad offrire una cornice normativa chiara sia per gli operatori che per i singoli investitori, è

blicato; in particolare, nell'edizione del 1968, a cura di Astuti, si dà conto di alcuni dei saggi che vi fecero seguito, quali quelli (di notevole rilievo) di CARNELUTTI, *Nuove riflessioni intorno alla certezza del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, p. 115 ss. A seguire si veda LONGO, *Certezza del diritto*, in *Nov. Dig. It.*, III, Torino, 1958, p. 125 ss. Di recente, si veda l'analisi di IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, Torino, 2016, in specie sul rapporto tra decisione, ambiguità interpretative, schema normativo e fatto concreto, p. 107 ss.

⁶⁶ BENEDETTI, «Ritorno al diritto» ed ermeneutica dell'effettività, in *Id.*, *Oltre l'incertezza. Un cammino di ermeneutica del diritto*, cit.

⁶⁷ Rimangono preziose riflessioni quelle contenute in BARCELLONA, *Diritto privato e processo economico*, 2^a ed., Jovene, Napoli, 1977, p. 259 ss.

⁶⁸ Il rimando è agli studi di Milton Friedman ed alla sua teoria, da molti poi successivamente condivisa e ripresa, sulla massimizzazione del valore dell'azionista come unico obiettivo e principale responsabilità di ogni impresa (cfr. FRIEDMAN, *The Social Responsibility Of Business Is to Increase Its Profits*, in *New York Times*, 13 settembre 1970)

⁶⁹ Cfr. HENDERSON, *Nel mondo che brucia. Ripensare il capitalismo per la sopravvivenza del pianeta*, Sustain, Luiss University Press, 2020, spec. p. 47 e ss. L'Autrice sostiene l'esigenza di calibrare il nuovo capitalismo verso orizzonti più equi, sostenibili, innovativi ed etici perseguendo il «valore condiviso», ovvero impostare un modello di business che sia al tempo stesso redditizio e giusto per l'ambiente e per la collettività. Sia consentito rimandare anche a POSNER, *La crisi della democrazia capitalistica*, Milano, Egea, 2010, spec. p. 124 ss., il quale invita a ripensare all'impresa e ad eliminare tutti i corollari «dell'imbroglione contrattualista» e della ricerca esclusiva del «valore per gli azionisti». Sul tema, ed in particolare sulle deviazioni e sulla crisi del modello societario, per profili più generali ma non del tutto estranei, si veda MINGARDI, *La verità, vi prego, sul neoliberalismo*, II ed., Milano, Marsilio, 2019. Nel nostro ordinamento, la prospettiva «proprietaria» ed individualista, che il Codice Civile aveva inteso tutelare e valorizzare, d'altronde, come è noto, ha già conosciuto per altri versi una evidente abrasione nell'affermarsi di un «capitalismo senza capitale» (cfr. HASKEL e WESTLAK, *Capitalismo senza capitale*, Milano, Franco Angeli, 2018), a seguito dell'impatto sempre più evidente dei mutamenti del mercato finanziario e delle conseguenti «alterazioni» dei principi caratterizzanti l'esperienza storica della società azionaria.

stato il «*Virtual Financial Asset Act*»⁷⁰ della Repubblica di Malta del 1° novembre 2018. La legge in esame disciplina le «*Initial Virtual Financial Asset Offering*», qualificandole come innovativi strumenti di raccolta di risorse attraverso l'acquisto di «*virtual financial asset*» emessi dall'offerente.

La qualifica di «*virtual financial asset*» è subordinata all'approvazione di un'autorità appositamente creata e con specifiche competenze in materia, la «*Malta Digital Innovation Authority*». Si deve, inoltre, notare che sono esclusi da questa disciplina i *token* non negoziati dalle piattaforme di scambio.

I profili di maggiore interesse di questo ambizioso tentativo legislativo sono sostanzialmente due. Il primo riguarda, il c.d. «*white paper*», il quale deve contenere informazioni precise e dettagliate e deve essere preventivamente validato dall'Autorità maltese. L'emittente è, infatti, responsabile dei danni patrimoniali subiti dagli investitori a causa di informazioni fuorvianti od imprecise. L'altro elemento di rilevanza attiene alla istituzione del c.d. «*VFA agent*» che svolge funzioni sia di *advisory* preventiva che di controllo operativo sull'offerta e l'intera campagna finanziaria, cooperando con l'Autorità competente.

È questo senza dubbio «un tentativo coraggioso che mostra però i suoi limiti»⁷¹, legati ad uno schema normativo eccessivamente rigido e non facilmente adattabile ai costanti mutamenti del mercato delle crypto-attività.

Successivamente, anche la Repubblica di San Marino si è orientata a disciplinare queste complesse operazioni finanziarie, pubblicando il 27 febbraio 2019 il decreto delegato n. 37⁷².

Si disciplinano sia gli «*utility token*»⁷³ sia i «*security token*» che, come ricorda l'art. 9, sono rappresentativi di «a) azioni; b) strumenti finanziari partecipativi; c) titoli di debito dell'emittente».

Al fianco di questi primi tentativi propriamente legislativi, si può diffusamente notare che le varie Autorità europee abbiano assunto un approccio «*soft*» simile a quello adottato dalla Consob, privilegiando una prospettiva casistica.

È, ad esempio, il caso del Regno Unito in cui la «*Financial Conduct Authority*» (FCA) con le sue «*Guidance on crypto-assets*» del luglio 2019 ha proposto un approccio «*case-by-case*» che non esclude la possibilità di qualificare anche gli «*utility token*» quali prodotti finanziari laddove dotati dei caratteri tipici dell'investimento finanziario.

Lo stesso discorso vale anche per l'«*Autorité des Marchés Financiers*» (AMF) francese, che dopo aver avviato una prima consultazione pubblica sul tema nel 2017, è

⁷⁰ L. n. 43/2018 della Repubblica di Malta.

⁷¹ PIRANI, *op. cit.*, spec. p. 348.

⁷² Decreto Delegato 27 febbraio 2019, n. 37 del 2019, «*Norme sulla tecnologia Blockchain per le imprese*» (ora abrogato).

⁷³ All'art. 8, co. 2 del citato decreto si definiscono dettagliatamente le caratteristiche tecnico-funzionali che i *token* di utilità devono assumere.

risultata sempre favorevole ad un'analisi basata sul caso specifico per cogliere le sottili differenze tra le tante tipologie di *token*⁷⁴.

L'Autorità di vigilanza tedesca (*BAfin*)⁷⁵ è apparsa meno timida nell'approccio qualificatorio, sancendo con chiarezza che i *token* di investimento che presentino i caratteri degli strumenti di capitale o di debito possono rientrare nella nozione di strumento finanziario, a patto che essi siano trasferibili e negoziabili sul mercato di capitali e a condizione che incorporino un diritto di natura partecipativa. Inoltre, compiendo un ulteriore passo in avanti, l'Autorità tedesca sembra equiparare le piattaforme di «*exchange*» ai sistemi multilaterali di negoziazione⁷⁶.

Volgendo, infine, lo sguardo «oltreoceano», la «*Security and Exchange Commission*»⁷⁷ statunitense adopera il c.d. «*Howey Test*»⁷⁸ al fine di verificare se una *ICO* possa considerarsi come l'offerta di un contratto di investimento, con conseguente applicazione della disciplina prevista per le *securities*. Una valutazione che guarda alla sostanza dell'operazione e che verifica, caso per caso, la sussistenza di una ragionevole aspettativa di profitto derivante dall'investimento compiuto.

Alla luce delle presenti considerazioni ed in relazione alla transnazionalità del mercato delle cripto-attività, il quadro complessivo appare eccessivamente frammentato e privo tutt'oggi di una matrice comune di disciplina. È, forse, proprio questo lo scopo primario da perseguire a livello sovranazionale: superare interventi a macchia di leopardo e orientarsi verso un orizzonte condiviso di regole, che faciliti l'emersione legittima di questi nuovi fenomeni e che offra sponde di tutela efficaci per gli investitori. Ed in questo processo di transizione verso una cornice legislativa omogenea, risulterà determinante l'iter che seguirà la «*Proposta di Regolamento relativo ai mercati delle cripto-attività*».

Di recente, a favore della Proposta si è espressa la Banca Centrale Europea⁷⁹, sostenendo la necessità di una disciplina uniforme⁸⁰ che sappia inquadrare i rischi del

⁷⁴ Per un inquadramento degli sviluppi regolatori in Francia, v. GITTI, MAUGERI e FERRARI, *op. cit.*, p. 109 e ss.

⁷⁵ cfr. Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BAFIN), *Initial Coin Offerings: Hinweisschreiben zur Einordnung als Finanzinstrumente*, circolare del 20 febbraio 2018.

⁷⁶ Per una analisi dettagliata dell'approccio seguito in Germania, v. RULLI, *Incorporazione senza res e dematerializzazione senza accentratore: appunti sui token*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 1, 2019, p. 136 e ss.

⁷⁷ Il 3 aprile 2019, la SEC ha pubblicato un documento che sintetizza i parametri per qualificare le operazioni legate ad una *ICO* quali contratti di investimento finanziario (cfr. SEC, *Framework for "Investment Contract" Analysis of digital asset*, Strategic Hub for Innovation and Financial Technology).

⁷⁸ *SEC v. W.J. Howey Co.*, 328 U.S. 293, 1946. (Cfr. «a contract, transaction or scheme whereby a person invests his money in a common enterprise and is led to expect profits solely from the efforts of the promoter or a third party»).

⁷⁹ *Parere della Banca Centrale Europea* del 19 febbraio 2021 su una proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo ai mercati delle cripto-attività e che modifica la direttiva (UE) 2019/1937, pubblicato in Gazzetta ufficiale dell'Unione europea il 29 aprile 2021.

⁸⁰ Come si legge nel documento, «la BCE ritiene che un quadro armonizzato a livello dell'Unione sia fondamentale per evitare la frammentazione all'interno del mercato unico», p. 1.

mercato delle cripto-attività ma che, al tempo stesso, non sia d'ostacolo all'innovazione.

6. Si può notare che a livello sia nazionale che sovranazionale si sia cercato di compiere uno sforzo definitorio volto ad inquadrare il complesso fenomeno all'interno di categorie che in alcuni aspetti ricalcano gli antecedenti "tradizionali" ed in altri da essi se ne distaccano⁸¹. È sfuggito, però, dai primari obiettivi di regolazione il tema degli «*utility token*» ibridi, e, in particolare, di quelli dotati di (diretta od indiretta) finanziarietà.

Anche la recente «*Proposta di Regolamento relativo ai mercati delle cripto-attività*» sembrerebbe (ad ora) aver mancato l'occasione di affrontare questo aspetto secondo l'angolo visuale della potenziale funzione finanziaria dei *token* di utilità, dettata, nella prassi, dalla sempre più frequente ibridazione delle loro caratteristiche funzionali⁸². Nella recente Proposta europea, infatti, la prospettiva di indagine rimane altamente descrittiva, non entrando mai nel merito del problema qualificatorio connesso alla combinazione, sul piano pratico, di suddette funzioni.

Appare chiaro, quindi, che se gli *utility token* puri «soddisfano esigenze di consumo del sottoscrittore, senza che l'apporto finanziario sia funzionale alla partecipazione all'iniziativa imprenditoriale dell'emittente o ad operazioni di prestito con obbligo di rimborso a carico dell'emittente stesso»⁸³, le difficoltà classificatorie si moltiplicano nel caso di *token* di utilità ibridi.

A tal proposito, sorge spontaneo domandarsi se quest'ultimi mantengano la prevalente funzione consumeristica di accesso ad un bene od un servizio anche laddove essi siano negoziati (o destinati al *trading*) sulle piattaforme di scambio e, soprattutto, nell'ipotesi in cui essi siano immessi sul mercato con lo scopo di procurare un incremento di valore nel patrimonio investito dal singolo sottoscrittore.

⁸¹ Sulla necessità di ricondurre queste nuove dinamiche finanziarie entro i confini delle "tradizionali" categorie giuridiche, v. CARRIÈRE, *Le "criptovalute" sotto la luce delle nostrane categorie giuridiche di "strumenti finanziari", "valori mobiliari" e "prodotti finanziari"; tra tradizione e innovazione*, in *Riv. dir. banc.*, 2, 2019, p. 3 e ss.

⁸² Volendo esemplificare questi nuovi flussi, si pensi al caso in cui il *token* oltre al tipico diritto di godimento o di uso, attribuisce una forma di rendimento finanziario, quale la partecipazione ai profitti derivanti dal progetto imprenditoriale sostenuto o la previsione della destinazione al mercato di *trading*, con l'aspettativa di un incremento di valore patrimoniale. Un caso emblematico in questa direzione è rappresentato dai *token* emessi sulla piattaforma *Ethereum*, i c.d. «*Crypto-kitties*». Lanciati nel 2017, avevano la funzione di offrire l'accesso ad un gioco virtuale in cui ogni singolo utente poteva allevare un proprio gatto "virtuale" (dotato di caratteristiche uniche, tali da differenziarlo da qualsiasi altro gatto). Il prezzo iniziale di vendita del singolo *token* si aggirava intorno ai 25 dollari, ma immediatamente dopo la loro prima immissione sulle piattaforme di scambio, il prezzo medio è cresciuto in modo esponenziale (toccando dei picchi di oltre 115mila dollari per ogni singolo "gatto" acquistato). Risulta, pertanto, evidente che nel caso di specie, come in altre ipotesi simili, la funzione di godimento ha ceduto il passo al carattere indirettamente finanziario della operazione.

⁸³ DE MARI, *op.cit.*, p. 293.

Il problema, dunque, si pone proprio con gli «*utility token*» ibridi che, combinando tra loro più funzioni operative, lasciano aperte differenti ipotesi interpretative. Restano, pertanto, operazioni di natura consumeristica o assumono il rango di investimenti finanziari veri e propri?⁸⁴

In via generale e nell'ottica di un possibile inquadramento degli elementi che vanno a comporre il substrato normativo delle operazioni qui in esame, si è prospettata l'applicazione della disciplina prevista per i contratti conclusi a distanza, così come prevista, nel nostro ordinamento, dal d.lgs. n. 70/2003⁸⁵. La *ratio* di questa estensione risiede nella circostanza che il contratto di vendita di *token* avvenga in un contesto virtuale, dematerializzato e disintermediato⁸⁶.

Tenendo conto dell'alto tasso di ibridazione che questi *token* possono assumere, è, a maggior ragione, necessario indagare attentamente la causa in concreto dell'operazione finanziaria, verificando l'ulteriore e sempre più ricorrente, elemento della negoziabilità all'interno dei sistemi di scambio⁸⁷.

Infatti, come si è notato, questi *token* dopo essere stati immessi nel mercato "primario" attraverso una *ICO*, vengono, poi, ammessi all'interno del mercato c.d. "secondario", composto da apposite piattaforme di *trading*.

Emerge nuovamente l'esigenza di inquadrare il fenomeno nella sua matrice dinamica, ovvero quella legata allo scambio dei *token* al fine di poter comprendere l'effettiva funzione svolta, non limitandola ad una visione parziale e monca di un aspetto operativo determinante⁸⁸.

⁸⁴ «[...] il problema di vertice che da più parti si è posto è se la *tokenizzazione* valga ad attribuire carattere finanziario alla relazione (di per sé di consumo) che si instaura tra il sottoscrittore e l'emittente», così SANDEI, *Initial Coin Offering e appello al pubblico risparmio*, cit., spec. p. 286.

⁸⁵ Cfr. SANDEI, *Le Initial Coin Offering nel prisma dell'ordinamento finanziario*, cit. p. 401 e ss. L'Autrice propone, in aggiunta, l'applicazione anche della disciplina consumeristica dettata dagli artt. 49-59 cod. cons. in relazione ai contratti a distanza, laddove, chiaramente, il sottoscrittore possa considerarsi come un "consumatore" ai sensi della disciplina nazionale ed europea.

⁸⁶ Appare più forzata, invece, l'estensione applicativa della *Direttiva (UE) 2019/770/UE «relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali»*, sulla base di una distanza fenomenologica tra i contenuti digitali («i dati prodotti e forniti in formato digitale»; art. 2 n. 1 della recente direttiva), i servizi digitali («a) un servizio che consente al consumatore di creare, trasformare, archiviare i dati o di accedervi in formato digitale; oppure b) un servizio che consente la condivisione di dati in formato digitale caricati o creati dal consumatore e da altri utenti di tale servizio o qualsiasi altra interazione con tali dati»; art. 2 n. 2) e i *token* di utilità dotati di una indiretta forma di investimento finanziario.

⁸⁷ Favorevole a questa impostazione, v. DE MARI, *op.cit.*, p. 288ss.

⁸⁸ È, pertanto, auspicabile il riavvicinamento dell'approccio "statico", legato alla funzione economica, con quello "dinamico", connesso alla naturale inclinazione alla negoziabilità di questi nuovi strumenti. A sostegno di un approccio "top-down", specialmente nell'ipotesi di analisi dei *token* di utilità ibridi, v. ANNUNZIATA, *Speak, If You Can: What Are You? An Alternative Approach to the Qualification of Tokens and Initial Coin Offerings*, in *European Company and Financial Review*, 2, 2020, spec. p. 142 e ss.

Sembrerebbe, infatti, da escludersi l'ipotesi per cui gli «*utility token*» dotati di finanziarietà possano essere considerati al pari di semplici *voucher*⁸⁹ che conferiscono al detentore il diritto di godere di determinati beni o servizi. Questa impostazione che ben si adatta alle forme c.d. pure e che troverebbe anche una sponda argomentativa nella Direttiva UE 2016/1065⁹⁰, difetta di una analisi “sostanziale” utile a cogliere le effettive e concrete potenzialità finanziarie di questi *token*.

Se è vero che l'operazione finanziaria vada considerata nel suo complesso, allora, ci si domanda se la semplice indicazione all'interno del «*white paper*» della negoziabilità (certa o potenziale) dei *token* emessi basti a considerare queste cripto-attività al pari dei prodotti finanziari⁹¹.

La ragione di questo interrogativo risiede nella possibilità che nel documento iniziale di offerta venga prevista l'ammissione dei *token* alla negoziazione all'interno delle piattaforme di «*exchange*», avvicinando queste cripto-attività alla categoria “aperta” dei prodotti finanziari, anche nella prospettiva visuale del singolo investitore⁹².

Di conseguenza, se si dovesse ritenere accertata la natura finanziaria dell'operazione⁹³, il problema ulteriore sarebbe quello di inquadrare correttamente il *token* all'interno dei «microinsiemi che compongono l'arcipelago disegnato dal TUF»⁹⁴.

⁸⁹ È questo l'approccio adottato dalla Agenzia delle Entrate, per cui l'emissione e la circolazione di *token* di utilità non assumono rilevanza ai fini dell'applicazione dell'IVA. Sul punto, si rimanda alla Risposta n.14/2018 dell'Agenzia delle Entrate. Per un ulteriore inquadramento della disciplina fiscale applicabile, ANTONACCHIO, *Initial Coin Offering: riflessi fiscali, antiriciclaggio e di tutela dei mercati finanziari, connessi all'emissione di criptovalute* (o *cripto-asset*), in *Riv. dir. tributario*, I, 2019, 245 ss.

⁹⁰ Direttiva (UE) 2016/1065 del Consiglio, del 27 giugno 2016, recante modifica della direttiva 2006/112/CE per quanto riguarda il trattamento dei buoni. La direttiva qualifica i c.d. *voucher* come strumenti validi ad essere impiegati come corrispettivo per la prestazione di un servizio o la cessione di un bene

⁹¹ L'art. 1, co. 1 lett. u del T.U.F stabilisce che debbono considerarsi come prodotti finanziari, «gli strumenti finanziari e ogni altra forma di investimento di natura finanziaria; non costituiscono prodotti finanziari i depositi bancari o postali non rappresentati da strumenti finanziari». Come si può osservare, la definizione fornita risulta essere una nozione ampia, elastica, adattabile a fenomeni tra loro differenti ed altamente funzionale. Anche la giurisprudenza nazionale ha qualificato come operazioni aventi natura finanziaria ipotesi apparentemente molto lontane. È il caso, a titolo esemplificativo, delle opere d'arte vendute ad un prezzo scontato con la facoltà attribuita all'acquirente di rivenderle ad un prezzo maggiorato. In questa ipotesi, si è dato rilievo al carattere marcatamente finanziario dell'operazione, imponendo, pertanto, l'applicazione della disciplina finanziaria prevista in sede nazionale ed europea (cfr. Cass. civ., sez. II, n. 5911/18, in *ilcaso.it*).

⁹² È quanto sostenuto anche dall'ESMA che, nel suo studio sul fenomeno, afferma: «also, while certain crypto-assets are outside of the scope of EU financial regulation, they may still be perceived as security-like investments by retail investors, e.g., due to the possibility of trading them on secondary markets»; cfr. ESMA, *op.cit.*, spec. p. 13.

⁹³ Chiaramente la qualificazione dei *token* ibridi (emessi tramite una apposita *ICO*) come prodotti finanziari dovrebbe comportare l'applicazione della disciplina prevista dagli artt. 93-*bis* e ss. del TUF in tema di offerta al pubblico di sottoscrizione e di vendita.

⁹⁴ SANDEI, *Initial Coin Offering e appello al pubblico risparmio*, cit., spec. p. 294.

Pertanto, è necessario comprendere in dettaglio il funzionamento tecnico di queste operazioni finanziarie, per poter ricavare gli elementi rilevanti ai fini della collocazione giuridica di questi *token*.

Prima ancora di entrare nel merito della disamina degli insiemi appartenenti al mondo dei prodotti e degli strumenti finanziari e volendo delineare un potenziale quadro di riferimento generale, si potrebbe ipotizzare l'estensione della disciplina contenuta negli artt. 67-*bis* ss. cod. cons. in tema di commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori⁹⁵.

Osservando le trame del loro funzionamento informatico, si può osservare che gli «*utility token*» ibridi risultano essere emessi solitamente in massa, in forme e modalità standardizzate ed è tipicamente prevista la loro destinazione alla negoziazione sui sistemi di «*exchange*»⁹⁶.

Come sostenuto⁹⁷, queste potrebbero costituire delle caratteristiche che avvicinebbero significativamente tali cripto-attività alla categoria dei valori mobiliari *ex* art. 1, co. 1-*bis*, TUF⁹⁸. A tal riguardo, seguendo la lettera della norma, la negoziabilità dei valori mobiliari deve avvenire all'interno di specifici «mercati di capitali»⁹⁹. Di conseguenza, ai fini di una siffatta assimilazione, gli interrogativi si concentrerebbero sul tema della qualificazione delle piattaforme di «*exchange*» e della loro riconducibilità al dettato regolatorio derivante dalla MIFID II¹⁰⁰.

⁹⁵ Sul punto, sebbene in riferimento ai *bitcoin*, per una approfondita ricostruzione della riconducibilità delle vendite su piattaforme di *exchange* di prodotti a carattere prevalentemente finanziario, v. CALONI, *op.cit.*, spec. p. 179 ss. Applicando questa disciplina, come sostiene l'Autore, «i contratti stipulati da consumatori su piattaforme *exchange* che professionalmente svolgono il servizio di intermediazione e offerta di criptovalute siano affetti da tale forma di nullità qualora il gestore del portale online non fornisca adeguate informazioni ai fruitori del portale circa le peculiarità dell'investimento in *bitcoin*», p. 181.

⁹⁶ Per un inquadramento (scettico) di questi *token* ibridi e della disciplina europea, v. P. HACKER e C. THOMASLE, *The Crypto- Security. Initial Coin Offerings and EU Securities Regulation*, in AA. VV., *Regulating Blockchain: Techno-Social and Legal Challenges*, p. 241 e ss.

⁹⁷ Anche l'ESMA sembra non escludere questa ipotesi, rimarcando la forte standardizzazione dei *token* e la loro connaturata funzione di negoziabilità all'interno dei mercati di *trading* (cfr. ESMA, *op. cit.*, p. 19 e ss.). A favore di questa interpretazione v., E. RULLI, *op. cit.*, spec. p. 150. L'Autore sostiene, infatti, che «sia lecito sostenere che i *token* di investimento standardizzati, trasferibili, negoziabili su di un mercato digitale la cui esistenza non può essere negata, siano potenzialmente riconducibili alla fattispecie dei valori mobiliari e, per il tramite di questa, rientrare nella nozione di strumento finanziario».

⁹⁸ «Per «valori mobiliari» si intendono categorie di valori che possono essere negoziati nel mercato dei capitali, quali ad esempio: a) azioni di società e altri titoli equivalenti ad azioni di società, di partnership o di altri soggetti e ricevute di deposito azionario; b) obbligazioni e altri titoli di debito, comprese le ricevute di deposito relative a tali titoli; c) qualsiasi altro valore mobiliare che permetta di acquisire o di vendere i valori mobiliari indicati alle lettere a) e b) o che comporti un regolamento a pronti determinato con riferimento a valori mobiliari, valute, tassi di interesse o rendimenti, merci o altri indici o misure».

⁹⁹ «[...] la commerciabilità, cioè la destinazione allo scambio, non è un carattere naturale del bene, ma sempre e soltanto, un carattere giuridico», così N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, Editori Laterza, IV ed., 2001, p. 52.

¹⁰⁰ In particolare, il riferimento è a quanto contenuto nel titolo II della direttiva. Sembrerebbe da escludersi, infatti, l'estensione della disciplina prevista per i c.d. «mercati regolamentati» (art. 1, co. 1, lett. w-*ter*, TUF),

Si deve osservare, da subito, che queste piattaforme possono essere sia “decentralizzate”¹⁰¹ sia “centralizzate”, ovvero sistemi che operano sia come piattaforme di *trading* sia come fornitori di servizi di custodia (c.d. servizi di *wallet*). Se le piattaforme “decentralizzate” non possono considerarsi, ad oggi, come sedi di negoziazione legittime¹⁰², le piattaforme “centralizzate”, invece, potrebbero considerarsi assimilabili ai “sistemi multilaterali di negoziazione”¹⁰³ od ai “sistemi organizzati di negoziazione”¹⁰⁴ per le loro peculiarità tecniche.

Questa impostazione sembra essere avallata anche dall’ESMA¹⁰⁵ e permetterebbe di conciliare (o quantomeno mitigare) anche l’obbligo di gestione accentrata dettato dalla sezione II del titolo II-*bis* del TUF¹⁰⁶.

Rimanendo focalizzati sugli aspetti pratico-funzionali, si potrebbe, infine, sostenere che questi *token* ibridi che, oltre alla funzione consumeristica di godimento del bene o servizio, offrono anche un rendimento di natura finanziaria, talvolta sotto forma di diritto di partecipazione, possano essere accostati agli strumenti finanziari partecipativi *ex art. 2346 c.c., ult.co*¹⁰⁷.

non presentando le caratteristiche richieste anche dal titolo III della direttiva MIFID II.

¹⁰¹ Le piattaforme “decentralizzate” agiscono come meri strumenti di *matching* per le offerte di acquisto di *token*, non conservano dati delle transazioni e non svolgono attività di custodia per i singoli investitori.

¹⁰² Cfr. ANNUNZIATA, *La disciplina delle trading venues nell’era delle rivoluzioni tecnologiche: dalle criptovalute alla distributed ledger technology*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 3, 2018, p. 21 e ss.

¹⁰³ «“sistema multilaterale di negoziazione”: un sistema multilaterale gestito da un’impresa di investimento o da un gestore del mercato che consente l’incontro, al suo interno e in base a regole non discrezionali, di interessi multipli di acquisto e di vendita di terzi relativi a strumenti finanziari, in modo da dare luogo a contratti conformemente alla parte II e alla parte III»; art. 1, co. 5-*octies*, lett. a), TUF.

¹⁰⁴ «“sistema organizzato di negoziazione”: un sistema multilaterale diverso da un mercato regolamentato o da un sistema multilaterale di negoziazione che consente l’interazione tra interessi multipli di acquisto e di vendita di terzi relativi a obbligazioni, strumenti finanziari strutturati, quote di emissioni e strumenti derivati, in modo da dare luogo a contratti conformemente alla parte II e alla parte III», art. 1, co. 5-*octies*, lett. b), TUF.

¹⁰⁵ ESMA, *op. cit.*, p. 25 e ss. Per un confronto tra piattaforme centralizzate e decentralizzate, *ivi*, p. 44 e ss.

¹⁰⁶ Bisogna considerare la necessità di ridefinire le regole preesistenti adattandole alle mutate esigenze del mercato finanziario. In questo senso, probabilmente, molto significative saranno le implicazioni che deriveranno dall’implementazione e dai successivi passaggi della «Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo ad un regime pilota per le infrastrutture di mercato basate sulla tecnologia di registro distribuito» COM (2020) 594 final. Difatti, l’art. 2(3), propone una definizione di «sistema multilaterale di negoziazione DLT (MTF DLT)», quale un «sistema multilaterale di negoziazione, gestito da un’impresa di investimento o da un gestore del mercato, che ammette alla negoziazione solo valori mobiliari DLT e che può essere autorizzato, sulla base di regole e procedure trasparenti, non discrezionali e uniformi, a: (a) assicurare la registrazione iniziale dei valori mobiliari DLT; (b) regolare le operazioni in valori mobiliari DLT contro pagamento; e (c) prestare servizi di custodia in relazione ai valori mobiliari DLT o, se del caso, ai relativi pagamenti e garanzie reali, utilizzando il sistema multilaterale di negoziazione DLT».

¹⁰⁷ «Resta salva la possibilità che la società, a seguito dell’apporto da parte dei soci o di terzi anche di opera o servizi, emetta strumenti finanziari forniti di diritti patrimoniali o anche di diritti amministrativi, escluso il voto nell’assemblea generale degli azionisti. In tal caso lo statuto ne disciplina le modalità e condizioni di emissione, i diritti che conferiscono, le sanzioni in caso di inadempimento delle prestazioni e, se ammessa, la legge di circolazione».

Tale accostamento potrebbe svincolare, di fatto, il problema qualificatorio degli «*utility token*» ibridi dalle maglie rigide delle classificazioni precedentemente analizzate, verso un inquadramento maggiormente flessibile e più aderente alla reale funzione economica di questi strumenti. In tal modo, ci si distaccherebbe anche dal vincolo “interpretativo” costituito dalla negoziabilità dei *token* all’interno delle apposite piattaforme, concentrando, invece, l’attenzione sulla natura dei diritti che vengono attribuiti tramite tali operazioni.

La giustificazione a una siffatta ricostruzione, difatti, potrebbe risiedere non soltanto sulla indiretta finanziarietà di queste cripto-attività ibride, ma anche sulla loro caratteristica di poter attribuire fasci di diritti (specialmente patrimoniali, ma anche amministrativi) connessi ad uno specifico progetto imprenditoriale. In tal senso, sarà utile verificare se la prassi di mercato vada a confermare questo profilo di indagine, il quale potrebbe offrire ulteriori spunti di delucidazione sul consequenziale problema della circolazione di questi *token*¹⁰⁸. Il tema della circolazione di questi *token* coinvolge necessariamente la questione della loro riconducibilità alla categoria dei beni mobili secondo i criteri e le regole del codice civile¹⁰⁹.

Alla luce di queste considerazioni, in assenza di un dettagliato ed esaustivo intervento legislativo a livello nazionale ed internazionale data la trasversalità del fenomeno in esame, la prospettiva di analisi non potrà che seguire un approccio caso per caso che miri a verificare nell’ambito degli «*utility token*» ibridi la prevalenza della funzione finanziaria rispetto all’elemento meramente consumeristico di godimento

¹⁰⁸ L’art. 2346, ult.co. lascia, infatti, notevole autonomia allo statuto in merito alle modalità di emissione di questi strumenti partecipativi, alla natura dei diritti concessi e alle condizioni della loro circolazione, rendendoli, di fatto, strumenti molto flessibili che ben si adattano alle mutevoli necessità economico-aziendali.

¹⁰⁹ Sul punto, si è espresso anche il Trib. di Firenze, sentenza n. 18 del 21 gennaio 2019, in *Dir. Internet*, 2019, 337. Seppur compiuta in riferimento alle criptovalute ed in alcuni passaggi non chiarissima, è interessante la ricostruzione proposta dal Tribunale di Firenze in merito alla riconducibilità di questi particolari *token* alla categoria dei beni mobili secondo l’art.810 cod. civ. in quanto oggetto di diritti. Traslando queste argomentazioni ai fini del presente discorso, considerare gli *utility token* come beni mobili offrirebbe una prospettiva di indagine e un regime di riferimento per quanto riguarda anche la loro circolazione. Come noto, non ogni *cosa* può essere intesa come un *bene* in senso giuridico se non è fonte di utilità, oggetto di appropriazione e se non è dotata di un valore di uso o scambio. È indubbio che gli *utility token* possano possedere tutte queste caratteristiche e, non presentando gli ulteriori ed alquanto complessi problemi tipici delle cripto-valute in merito alla loro identificazione quali monete aventi corso legale, risulta più agevole applicare il regime previsto per i beni mobili. Altro aspetto rilevante messo in evidenza dal Tribunale di Firenze è quello che ruota intorno al rapporto tra l’utente e la piattaforma di «*exchange*», relazione negoziale che viene ricostruita in termini di deposito irregolare (data la fungibilità delle cripto-valute). Invece, se si dovesse constatare la non fungibilità di alcuni *utility token* potrebbero trovare applicazione le norme sul deposito “tradizionale” e, in ogni modo, le regole contenute negli artt. 1176 c.c. e 1218 cod. civ. anche laddove il rapporto dovesse assumere uno schema contrattuale misto. In questi termini si è espresso anche il Tribunale di Firenze nella sentenza in esame. L’applicabilità delle norme previste per il deposito (regolare od irregolare) non rimuove, però, i dubbi in merito alla qualificazione giuridica delle stesse piattaforme di «*exchange*», un passaggio centrale per l’estensione, in particolare, della disciplina in materia finanziaria laddove questi *token* ibridi di utilizzo assumano connotati tipici dell’investimento finanziario.

del bene o servizio, tenendo conto del complesso dell'operazione effettuata, privilegiando, dunque, un criterio "sostanziale" che superi la mera "forma" della terminologia impiegata.

7. È indubbio che queste innovative iniziative finanziarie possano presentare considerevoli vantaggi per gli operatori economici, costituendo una valida e reale alternativa alle tradizionali forme di finanziamento e permettendo una raccolta di risorse finanziarie rapida, disintermediata, ed efficiente.

Elemento centrale delle «*Initial Coin Offering*» ed in generale dell'intero mercato delle cripto-attività, è la tecnologia impiegata. Si è detto in apertura che senza il ricorso ai sistemi dotati di tecnologia DLT, tra cui la "celebre" *blockchain*, simili operazioni sarebbero non solo estremamente onerose e complesse, ma anche e soprattutto, impossibili. L'infrastruttura tecnologica utilizzata riduce notevolmente i costi di intermediazione, tipici di siffatte operazioni finanziarie e rende facili ed immediate queste transazioni.

Ulteriore aspetto da dover considerare è la sempre maggiore liquidità del mercato delle cripto-attività, specialmente nella fase secondaria di negoziazione all'interno di specifici sistemi di *trading* e negoziazione.

Al fianco degli evidenti aspetti positivi, si nascondono, però innegabili criticità. Sorvolando sulla natura fraudolenta delle prime *ICO*¹¹⁰, bisogna, innanzitutto, sottolineare che queste sono solitamente operazioni caratterizzate da una forte asimmetria informativa¹¹¹ che gioca a favore dell'emittente/offrente, a discapito dell'esigenza di sicurezza e trasparenza¹¹², imprescindibile in un settore delicato come quello degli investimenti finanziari.

¹¹⁰ Infatti, la possibilità di compiere queste operazioni in via del tutto anonima, ricorrendo a sistemi «*permissionless*» privi di qualsiasi forma di controllo, facilita il perseguimento di finalità fraudolente.

¹¹¹ I prospetti informativi, infatti, non sono sempre dettagliatamente definiti e lasciano spesso dubbi interpretativi riguardo la natura dei *token* emessi ed in merito alle (eventuali) modalità di negoziazione. A tal riguardo, l'art. 7 della citata Proposta di Regolamento sul mercato delle cripto-attività, non impone una preventiva approvazione del «*white paper*» da parte delle autorità competenti, ma la semplice comunicazione venti giorni prima della pubblicazione. Sarebbe stato, forse, più opportuno allineare questi aspetti ai ben più rigidi schemi in tema di prospetto ed offerta al pubblico di prodotti finanziari per evitare inefficaci discrasie.

¹¹² «Non sono previsti meccanismi di tutela degli investitori o dei creditori dell'organizzazione», così P. P. PIRANI, *op. cit.*, spec. p. 344. Sull'argomento, bisogna aggiungere che la recente «*Proposta di Regolamento relativo ai mercati delle cripto-attività*», all'art. 12, prevede il diritto di recesso per il consumatore che acquista *token* di utilizzo puri. Un rimedio che attribuisce, sulla base del tradizionale modello consumeristico, il diritto di recedere dal contratto senza incorrere in alcun costo e senza fornire alcuna motivazione entro 14 giorni di calendario dalla data in cui il consumatore ha prestato il proprio consenso all'acquisto delle cripto-attività. L'ultimo comma della previsione, però, stabilisce che il rimedio del diritto di recesso «non si applica se le cripto-attività sono ammesse alla negoziazione su una piattaforma di negoziazione di cripto-attività». Una specificazione che restringe, di fatto, l'ambito applicativo della norma alle sole ipotesi strettamente consumeristiche di «*utility token*» che offrano accesso ad un bene o servizio senza alcuna destinazione (nemmeno potenziale) alla negoziazione sulle piattaforme di *trading*.

Dunque, l'assenza di un quadro giuridico esaustivo ed uniforme impedisce di fornire una «efficace tutela legale e/o contrattuale degli interessi degli investitori»¹¹³ e lascia tutt'oggi questo settore di mercato in una zona d'ombra, come rimarcato dal comunicato congiunto di Banca d'Italia e Consob del 28 aprile 2021¹¹⁴ che mette in guardia dai rischi connessi agli investimenti in cripto-attività, specialmente per i piccoli investitori, fin quando non sarà effettivamente garantita una cornice legislativa chiara a livello europeo¹¹⁵.

In considerazione dei primi interventi legislativi adottati a livello europeo ed internazionale ed alla luce delle osservazioni compiute, ad oggi, le linee direttive da poter seguire sembrano essere principalmente tre: i) riadattare le regole preesistenti, facendo rientrare questi fenomeni nella legislazione in materia finanziaria; ii) adottare una prospettiva casistica, che valuti la singola operazione nel suo complesso al fine del più corretto inquadramento giuridico, ed, infine, iii) predisporre una regolamentazione *ad hoc*, sul modello della Proposta di regolamento citata.

In conclusione, al di là di quello che sarà l'approccio adottato, è sempre opportuno rimarcare l'utilità di conoscere prima il fenomeno sul piano tecnico-operativo per poi operare in sede legislativa le desiderate trasformazioni. Come d'altronde ricordava Catone il Censore, «*rem tene, verba sequentur*»¹¹⁶.

¹¹³ COMELLINI e VASAPOLLO, *Blockchain, Criptovalute, I.C.O. e Smart Contract*, Soluzioni di Diritto, Maggioli ed., 2019, spec. p. 55. Non va, inoltre, dimenticata l'esigenza di tutela del consumatore, il quale, specialmente nel caso di *token* di utilità, assume la veste "ibrida" di acquirente-investitore. Sul punto, v., EBA, *op. cit.*, p. 15 e ss.

¹¹⁴ *Consob e Banca d'Italia mettono in guardia contro i rischi insiti nelle cripto-attività*, Comunicato stampa del 28 aprile 2021.

¹¹⁵ Come si legge nel comunicato «in assenza di un quadro regolamentare di riferimento, l'operatività in cripto-attività presenta rischi di diversa natura, tra cui: la scarsa disponibilità di informazioni in merito alle modalità di determinazione dei prezzi; la volatilità delle quotazioni; la complessità delle tecnologie sottostanti; l'assenza di tutele legali e contrattuali, di obblighi informativi da parte degli operatori e di specifiche forme di supervisione su tali operatori nonché di regole a salvaguardia delle somme impiegate». Inoltre, si aggiunge che, ad oggi, «l'acquisto di cripto-attività non è soggetto alle norme in materia di trasparenza dei prodotti bancari e dei servizi di investimento e continua a essere sprovvisto di specifiche forme di tutela; segnatamente dette attività non sono soggette a nessuna forma di supervisione o di controllo da parte delle Autorità di vigilanza». Una presa di posizione che segue il recente diffondersi su scala internazionale (ed in diversi settori economici) del fenomeno dei *cd. token* non fungibili o, più comunemente, «*Non-Fungible Token*» (*NFT*). Questi *token* sono oggetto di interesse ormai anche dei piccoli investitori, i quali sono, però, privi di adeguate conoscenze per operare in un ambiente ancora vischioso sul piano giuridico ed incerto sul piano dell'andamento economico. Un *token* non fungibile è un particolare tipo di *token* unico nel suo genere in quanto non interscambiabile con gli altri e si differenzia dalle classiche cripto-valute o da altri tipi di *token* che sono, invece, per loro stessa natura fungibili. Se il fenomeno rappresenta indubbiamente un rischio per i piccoli investitori, può, allo stesso tempo, costituire una opportunità per gli operatori del settore. A testimonianza della crescente rilevanza economico-finanziaria dei *token* non fungibili, si pensi al caso dell'opera dell'artista *Beeple* in formato *NFT* venduta nel marzo del 2021 dalla casa d'aste *Christie's* per 69 milioni di dollari.

¹¹⁶ VITTORE, *De inventione*, in *Ars rhetorica*, p. 374.

Costi del lavoro ed emergenza Covid-19

di Antonietta Troisi*

Abstract. This contribution aims at deepening the new institute of co-employment introduced for the first time with regard to business networks, by Decree Law No 76/2013, recently rediscovered and updated, with a new solidarity purpose, by the related conversion Law of the so-called Decree “Decreto Rilancio”, in order to support workers and businesses in crisis.

SOMMARIO: 1. Genesi del contratto di rete e riflessi giuslavoristici: la codatorialità. – 2. La codatorialità e il tradizionale modo di concepire il rapporto di lavoro. – 3. La nozione di codatorialità: sviluppi e interpretazioni da parte della dottrina. – 4. Regole di ingaggio e disciplina. – 5. Compatibilità e applicazioni della codatorialità alle diverse tipologie della rete. – 6. Responsabilità solidale tra i codatori dei dipendenti ingaggiati. – 7. Il nuovo contratto di rete con causale di solidarietà. – 8. Considerazioni conclusive.

1. L'impresa moderna è sempre più frammentata e flessibile, emblematico in ambito commerciale è il contratto di rete con cui si realizza una vera e propria integrazione proprietaria. Si tratta di uno strumento idoneo a raggiungere livelli dimensionali adeguati così da competere e fronteggiare il mercato globale, lasciando fermo l'assetto proprietario.

Il contratto di rete nasce e si sviluppa all'interno del sistema economico, ma soltanto con l'art.3 co. 4-ter del D.L. 10 febbraio 2009, n. 5, convertito in L. 9 aprile 2009, n. 33 ha finalmente trovato un primo riconoscimento a livello giuridico¹. Negli anni avvenire è stato oggetto di innumerevoli modifiche legislative, ma ciò che non è cambiato, sono gli scopi che questo è chiamato a perseguire e cioè: la “capacità innovativa e competitività sul mercato”.

Così l'art. 3, co. 4-ter, D.l. n. 5/2009 statuisce che: “con il contratto di rete più imprese perseguono lo scopo di accrescere, individualmente e collettivamente, la propria

* Dottoressa in Giurisprudenza.

¹ Il contratto di rete è stato introdotto all'art. 3 co. da 4-ter a 4-quinquies del D.l. 10 febbraio 2009, n. 5, conv. dalla l. 9 aprile 2009, n. 33. La disciplina ivi contenuta è stata successivamente modificata e integrata dalla l. n. 99/2009, dal d.l. n. 78/2010 (conv. dalla l. n. 122/2010), dal d.l. n. 83/2012 (conv. dalla l. n. 134/2012) e dal d.l. n. 179/2012 (conv. dalla l. n. 221/2012). Sul contratto di rete si v. F. MACARIO, C. SCOGNAMIGLIO, *Reti di impresa e contratto di rete*, in *I Contratti*, 2009, p. 915 ss.; G.D. MOSCO, *Frammenti ricostruttivi sul contratto di rete*, in *Giur. Comm.*, 2010, p. 951 ss.; M. MALTONI, *Il contratto di rete - Prime considerazioni alla luce della novella di cui alla l. n. 122/2010*, in *Notariato*, 2011, p. 64 ss.; F. CAFAGGI, P. IAMICELI, G.D. MOSCO, *Il Contratto di rete per la crescita delle imprese*, Giuffrè, 2012; P. ZANELLI, *Reti e contratto di rete*, Padova, 2012; F. CAFAGGI, *Contratto di rete*, Enc. dir., Giuffrè, 2016, p. 207 ss.; V. CUFFARO, *Contratto di rete di imprese*, 2016; G. SPOTO, *I contratti di rete tra imprese*, Giappichelli, 2017.

capacità innovativa e competitività sul mercato, obbligandosi, sulla base di un programma comune di rete, a collaborare all'esercizio delle proprie attività ovvero a scambiarsi informazioni o prestazioni di natura industriale, commerciale, tecnica o tecnologica ovvero ancora a esercitare in comune una o più attività rientranti nell'oggetto della propria impresa".

Ad oggi sono sempre più numerose le imprese che decidono di adottare lo strumento rete.

Lavorare e stare insieme è difficile per le singole imprese, ma non impossibile: la collaborazione e la condivisione potrebbero risultare vincenti in un periodo di crisi come quello attuale, la possibilità di innovare e raggiungere nuovi obiettivi potrebbe contribuire ad aiutare le imprese in crisi, così da spronarle ad affrontare con successo il percorso di uscita dalla attuale crisi pandemica causata dal Covid-19.

Secondo il report dell'Osservatorio nazionale sulle reti d'impresa² il contratto di rete rappresenta per le imprese aderenti un'importante opportunità per migliorare i propri risultati.

L'anno 2020 ha visto svilupparsi una crisi senza precedenti, tutt'ora in corso. A fronte di ciò, l'ultima edizione dell'Osservatorio vuole proporre una riflessione su come le reti d'impresa possano rappresentare uno strumento di "resilienza" per le imprese. Il focus dell'edizione 2020 è proprio l'analisi della *performance* delle imprese e l'approfondimento di alcuni settori nei quali presentano un elevato tasso di rappresentatività e di crescita. Le reti costituiscono un modello di collaborazione in costante aumento: 6.657 reti registrate in Italia a fine 2020, che coinvolgono 38.381 imprese, con un incremento del 13% (+757 reti) nell'ultimo anno, diffuse in tutte le province italiane e che complessivamente occupano quasi 1 milione di addetti, in gran parte assorbiti dalle aziende medio-grandi (78%). Dall'analisi qualitativa condotta su un campione di 1.633 imprese in rete, operanti prevalentemente nei settori dei servizi (38%) e dell'industria e artigianato (38%), si evidenzia la correlazione positiva tra l'appartenenza a una rete e la crescita e l'aumento di redditività delle imprese che ne fanno parte. In particolare, le imprese in rete indagate mostrano migliori risultati in termini di fatturato e valore della produzione (35% del campione), di ROI (25% del campione) e di numero addetti (30% del campione) nel triennio successivo all'ingresso nella compagine aggregativa. Migliore conoscenza della gestione e organizzazione della rete, esperienza e innovazione sono le "leve" capaci di rendere le imprese più performanti.

Il fenomeno si presenta diffuso su tutto il territorio nazionale, mentre a livello territoriale le Regioni con il maggior numero di imprese "in rete": sono il Lazio (9.321), la Lombardia (3.766) e il Veneto (2.903), seguite da Campania (2.736), Toscana (2.528) ed Emilia-Romagna (2.249). Quanto ai settori di attività, il settore

² La costituzione dell'Osservatorio Nazionale sulle Reti d'Impresa nasce dalla collaborazione tra RetImpresa, InfoCamere e Università Ca' Foscari di Venezia e ha l'obiettivo di rafforzare la conoscenza delle aggregazioni in rete, di monitorare l'andamento e i nuovi trend fenomeno.

agricoltura, silvicoltura e pesca è al primo posto per numero di imprese retiste, seguito dal commercio e dalle costruzioni³.

In un primo momento, le questioni relative ai rapporti di lavoro all'interno delle reti d'impresa sono state considerate di secondaria importanza. Tuttavia, la rete resta pur sempre uno strumento aggregativo con delle ricadute pratiche importanti sui rapporti contrattuali istaurati dai singoli imprenditori retisti con i propri dipendenti, realizzando così nuove forme di collegamento negoziale.

Con alcune recenti disposizioni, sono state dettate regole specifiche volte a facilitare la gestione del personale fra le imprese retiste. Il legislatore ha mostrato nel tempo di identificare nel lavoro un elemento importante di collaborazione imprenditoriale e ha così fornito strumenti idonei a facilitare un più semplice ed efficace coordinamento rispetto all'organizzazione della rete.

La prospettiva di utilizzare le prestazioni lavorative dei dipendenti delle singole imprese si è affacciata nel quadro di regolamentazione dell'istituto, con il Decreto-legge n. 76/2013 (convertito dalla Legge n. 99/2013), che ha modificato gli art. 30-31 del d.lgs. n. 276/2003: l'art. 30, comma 4-ter detta una disciplina specifica per l'ipotesi in cui un'impresa voglia distaccare⁴ un proprio dipendente presso un'altra partecipante alla stessa rete, mentre il nuovo art. 31, commi 3-bis e ss., ammette, a condizioni diverse, la codatorialità⁵ o l'assunzione congiunta dei lavoratori all'interno della rete, in entrambi i casi si tratta di strumenti con cui si ammette che il rapporto di lavoro dal lato datoriale possa avere una pluralità di soggetti.

L'art. 30 comma 4-ter, ultimo periodo, stabilisce testualmente che *“tra aziende che abbiano sottoscritto un contratto di rete di impresa (...) è ammessa la codatorialità dei dipendenti ingaggiati con regole stabilite attraverso il contratto di rete stesso”*.

Si tratta di previsioni che hanno avuto un forte impatto sul sistema lavoristico e che offrono agli imprenditori la possibilità di usufruire di una gestione flessibile ed eventualmente condivisa delle prestazioni delle diverse unità del personale preposto all'attività dei servizi in rete.

La codatorialità è stata pensata dal legislatore non tanto come tecnica di tutela dei lavoratori, quanto piuttosto come istituto specificatamente destinato a incenti-

³ Sul punto v. L. DI SALVATORE, *Codatorialità e responsabilità del datore di lavoro nelle reti di imprese*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, fasc.3, 1° settembre 2020, p. 451.

⁴ Il D.l. n. 76/2013, mediante l'introduzione di un nuovo comma all'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003, innova la nozione di distacco sancendo che l'interesse a tale operazione è presunta qualora essa operi tra imprese sottoscrittrici di un contratto di rete. Inoltre, viene previsto un regime di codatorialità, su base volontaria, quale strumento per la gestione dei rapporti di lavoro in una rete di imprese. Infine, limitatamente al caso di reti composte almeno per il 40% da imprese agricole, viene introdotta la possibilità di assumere congiuntamente lavoratori dipendenti.

⁵ G. ZILLO GRANFI, M. BIASI, *Contratto di rete e diritto del lavoro*; G. CENERI, P. RAUSEI, *La codatorialità nelle reti d'impresa*, in *Bollettino Adapt*, 19 marzo 2018; M. G. GRECO, *Distacco e codatorialità nelle reti d'impresa*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2014, 2; A. PERULLI, *Contratto di rete, distacco, codatorialità, assunzioni in agricoltura*; O. RAZZOLINI, *Impresa di gruppo, interesse di gruppo e codatorialità nell'era della Flexicurity*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2013; P. RAUSEI, *Codatorialità: luci e ombre*, in *Diritto e Pratica del Lavoro*, 5/2020, p. 281.

vare un più efficace coordinamento della prestazione lavorativa in funzione della realizzazione degli obiettivi della rete; agli imprenditori partecipanti alla rete viene, di conseguenza, conferita la titolarità di tutti i poteri tipici del datore di lavoro.

Ecco che per la prima volta nel nostro ordinamento viene introdotta la codatorialità su base volontaria⁶ per le imprese che abbiano sottoscritto un contratto di rete in base al D.L. n. 5/2009. Questo ovviamente vale solo per le imprese, e non per le reti realizzate tra professionisti⁷, associazioni, fondazioni, enti di ricerca.

Si tratta di un istituto del tutto nuovo, fatto su misura della rete e privo di regole nel sistema vigente, in ragione di ciò, troverà la propria fonte regolatrice all'interno dello stesso contratto.

2. La disarticolazione della struttura imprenditoriale ha avuto ripercussioni importanti sul piano del diritto del lavoro, arrivando addirittura a mettere in discussione la regola dell'unicità della figura datoriale. Mentre in passato si trattava invece quasi di un "dogma" in cui i confini del datore di lavoro arrivavano addirittura a coincidere con quelli dell'impresa.

L'istituto della codatorialità si inserisce in un piano di parcellizzazione e decentramento organizzativo delle imprese che si è inevitabilmente ripercosso sul tradizionale impianto del rapporto di lavoro. Benché l'istituto sia stato tipizzato dal legislatore attraverso scarse ed essenziali previsioni legali, la codatorialità rappresenta una forma di dissociazione datoriale oggi pienamente legittima⁸.

Il contratto di rete pone sfide del tutto nuove al diritto del lavoro: si ha una moltiplicazione delle figure sul versante datoriale, e l'introduzione di un modello di relazioni che possiamo definire "anomalo" rispetto al tradizionale rapporto di lavoro⁹.

L'art. 2094 c.c stabilisce che: «è *prestatore di lavoro subordinato chi si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore*».

⁶ Spetta cioè all'autonomia delle parti decidere se alla tradizionale coppia binaria del rapporto di lavoro si sostituisca dal lato del creditore di lavoro una pluralità di soggetti.

⁷ Negli anni la dottrina intuì la potenzialità del contratto di rete anche nel caso di soggetti economici estranei alla nozione di "impresa", tra i quali, in particolari enti pubblici di ricerca e liberi professionisti. Così nel 2017 è intervenuto sul tema il legislatore con l'art. 12 della L. 22 maggio 2017, n. 82 (c.d. *Jobs Act* autonomi) che ha permesso ai professionisti di poter far parte di un contratto di rete. Sul tema si v. in particolare S. PRINCIVALLE, *Contratto di rete e professionisti: pubblicità e dubbi applicativi sulla nuova previsione normativa*, in *Notariato*, 1/2019, p. 21 e ss.

⁸ Cfr. M. BIASI, *Dal divieto di interposizione alla codatorialità: le trasformazioni dell'impresa e le risposte dell'ordinamento*, in *Contratto di rete e diritto del lavoro*, Padova, 2014, p. 117 e ss; G. CENERI, P. RAUSEI, *La codatorialità nelle reti d'impresa*, in *Bollettino Adapt*, 19 marzo 2018; M.G. Greco, *Distacco e codatorialità nelle reti di impresa*, in *Arg. Dir. Lav.*

⁹ Sul punto L. DI Salvatore, *Codatorialità e responsabilità del datore di lavoro nelle reti di impresa*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, fasc. 3, 1 settembre 2020, p. 451.

Il legislatore, con la riforma ad opera degli artt. 30 e 31 del d.lgs. n. 276/2003 introduce degli istituti che vanno a rompere la regola della bilateralità del rapporto e dell'unicità del datore, aprendo a nuove frontiere.

Nel nostro ordinamento, infatti, siamo abituati a concepire il rapporto di lavoro come "rapporto a due" tra imprenditore/datore di lavoro e lavoratore subordinato, ecco che la codatorialità si distacca dalla visione tradizionale, offrendo così un'eccezione alla regola generale.

Nel caso di assunzione di lavoratori in codatorialità, una delle imprese partecipanti, dovrà assolvere i relativi adempimenti di legge previsti (comunicazione obbligatoria di instaurazione del rapporto di lavoro, consegna assunzione e registrazione sul Libro Unico del Lavoro) e il lavoratore avrà diritti al trattamento economico e normativo previsto dal contratto collettivo applicato dal proprio datore di lavoro.

3. L'art. 30 comma 4-ter, nonostante sia inserita in un contesto normativo ben definito e specifico, non sembra apparentemente prevedere molto più se non ammettere la sua liceità e previsione, lasciando così spazio a numerosi interrogativi.

La prima questione riguarda proprio il concetto stesso di codatorialità e a che cosa si riferiva il legislatore quando ne ha prevista l'introduzione.

Con la codatorialità¹⁰ si sostituisce dal lato del creditore di lavoro una pluralità di soggetti e più in generale, facciamo riferimento a una utilizzazione delle prestazioni lavorative da parte dei dipendenti a favore di uno o più datori di lavoro. Ma qui si ferma la capacità espressiva della stessa definizione, non esistendo una nozione legale del termine. Questo spiega perché già intorno al significato di codatorialità si fronteggiano posizioni multiformi e in parte discordanti in dottrina e giurisprudenza.

Su questo versante ci sono state principalmente due diverse interpretazioni del concetto di codatorialità:

1) da un lato, vi è chi la interpreta come assunzione congiunta, contitolarità dei rapporti di lavoro, individuando la posizione di datore in capo a una pluralità di soggetti. Questo significa che, nel momento in cui l'impresa retista assumerà un nuovo lavoratore, lo farà a beneficio della pluralità delle imprese che concorrono al progetto, assumendo su di sé l'onere formale di essere datore di lavoro di quel dipendente.

Si tratta di un'ipotesi del tutto nuova per il nostro sistema, che invece conosceva il *job sharing* dal lato dei dipendenti, ma non lo conosceva finora, almeno normativamente, sotto il versante datoriale. Il *job sharing* o c.d. lavoro ripartito è un rapporto di lavoro "speciale", mediante il quale due lavoratori assumono in solido l'adempimento di un'unica e identica obbligazione lavorativa. In pratica due persone si

¹⁰ La nozione di codatorialità, ovvero di un «rapporto di lavoro che vede nella posizione del lavoratore un'unica persona e nella posizione del datore di lavoro più persone» era emersa in maniera autonoma nella giurisprudenza in materia di gruppi, ma soltanto con D.l. n. 76/2013 ha avuto un primo riconoscimento a livello legislativo. V. Corte di Cass. sentenza n. 25270/11.

dividono lo stesso posto di lavoro. In questo caso invece, abbiamo un unico contratto a tempo pieno e complessivo, in cui ci sono più soggetti obbligati ossia più datori di lavoro rappresentati dalle imprese retiste che hanno interesse a essere codatrici di lavoro di quella figura, di quel singolo dipendente.

2) Mentre vi è una altra interpretazione (peraltro fatta propria dalla Cass. civile n. 8068/2016 e anche dalla Circolare applicativa n. 35/2013) secondo cui, la codatorialità non implica necessariamente contitolarità: secondo questa visione, è sufficiente che il contratto di rete definisca esattamente i termini e le condizioni di tale gestione congiunta del personale da parte di questa pluralità di imprese. Ma secondo questa visione, potrà essere una sola impresa che formalmente apparirà all'esterno come datore di lavoro e quindi l'unica obbligata nei confronti dei soggetti pubblici a fornire le relative comunicazioni a centri per l'impiego e risultare datore di lavoro. Mentre nella gestione concreta delle risorse, potranno essere in tante le aziende a servirsi delle prestazioni lavorative dei dipendenti, attraverso il rispetto di tutta una serie di regole di condivisione definite dallo stesso contratto di rete o come accade nell'esperienza concreta, attraverso regolamenti attuativi dello stesso, che appunto involgono normalmente i lavoristi.

In mancanza di queste regole non si può dar luogo alla codatorialità: la legge stabilisce che si possa svolgere l'attività con una pluralità di datori di lavoro solo se ed in quanto sia, non solo disciplinato, ma anche ammesso e istituito da parte della regolamentazione negoziale¹¹.

Quindi ne discende che il contratto di rete dovrà contenere non soltanto un semplice accordo di accesso al regime della codatorialità, ma anche una specifica indicazione dei dipendenti in condivisione, così da evitare abusi di sistema e aggravamenti nella posizione del lavoratore subordinato.

4. La vera peculiarità dell'istituto risiede nella possibilità di modellare le regole di ingaggio da parte degli imprenditori in rete: queste potranno essere plasmate nelle forme prescelte dall'autonomia privata, con il solo limite di compatibilità rispetto alle norme inderogabili di legge e, ove applicate, di contratto collettivo.

La codatorialità presuppone un accordo di diritto privato per l'utilizzo congiunto della prestazione ed è necessario acquisire anche la disponibilità del lavoratore dipendente. Quest'ultimo, infatti, dovrà accettare espressamente tali modalità di utilizzo congiunto della prestazione di lavoro; in tal senso depone la stessa formulazione dell'art. 30 co. 4-ter, D.lgs. n. 276/2003, laddove con la locuzione "dipendenti ingaggiati", sembra alludere alla facoltà giuridica del dipendente di farsi ingaggiare, ed è quindi implicito il riconoscimento di una possibile volontà contraria in tal senso.

¹¹ Per un approfondimento sulle cd. regole di ingaggio e sul loro contenuto si veda G. CENERI, P. RAUSEI, *La codatorialità nelle reti d'impresa*, BA, n. 11/2018, p.3 ss.

Tuttavia, le difficoltà sul piano degli effetti e delle modalità di esercizio dei poteri del datore di lavoro non possono essere colmate rinviando semplicemente alle “regole di ingaggio” o al programma di rete, proprio per questo, sarebbe auspicabile che il legislatore intervenisse ancora una volta sul tema, per precisarne le linee guida e introdurre una normativa comune di base applicabile.

Per quanto il ricorso all’istituto della codatorialità rappresenti sicuramente un’importante innovazione, va sottolineato come tale strumento possa comportare dei rischi alle aziende.

In assenza di specifiche pronunce giurisprudenziali, sul tema si è pronunciato il Ministero del Lavoro con la circolare 35 del 2013.

La circolare prevede che i contratti stipulati tra imprenditori, disciplinino al suo interno, poteri e obblighi a cui sono tenuti ad adempiere i datori di lavoro nei confronti dei dipendenti. Più esattamente le regole di ingaggio dovranno prevedere:

- limiti di esercizio al potere direttivo in capo a tutti i codatori sotto la supervisione e il controllo del datore di lavoro effettivo;
- limiti di esercizio del potere organizzativo rispetto alla gestione delle risorse umane, delineandone mansioni e funzionamenti;
- con riferimento al potere disciplinare, i codatori dovranno conoscere gli illeciti e le irregolarità previste, affinché il titolare esclusivo di tale potere possa intervenire;
- gli imprenditori dovranno altresì condividere obblighi formativi e informativi in funzione delle rispettive imprese;
- infine, dovrà essere disciplinata anche la messa in condivisione degli obblighi specifici in materia di tutela e sicurezza sul lavoro e la partecipazione ai requisiti assicurativi e contributivi previsti in materia di diritto del lavoro.

Si tratta di riferimenti e direttive che il contratto dovrà necessariamente contenere, ovviamente dovranno essere adattati e specificati, in base agli scopi, obiettivi e previsioni contenute nel programma di rete.

Nel 2018 l’ispettorato nazionale del lavoro è intervenuto a fornire chiarimenti e indicazioni ai propri Uffici territoriali al fine di svolgere una corretta attività di vigilanza.

La circolare n. 7/2018 aveva evidenziato l’utilizzo del contratto di rete come strumento per aggirare la disciplina in materia di somministrazione di personale, violando i diritti e oneri contributivi dei lavoratori.

La circolare ha cura di precisare che il personale in regime di codatorialità non potrà subire un pregiudizio nel trattamento economico e normativo per effetto della stipula di un contratto di rete tra imprese.

Secondo quanto precisato dall’INL, nel contratto di rete possono essere previste clausole volte a disciplinare la codatorialità dei dipendenti con effetto concreto solo se gli interessati provvedono preventivamente all’iscrizione nel Registro delle imprese del contratto di rete. L’INL, dunque, invita il personale ispettivo del lavoro a ve-

rificare e a svolgere dei controlli sull'esistenza della rete e che lo stesso sia stato regolarmente iscritto nel Registro delle imprese. Infine, la circolare specifica che, qualora il contratto di rete preveda la codatorialità nei confronti dei lavoratori dipendenti, il contratto deve specificare il ricorso all'istituto e individuare la «platea» dei lavoratori chiamati a collaborare in codatorialità.

5. L'assetto normativo vigente consente agli imprenditori che intendono costituire una rete, la possibilità di scegliere tra tre diversi modelli contrattuali: a) un contratto di rete privo di fondo patrimoniale comune (c.d. rete-contratto “leggera”¹²); b) un contratto di rete, senza soggettività giuridica, ma dotata di fondo patrimoniale e organo comune (c.d. rete-contratto “pesante”¹³); infine un modello con soggettività giuridica (c.d. rete-soggetto¹⁴). Mentre nel caso delle reti-contratto la titolarità delle situazioni giuridiche rimane individuale dei singoli partecipanti, nel caso della rete-soggetto, questa diviene un autonomo centro di imputazione di interessi e rapporti giuridici, quindi si viene a creare un soggetto distinto e autonomo rispetto alle singole imprese che hanno sottoscritto il contratto. A questo punto dobbiamo di conseguenza chiederci, se l'istituto della codatorialità sia compatibile o meno con la fattispecie della rete-soggetto.

¹² Forma per così dire basilica della rete, in cui questa svolge sola attività interna. Gli aderenti collaborano per perseguire obiettivi condivisi (ad es. scambio di informazioni o condivisione del *know how*). Il programma comune impegna individualmente tutte le imprese aggregate senza benefici di limitazione della responsabilità per coloro che agiscono in nome e per conto della rete.

¹³ Si tratta di una rete complessa con attività esterna, ma priva di soggettività giuridica. Siffatto modello presuppone che i partecipanti optino, oltre che per l'istituzione di un fondo patrimoniale comune e di un organo comune, per l'indicazione, in sede di atto costitutivo, della denominazione e della sede della rete e per l'iscrizione del contratto di rete nella sezione del registro delle imprese presso cui è iscritto ciascun partecipante. Le reti riconducibili a tale modello, pur essendo destinate a svolgere attività con i terzi, non costituiscono un autonomo centro di imputazione di situazioni giuridiche. Si v., V. DONATIVI, *Le reti di imprese: natura giuridica e modelli di governance*, in *Le Società*, 2011, 1429 ss.; M. SCIUTO, *Imputazione e responsabilità nelle “reti di imprese” non entificate (ovvero del patrimonio separato incapiente)*, RDCComm, 2012, 445 ss.; F. CAFAGGI, P. IAMICELI, G.D. MOSCO, *Il contratto di rete e le prime pratiche: linee di tendenza, modelli e prospettive di sviluppo*, in *I Contratti*, 2013, p.799 ss.

¹⁴ Si tratta di un'opzione rimessa all'autonomia delle imprese che fanno parte della rete, che si manifesta ad un triplice livello. Innanzitutto, sul piano dei requisiti organizzativi, le parti devono convenire l'istituzione e la disciplina di un fondo patrimoniale comune, costituito con i loro apporti; nominare un organo comune; stabilire la sede e la denominazione della rete. In secondo luogo, sul piano della forma del contratto, solo se si opta per l'atto pubblico o per la scrittura privata autenticata o per l'atto munito di firma digitale è possibile decidere di acquisire la soggettività giuridica. Infine, quanto al regime di pubblicità, si deve chiedere che la rete sia iscritta nella sezione ordinaria del registro delle imprese nella cui circoscrizione è stabilita la sua sede (art. 3, co. 4-*quater*, d.l. n. 5/2009). Cfr. G. PALMIERI, *Profili generali del contratto di rete*, in *Reti di impresa: profili giuridici, finanziamento e rating*. M. MALTONI, *Le pubblicità del contratto di rete: questioni applicative*, in *CNN*, Studio n. 5-2013/I, 2; M. MILELLA, *La soggettività nel contratto di rete tra imprese*, in *I Contratti*, 2013, 401 ss.; M. PANDIMIGLIO, *Brevi note in tema di soggettività giuridica delle reti di impresa*, in *Il contratto di rete. Un nuovo strumento di sviluppo per le imprese*, a cura di F. BRIOLINI, L. CAROTA, M. GAMBINI, ESI, 2013, 83 ss.

Vi sono diverse considerazioni che fanno propendere per una soluzione negativa. La rete-soggetto è il frutto di un intenso processo di maturazione dei rapporti commerciali interni e in questa particolare ipotesi intervengono altri strumenti alternativi rispetto alla codatorialità. Nel caso della rete-soggetto ci troviamo di fronte ad una nuova impresa rispetto ai membri che la compongono, capace di assumere in proprio la qualifica di imprenditore, con conseguente applicazione della relativa disciplina in ambito commerciale. Il riconoscimento della soggettività giuridica consente alla rete di rendersi riconoscibile all'esterno. In questo caso l'imputazione del rapporto di lavoro imprenditore/dipendente sarà direttamente in capo al nuovo soggetto giuridico, e non ai singoli imprenditori che la compongono.

6. Una volta circoscritto l'istituto della codatorialità alla sola fattispecie della rete-contratto, occorre analizzare il regime di responsabilità dei codatori nei confronti dei dipendenti ingaggiati. Il tema più discusso attiene alla configurabilità di una responsabilità solidale per le obbligazioni di natura patrimoniale, di legge o di contratto, nei confronti dei lavoratori in codatorialità.

Nell'ipotesi di assunzione congiunta di lavoratori dipendenti il problema non si pone, in questo caso il legislatore prevede espressamente la responsabilità solidale dei datori di lavoro.

Nulla è detto nel caso di dipendenti ingaggiati in base al sistema della codatorialità. Nel silenzio della legge, occorre verificare se un regime di responsabilità solidale sia comunque imposto dai principi generali dell'ordinamento.

Chi appoggia la prima interpretazione prospettata, in base alla quale più datori di lavoro risulteranno anche essere contitolari del medesimo contratto di lavoro, sarà favorevole ad ammettere la responsabilità solidale dei codatori e sugli stessi graveranno anche gli obblighi derivanti dall'impiego comune di un rapporto di lavoro.

Come evidenzia la circolare n. 7/2018 gli imprenditori in rete rispondono in qualità di datori di lavoro nei confronti del personale indicato dal contratto e troverà applicazione il principio generale della responsabilità solidale di cui all'art. 29, comma 2, D.Lgs. n. 276/2003¹⁵.

Mentre chi accoglie la seconda interpretazione del concetto di codatorialità sopra indicata, esclude in automatico la solidarietà tra i codatori. Se ne evince che gli imprenditori in rete potranno prevedere o escludere espressamente la responsabilità

¹⁵ Cfr. Corte Cost., sent. n. 254 del 6 dicembre 2017, allo scopo di «evitare il rischio che i meccanismi di decentramento – e di dissociazione fra titolarità del contratto di lavoro e utilizzazione della prestazione – vadano a danno dei lavoratori utilizzati nell'esecuzione del contratto commerciale». Più in generale la Suprema Corte di Cass., consolidando l'innovativo orientamento proposto dalla Corte di appello di Roma n. 2809/2017, con la sent. n. 3899 dell'11 febbraio 2019 ha ritenuto esistente una codatorialità di fatto nel caso di una segretaria assunta da una società, con regolare contratto di lavoro, per lo svolgimento di attività di carattere amministrativo e contabile, che tuttavia presentava la propria attività lavorativa anche in favore di altre società, legate al datore di lavoro per la detenzione da parte dei soci di partecipazioni.

solidale con riguardo alla gestione condivisa dei rapporti di lavoro intrattenuti, rimandando nel caso alle specifiche tecniche delle regole di ingaggio.

Sul tema è intervenuto anche il Ministero del lavoro con la circolare n. 35/2013 con cui puntualizza che il potere direttivo potrà essere esercitato da ciascun imprenditore che partecipa al contratto di rete, mentre sul piano di eventuali responsabilità penale, civile e amministrative occorrerà quindi rifarsi ai contenuti del contratto di rete, senza che sia possibile configurare “automaticamente” una solidarietà tra i codatori partecipanti alla rete¹⁶.

Tuttavia, quest’ultima teoria non è ad oggi condivisibile ed è stata superata, in quanto si è stabilito che la responsabilità fra i codatori discende automaticamente dall’art. 1294 c.c. e non è derogabile dalle parti per contratto.

Sul fronte della solidarietà automatica, tuttavia, quanto meno sul piano degli obblighi retributivi e previdenziali (contributivi e assicurativi) rileva la sentenza della Corte di Appello di Roma 22 maggio 2017, n. 2809, che ha affermato il seguente principio: «*qualora lo stesso dipendente presti servizio contemporaneamente a favore di diversi datori di lavoro, titolari di distinte imprese, e l’attività sia svolta in modo indifferenziato, così che in essa non possa distinguersi quale parte sia stata svolta nell’interesse di un datore e quale nell’interesse degli altri, tutti i fruitori dell’attività del lavoratore devono essere considerati solidalmente responsabili nei suoi confronti per le obbligazioni relative ai sensi dell’art. 1294 cod. civ.*».

7. L’art. 43-*bis*, D.l. n. 34/2020, convertito dalla legge n. 77/2020, ha inserito nell’art. 3, D.l. n. 5/2009 ai commi dal 4-*sexies* al 4-*octies* il «contratto di rete con causale di solidarietà¹⁷». La disciplina in materia di reti d’impresa risulta così integrata, viene consentito, per la prima volta, la possibilità di ricorrere allo strumento della rete per finalità non sono di sviluppo, ma anche solidaristiche.

Questa nuova introduzione si colloca in piena aderenza a questa nuova buona prassi di collaborazione imprenditoriale sviluppata soprattutto durante l’emergenza sanitaria da Covid-19, in chiave di tutela e riduzione degli oneri aziendali.

Si tratta di una misura che offre un impulso decisivo all’attuazione dell’istituto della codatorialità al momento ancora poco applicato in materia di reti.

Viene così introdotta la possibilità di stipulare un contratto di rete al fine di favorire il mantenimento dei livelli occupazionali delle imprese, in seguito a situazioni di crisi o stati di emergenza dichiarati con provvedimento delle autorità competenti: le imprese potranno fare ricorso a istituti quali il distacco e la codatorialità, per lo svolgimento delle prestazioni lavorative presso le aziende partecipanti alla rete. Im-

¹⁶ Tuttavia, tale circolare è stata superata dalla Circolare n. 7/2018 anche sulla scorta del differente dettato normativo dell’art. 30, comma 4-*ter*, d.lgs. n. 276/2003 rispetto a quanto invece previsto al successivo art. 31, comma 3-*quinquies*, che, in tema di assunzione congiunta nelle imprese agricole, stabilisce espressamente la responsabilità solidale di tutti i soggetti datoriali in tema di obbligazioni contrattuali, previdenziali e di legge.

¹⁷ V. la nota INL n. 468 del 21 luglio 2020

plicito in questo caso, è il riferimento allo stato di emergenza causato dal Covid-19, ma la norma si rivolge in generale a tutte le imprese colpite anche da altra catastrofe naturale o altre problematiche.

Grazie al Decreto Rilancio la componente solidaristica si affianca alla flessibilità delle risorse in materia di codatorialità¹⁸, per favorire ed incentivare le reti d'impresa in crescita, fortemente penalizzate in questo periodo, così da mantenere i livelli di occupazione nelle filiere. Il legislatore ha cercato di tutelare e favorire:

- l'impiego di lavoratori che imprese retiste a rischio di licenziamento;
- l'inserimento, in una delle imprese in rete, di persone che hanno perso il posto di lavoro a seguito della chiusura dell'attività o per crisi d'impresa;
- l'assunzione di nuove figure professionali funzionali a rilanciare le attività produttive nella fase di ripresa per l'uscita dalla crisi.

Al fine di completare il quadro appena prospettato, occorre sottolineare come sia stata altresì compiuta un'importante semplificazione per quanto attiene gli obblighi in tema di pubblicità sanciti in materia di rete. In deroga a quanto previsto per regola generale ex art. 3 comma 4-*quater* del D.L. n. 5/2009, il contratto di rete per causale di solidarietà dovrà essere sottoscritto dalle parti con firma digitale (ai sensi dell'art. 24 del CAD) e dovrà essere prevista l'assistenza qualificata di organizzazioni di rappresentanza datoriale con caratteristiche di rappresentatività a livello nazionale, in quanto presenti nel Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro (CNEL) ed espressione degli «interessi generali di una pluralità di categorie e di territorio».

Si tratta di una misura importante in questo periodo di crisi socioeconomica aggravata dal Covid-19, soprattutto con riguardo agli effetti che potrà avere nel ridurre il ricorso a strumenti di integrazione salariale e licenziamenti, avendo minori impatti sui costi generali di sistema.

8. La nozione di codatorialità introdotta dalla legge del 2013 immette nel sistema un inedito nesso funzionale tra la disciplina commerciale e il diritto del lavoro, in quanto prefigura una modulazione dei contenuti del rapporto di lavoro in funzione degli obiettivi che le imprese perseguono mediante la rete.

Per quanto riguarda la tecnica normativa impiegate in materia, occorre sottolineare come il legislatore non ne delinei in alcun modo confini ed effetti, così le ricostruzioni che abbiamo offerto nel corso della trattazione sono ambedue astrattamente accoglibili.

Il contratto di rete in generale e ancor di più il regime della codatorialità, restano per molti versi, un enigma del tutto italiano. La legge nomina e fa riferimento a tale istituto ma, non interviene a tipizzarlo e a descriverne caratteristiche e contorni, lasciandone la regolamentazione al contratto di rete o a un regolamento attuativo,

¹⁸ V. P. RAUSEI, *Contratti di rete d'impresa: solidarietà, distacco, codatorialità*, in *Diritto e Pratica del Lavoro*, 44/2020, p. III; P. RAUSEI e M. BARBIZZI, *Contratto di rete: contenuti e possibilità di utilizzo*, in *Diritto e Pratica del Lavoro*, 3/2021, p. 129 e ss.

con tutti i problemi che ne derivano in tema di ripartizione dei poteri, di individuazione e tutela dei diritti.

È difficile stabilire se un approfondimento di questo tipo possa avere, oltre che un interesse puramente accademico, anche un rilievo concreto e possa influire sugli sviluppi di possibili nuovi futuri modelli codatoriali; tenuto conto anche dello scarso entusiasmo che, almeno fino ad ora, le imprese hanno riservato alla nuova fattispecie.

A tutto ciò, come se non bastasse, si aggiunge che nella pratica, il sistema della codatorialità non è ancora decollato, anche perché la gestione del lavoratore in rete continua ad essere ancorata al singolo imprenditore in rete, così come tutti gli adempimenti e comunicazioni di contratto.

Rilievi preliminari sul c.d. contenuto negativo del testamento*

di Francesco Meglio**

Abstract. In recent times civil doctrine has experienced a renewed interest in the right of successors. This circumstance had the advantage of regaining the ability of the testamentary institution to regulate the property relationships and not of the inheriting, managing the latter to satisfy multiple requests. These include negative provisions, i.e. those by which the testator imposes a ban. The work aims to investigate the dogmatic solidity of the expression ‘negative so-called content of the will’, in order to define its disciplinary status. The analysis moves from the theme of the evolution of the testamentary content, and then focuses on the foundation, the characteristics of the provisions falling within the so-called negative content and the role of the interpreter who comes across provisions of this fact.

SOMMARIO: 1. Un testatore illustre e una volontà inequivoca: la suggestione da cui muove la presente indagine. – 2. Verso una nuova (e diversa) declinazione del contenuto del testamento: il passaggio dall’attribuzione alla regolamentazione, al fine di riprendere l’esclusione e i divieti. Critica alla ricorrente sovrapposizione tra diseredazione contenuto negativo. – 3. Il fondamento (positivo e non solo) delle disposizioni testamentarie negative, rintracciato nel potere del testatore di regolamentare i propri interessi. – 4. Analisi di alcune delle disposizioni testamentarie negative e inopportunità di una reductio ad unitatem. – 5. Le disposizioni testamentarie a contenuto negativo, tra giudizio di meritevolezza “rinforzato” e mera liceità. Prime conclusioni.

1. «Attenzione: privata, italiana, soggetta ad attacchi, può diventare una Coop. Questo non deve succedere». Con queste parole terminano le ultime volontà di Bernardo Caprotti, *patron* di Esselunga, che, unitamente all’ormai famoso lascito di settantacinque milioni di euro in favore della segretaria, hanno riempito le pagine dei giornali.

Questa frase conclusiva si impone all’attenzione dello studioso delle successioni per causa di morte per più di una ragione¹. Lo studio del contenuto del testamen-

* Il presente saggio illustra e anticipa, sia pure in parte, i risultati di una ricerca più ampia trasfusi in un lavoro monografico dal titolo “Sul contenuto c.d. «negativo» del testamento tra formula descrittiva e categoria precettiva”, di prossima pubblicazione per la collana “Quaderni dell’Archivio Giuridico Sassarese”, edita da “Inschibboleth edizioni”.

** Dottore di ricerca in Diritto Civile – Università degli Studi del Sannio.

¹ Sul rapporto tra autonomia privata e testamento v., tra gli altri, BONILINI, *Autonomia negoziale e diritto ereditario*, in *Riv. not.*, 2000, p. 797 e Andr. NATALE, *In tema di autonomia privata nel diritto ereditario*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, 10, p. 645 ss., il quale sottolinea che i principi enunciati agli artt. 41 e 42 Cost. rappresentano le linee guida anche in materia di diritto ereditario, ferma l’esigenza di individuare le moda-

to² è stato tradizionalmente dominato dalla convinzione che, in fondo, l'atto di ultima volontà³ non abbia che il solo fine di attribuire beni in favore di congiunti o di estranei attraverso l'istituzione di erede o di legato. Ogni riflessione relativa al contenuto c.d. negativo – espressione di cui, nel presente studio, si proverà ad appurare la portata, verificando se si tratti di una pura formula descrittiva o, piuttosto, di una nozione rilevante sul piano teorico e precettivo – appariva fuori lu-

lità con cui realizzare la trasmissione della titolarità del patrimonio. La circostanza che l'autonomia non origina da un solo principio è condivisa anche da Cass., 19 giugno 2009, n. 14343, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 3, p. 992, con nota di CASO, *Fondamento costituzionale del dovere di ospitalità e conformazione dell'autonomia privata*, che si esprime così: «poiché ogni interesse è correlabile ad un valore, [...] il fondamento costituzionale dell'autonomia negoziale va individuato alla luce di molteplici supporti normativi, in ragione della natura degli interessi affidati alle singole esplicazioni di autonomia e dei valori costituzionali ai quali questi interessi sono riconducibili.

[...] Pertanto, piuttosto che individuare “il” fondamento costituzionale dell'autonomia contrattuale, da ricercare sono “i” fondamenti costituzionali dell'autonomia negoziale», la quale testualmente riprende le argomentazioni sostenute da P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2020, 4^a ed., p. 329; ID. e DONISI, in P. Perlingieri et alii, *Manuale di diritto civile*, 8^a ed., Napoli, 2017, p. 452.

Ed allora, nell'art. 41 Cost. si rinverrà il fondamento per la tutela della sicurezza, della libertà e della dignità umana; negli artt. 2, 13 e 32 Cost. per la cura della salute propria o altrui; negli artt. 2, 29 e 30 Cost. per le esplicazioni di autonomia, a contenuto patrimoniale e non, che hanno la loro ragion d'essere nella famiglia; ancora, nell'art. 18 Cost. per la tutela del diritto di associarsi; negli artt. 1 e 35 ss. Cost. per le estrinsecazioni di autonomia contrattuale nell'ambito dei rapporti di lavoro subordinato e così via.

Per una verifica relativamente alla materia in discorso, v. P. PERLINGIERI, *La funzione sociale del diritto successorio*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 135 ss.

² Numerosi sono i contributi dottrinali relativi al testamento e alla successione testamentaria. Cfr., almeno, ALLARA, *Il testamento (Riproduzione dell'edizione del 1936)*, Napoli, 1978; ID., *La successione testamentaria*, in *Corso di diritto civile, Volume I*, Torino, 1944; ID., *Principi di diritto testamentario, op. cit.*, p. 25 ss.; GIU. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Padova, 1982; ID., *Successioni (diritto civile): successione testamentaria*, in *Noviss. Dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, p. 805 ss.; ID., *Successione testamentaria*, in *Noviss. Dig. it., Appendice*, VII, Torino, 1987, p. 636 ss.; BIGLIAZZI GERI, *Delle successioni testamentarie*, in *Comm. cod. civ.* A. Scialoja e G. Branca, *Libro secondo: Successioni. Artt. 587 – 600*, Bologna – Roma, 1993; BONILINI, *Il testamento: lineamenti*, Padova, 1995, *passim*; ID., *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni, op. cit.*, p. 201 ss.; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 2009; CICU, *Testamento*, Milano, 1951; CRISCUOLI, *Il testamento: norme e casi*, Padova, 1995; ID., *Testamento*, in *Enc. giur.* Treccani, XXXI, Roma, 1994, p. 1 ss.; DE CUPIS, *Successione, V) Successione testamentaria*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 1378 ss.; FERRARI, *Successione per testamento e trasformazioni sociali*, Milano, 1972; GALGANO, *Diritto civile e commerciale, Volume IV: la famiglia. Le successioni. La tutela dei diritti. Il fallimento*, Padova, 2004, p. 201 ss.; GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano, Volume I*, Milano, 1947; LIPARI, *Autonomia privata e testamento*, Milano, 1970; LISERRE, *Formalismo negoziale e testamento*, Milano, 1966; LOI, *Le successioni testamentarie (artt. 587 - 623 c.c.)*, in *Giur. sist. dir. civ. e comm.* fondata da W. Bigiavi, Torino, 1992; PEREGO, *Favor legis e testamento*, Milano, 1970; TRIOLA, *Il testamento*, Milano, 1998. Nella letteratura recente, da ultimo, BARBA, *Contenuto del testamento e atti di ultima volontà*, Napoli, 2018.

³ Si precisa che l'espressione atto di ultima volontà viene considerata equivalente a quella di testamento solo per comodità espositiva. Non si trascura di considerare il pregevole lavoro di BARBA, *Contenuto del testamento e atti di ultima volontà, op. cit.*, p. 20 ss., nel quale si offre una condivisibile differenziazione tra atto tra vivi, atto di ultima volontà e testamento, alla quale si aderisce pienamente.

go e per taluni lo è tuttora, atteso il profilo effettuale attributivo dell'atto di ultima volontà.

Invero, tale impostazione va di pari passo con l'idea ancora molto radicata che il testamento sia sottratto a ogni verifica in ordine alla liceità ed alla meritevolezza del suo contenuto⁴. Quanti sostengono una tale posizione accolgono un'idea davvero peculiare dell'autonomia di cui gode l'ereditando, che dell'intera vicenda è indubbiamente l'attore principale. L'autonomia riconosciuta al testatore dall'ordinamento giuridico conforma, secondo tale impostazione, margini di intervento quasi sconfinati, come se fosse *legibus solutus*.

Tale approccio poco o nulla persuade. Esso non appare condivisibile alla luce dei valori di dignità, solidarietà, uguaglianza e rispetto della persona che sono lumeggiati dalla Carta costituzionale e che non si vede come non possano venire in rilievo in sede testamentaria. Ad esso risulta sottesa l'idea dell'autonomia negoziale quale «dogma in sé»⁵.

Anche in relazione alla disposizione testamentaria⁶, quale atto di autonomia, in maniera non dissimile da quanto accade per gli atti tra vivi, deve svolgersi un vaglio che ne riscontri liceità, meritevolezza, ragionevolezza⁷ e proporzionalità⁸. Le dispo-

⁴ Per una verifica di tale affermazione, per tutti BONILINI, *Testamento*, in *Dig. IV. Sez., civ.*, vol. XIX, Torino, 1999, p. 343, là dove si evidenzia come la disposizione di cui all'art. 1322, cpv., c.c., non sarebbe applicabile al testamento, in quanto alla libertà testamentaria sarebbe riservato uno spazio insuscettibile di verifica in termini di socialità dell'intenzione e dello scopo. Già in ID., *La prelazione testamentaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, p. 247, l'A. aveva espresso il suo pensiero per cui, il fatto che il testamento abbia scontato a livello legislativo il giudizio di liceità, non richiederebbe la verifica concreta della dimensione sociale della singola disposizione.

⁵ La inadeguatezza e non correttezza di una simile impostazione è efficacemente rilevata e contrastata da P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, op. cit., pp. 319, 321, 322, nota 123.

⁶ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, op. cit., p. 322, ove si legge che «è dai principi che si desume la valutazione di meritevolezza dell'autonomia negoziale: essa, pertanto, non è un valore in sé». Sull'evoluzione storica del concetto di meritevolezza, il quale non può non essere condizionato dall'avvento della Costituzione Repubblicana, si rinvia, in luogo di altri, a PENNASILICO, *Sub art. 1322*, in *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di G. Perlingieri, IV, 1, Napoli, 2010, p. 372 ss.; ID., *Legalità costituzionale e diritto civile*, in P. Perlingieri e A. Tartaglia Polcini (a cura di), *Novecento giuridico*, Napoli, 2013, p. 143, nota 44; si veda P. PERLINGIERI, *Relazione conclusiva*, *ivi*, p. 244 ss.

⁷ Sul significato e l'importanza applicativa della ragionevolezza, per tutti, G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, p. 1 ss.

⁸ Sulla proporzionalità, P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 441 ss., il quale, dall'analisi della disciplina delle garanzie, ricava l'impressione che, mentre la normativa delle garanzie ipotecarie e reali mira a tutelare il garante nel momento funzionale, quella delle garanzie personali tende a tutelare il garante nel momento genetico. Le prospettive funzionale e genetica devono, per l'a., in un sistema che non sia schizofrenico, conformarsi al principio di proporzionalità, quale principio imperativo per tutto il sistema delle garanzie.; ID., *Il diritto civile*, op. cit., p. 380 ss.; CASUCCI, *Il sistema giuridico «proporzionale» nel diritto privato comunitario*, Napoli, 2001, spec. p. 378; LANZILLO, *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, Padova, 2003; RECINTO, *I patti di inesigibilità del*

sizioni testamentarie individualmente considerate, dunque, devono presentare un contenuto conforme ai principi e ai valori identificativi del sistema giuridico. la presente indagine intende appuntare l'attenzione su di un tema non adeguatamente approfondito, per non dire trascurato dalla dottrina, vale a dire la disamina dei divieti aventi fonte nel testamento⁹.

Con tale espressione ci si riferisce ad una vasta gamma di ipotesi nelle quali il testatore, lungi dall'attribuire beni e diritti, esprime un regolamento privato di interessi ricorrendo allo strumento del divieto, al fine di dare attuazione ad interessi tanto patrimoniali quanto di rango morale. È evidente fin da subito che gli spazi per un tale contenuto saranno tanto più ampi quanto più ridotta è la prospettiva patrimonialistica - attributiva del testamento¹⁰.

2. L'accezione atomistica del testamento, inteso come «contenitore» di una pluralità di negozi autonomi, soccorre l'indagine e introduce alla disamina del contenuto del testamento.

Il fenomeno successorio, come accennato, non riguarda più esclusivamente la sfera economico-patrimoniale, sebbene tale prospettiva pare informare di sé l'intero secondo libro del codice civile.

È evidente che non si può più ritenere che la successione a causa di morte si esaurisca nell'assicurare la mera modificazione soggettiva¹¹ dei rapporti giuridici e che sia, altresì, circoscritta alle sole situazioni economico-patrimoniali¹².

credito, Napoli, 2004, spec. p. 236 ss.; VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli, 2004, spec. p. 183 ss.; CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000, p. 198 ss.; POLIDORI, *Principio di proporzionalità e disciplina dell'appalto*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 686.

Sul principio di proporzionalità, sulla sua origine e sulle sue modalità operative, cfr. pure GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998, p. 11 ss.; PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 641; CANNIZZARO, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Milano, 2000.

⁹ Si impone una precisazione terminologica, onde distinguere il divieto dall'obbligazione negativa. Quest'ultima è definita come il rapporto giuridico patrimoniale per cui una determinata persona è tenuta in confronto ad un'altra all'osservanza di un comportamento negativo, L. COVIELLO JR, *L'obbligazione negativa: contributo alla teoria delle obbligazioni*, 2, Napoli, 1934, p. 47. Una recente rilettura dell'obbligazione negativa, diretta a sconfiggere l'idea che sia un'«obbligazione in tono minore», secondo un approccio metodologico funzionale ed assiologicamente orientato, è condotta da DEPLANO, *Le obbligazioni negative*, Napoli, 2014.

¹⁰ Per la dottrina patrimonialistica tradizionale, tra gli altri, BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, Milano, 1947, pp. 305-307; F. S. AZZARITI, MARTINEZ, G. AZZARITI, *Diritto civile italiano. Successioni per causa di morte e donazioni*, Padova, 1948, pp. 337-338; CISOTTI, *La disposizione di beni come elemento del concetto di testamento*, in *Rendiconti del Reale Istituto Lombardo di Scienze e Lettere*, vol. 77, (1943 - 1944), Milano, 1943, pp. 225 e 231; PUGLIATTI, *Testamento epistolare e volontà testamentaria*, in *Temi*, 1948, p. 313.

¹¹ STOLFI, *Note sul concetto di successione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1949, p. 535 ss.

¹² Il tema era già avvertito da ZACCARIA, *Diritti extrapatrimoniali e successione. Dall'unità al pluralismo nelle trasmissioni a causa di morte*, Padova, 1988, p. 61 ss., il quale, movendo dalla coloritura «fiduciaria» che

Accanto alla perdita di centralità del profilo patrimoniale, si è assistito all'espansione delle situazioni esistenziali e di quelle connesse alle nuove tecnologie¹³, che sembravano in una prima fase non avere spazio nelle indagini dei giuristi.

Il concetto di successione si amplia, finendo col descrivere il complesso delle vicende di rapporti giuridici, esistenziali e patrimoniali che, nella morte di un soggetto, trovano il loro fondamento causale, ossia che alla morte del soggetto si realizzano in via originaria, o ne traggono una loro autonoma qualificazione.¹⁴

Il discorso sul contenuto del testamento si impone nella civilistica italiana con l'opera di una autorevole dottrina. È indubbio che in questo contributo l'idea patrimoniale del testamento sia ben radicata. Il testamento è l'atto di ultima volontà che ha contenuto non soltanto patrimoniale, ma anche attributivo, ragion per cui il contenuto tipico del testamento coincide, sostanzialmente, con l'istituzione di erede, l'istituzione di legato e, ovviamente, tutte quelle disposizioni complementari o accessorie alla *summa divisio* dell'art. 588 c.c.

Rientrano invece nel contenuto atipico del testamento tutte quelle prescrizioni che non abbiano direttamente funzione attributiva e che possono essere contenute nel testamento.

Tale fortunatissima distinzione serviva al suo assertore per dire che era testamento, in senso proprio, soltanto quello avente un contenuto attributivo e, dunque, il testamento dispositivo della delazione. Essa, in altri termini, era funzionale all'obiettivo di negare che il contenuto atipico contribuisse ad indicare il testamento in

connota la successione a causa di morte nei diritti personal-patrimoniali, avverte che il fenomeno deve essere ascritto a quello residuale delle successioni cc.dd. anomale. Sebbene, con una significativa apertura, si interroga sulla fondatezza dell'idea che circoscrive le successioni anomale nell'area residuale. A p. 94, prima di avviare l'indagine sulle singole fattispecie, scrive: «diciamo: residuale; a meno di non voler sostenere che, al pari del principio di "patrimonialità", anche quello di "unità" della successione è principio non più riflettente in modo adeguato la realtà giuridica del nostro tempo, e che, dunque, la distinzione fra un sistema generale ed uno "anomalo" delle successioni oggi non ha ragione di essere prospettata. Ma è, quest'ultima, almeno allo stato attuale dell'elaborazione dogmatica in materia, una prospettiva che può valere unicamente come ipotesi di lavoro per ulteriori ricerche».

¹³ Sulla successione nel patrimonio digitale, almeno, RESTA, *La «morte digitale»*, in ID., *Dignità, persone, mercati*, Torino, 2014, p. 375 ss.; DEPLANO, *La successione a causa di morte nel patrimonio digitale*, in C. Perlingieri e L. Ruggeri (a cura di), *Internet e diritto civile*, Napoli, 2015, p. 427 ss. V. anche, CINQUE, *La successione nel «patrimonio digitale»: prime considerazioni*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, p. 645 ss.; CORAPI, *Successione. La trasmissione ereditaria delle c.d. «nuove proprietà»*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, p. 379 ss.; ZOPPINI, *Le «nuove proprietà» nella trasmissione ereditaria della ricchezza (note a margine della teoria dei beni)*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 185 ss.; MARTINO, *Le «nuove proprietà»*, in *Tratt. dir. succ. don.* Bonilini, I, Milano, 2009, p. 355 ss.; DI LORENZO, *Il legato di password*, in *Notariato*, 2014, p. 147 ss.; BECHINI, *Password, credenziali e successione mortis causa*, Studio n. 6-2007/IG approvato dalla Commissione Studi di Informatica Giuridica del Consiglio Nazionale del Notariato l'11 maggio 2007 (è leggibile in <http://ca.notariato.it/approfondimenti/6-07-IG.pdf>). Più di recente, sul c.d. contatto erede di facebook, BARBA, *Il diritto delle successioni tra solidarietà e sussidiarietà*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 345 ss.

¹⁴ BARBA, *Atti di disposizione e pianificazione ereditaria*, in *Atti 11° Convegno Nazionale S.I.S.D.I.C., Libertà di disporre e pianificazione ereditaria*, Napoli, 2017, p. 188.

senso proprio. In tal modo si rimarcava che le disposizioni non patrimoniali e quelle patrimoniali non attributive costituivano atti autonomi e diversi dal testamento. E precisamente, esse costituivano atti di ultima volontà, connotati dall'unilateralità, unipersonalità e revocabilità – caratteri condivisi col testamento –, con le quali si regolamentano taluni interessi *post mortem*.¹⁵

La riferita distinzione sarebbe stata sul finire degli anni Cinquanta e con maggiore vigore negli anni Sessanta messa in discussione a fronte di alcuni contributi in tema di *modus*¹⁶ e di diseredazione.¹⁷

In questi due fondamentali studi si sviluppano sostanzialmente tre profonde critiche. In primo luogo, si obietta all'interpretazione che del verbo *dispone* di cui all'art 587 c.c. si è storicamente data, vale a dire come sinonimo di attribuzione. In secondo luogo, se anche *dispone* vuol dire *attribuisce*, non si comprende il perché l'attribuzione sia da intendere solo ed unicamente in positivo, e non anche in negativo. Con riguardo alla diseredazione, non a caso, si è per lungo tempo ammessa tale disposizione là dove fosse possibile rinvenire un'istituzione implicita, in linea con la regola di cui all'espressione francese *exclure c'est instituer*¹⁸. In terzo luogo, si avversa l'idea che le disposizioni patrimoniali tipiche ammesse dal nostro ordinamento si risolvano nella *summa divisio* dell'art. 588 c.c., vale a dire l'istituzione di erede e di legato.

¹⁵ In GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, op. cit., p. 326, si legge che «le dichiarazioni di diverso contenuto [dalla istituzione di erede o di legatario] che in forma testamentaria possono compiersi, ne sussista o non l'unità formale con eventuali disposizioni di beni, non costituiscono testamento. Quando non si tratta di atti non negoziali, a cui risulta già incompatibile la nozione stessa di atto di ultima volontà (anche se compatibile sia, a qualche specie, quella di (mero) atto *mortis causa*) si tratta di negozi che o non sono a causa di morte ovvero sono al più negozi di ultima volontà a sé stanti, che rispondono alle regole generali della categoria a cui appartengono (atto di ultima volontà), ma non a quelle più particolari del testamento. E se pure a tutte queste dichiarazioni atipiche, anche quando non siano *mortis causa*, un effetto *post mortem* normalmente consegue, ciò dipende unicamente dalla particolare fattispecie emissiva che il soggetto assegna alla dichiarazione col presceglierne la forma testamentaria; ma da tale profilo l'atto (a rilevanza giuridica esterna) *post mortem* costituisce una categoria dommatica distinta così dall'atto sotto modalità di morte come dall'atto *mortis causa*».

¹⁶ GIORGIANNI, *Il modus testamentario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, p. 889 ss.

¹⁷ BIN, *La diseredazione. Contributo allo studio del contenuto del testamento*, op. cit., *passim*. Ad onor del vero, si deve segnalare come nello stesso anno in cui esce codesto contributo, altra autorevole dottrina, LISERRE, *Formalismo negoziale e testamento*, op. cit., pp. 158-159, sottolineava che «... si possono isolare, mediante un breve esame normativo alcune – ed invero il discorso meriterebbe la cura di un'apposita trattazione – tra le più significative disposizioni testamentarie caratterizzate dalla nota comune di non essere idonee alla produzione dell'effetto attribuzione di beni che pure si vorrebbe fosse tipico del testamento».

¹⁸ Sulla base del principio di matrice francese secondo cui «*exclure, c'est instituer*» v. L. COVIELLO JR, *Delle successioni. Parte generale*, 4^a ed., Napoli, 1935, p. 53; SANTORO – PASSARELLI, *Vocazione legale e vocazione testamentaria*, op. cit., p. 200; PINO, *L'esclusione testamentaria dalla successione legittima*, Roma, 1955, p. 21; NOTARI, *Volontà testamentaria e diseredazione*, in *Riv. not.*, 1957, p. 109. Nella dottrina d'Oltralpe, da ultimo, DELNOY, *Les libéralités et les successions*, 4^e ed., Bruxelles, 2013, p. 192.

La dottrina patrimonialistica ha sempre intravisto nel testamento lo strumento attraverso il quale realizzare l'attribuzione di beni (c.d. *Zuwendung*)¹⁹. Va rilevato, tuttavia, che la nostra materia conosce svariate ipotesi nelle quali il suddetto effetto attributivo sfugge alla disposizione testamentaria. Si pensi, per il momento, alle norme dettate dal testatore per la divisione *ex art.* 733 c.c. o ai divieti testamentari muniti di efficacia reale.

Lo scardinamento della dispositività *tout court* consente a questo interprete di dare linfa alla tesi dallo stesso sostenuta relativa all'ammissibilità della diseredazione testamentaria²⁰.

Essa rientra nel concetto ampio di disposizione, come atto comunque idoneo a predisporre un regolamento di interessi.

Le intuizioni che questa dottrina espresse più di cinquant'anni fa hanno – come è noto – raggiunto la giurisprudenza di legittimità²¹, la quale sembra aver preso atto che il testamento non ha necessariamente natura patrimoniale e attributiva, ma ha natura dispositivo - regolamentare, tanto da poter contenere disposizioni meramente negative, come una dichiarazione di revoca, e come la diseredazione.

Ed allora, «disporre» delle proprie sostanze per il tempo in cui si è cessato di vivere significa regolamentare, dettare una disciplina *post mortem* dei propri interessi, patrimoniali e no²².

¹⁹ Nella dottrina tedesca, cfr. almeno BEKKER, *Zur Lehre vom Rechtssubjekt: Genuß und Verfügung; Zwecksatzung, Zweckvermögen und juristische Person*, in *Jh. Jb.*, 12 (1873), p. 62: «Die Zwecksatzung aber besteht darin, daß ich für ein Recht in meinem Vermögen Verfügungsregeln aufstelle, welche dem Zwecke entsprechen den ich demselben setze», all'interno di una riflessione dell'Autore volta a evidenziare le differenze rispetto alla destinazione (c.d. *Zwecksatzung*).

²⁰ La diseredazione era espressamente prevista nel diritto romano. Nel quale, però, assolveva a una funzione ben diversa da quella che essa è chiamata oggi ad assolvere. Sul punto, BURDESE, *Diseredazione (Diritto romano)*, in *Noviss. Dig. it.*, V, Torino, 1957, pp. 1113-1115. Ma riferimenti anche in Giu. AZZARITI, *Diseredazione ed esclusione di eredi*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1968, pp. 1189-1194; L. FERRI, *L'esclusione testamentaria di eredi*, in *Riv. dir. civ.*, 1941, p. 232 ss.; CICU, *Diseredazione e rappresentazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1956, p. 385.

²¹ Il riferimento corre a Cass., 25 maggio 2012, n. 8352, in *Giust. civ.* 2012, I, p. 1164, con nota di CIAFARDINI, *Cambio di rotta della Cassazione sulla clausola di diseredazione*; in *Fam. pers. succ.*, 2012, 11, p. 763, con nota di BARBA, *La disposizione testamentaria di diseredazione*; in *Nuova giur. civ.*, 2012, I, p. 991, con nota di PACIA, *Principio di autonomia e validità del testamento contenente solo una clausola di diseredazione*; in *Vita not.*, 2012, 2, p. 665, con nota di PASTORE, *La Cassazione ammette la diseredazione*; in *Corr. giur.*, 2013, 5, p. 614, nota di CALIENDO, *La diseredazione: "(non) vuoi così colà dove si puote ciò che si vuole."*; in *Fam. dir.*, 2013, p. 146, con nota di BELLAVIA, *La Cassazione ammette la clausola di diseredazione esplicita meramente negativa*; in *Notariato*, 2013, p. 24, con nota di CIMMINO, *Diseredazione e ricostruzione causale del negozio testamentario*; in *Giust. civ.*, 2013, I, p. 1473, con nota di BRUNO, *Liceità della diseredazione esplicita*; in *Giust. civ.*, 2013, I, p. 685, con nota di OCCORSIO, *«Escludo da ogni avere i miei cugini»: la Cassazione alla svolta in tema di diseredazione*; in *Giur. it.*, 2013, p. 315, con nota di FUSCO, *È valida la clausola di diseredazione meramente negativa*; in *Giur. it.*, 2012, p. 2506, con nota di TORREGROSSA, *Nota in tema di diseredazione*.

²² BONILINI, *Testamento, op. cit.*, p. 338, ove si legge che la regolamentazione *post mortem* di interessi patrimoniali costituisce formula che «ha il pregio di indicare, in sintesi, la molteplicità di effetti che possono conse-

Il contenuto dell'atto di ultima volontà, in altri termini, non è più solo destinato ad accogliere una volontà attributiva ed istitutiva, ma può includere «anche una volontà ablativa e, più esattamente, destitutiva»²³.

Nella disamina del tema delle disposizioni testamentarie negative, è diffusa la convinzione che il contenuto negativo del testamento coincida con la clausola di diseredazione. Tale convinzione, a ben vedere, è il riflesso della concezione meramente attributiva del testamento. In altre parole, la diseredazione è l'unica disposizione testamentaria negativa in quanto essa è al contempo uguale e contraria rispetto all'attribuzione, che rappresenta invece il tratto naturale del testamento²⁴. Il discorso in verità è molto più complesso e non si presta a tale semplicistica esemplificazione.

La verità è che la diseredazione nell'ambito dello studio del contenuto testamentario costituiva il banco di prova di una riflessione diretta a saggiare una rinnovata dogmatica dell'atto di ultima volontà. Da qui a risolvere il contenuto negativo nella clausola di diseredazione, però, il passo è lungo. Pertanto, non è corretta alcuna sovrapposizione tra diseredazione e contenuto testamentario di segno negativo. È invece possibile affermare che la diseredazione è un'ipotesi, forse la più importante o, più correttamente, la più evidente, di contenuto testamentario negativo, ma non la sola o unica.

Non resta, perciò, che provare a costruire uno statuto disciplinare del contenuto c.d. negativo del testamento.

3. Nella ricerca di quest'ultimo ci si imbatte immediatamente nella norma recata dall'art. 733 c.c. Tale previsione, rubricata «Norme date dal testatore per la divisione», apparentemente distonica rispetto alla connotazione attributiva tradizionalmente assegnata al testamento, risulta in realtà coordinata ed armonizzata con l'art. 587 c.c.

Ampliata la portata del verbo «dispone» di cui alla norma da ultimo citata, non può stupire che la scheda testamentaria contenga disposizioni con le quali il testatore detti regole per la futura divisione, alla quale addiverranno i beneficiati dalle sue disposizioni.

guire al negozio testamentario, che è fonte di diritti, di obbligazioni, di obblighi soltanto morali, di raccomandazioni».

²³ La fattispecie sulla quale è stata emessa la sentenza riguardava una clausola testamentaria nella quale il *de cuius* aveva escluso dalla propria successione due cugini, senza che nel testamento olografo fossero inserite altre disposizioni. La questione decisa, pertanto, riguardava la diseredazione di soggetti a favore dei quali si sarebbe aperta - in assenza di testamento - la successione *ab intestato*.

²⁴ Interessante è l'osservazione di BIGLIAZZI GERI, *Il testamento*, *op. cit.*, p. 139, secondo la quale «seppur disposizione innominata (esaurisca o no il contenuto del testamento) la diseredazione [...] costituisce infatti pur sempre espressione della funzione cui il testamento adempie e, benché in questo solo senso, potrebbe, semmai, dirsi tipica».

Prima di soffermarsi sulla natura giuridica della fattispecie prevista dall'art. 733 c.c., è bene svolgere una precisazione. Nella disposizione in esame, il testatore non si impegna nella formazione e nella composizione delle quote concrete attraverso il testamento, ma detta le prescrizioni da osservare in ordine alla quantità e qualità dei beni che dovranno far parte delle quote di ciascun dividendo. La divisione non trova titolo nel testamento ma nell'attività negoziale degli eredi, e dunque il testamento funge da contenitore di regole che gli eredi saranno tenuti ad osservare in sede di divisione, a meno che l'effettivo valore dei beni assegnati non corrisponda alle quote stabilite dal testatore²⁵.

La fattispecie prevista dalla norma in discorso viene tradizionalmente definita assegno divisionale semplice, in contrapposizione al c.d. assegno divisionale qualificato di cui al successivo art. 734 c.c.

Mentre l'assegno divisionale c.d. semplice è da considerare come pura norma per la divisione, attraverso la quale il *de cuius* mira ad influenzare in maniera più o meno significativa la formazione e l'assegnazione delle porzioni divisorie a favore degli eredi²⁶; l'assegno divisionale c.d. qualificato²⁷, invece, è un'autentica divisione, in quanto mediante tale strumento il testatore predispone, proporzionalmente alla quota spettante a ciascuno dei coeredi, le diverse porzioni dell'asse ereditario.

Nella prima ipotesi tutti i beni – anche quelli indicati espressamente dal testatore – rientrano nella comunione ereditaria, per cui solo dopo la formazione e l'assegnazione delle quote ereditarie le indicazioni del testatore divengono vincolanti per gli eredi, per il terzo estimatore o per il giudice²⁸. Nella fattispecie contemplata dall'art. 734 c.c., invece, non si determina una comunione dei beni perché questi si trasmettono immediatamente in capo ai rispettivi assegnatari, salvo che per i beni dei quali il testatore non abbia disposto, vuoi perché non contemplati nella scheda, vuoi perché acquistati successivamente alla redazione del testamento.

Venendo ora al tema della natura giuridica della fattispecie in discorso, in dottrina non vi è unanimità di vedute, potendosi perciò riscontrare almeno tre diverse

²⁵ App. Napoli, 3 marzo 2005, in *CED on line*; Cass., 14 luglio 1983, n. 4826, in *Rep. Foro it.*, 1983, voce *Divisione*, n. 35.

²⁶ Così MENGONI, *La divisione testamentaria*, Milano, 1950, p. 31, per il quale il testatore si limita a modificare la *par condicio heredum*, attribuendo a uno o più di essi la preferenza nell'aggiudicazione di certi beni. Anche BOMBARDA, *Osservazioni in tema di norme date dal testatore per la divisione, divisione fatta dal testatore e disposizione dei conguagli*, in *Giur. it.*, 1975, IV, p. 108, la quale discorre di «preferenza nell'aggiudicazione».

²⁷ AMADIO, *La divisione del testatore senza predeterminazione di quote*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, p. 254.; ID., *La divisione del testatore*, in *Successioni e donazioni*, a cura di P. Rescigno, vol. II, Padova, 1994, p. 76, definisce la divisione fatta dal testatore come un organico regolamento negoziale «sorretto e qualificato dall'unitario scopo distributivo, ed attuato tramite un complesso di assegnazioni funzionalmente collegate e capaci di immediata e reale efficacia dal momento dell'apertura della successione».

²⁸ Cass., 24 luglio 1958, n. 2689, in *Rep. Foro It.*, 1958, voce *Divisione*, n. 48.

ricostruzioni. Secondo taluni autori, la natura della fattispecie prevista dall'art. 733 sarebbe quella del legato obbligatorio²⁹.

Di opposto avviso è, invece, altra dottrina, secondo la quale piuttosto che di legato obbligatorio dovrebbe discorrersi di *modus*³⁰. Non manca poi chi, ritenendo non appaganti le ricostruzioni precedentemente riferite, suggerisce di qualificare la fattispecie come disposizione testamentaria *sui generis*³¹.

Non v'è dubbio, invece, che costituisca una mera questione di interpretazione della volontà del testatore stabilire se un'attribuzione sia effettuata da questi con efficacia reale *ex art. 734 c.c.* oppure con efficacia meramente obbligatoria *ex art. 733 c.c.*³²

L'importanza della disposizione di cui all'art. 733 c.c. ai fini dell'indagine che si sta conducendo è evidente. In particolare, la dottrina non ha dubbi riguardo alla possibilità che le indicazioni fornite dal testatore possano anche essere di contenuto negativo o, comunque, di natura procedimentale.³³

E dunque, non deve stupire che il *de cuius* eserciti la facoltà accordatagli dall'ordinamento giuridico decidendo di escludere uno o più beni dalla porzione di un coerede³⁴, oppure che si serva dello strumento in discorso per dettare criteri di ripartizione senza fissare le quote, per la determinazione delle quali ci si riferirà alle norme della successione legittima.

Ed allora, provando a giungere ad una sintesi dopo queste notazioni, e tenendo sempre a mente la sollecitazione proveniente dalla disposizione testamentaria da cui originano queste riflessioni – la quale sembra presentare anche una cifra destinataria, dal momento che il testatore non vuole che la sua attività assuma la veste di Coop., quasi ad imporre un vincolo – persuade l'idea che il fondamento delle disposizioni testamentarie a contenuto negativo, che del *genus* disposizioni regolamentari

²⁹ FORCHIELLI – ANGELONI, *Della divisione*, op. cit., p. 287; MENGONI, *La divisione testamentaria*, op. cit., p. 71 ss.

³⁰ In tal senso, si vedano MORELLI, *La comunione e la divisione ereditaria*, in *Giust. sist. civ. comm.* fondata da Bigiavi, Torino, 1986, p. 297; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 2, *La famiglia e le successioni*, Milano, 2001, p. 536; CIATTI, *La comunione ereditaria e la divisione*, in R. Calvo e G. Perlingieri (a cura di), *Diritto delle successioni*, 2, Napoli, 2009, p. 1201 ss.

³¹ BURDESE, *La divisione ereditaria*, in *Tratt. dir. priv.* Vassalli, Torino, 1980, p. 132.

³² Cass., 22 novembre 1996, n. 10306, in *Rep. Foro It.*, 1996, *Divisione*, n. 21 ss.

³³ FORCHIELLI – ANGELONI, *Della divisione*, op. cit., p. 290; MENGONI, *La divisione testamentaria*, op. cit., p. 71.

³⁴ CORONA, *Funzione del testamento e riconducibilità della disposizione di esclusione del successibile ex lege (non legittimario) all'assegno divisionale semplice c.d. indiretto*, in *Riv. giur. sarda*, 1992, p. 53-54 secondo il quale il testatore addirittura potrebbe, avvalendosi dell'autonomia riconosciutagli dall'articolo in parola, disporre un assegno divisionale semplice con il quale uno o più eredi legittimi vengono esclusi da qualsiasi apporcionamiento, assegno che tale autore qualifica come «assegno divisionale semplice *negativo*» e che, a suo avviso, si risolve in definitiva in una clausola di esclusione dalla propria successione.

non sono che una *species*, vada rintracciato nel combinato disposto degli artt. 587 e 733 c.c.³⁵

Da entrambe queste norme si ricava la latitudine contenutistica del testamento, quale atto con il quale il testatore compone l'assetto dei propri interessi per il tempo successivo alla morte, e si apprezza la portata regolamentare del testamento che assorbe quella propriamente attributiva per effetto della «svalutazione» del combinato disposto degli artt. 587 e 588 c.c., i quali prevedono uno (soltanto) dei possibili sviluppi dell'autonomia testamentaria, in un quadro complessivo piú ampio nel quale il testatore acconcia un sistema di previsioni, tra loro diversificate, con le quali mira a dare forma ad istanze di varia natura da valere dopo la sua morte.

4. Il catalogo delle disposizioni testamentarie negative è davvero molto ampio. Si pensi, senza pretesa di esaustività, al divieto di accrescimento³⁶, al divieto di pubblicazione di opere inedite di cui all'art. 24 l. 22 aprile 1941 n. 633³⁷, al divieto di circolazione della ditta di cui all'art. 2565, comma 3, c.c.³⁸, in virtù del quale la ditta viene ad estinguersi, fino al divieto testamentario di alienazione³⁹, rispetto al quale la dottrina ha mostrato maggiore attenzione.

³⁵ Di recente, la natura del testamento quale «atto di regolamentazione dell'assetto della futura successione del suo autore» è ribadita da CACCAVALE, *Trasferimento di azienda mediante cessione post mortem a corrispettività condizionale*, op. cit., p. 30 e ROMANO, *Profili evolutivi dell'autonomia testamentaria*, in F. Volpe (a cura di), *Il testamento: fisiologia e patologie*, op. cit., p. 15 ss.

³⁶ Sull'istituto in generale, si vedano almeno SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di accrescimento nelle successioni a causa di morte*, Milano, 1953; G. GAZZARA, *Accrescimento (Diritto civile)*, in *Enc. dir.*, vol. I, Milano, 1958, p. 321 ss.; MASI, *Del diritto di accrescimento*, in *Comm. cod. civ.* A. Scialoja e G. Branca, Bologna - Roma, 2005; PALAZZO, *Testamento e istituti alternativi*, op. cit., p. 223 ss.; PATTI, *L'accrescimento*, in *Tratt. dir. succ. don.* Bonilini, I, *La successione ereditaria*, Milano, 2009, p. 1125 ss.

³⁷ Per la letteratura sul tema, cfr., almeno, RICCA- BARBERIS, *Pubblicazione vietata dal defunto*, in *Foro it.*, 1957, I, c. 684; VANZETTI, *Il diritto di inedito*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, p. 404 ss.; GRECO - VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, in *Tratt. dir. civ. it.* Vassalli, XI, 3, Torino, 1974; MARULLO DI CONDOJANNI, *Le disposizioni relative alla pubblicazione di opere. Il divieto di pubblicazione di opere inedite*, in *Tratt. dir. succ. don.* Bonilini, II, *La successione testamentaria*, Milano, 2009, p. 791 ss.

³⁸ In giurisprudenza, sul tema, si veda Cass., 24 gennaio 1981, n. 561, in *Prev. soc.*, 1981, p. 972, secondo la quale «la ditta, che può continuare ad essere intitolata a nome dell'imprenditore defunto, si trasmette ai successori unitamente all'azienda in mancanza di una diversa disposizione testamentaria; il trasferimento comporta la possibilità di continuare l'esercizio dell'impresa come originariamente denominata, compreso il nome del titolare non piú in vita, che può costituire un elemento indispensabile, o quantomeno utile, per la conservazione dell'avviamento commerciale». Di segno contrario rispetto a quanto detto nel testo, e a quanto parrebbe condurre il disposto normativo, è MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, op. cit., p. 365, il quale ritiene possibile che «il titolare dell'azienda disponga per testamento della ditta attribuendola a persona diversa dal successore nell'azienda».

³⁹ ROCCA, *Il divieto testamentario di alienazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, p. 475. Per un'analisi che scandaglia il divieto di alienazione nel sistema, contrattuale e successorio, si veda il recente contributo di SALVI, *Validità ed efficacia del divieto convenzionale di alienazione*, in *Cultura giuridica e rapporti civili*, Napoli, 2016.

Ma si pensi, sempre per esemplificazione, alla disposizione testamentaria con cui il testatore vieta al beneficiario dell'usufrutto su di un bene di cedere detto diritto, integrando la possibilità considerata dall'art. 980 c.c., o al divieto di procedere alla divisione prima che sia trascorso dalla morte del testatore un termine non eccedente il quinquennio. Ed ancora all'ipotesi del divieto di concorrenza imposto dal testatore ai coeredi, a fronte di una disposizione con la quale uno di essi venga beneficiato dell'assegnazione di un complesso aziendale.

Non mancano, invero, ipotesi di divieto che, pur ricorrenti nella prassi, sono state severamente avversate da parte della giurisprudenza. È nota la sorte del divieto di impugnare il testamento⁴⁰, incidente su una materia di ordine pubblico, connessa all'esperimento dell'azione di riduzione al fine di ottenere la reintegrazione nei diritti di legittima. O ancora alle condizioni incidenti sulle libertà fondamentali, e in particolare alla famosa condizione nuziale, con cui il beneficiario di un lascito è chiamato ad allinearsi al voluto del disponente – di sposare o non sposare una determinata persona – pena la perdita del beneficio.

In argomento, si rammenta che la Corte di Cassazione ha di recente⁴¹ assunto in materia di condizione testamentaria di contrarre matrimonio un approccio particolarmente rigoroso e restrittivo che, cercando di compendiare due opposte opzioni, la libertà individuale del successore da un lato e l'autonomia testamentaria del *de cuius* dall'altro, sembra avere prescelto una limitazione delle prerogative di quest'ultimo in favore di una tutela della sfera soggettiva del successore⁴².

⁴⁰ Sulla più generale tematica delle disposizioni testamentarie sanzionatorie, o anche dette *poenae nomine relictae*, le quali esercitano una coazione psicologica sull'erede o legatario onde indurlo ad assecondare la volontà del testatore, v. LONGO, *Delle disposizioni testamentarie sotto forma di pena*, in *Studi giuridici in onore di C. Fadda*, VI, Napoli, 1906, p. 157 ss.; ANDREOLI, *Le disposizioni testamentarie a titolo di pena*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, p. 331 ss.; MORELLO, *La condizione di non impugnazione del testamento*, in *Riv. not.*, 1965, p. 981; MARINI, *La clausola penale*, Napoli, 1984, p. 93; BUSNELLI, *Verso una riscoperta delle «pene private»*, in *Resp. civ. prev.*, 1984, p. 26 ss.; CANDIAN, *La funzione sanzionatoria nel testamento*, Milano, 1988, p. 164 e ss.; VISALLI, *Clausola penale testamentaria*, in *Giust. civ.*, 2002, II, p. 544; DI MAURO, *La condizione di non impugnare le disposizioni testamentarie*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, p. 1029 ss.; MAZZARESE, *Autonomia testamentaria e disposizioni sanzionatorie*, in *Studi in onore di N. Lipari*, II, Milano, 2008, p. 1801 ss.; LUPO, *Le disposizioni sanzionatorie*, in *Tratt. dir. succ. don.* Bonilini, II, Milano, 2009, p. 925 ss. Rilievi davvero interessanti si ritrovano, di recente, in NONNE, *Le disposizioni rafforzative della volontà testamentaria*, Napoli, 2018, p. 73 ss.

In giurisprudenza, si veda Cass., 18 novembre 1991, n. 12340, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, p. 481, secondo cui «la disposizione testamentaria a carattere sanzionatorio (o *poenae nomine*) diretta ad esercitare una pressione psicologica sul beneficiario al fine di indurlo a compiere, se vuole conseguire il beneficio, quanto richiestogli dal testatore, ha lo stesso trattamento della disposizione condizionale, soggetta all'unico limite incidente sulla loro volontà di non essere impossibili o illecite».

⁴¹ Cass. civ. Sez. II., 15 aprile 2009, n. 8941, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, 10, p. 1052 ss., con nota di VERDICCHIO, *Sulla illiceità della condizione testamentaria di contrarre matrimonio*.

⁴² Nel senso indicato nel testo è DI MAURO, *Illiceità della condizione testamentaria di contrarre matrimonio: la Cassazione apre alla Drittwirkung per le successioni mortis causa*, in *Fam. pers. succ.*, 2009, 7, p. 595, «in tale prospettiva ancora più rilevante appare la netta presa di posizione dei supremi giudici riguardo al settore specifico delle successioni testamentarie nella parte in cui si afferma che il principio della salvaguardia della

Nel novero delle disposizioni testamentarie a contenuto negativo, un posto di rilievo è certamente occupato dal divieto di alienazione.

volontà testamentaria (c.d. *favor testamenti*) deve in ogni caso cedere il passo al principio della tutela incondizionata della libertà dell'individuo e, segnatamente, di quella relativa all'autodeterminazione dell'individuo in merito a scelte di vita fondamentali: con il che, si è ridisegnata, in senso inverso, quella gerarchia di valori che, specie in giurisprudenza, continuava a dare netta ed esclusiva prevalenza alla prima (volontà testamentaria) rispetto alla seconda (libertà dell'istituto). L.A., già in ID., *Condizioni illecite e testamento*, Napoli, 1995, affronta tutte le condizioni limitative di qualsiasi libertà individuale, ivi compresa quella limitativa della libertà matrimoniale.

Una attenta e condivisibile analisi della sentenza si trova in CARAPEZZA FIGLIA –G. PERLINGIERI, *L'interpretazione secondo Costituzione» nella giurisprudenza*, I, Napoli, 2012, p. 219 ss., con nota di DEPLANO, *Illiceità della condizione testamentaria di contrarre matrimonio*, dove sono ben distinte le ipotesi che possono darsi. Infatti, la sentenza ha statuito l'invalidità della condizione (art. 634 c.c.) che subordini l'efficacia della disposizione testamentaria alla circostanza che l'istituto contragga matrimonio e dunque le ipotesi nelle quali il testatore, non volendo proibire il matrimonio del successore, miri invece a coartarne la volontà subordinando il lascito alla condizione che questi si sposi (c.d. *condicio si nupserit*) e tanto in caso di condizione sospensiva (es. «Quando – o se – ti sposerai sarai erede – ovvero legatario» ovvero «Quando – o se – ti sposerai in luogo dell'attribuzione X avrai la maggiore attribuzione Y») quanto nell'ipotesi di condizione risolutiva (es. «Se non ti sposerai non sarai erede o legatario o, in luogo dell'attribuzione X avrai la minore attribuzione Y»).

Il problema scaturisce dalla riconduzione di tali condizioni all'interno dell'art. 636 c.c., dal momento che questa norma sanziona esclusivamente «la condizione che impedisce le prime nozze o le ulteriori» (e non quella che subordina l'efficacia del lascito alla stipulazione di un nuovo matrimonio). La novità rappresentata dalla sentenza della Suprema Corte è data dal fatto che essa ha ritenuto comunque illecita la condizione in esame perché lesiva della libertà personale e dell'ordine pubblico costituzionale (non soltanto in relazione agli artt. 2, 13, 19 e 29 Cost., ma anche in base gli artt. 16 della Dichiarazione universale dei diritti dell'Uomo del 1948 e 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea).

Ad ogni buon conto, la validità della condizione testamentaria in esame va valutata non in astratto, ma in concreto. In altri termini, si deve accertare in concreto se la condizione apposta alla disposizione testamentaria si traduca in un'indebita coartazione oppure non faccia che assecondare la libera volontà dell'istituto. Né può omettersi la considerazione della situazione fattuale, dal cui scrutinio è possibile appurare la coartazione illecita della volontà del destinatario o l'incoraggiamento a dare seguito alla decisione maturata.

Né valga ad escludere *a priori* l'illiceità della «condizione testamentaria di contrarre matrimonio» l'ipotesi recata dall'art. 785 c.c., vale a dire la donazione obnuziale. In tale ipotesi, infatti, non soltanto sussiste un collegamento negoziale – nel senso che l'attribuzione è in funzione di un determinato (e specifico) futuro matrimonio, tant'è che devono essere già individuabili dall'atto entrambi gli sposi – ma si presuppone, salvo prova contraria, che non si sia coartata la libera scelta del beneficiario o dei beneficiari. Si tenga presente, altresì, che l'art. 785 c.c. contempla tre fattispecie donative (da uno dei futuri sposi a favore dell'altro; da un terzo a favore di uno degli sposi o di entrambi; da un terzo a favore dei figli nati da un determinato matrimonio) ed è necessaria la «determinatezza» del matrimonio, con la individuazione di entrambi gli sposi. Riguardo a tale figura, v. LOMBARDI, *Art. 785*, in G. Perlingieri (a cura di), in *Cod. civ. ann. dottr. giur.* G. Perlingieri, *Libro II, Delle Successioni, Artt. 456-809*, Napoli, 2010, p. 373 ss.

Conclusivamente, ai fini del giudizio di validità della «condizione di contrarre matrimonio», l'interprete è chiamato sempre ad accertare se lo scopo sia quello di indurre a contrarre matrimonio, incidendo su una scelta che si vuole libera e personale, oppure se la funzione concreta dell'atto unilaterale (o bilaterale) sia quella di coadiuvare, assecondare e finanche rafforzare un convincimento altrui. In quest'ultimo caso non è possibile rinvenire alcuna forma di illiceità.

Nella storia del divieto testamentario di alienazione, il momento critico si colloca nell'abrogazione dell'art. 692, comma 4, c.c., nella formulazione antecedente alla riforma del diritto di famiglia attuata con la l. 19 maggio 1975, n. 151.⁴³ Tale norma comminava infatti la nullità di ogni disposizione con cui il testatore proibisse all'erede di disporre per atto tra vivi o di ultima volontà dei beni ereditari. L'intervento novellatore operato dalla riforma del 1975, nell'abrogare tale disposto, ha posto alcuni interrogativi. Il fatto che tale norma sia stata abrogata ha indotto a interrogarsi circa la legittimità dei divieti testamentari di alienazione e a verificare quali sono le condizioni che devono possedere tali divieti onde superare il giudizio di liceità.

Proprio attraverso l'esame del divieto testamentario di alienazione, che si ritiene di non ricondurre alla previsione dell'ultimo comma dell'art. 692 c.c., si osserva come non sia proficuo il ricorso al binomio tipicità-atipicità. I contorni della distinzione tra ciò che è tipico e quello che non lo è vanno a sfumare⁴⁴, e si impone invece il giudizio di meritevolezza⁴⁵ che riguarda ogni manifestazione negoziale. Relativamente alle disposizioni testamentarie negative, come si vedrà a breve, il giudizio di meritevolezza assumerà un rilievo ulteriore, dovendosi scrutinare la funzione sottesa al divieto e la sua conformità ai principi identificativi ed ai valori del sistema senza poter beneficiare, il più delle volte, di una trama all'interno del codice civile o delle leggi speciali⁴⁶.

⁴³ L'idea che l'autonomia testamentaria non possa arrivare al punto di inibire la libera alienabilità, suffragando tale affermazione nella disposizione dell'art. 692, ultimo comma, c.c., si trova espressa in VITUCCI, *Clausole testamentarie sul potere di disposizione dell'istituto*, in *Riv. dir. fam. pers.*, 1983, p. 667.

⁴⁴ L'influenza della teorica della c.d. causa in concreto sulla perdita di centralità del concetto di tipicità è rilevata da CLARIZIA, *Valutazione della causa in concreto e superamento del tipo legale*, in G. Perlingieri e G. Carapezza Figlia (a cura di), *L'interpretazione secondo costituzione» nella giurisprudenza. Crestomazia di decisioni giuridiche*, II, *Diritti reali. Obbligazioni. Autonomia negoziale. Responsabilità civile*, Napoli, 2012, p. 411.

⁴⁵ Sul punto, v. G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 358; BARCELLONA, *Intervento sociale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, p. 218, ove si legge: «Mentre l'indagine sulla causa serve unicamente ad accertare se lo strumento negoziale può essere considerato idoneo e conforme alla legge, il giudizio sul merito è rivolto, invece, a stabilire se lo strumento è posto a servizio di un interesse meritevole di tutela [...]. La presenza e liceità della causa denota la legittimità di uno dei possibili modi di realizzazione dell'interesse; il giudizio sulla meritevolezza, invece, consente di misurare la congruenza dell'atto con la posizione reale delle parti»; P. PERLINGIERI, *Il principio di legittimità nel diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 189, ove si legge: «Il controllo di meritevolezza ha ad oggetto l'atto tenuto conto delle peculiarità del caso specifico, collocandolo nel contesto politico-economico: soggetti, materia-oggetto del contratto, tempi, modalità di conclusione concorrono alla precisazione del regolamento negoziale», si dà far emergere «la scarsa persuasività della tradizionale distinzione tra contratti tipici e atipici ai fini del controllo di meritevolezza, poiché questo deve riguardare sempre la "causa specifica" di ogni singolo contratto». Nella medesima direzione, CAPOBIANCO, *Lezioni sul contratto*, Torino, 2014, p. 49, osserva che la causa in concreto determina proprio un naturale allargamento delle maglie del controllo di meritevolezza.

⁴⁶ Che il problema sia altro dalla distinzione tipicità-atipicità è chiaro in G. PERLINGIERI, *La scelta della disciplina applicabile ai c.dd. «vitalizi impropri». Riflessioni in tema di aleatorietà della rendita vitalizia e di tipicità e atipicità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, pp. 545 e 547, il quale avverte: «In definitiva, non è un problema di tipicità o atipicità ma di «giusto rimedio», ossia di controllo di congruità della *ratio* della dispo-

Si affaccia dinanzi all'interprete inevitabilmente la tentazione di riscontrare un criterio capace di addivenire ad una *reductio ad unitatem* delle stesse. Il tentativo appare invero impervio e poco fruttuoso, stante la diversità di interessi sottesi alla singole disposizioni. Infatti, gli interessi ad esse sottesi sono molteplici e una loro sistematizzazione non sembra molto utile. È forse preferibile, quale criterio discrezionale, selezionare il tipo di interesse che viene in rilievo, salvo poi a dirsi che talvolta una medesima disposizione è in grado di compendiare ad un tempo interessi disomogenei.

Si pensi, ad esempio, al divieto di alienazione o ai divieti di accrescimento e di divisione⁴⁷. Questi divieti, ognuno con le proprie specificità, appaiono *prima facie* connessi ad istanze di stampo marcatamente patrimoniale. Ma – si ripete – non è meno vero che spesso ad esse si accompagnino ragioni di ordine morale. Sovente nel divieto di alienazione accade che la volontà del testatore è di evitare che il bene fuoriesca dalla famiglia, non solo per ragioni di ordine economico ma anche per preservare l'*affectio* che si nutre verso tale bene.

Si pensi anche alla complessa vicenda del divieto di pubblicazione del testamento olografo⁴⁸ e del divieto di pubblicare le opere – edite e no – di cui all'art. 24 della legge 633 del 1941. Se a prima vista appare nitida la connotazione non patrimoniale degli interessi sottesi a tali divieti, vale a dire la volontà di assicurare la riservatezza⁴⁹ delle disposizioni nel primo caso⁵⁰ e dell'opera dell'ingegno nel secondo, ad una

sizione e del rimedio in esame agli interessi coinvolti dal contratto». E, ancora, «è in sintesi, affermare che all'interno di un tipo esistono norme non necessariamente applicabili a tutte le fattispecie, sia pure riconducibili al medesimo tipo, e che le norme di un tipo si possono applicare a fattispecie atipiche significa prendere atto che affannarsi nel ricondurre un contratto ad un tipo o ad un altro è uno sforzo utile ma non esaustivo, dovendosi concentrare l'interprete piuttosto sul controllo di congruità e adeguatezza della singola norma (presente nel sistema generale del contratto e dei singoli contratti) agli interessi in concreto perseguiti dalle parti e alle peculiarità soprattutto funzionali del singolo atto di autonomia. Il che impone l'analisi non soltanto della causa ma del contenuto del contratto o dell'operazione complessa».

⁴⁷ Secondo FORCHIELLI – ANGELONI, *Della divisione, op. cit.*, p. 85, alla base della disposizione recata dall'art. 713, comma 3, c.c., non sta l'interesse dei coeredi, in quanto il testatore non è in grado di prevedere se e quali circostanze possano sussistere al momento della propria morte, per consigliare la sospensione della divisione. Piuttosto, deve ammettersi che questa sia disposta «nell'immediato ed esclusivo interesse del testatore, al quale nessuno potrebbe impedire di fare della libertà concessagli un uso assolutamente arbitrario».

⁴⁸ In generale, v. MASCHERONI, *La non pubblicazione del testamento olografo per patto tra erede o per divieto del de cuius*, in *Notariato*, 2011, p. 184 ss.; ANDR. NATALE, *Il divieto di pubblicazione del testamento olografo*, in *Tratt. dir. succ. don.* Bonilini, II, *La successione testamentaria*, Milano, 2009, p. 746; ID., *I vincoli, dettati dal testatore, alla pubblicazione della scheda*, in *Fam. pers. succ.*, 2009, p. 990 ss.; ID., *Il patto di non pubblicare il testamento olografo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, II, p. 161 ss.

⁴⁹ La segretezza va intesa come incertezza sul contenuto delle disposizioni di ultima volontà. Essa, senz'ombra di dubbio, non costituisce elemento essenziale del testamento, potendo semmai generare l'indegnità a succedere di colui che, violato il segreto, abbia attentato alla libertà testamentaria. Per tale profilo, cfr. Cass., 7 aprile 1961, n. 735, in *Giust. civ.*, 1961, I, p. 1858.

⁵⁰ Si pone, all'evidenza, un problema di pubblicità. Al riguardo, fra i molti, DE CUPIS, *Pubblicità (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1988, p. 1004, nota 4, il quale osserva che la pubblicazione crea, in conformità della legge, il presupposto della pubblica conoscenza; aprendo l'adito alla conoscenza dei terzi, pertanto,

più attenta analisi si coglie la possibilità, niente affatto peregrina, che il divieto – specie quello di pubblicare la scheda olografa – sia diretto all’elusione dell’imposta di successione e dunque ci si avvede di come esso si riempia di patrimonialità.

Le disposizioni testamentarie negative rimarcano, pertanto, il ruolo che l’interprete è tenuto a svolgere e le responsabilità connesse a tale ufficio⁵¹.

5. Una volta rinvenuto il fondamento delle disposizioni testamentarie negative nel potere regolamentare spettante al testatore, emergente dal combinato disposto degli artt. 587 e 733 c.c., risulta necessario lo scrutinio di conformità delle medesime ai principi identificativi e ai valori del sistema⁵². Prima di esaminare le modalità attraverso le quali si articola il giudizio di meritevolezza, pare opportuno un chiarimento per sgombrare il campo da ogni tentazione diretta a giungere alla sovrapposizione tra liceità e meritevolezza⁵³, specialmente nella materia in oggetto.

Si intende dire, cioè, della prospettiva secondo cui il giudizio di meritevolezza, in nulla diverso dal controllo di liceità *ex art.* 1343 c.c.⁵⁴, prenderebbe le mosse dalla verifica di compatibilità della regola privata con le norme imperative, l’ordine pub-

produce proprio quella conoscibilità legale in cui consiste la pubblicità. Secondo PUGLIATTI, *La trascrizione (La pubblicità in generale)*, in *Tratt. dir. civ. comm.* A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1957, p. 364, con la pubblicazione si crea una situazione obiettiva, che costituisce l’antitesi di ogni forma di tutela giuridica del segreto: l’atto diviene di pubblico dominio, con le conseguenze giuridiche (e le possibilità pratiche) derivanti da questa nuova situazione. Con riferimento agli interessi sottesi alla pubblicazione, si veda POLASTRI MENNI, *Della pubblicazione del testamento olografo*, in *Riv. not.*, 1965, p. 272, che evidenzia come la pubblicazione persegua un interesse pubblico alla certezza dei rapporti successori, il che, da un lato giustifica l’obbligatorietà della presentazione del testamento olografo ad un notaio, da parte di chi lo detenga al momento della morte del testatore e la conseguente pubblicazione del medesimo, dall’altro lato, come la tutela giurisdizionale dei diritti aventi la loro fonte nel testamento sia subordinata, di norma, alla pubblicazione dello stesso. Si ricorda che la materia della pubblicazione deve confrontarsi con la disciplina di cui alla legge 25 maggio 1981, n. 307, istitutiva del Registro generale dei testamenti, consultabile unicamente dopo la morte. Sul quale, per tutti, si veda PERCHINUNNO, *Natura giuridica ed effetti della pubblicità nel registro generale dei testamenti*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, II, p. 529 ss.

⁵¹ Per tutti, P. PERLINGIERI, *Strumenti e tecniche dell’insegnamento del diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2002, p. 499; ID., *Applicazione e controllo nell’interpretazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, p. 317. Ma già, SCARPELLI, *L’educazione del giurista*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, p. 12; GADAMER, *Verità e metodo*, (4 ed., 1987) che può leggersi nella trad. di Vattimo, Bompiani, 2001.

⁵² La portata che il concetto di valore assume nel nostro ordinamento è analizzata ampiamente da P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell’ordinamento giuridico*, Napoli, 1972.

⁵³ Il rischio della sovrapposizione è avvertito da POLIDORI, *Il controllo di meritevolezza sugli atti di autonomia negoziale*, in G. Perlingieri e M. D’Ambrosio (a cura di), *Fonti, metodo e interpretazione. Primo incontro di studi dell’associazione dei dottorati di diritto privato*, Napoli, 2017, p. 394.

⁵⁴ P. PERLINGIERI, «Controllo» e «conformazione» degli atti di autonomia negoziale, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 204 ss., spec. § 3 ss.; URCIUOLI, *Liceità della causa e meritevolezza dell’interesse nella prassi giurisprudenziale*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 752; BRECCIA, *Causa*, in G. Alpa, U. Breccia e A. Liserre (a cura di), *Il contratto in generale*, III, in *Tratt. dir. priv.* Bessone, Torino, 1999, p. 94; CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, 2a ed., Torino, 2000, p. 186; PENNASILICO, *La regola ermeneutica di conservazione*, *op. cit.*, p. 281.

blico ed il buon costume.⁵⁵ Occorre allora verificare se effettivamente i controlli di liceità e meritevolezza risultino sovrapponibili o se, invece, essi assolvano a funzioni diverse. In prima battuta può rilevarsi che una coincidenza tra i medesimi generebbe una duplicazione la cui ragione giustificatrice sarebbe difficilmente comprensibile. Già solo ragioni di buon senso o, per meglio dire, di logicità intrinseca al sistema, suggeriscono di differenziare i due giudizi.

La prospettiva diretta a sovrapporre i due giudizi, a ben vedere, non convince⁵⁶. Essa, infatti, guarda all'atto di autonomia verificandone unicamente la compatibili-

⁵⁵ Nel senso di quanto indicato nel testo, v. in particolare G.B. FERRI, *Causa e tipo*, op. cit., p. 406, ove si legge che «i criteri dei quali l'ordinamento si avvale per la valutazione della meritevolezza dell'interesse sono quelli enunciati dall'art. 1343 c.c.: norme imperative, ordine pubblico, buon costume. Soltanto quando l'interesse perseguito con il contratto sia contrario a siffatti principi, l'interesse non è meritevole di tutela. [...] Al giudice – infatti – debbono essere forniti non principi dai contorni vaghi e sfumati, ma principi delimitati e caratterizzati (nei limiti in cui ciò è possibile) nel loro contenuto e la cui corretta utilizzazione possa dunque essere verificata oggettivamente e non, come altrimenti rischia di accadere, lasciata agli imponderabili elementi di sensibilità, di cultura, di educazione, di umanità, di chi si trovi ad applicarli»; ribadisce tali considerazioni, in ID., *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, op. cit., p. 81; ID., *Ancóra in tema di meritevolezza dell'interesse*, in *Riv. dir. comm.*, 1979, I, p. 1; ID., *Ordine pubblico*, in *Enc. dir.* XXX, Milano, 1980, p. 1043, ove precisa che «la formula meritevolezza dell'interesse [...] significa che l'interesse che concretamente le parti intendono realizzare non si pone in contrasto con la legge, con l'ordine pubblico e con il buon costume, poiché questi rappresentano un limite invalicabile alla realizzabilità giuridica degli interessi. Quando l'interesse si ponga in contrasto con uno dei tre criteri, sopra enunciati, l'interesse stesso non è meritevole e il regolamento che lo esprime è invalido e quindi (generalmente) è destinato a non produrre effetti»; ID., *Motivi, presupposizione e l'idea di meritevolezza*, op. cit., p. 331; ancóra, ritiene marginale il ruolo applicativo dell'art. 1322 c.c., sovrapponendo i concetti di meritevolezza e liceità, GENTILI, *Merito e metodo nella giurisprudenza sulle cassette di sicurezza: a proposito della meritevolezza di tutela del contratto atipico*, in *Riv. dir. comm.*, 1989, p. 221. Più di recente, sostengono la tesi della convergenza tra i controlli di liceità e di meritevolezza, MAISTO, *Il collegamento volontario tra contratti nel sistema dell'ordinamento giuridico. Sostanza economica e natura giuridica degli autoregolamenti complessi*, Napoli, 2000, p. 219; M. GAZZARA, *Considerazioni in tema di contratto atipico*, op. cit., p. 55; ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv. Iudica e Zatti*, 2ª ed., Milano, 2011, p. 346; LAMICELA, *La riscoperta del giudizio di meritevolezza ex art. 1322, co. 2, c.c. tra squilibrio e irrazionalità dello scambio contrattuale*, in *Arch. ric. giur.*, 2016, 2, pp. 216-217. In giurisprudenza, individua nella conformità alle norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume il presupposto della meritevolezza degli interessi ex art. 1322 c.c., Cass., 24 maggio 2016, n. 10710, in *Rep. Foro it.*, 2016, voce *Titoli di credito*, n. 4.

⁵⁶ All'interno della dottrina che riscontra, condivisibilmente, una diversità tra il controllo di liceità e quello di meritevolezza, si danno delle differenze. Per GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, op. cit., p. 57, il giudizio di meritevolezza si configura come qualitativamente diverso rispetto a quello di liceità, sebbene tale diversità si atteggi in maniera davvero peculiare: «Mentre il giudizio di liceità ha la funzione di salvaguardare l'ordinamento giuridico dalla presenza di accordi impegnativi i cui contenuti siano in contrasto con i propri canoni regolamentari [...], l'altro giudizio (quello di meritevolezza) ha diversa portata non incentrandosi nella difesa dei principi fondamentali dell'ordinamento, ma piuttosto nella valutazione dell'idoneità dello strumento elaborato dai privati ad assicurare a modello giuridico di regolamentazione degli interessi, vista l'assenza di una preventiva opera di tipizzazione legislativa, intesa come mera predisposizione di una certa serie (più o meno variabile) di schemi». Più precisamente, l'A. ritiene che il giudizio di meritevolezza si risolva in un giudizio sull'idoneità dell'assetto privato a derogare allo schema della tipicità legale.

tà con l'ordinamento giuridico, senza accertare che gli interessi delle parti «si prestino ad essere armonicamente integrati nella tavola dei valori dell'ordinamento».⁵⁷

Ciò che distingue il giudizio di meritevolezza da quello di liceità è, allora, la diversa cifra qualitativa. Se la liceità si traduce in un giudizio in negativo, diretto a pervenire ad una delimitazione del perimetro entro il quale può svilupparsi l'autonomia privata; la meritevolezza, invece, comporta una valutazione dell'atto di autonomia improntata a riscontrarne la capacità di attuare in positivo i valori immanenti al sistema, e dunque non si esaurisce nella verifica in negativo ma richiede uno scrutinio in positivo dell'atto stesso⁵⁸.

Analoga conclusione, sebbene argomentata in base a ragioni diverse, è raggiunta da COSTANZA, *Il contratto atipico*, op. cit., p. 32, la quale afferma che «il problema da affrontare in sede di giudizio di meritevolezza riguarda l'autonomia contrattuale considerata dal punto di vista, non tanto delle finalità e degli scopi che gli stipulanti si propongono di realizzare, ma piuttosto dell'attitudine dello schema contrattuale atipico ad assumere come tale giuridica rilevanza». Anche GALGANO, *Trattato di diritto civile*, Padova, 2010, II, pp. 185, 242-243, sottolinea che il giudizio di meritevolezza non è sovrapponibile a quello relativo alla liceità del contratto.

⁵⁷ Il virgolettato riporta testualmente la motivazione adottata da App. Milano, 29 dicembre 1970; nello stesso senso cfr. anche, Trib. Milano, 14 gennaio 1985, in *Banca borsa tit. cred.*, 1986, II, p. 173 ss.; Cass., 19 febbraio 2000, n. 1898, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 849 ss., con nota di SBORDONE, *Illiceità e immeritevolezza della causa nel recente orientamento della Cassazione*.

⁵⁸ La difformità – strutturale e funzionale – tra controllo di liceità e controllo di meritevolezza risiede in ciò: mentre il primo si esplica come valutazione «in negativo», relativa cioè all'esistenza o no di un contrasto tra la finalità propria del contratto e le norme imperative, l'ordine pubblico o il buon costume; il giudizio di meritevolezza si sostanzia in una valutazione «in positivo» del contratto, vale a dire in un controllo degli interessi perseguiti come apprezzabili dall'ordinamento giuridico. Conclusione, questa, avvalorata convintamente da P. PERLINGIERI, *Profili istituzionali*, op. cit., p. 70; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, op. cit., p. 346 ss.; ID., *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 3, p. 317 ss.; P. PERLINGIERI e And. FEDERICO, *Illiceità ed immeritevolezza della causa*, in P. Perlingieri et alii, *Manuale di diritto civile*, op. cit., p. 494 ss.; condivisa, tra gli altri, da FEMIA, *Pluralismo delle fonti e costituzionalizzazione della sfera privata*, in AA.Vv., *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, in *Atti del 1° Convegno Nazionale S.I.S.Di.C.*, Napoli, 2006, p. 195; M. BIANCA, *Alcune riflessioni sul concetto di meritevolezza degli interessi*, op. cit., p. 792, la quale afferma che la meritevolezza deve essere intesa come *predicato* dell'autonomia negoziale. In questo senso, «il rinvio all'art. 1322 c.c., più che porsi come *limite* all'autonomia negoziale, avrebbe rappresentato il *grimaldello* per il riconoscimento di nuovi schemi negoziali» (corsivo dell'Autrice). In questa prospettiva, è l'A. stessa a mettere in evidenza il ruolo che la meritevolezza ha assunto nel tempo anche in ambito giurisprudenziale. Si pensi al riconoscimento sul piano del diritto interno di istituti quali il *trust* (cfr. § 3); il contratto di *lease-back*; il contratto autonomo di garanzia e la polizza fideiussoria (Cass., Sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947, in *Dir. econ. ass.*, 2011, 1, p. 227); i patti di convivenza; il pegno rotativo; gli accordi di sistemazione della famiglia in crisi, per i quali si veda Russo, *I trasferimenti patrimoniali tra coniugi nella separazione e nel divorzio: autonomia negoziale e crisi della famiglia*, Napoli, 2001; il contratto atipico di vitalizio alimentare (Cass., 5 maggio 2010, n. 10859, in *Mass. giust. civ.*, 2010, 5, p. 682); il contratto di maternità surrogata (Trib. Roma, 7 febbraio 2000).

Si veda anche Russo, *Il potere di disposizione dei diritti inderogabili. Riflessioni sul giudizio di meritevolezza degli accordi prematrimoniali regolativi della crisi della famiglia*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 473, il quale, soffermandosi sugli accordi prematrimoniali in previsione di un'eventuale crisi del rapporto, prende in esame le differenti gradazioni dei profili d'inderogabilità e indisponibilità in riferimento alle situazioni giuridiche coinvolte; la posizione dell'A. finisce in buona sostanza per assegnare al vaglio di meritevolezza il ruolo di

Sarà allora meritevole quell'iniziativa che, rappresentando l'esercizio dell'autonomia attribuita ad un soggetto dall'ordinamento, non sia solamente idonea ad assicurare il perseguimento del risultato prefissato, ma soprattutto realizzi i principi e i valori del sistema, i quali non si ricavano solo a livello interno ma anche a livello europeo ed internazionale⁵⁹, connotando un ordinamento che – ancorchè complesso⁶⁰ – resta unitario.

Ed allora, provando a calare le conclusioni raggiunte in ordine al giudizio di meritevolezza nella materia che si sta trattando, le disposizioni testamentarie negative non sono esonerate dal vaglio di meritevolezza, da intendersi nella predetta accezione. Non lo sono non solo perché – come si è già detto – non convince l'assunto secondo cui la tipicità dello strumento testamentario funge da riparo per qualsivoglia volizione purché non illecita⁶¹.

E ciò per almeno due ragioni. In primo luogo, una simile impostazione tradisce una particolare visione dell'ordinamento giuridico, all'interno del quale vi sarebbero zone franche, dove cioè è concesso quello che altrove è vietato. Di là dalla prefigurazione di microsistemi, tra i quali è immaginabile che vi sia poco margine per il dialogo, ciò che preoccupa è la disparità di trattamento che origina dubbi di legittimità costituzionale con riferimento all'art. 3 della Costituzione.

In secondo luogo, e in una prospettiva intimamente connessa a quanto ora detto, la disposizione testamentaria – positiva o negativa che sia – è chiamata a dare lustro alla matrice personalistica e solidaristica dell'ordinamento costituzionale⁶². Anzi,

stringere le maglie del sistema verso un controllo sulla causa in concreto dell'accordo, evitando che la mera assenza di contrasto con la norma imperativa di cui all'art. 160 c.c. conduca ineluttabilmente, e in ogni caso, a riconoscere ad esso piena efficacia.

⁵⁹ Il controllo che l'interprete è chiamato a realizzare sul regolamento contrattuale non si deve limitare alle fonti primarie, dovendo, viceversa, sempre essere esteso alle norme di grado superiore. Discorre di falso c.d. principio di "non interferenza" tra regole di comportamento e regole di validità G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013, p. 9 ss.

Al riguardo, v. anche FACHECHI, *Regole di condotta e regole di validità: verso il superamento del principio di non interferenza*, in *Corti salernitane*, 2012, p. 339; CICERO, *Regole di validità e di responsabilità*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., Torino, Agg. 2014, p. 539.

⁶⁰ La sempre più ampia complessità dell'ordinamento richiede di considerare immanenti al sistema, e a loro volta involti nel giudizio di meritevolezza, anche i principi rivenienti dai Trattati comunitari, come ad esempio quelli concernenti la disciplina della concorrenza sul mercato: si veda, per es., Cass., 8 febbraio 2013, n. 3080, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 1295, con nota di TONETTI, *Intesa anticoncorrenziale e giudizio di meritevolezza*.

⁶¹ In tal senso si veda TRABUCCHI, *Ancora sulla capacità a far testamento*, in *Giur. it.*, 1961, I, 1, c. 1304, ove si legge che: «il testamento deve essere considerato come il regno dell'arbitrio, e una disposizione che favorisca un capriccio non è meno valida, e giuridicamente giustificata, della disposizione più santa; nessun negozio è più aperto alla scelta individuale dei motivi, diciamo pure dell'arbitrio, come il testamento». Si veda, altresì, RESCIGNO, *Introduzione*, in *Tratt. dir. priv.* P. Rescigno, 5, *Successioni*, I, Torino, 1982, p. VIII.

⁶² Per una panoramica circa l'influenza della Costituzione sull'autonomia dei privati, v. almeno LUCARELLI, *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli, 1970, p. 92 ss.; LISERRE, *Tutele costituzionali dell'autonomia contrattuale*, Milano, 1971, p. 67 ss., 131 ss.; NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975, p. 46 ss., 91 ss., 192 ss.

con riguardo alle disposizioni testamentarie c.d. negative, pare suffragare il convincimento di un vaglio di meritevolezza per così dire rinforzato⁶³. Infatti, mentre le disposizioni positive si connotano per l'essere più perspicue, anche perché rappresentano il contenuto naturale del testamento, le disposizioni negative – facendo onore alla definizione – restano meno accessibili, più oscure.

Pertanto, esse richiedono un'analisi diretta a far risaltare la funzione sottesa al divieto, in quanto sovente non è percepibile *ictu oculi*. Ecco allora che il ruolo dell'interprete e dell'interpretazione divengono dirimenti, risultando imprescindibile il dialogo tra fatto e norma, nel nostro caso tra disposizione testamentaria contenente il divieto, diretto ad esplicitare un interesse, e norma, intesa come ordinamento giuridico complessivamente considerato, che è insieme di prescrizioni ma soprattutto di valori^{64***}.

⁶³ Secondo FEMIA, *Pluralismo delle fonti e costituzionalizzazione della sfera privata*, op. cit., p. 195, «Il controllo di validità investe tanto la regola di provenienza statale tanto quella privata. La validità normativa e la validità contrattuale, nella sostanza, si identificano».

⁶⁴ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile*, op. cit., pp. 613 e 618, rileva che «norme e fatti sono inseparabili oggetti di conoscenza: l'interpretazione è in funzione applicativa, ha scopo pratico, è individuazione di un significato giuridico (effetti del fatto). Il fatto non preesiste all'interpretazione, ma è costituito dal procedimento che lo interpreta: prima dell'interpretazione vi sono non fatti e norme, ma eventi e disposizioni. La sussunzione – sulla quale si fonda la tesi che considera la qualificazione una fase autonoma e distinta – è un modello superato, frutto della confusione tra logica formale e ragionamento pratico»; ID., *Dialogando con due filosofi, ermeneuti del diritto*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 669, ora in ID., *Interpretazione e legalità costituzionale*, Napoli, 2011, p. 442.

*** Per ulteriori approfondimenti rispetto a quanto evocato nel presente saggio, rinvio al lavoro monografico indicato *supra* nella nota introduttiva.

Il *leasing* finanziario secondo le ultime Sezioni unite della Corte di Cassazione tra intenti “restauratori” e paradossi

di Valentina Viti*

Abstract. The paper takes as its springboard the last sentence of the Joined Chambers of the Court of Cassation, pronounced on the well-known question of the discipline applicable to financial leasing contracts terminated before the entry into force of the article 1, paragraph 138 of law n. 124 of 2017, sentence with which it was decided not to follow the most recent jurisprudential guideline that had overcome the distinction between leasing “di godimento” and leasing “traslativo”, opting for an application by analogy of the article 72 quater of the Italian bankruptcy law, and to return again to the previous case-law aimed at applying to the hypotheses of the so-called leasing “traslativo” the discipline of the article 1526 of the Italian civil code.

In the script, by retracing the jurisprudential and regulatory developments, as well as the doctrinal debates that have affected the issue in recent decades, the aim was to demonstrate the contestability of the Court’s latest position and the criticalities of the argumentative passages at the basis of the pronouncement, which endorsed, in the opinion of the writer, an application of the article 1526 of the Italian civil code contrary to the principles of the analogue procedure and to the enhancement of a historical-evolutionary interpretation, as well as the distortion of the same scope of the aforementioned rule and the paradox of its substantial traceability to the discipline of the article 72 quater of the Italian bankruptcy law.

SOMMARIO: 1. La disciplina della risoluzione del leasing finanziario per inadempimento dell'utilizzatore: l'ultimo colpo di scena di una lunga diatriba. – 2. La situazione antecedente alla l. n. 124 del 2017. La distinzione giurisprudenziale tra leasing di godimento e leasing traslativo e le conseguenze in punto di disciplina della risoluzione per inadempimento del lessee. – 3. La contestabilità della bipartizione tipologica del leasing finanziario ed il suo superamento ad opera della l. n. 124 del 2017. – 4. Il problema dei contratti di leasing finanziario risolti prima dell'entrata in vigore della disciplina di cui alla l. n. 124 del 2017 e la storica presa di posizione di Cass. n. 8980 del 2019. – 5. L'ordinanza di rimessione e la “restaurazione” operata dalle Sezioni unite: un'applicazione dell'art. 1526 c.c. contraria ai principi del procedimento analogico e alla valorizzazione di una interpretazione storico-evolutiva. – 6. (Segue) Il recupero di coerenza della disciplina della risoluzione del leasing finanziario attraverso lo strumento del risarcimento del danno. Lo stravolgimento della portata dell'art. 1526 c.c. ed il paradosso della sua sostanziale rapportabilità alla disciplina di cui all'art. 72 quater l. fall. – 7. La prospettabilità di una diversa

* Assegnista di ricerca in Diritto dell'economia, Luiss Guido Carli di Roma.

soluzione per una coerente disciplina della risoluzione dei contratti di leasing finanziario non soggetti ratione temporis alla normativa di cui alla l. n. 124 del 2017.

1. Con il suo ultimo arresto a Sezioni unite in tema di *leasing* finanziario la Corte di Cassazione si è pronunciata sull'ormai nota questione della disciplina da applicarsi ai contratti di locazione finanziaria risolti prima dell'entrata in vigore della normativa *ad hoc* di cui all'art. 1, comma 138 della legge n. 124 del 2017, riservando un ennesimo *coup de théâtre* sull'argomento¹. Il Supremo Collegio, nella sua più alta formazione, ha, infatti, ritenuto di non dare seguito al più recente orientamento della giurisprudenza di legittimità, che aveva superato la tradizionale distinzione tipologica tra *leasing* di godimento e *leasing* traslativo, anche con riguardo ai contratti a cui non è ancora riferibile la normativa che ha tipizzato legalmente la figura, e che aveva optato per una applicazione analogica ad essi dell'art. 72 *quater* l. fall.², ripiegando, invece, nuovamente sul proprio precedente e risalente indirizzo volto ad applicare alle ipotesi di c.d. *leasing* traslativo la disciplina di cui all'art. 1526 c.c.

Per poter giungere ad una piena comprensione della contestabilità di una siffatta presa di posizione e delle non trascurabili criticità rilevabili nei passaggi argomentativi su cui la Corte ha fondato le proprie statuizioni, si ritiene necessario ripercorrere preliminarmente gli sviluppi giurisprudenziali e normativi, nonché i dibattiti dottrinali che negli ultimi trent'anni hanno inciso e segnato le ricostruzioni e soluzioni avvicendatesi sul punto della individuazione della disciplina della risoluzione del *leasing* finanziario per inadempimento dell'utilizzatore.

2. In una situazione, che per decenni (dal suo ingresso nel nostro ordinamento sino all'agosto del 2017) ha caratterizzato il *leasing* finanziario, di assenza di una normativa che definisse la disciplina applicabile al contratto in ipotesi di risoluzione per inadempimento dell'utilizzatore, tale profilo ha senza dubbio rappresentato un acceso terreno di scontro tra dottrina e giurisprudenza ed, inevitabilmente, uno degli elementi di non trascurabile incertezza in punto di regolamentazione della figura.

¹ Cass., S.U., 28.1.2021, n. 2061, in *Foro it.*, 3, 2021, c. 830 e ss. e in *Corr. giur.*, 4, 2021, p. 456 e ss. Fra i primi commenti, LA BATTAGLIA, PARDOLESI, *Sulla «reductio ad unum» del leasing finanziario: disciplina della risoluzione per inadempimento dell'utilizzatore e resilienza delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 3, 2021, c. 853 e ss.; R. CLARIZIA, *Le Sezioni Unite a difesa dell'applicabilità dell'art. 1526 c.c. ai contratti di locazione finanziaria stipulati prima dell'entrata in vigore della L. n. 124/2017*, in *Corr. giur.*, 4, 2021, p. 465 e ss.

² Tale più recente orientamento era stato inaugurato da Cass., 29.3.2019, n. 8980, in *Giur. it.*, 11, 2019, p. 2361 e ss., con nota, mi sia consentito, di VITI, *Il tramonto della bipartizione tra leasing "di godimento" e leasing "traslativo"*. Per altri commenti cfr., FERRO, *Risoluzione del leasing per inadempimento dell'utilizzatore poi fallito e sorte delle somme riscosse e dei crediti per la società concedente*, in *Fall. e altre proc. conc.*, 5, 2019, p. 575 e ss.; FINARDI, *L'ammissione al passivo del leasing finanziario e la nuova disciplina indicata dalla Cassazione in linea con il CCII*, in *Fall. e altre proc. conc.*, 6, 2019, p. 764 e ss. Lo stesso orientamento era stato successivamente seguito da Cass., 20.8.2019, n. 18545; Cass., 30.9.2019, n. 24438; Cass., 28.10.2019, n. 27545.

La questione dell'individuazione della disciplina della risoluzione del contratto di locazione finanziaria ha negli anni visto impegnata la giurisprudenza nel tentativo di addivenire ad una soluzione che permettesse di arginare il rischio di ingiustificati arricchimenti da parte delle imprese concedenti derivanti dal ricorrere nelle condizioni generali di contratto da queste predisposte di clausole volte ad imporre al *lessee* inadempiente oltre alla restituzione del bene, la non ripetizione dei canoni già corrisposti, nonché il pagamento di tutti i canoni scaduti insoluti e di quelli a scadere. Tali previsioni, apparse inique per la concreta possibilità di avvantaggiare le imprese concedenti consentendo alle stesse di conseguire, in aggiunta rispetto alle loro originarie prospettive di profitto, il vantaggio economico rappresentato dal valore del bene anzitempo restituito, hanno spinto il Supremo Collegio a favorire in determinati casi, quale correttivo al rinvenuto squilibrio contrattuale, l'applicazione analogica alla fattispecie in esame della norma di cui all'art. 1526 c.c. dettata in materia di vendita con riserva di proprietà. Si ritiene possa sostenersi che proprio nel perseguimento di un siffatto risultato sia venuto ad affermarsi sul finire degli anni '80 un orientamento, ben presto consolidatosi, che ha iniziato ad operare all'interno del *leasing* finanziario una distinzione tipologica fra la figura del c.d. *leasing* "di godimento" e quella del c.d. *leasing* "traslativo" e a differenziare le stesse sotto il profilo della loro connotazione causale, nonché della disciplina ad esse applicabile in caso di risoluzione per inadempimento dell'utilizzatore³. Secondo il suddetto indirizzo la prima figura sarebbe stata caratterizzata dal perseguimento di una "funzione di fi-

³ Il riferito orientamento, inaugurato con le cc.dd. pronunce gemelle del 1989 (Cass., 13.12.1989, nn. 5569, 5570, 5571, 5572, 5573, 5574, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, p. 379 e ss. e 741 e ss.; in *Giust. civ.*, 1990, I, p. 28; in *Riv. it. leasing*, 1989, p. 585), è stato successivamente confermato da Cass., S.U., 7.1.1993, n. 65, in *Giur. it.*, 1993, p. 936; in *Contratti*, 1993, p. 177; in *Società*, 1993, p. 767, in *Riv. it. leasing*, 1993, p. 207; in *Giust. civ.*, 1993, p. 1199; in *Fall.*, 1993, p. 521 e in *Vita not.*, 1993, p. 829, per poi essere costantemente seguito sia nell'ambito della giurisprudenza di legittimità che di merito, cfr., fra le tante, Cass., 20.2.1992, n. 2083, in *Riv. it. leasing*, 1992, p. 162; Cass., 18.6.1992, n. 7556, in *Contratti*, 1992, p. 479; Cass., 24.8.1993, n. 8919, in *Giust. civ.*, 1994, p. 725; Cass., 22.3.1994, n. 2743, in *Giur. it.*, 1995, II, p. 690; Cass., 19.7.1995, n. 7870, in *Giust. civ.*, 1996, p. 127; Cass., 2.8.1995, n. 8464, in *Foro it.*, 1996, c. 164; Cass., 29.3.1996, n. 2909, in *Foro it.*, 1996, I, c. 1621; Cass., 19.7.1997, n. 6663, in *Foro it.*, 1997, I, c. 3586; Cass., 17.12.1997, n. 12790, in *Foro it.*, 1998, I, c. 820; Cass., 18.11.1998, n. 11614, in *Contratti*, 1999, p. 683; Cass., 26.1.2000, n. 854, in *Foro it.*, 2000, c. 2269; Cass., 4.8.2000, n. 10265, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2001, II, p. 650; Cass., 24.6.2002, n. 9161, in *Dir. e giust.*, 2002, p. 31; Cass., 9.4.2003, n. 5552, in *Giur. it.*, 2004, p. 559; Cass., 10.6.2005, n. 12317, in *Mass. Giust. civ.*, 2005, p. 6; Cass., 27.7.2006, n. 17145, in *Obbl. e contr.*, 2006, p. 773; Cass., 19.12.2006, n. 27144, in *Giur. it.*, 2007, III, p. 2457; Cass., 2.3.2007, n. 4969, in *Foro it.*, 2007, c. 2433; Cass., 28.8.2007, n. 18195, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2009, II, p. 692; Cass., 9.11.2011, n. 23324, in *Giur. it.*, 1012, p. 2026; Cass., 17.1.2014, n. 888, in *www.dirittoegiustizia.it*; Cass., 27.3.2014, n. 7212, in *Contratti*, 5, 2014, p. 472; App. Roma, 3.5.2011, n. 1917, in *Giur. it.*, 2012, II, p. 825; Trib. Genova, 4.4.1997, in *Gius.*, 1998, p. 1481; Trib. Roma, 22.7.1997, in *Gius.*, 1997, p. 2860; Trib. Foggia, 4.3.1999, in *Fall.*, 2000, p. 207; Trib. Milano, 25.1.2001, in *Gius.*, 2002, p. 323; Trib. Bari, 23.1.2008, in *Giur. calabr.*, 2008. Da ultimo si segnalano, nella giurisprudenza di legittimità, Cass., 29.4.2015, n. 8687, in *www.ilcaso.it*; Cass., 9.2.2016, n. 2538, in *Nuova giur. civ. comm.*, 7-8, 2016, p. 1040; Cass., 17.11.2016, n. 23429, in *Fall. e altre proc. concor.*, 1, 2017, p. 13.

nanziamento a scopo di godimento del bene” oggetto del contratto, in quanto tale bene, strumentale all’esercizio dell’impresa del *lessee* e munito di una potenzialità economica corrispondente alla durata del rapporto negoziale, conservando alla fine di tale rapporto un esiguo valore economico, tendenzialmente coincidente con il prezzo di opzione, avrebbe reso l’esercizio di quest’ultima “marginale”, valorizzando nei canoni versati la funzione di corrispettivo del godimento della cosa. Il *leasing* “traslativo”, invece, ritenuto ricorrente nel caso in cui oggetto del contratto siano beni standardizzati di natura durevole, ma anche macchinari ed impianti strumentali non soggetti a rapida obsolescenza, si sarebbe connotato per un profilo funzionale del tutto diverso, in quanto, essendo tali beni destinati a conservare al termine del rapporto un valore apprezzabile e di gran lunga superiore al prezzo d’opzione, sarebbe risultato in esso di fatto “necessitato” il trasferimento finale della proprietà della cosa, trasferimento che avrebbe caratterizzato in modo determinante la funzione stessa del contratto, portando ad individuare nella misura pattuita per i canoni dovuti dall’utilizzatore anche una quota di prezzo della futura cessione del bene. Secondo il riferito orientamento, fatto proprio dalla prevalente giurisprudenza di merito e di legittimità, dunque, l’elemento discretivo fra i due delineati tipi di *leasing* finanziario, di fronte ad una tendenziale omogeneità strutturale, sarebbe risieduto nella diversa funzione perseguita dalle parti, funzione rispetto alla quale principale indice rivelatore sarebbe stato costituito dal rapporto fra valore residuo del bene alla scadenza del contratto e prezzo di opzione; mentre, infatti, l’esiguità di tale valore avrebbe dovuto far presumere una volontà delle parti indirizzata, sin dal momento della conclusione del contratto, ad un prevalente scopo di “godimento”⁴, all’opposto, la notevole eccedenza di valore della cosa al termine del rapporto rispetto alla misura dell’opzione sarebbe stata indicativa di una originaria volontà delle parti orientata alla realizzazione dell’effetto traslativo della proprietà del bene, in quanto in una siffatta situazione l’esercizio del diritto di opzione si sarebbe posto come una soluzione “obbligata”, ovvero «l’unica economicamente ragionevole per l’utilizzatore»⁵. Alla descritta bipartizione è stata dalla stessa giurisprudenza attribuita una rilevanza centrale ai fini della concreta individuazione della disciplina applicabile in ipotesi di risoluzione del contratto a causa dell’inadempimento dell’utilizzatore, avendo ritenuto i giudici di giungere a soluzioni differenti a seconda della tipologia di figura contrattuale ricorrente. In particolare, si è riferito al c.d. *leasing* di godimento, in quanto contratto di durata con piena sinallagmaticità tra le reciproche prestazioni, la regola della non estensione dell’effetto risolutorio alle prestazioni già eseguite, dettata per i contratti ad esecuzione continuata o periodica dal comma 1 dell’art. 1458 c.c., con conseguente diritto del concedente di mantenere i canoni

⁴ L’irrisorietà del valore residuo del bene alla scadenza del rapporto avrebbe attribuito, infatti, al patto d’opzione una portata marginale e sussidiaria, con conseguente esclusione di una originaria volontà delle parti diretta alla realizzazione di un effetto traslativo della proprietà del bene.

⁵ In tali termini Cass., 19.7.1997, n. 6663, in *Giust. civ.*, 1998, p. 3237.

già riscossi, oltre al risarcimento del danno per l'inadempimento verificatosi. Si è, invece, ritenuto di applicare in via analogica al c.d. *leasing* traslativo, assimilato, proprio per la funzione in esso rinvenuta, ad una vendita con riserva di proprietà, la norma di cui all'art. 1526 c.c., con conseguente obbligo per il concedente, a fronte del riottenimento del bene, di restituzione dei canoni già percepiti, salvo il diritto ad un equo compenso per la concessione in godimento della cosa, oltre al risarcimento del danno, previsti dalla disposizione⁶.

3. La descritta dicotomia di creazione giurisprudenziale ha ricevuto forti critiche da parte della dottrina maggioritaria⁷, principalmente volte a sottolineare la non affidabilità degli elementi discretivi elaborati al fine di differenziare le due figure ed, ancora più incisivamente, ad evidenziare le conseguenze devianti scaturenti dalla stessa dicotomia in punto di definizione dei profili funzionali del contratto di locazione finanziaria.

Se, rispetto al primo profilo, diverse voci in dottrina hanno efficacemente rilevato come gli indici, utilizzati dalla giurisprudenza in ordine alla bipartizione, risultassero a tratti labili ed imprevedibili al momento della stipula del contratto, ma soprattutto rispondenti non a scelte individuali delle parti in grado di indirizzare la negoziazione verso un certo risultato causalmente connotato piuttosto che verso un altro, bensì a previsione il più delle volte standardizzate nelle condizioni generali di contratto e giustificate da ragioni di ordine fiscale o da strategie aziendali⁸, ancor più

⁶ Con, in alcune pronunce, dichiarazione di nullità di quelle richiamate clausole contrattuali, frequentemente predisposte dalle società concedenti, con cui si prevedeva il diritto del *lessor*, in caso di risoluzione per inadempimento dell'utilizzatore, di ottenere la restituzione del bene, il pagamento di tutti i canoni scaduti e di tutti o una parte di quelli a scadere; per la nullità di siffatte clausole per violazione della disciplina di cui all'art. 1526 c.c. nel caso di *leasing* traslativo, cfr., fra le altre, Trib. Firenze, 9.2.2005, in *Juris data*, *Leasing in genere*; Cass., 24.6.2002, n. 9161, in *Dir. e giur.*, 2002, p. 79.

⁷ Si segnalano, fra gli altri, LA TORRE, *I due tipi di leasing secondo la nuova giurisprudenza di Cassazione*, in *Riv. it. leasing*, 1989, p. 584; R. CLARIZIA, «Nuova» figura di leasing e vecchi problemi: l'applicabilità dell'art. 1526 c.c., in *Giur. it.*, 1, 1990, p. 741; ID., *La Cassazione individua una «nuova» figura di leasing finanziario*, in *Corr. giur.*, 1990, p. 391 e ss.; ID., *I contratti per il finanziamento dell'impresa. Mutuo di scopo*, leasing, factoring, in *Tratt. Buonocore*, Torino, 2002, p. 312 e ss.; PARDOLESI, *Leasing finanziario: si ricomincia da due*, in *Foro it.*, 1990, I, c. 471; VISINTINI, *Osservazioni sulla giurisprudenza di Cassazione del dicembre 1989 in merito all'applicabilità dell'art. 1526 codice civile alla locazione finanziaria*, in *Riv. it. leasing*, 1990, p. 293; MUNARI, *La Cassazione ed il signor Zelig*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1990, p. 705; PANZANI, *Leasing finanziario: la tipizzazione di un contratto atipico*, in *Giur. comm.*, 1990, p. 885; LUCCHINI GUASTALLA, *La risoluzione del contratto di leasing finanziario*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1991, p. 491; BUSSANI, *Leasing*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, p. 784; LIPARI, *Dieci anni di giurisprudenza della Cassazione sul leasing*, in *Riv. it. leasing*, 1993, p. 545 e ss.; LUPI, *Disciplina applicabile al leasing finanziario*, in *Società*, 1993, p. 773; BUONOCORE, *Cassazione e leasing: riflessioni sulla giurisprudenza dell'ultimo quinquennio*, in *Contr. e impr.*, 1994, p. 156 e ss.; CHINDEMI, *L'art. 1526 c.c. non è applicabile al contratto di leasing*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, p. 732 e ss.; PALAZZI, *Il contratto di leasing e la nuova disciplina delle clausole vessatorie*, in *Le clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, a cura di Alpa, Patti, II, Milano, 1997, p. 1210 e ss.

⁸ Ciò a partire dal preminente richiamo all'elemento del rapporto fra valore del bene alla scadenza del contratto e prezzo di opzione. Cfr. BONFANTE, *Nuovi orientamenti della Cassazione in tema di locazione*

pregnanti devono ritenersi le obiezioni attinenti al punto della contestabile incidenza dell'indirizzo in esame sulla definizione dei profili funzionali del *leasing* finanziario.

Occorre, infatti, evidenziare come dalla creata bipartizione e dalle supposte caratteristiche ritenute idonee a differenziare le due enucleate figure emergesse la tendenza a riportare lo schema negoziale in esame o verso una connotazione causale propriamente locativa o verso una connotazione causale tipicamente traslativa, mortificando quella causa di finanziamento che, invece, deve ritenersi il tratto funzionale distintivo ed unitario del contratto di *leasing* finanziario alla luce di una corretta individuazione degli interessi dedotti nell'operazione da concedente ed utilizzatore⁹. Una individuazione della causa in concreto del contratto da fondarsi su alcuni incontestabili elementi descrittivi della stessa operazione. Il riferimento è, innanzitutto, alla particolare connotazione soggettiva caratterizzante la figura del concedente, il quale già in base alle norme del t.u.b. (nonché ora alla recente disciplina della locazione finanziaria di cui alla l. n. 124 del 2017) deve necessariamente essere una banca o un intermediario finanziario iscritto in appositi elenchi, con evidente decisiva incidenza di tale qualità sull'interesse dedotto nella contrattazione da tale soggetto¹⁰. Di rilievo risulta, poi, il particolare atteggiamento del *lessor* verso il bene concesso in *leasing*, bene nei cui confronti il concedente mostra un totale disinteresse e le cui vicende hanno una tendenziale ininfluenza rispetto al rapporto con l'utilizzatore¹¹, circostanza da cui si deduce una ulteriore riprova della estraneità del finanziatore ai profili commerciali dell'operazione e della evidente contestualizzazione della sua relazione con il *lessee* su un piano esclusivamente finanziario. Una connotazione finanziaria che nel rapporto concedente-utilizzatore tende ancora una volta ad emergere dalla modalità di determinazione dell'ammontare dei canoni dovuti, risultando tale ammontare calcolato secondo criteri atti a tenere conto principalmente del costo complessivamente sostenuto per l'operazione dal *lessor* e degli interessi per la remunerazione del capitale da lui investito¹². Tali rilievi si ritiene faccia-

finanziaria, in *Giur. it.*, 1, 1990, p. 381; R. CLARIZIA, *I contratti per il finanziamento dell'impresa. Mutuo di scopo, leasing, factoring*, cit., p. 313 e ss.; IMBRENDA, *Leasing e lease back*, in *Tratt. dir. civ. del Consiglio nazionale del Notariato*, Napoli, 2008, p. 170.

⁹ Sottolineano tale fondamentale profilo critico R. CLARIZIA, «Nuova» figura di leasing e vecchi problemi: l'applicabilità dell'art. 1526 c.c., cit., p. 741; ID., *I contratti per il finanziamento dell'impresa. Mutuo di scopo, leasing, factoring*, cit., p. 324 e ss.; IMBRENDA, *Leasing e lease back*, in *Tratt. dir. civ.*, cit., p. 146-147.

¹⁰ Sottolinea fortemente come la peculiare qualificazione soggettiva del concedente sia una circostanza di massima importanza ai fini della individuazione della causa del contratto di locazione finanziaria, R. CLARIZIA, *I contratti per il finanziamento dell'impresa. Mutuo di scopo, leasing, factoring*, cit., p. 314 e ss.

¹¹ Tale profilo è evidenziato a fini qualificatori della fattispecie da R. CLARIZIA, *I contratti per il finanziamento dell'impresa. Mutuo di scopo, leasing, factoring*, cit., p. 316; BUSSANI, *Proprietà, garanzia e contratto. Formule e regole nel leasing finanziario*, Trento, 1992, p. 71; GUERRERA, *Il procedimento di formazione dell'operazione di leasing finanziario*, in *Rass. dir. civ.*, 1987, p. 906.

¹² Sul punto cfr. CORBO, *Autonomia privata e causa di finanziamento*, Milano, 1990, p. 180; R. CLARIZIA, *I contratti per il finanziamento dell'impresa. Mutuo di scopo, leasing, factoring*, cit., p. 316; FOSSATI, *Il leasing*,

no affiorare un quadro complessivo entro cui risulta difficilmente contestabile come, da un lato, il concedente sia interessato a realizzare attraverso lo schema negoziale in esame un investimento remunerativo rispetto al quale il bene rileva esclusivamente quale strumento per l'esercizio di una attività di tipo finanziario, e come, dall'altro lato, l'utilizzatore sia, invece, interessato allo sfruttamento di tutte le *utilitates* che la cosa può offrirgli senza doverne immediatamente e necessariamente acquisire la proprietà con il connesso immobilizzo di capitali. Interessi, quelli appena riferiti, che evidentemente tendono a convergere verso una causa di finanziamento, la quale viene peculiarmente a realizzarsi attraverso la "messa a disposizione" da parte del *lessor* per un certo periodo di tempo delle utilità offerte dal bene acquistato o fatto costruire a beneficio dell'altra parte, quella finanziata, che attraverso il pagamento dei canoni periodici si impegna alla restituzione del finanziamento così ricevuto¹³. Può allora meglio comprendersi la contestabilità della creata bipartizione giurisprudenziale con riferimento ai riflessi devianti in punto di determinazione del profilo causale del contratto di locazione finanziaria. Nel descrivere, da un lato, il c.d. *leasing* "di godimento" quale negozio con funzione di finanziamento a scopo di godimento in cui i canoni configurano esclusivamente il corrispettivo dell'uso del bene e, dall'altro lato, il c.d. *leasing* "traslativo" quale figura causalmente indirizzata al trasferimento della proprietà della cosa verso il pagamento di canoni scontanti una quota del prezzo di acquisto, i giudici hanno evidentemente delineato una ricostruzione dei profili funzionali del contratto atta ad annebbiare quasi completamente il ricorrere nel *leasing* finanziario di una autonoma ed unitaria causa di finanziamento e a proporre una non condivisibile assimilazione del profilo funzionale dello stesso ora a quello connotante la locazione ordinaria ora a quello caratterizzante la vendita.

Alle obiezioni sin qui riportate si è ritenuto, già in diverse occasioni, ad avviso di chi scrive, di dover associare un altro fondamentale rilievo critico all'indirizzo giurisprudenziale in esame, imperniato sulla discutibilità della ritenuta applicabilità della norma di cui all'art. 1526 c.c. alle ipotesi di *leasing* traslativo¹⁴. I dubbi circa la

moderna tecnica di finanziamento delle imprese, Milano, 1972, p. 13 e 89.

¹³ In tal senso, fra gli altri, cfr., MUNARI, *Il leasing finanziario nella teoria dei crediti di scopo*, Milano, 1989, p. 31 e ss.; R. CLARIZIA, *I contratti per il finanziamento dell'impresa. Mutuo di scopo, leasing, factoring*, cit., p. 316; VASSALLO PALEOLOGO, *I contratti di locazione finanziaria*, Padova, 1994, p. 9 e ss.; IMBRENDA, *Leasing e lease back*, in *Tratt. dir. civ.*, cit., p. 84.

¹⁴ Mi sia consentito rinviare a VITI, *La locazione finanziaria tra tipicità legale e sottotipi*, Roma, 2018, p. 87 e ss.; ID., *La discutibile distinzione tra leasing di godimento e leasing traslativo*, in *Giustiziavivile.com*, 11 gennaio 2019, p. 8 e ss. Favorevoli invece ad una applicazione della disciplina di cui all'art. 1526 c.c. a tutte le ipotesi di *leasing* finanziario senza distinzioni di sorta sono risultati DE NOVA, *La Cassazione e il leasing: atto secondo*, in *Foro it.*, 1990, I, c. 461; ID., *Il contratto di leasing*, Milano, 1995, p. 17 e ss. e 48, il quale ha ravvisato l'opportunità di «un'applicazione generalizzata dell'art. 1526 c.c. a tutte le ipotesi di *leasing*», con conseguente possibilità che «le circostanze del caso di specie vengano valutate in sede di determinazione dell'equo compenso»; BONFANTE, *Nuovi orientamenti della Cassazione in tema di locazione finanziaria*, in *Giur. it.*, 1990, p. 907 e ss., secondo cui «se si ammette che l'art. 1526 c.c. sia una specificazione del principio generale del divieto di arricchimento senza causa e come tale possa trovare applicazione per

rispondenza di tale disciplina agli interessi sintetizzati dalle parti nel contratto di *leasing* finanziario sono strettamente correlati alla necessità di considerare in modo corretto gli effettivi termini nei quali i paventati rischi di indebita locupletazione da parte del concedente, derivanti dalle ricorrenti clausole contrattuali in precedenza richiamate, possano presentarsi. Presupposta, infatti, la polarizzazione delle posizioni di *lessor* e *lessee* intorno ad una concreta causa di finanziamento e considerato il particolare e collegato atteggiamento di indifferenza del concedente verso il bene oggetto dell'operazione (l'intermediario finanziario non solo non ha scelto la cosa e non ha alcun interesse al suo utilizzo diretto, ma potrebbe non possedere neanche una struttura organizzativa idonea a garantirne una rapida ricollocazione sul mercato), è chiaro come il recupero del bene, seguito all'inadempimento dell'utilizzatore, per quanto verificatosi anzitempo, con conseguente mantenimento di un apprezzabile valore da parte del medesimo, non potrebbe comportare di per sé la soddisfazione dell'interesse contrattuale facente capo al *lessor*, interesse che risulta fondamentalmente rivolto all'integrale rientro rispetto al complessivo esborso finanziario sostenuto e alla remunerazione dell'investimento così effettuato. Il recupero del bene potrà contribuire alla soddisfazione dell'interesse contrattuale del concedente solo laddove, attraverso la sua effettiva riallocazione sul mercato, tale soggetto riesca a rientrare in tutto o in parte del finanziamento concesso. Quello che, in altri termini, si vuole sottolineare è che il rischio di un indebita arricchimento del *lessor* rispetto alla sua originaria prospettiva di profitto, derivante dal cumulo dell'anticipata restituzione della cosa con il trattenimento di tutti i canoni percepiti e di quelli a scadere, potrebbe essere paventato solo per il caso in cui tale soggetto riuscisse a ricollocare il bene sul mercato, recuperando in tal modo totalmente o in parte l'esborso finanziario sostenuto, non potendosi in caso contrario, in virtù delle caratteristiche connotanti da un punto di vista soggettivo e funzionale il *leasing* finanziario, ritenere che dal solo riottenimento della cosa e del suo valore economico derivi una soddisfazione, anche parziale, dell'interesse contrattuale del concedente¹⁵. Ciò premesso, si reputa evidente come già da una semplice lettura della norma di cui all'art.

analogia con altre ipotesi contrattuali diverse dalla vendita, non sono affatto chiare le ragioni di diritto e di opportunità che vietano di applicare tale norma a qualsiasi modello di locazione finanziaria»; PARDOLESI, *Leasing finanziario: si ricomincia da due*, in *Foro it.*, 1990, I, c. 47 e ss.; PANZANI, *Leasing finanziario: la tipizzazione di un contratto atipico*, in *Giur. comm.*, 1990, p. 907 e ss.; SCHIANO DI PEPE, *Stato della dottrina e della giurisprudenza sul leasing*, in *Fall.*, 1992, p. 889 e ss.; MONTICELLI, *Il leasing*, in *I contratti in generale*, Agg. 1991-1998, II, a cura di Alpa, Bessone, in *Giur. sist. dir. civ. comm.*, fondata da Bigiavi, Torino, 1999, p. 920.

¹⁵ Che l'interesse del concedente non possa ritenersi soddisfatto in forza della semplice restituzione del bene emerge ancor più chiaramente dalla considerazione che l'acquisto dello stesso è stato effettuato dal *lessor* esclusivamente allo scopo della sua successiva concessione in *leasing* e, dunque, allo scopo della realizzazione di una vera e propria operazione di finanziamento con connessa remunerazione in favore del concedente finanziatore, operazione nell'ambito della quale la *res*, nelle sue qualità e facoltà di utilizzo, non è di alcun interesse per il *lessor*, che intravede nella stessa soltanto uno strumento di esercizio della sua attività finanziaria.

1526 c.c. tenda ad emergere una intuibile dissonanza fra una disciplina incentrata su un effetto restitutorio chiaramente collegato allo scioglimento di un contratto di scambio e una situazione, quella derivante dalla risoluzione del contratto di locazione finanziaria per inadempimento del *lessee*, in cui, alla luce degli interessi sottesi a tale contratto ed, in particolare, di quelli dedotti nella negoziazione dal *lessor*, affatto diverse risultano le esigenze di tutela. Chiamare il concedente, che a causa dell'inadempimento dell'altra parte ha ottenuto il recupero del bene, a restituire – per il solo fatto del recupero e, dunque, a prescindere dalla effettiva riallocazione della cosa – i canoni ricevuti porterebbe evidentemente a mortificare il concreto interesse da tale soggetto oggettivizzato nell'operazione, determinando in capo allo stesso delle conseguenze eccessivamente penalizzanti, che, infatti, in diverse decisioni sono state di fatto mitigate intervenendo in senso “correttivo” attraverso gli strumenti dell'equo compenso e del risarcimento del danno previsti dalla norma in esame, nonché attraverso il ricorso alla disposizione di cui al secondo comma dell'art. 1526 c.c.¹⁶.

Ulteriore ed ultimo profilo di discutibilità presentato – nel contesto normativo antecedente all'approvazione della l. n. 124 del 2017 – dall'orientamento giurisprudenziale della dicotomia tipologica del *leasing* finanziario si ritiene attenesse alla sua incapacità di garantire all'interno dell'ordinamento coerenza ed organicità nella disciplina della locazione finanziaria. Il quadro normativo che negli anni era, infatti, venuto a delinarsi con riguardo al contratto in esame aveva, senza dubbio, fatto emergere una chiara volontà legislativa di qualificare il *leasing* finanziario come una figura negoziale unitaria e distinta dalla vendita con riserva di proprietà, di cui sempre più era stata valorizzata la autonoma causa di finanziamento. Il riferimento è, in particolare, all'introduzione dell'art. 72 *quater* l. fall. (dal 16 maggio 2022, salvo ulteriori proroghe all'entrata in vigore, art. 177 del Codice della crisi di impresa e

¹⁶ Cfr. Cass., 13.1.2005, n. 574, in *Foro it.*, 2005, c. 318; Cass., 17.1.2014, n. 888, cit.; Cass., 21.8.2018, n. 20840, in cui si legge che al *leasing* traslativo si applica «la disciplina di carattere inderogabile» di cui all'art. 1526 c.c., con la precisazione che «la riconsegna dell'immobile è insufficiente, quale risarcimento del danno, nel caso in cui il finanziamento non venga restituito ed il valore dell'immobile non valga a coprirne l'intero importo; ma costituisce un *quid plus* rispetto all'interesse e ai danni effettivi subiti dal concedente, ove si aggiunga all'integrale restituzione della somma erogata, con i relativi interessi e spese». Per l'applicazione al *leasing* traslativo della disciplina di cui all'art. 1526 c.c. con la precisazione della qualificabilità della clausola convenzionale di irripetibilità dei canoni riscossi dal concedente in termini di patto avente natura di clausola penale la cui previsione è contemplata dallo stesso art. 1526, comma 2, con eventuale facoltà per il giudice di ridurre l'indennità convenuta “secondo le circostanze” si sono recentemente espresse Cass., 12.6.2018, n. 15202, nonché Cass., 12.7.2018, n. 18326, in cui si è specificato che possibili correzioni convenzionali atte ad evitare che le suddette clausole penali attribuiscono al concedente vantaggi eccessivi si rinviengono in quelle previsioni che «consentano all'utilizzatore inadempiente – una volta restituito l'intero importo del finanziamento – o il diritto di recuperare proprietà e disponibilità del bene oggetto di *leasing* in termini prestabiliti e precisi oppure il diritto di imputare il valore del bene alla somma dovuta in restituzione delle rate a scadere».

dell'insolvenza, d.lgs. n. 14 del 2019)¹⁷, ma anche all'art. 169 *bis* l. fall. (dal 16 maggio 2022 art. 97 del d.lgs. n. 14 del 2019), nonché alla disciplina della risoluzione per inadempimento dell'utilizzatore del c.d. *leasing* abitativo di cui all'art. 1, comma 78 della l. n. 208 del 2015¹⁸. Ebbene, con tali norme il legislatore aveva mostrato di non aderire ad alcuna sorta di bipartizione all'interno della locazione finanziaria e di avallare, alla luce di discipline volte a consentire al *lessor* il recupero dell'intero capitale investito, nonché alla luce dello scostamento delle medesime discipline da quelle di cui agli artt. 1526 c.c. e 73 l. fall. (dal 16 maggio 2022 art. 178 del d.lgs. n. 14 del 2019)¹⁹, una ricostruzione dei profili qualificatori di tale figura differente rispet-

¹⁷ La non trascurabilità delle esigenze di coordinamento fra le conseguenze ricollegate alla risoluzione del contratto di *leasing* per inadempimento dell'utilizzatore e la disciplina prevista in caso di scioglimento del rapporto di locazione finanziaria pendente nel fallimento è stata evidenziata con particolare efficacia nella pronuncia n. 7505 del 17 giugno 2015 del Tribunale di Milano, in www.expartecreditoris.it, nella quale si legge che «ove, a fronte della mancanza di una previsione normativa dedicata in generale alla disciplina degli effetti della risoluzione del contratto di locazione finanziaria per inadempimento dell'utilizzatore, si volesse applicare per analogia la disciplina di cui all'art. 1526 c.c. per il solo fatto che la risoluzione sia intervenuta prima del fallimento piuttosto che quella prevista dall'art. 72 *quater* L.F., quale norma da riservarsi all'ipotesi di scioglimento del contratto di locazione finanziaria *post* fallimento, si giungerebbe alla (difficilmente sostenibile) conclusione di applicare non solo due discipline differenti per situazioni assolutamente analoghe ma, addirittura, di riservare, fra tali due discipline, quella che prevede un trattamento più favorevole per la parte utilizzatrice proprio nel caso in cui questa abbia dato causa alla risoluzione del contratto per proprio inadempimento, posto che, nel caso di contratto di locazione finanziaria risoltosi per inadempimento dell'utilizzatore *ante* fallimento, il Fallimento dell'utilizzatore avrebbe diritto, ai sensi dell'art. 1526 c.c., alla restituzione delle rate (canoni) pagate salvo il diritto della controparte all'equo compenso, mentre, nel caso di contratto di locazione finanziaria ancora in essere alla data del fallimento e sciolto in un momento successivo per decisione del curatore, il Fallimento dell'utilizzatore, ai sensi dell'art. 72 *quater* L.F., sarebbe comunque tenuto a pagare il residuo credito in linea capitale della concedente (per canoni scaduti ed a scadere attualizzati), salvo vedersi riconoscere il valore realizzato dalla vendita del bene restituito o da altra sua collocazione avvenute a valori di mercato».

¹⁸ La disciplina recentemente introdotta in tema di c.d. *leasing* abitativo (art. 1, comma 76 e ss., l. 28 dicembre 2015, n. 208, c.d. Legge di stabilità), a prescindere da qualsiasi altra considerazione in merito all'ingresso nel nostro ordinamento della figura in questione, prevede per l'ipotesi di risoluzione del contratto per inadempimento dell'utilizzatore una regolamentazione analoga a quella dettata dall'art. 72 *quater* l. fall. per il caso di scioglimento a seguito di fallimento di tale soggetto. Si vuole porre in evidenza come la scelta compiuta in tal caso dal legislatore non facesse che confermare ancor di più la non divisibilità dell'orientamento giurisprudenziale volto a delineare la dicotomia tra *leasing* "di godimento" e *leasing* "traslativo", prevedendo per l'ipotesi del *leasing* abitativo, che nell'ambito della suddetta dicotomia sarebbe dovuto rientrare, per le caratteristiche del bene oggetto del contratto, nella figura del *leasing* traslativo, una disciplina per nulla riferibile a quella di cui all'art. 1526 c.c., bensì avallante il riconoscimento di una autonoma ed unitaria causa di finanziamento nella locazione finanziaria.

¹⁹ Il legislatore con la norma di cui all'art. 73 l. fall., volta a disciplinare gli effetti del fallimento del compratore in un contratto di vendita con riserva di proprietà in modo analogo a quanto previsto dall'art. 1526 c.c. per il caso di risoluzione dello stesso contratto per inadempimento del compratore, ha di fatto ritenuto di non differenziare la regolamentazione della risoluzione e dello scioglimento di tale contratto nelle due diverse ipotesi, delineando, invece, un chiaro scostamento rispetto alla normativa dettata dall'art. 72 *quater* l. fall. per lo scioglimento (a seguito del fallimento del *lessee*) del contratto di locazione finanziaria.

to a quella della vendita con riserva di proprietà, confermandone la piena autonomia causale.

In una evidente linea di continuità con i riferiti precedenti normativi si è posta la disciplina *ad hoc* della risoluzione della locazione finanziaria per inadempimento dell'utilizzatore introdotta con il recente intervento di tipizzazione legale della figura operato con la l. n. 124 del 2017²⁰. Nel descritto scenario dottrinale e giurisprudenziale la disciplina di cui al comma 138 dell'art. 1 della c.d. Legge annuale per il mercato e la concorrenza del 2017 non può non considerarsi come il definitivo approdo legislativo ad una soluzione certa, coerente, chiaramente volta a sconfessare la dicotomia tipologica tra *leasing* di godimento e *leasing* traslativo, tanto nei suoi aspetti qualificatori quanto di definizione di rilevanti profili di disciplina, e ad imporne il superamento.

Tale normativa, dettando una regolamentazione unica e generale della risoluzione della locazione finanziaria ha, infatti, innanzitutto, avallato una concezione unitaria di tale figura negoziale senz'altro non conciliabile con supposte distinzioni tipologiche all'interno della stessa. Prevedendo, poi, concretamente che il concedente corrisponda all'utilizzatore inadempiente²¹ il ricavato dalla vendita o ricollocazione del bene riconsegnato dedotto l'ammontare dei canoni scaduti e non pagati, dei canoni a scadere in linea capitale, del prezzo d'opzione e delle spese per il recupero, la stima e la conservazione del bene²², la medesima normativa ha delineato una ricostruzione dei profili qualificatori del *leasing* finanziario atta a differenziare in modo

²⁰ La disciplina che ha determinato la tipizzazione legale del contratto di locazione finanziaria è contenuta nei commi 136-140 dell'art. 1 della l. 4 agosto 2017, n. 124 ("Legge annuale per il mercato e la concorrenza"). Per alcuni commenti alla nuova normativa cfr., LUCCHINI GUASTALLA, *Il contratto di leasing finanziario alla luce della legge n. 124/2017*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1, 2019, II, p. 179 e ss.; SCUDERI, *Il leasing finanziario alla luce della L. n. 124/2017*, in *Contratti*, 3, 2019, p. 335 e ss.; MAUCERI, *Risoluzione per inadempimento e contratto di leasing*, in *Contr. e impr.*, 4, 2020, p. 1517 e ss.; DAL SANTO, *La risoluzione del contratto di leasing nella l. 4 agosto 2017, n. 124*, in *Studium iuris*, 5, 2021, p. 577 e ss.

²¹ La disciplina della risoluzione del *leasing* finanziario per inadempimento dell'utilizzatore dettata con la l. n. 124 del 2017 ricollega espressamente l'effetto risolutorio al ricorrere di un «grave inadempimento» da parte del *lessee*, che, con una evidente specificazione legislativa del generale criterio di cui all'art. 1455 c.c., viene precisamente individuato nel comma 137 dell'art. 1 del testo normativo in esame nel «mancato pagamento di almeno sei canoni mensili o due canoni trimestrali anche non consecutivi o un importo equivalente per i *leasing* immobiliari, ovvero di quattro canoni mensili anche non consecutivi o un importo equivalente per gli altri contratti di locazione finanziaria».

²² Il comma 138 dell'art. 1 della l. n. 124 del 2017 prevede testualmente che in caso di risoluzione del contratto per inadempimento dell'utilizzatore «il concedente ha diritto alla restituzione del bene ed è tenuto a corrispondere all'utilizzatore quanto ricavato dalla vendita o da altra collocazione del bene, effettuata ai valori di mercato, dedotte la somma pari all'ammontare dei canoni scaduti e non pagati fino alla data della risoluzione, dei canoni a scadere, solo in linea capitale, e del prezzo pattuito per l'esercizio dell'opzione finale d'acquisto, nonché le spese anticipate per il recupero, la stima e la sua conservazione per il tempo necessario alla vendita. Resta fermo nella misura residua il diritto di credito del concedente nei confronti dell'utilizzatore quando il valore realizzato con la vendita o altra collocazione del bene è inferiore all'ammontare dell'importo dovuto dall'utilizzatore a norma del periodo precedente».

netto, alla luce dell'evidente scostamento dalla regolamentazione rinvenibile nell'art. 1526 c.c., tale contratto dalla figura della vendita con riserva di proprietà e ad avvalorare il riconoscimento nello stesso di una distinta ed autonoma causa di finanziamento. La incontestabile riconducibilità del profilo funzionale della locazione finanziaria ad una siffatta causa è stata, infatti, confermata da una disciplina che, coerentemente con tale causa, mira ad assicurare al finanziatore, in considerazione degli interessi dallo stesso dedotti nella negoziazione, il recupero dell'intero capitale investito e che, allo stesso tempo, si mostra capace di evitare i temuti rischi di ingiustificato arricchimento del concedente, nei limiti degli effettivi termini in cui i medesimi, come in precedenza sottolineato, possono presentarsi. Un risultato, quest'ultimo, ottenuto attraverso un meccanismo deduttivo sì volto a garantire che l'eccedenza rispetto all'integrale recupero dell'investimento effettuato dal *lessor* venga restituita al *lessee*, ma espressamente collegato alla vendita (o alla diversa collocazione) del bene e al ricavo conseguente e non al mero rientro dello stesso nella sfera del concedente e alla sola considerazione del suo valore economico.

Non può, infine, non segnalarsi come la normativa di cui al comma 138 dell'art. 1 della l. n. 124 del 2017 abbia comportato il superamento di quegli evidenziati problemi di incoerenza sistematica a cui la bipartizione giurisprudenziale del *leasing* finanziario aveva dato luogo e, ponendosi sostanzialmente in linea con la disciplina dettata per il caso di scioglimento del *leasing* finanziario in seguito al fallimento dell'utilizzatore dall'art. 72 *quater* l. fall., nonché con la disciplina prevista per il caso di risoluzione per inadempimento dell'utilizzatore del c.d. *leasing* abitativo dal comma 78 dell'art. 1 della l. n. 208 del 2015, abbia avuto il pregio di far recuperare organicità al nostro ordinamento²³.

4. La disciplina della risoluzione della locazione finanziaria di cui alla l. n. 124 del 2017, tuttavia, in quanto non corredata da alcuna disposizione transitoria con cui si sia provveduto a regolare l'ambito di applicazione temporale della normativa, ha immediatamente posto non trascurabili problemi legati al profilo della sua riferibilità ai contratti risolti prima della sua entrata in vigore i cui giudizi fossero ancora in corso²⁴. Ed il punto non si è mostrato certo di poco rilievo. È stata, infatti, pro-

²³ Si vuole sottolineare come la soluzione sostanzialmente adottata dalla recente l. n. 124 del 2017 si ponga anche nella medesima direzione del criterio accolto nella Convenzione *Unidroit* sul *leasing* internazionale (art. 13), ove si prevede che, in caso di risoluzione del contratto di *leasing* per inadempimento dell'utilizzatore, il concedente non possa pretendere più di quanto avrebbe conseguito se l'utilizzatore avesse adempiuto correttamente alle sue obbligazioni.

²⁴ Sul punto si è assistito, infatti, all'immediato profilarsi in giurisprudenza di posizioni non uniformi, a volte indirizzate all'affermazione della inapplicabilità retroattiva della disciplina in discorso (in tal senso si veda Trib. Milano, 14.11.2017, in cui si è specificato che la inapplicabilità retroattiva della disciplina di cui all'art. 1, commi 136 e ss. della l. n. 124 del 2017 rinviene la propria ragione nel fatto che «tale previsione non ha carattere meramente interpretativo, ma viene ad innovare direttamente il tessuto normativo»; cfr. anche Trib. Mantova, 29.1.2018), altre volte dirette, invece, a sostenere la immediata applicabilità della nuova normativa anche ad ipotesi risolutorie verificatesi in epoca anteriore alla sua entrata in vigore (in tal

prio la ritenuta inapplicabilità retroattiva della nuova normativa, in virtù del disposto di cui all'art. 11 delle c.d. preleggi, ad essere posta esplicitamente o implicitamente alla base di quelle svariate pronunce di merito e di legittimità in cui, anche successivamente all'entrata in vigore delle suddette disposizioni, si è continuato a parlare della necessità di distinguere la figura del c.d. *leasing* di godimento da quella del c.d. *leasing* traslativo, confermando, per l'ipotesi in cui si è reputato ricorrere tale ultima fattispecie, l'applicazione della disciplina dettata per la risoluzione della vendita con riserva di proprietà dall'art. 1526 c.c.²⁵.

A tale situazione di perdurante operatività di quella prospettazione dicotomica della locazione finanziaria ormai chiaramente sconfessata dall'intervenuta tipizzazione legale della figura sembrava ad un certo punto aver posto fine la presa di posizione della Prima Sezione del Supremo Collegio che, con la sentenza n. 8980 del 2019²⁶, poi seguita da successive pronunce²⁷, operando uno storico *revirement*, aveva statuito per la prima volta, con riferimento ad una controversia avente ad oggetto un contratto di *leasing* finanziario risolto prima dell'entrata in vigore della l. n. 124 del 2017, il superamento del consolidato indirizzo volto a distinguere le due menzionate figure di *leasing* finanziario e a fare, in una delle due ipotesi, ricorso in via analogica alla disciplina dettata per la risoluzione della vendita con riserva di proprietà²⁸.

Alla base di tale svolta la Prima Sezione aveva posto un preciso percorso logico-giuridico, rispetto al quale centrale era risultata la constatazione per cui la nuova

senso Trib. Roma, 13.1.2018, n. 847, in cui si è ricollegata la ritenuta immediata applicabilità della nuova disciplina alla considerazione che con essa il legislatore abbia recepito molti dei risultati interpretativi raggiunti dalla giurisprudenza con l'obiettivo di definire i tratti caratteristici del *leasing* finanziario).

²⁵ Si segnalano in tale direzione Cass., 7.9.2017, n. 20890, in cui si legge che nel caso di risoluzione del contratto di *leasing* «occorre distinguere a seconda che si tratti di *leasing* finanziario o traslativo, solo per quest'ultimo potendosi utilizzare, in via analogica, l'articolo 1526 c.c.»; Cass., 13.9.2017, n. 21213, in cui si collega il non tener più conto «della distinzione consolidata tra il *leasing* traslativo e il *leasing* di godimento» solo all'ipotesi di scioglimento del contratto a seguito del fallimento dell'utilizzatore e, dunque, ad un contesto endoconcorsuale; Cass., 20.9.2017, n. 21895, ove si parla di *leasing* traslativo come fattispecie a cui applicare, in caso di risoluzione per inadempimento del *lessee*, la disciplina della vendita con riserva di proprietà di cui all'art. 1526 c.c.; successivamente Cass., 31.10.2017, n. 25863; Cass., 12.12.2017, n. 29807; Cass., 29.12.2017, n. 31194; Cass., 28.2.2018, n. 4698; Cass., 18.6.2018, n. 15975; Cass., 10.7.2018, n. 18147. Nella giurisprudenza di merito ancora per la distinzione fra *leasing* di godimento e *leasing* traslativo e per l'applicazione a quest'ultimo dell'art. 1526 c.c., cfr. Trib. Reggio Emilia, 2.11.2017, in www.altalex.com e Trib. Mantova, 29.1.2018.

²⁶ Cass., 29.3.2019, n. 8980, in *Giur. it.*, 11, 2019, p. 2361 e ss. con nota di VITI, *Il tramonto della bipartizione tra leasing "di godimento" e leasing "traslativo"*. Per altri commenti cfr., FERRO, *Risoluzione del leasing per inadempimento dell'utilizzatore poi fallito e sorte delle somme riscosse e dei crediti per la società concedente*, in *Fall. e altre proc. conc.*, 5, 2019, p. 575 e ss.; FINARDI, *L'ammissione al passivo del leasing finanziario e la nuova disciplina indicata dalla Cassazione in linea con il CCEI*, in *Fall. e altre proc. conc.*, 6, 2019, p. 764 e ss.

²⁷ Cfr., Cass., 20.8.2019, n. 18545; Cass., 30.9.2019, n. 24438; Cass., 28.10.2019, n. 27545.

²⁸ Disattendendo con tale pronuncia quanto ritenuto dal giudice di merito (Trib. Mantova, 16.3.2017) circa la applicabilità del disposto di cui all'art. 1526 c.c.

normativa di tipizzazione della locazione finanziaria aveva ricostruito tale fattispecie negoziale in modo unitario e distinto da altri tipi contrattuali, disattendendo la differenziazione tra *leasing* di godimento e *leasing* traslativo e «facendo così venir meno una bipartizione che non è fondata su alcuna norma di legge»²⁹. Si era nella pronuncia sottolineato come una siffatta opzione legislativa si fosse sostanzialmente conformata ad una serie di precedenti interventi normativi in materia ed in particolare alla disciplina prevista dall'art. 72 *quater* l. fall.³⁰, la quale, pur emanata successivamente all'affermarsi dell'indirizzo giurisprudenziale della bipartizione, aveva già ricondotto ad unità tale contratto, distinguendolo specificamente dalla vendita con riserva di proprietà, diversamente regolata dal successivo art. 73 l. fall., e valorizzando la causa di finanziamento. In uno dei passaggi più significativi della sentenza si era affermato che la constatata precisa presa di posizione del legislatore non solo sarebbe stata destinata a determinare il superamento dell'indirizzo della bipartizione in tutte quelle ipotesi in cui la nuova normativa della locazione finanziaria avesse trovato applicazione, ma non avrebbe potuto non riverberarsi anche sulla valutazione ed interpretazione delle situazioni pregresse non ancora definite, per effetto della necessaria applicazione di una interpretazione storico-evolutiva³¹. Una interpretazione storico-evolutiva individuata come base giustificativa della soluzione tecnico-giuridica che nella pronuncia si era ritenuto di prospettare, ovvero della applicabilità in via analogica ai casi di risoluzione di contratti di *leasing* finanziario, verificatasi in data anteriore all'entrata in vigore della l. n. 124 del 2017, della disciplina dettata dall'art. 72 *quater* l. fall., riscontrandosi tra tale ultima norma e la nuova disciplina della risoluzione della locazione finanziaria, pur nella diversità delle rispettive situazioni, una linea di diretta continuità.

La riferita pronuncia era risultata, ad avviso di chi scrive, apprezzabile non solo per la chiara affermazione in essa contenuta del definitivo superamento della contestabile bipartizione fra le due figure di *leasing* finanziario e dell'applicazione ad una di esse della disciplina prevista per il diverso contratto di vendita con riserva di proprietà dall'art. 1526 c.c., ma anche per l'esplicito rilievo da essa attribuito, nel percorso volto a rinvenire una soluzione alle problematiche di diritto transitorio, alla

²⁹ Così testualmente Cass., 29.3.2019, n. 8980, cit.

³⁰ Oltre all'introduzione dell'art. 72 *quater* l. fall., avvenuta ad opera del d.lgs. n. 5 del 2006, nella sentenza in commento viene richiamato il successivo intervento operato con la legge n. 208 del 2015 che ha introdotto nel nostro ordinamento la figura del c.d. *leasing* abitativo e, da ultimo, successivamente alla l. n. 124 del 2017, il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d.lgs. n. 14 del 2019) che all'art. 177 detta una disciplina della locazione finanziaria coerente con quella di cui all'art. 72 *quater* l. fall. e di cui alla l. n. 124 del 2017, confermando ancora una volta la scelta del legislatore per una configurazione unitaria e autonoma del *leasing* finanziario.

³¹ Una interpretazione storico-evolutiva secondo cui «una determinata fattispecie negoziale, per quegli aspetti che non abbiano esaurito i loro effetti, in quanto non siano stati ancora accertati e definiti con statuizione passata in giudicato, non può che essere valutata sulla base dell'ordinamento vigente, posto che l'attività ermeneutica non può dispiegarsi "ora per allora", ma all'attualità», così testualmente Cass., 29.3.2019, n. 8980, cit.

necessità di riconoscere alla novella di cui alla l. n. 124 del 2017 una generale portata a fini interpretativi, pure in assenza di una sua diretta applicabilità, consentendo alla presa di posizione del legislatore con essa operata di «riverberarsi sulla valutazione ed interpretazione delle situazioni pregresse non ancora definite»³². Quanto a tale ultimo profilo, infatti, in un precedente lavoro, si era già avuto modo di sottolineare come la questione dell'incidenza immediata della nuova normativa sull'orientamento giurisprudenziale della prospettazione dicotomica della locazione finanziaria non potesse essere limitata ad un problema di applicabilità, retroattiva o meno, della disciplina in discorso, in quanto, pur optando per la soluzione dell'inapplicabilità retroattiva di tale disciplina³³, non avrebbe potuto non ricollegarsi ad essa la produzione di effetti riflessi immediati anche nei riguardi dei contratti risolti prima della sua entrata in vigore, effetti necessariamente discendenti dalla sua esistenza nel sistema normativo³⁴. Le norme con cui si è tipizzato il *leasing* finanziario sono, invero, l'indice di una chiara volontà legislativa – di guardare a tale contratto quale fattispecie negoziale unitaria ed autonoma e di avallare una ricostruzione dei profili qualificatori e di disciplina di tale figura differente rispetto a quella della vendita con riserva di proprietà – che, come già evidenziato nel presente scritto, riceve dalla recente regolamentazione di cui alla l. n. 124 del 2017 solo l'ultimo, anche se decisivo, riscontro, andandosi tale regolamentazione ad affiancare ed allineare ad altri preesistenti indici normativi – l'art. 72 *quater* l. fall, l'art. 169 *bis* l. fall. e l'art. 1, comma 78, l. n. 208 del 2015 – dal cui insieme, ad avviso di chi scrive, per ragioni di coerenza sistematica non può non ricavarsi come anche prima dell'intervento della nuova normativa la soluzione alla problematica della disciplina applicabile alla

³² Così testualmente Cass., 29.3.2019, n. 8980, cit.

³³ Secondo LA TORRE, *La nuova disciplina della locazione finanziaria: l'ambito di applicazione temporale*, in *La Lettera di Assilea*, 1, 2018, p. 34 e ss., per ciò che riguarda la normativa della locazione finanziaria di cui ai commi 136 e ss. dell'art. 1 della l. n. 124 del 2017 il problema posto dal disposto di cui all'art. 11 delle c.d. preleggi deve ritenersi superato alla luce di altre disposizioni e principi dell'ordinamento giuridico. Innanzitutto, ponendosi la suddetta normativa in modo non innovativo ma sostanzialmente conforme alla giurisprudenza sul c.d. *leasing* di godimento, alle discipline contrattuali, nonché ai principi di cui agli artt. 72 *quater* e 169 *bis* e alla disciplina sul *leasing* abitativo e sul *leasing* finanziario internazionale, non si presenterebbe rispetto ad essa un problema di applicazione retroattiva di una nuova disciplina, bensì di «continuazione nell'applicazione di una disciplina già esistente». In secondo luogo, in base all'opinione di tale A., laddove si dovessero considerare i contratti di *leasing* finanziario conclusi prima dell'entrata in vigore della normativa in esame come contratti atipici rispetto ai quali riscontrare un vuoto normativo da colmare con il ricorso all'analogia ex art. 12, comma 2 delle c.d. preleggi, sarebbe comunque evidente che la disciplina della locazione finanziaria di cui alla l. n. 124 del 2017 si porrebbe come quella che più di tutte le altre disposizioni normative esistenti nell'ordinamento che regolano casi simili o materie analoghe «si avvicina alla fattispecie della locazione finanziaria!», con connesso superamento della «apparente» problematica della irretroattività della legge sancita dall'art. 11 delle preleggi attraverso il «ricorso all'analogia di cui al comma 2 del successivo art. 12». Per tale ultima soluzione si veda anche CANDIANI, *Il Legislatore, la Cassazione e il miracolo della moltiplicazione dei leasing finanziari*, in *Corr. giur.*, 3, 2019, p. 307, nt. 45.

³⁴ Il riferimento è a quanto già sostenuto in VITI, *La discutibile distinzione tra leasing di godimento e leasing traslativo*, in *Giustiziacivile.com*, Approfondimenti, 11 gennaio 2019, p. 12 e ss.

risoluzione del *leasing* finanziario avrebbe dovuto essere diversa da quella propiziata dalla giurisprudenza della bipartizione³⁵. Ciò alla luce di una valutazione delle disposizioni di cui ai commi 136 e ss. dell'art. 1 della l. n. 124 del 2017 in un'ottica interpretativo-sistematica tale da rinvenire nelle stesse l'ulteriore e definitiva riprova della non accoglibilità dell'illustrata prospettazione dicotomica della locazione finanziaria e delle conseguenze da essa discendenti in punto di disciplina della risoluzione anche con riguardo ai casi in cui le suddette disposizioni non risultino direttamente applicabili³⁶.

La parte della pronuncia su cui, invece, alcuni dubbi, ad avviso di chi scrive, avrebbero potuto essere nutriti era quella, immediatamente successiva, attinente alla ritenuta applicazione analogica dell'art. 72 *quater* l. fall. ai contratti risolti prima dell'entrata in vigore della nuova disciplina del *leasing* finanziario. Perplexità, già accennate in un precedente scritto³⁷, principalmente legate al fatto che il punto della praticabilità di un siffatto meccanismo analogico rispetto alla risoluzione del *leasing* finanziario era già stato oggetto, prima dell'approvazione della l. n. 124 del 2017, di contrasti giurisprudenziali e di una decisa opposizione da parte di una compatta giurisprudenza di legittimità, tanto da far presumere, o meglio prevedere, una successiva probabile riproposizione della questione in termini interlocutori, come poi effettivamente avvenuto. La sentenza n. 8980 del 2019, nell'incentrare la soluzione da essa accolta sull'applicazione dell'art. 72 *quater* l. fall. – applicazione

³⁵ In tal senso era già in precedenza sembrata orientarsi, quantomeno in termini dubitativi, Cass., 6 aprile 2018, n. 8503, in cui, pur senza addentrarsi in più specifiche riflessioni, si era affermato che il dibattito sul significato dell'art. 72 *quater* l. fall. e sulle «sue ricadute sulla distinzione pretoria» tra *leasing* traslativo e *leasing* di godimento sarebbe stato «destinato a riprendere vigore per effetto della recente introduzione di una specifica normativa» dettata per la locazione finanziaria.

³⁶ Si segnalano alcune pronunce di merito in cui, successivamente all'entrata in vigore delle disposizioni sulla locazione finanziaria di cui alla l. n. 124 del 2017, pur non facendosi applicazione di tale normativa, si è giunti, proprio in considerazione della nuova disciplina, a degli esiti in punto di risoluzione del *leasing* per inadempimento del *lessee* volti a sconfessare la bipartizione fra *leasing* di godimento e *leasing* traslativo. Fra queste, cfr., Trib. Brescia, 21.9.2017, n. 2696, ove si è dichiarata la validità della clausola penale di un contratto di locazione finanziaria in quanto riprodotto uno schema previsto normativamente sia dall'art. 1, comma 78 della legge n. 208 del 2015, sia dall'art. 1, comma 138 della legge n. 124 del 2017 e Trib. Milano, 2.7.2018, in cui si legge che «nell'ambito del *leasing* si deve riconoscere al concedente, in caso di risoluzione, il pieno risarcimento dei danni, integrati dal mancato incameramento dei canoni, degli interessi e del prezzo di riscatto che avrebbe percepito in caso di regolare esecuzione del contratto. A fronte dell'incameramento di tutti i canoni, l'esigenza di evitare l'arricchimento ingiustificato, derivante dal valore degli stessi e di quello del bene oggetto del contratto, viene concretamente soddisfatta applicando le regole proprie della corretta quantificazione del risarcimento del danno (...). In concreto, ciò si verifica nel momento in cui il concedente imputa in favore dell'utilizzatore inadempiente il valore del bene oggetto di *leasing*, in forza di apposita clausola contrattuale costantemente rinvenibile nella contrattualistica in uso» ed in cui, ancora, si sottolinea come il richiamo all'art. 1526 c.c. «sia sempre stato di pura creazione giurisprudenziale», non avendo mai il legislatore, allorché si è occupato di disciplinare il contratto di *leasing*, «fatto uso a tale disposizione, neppure nella recente legge n. 124/2017».

³⁷ Cfr. VITI, *Il tramonto della bipartizione tra leasing "di godimento" e leasing "traslativo"*, in *Giur. it.*, 11, 2019, p. 2369.

fino ad allora propugnata da una parte della giurisprudenza di merito³⁸ – si era, infatti, posta apertamente in contrasto con quelle granitiche affermazioni dei giudici di legittimità secondo cui l'applicazione della norma fallimentare, disciplinante lo scioglimento del contratto di locazione finanziaria quale conseguenza del fallimento dell'utilizzatore, al caso di risoluzione di tale contratto per inadempimento dell'utilizzatore (in data anteriore all'eventuale fallimento) avrebbe dovuto essere negata, in quanto la suddetta norma sarebbe «destinata a disciplinare una fattispecie concreta del tutto diversa da quella disciplinata dalla norma sostanziale», con conseguente non ricorrenza di quella *eadem ratio* in assenza della quale «non è consentito all'interprete il ricorso all'interpretazione analogica»³⁹. Un indirizzo entro il quale il Supremo Collegio aveva costantemente sottolineato come «l'introduzione nell'ordinamento dell'art. 72 *quater* l. fall.» non avrebbe comunque consentito «di ritenere superata la tradizionale distinzione tra *leasing* finanziario e traslativo», in quanto, mentre tale disposizione sarebbe «norma che non tiene più conto – ai fini endoconcorsuali – della distinzione» suddetta e che «ha introdotto una disciplina unitaria del *leasing* improntata alla causa del contratto di finanziamento», nell'ipotesi di risoluzione per inadempimento dell'utilizzatore avrebbe conservato, invece, «validità il distinguo tra *leasing* di godimento e *leasing* traslativo» ed il concedente avrebbe potuto far valere la domanda di risoluzione del contratto, a seconda del tipo di locazione finanziaria ricorrente, o *ex art.* 1458, comma 1, c.c. o *ex art.* 1526 c.c.⁴⁰.

³⁸ Una giurisprudenza di merito che si era negli ultimi anni schierata in favore della applicabilità della disciplina di cui all'art. 72 *quater* l. fall., e non della disciplina di cui all'art. 1526 c.c., all'ipotesi di risoluzione del *leasing* finanziario per inadempimento dell'utilizzatore. Si veda, per tutte, Trib. Milano, 17.6.2015, n. 7505, in *www.expartecreditoris*, in cui la ritenuta applicabilità dell'art. 72 *quater* l. fall. al caso di risoluzione del *leasing* per inadempimento dell'utilizzatore era stata fondata sulla considerazione per cui «non vi è ragione per differenziare la disciplina dello scioglimento del contratto di locazione finanziaria a seconda che questo si sia risolto per inadempimento dell'utilizzatore prima della dichiarazione di fallimento ovvero si sia sciolto dopo la dichiarazione di fallimento, trattandosi, in entrambi i casi, di disciplinare gli effetti dello scioglimento di un contratto di *leasing* preesistente alla data di dichiarazione di fallimento» e in cui, ancora, la necessità di non differenziare la disciplina applicabile alle due ipotesi era stata ulteriormente suffragata dal richiamo all'art. 73 l. fall., che, dettando per la vendita con riserva di proprietà una regolamentazione «del tutto identica» a quella contenuta nell'art. 1526 c.c., evidentemente, con riguardo a tale ultimo contratto, una differenziazione fra le due ipotesi (risoluzione per inadempimento del compratore e scioglimento a seguito di fallimento del compratore) non ha ritenuto ragionevole crearla.

³⁹ In tali termini Cass., 29.4.2015, n. 8687, in *www.ilcaso.it*.

⁴⁰ In tal senso ed in tali termini, fra le pronunce più recenti, cfr., Cass., 17.11.2016, n. 23429, in *Fall. e altre proc. concor.*, 1, 2017, p. 13 e ss., con nota di FERRO, *Insinuazione al passivo dei canoni scaduti nel contratto di leasing*; Cass., 9.2.2016, n. 2538, in *Nuova giur. civ. comm.*, 7-8, 2016, p. 1040 e ss., con nota di DI SANO, *Atipicità del contratto di leasing ed efficacia extra-concorsuale dell'art. 72 quater l. fall.*, in *Fall. e altre proc. concor.*, 4, 2016, p. 4040 e ss., con nota di FERRO, *Risoluzione del leasing anteriore al fallimento e inapplicabilità dell'art. 72 quater l. fall.*, in *Fall. e altre proc. concor.*, 7, 2016, p. 805 e ss., con nota di ZANICHELLI, *Leasing e risoluzione per inadempimento: quale disciplina (per ora)?*; Cass., 29.4.2015, n. 8687, in *www.ilcaso.it*, in cui i giudici, con un atteggiamento alquanto autoreferenziale, sottolineavano come «da venticinque anni questa Corte viene ripetendo» che, nel caso di risoluzione, il contratto di *leasing* traslativo sia soggetto «all'applicazione in via analogica delle disposizioni fissate dall'art. 1526 cod. civ.», non

5. Il punto da ultimo evidenziato, come prevedibile, ha di fatto rappresentato il fulcro delle ragioni per le quali la Terza Sezione della Cassazione, con ordinanza interlocutoria n. 5022 del 2020, ha rimesso all'esame delle Sezioni unite la questione della disciplina applicabile ai contratti di *leasing* finanziario risolti prima dell'entrata in vigore della normativa di cui alla l. n. 124 del 2017. I principali dubbi sollevati nell'ordinanza rispetto all'orientamento e alla soluzione, che si erano da ultimo affermati in merito, si sono non a caso incentrati sul precario elemento della prospettabilità di una applicazione analogica dell'art. 72 *quater* l. fall. ai suddetti contratti, tanto in relazione alla ammissibilità di applicazioni analogiche diacroniche di tale norma⁴¹ – ritenute di difficile compatibilità con i principi di certezza del diritto e di tutela dell'affidamento⁴² – quanto, nuovamente, con riguardo alla riscontrabilità di una *eadem ratio* fra i casi di risoluzione (anteriore al fallimento) di un contratto di *leasing* finanziario per inadempimento dell'utilizzatore e i casi di scioglimento dello stesso contratto in conseguenza del fallimento di tale soggetto.

Le Sezioni unite della Cassazione⁴³, a seguito di abbondanti premesse generali in tema di attività interpretativa del giudice, procedimento analogico ed efficacia nel tempo della legge, nonché successivamente ad un *excursus* sulla soluzione, prima giurisprudenziale e poi legislativa, fornita al problema dell'individuazione della disciplina della risoluzione del *leasing* finanziario e ad alcune puntualizzazioni in merito all'ambito di applicazione temporale della normativa di cui alla l. n. 124 del

riverberando su tale orientamento alcun effetto il nuovo art. 72 *quater* della legge fallimentare, introdotto dall'art. 59 del d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5».

⁴¹ Il profilo della ammissibilità di applicazioni analogiche diacroniche dell'art. 72 *quater* l. fall. è evidentemente collegato al fatto che la disposizione è stata introdotta nel nostro ordinamento dal d.lgs. n. 5 del 2006. I procedimenti di applicazione analogica c.d. diacronica ricorrerebbero, infatti, nelle ipotesi in cui la norma da applicare per analogia al caso concreto non sia ancora esistente al momento di realizzazione della fattispecie, bensì lo sia nel successivo momento della decisione. Sarebbe, dunque, a rigor di logica, prospettabile una siffatta peculiare applicazione analogica dell'art. 72 *quater* l. fall. con riguardo a quei contratti di locazione finanziaria in cui i presupposti per il verificarsi della risoluzione si siano realizzati prima dell'entrata in vigore di tale norma.

⁴² Il richiamo al principio di certezza del diritto è, peraltro, contenuto nell'ordinanza di remissione ancor prima dello svolgimento del quesito sulla legittimità di un procedimento di applicazione analogica diacronica, laddove si dubita della coerenza con il suddetto principio dell'interpretazione secondo cui la nuova disciplina della locazione finanziaria imporrebbe di abbandonare, anche per i fatti avvenuti prima della sua entrata in vigore, il tradizionale orientamento della bipartizione e dell'applicazione al *leasing* traslativo dell'art. 1526 c.c. Tale interpretazione, a dire della Corte, contrasterebbe con il fatto che la giurisprudenza di legittimità, concorrendo, nell'esercizio della sua funzione nomofilattica, alla formazione della norma da applicare, sarebbe tenuta a rispettare il principio comunitario della certezza del diritto, nei suoi tre corollari di principio di irretroattività delle norme, di principio di tutela del legittimo affidamento e di principio di salvaguardia dei diritti quesiti.

⁴³ Cass., S.U., 28.1.2021, n. 2061, in *Foro it.*, 3, 2021, c. 830 e ss. e in *Corr. giur.*, 4, 2021, p. 456 e ss. Fra i primi commenti, LA BATTAGLIA, PARDOLESI, *Sulla «reductio ad unum» del leasing finanziario: disciplina della risoluzione per inadempimento dell'utilizzatore e resilienza delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 3, 2021, c. 853 e ss.; R. CLARIZIA, *Le Sezioni Unite a difesa dell'applicabilità dell'art. 1526 c.c. ai contratti di locazione finanziaria stipulati prima dell'entrata in vigore della L. n. 124/2017*, in *Corr. giur.*, 4, 2021, p. 465 e ss.

2017⁴⁴, con la pronuncia n. 2061 del 2021, disattendendo il più recente orientamento giurisprudenziale, sono tornate ad affermare la necessità di applicare analogicamente l'art. 1526 c.c. alle ipotesi di risoluzione per inadempimento del *lessee* di contratti di *leasing* c.d. traslativo verificatasi prima dell'entrata in vigore della nuova normativa (e prima del fallimento dell'utilizzatore inadempiente).

La persistente, verrebbe da dire ultrattiva, inscindibilità del legame della locazione finanziaria con la vendita con riserva di proprietà, insita in tale ultima svolta "restauratrice" del Supremo Collegio, risulta, ad una lettura della sentenza, essenzialmente fondata ed argomentata sulla base della ritenuta non applicabilità in via analogica alla risoluzione del *leasing* finanziario dell'art. 72 *quater* l. fall. Una non applicabilità di tale disposizione sostenuta dalla sostanziale riproposizione delle ragioni addotte sul punto dalla giurisprudenza di legittimità precedente alla pronuncia n. 8980 del 2019 e, dunque, incentrata sulla «natura eccezionale» della norma fallimentare, a cui riconoscere valenza e portata circoscritta all'ambito endoconcorso, norma fallimentare che, mantenendo salda la distinzione strutturale tra la nozione di risoluzione contrattuale e quella di scioglimento del contratto conseguente a fallimento, non consentirebbe di ritenere sussistente quella *eadem ratio* richiesta ai fini del ricorso al procedimento analogico⁴⁵. Alla luce di tali considerazioni, a dire delle Sezioni unite, l'assunto per cui l'art. 72 *quater* l. fall. possa costituire la disposizione applicabile analogicamente ai contratti di *leasing* finanziario risolti *ante* l. n. 124 del 2017 troverebbe sostegno «non già in una interpretazione (storico) evolutiva delle norme implicate, bensì in una operazione disallineata rispetto ai criteri posti dall'art. 12 delle preleggi e avente carattere di dissimulata applicazione retroattiva della stessa legge n. 124 del 2017»⁴⁶. Si ricava, come diretta conseguenza delle esposte affermazioni e con un salto logico-argomentativo non trascurabile, che per i contratti di *leasing* traslativo non soggetti *ratione temporis* alla recente regolamentazione della locazione finanziaria rimanga valida la soluzione «adottata dal diritto vivente» di individuare nella disposizione di cui all'art. 1526 c.c. la disciplina analogicamente applicabile alla risoluzione per inadempimento dell'utilizzatore.

È nell'ultimo riferito passaggio che la sentenza mostra, ad avviso di chi scrive, un primo profilo di criticità. Si giunge in essa, infatti, a predicare l'applicazione analogica della norma sulla vendita con riserva di proprietà, motivando la stessa sostanzialmente sulla base della ritenuta non applicabilità dell'art. 72 *quater* l. fall. e non

⁴⁴ Puntualizzazioni volte ad individuare il *discrimen* fra le situazioni di applicabilità e di non applicabilità della nuova disciplina di cui alla l. n. 124 del 2017 nell'essersi verificati i presupposti della risoluzione del contratto di *leasing* prima o dopo l'entrata in vigore di tale disciplina.

⁴⁵ Le Sezioni unite sottolineano come la descritta configurazione giuridica dell'art. 72 *quater* l. fall. non abbia subito una «trasmutazione» con l'avvento della disciplina della locazione finanziaria di cui alla l. n. 124 del 2017, disciplina che, anzi, con l'espresso richiamo, contenuto nel comma 140 dell'art. 1, all'art. 72 *quater* l. fall. andrebbe a ribadire «la specialità della norma fallimentare e la sua portata circoscritta all'ambito di specifica pertinenza».

⁴⁶ Così, testualmente, Cass., S.U., 28.1.2021, n. 2061, cit.

vagliando, viceversa, il ricorrere dei presupposti atti a rendere possibile e legittima la stessa applicazione analogica dell'art. 1526 c.c. In altri termini, si ritiene che l'errore della Corte non sia stato quello di escludere l'applicabilità per analogia *legis* della norma fallimentare alla risoluzione del *leasing* finanziario, bensì quello di non soffermarsi a considerare la praticabilità dello stesso procedimento analogico con riguardo alla norma sulla risoluzione della vendita con riserva di proprietà, non potendosi all'uopo reputare sufficiente e del tutto calzante, come si spiegherà meglio a breve, il riferimento, contenuto nella pronuncia, ad una medesima *ratio* giustificativa «rispondente all'esigenza di dare equilibrato assetto alle posizioni delle parti»⁴⁷. La ammissibilità dell'applicazione analogica dell'art. 1526 c.c. alla risoluzione del *leasing* finanziario avrebbe dovuto, invece, essere valutata con più attento e più specifico riguardo al ricorrere dei presupposti legittimanti tale applicazione, senza far discendere quasi necessariamente la suddetta applicazione dalla esclusione della applicabilità della norma fallimentare e non rifiutando la possibilità che per entrambe le disposizioni si profili una situazione di non praticabilità del meccanismo analogico rispetto alle ipotesi di risoluzione della locazione finanziaria.

Che anche con riferimento all'art. 1526 c.c. non possano rinvenirsi le condizioni per il ricorso ad una analogia *legis* ai fini della regolamentazione dei contratti di *leasing* finanziario risolti *ante* l. n. 124 del 2017 si ritiene affermazione difficilmente discutibile, mancando anche rispetto a tale norma quella *eadem ratio* che legittima il ricorso al procedimento analogico e che, a dire della stessa Corte, implica «il riconoscimento a monte di un rapporto di similitudine fondato sulla comunanza di elementi (giuridici o fattuali), strutturali e/o funzionali, rilevanti»⁴⁸. Una siffatta comunanza con particolare riguardo agli elementi funzionali connotanti le due figure negoziali in discorso deve, infatti, essere esclusa, in quanto, come già rilevato nelle pagine precedenti⁴⁹, alla luce dell'analisi di alcuni decisivi tratti strutturali oggettivi e soggettivi della locazione finanziaria, emerge con chiarezza come le caratteristiche funzionali di tale contratto non possano in alcun modo essere rapportate ad una causa di scambio invece connotante la vendita con riserva di proprietà e comportante una indiscussa centralità dell'effetto traslativo nella definizione dei profili funzionali della fattispecie⁵⁰. Nel *leasing* finanziario, diversa-

⁴⁷ Cfr. pag. 32 della sentenza.

⁴⁸ In tali termini si esprime la Corte a pag. 18 delle Sezioni unite n. 2061 del 2021.

⁴⁹ Si veda *supra*, il par. 3 del presente scritto.

⁵⁰ È bene evidenziare come nella vendita con riserva di proprietà l'effetto traslativo, automaticamente conseguente al pagamento di tutte le rate, si ponga indiscutibilmente quale dato connotante la funzione del negozio, nonostante la particolare modalità di versamento del prezzo del bene. Si sottolinea, infatti, in dottrina come nei contratti "istituzionalmente" di scambio il finanziamento, realizzato attraverso un incremento temporaneo di risorse o l'acquisto di un bene prima che si raggiunga un risparmio adeguato, in quanto effetto riflesso e meramente eventuale, rimanga un elemento estraneo al profilo funzionale del contratto, si vedano, in merito, le osservazioni di LEO, *L'essenza del credito e il leasing finanziario*, in *Le operazioni bancarie*, a cura di Portale, Milano, 1978, II, p. 849; CORBO, *Autonomia privata e causa di finanziamento*, Milano, 1990, p. 179 e ss.

mente, a fronte di un carattere non determinante e non qualificante di tale effetto traslativo, che si pone come esito non necessitato e meramente eventuale⁵¹, la compiuta ricostruzione degli interessi dedotti nell'operazione da concedente ed utilizzatore e della loro sintesi ha portato, come visto, ad individuare in una autonoma causa di finanziamento il tratto funzionale distintivo caratterizzante la figura⁵².

La diversità dei profili causali e degli interessi oggettivizzati dalle parti nella locazione finanziaria e nella vendita con riserva di proprietà non può, a parere di scrive, non dispiegare delle conseguenti diversificazioni rispetto alle esigenze di tutela emergenti in ipotesi di risoluzione di fronte all'inadempimento del compratore, in un caso, e dell'utilizzatore, nell'altro. Diversificazioni che non vengono evidentemente affatto rilevate dalle Sezioni unite nella pronuncia in esame ove si fonda l'applicazione analogica dell'art. 1526 c.c. ai contratti di *leasing* finanziario risolti prima della vigenza della l. n. 124 del 2017 su un ritenuto parallelismo fra l'esigenza, alla base della disciplina della vendita con riserva di proprietà, di ovviare «agli abusi della prassi commerciale nei confronti della posizione del compratore» avendo di mira «l'equità contrattuale e il contrasto ad ogni indebita locupletazione ingenerata dall'autonomia privata» e l'esigenza, nel *leasing* traslativo, «di porre un limite al dispiegarsi dell'autonomia privata là dove questa venga, sovente, a determinare arricchimenti ingiustificati del concedente, il quale, seguendo lo schema da lui predisposto, si troverebbe a conseguire (...) più di quanto avrebbe avuto diritto di ottenere per il caso di regolare adempimento del contratto da parte dell'utilizzatore»⁵³. Un parallelismo, questo delineato dalla Corte, che, guardando principalmente alla posizione e al bisogno di tutela del soggetto inadempiente ed individuando in modo generico la *ratio* giustificativa del propugnato procedimento analogico nell'esigenza di dare equilibrato assetto alle posizioni delle parti, si mostra miope rispetto alla necessaria considerazione della diversità degli interessi e delle conseguenti diverse

⁵¹ Come ben evidenziato da Cass., 6.5.1986, n. 3023, in *Riv. it. leasing*, 1986, p. 141, l'effetto traslativo nel *leasing* finanziario si configura come «una mera eventualità» scaturente da una «diversa e nuova manifestazione di volontà negoziale», consistente nell'esercizio del diritto di opzione, e legata ad una serie di considerazioni di convenienza economica effettuabili esclusivamente alla scadenza del rapporto. Da rifiutare è, dunque, la prospettazione di quanti hanno rinvenuto nella locazione finanziaria una causa di scambio, ritenendo la stessa finalizzata al trasferimento della proprietà del bene all'utilizzatore in considerazione del carattere necessitato dell'esercizio dell'opzione derivante dall'esiguità dell'importo previsto per il riscatto. Il supposto carattere necessitato dell'effetto traslativo va, invece, escluso proprio alla luce del tipo di considerazioni normalmente orientanti la scelta in merito allo stesso, rispondenti ad una serie diversificata di valutazioni di convenienza economica, anche di impronta fiscale e contabile, in merito, cfr., IMBRENDA, *Leasing e lease back*, in *Tratt. dir. civ.*, cit., p. 64 e i riferimenti *ivi* contenuti.

⁵² Per la compiuta ricostruzione degli interessi oggettivizzati nel *leasing* finanziario dalle parti e per le argomentazioni alla base della stessa cfr. *supra*, il par. 3 del presente lavoro.

⁵³ Cfr. pag. 23 e 24 della pronuncia in esame.

esigenze di tutela dei soggetti che in tale vicenda subiscono l'inadempimento altrui, ovvero del venditore e del concedente⁵⁴.

Se, infatti, nell'ambito di un contratto di vendita, nel caso di risoluzione conseguente all'inadempimento dell'acquirente, il venditore tende a soddisfare il suo principale interesse con il recupero del bene, anche in considerazione della sua normale capacità ad una facile riallocazione della cosa in virtù della sua qualità professionale, evidentemente diversa, come in precedenza già sottolineato, è la posizione del concedente, il quale, in quanto soggetto finanziatore, spesso privo di una struttura organizzativa in grado di garantire una rapida ricollocazione sul mercato del bene, non riuscirà a soddisfare il proprio interesse contrattuale, fondamentalmente rivolto all'integrale rientro rispetto all'esborso finanziario sostenuto, con il semplice recupero della cosa. Nell'ottica di un contratto con causa di finanziamento tale recupero, giova ribadirlo, potrà eventualmente contribuire a rispondere alle concrete esigenze di tutela del *lessor* se e nei limiti in cui una effettiva riallocazione del bene consenta a tale soggetto di rientrare in tutto o in parte del finanziamento concesso. Ed è entro questi limiti, come visto, che gli stessi rischi di una indebita locupletazione del concedente – cui le Sezioni unite fanno riferimento nel delineare il descritto parallelismo – debbono correttamente essere individuati e delimitati, potendo allora tali rischi essere paventati non in virtù del mero riottenimento della *res* e del suo valore economico da parte del *lessor*, bensì soltanto in conseguenza di una sua effettiva ricollocazione sul mercato con connesso recupero totale o parziale delle somme da tale soggetto erogate. Ecco allora che quegli «arricchimenti ingiustificati del con-

⁵⁴ Si potrebbe, fra l'altro, anche sottolineare come con riguardo alla stessa posizione delle parti inadempienti nell'ambito delle due figure negoziali possano evidenziarsi alcuni profili di scostamento di non poco rilievo. Il riferimento è alla diversa qualificazione soggettiva del compratore, considerato nella regolamentazione dell'art. 1526 c.c. quale soggetto non professionale in una situazione di debolezza contrattuale rispetto alla controparte, e dell'utilizzatore, invece tradizionalmente parte professionalmente qualificata nell'ambito delle operazioni di *leasing* finanziario (per un approfondimento sul dibattito circa la necessità di considerare elemento caratterizzante della locazione finanziaria la natura imprenditoriale del *lessee* ovvero sulla possibilità che tale soggetto si ponga nella contrattazione quale consumatore mi sia consentito rinviare a VITI, *La locazione finanziaria tra tipicità legale e sottotipi*, cit., p. 105 e ss.). Tale elemento non può evidentemente essere trascurato nel momento in cui si pongano questioni attinenti alla necessità di tutela di equilibrati assetti contrattuali, come dimostrato dalla diversa vicenda della particolare regolamentazione nel *leasing* finanziario dei rischi in vario modo connessi al bene – riguardanti tanto profili afferenti alla consegna e a qualità, vizi o inidoneità dello stesso, quanto ad aspetti collegati al suo successivo perimento, deterioramento o ad eventuali danni da esso provocati – gravanti sull'utilizzatore. Sulla affermazione della validità di una siffatta regolamentazione, che ha ricevuto un ultimo avallo legislativo con la l. n. 124 del 2017 e a favore della quale si è espressa negli anni una consolidata giurisprudenza, si ritiene, infatti, non possa non aver influito la considerazione della natura imprenditoriale del *lessee* e del connesso profilo dell'assunzione del rischio professionale, tanto che la stessa regolamentazione viene a cadere, in virtù dell'applicazione delle normative sul credito al consumo e sulle clausole vessatorie, nel caso di c.d. *leasing* al consumo (con conseguente, a parere di chi scrive, non riconducibilità di tale ultima figura contrattuale al "tipo" locazione finanziaria). Per un più ampio sviluppo di queste ultime tematiche si rimanda a VITI, *La locazione finanziaria tra tipicità legale e sottotipi*, cit. p. 119 e ss.

cedente», che nella sentenza in esame vengono accostati agli «abusi della prassi commerciale nei confronti della posizione del compratore» per giustificare l'applicazione analogica dell'art. 1526 c.c. al *leasing* finanziario, tendono, invece, nella sostanza a discostarsi da questi ed una riprova di ciò è rinvenibile nelle stesse disposizioni disciplinanti la risoluzione della vendita con riserva di proprietà che, evidentemente incentrate su un effetto restitutorio strettamente collegato allo scioglimento di un contratto di scambio, mostrano tutta la propria inadeguatezza se rapportate alla locazione finanziaria e agli interessi nella stessa sintetizzati dalle parti⁵⁵. Se nel caso di risoluzione della vendita con riserva di proprietà, alla luce dei profili funzionali caratterizzanti la stessa, il patto con cui il venditore pretenda di trattenere le rate riscosse è considerato, a fronte della restituzione del bene, un abuso nei confronti del compratore a cui l'ordinamento ha risposto con la disciplina di cui all'art. 1526 c.c., non negli stessi esatti termini possono essere intesi, per le spiegate ragioni, gli ingiustificati arricchimenti del concedente, dovendosi allora negare il ricorrere di una *eadem ratio* fra le due situazioni anche rispetto al profilo delle esigenze di tutela della parte inadempiente, profilo su cui, invece, la Corte ha fondato la affermazione dell'applicabilità in via analogica della norma di cui all'art. 1526 c.c. ai contratti di *leasing* risolti *ante* l. n. 124 del 2017.

Fermo quanto sin qui rilevato, è bene sottolineare come la soluzione offerta dalla pronuncia in esame mostri un ulteriore non trascurabile profilo critico collegato all'opportunità – se non alla necessità – per il giudice di declinare la propria attività interpretativa anche in una direzione storico-evolutiva, così come affermato non solo dalla precedente Cassazione n. 8980 del 2019, ma anche dalle stesse ultime Sezioni Unite, le quali hanno ben precisato di non voler mettere affatto in discussione la forza propulsiva di un siffatto canone interpretativo, potendo esso «esplicare la propria modalità operativa anche nutrendosi del diritto positivo di più recente conio, successivo, dunque, all'assetto regolatorio pertinente alla disciplina da interpretare, gettando su di essa una luce retrospettiva capace di disvelarne senso e orientamento anche differenti da quelli sino ad allora affermati»⁵⁶. Ebbene, è proprio questa “indiscussa” forza propulsiva dell'attività interpretativa storico-evolutiva rimessa al giudice che, a parere di chi scrive, avrebbe dovuto indurre la Corte a rinvenire un ulteriore e definitivo riscontro alla non applicabilità in via analogica dell'art. 1526 c.c. alla risoluzione del *leasing* finanziario (e non – si badi bene – alla applicabilità ad essa dell'art. 72 *quater* l. fall., come sostenuto in precedenza da Cass. n. 8980 del 2019). Proprio il corretto esercizio di una attività ermeneutica evolutiva, infatti, non avrebbe potuto non mettere in evidenza non solo lo scostamento della regolamentazione di cui al comma 138 dell'art. 1 della l. n. 124 del 2017 dalla di-

⁵⁵ Per la inadeguatezza e la dissonanza della disciplina di cui all'art. 1526 c.c. rispetto alle concrete esigenze di tutela dei soggetti coinvolti nel *leasing* finanziario alla luce degli interessi dagli stessi dedotti nell'operazione cfr. *supra*, il par. 3 del presente scritto.

⁵⁶ In tali termini si esprime a pag. 16 Cass., S.U., 28.1.2021, n. 2061, cit.

disciplina di cui all'art. 1526 c.c., ma soprattutto l'incoerenza di tale ultima disciplina rispetto alla ricostruzione della locazione finanziaria, nella sua unitarietà e nei suoi profili causali, definitivamente affermatasi con la tipizzazione legislativa della figura⁵⁷. Di fronte alla incontrovertibile configurazione, ad opera del più recente intervento normativo, del *leasing* finanziario quale contratto con unica ed autonoma causa di finanziamento, munito di una correlata disciplina *ad hoc* della risoluzione per inadempimento del *lessee* coerente con una siffatta causa⁵⁸, la tanto enfatizzata interpretazione storico-evolutiva avrebbe dovuto allora ulteriormente segnare la strada della non applicabilità ai contratti non soggetti *ratione temporis* alla nuova normativa di una regolamentazione, quella di cui all'art. 1526 c.c., rispondente alle esigenze di tutela proprie di una fattispecie negoziale caratterizzata da tratti funzionali evidentemente diversi e segnatamente riconducibili ad una distinta causa di scambio.

Un tale rilievo è sfuggito alle ultime Sezioni unite che, nel ribadire la validità per i contratti di *leasing* "traslativo" risolti *ante* l. n. 124 del 2017 della soluzione della applicazione in via analogica dell'art. 1526 c.c., hanno anche di riflesso confermato la validità della bipartizione tipologica fra *leasing* di godimento e *leasing* traslativo, si badi bene, sempre solo per i contratti risolti *ante* l. n. 124 del 2017. Ne dovrebbe conseguire, in base al ragionamento e alle statuizioni della Corte, una diversa connotazione causale dei contratti di locazione finanziaria a seconda del momento in cui venga a verificarsi la risoluzione degli stessi: se risolti prima dell'entrata in vigore della nuova normativa del 2017, tali contratti sarebbero inquadrabili, alla luce di pretesi indici rivelatori, o come *leasing* con scopo di godimento o come *leasing* con funzione traslativa (due diversi profili causali correlati a due differenti discipline della risoluzione); se risolti dopo l'entrata in vigore della predetta normativa, gli stessi contratti sarebbero, invece, riconducibili ad un'unica figura di *leasing* finanziario con autonoma causa di finanziamento e con una coerente unitaria disciplina della risoluzione⁵⁹. Esiti questi che lasciano perplessi per la loro evidente contestabi-

⁵⁷ Una ricostruzione della locazione finanziaria, nella sua unitarietà e nei suoi autonomi tratti causali, in realtà solo confermata dalla tipizzazione legislativa della figura, in quanto già ricavabile da precedenti interventi normativi, che, come evidenziato *supra*, se pur settoriali e specifici, senza dubbio avevano sconfessato apertamente quella dicotomia tipologica del *leasing* finanziario che per decenni la giurisprudenza di legittimità si è ostinata ad affermare. Tra tali precedenti interventi normativi, oltre al richiamo all'art. 169 *bis* l. fall. e all'art. 1, comma 78, l. n. 208 del 2015, si è avuto modo di sottolineare l'importante rilievo da attribuirsi, nell'ambito della problematica indagata, proprio all'art. 72 *quater* l. fall., rilievo che, come meglio si spiegherà nell'ultimo paragrafo del presente lavoro, è tuttavia da intendersi in un senso ed in una direzione diversa da quella della applicazione analogica di tale norma alla risoluzione del *leasing* finanziario.

⁵⁸ Sul punto si rinvia a quanto rilevato *supra*, nel par. 3 del presente scritto.

⁵⁹ Gli esiti di non condivisibile confusione che le Sezioni unite raggiungono sul punto della qualificazione causale del *leasing* finanziario emergono, fra l'altro, espressamente da quanto dalla Corte affermato in merito agli effetti della tipizzazione della figura sulla bipartizione tipologica di creazione giurisprudenziale. Si legge, infatti, nelle pagine 24 e 25 della sentenza, che «L'art. 1, commi 136-140, della legge n. 124 del 2017 (...) ha fornito una tipizzazione legale del contratto di *leasing* finanziario in termini di fattispecie generale e

lità non solo con riguardo ai profili di regolamentazione della fattispecie, ma innanzitutto per le importanti questioni qualificatorie implicate che vedrebbero far dipendere la connotazione causale di un contratto da una mera circostanza temporale attinente allo svolgimento del rapporto.

Alla luce delle considerazioni svolte in queste pagine, si ritiene, dunque, di poter affermare che, se problemi sono stati rinvenuti in relazione alla ammissibilità dell'applicazione in via analogica dell'art. 72 *quater* l. fall. ai contratti di locazione finanziaria risolti *ante* l. n. 124 del 2017, ciò non potrà consentire, quasi come immediata conseguenza, di affermare la riferibilità a tali contratti della disciplina di cui all'art. 1526 c.c., in quanto una giusta considerazione dei presupposti del procedimento analogico, nonché una necessaria ed opportuna interpretazione storico-evolutiva del dato normativo debbono senza dubbio portare a sostenere la non applicabilità per analogia *legis* al *leasing* finanziario – nello specifico ai contratti non soggetti *ratione temporis* alla regolamentazione con cui si è tipizzata la figura – delle norme previste per la risoluzione della vendita con riserva di proprietà.

6. La rilevata incoerenza dell'applicazione dell'art. 1526 c.c. alla risoluzione del *leasing* finanziario innanzitutto e soprattutto rispetto al profilo della ricostruzione dei tratti funzionali della figura non è evidentemente sfuggita neanche alle stesse Sezioni unite, le quali, dopo aver affermato la necessità di mantenere come valida la distinzione fra *leasing* di godimento e *leasing* traslativo per i contratti risolti *ante* l. n. 124 del 2017 e di applicare, nella seconda ipotesi, a questi la disciplina della risoluzione della vendita con riserva di proprietà, hanno evidenziato tuttavia come la giurisprudenza di legittimità si sia resa conto dell'opportunità di dare «significativo rilievo alla causa di finanziamento che sostanzia (effettivamente, anche se non in modo del tutto assorbente) l'operazione commerciale in esame»⁶⁰ e come tale attri-

unitaria (facendo convergere in un unico tipo il *leasing* di godimento e quello traslativo: segnatamente in tal senso il comma 136), mutuandone morfologia e funzione da un radicato substrato economico-sociale». Ebbene, non può non sottolinearsi come da tali affermazioni tenda ad emergere una visione dei profili funzionali della locazione finanziaria distorta ed irrealistica, laddove inconcepibile è la statuizione che il legislatore abbia fatto “convergere” le due precedenti figure di *leasing* finanziario, diversamente connotate da un punto di vista funzionale, in un unico tipo di *leasing*, fra l'altro, munito di una causa autonoma e ancora diversa. È chiaro che non di una confluenza, atta a richiamare una sorta di continuità fra situazioni che si susseguono, si possa parlare, bensì di un rifiuto, di una sconfessione di quella distinzione di creazione pretoria ad opera di un legislatore che è giunto, invece, a tipizzare il *leasing* finanziario nell'unica ed unitaria figura che dello stesso sia mai esistita in base ad una prassi economico-sociale che mai ha distinto fra le due supposte tipologie di locazione finanziaria e che, come dalla Corte rilevato, ha rappresentato il substrato su cui l'attuale disciplina del contratto è stata plasmata.

⁶⁰ Cfr. pag. 32 della pronuncia. Non può non evidenziarsi come l'affermazione per cui la causa di finanziamento sostanzia il *leasing* finanziario «effettivamente, anche se non in modo del tutto assorbente» dimostri la perdurante difficoltà pretoria ad inquadrare a pieno la locazione finanziaria quale contratto con causa di finanziamento e la tendenza, ancora non superata, ad intravedere nella stessa elementi funzionali rapportabili ad altre figure negoziali.

buzione di rilievo sia stata sostanzialmente veicolata attraverso gli strumenti dell'equo compenso e del risarcimento del danno di cui all'art. 1526 c.c.

Quello che, a parere di chi scrive, la Corte ha, in tali passaggi, sottolineato è il sostanziale compimento da parte della giurisprudenza di legittimità di una vera e propria operazione di recupero di coerenza fra la concreta disciplina della risoluzione del *leasing* finanziario derivante dall'applicazione dell'art. 1526 c.c. e l'assetto funzionale connotante tale contratto, con specifico riguardo all'interesse in esso dedotto dal concedente⁶¹, operazione in cui destinatario del compito di giungere ad una siffatta riconciliazione è risultato essere in particolare lo strumento del risarcimento del danno, sia nell'ipotesi in cui lo stesso sia stato oggetto di determinazione anticipata attraverso una clausola penale, sia nel caso in cui una siffatta pattuizione non sia stata prevista. A dire del Collegio, infatti, così come affermato dal precedente "diritto vivente", il risarcimento del danno *ex art.* 1526 c.c. dovrà trovare «specifica considerazione» e dovrà essere «tale da porre il concedente medesimo nella stessa situazione in cui si sarebbe trovato se l'utilizzatore avesse esattamente adempiuto»⁶², con la conseguenza che rispetto alle utilità che il *lessor* avrebbe tratto dal contratto, qualora finalizzato con il riscatto del bene, il *lessee* avrà diritto di «ripetere l'eventuale maggior valore che dalla vendita del bene (a prezzo di mercato) ricavi il concedente»⁶³. Soluzione questa che, secondo la Corte, dovrà rappresentare il punto di riferimento anche per il giudice che, di fronte ad una clausola penale manifestamente eccessiva, come quella di acquisizione dei canoni riscossi e mantenimento della proprietà del bene (c.d. clausola di confisca), sarà chiamato ad una riduzione, anche d'ufficio, di tale clausola ai sensi dell'art. 1526, secondo comma, c.c.⁶⁴.

In una siffatta impostazione e particolare ricostruzione della concreta disciplina della risoluzione del *leasing* finanziario risulta, ad avviso di chi scrive, evidente la forzatura nel voler girare il senso e la portata di una norma, quella di cui all'art. 1526 c.c., su cui il Supremo Collegio ha in definitiva agito in una direzione correttiva-modificativa rispetto alla reale ed effettiva *ratio* delle disposizioni in essa contenute. Una *ratio* chiaramente incentrata sull'effetto restitutorio tipico della risoluzione dei

⁶¹ In tale passaggio della pronuncia correttamente si coglie come la declinazione della concreta causa di finanziamento della locazione finanziaria sia il riconoscimento in capo al concedente dell'interesse ad ottenere, in caso di risoluzione per inadempimento dell'utilizzatore, l'integrale restituzione della somma erogata a titolo di finanziamento, con gli interessi, il rimborso delle spese e gli utili dell'operazione, e non quello di ottenere la restituzione dell'immobile, che normalmente non rientrava fra i beni di sua proprietà alla data della conclusione del contratto, né costituiva oggetto della sua attività commerciale.

⁶² Cfr. pag. 33 della sentenza.

⁶³ Cfr. pag. 35 della sentenza.

⁶⁴ A dire delle Sezioni unite la disposizione di cui al secondo comma dell'art. 1526 c.c. rappresenterebbe lo spettro filtrante attraverso cui la giurisprudenza di legittimità ha potuto negli anni selezionare, tra le clausole standardizzate dall'autonomia privata, quelle meritevoli o meno di tutela alla luce della *ratio* di evitare indebite locupletazioni in capo al concedente, reputando coerente con tale previsione la penale inserita nel contratto di *leasing* traslativo «prevedente l'acquisizione dei canoni riscossi con detrazione, dalle somme dovute al concedente, dell'importo ricavato dalla futura vendita del bene restituito».

contratti con causa di scambio e rispondente principalmente alla finalità di assicurare al compratore, a fronte della restituzione del bene, il recupero delle rate pagate, salvo il riconoscimento in favore del venditore di un equo compenso per il naturale deperimento conseguito all'uso della cosa e – come testualmente previsto nella Relazione al Codice Civile – solo «dove ne sia il caso» anche del risarcimento del danno⁶⁵. Negli esiti a cui la giurisprudenza di legittimità è giunta nell'applicare l'art. 1526 c.c. al *leasing* finanziario sembra innegabile lo stravolgimento del senso originario della disciplina contenuta in tale norma: il risarcimento del danno da strumento solo eventuale («dove ne sia il caso»), volto a non trascurare possibili ragioni del venditore, ulteriori rispetto al suo principale interesse, in caso di risoluzione, alla restituzione del bene, ma pur sempre legate ad una considerazione di tale bene quale oggetto di scambio e quale oggetto della attività commerciale della parte venditrice⁶⁶, diviene lo strumento imprescindibile su cui viene ad imperniarsi la disciplina della risoluzione della locazione finanziaria, fondandosi proprio su di esso – e non certo sull'effetto restitutorio centrale, invece, nella *ratio* della norma applicata – l'allineamento di tale disciplina alla causa di finanziamento connotante la figura ed il soddisfacimento del principale interesse del concedente di ottenere, in caso di risoluzione, il recupero del capitale investito.

La riprova dell'evidenziata forzatura esercitata sull'operatività dell'art. 1526 c.c., al fine di adattare le disposizioni in esso contenute alla regolamentazione di una situazione in realtà alle stesse non rapportabile alla luce di sostanziali differenze funzionali, emerge chiaramente da quanto testualmente si legge, nelle pagine conclusive della pronuncia delle Sezioni unite, in merito alla concreta operazione che il giudice dovrà compiere applicando la disciplina della risoluzione della vendita con riserva di proprietà alle ipotesi di *leasing* (traslativo) a cui *ratione temporis* non può riferirsi la normativa di cui alla l. n. 124 del 2017: «occorrerà che il giudice (...) ferma restando l'irripetibilità dei canoni già riscossi, provveda ad una stima del bene ai valori di mercato al momento della restituzione dello stesso (...) e, quindi, detragga il valore stimato dalle somme dovute al concedente, con eventuale residuo da attribuire»⁶⁷ all'utilizzatore. Si reputa innegabile il paradosso a cui la giurisprudenza di legittimità perviene nel momento in cui giunge ad applicare alla risoluzione del *leasing* finanziario una disciplina concretamente rapportabile a quella tipizzata nell'art. 72 *quater* l. fall.⁶⁸ – articolo di cui viene, tuttavia, rifiutata una applicazione

⁶⁵ Cfr. pag. 149 della Relazione al Codice Civile.

⁶⁶ Si potrà, ad esempio, pensare che in caso di restituzione di un bene danneggiato a tal punto da non poter essere rivenduto il venditore abbia diritto ad un risarcimento del danno rapportato a quello che avrebbe dovuto essere il valore della cosa detratto il suo naturale deperimento, a sua volta preso in considerazione nell'ambito dell'equo compenso. Un siffatto risarcimento del danno non spetterà, viceversa, per il solo fatto che il bene, restituito integro, non sia stato rivenduto dalla parte non inadempiente.

⁶⁷ Cfr. pag. 36 della sentenza.

⁶⁸ Una «rapportabilità» alla regolamentazione settoriale di cui all'art. 72 *quater* l. fall., nonché alla successiva disciplina di tipizzazione generale della locazione finanziaria di cui al comma 138 dell'art. 1 della l. n. 124

analogica alla suddetta situazione – veicolando l'individuazione e la definizione di tale concreta regolamentazione attraverso l'applicazione analogica di una norma, l'art. 1526 c.c., che, alla luce delle riflessioni svolte, deve, invece, ritenersi orientata e proiettata verso risultati regolativi sostanzialmente diversi. Un paradosso che risulta lampante laddove si ponga attenzione alla discrasia, evidente ad una prima lettura, fra l'approdo della Corte a quella «irripetibilità dei canoni già riscossi» al momento della risoluzione del *leasing* finanziario, a cui affiancare il procedimento di stima del bene restituito dall'utilizzatore con deduzione del suo valore dalle somme dovute al concedente, e la previsione, in senso opposto, del dovere del venditore di «restituire le rate riscosse», innegabilmente centrale nella costruzione della disciplina della risoluzione della vendita con riserva di proprietà che si pretende di applicare al c.d. *leasing* traslativo.

7. Le rilevate incoerenze e forzature e gli evidenziati paradossi avrebbero potuto essere evitati, anche senza incappare nelle potenziali criticità legate ad una applicazione analogica dell'art. 72 *quater* l. fall., rinvenendo la possibilità di una soddisfacente soluzione alla problematica della definizione di una disciplina per i contratti di *leasing* finanziario risolti *ante* l. n. 124 del 2017 non nella individuazione di una regolamentazione particolare da riferire analogicamente, bensì nella applicazione a tali contratti della disciplina generale di cui agli artt. 1453 e ss. del codice civile, purché sorretta da una giusta considerazione dell'interesse contrattuale della parte non inadempiente (il *lessor*) e da una conseguente esatta opera di quantificazione del danno da tale soggetto subito a causa dell'inadempimento dell'utilizzatore e della risoluzione del negozio. Ferma, all'uopo, l'esclusione della retroattività dell'effetto risolutivo discendente da un corretto inquadramento della locazione finanziaria quale contratto di durata⁶⁹, basterebbe, infatti, procedere ad una individuazione e quantificazione del danno subito dal concedente diretta, coerentemente con la causa finanziaria del *leasing*, a consentire allo stesso di conseguire il rimborso di tutto il credito residuo (risultato che sarebbe stato ottenuto se il contratto avesse avuto regolare esecuzione) con deduzione, al fine di evitare ingiuste locupletazioni della parte non inadempiente, di quanto effettivamente ricavato dalla vendita o dalla di-

del 2017, che non è, tuttavia, da intendersi come piena "coincidenza" con tale regolamentazione, visto il riferimento nella pronuncia delle Sezioni unite alla «stima» del bene e non, come invece previsto nella norma fallimentare, alla «somma ricavata dalla vendita o da altra collocazione del bene stesso».

⁶⁹ In merito all'inquadramento del *leasing* finanziario tra i contratti di durata, cfr., in dottrina, fra gli altri, LA TORRE, *Manuale della locazione finanziaria*, Milano, 2002, p. 104, il quale reputa a carattere continuativo la prestazione in capo al concedente, consistente nel permettere all'utilizzatore la fruizione del finanziamento erogato; VALENTINO, *Leasing e risoluzione per inadempimento*, Napoli, 1990, p. 48 e ss., secondo cui la prestazione del concedente, non limitata alla consegna del bene bensì rappresentata dalla più complessa attività di «permettere il godimento del bene», è per sua natura atto continuativo e non istantaneo.

versa allocazione sul mercato del bene recuperato⁷⁰ e, se necessario, con riduzione *ex* art. 1384 c.c. della clausola penale risultante manifestamente eccessiva⁷¹.

Una soluzione, quella appena indicata, che consentirebbe di evitare la persistente prospettazione di improponibili bipartizioni all'interno della locazione finanziaria e l'applicazione ad essa, nelle ipotesi di c.d. *leasing* traslativo, della non conferente regolamentazione di cui all'art. 1526 c.c., riuscendo a non snaturare l'unitaria causa di finanziamento della figura e ad evitare, al tempo stesso, gli illustrati rischi di ingiusto arricchimento del concedente nei limiti in cui gli stessi possano effettivamente presentarsi. Ancora, una soluzione che, ponendosi in linea con le menzionate discipline dettate per il caso di scioglimento della locazione finanziaria in seguito al fallimento dell'utilizzatore (art. 72 *quater* l. fall.) e al concordato preventivo (art. 169 *bis* l. fall.) e per il caso di risoluzione per inadempimento dell'utilizzatore del c.d. *leasing* abitativo (art. 1, comma 78, l. 28 dicembre 2015, n. 208), ma soprattutto con la soluzione definitivamente accolta nella l. n. 124 del 2017 per l'ormai tipizzato contratto di locazione finanziaria⁷², sarebbe non solo in grado di rispondere ad esigenze di coerenza ed organicità dell'ordinamento, ma si calerebbe anche a pieno entro la logica di una opportuna – e tanto auspicata dalle medesime Sezioni unite – interpretazione storico-evolutiva del dato normativo.

Due le puntualizzazioni che si ritiene necessario svolgere conclusivamente in relazione alla prospettazione avanzata in queste ultime pagine. La prima attiene al ruolo da riconoscere, entro tale prospettazione, all'art. 72 *quater* l. fall. ed impone di chiarire come il richiamo effettuato alla suddetta previsione – come anche alle altre norme su indicate – rilevi non ai fini di una sua possibile applicazione analogica ai casi di non applicabilità della disciplina di cui alla l. n. 124 del 2017, bensì evidentemente nei diversi termini di una valorizzazione della valenza sistematica della disposizione nell'ambito di una corretta attività interpretativa del giudice. La

⁷⁰ Soluzione già prospettata in VITI, *La locazione finanziaria tra tipicità legale e sottotipi*, cit., p. 92 e ss.

⁷¹ Anche sul punto della riduzione dell'eventuale clausola penale manifestamente eccessiva, infatti, non necessario e non opportuno, vista la rilevata incoerenza della relativa disciplina rispetto alle caratteristiche della locazione finanziaria, risulta, a parere di scrive, il richiamo, contenuto nella pronuncia delle Sezioni unite in esame, al comma 2 dell'art. 1526 c.c., potendosi all'uopo fare applicazione della norma generale, in tema di riduzione equitativa della penale ad opera del giudice, di cui all'art. 1384 c.c. Quello della riducibilità della penale ai sensi dell'art. 1384 c.c. è stato, infatti, ritenuto in dottrina rimedio idoneo ad evitare inique locupletazioni del concedente potenzialmente derivanti da quelle clausole contrattuali volte a consentire a tale soggetto, in caso di risoluzione per inadempimento del *lessee*, l'ottenimento di tutti i canoni ad esso spettanti, oltre alla restituzione del bene, cfr. DE NOVA, nota a Cass., 26.11.1987, n. 8766, in *Giur.it.*, 1988, I, 1, p. 555; R. CLARIZIA, «Nuova» figura di *leasing* e vecchi problemi: l'applicabilità dell'art. 1526 c.c., cit., p. 741. In giurisprudenza, fra le altre, cfr., Trib. Milano, 29.1.1987, in *Riv. it. leasing*, 1987, p. 464; Trib. Perugia, 9.1.1987, in *Foro pad.*, 1988, I, p. 347; Trib. Bologna, 23.6.1986, in *Riv. it. leasing*, 1987, p. 210.

⁷² Si ribadisce come la direzione seguita dal nostro legislatore nelle diverse disposizioni richiamate si ponga sulla stessa linea del criterio adottato nella Convenzione *Unidroit* sul *leasing* internazionale (art. 13), ove si prevede che, in caso di risoluzione del contratto di *leasing* per inadempimento dell'utilizzatore, il concedente non possa pretendere più di quanto avrebbe conseguito se l'utilizzatore avesse adempiuto correttamente alle sue obbligazioni.

seconda puntualizzazione riguarda, invece, il meccanismo deduttivo che, entro la proposta soluzione, è volto a garantire che l'eccedenza rispetto all'integrale recupero dell'investimento del *lessor* venga restituita al *lessee*. È bene sottolineare come tale meccanismo deduttivo debba essere ancorato a quanto ricavato dalla effettiva ricollocazione del bene e non alla semplice stima del valore della cosa. È in tale direzione, infatti, che – come in precedenza evidenziato – induce ad orientarsi una giusta considerazione dell'interesse dedotto nell'operazione dal concedente, il quale, in quanto soggetto finanziatore sostanzialmente disinteressato al bene, potrà ritenersi soddisfatto solo se e nei limiti in cui il recupero di tale bene gli consenta, attraverso la sua riallocazione sul mercato, di rientrare rispetto all'esborso finanziario sostenuto. Se chiaramente in tal senso si è mosso il legislatore, che nella disciplina di cui al comma 138 dell'art. 1 della l. n. 124 del 2017 ha espressamente fatto riferimento alla vendita o alla diversa collocazione della cosa e al ricavo conseguitone, anche su quest'ultimo punto, invece, si sono mostrate confuse le Sezioni unite n. 2061 del 2021. Nella loro "particolare" interpretazione ed applicazione dell'art. 1526 c.c. al *leasing* finanziario (c.d. traslativo), infatti, le stesse hanno fatto seguire ad affermazioni secondo cui interesse del concedente non è «quello di ottenere la restituzione dell'immobile, che normalmente non rientrava fra i beni di sua proprietà alla data della conclusione del contratto, né costituiva oggetto della sua attività commerciale»⁷³ e per cui «ove la vendita o altra allocazione sul mercato del bene (...) non avvenga, non vi può essere in concreto una locupletazione che eluda il limite ai vantaggi perseguiti e legittimamente conseguibili dal concedente in forza del contratto»⁷⁴ la conclusione, non proprio logicamente conciliabile, che, in mancanza di riallocazione della cosa oggetto di *leasing*, ad essere detratto dalle somme dovute al *lessor* sarà il valore derivato da una «stima del bene» compiuta «al momento della restituzione dello stesso»⁷⁵. Un ulteriore profilo, quest'ultimo, di criticità di una pronuncia che rispetto a diversi rilevanti aspetti ha mostrato la persistente difficoltà della giurisprudenza di legittimità nel riuscire a rispondere adeguatamente a perduranti esigenze di coerenza nella soluzione delle problematiche indagate, esigenze allo stato attuale ancora evidentemente insoddisfatte.

⁷³ Cfr. pag. 32 della pronuncia delle Sezioni unite n. 2061 del 2021.

⁷⁴ Cfr. pag. 35 della sentenza.

⁷⁵ Cfr. pag. 36 della sentenza.

DN

Diritto del notariato

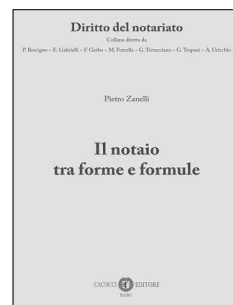
Collana diretta da

P. Rescigno – E. Gabrielli – F. Gerbo – M. Forcella –
G. Terracciano – L. Colizzi – A. Uricchio

1) Il notaio tra forme e formule

Zanelli Pietro

ISBN 9791259650290 – Pagine 206 – Prezzo € 20,00



Il presente volume ripercorre la trasformazione che il notaio ha avuto negli ultimi decenni, con occhio critico e proiettato verso il futuro. La figura del notaio ha radici molto risalenti nel nostro ordinamento: negli anni cambiano forme del diritto e formule del linguaggio notarile, ma costante resta il ruolo di guida e supporto ai cittadini che si rivolgono a questa figura.

Alla crisi economica si è aggiunta ora la pandemia. Quest'ultima ha avuto degli effetti impattanti sulla mobilità delle persone e sugli scambi economici: dalle trattative al contratto. Il notaio, di fronte a questi continui cambiamenti, deve restare al passo con i tempi continuando a garantire, al contempo, la sicurezza dei rapporti giuridici e l'affidabilità del proprio operato.

Nel corso di questa trattazione si analizzerà una serie di nuovi strumenti e agevolazioni giuridiche introdotte a supporto dei cittadini e delle piccole e medie imprese, per fronteggiare e superare l'attuale momento storico.

2) Il contratto di credito su pegno

Contributo allo studio del digital banking

de Gioia Carabellese Pierre

ISBN 9791259650801 – Pagine 276 – Prezzo € 28,00



Il contratto di credito su pegno e il “Monte” costituiscono, rispettivamente, il terreno di approfondimento del presente lavoro. Attraverso le lenti della “teoria dell’operazione economica”, la ricerca mette in luce la modernità dell’istituto in esame: il “credito su stima”, nell’alveo più generale delle securities (in particolare il pegno nella sua forma più avanzata, quella rotativa e bancaria). Ne emergono la complessità e solidità causale della fattispecie, la quale ultima deriva da un testo normativo rimasto sostanzialmente inalterato in Italia, malgrado una banking regulation che, negli ultimi due decenni, è stata particolarmente ridondante, e non sempre calibrata in tema di nuove garanzie.

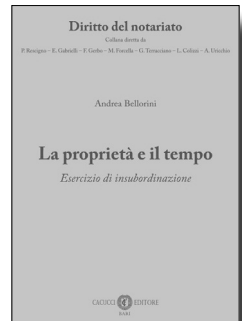
Il più “povero” dei banking contracts è analizzato altresì alla luce del suo corrispondente del common law anglo-gallese, il pawn agreement. Da ultimo, il volume dimostra come, nella più recente spinta alla modernizzazione del settore bancario, anche il credito su pegno si presti a forme più evolute di circolazione ed enforcement, quali appunto la polizza e l’asta digitali.

3) La proprietà e il tempo

Esercizio di insubordinazione

Bellorini Andrea

ISBN 9791259650818 – Pagine 116 – Prezzo € 15,00



Il volume affronta i rapporti fra la proprietà e il tempo con un approccio multiculturale al diritto.

Si ritiene in questa sede che possa coesistere una visione dell’istituto – ma forse più in generale dell’ordinamento giuridico nel suo complesso – alternativa a quella tradizionale e che asseconi la realtà economico-sociale contemporanea, ne accetti il dinamismo e talvolta le contraddizioni.

In questo spazio paradossale si sperimentano assiomi, non migliori né peggiori, ma soltanto diversi, in una prospettiva di reciproco confronto.

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.	
	PIVA (SE NECESSITA FATTURA)		CODICE FISCALE (OBBLIGATORIO)	
	TEL.		FAX	
	INDIRIZZO D'ISPEDIZIONE (se diverso)	COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)		
INDIRIZZO		N. CIVICO		
CAP		LOCALITÀ	PROV.	
ABBONAMENTI	ITALIA		ESTERO	
	<input type="checkbox"/> abbonamento annuale 2022	<input type="checkbox"/> abbonamento in versione PDF	<input type="checkbox"/> abbonamento annuale 2022	<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. 080/5214220, 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. 080/5214220, Fax 080/5234777, e-mail: riviste@cacuccieditore.it

Egregio abbonato, ai sensi dell'art. 13 del Regolamento UE 2016/679, 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, per fini amministrativi, contabili commerciali e promozionali. Ai sensi degli art. 15-22 del citato Regolamento, Lei ha diritto di conoscere, aggiornare, rettificare, cancellare i Suoi dati, nonché di esercitare tutti i diritti previsti, mediante comunicazione scritta a Cacucci Editore Sas, Via Nicolai, 39 - 70122 Bari.

DATA

FIRMA



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



ISBN 979-12-5965-091-7



9 791259 650917

ISSN 1128-2142



9 770112 821428

€ 38,00