

rivista di diritto privato

2 anno XXVI - aprile/giugno 2021

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 Furgiuele, Andrea Fusaro, Gregorio Gitti, Carlo Ibba, Raffaele Lener, 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, 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

2021

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 2/2021

Saggi e pareri

| | |
|--|-----|
| Rimedi sinallagmatici e concorso dei creditori (Una comparazione italo –uruguayana) <i>di Enrico Gabrielli</i> | 167 |
| Il contratto d'accertamento: un paradosso <i>di Massimo Franzoni</i> | 183 |
| La prescrizione dell'azione di ripetizione dell'indebito ed i versamenti in conto corrente: l'onere dell'allegazione e l'onere della prova <i>di Enrico Minervini</i> | 201 |
| Positivismo giuridico e calcolabilità del diritto <i>di Francesco Felis</i> | 221 |
| Liberalità a legittimari e a non legittimari: interferenze fra collazione e riduzione? <i>di Andrea Bellorini</i> | 245 |
| Distanziamento sociale, bigenitorialità e bilanciamento dei diritti <i>di Ludovica Porzio</i> | 255 |
| Esdebitazione e regole di comportamento <i>di Francesco Rende</i> | 281 |
| È dunque nullo il mutuo fondiario "eccedentario" erogato per un valore superiore all'80% di quello dell'immobile ipotecato: alcune riflessioni in tema di responsabilità notarile <i>di Silvia Princivalle</i> | 303 |

Saggi e pareri

Rimedi sinallagmatici e concorso dei creditori (Una comparazione italo-uruguayana)*

di Enrico Gabrielli**

Abstract. The work deals in a comparative perspective the remedies to protect the contractual synallagma in bankruptcy cases in Italian and Uruguayan law

SOMMARIO: 1. La regola generale di tutela del sinallagma in entrambi i sistemi giuridici. – 2. Fondamento, limiti ed effetti della regola generale nel diritto italiano. – 3. Gli effetti sul contratto e sul rapporto nel diritto italiano. – 4. La sospensione del contratto come regola generale di tutela del sinallagma nel diritto concorsuale. Diritto italiano e diritto uruguayano a confronto. – 5. La risoluzione del contratto pendente e l’opponibilità del titolo alla massa dei creditori.

1. Il nuovo diritto della crisi d’impresa italiano d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (“Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza”) assegna al potere di autonomia privata e al contratto un ruolo centrale nella gestione della fase patologica dell’impresa e ne connota e colora la funzione secondo un nuovo paradigma: il fallimento – da strumento per realizzare, seppure a determinate condizioni di premialità soggettiva dell’imprenditore decotto, la soddisfazione dei creditori del concorso – a strumento per la conservazione del valore commerciale ed economico dell’impresa.

Un mutamento che si pone in linea con la filosofia di fondo della riforma, che può sintetizzarsi nella tendenza a favorire, nella misura del possibile, forme di ristrutturazione o comunque di risanamento dell’impresa in crisi prima che essa divenga irreversibilmente insolvente, così che si possa perseguire e conseguire l’obiettivo di salvaguardare il valore residuo dell’azienda, piuttosto che vanificarlo e disperderlo in una logica meramente di liquidazione dei suoi beni, consentendo al tempo stesso all’imprenditore di rimettersi in gioco e di cogliere eventuali ulteriori *chances* anche e proprio in virtù della negativa esperienza fatta.

L’autonomia privata, il contratto, il negozio appaiono come schemi e modelli, per sostenere una diversa ideologia della patologia dell’impresa che vede nella “negozialità” il mezzo per raggiungere quel fine¹.

* Relazione svolta presso la *Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo* il 24 settembre 2019. Destinato agli *Studi in onore di Antonio Flamini*.

** Professore Ordinario di Diritto civile nella Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Roma “Tor Vergata”.

¹ RORDORF, *Prime osservazioni sul codice della crisi e dell’insolvenza*, in *I Contratti*, 2019, 129 ss.; LO CASCIO, *Il Codice della crisi di impresa e dell’insolvenza: considerazioni a prima lettura*, in *Fall.*, 2019, 263; E. GABRIELLI, *Tradizione e novità nel nuovo Codice della crisi d’impresa le modulazioni dell’autonomia privata e l’“apparizione” del negozio giuridico*, in *Giur. it.*, 2019, Supplemento;

In questo panorama si colloca anche la regolazione dei rapporti pendenti, vale a dire la disciplina dei contratti in corso di esecuzione al momento della dichiarazione di insolvenza².

Nella medesima linea di fondo, mi pare che si attesti il diritto uruguayano, per il quale, come osserva Carlos De Cores, secondo la logica del concorso, la sua finalità tradizionale implica l'esclusione dal mercato del debitore insolvente, generalmente identificato con un frodatore, e la liquidazione dei suoi beni per pagare i creditori.

In tale prospettiva, l'unico epilogo possibile per i contratti bilaterali pendenti in attesa di adempimento era la risoluzione, quindi il curatore fallimentare in linea di principio non poteva adempierli, dato che la sua funzione era esclusivamente quella di accertare il passivo (ovvero, obbligare i contraenti *in bonis* del fallito all'adempimento dei contratti in corso di esecuzione) e di effettuare i pagamenti, in moneta concorsuale e paritaria, in favore di tutti i creditori salvo quelli di loro muniti di cause di prelazione, dopo aver effettuato la liquidazione di tutti i beni del fallito.

La legge concorsuale uruguayana n. 18.387 ha, però, parzialmente modificato tale scopo, incorporando una nuova prospettiva: la conservazione dell'occupazione, dell'attività economica e una migliore regolamentazione per i creditori stessi contemplando la possibilità di conservazione dell'impresa. Questi sono gli interessi che – al posto della liquidazione dei beni del fallito – la legge concorsuale uruguayana oggi ha presente come obiettivo nella regolazione del fallimento³.

La prosecuzione del rapporto obbligatorio pendente, mediante l'adempimento delle prestazioni rimaste ineseguite, nel pensiero di Carlos De Cores, si giustifica quindi in entrambe le leggi concorsuali (italiana e uruguayana) unicamente in funzione di una migliore realizzazione dei beni e delle attività destinate alla soddisfazione dei creditori.

Il primario interesse dell'azienda in crisi, secondo Carlos De Cores, implica anche una subordinazione assoluta dell'interesse del contraente *in bonis*, e tale circostanza si presenta particolarmente problematica nei contratti bilaterali: è la cosiddetta “*cherry picking*” – che risponde alla medesima legge di fondo sia del diritto italiano, sia uruguayano, secondo l'autore – per cui il curatore riceverà l'adempimento in moneta corrente, ma pagherà in moneta fallimentare⁴.

L'idea della possibile riorganizzazione dell'azienda, la continuazione della sua attività è un oggetto che si è ampiamente esteso attraverso lo strumento “sinallagmatico” che ha permesso il proseguimento della vita dell'impresa (anche nel diritto

² Sul tema mi permetto di rinviare *amplius* a E. GABRIELLI, *La disciplina generale dei rapporti pendenti*, in *Tratt. di dir. fall.*, dir da F. VASSALLI – F. LUISO – E. GABRIELLI, Torino, 2014, 121 ss.; ID., *La disciplina generale dei contratti in corso di esecuzione nel fallimento*, in *Riv. dir. comm.*, 2011, I, 589.

³ DE CORES, *Remedios sinalagmaticos y concurso de acreedores*, in *Revista de Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil*, 2016, 82 ss.; sopra al tema cfr., anche, CASANOVA TORRADO, Miguel, *Función jurídica del concurso: conservación de la empresa o protección de acreedores?* in MARTINEZ BLANCO (coord.) *Estudios de derecho concursal uruguayo*, vol. II, Montevideo, 2015, 25 ss.

⁴ DE CORES, *Remedios sinalagmaticos y concurso de acreedores*, cit., 83.

italiano, sempre secondo Carlos De Cores) mediante lo strumento della continuazione dell'esercizio dell'attività durante la liquidazione giudiziaria.

In entrambi gli ordinamenti risulta rilevante il fatto che al curatore siano stati attribuiti diversificati e vari poteri, aventi la natura propria del diritto potestativo, relativi espressamente alla regolazione dei rapporti pendenti (come accade nel diritto spagnolo con la legge concorsuale del 2003, che regola il tema nell'art. 61)⁵, che si configura come un diritto potestativo.

In effetti, appare ovvio che se si pretende la continuazione dell'impresa, al fine del superamento del suo momento critico, la legge vuole che risulti possibile la continuazione almeno di determinate obbligazioni preesistenti; così come anche il potere di rinunciare a quei rapporti che, nella nuova situazione dell'impresa che affronta i problemi della gestione di questioni che attengono alla sua esistenza in quanto tale, risultino particolarmente onerosi o sconvenienti⁶.

2. Nel diritto italiano dell'insolvenza gli strumenti di autotutela e rimediali presenti nel diritto comune dei contratti trovano una significativa espressione ed applicazione anche nel diritto fallimentare, ove le regole generali vengono modellate in funzione della particolare situazione nella quale viene a trovarsi il contratto quando, non ancora eseguito, ovvero non completamente eseguito, una delle parti dello stesso viene dichiarata fallita.

La recente riforma non ha introdotto importanti novità in materia di regola generale dei contratti pendenti, la quale consiste nella previsione di una regola generale dei contratti in corso di esecuzione, sia nella liquidazione giudiziale (art. 172, del codice), sia nella procedura di concordato preventivo (art. 97 del codice).

Disciplina che, nel creare un rapporto tra norma di carattere generale (art. 172) e norme di carattere speciale (artt. 173 e ss.), stabilisce, quale primo effetto della dichiarazione di fallimento, la sospensione dell'esecuzione del contratto, cioè delle prestazioni dedotte nel rapporto, se non è disposto diversamente⁷.

La regola della sostituzione (e quindi del subingresso) del curatore nel rapporto al posto del fallito, o della sua continuazione automatica, ha, al contrario, carattere di specialità.

Con la conseguenza che le norme che regolano i contratti individualmente, in quanto legati da un rapporto di genere a specie, rispetto alla regola generale, non potranno applicarsi per analogia o per estensione agli altri tipi contrattuali, siano

⁵ La legge concorsuale spagnola del 2003 regola il tema negli artt. 61 e seguenti sotto il titolo "*Degli effetti sopra i contratti*".

⁶ DE CORES, *Remedios sinalagmaticos y concurso de acreedores*, cit., 82.

⁷ La regola si applica, in virtù dell'art. 56 drl d. Lgs. n. 159 del 6 settembre 2011, (modificato dalla legge 24 dicembre 2012, n. 228, denominata legge di stabilità), anche ai rapporti pendenti disciplinati dal codice delle leggi antimafia in materia di misure di prevenzione patrimoniale.

essi tipici, ovvero atipici, per i quali, pertanto, deve valere il principio generale della sospensione del rapporto⁸.

L'art. 172 (del codice) dispone infatti che «se un contratto è ancora ineseguito o non compiutamente eseguito da entrambe le parti quando, nei confronti di una di esse, è dichiarato il fallimento, l'esecuzione del contratto, fatte salve le diverse disposizioni della presente Sezione, rimane sospesa».

La norma prosegue nel senso che tale sospensione opera «fino a quando il curatore, con l'autorizzazione del comitato dei creditori, dichiara di subentrare nel contratto in luogo del fallito, assumendo tutti i relativi obblighi, ovvero di sciogliersi dal medesimo, salvo che, nei contratti ad effetti reali, sia già avvenuto il trasferimento del diritto».

Il secondo comma, nel predisporre un mezzo di sostanziale autotutela del contraente adempiente, prevede la possibilità per questi di «mettere in mora il curatore, facendogli assegnare dal giudice delegato un termine non superiore a sessanta giorni, decorso il quale il contratto si intende risolto», con la conseguenza, di cui al quarto comma, che «in caso di scioglimento il contraente ha diritto di far valere nel passivo il credito conseguente al mancato adempimento, senza che gli sia dovuto risarcimento del danno».

La messa in mora del curatore⁹, quale strumento che lo obbliga alla scelta mediante l'esercizio del relativo diritto potestativo, se riguardata nel quadro degli strumenti apprestati dall'ordinamento per la tutela del contraente *in bonis*, assolve una «funzione dissolutoria del contratto, in difetto di adempimento, analoga a quella della diffida ad adempiere»¹⁰, la quale non può trovare applicazione nel diritto fallimentare, in ragione dell'impossibilità di indirizzarla sia al fallito, privato della capa-

⁸ NIGRO – VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2009, 176, per i quali la soluzione che fa leva sulla presenza di una regola generale si presenterebbe come più conveniente per la procedura, sia dal punto di vista organizzativo, sia da quello economico.

Sul tema DE NOVA, *I contratti pendenti nel fallimento*, in DE NOVA, *Contratto, arbitrato danno*, Torino, 2019, 227 ss., si chiede se in presenza di una *regola generale* di sospensione, e di norme relative a singoli contratti che prevedano soluzioni *ad hoc* sulla sorte del contratto, ai contratti (tipici o atipici) non regolati, si debba applicare il principio della sospensione, o invece la disciplina del tipo contrattuale regolato affine.

Secondo l'autore la risposta non può venire dalla contrapposizione “regola generale” “regola speciale”, poiché seguendo tale via ci imbatte in discussioni se la regola generale della sospensione sia a sua volta confermativa o invece in deroga del diritto comune dei contratti. Così che – in ragione del proliferare, nel tempo, della disciplina *ad hoc* – sembra più ragionevole procedere all'analogia, per i casi non regolati, piuttosto che applicare automaticamente l'art. 172, tenendo altresì conto che, avendo la riforma introdotto la regola dello scioglimento per la categoria dei contratti personali, in tal modo si aggiunge, con l'art. 175, una disciplina per categoria contrattuale, e non per singolo tipo.

⁹ L'impiego della locuzione “messa in mora” richiama chiaramente le parole di G. BONELLI, *Del fallimento*, II, Milano, 1928, 601.

¹⁰ GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, Torino, 4^a ed., 2011, 132-133, per il quale gli effetti dissolutivi dello scioglimento corrispondono a quelli che sarebbero derivati dall'esercizio dell'azione di risoluzione, ed essenzialmente consisterebbero in pretese restitutorie che, se non hanno ad oggetto beni specifici, rimangono soggette alla legge fallimentare.

cià ad adempiere, sia al curatore, che non è obbligato e che può obbligarsi, mediante la prosecuzione nel rapporto, unicamente se, ricevendo la controprestazione, ciò si rivela funzionale alla realizzazione degli interessi del fallimento.

Una regola a se stante viene inoltre prevista per i contratti di durata ovvero ad esecuzione continuata o periodica (art. 179), per i quali la norma generale sopra la sospensione ha applicazione transitoria, ovvero sia solo fino a quando non si disponga l'esercizio provvisorio e quindi si rimuova lo stato di sospensione.

Per i contratti di durata o ad esecuzione continuata o periodica, l'art. 179 prevede che se il curatore si sostituisce nel contratto "deve pagare integralmente il prezzo anche delle consegne avvenute e dei servizi erogati dopo l'apertura della liquidazione giudiziale".

3. La legge fallimentare con la regola generale di cui all'art. 172 disciplina dunque gli effetti del fallimento sul rapporto e non sul contratto, tant'è che la norma non si applica quando, alla data del fallimento, il rapporto sia stato completamente eseguito da una delle parti.

Il fallimento infatti incide sul rapporto, poiché riguarda la fase dinamica della vicenda negoziale, quella cioè dell'attuazione del rapporto nel quale il curatore subentra in virtù del potere di sostituzione nell'amministrazione dei beni del fallito, e non sul contratto, poiché non modifica i contenuti dell'atto, che fra le stesse parti originarie conserva "la sua forza di legge" (art. 1372 c.c.).

La sospensione è un effetto legale, che si produce in via automatica per il semplice fatto della dichiarazione di fallimento di uno dei contraenti, che tocca direttamente il rapporto ma che, ovviamente, si estende, seppur di riflesso, anche sul contratto, con riguardo sia alla posizione giuridica soggettiva delle sue parti originarie, sia a quella di un terzo che è il curatore, dato che anzitutto in capo a lui sorge, previa autorizzazione del comitato dei creditori, la facoltà di "subentrare nel contratto in luogo del fallito".

Il contratto rimane pertanto inalterato, seppure esso entra in uno stato di "sospensione legale", giacché, a causa del fallimento, non può più proseguire fra le parti originarie; né tanto meno può produrre effetti nei confronti di un terzo estraneo all'originario contratto, quale è il curatore fallimentare.

La vicenda contrattuale è dunque sospesa nella sua efficacia fino a quando il curatore, di sua iniziativa, ovvero su istanza del contraente *in bonis*, secondo la regola dettata dall'art. 172, non effettui la scelta tra prosecuzione del rapporto o suo scioglimento.

La costruzione dogmatica degli effetti del fallimento sui contratti in corso di esecuzione, vale a dire sui contratti bilaterali ineseguiti, si spiega dunque in termini di *disciplina del rapporto e non del contratto*, poiché essa non riguarda la disciplina dell'atto, ma la regolazione in sede concorsuale del nesso di corrispettività tra contrapposte prestazioni non eseguite o solo parzialmente eseguite.

Il problema degli effetti del fallimento sui contratti di durata o ad esecuzione continuata o periodica (art. 179 codice) si pone ovviamente in termini diversi, rispetto a quello che riguarda gli effetti sui rapporti pendenti¹¹.

La dichiarazione di fallimento nei contratti di durata incide “sul contratto”; nei contratti in corso di esecuzione, invece, incide “sul rapporto”.

Nei contratti pendenti, ovvero in corso di esecuzione, il rapporto è sorto prima del fallimento ma non è stato ancora eseguito, ovvero lo è stato solo in parte, al momento della dichiarazione di insolvenza di uno dei contraenti, così che la prospettiva in cui quel rapporto si colloca, per effetto dell’apertura del concorso, è prevalentemente quella dismissiva per la realizzazione del patrimonio concorsuale, che è la prospettiva propria del procedimento di liquidazione dell’attivo.

Sicché la prosecuzione del rapporto, mediante l’adempimento delle prestazioni residue, è unicamente in funzione del miglior realizzo dei beni destinati alla soddisfazione dei creditori.

Nei contratti di durata, per effetto della dichiarazione di fallimento di una delle parti, sorge in capo al curatore, che decide di subentrare, non solo l’obbligo di proseguire nel rapporto, mediante il reciproco adempimento, ma anche quello di pagamento delle prestazioni già eseguite dalla controparte, dato che quel contratto aveva comunque, seppur parzialmente, “esaurito” le contrapposte prestazioni fino a quel momento dovute.

La natura di durata, o comunque ad esecuzione continuata o periodica, del contratto comporta infatti che, al momento della dichiarazione di fallimento, esso “è certamente un rapporto contrattuale che risulta pienamente eseguito”, anche se altre prestazioni si sarebbero dovute eseguire ad opera dalle parti fino al termine di naturale scadenza del contratto¹².

Il fallimento, anche nei contratti ad esecuzione continuata o periodica, determina dunque la sospensione della ulteriore esecuzione, e se il curatore effettua la relativa scelta può intervenire anche lo scioglimento.

4. Un’autorevole dottrina uruguayana sostiene che il concorso dei creditori costituisce una categoria fondamentale della teoria dell’obbligazione e che la legge fallimentare uruguayana del 2008 tocca proprio i punti centrali del diritto delle obbligazioni, tanto da aver modificato il classico art 2372 c.c., cioè una “regola assiale del diritto patrimoniale”¹³.

L’articolo 68 presenta, tuttavia, numerosi problemi interpretativi, prima di tutto è proprio il concetto di “contratto in corso di esecuzione” che richiede di essere definito e corretto; e non come una mera disquisizione teorica, perché la norma ha già

¹¹ Cfr. E. GABRIELLI, *Contratos de larga duración*, in *La Ley*, 28 settembre 2017, 7.

¹² Così INZITARI, *Sospensione del contratto per sopravvenuto fallimento e incerti poteri autorizzativi del comitato dei creditori*, in AA. VV., *Contratti in esecuzione e fallimento*, Milano, 2007, 6.

¹³ DE CORES, *Remedios sinalagmaticos y concurso de acreedores*, cit., 81.

ricevuto un'applicazione problematica, generando un errore giudiziario¹⁴ e persino una norma legislativa interpretativa¹⁵.

Da questo punto di vista, quindi, si tratta di analizzare gli effetti della legge fallimentare sui contratti pendenti nel diritto uruguayano, perché il concorso, ai sensi dell'art. 68 della legge 18.387¹⁶, incide sul rapporto obbligatorio, vale a dire incide sui contratti di "esecuzione in sospeso".

¹⁴ Cfr. la sentenza n. 2238/2011 del tribunale fallimentare di primo grado, che ha considerato "contratto in corso di esecuzione" un "fidecomiso de garantía", con il quale la società Paylana aveva ceduto crediti futuri alla Banca della Repubblica Orientale dell'Uruguay nel quadro delle Leggi 17.703, 17.202 e 16.774.

¹⁵ Legge 18.937 Articolo unico. – L'articolo 68 della legge n. 18.387, del 23 ottobre 2008, si interpreta nel senso che la facoltà che è concessa al curatore o al debitore con l'autorizzazione di sciogliersi unilateralmente dal contratto dal quale derivano obbligazioni pendenti e in corso di esecuzione, non inficia in nessun modo la cessione dei crediti o dei diritti, presenti o futuri, rispetto ai quali si sia già operata la consegna effettiva o virtuale (ficta) o rispetto ai quali il trasferimento del credito sia stato operato in applicazione del disposto degli articoli 33 e 34 della legge n. 16.774, del 27 settembre 1996, nella formulazione data dall'articolo 1 della legge n. 17.202, del 24 settembre 1999.

Tale facoltà vale anche per i contratti garantiti mediante diritti reali o forme di garanzia fiduciaria. Al medesimo tempo, le obbligazioni in corso di esecuzione alle quali si riferisce il citato art. 68 sono unicamente le obbligazioni principali.

La precedente interpretazione si applica anche alla facoltà di risoluzione anticipata prevista nel comma secondo dell'art. 170 della legge n. 18.387 del 23 ottobre 2008.

Questo potere non raggiunge i contratti garantiti con diritti reali o fedecommessi in garanzia. Allo stesso modo, gli obblighi in attesa di esecuzione di cui all'articolo 68 sono solo i principali. L'interpretazione di cui sopra è applicabile anche al potere di risoluzione anticipata previsto dall'articolo 170, secondo comma, della legge n. 18.387 del 23 ottobre 2008.

¹⁶ *Artículo 68. (Contratos pendientes de ejecución).— En caso de existir a la fecha de declaración del concurso, contratos de los cuales deriven obligaciones del deudor pendientes de ejecución, se procederá de la forma siguiente:*

- 1) *El síndico o el deudor con la autorización del interventor, tendrá la facultad de rescindir unilateralmente el contrato, notificando este hecho a la contraparte, dentro del plazo establecido para que los acreedores presenten la solicitud de reconocimiento de sus créditos.*
- 2) *En cualquier momento, dentro de dicho plazo, la contraparte del deudor podrá exigir, según los casos, al síndico o al deudor y al interventor, que manifiesten si resolverán o no el contrato. En este caso, si no ejercieran la facultad de resolución dentro de los cinco días siguientes a la recepción del requerimiento, ya no podrán ejercitarla con posterioridad, salvo que el Juez apruebe un convenio que no implique la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor o disponga la liquidación de la masa activa.*
- 3) *El Juez fijará la indemnización de daños y perjuicios que cause la resolución, crédito que tendrá la consideración de concursal.*
- 4) *En caso de no optarse por la resolución del contrato cuando el cumplimiento del contrato por parte del deudor implique riesgo manifiesto y grave para la otra parte, ésta podrá solicitar al Juez que rescinda el contrato o que se garantice suficientemente el cumplimiento del mismo.*
- 5) *Serán nulas las estipulaciones contractuales que declaren resuelto el contrato o atribuyan la facultad de resolución a cualquiera de las partes, en caso de insolvencia o de declaración de concurso del deudor.*

Artículo 170. (Efectos de la apertura de la liquidación).— La apertura de la liquidación de la masa activa producirá el vencimiento anticipado de todos los créditos anteriores a la declaración judicial de concurso.

Será además justa causa para la resolución anticipada de los contratos celebrados por el deudor con obligaciones total o parcialmente pendientes de ejecución. El crédito correspondiente a la indemnización por los daños y perjuicios que cause la resolución, fijado por el Juez, tendrá la consideración de crédito concursal.

In tale direzione, secondo Carlos De Cores, sono utili una messa a fuoco e una comparazione con il diritto fallimentare italiano e tra i due sistemi e la loro interpretazione.

Il fondamento della regola generale del diritto fallimentare in Italia va ricercato all'interno del sistema del diritto comune dei contratti (artt. 1460 e 1461 c.c.), in applicazione del principio generale di tutela della funzionalità del sinallagma¹⁷.

Principio che, nonostante un'autorevole voce in senso contrario¹⁸, è stato infatti costantemente considerato, sia negli orientamenti dei dottori della legge, sia delle Corti, quale regola generale in grado di giustificare il senso della disciplina¹⁹.

Si tratta infatti: per un verso, di conservare l'originario equilibrio contrattuale nella prospettiva dell'esecuzione del rapporto; per un altro, di paralizzare, mediante lo strumento della sospensione della sua esecuzione, gli effetti che l'insolvenza di una parte produce sulla vita del contratto in attesa della scelta del curatore in ordine alla prosecuzione, ovvero allo scioglimento, dal rapporto.

A tale regola seguono, come corollario, quelle che hanno ad oggetto lo scioglimento ovvero la continuazione del vincolo obbligatorio, sia in generale, sia *ex lege* con riguardo a determinati tipi contrattuali (cfr. art. 172 e ss., Codice della crisi).

Le articolazioni di queste regole consentono, secondo una rappresentazione sintetica, di classificare le tipologie contrattuali sulle quali il legislatore è intervenuto, ricomprendendole in tre ambiti tra loro omogenei, a seconda che l'incidenza del fallimento sul contratto produca: lo scioglimento automatico del rapporto; ovvero la sua continuazione; ovvero che tali rapporti abbiano ad oggetto beni del fallito non compresi nel fallimento, con la conseguenza che tali rapporti, in quanto non soggetti allo spossessamento fallimentare, non sono inclusi nel patrimonio destinato alla soddisfazione dei creditori del concorso e per essi, non verificandosi nel rapporto la sostituzione del curatore al fallito, si applica il diritto comune dei contratti dato che proseguono, come prima della dichiarazione di fallimento, tra il fallito ed il contraente *in bonis*.

¹⁷ Sul punto, anche per ulteriori riferimenti, mi permetto di rinviare a E. GABRIELLI, *Remedios. Contribución al estudio de las tutela contractuales*, Montevideo, 2018, 19 ss.

¹⁸ F. VASSALLI, *Diritto fallimentare*. II.1, Torino, 1997, 153 ss., seppur con riguardo alla vecchia formulazione delle norme sui rapporti pendenti, riconosce un fondamento sostanzialmente equitativo a tale disciplina, e, secondo l'A., «si tratta di una disciplina che, sia pure secondo meccanismi diversi da quelli di autotutela stabiliti dagli artt. 1460 e 1461 cod. civ., pone il contraente adempiente in una posizione di maggior favore rispetto agli altri creditori concorrenti nel fallimento. Si può dire che ciò avvenga per ragioni sostanzialmente equitative le quali in un certo senso si possono accostare a quelle che sono state poste a base della disciplina della compensazione. In altri termini si reputa equo che il contraente adempiente che vede sopraggiungere il fallimento della controparte quando ancora non ha eseguito la propria prestazione e neppure è stato ancora soddisfatto del suo credito, si trovi in una posizione di maggior forza rispetto agli altri creditori meritevoli di specifica considerazione. Questa posizione è appunto quella che viene tenuta in considerazione e tutelata in alcune delle norme sulla sorte dei contratti pendenti».

¹⁹ Cfr. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., 122.

La diversità di disciplina offerta dalla regola generale, rispetto a quella disegnata dalle regole speciali, pone però in evidenza, se non altro sul piano ricostruttivo, il problema del rapporto tra disciplina “di diritto comune” e disciplina “di diritto concorsuale”, cioè speciale, del contratto.

Profilo il cui rilievo è dato dalla constatazione, per la verità da qualcuno negata²⁰, che la regolazione concorsuale dei rapporti preesistenti al fallimento risente dell’inserimento nella legge del concorso dei principi del diritto generale dei contratti²¹.

In senso contrario appare invece evidente che il fondamento dell’inserimento di quei principi, nel corpo del diritto fallimentare, è giustificabile sul tendenziale principio di uniformità del sistema.

L’ordinamento infatti pondera le proprie scelte al fine di rendere il sistema unitario e quindi tende ad applicare, mediante la tecnica della interazione tra discipline, le regole di parte generale del diritto comune dei contratti, anche per la regolazione di profili del diritto speciale dei contratti, quando quelle regole trovino coerente e razionale applicazione per la disciplina degli interessi di volta in volta oggetto di tutela secondo i valori dell’ordinamento.

E ciò a maggior ragione quando il rilievo assunto dal sinallagma si manifesti, al di fuori delle fisiologiche situazioni prospettate dal normale diritto degli affari e della circolazione della ricchezza, e si inserisca nell’ambito di un procedimento esecutivo, come quello concorsuale.

Sul punto si è piuttosto, e correttamente, osservato²² che la facoltà del curatore di scegliere fra subentro e scioglimento del rapporto, nei contratti caratterizzati dalla corrispettività e non ancora eseguiti, trova il proprio fondamento sia nella disciplina di regolazione concorsuale dei crediti, che esclude il diritto del creditore di pretendere il pagamento integrale, sia nella disciplina di diritto privato del sinallagma, che non consente al curatore di far valere le pretese derivanti dai contratti corrispettivi ineseguiti se non si obbliga ad eseguire integralmente la controprestazione.

La regola generale impone dunque al curatore, che voglia sostituirsi al fallito nell’esercizio dei diritti connessi al contratto corrispettivo pendente ed ineseguito, di subentrare nel contratto determinando in tal modo una trasformazione del credito

²⁰ INZITARI, *op. ult. cit.*, 4, secondo il quale il contenuto della disciplina dei rapporti pendenti nel fallimento “non appare segnato da un sicuro rapporto di stretta consequenzialità con i principi civilistici generali in materia di contratto e di autonomia privata”.

²¹ JORIO, *Il fallimento, Il fallimento*, in *Tratt. di dir. comm. dir.* da COTTINO, Padova, 2009, 470, pone in evidenza che il settore della disciplina dei rapporti pendenti è quello nel quale, più che in ogni altro, «si verificano la compenetrazione e la sovrapposizione dei principi della legge del concorso alle regole civilistiche dei contratti ed ove le soluzioni normative possono mutare a seconda che si privilegino le ragioni della procedura ovvero quelle del contraente adempiente e a seconda che si rimanga ancorati ad una visione più squisitamente liquidatoria o ci si spinga verso una prospettiva di conservazione dell’impresa».

²² GUGLIELMUCCI, *La tutela del contraente in bonis nei rapporti giuridici preesistenti*, in *Scritti in on. di G. Lo Cascio, La tutela dei diritti nella riforma fallimentare*, Milano, 2006, 150; sul punto cfr. anche ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali dopo il d.lg. 12.9.2007, n. 169*, Torino, 2008, 156.

del contraente adempiente da credito concorsuale in credito prededucibile, e quindi suscettibile di essere soddisfatto integralmente, e non in moneta fallimentare.

Il curatore, per altro verso, non avendo il contraente *in bonis*, in ragione della sinallagmaticità del rapporto ineseguito, diritto al soddisfacimento integrale della sua pretesa di credito, può rinunciare a far valere la pretesa di adempimento che spettava al fallito, ma per far ciò deve sciogliersi dal contratto²³.

Nel diritto uruguayano, di contro, si osserva, nella prospettiva dell'incidenza del concorso sui rimedi sinallagmatici, che si contrappongono due logiche opposte: la logica del concorso e la logica del sinallagma, dello scambio bilaterale, che è quella che regge i contratti onerosi secondo gli artt. 1249-1250 c.c.. Logica che assume un particolare campo di confronto proprio nell'art. 68 della legge 18.387²⁴.

In questo senso, l'ambito di applicazione dell'art. 68 dovrebbe essere inteso come ampio, comprensivo di tutti i contratti sinallagmatici in generale, inclusi sia i contratti sinallagmatici ad esecuzione continuata, sia quelli ad esecuzione istantanea, per i quali può risultare essenziale, per la sopravvivenza dell'impresa in crisi, mantenere o risolvere entrambi i contratti.

Quello che accade, secondo questa dottrina, è che il contratto ad esecuzione continuata solleva problemi specifici, poiché nella logica della conservazione dell'impresa, se il curatore lo decide, può essere chiamato a far rimanere in vita un contratto ad esecuzione continuata; ma in tal caso, la massa del concorso deve farsi carico di continuare a pagare le prestazioni future.

La regola particolare impone pertanto al curatore, che chiede di sostituirsi al fallito nell'esercizio dei diritti relativi al contratto bilaterale pendente e non eseguito, di proseguire nel contratto determinando in tal modo una trasformazione del credito del contraente *in bonis* da credito concorsuale in credito prededucibile, e pertanto suscettibile di essere soddisfatto integralmente e non in moneta fallimentare.

La stessa regola – osserva Carlos De Cores – si rinviene nel diritto italiano. Ma si chiede, l'a., che cosa accade con le prestazioni già eseguite?

Nella logica tradizionale, la dichiarazione di insolvenza determinava l'estinzione del contratto *ex nunc* e il credito del contraente *in bonis* relativo alle prestazioni già eseguite doveva essere pagato in moneta fallimentare; nella nuova logica, nei contratti di durata, al contrario, a seguito della dichiarazione di insolvenza di una delle parti, il curatore, che decide di continuare nei contratti, non ha solo l'obbligo di proseguire l'adempimento reciproco, ma anche di pagare la corrispondente controprestazione già eseguita dalla controparte.

Questo implica, secondo Carlos De Cores, la prevalenza della logica del sinallagma sulla logica della liquidazione e questo rispetto per il principio di corrispettività si estende anche ai contratti ad esecuzione istantanea che si incontrano “in corso di esecuzione”, rispetto ai quali, nella logica dell'art. 68, si fonda il funzionamento dei rimedi sinallagmatici.

²³ GUGLIELMUCCI, *La tutela del contraente in bonis nei rapporti giuridici preesistenti*, cit., 150.

²⁴ DE CORES, *Remedios sinalagmaticos y concurso de acreedores*, cit., 82.

La stessa logica – come nella legge italiana – si rovescia quando, se si concretizza la dichiarazione di insolvenza, ex art. 68 della legge del 18.387, si produce nei contratti bilaterali la paralisi o la sospensione del rapporto, ma non a favore del contraente *in bonis*, ma della massa, dato che si deve consentire al curatore di decidere, in funzione degli interessi della massa dei creditori, se deve esercitare il diritto potestativo di scioglimento del contratto o della sua continuazione.

In questa situazione la legge del concorso altera lo schema dei diritti potestativi in favore del contraente *in bonis*, collocandolo in uno stato di soggezione e attribuendo il diritto potestativo di scelta al curatore.

In effetti, secondo il primo inciso dell'art. 68, il curatore o il fallito con l'autorizzazione può chiedere la risoluzione, il che implica, da un lato, che la relazione sinallagmatica rimanga vigente; e dall'altro lato, che è il contraente *in bonis*, che sta in stato di soggezione, non potendo chiedere né l'adempimento, né la risoluzione del contratto.

Nel diritto italiano la regola, secondo l'autore, si giustificerebbe in applicazione del generale principio di tutela della funzionalità del nesso di corrispettività sinallagmatico.

Nel diritto uruguayano, si sostiene, del pari, che il diritto di opzione attribuito al curatore non comporta la scomparsa della logica del sinallagma e che il problema dei rimedi sinallagmatici nel contesto concorsuale oppone due principi generali del diritto: l'equivalenza che sorregge l'esecuzione dei contratti bilaterali e la *par conditio creditorum*²⁵.

²⁵ DE CORES, *Remedios sinalagmaticos y concurso de acreedores*, cit., 86, rileva che la legge 18.387 stabilisce che se il curatore richiede l'adempimento, dovrà a sua volta adempiere anche lui e non in moneta fallimentare, ma in moneta intera. Tale principio si deduce dall'inciso 4, il quale consente al contraente *in bonis*, che deve adempiere al contratto, di chiedere una garanzia per l'adempimento della controprestazione, il che avverrà, ovviamente, con beni della massa dei creditori e con un costo che riduce i diritti degli altri creditori del concorso.

In tale ipotesi si osserva la prevalenza del principio sinallagmatico sopra quello della *par conditio*.

D'altra parte, la legge consente al contraente *in bonis* di mettere il curatore in mora, e in tal caso, viene precluso il diritto del curatore di optare per la risoluzione, il che significa che deve adempiere il contratto e ciò implica che la massa dei creditori del concorso, anche in questo caso, deve pagare la controprestazione per intero, perché non avrebbe senso che la mora del curatore ponesse il contraente solvente in una condizione peggiore rispetto a quella che risulta configurata.

Se al contrario il curatore sceglie per la risoluzione, si presenta il dubbio di quale sia il regime da applicare. L'unica affermazione che si rinviene nell'art. 68 è che l'indennizzo per i pregiudizi arrecati al contraente *in bonis* costituisce un credito di natura concorsuale. Però, come conseguenza della risoluzione, non solo si ha diritto ad un indennizzo, ma, prima di tutto, si deve parlare delle restituzioni.

Se il fallito era un venditore, il contraente *in bonis* deve restituire il bene, e il concorso dei creditori deve restituire la parte di prezzo pagata. Però la restituzione di questa parte del prezzo pagato deve effettuarsi in moneta fallimentare (si chiede De Cores)? La risposta, secondo l'autore, è negativa, perché la restituzione costituisce un debito consequenziale all'estinzione del rapporto obbligatorio che deve separarsi concettualmente dall'indennizzo delle perdite subite e la legge riconosce carattere concorsuale solo a quest'ultima.

D'altra parte, se il fallito era compratore, si presenta il dubbio se egli debba restituire il bene, o il suo equivalente in moneta fallimentare. Nella stessa linea, si dovrebbe ritenere che la restituzione debba farsi secon-

Si tratta di due principi per i quali “nessuno può *a priori* sconfiggere completamente l'altro: deve esserci una ponderazione”, così che è necessario “costruire la disciplina dei casi non espressamente previsti, per i quali l'interprete dovrà valutare fino a che punto sia applicabile il principio di uguaglianza dei creditori, e fino a dove rispettare il principio di bilateralità dei rapporti sinallagmatici”²⁶.

5. Nel caso dei rapporti pendenti, nel diritto italiano, si pone, anche, il problema della loro opponibilità alla massa concorsuale quando il creditore *in bonis* aveva domandato la risoluzione prima della sentenza dichiarativa dell'insolvenza.

In questo quadro si colloca la disciplina dell'art. 2652, che attiene sia alla pronuncia costitutiva di risoluzione, sia a quella tendente ad avere una pronuncia di accertamento di una risoluzione di diritto già verificatasi²⁷.

La domanda di risoluzione del contratto, la cui opponibilità al fallimento era già riconosciuta dalla giurisprudenza²⁸, se trascritta prima della sentenza dichiarativa di fallimento, è ora espressamente regolata nell'art. 172, comma 5°, Codice della crisi, mediante la previsione secondo cui l'azione di risoluzione del contratto promossa prima del fallimento contro la parte inadempiente spiega i suoi effetti nei confronti del curatore, fatta salva, nei casi previsti, l'efficacia della trascrizione della domanda giudiziale.

Il creditore infatti potrebbe aver agito per la risoluzione del contratto verso l'altra parte resasi inadempiente alle proprie obbligazioni, prima che la stessa fosse stata dichiarata fallita, e quindi la disposizione normativa, in coerenza con i principi della trascrizione delle domande giudiziali, ed in conformità con quanto disposto dall'art. 145 del codice, stabilisce che la domanda a suo tempo proposta nei confronti della parte inadempiente «spiega i suoi effetti nei confronti del curatore» a condizione che essa sia stata trascritta prima della sentenza dichiarativa di fallimento (art. 172, comma 5°).

La sentenza che ne deriverà pertanto produrrà i propri effetti anche nei confronti del curatore, se ovviamente il giudizio, dichiarato interrotto successivamente alla dichiarazione di fallimento, sia stato riassunto nei confronti di questi.

Diversa però sarà la disciplina processuale che governerà il giudizio, proprio in ragione della diversità del titolo posto a fondamento della domanda introduttiva dello stesso.

do la medesima specie, sempre che sia possibile, il che costituisce anche una manifestazione di primazia del principio sinallagmatico sopra la logica della *par conditio creditorum* (DE CORES, *Remedios sinalagmaticos y concurso de acreedores*, cit., 86).

²⁶ DE CORES, *Remedios sinalagmaticos y concurso de acreedores*, cit., 86.

²⁷ In materia, sul rapporto tra fallimento e trascrizione della domanda giudiziale di risoluzione per inadempienza, rinvio a E. GABRIELLI, *Trascrizione delle domande giudiziali e fallimento*, in *Trattato della trascrizione dir.* da E. GABRIELLI e F. GAZZONI, Torino, 2014, vol. 2, 522 e ss.; ID., *Rapporti pendenti, trascrizione della domanda e procedure concorsuali*, in *Riv. dir. fall.*, 2019, 55 ss.

²⁸ Cfr. Cass., 9 luglio 2003, n. 10780, in *Il Fall.*, 2004, 1007, con nota di SEVERINI, *La risoluzione del contratto e il risarcimento del danno*; Cass., 3 febbraio 2006, n. 2439, in *Mass. Giust. civ.*, 2006.

Il legislatore, al fine di evitare incertezze in ordine al tipo di rito che dovrà applicarsi a quel giudizio, ha previsto (art. 172, comma 5°) che «se il contraente intende ottenere con la pronuncia di risoluzione la restituzione di una somma o di un bene, ovvero il risarcimento del danno, deve proporre la domanda secondo le disposizioni di cui al Capo III del presente Titolo».

L'azione diretta a far accertare e dichiarare unicamente la risoluzione del contratto infatti proseguirà, se riassunta nei confronti del curatore o dallo stesso proseguita, dopo la dichiarazione di fallimento, innanzi al giudice della cognizione ordinaria.

Se invece la domanda avesse ad oggetto anche una statuizione di condanna o restitutoria, ovvero di risarcimento del danno, essa allora necessariamente dovrebbe, dopo la sua interruzione, proseguire secondo le forme e il rito dell'accertamento del credito nel passivo del fallimento²⁹.

La domanda di risoluzione proposta invece dopo che il patrimonio del fallito sia stato assoggettato alla esecuzione collettiva diviene inammissibile, poiché in conflitto con il principio di parità di trattamento dei creditori del concorso³⁰.

Le eventuali ragioni del contraente *in bonis*, ed aventi ad oggetto pretese restitutorie ovvero risarcitorie, se accolte dopo la dichiarazione di fallimento violerebbero infatti il principio della indisponibilità fallimentare e della destinazione dei beni del fallito alla soddisfazione dei creditori anteriori³¹.

Se dunque il contratto a prestazioni corrispettive alla data del fallimento risulta bilateralmente inadempito, l'esercizio del potere di chiederne la risoluzione è precluso ad entrambe le parti e l'ipotesi finisce per rientrare in quella oggetto della disciplina dettata dalla regola generale, così che il curatore può scegliere se subentrare nel rapporto e quindi assumere l'obbligo di adempiere all'obbligazione che gravava

²⁹ In tal senso si è precisato (ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali dopo il d.lg. 12.9.2007, n. 169*, cit. 162) che la formula "con la pronuncia di risoluzione", deve intendersi come equivalente di "oltre alla pronuncia" piuttosto che "come conseguenza della pronuncia", poiché se la pronuncia è prodromica alla richiesta di restituzione o di risarcimento del danno, e quindi interferisce con le aspettative degli altri creditori, entrambe le domande devono essere trasferite nella sede del giudizio fallimentare e soggette al rito suo proprio.

Secondo JORIO, *Il fallimento*, cit., 494, la domanda di restituzione di beni, mobili o immobili, potrà essere accolta unicamente con riserva, condizionatamente all'esito del giudizio sulla risoluzione del contratto.

³⁰ Cfr. Cass., 26 marzo 2001, n. 4365, in *Il Fall.* 2001, 1018, per la quale, dopo il fallimento del compratore, il venditore non può proporre domanda di risoluzione del contratto, anche se con riguardo a pregresso inadempimento del compratore, in ragione dell'indisponibilità dei beni già acquisiti al fallimento, a tutela della «par condicio». Il principio trova applicazione anche nell'ipotesi di domanda diretta a far accertare, sempre con riferimento ad un inadempimento anteriore, l'avveramento di una condizione risolutoria del contratto con la conseguenza che, anche in tal caso, la domanda è esperibile soltanto prima della dichiarazione di fallimento, poiché la pronuncia di risoluzione del contratto a prestazioni corrispettive produrrebbe effetti restitutori lesivi del principio del paritario soddisfacimento di tutti i creditori e di cristallizzazione delle loro posizioni giuridiche. Ciò avviene anche nel caso in cui si intenda far valere, dopo l'apertura della procedura concorsuale, una clausola risolutiva espressa ostandovi la stessa ragione di fondo che impedisce la proponibilità della domanda di risoluzione contrattuale.

³¹ GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., 129.

sul fallito, ed ottenere specularmente quella del contraente *in bonis*, oppure se sciogliersi dal contratto, vanificando così gli effetti ancora pendenti del contratto a suo tempo concluso dal fallito.

Problemi particolari, in ragione della necessità di distinguere la disciplina applicabile alle diverse fattispecie normative, sorgono per le ipotesi di cd. risoluzione di diritto, la cui regolazione concorsuale è sostanzialmente rimasta senza risposta³².

Se infatti la domanda di risoluzione per pregresso inadempimento del contraente *in bonis* (salva l'avvenuta, e anteriore rispetto al fallimento, trascrizione della domanda) prosegue anche nei confronti del curatore, è dubbia la sorte delle ipotesi di risoluzione cd. "di diritto" del contratto, seppure fondate su atti (diffide e dichiarazioni) aventi data certa anteriore ed attivate prima della dichiarazione di fallimento.

Autorevole dottrina afferma che il riferimento legislativo all'azione di risoluzione non potrebbe escludere «l'acquisizione del diritto alla risoluzione» anche con gli strumenti della diffida ad adempiere, ovvero della dichiarazione di volersi avvalere della clausola risolutiva espressa³³.

Secondo parte della dottrina, invece, l'altro contraente non potrebbe ottenere la risoluzione di diritto per effetto della diffida ad adempiere *ex art.* 1454 c.c., dato che se il termine assegnato alla parte poi dichiarata fallita non è scaduto al momento dell'apertura della procedura, questo deve ritenersi sospeso per effetto dell'applicazione dell'art. 172, comma 1° del Codice.

Diverso, per altro verso, sarebbe il caso in cui sia scaduto il termine per l'adempimento della prestazione e questo, ai sensi dell'art. 1457 c.c., debba considerarsi *essenziale*. In tale ipotesi, la sua inosservanza produrrebbe automaticamente la risoluzione di diritto del contratto, senza necessità di alcuna comunicazione della parte interessata (come invece richiesto per l'operatività della clausola risolutiva espressa: art. 1456 c.c.). Inoltre se si considera l'importanza del termine essenziale nell'economia complessiva del rapporto negoziale si dovrebbe ritenere, in assenza di una determinazione degli organi della procedura, che operi la risoluzione anche nel caso in cui la scadenza fosse successiva alla dichiarazione di fallimento³⁴.

Al fine di dirimere i dubbi sorti in materia appare necessario far riferimento al dato normativo, dalla cui considerazione emerge che ciò che segna il discrimine tra l'opponibilità, e l'inopponibilità, di determinati effetti negoziali alla procedura fallimentare è soltanto, in coerenza con il sistema, il fatto dell'antiorità della trascrizione delle relative domande giudiziali (art. 172, comma 5°).

Se ne deve pertanto inferire che – sebbene nel diritto comune dei contratti la risoluzione si produca per effetto della mera dichiarazione stragiudiziale della parte di volersi avvalere della diffida, della clausola o del termine, con la conseguenza che il contratto è reso immediatamente inefficace da quella dichiarazione – nel diritto delle procedure concorsuali, dopo la dichiarazione di fallimento, la caducazione di

³² Così JORIO, *op. cit.*, 493.

³³ GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., 131, nota 12; JORIO, *op. cit.*, 494.

³⁴ NIGRO – VATTERMOLI, *op. cit.*, 180.

un rapporto che abbia come originaria parte il fallito (e che quindi sia entrato a far parte del patrimonio fallimentare) può essere data unicamente dalla sentenza³⁵, e quindi dalla prioritaria e provveduta trascrizione della relativa domanda giudiziale³⁶.

³⁵ Unica eccezione a tale principio sembra essere quella in cui l'effetto risolutivo, conseguente alla dichiarazione stragiudiziale, non si sia completamente prodotto ed esaurito prima del fallimento, ma per alcuni momenti esecutivi di natura meramente materiale debba proseguire dopo.

Ipotesi che, ad esempio, ricorre anche quando il rapporto, al momento dell'apertura del concorso, si è estinto in ragione della anteriore dichiarazione stragiudiziale che abbia prodotto l'effetto risolutivo che le è proprio; ma per la natura del contratto e della prestazione possono residuare soltanto meri fatti materiali di esecuzione della restituzione che segue alla risoluzione.

Fatti che pertanto non attengono al contratto, ma, per la parte restitutoria, al completamento dell'effetto estintivo del rapporto, e che pertanto trovano il loro titolo, non più nel contratto oramai inesistente, ma unicamente in uno degli effetti legali conseguenti alla sua inefficacia, e quindi nel dover porre in essere, in punto di fatto, quanto ancora necessario per il completarsi e l'esaurirsi di un effetto (quello estintivo del rapporto) già prodottosi, a seguito della dichiarazione stragiudiziale, prima del fallimento.

³⁶ In giurisprudenza in tal senso cfr. di recente Cass., 27 aprile 2018, n. 10294; Cass. 25 settembre 2017, n. 22280.

Secondo la legge del concorso e le regole dell'indisponibilità fallimentare a tutela della parità di trattamento dei creditori, infatti, soltanto una pronuncia giudiziale può incidere sulla destinazione di quel patrimonio alla loro soddisfazione, e quindi tale pronuncia deve essere fondata sull'antiorità *ex art.* 145, alla sentenza dichiarativa di fallimento, della trascrizione della domanda di accertamento della già avvenuta risoluzione. Tale conclusione è peraltro conforme ad un risalente orientamento (Cass., 17 gennaio 1998, n. 362, in *Fall.*, 1999, 39) secondo il quale la domanda di risoluzione, fondata su una clausola risolutiva espressa riferita ad un inadempimento verificatosi in epoca anteriore alla dichiarazione di fallimento, per produrre i suoi effetti deve essere stata proposta prima del fallimento.

Il contratto d'accertamento: un paradosso

di Massimo Franzoni*

Abstract. The study shows the issue of the “atypical assessment contract”. The study investigates similar figures, such as the transaction or the contract modifying a previous relationship, it wants to put some firm points on the effects of this contract of ancient origins. It wants to show that despite the current use of the expression “assessment contract” its precise meaning is still not clear, while the use of the expression appears more precise, if it is used to exclude any other similar typical figure. The study shows that often the conclusions reached by jurists using the expression “assessment contract” could also be reached in another way, omitting the reference to the “assessment contract”. It denies that the reference to a general figure of assessment in private law could be of any use, since with a contract peace can be imposed, but truth cannot be imposed.

SOMMARIO: 1. Il contratto d'accertamento: da dove incominciare il racconto? – 2. Il contratto d'accertamento e l'atto meramente riproduttivo. – 3. L'accertamento, la transazione e la sentenza. – 4. Il contratto di accertamento e la transazione. – 5. Il contratto d'accertamento. – 6. Il contratto d'accertamento e il c.d. “effetto preclusivo”. – 7. in conclusione.

1. Ci sono parole che sono entrate nel lessico del giurista e che proprio per questa ragione sono diventate figure giuridiche riconosciute, sebbene non sia chiara affatto la loro struttura o la loro funzione. Talvolta questo accade per i principi, come quello per lungo tempo accolto di nessuna responsabilità senza colpa, oppure quello più recente della vicinanza della prova¹ o della causa in concreto². È anche accaduto che principi di cui sempre è stata invocata l'esistenza abbiano trovato in concreto applicazione soltanto di recente, penso alla *compensatio lucri cum damno*, recentemente rivisitata dalla Suprema corte³.

Da tanti decenni si continua a ragionare sulla struttura e sulla funzione del contratto (o del negozio) di accertamento, pur dando atto che «nessun altro istituto appare fonte di incertezze come il negozio di accertamento»⁴. «L'impressione che chi

* Ordinario di Diritto Civile nel Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Bologna.

¹ Cfr. FRANZONI, *La «vicinanza della prova», quindi ...*, in *Contratto e impr.*, 2016, p. 360 ss.

² Cfr. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 957 ss.

³ Cfr. FRANZONI M., *La compensatio lucri cum damno secondo la Cassazione*, in *Resp. civ.*, 2018, 1092, in commento a Cass, sez. un., 22.5.2018, n. 12564 e a Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 23.2.2018, n. 1.

⁴ PUCCINI, *Contributo allo studio dell'accertamento privato*, Milano, 1958, p. 125. È noto che questa figura è stata elaborata dalla dottrina tedesca della fine dell'800, ed ha avuto una certa diffusione in Italia intorno alla metà del 900. I dubbi sulla rilevanza di questo contratto hanno riguardato la sua efficacia, divisa tra dichiarativa e dispositiva, e la sua autonomia dalla transazione, una volta che a questa venga attribuito il ruolo di rimuovere l'incertezza: così VALSECCHI, *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, in *Tratt. Cicu e*

si accosti all'argomento ricava è quella di una grande confusione, nella quale i vari concetti e i vari istituti giuridici si mescolano e si sovrappongono fra loro in modo assai poco rigoroso, quando non casuale *tout court*, lasciando il lettore decisamente disorientato e frastornato. [...] In materia, veramente non è solo un vezzo retorico asserire che tutto e il suo contrario si trova sostenuto»⁵. Queste asserzioni, pur essendo condivise da tutti coloro che anche recentemente si sono occupati del tema⁶, tuttavia non hanno avuto l'esito di far abbandonare questa figura da parte degli operatori del diritto, ad esempio, con una diversa qualificazione dell'atto. L'atteggiamento resta quello di immaginare una figura generale di contratto d'accertamento, della quale talune ipotesi costituirebbero specie⁷.

L'ultima specie in ordine di tempo è quella prevista legislativamente dall'art. 2643, n. 12 *bis*, c.c., secondo il quale «gli accordi di mediazione che accertano l'usucapione con la sottoscrizione del processo verbale autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato», possono essere trascritti⁸. In molti hanno affermato che, non trattandosi di transazione, questo contratto presenta tutte le caratteristiche del contratto d'accertamento. Per non dire della prassi seguita da certe agenzie delle entrate che applicano un regime fiscale agevolato agli accordi raggiunti dalle parti in sede di mediazione, a condizione che quegli accordi non siano qualificati transazione. L'uno e l'altro contratto sono idonei a superare la lite, ma soltanto uno gode del favore fiscale, e ciò lascia intendere che il civilista dovrebbe qualificare diversamente l'uno rispetto all'altro.

Nonostante tutto questo, non è sicuro che esista un vero e proprio spazio autonomo per il contratto di accertamento, posto che le specie riconducibili al genere, a ben vedere, ben possono essere qualificate altrimenti. Certo, spesso è avvertita la necessità di menzionarlo, anche senza un bisogno effettivo, quando si afferma che «l'interpretazione del contratto e degli effetti sostanziali del negozio giuridico (tran-

Messineo, cit., p. 233 ss.; MOSCARINI e CORBO, *Transazione (diritto civile)*, in *Enc. Giur.*, XXXI, Roma, 1994, p. 2. Una indagine molto ampia su questo contratto è svolta da PAOLINI, *Il contratto di accertamento*, Padova, 1997, la quale dimostra che la figura è ormai entrata di pieno diritto soprattutto in conseguenza dell'impiego fattone dalla giurisprudenza. Di recente, anche BOZZI, *Accertamento negoziale e astrazione materiale*, Padova, 2000, nel cui studio, oltre a ricostruire il dibattito, l'autrice segnala che le ritrosie ad ammettere la figura da parte dei giuristi italiani derivarono anche dal fatto che, proprio ragionando su questo contratto, alcuni giuristi tedeschi ravvisarono l'esistenza di un negozio astratto anche nel nostro sistema.

⁵ FORNACIARI, *Il negozio di accertamento*, in E. GABRIELLI e F.P. LUISO (a cura di), *I contratti di composizione delle liti*, *, Torino, 2005, p. 6 s.

⁶ Senza pretesa di completezza: GENTILI A., *Autonomia privata e potere di accertamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1367; MINERVINI E., *Il negozio di accertamento e la trascrizione*, in *Riv. not.*, 2016, p. 241; DI PAOLO M., *Negozio di accertamento*, in *Digesto civ.*, XII, Torino, 1995, p. 54; DALFINO D., *Note in tema di negozio di accertamento e trascrivibilità dell'accordo di conciliazione sull'intervenuta usucapione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, p. 1297 ss.

⁷ Questa impostazione è bene descritta da D'ANDREA S., *Sul problema del negozio atipico di accertamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, p. 31 ss.

⁸ Cfr. MINERVINI E., *Il negozio di accertamento e la trascrizione*, in *Riv. not.*, 2016, p. 241 ss.

sazione, negozio di accertamento, rinuncia od altro negozio) stipulato dalle parti contestualmente alla conciliazione giudiziale è riservata esclusivamente al giudice di merito»⁹. O addirittura quando ci si interroghi sulla esistenza di un atto di accertamento anche di natura unilaterale, affrettandosi a ricordare che, secondo l'art. 1324 c.c., le norme sul contratto in generale ben possono essere applicabili anche a questi atti unilaterali e per i fini più diversi: dal riconoscimento della proprietà di altri¹⁰; all'atto di revisione dei prezzi previsti nel contratto di appalto¹¹; dall'atto di adesione al retratto agrario¹²; alla dichiarazione che l'appaltatore sottoscriva *motu proprio* in ordine al valore definitivo di precedenti contestazioni da attribuirsi all'iscrizione delle relative partite e dei relativi accrediti in contabilità¹³.

Situazione paradossale, da un lato una forte propensione a ritenere inutile la categoria del contratto d'accertamento, dall'altro lato una sua sovraesposizione; viene invocato anche laddove se ne potrebbe fare a meno. Verrebbe da dire, nulla di nuovo sotto il sole, ma non vorrei affrettare troppo il racconto, quindi procediamo con ordine.

2. Rispetto agli studi del passato, generalmente da qualche tempo si rifugge dalla tentazione di orientarsi verso la ricerca di una figura generale di accertamento nel diritto privato, e si limita il campo di analisi alle regole operazionali di questo contratto, del quale è indiscusso il suo carattere di atipicità. Ciò premesso è bene osservare che il contratto d'accertamento, e pure la transazione per come si dirà nei §§ ss., non si identificano con la composita categoria degli atti riproduttivi, i quali necessariamente ripetono dal primo atto lo stesso schema causale¹⁴. L'autonomia dell'atto meramente riproduttivo deriva dal fatto che spesso questo ripropone una dichiarazione, poiché la precedente è priva di effetti. Se si forma il consenso sulla vendita di un bene immobile, ma questo manca della forma scritta, il contratto ri-

⁹ Cass., 4.12.1986, n. 7193, in *Foro it.*, 1987, I, c. 2172.

¹⁰ Cfr., fra le più recenti, Cass., 9.12.2015, n. 24848, in *Guida al diritto*, 2016, 8, p. 92.

¹¹ Cfr. Coll. arb., 19.7.1989, in *Arch. giur.*, 1991, p. 97; Coll. arb., 20.12.1988, *ivi*, 1989, p. 908; Coll. arb., 23.9.1987, *ivi*, 1989, p. 333; il collaudo Coll. arb., 11.5.1990, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1991, p. 1488, è un negozio di accertamento nel «collaudo approvato e accettato»; Coll. arb., 23.3.1984, *ivi*, 1985, p. 23

¹² Cfr. App. Cagliari, 18.3.1988, in *Riv. giur. sarda*, 1990, p. 337, con nota di LUMINOSO, *Sulla dichiarazione di adesione al retratto agrario*: «La dichiarazione di adesione al retratto agrario (escluso che abbia lo scopo di realizzare l'incontro di volontà del retraente col retrattato e di formare un titolo contrattuale), avendo valore di riconoscimento del diritto del retraente e funzione di rimuovere qualunque incertezza sulla situazione giuridica preesistente, ha natura di negozio (unilaterale recettizio) di accertamento».

¹³ Cfr. Cass., 6.11.1981, n. 5857, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1981, II, p. 477, nella quale si precisa che tale dichiarazione «non costituisce transazione, a causa del difetto di reciproche concessioni delle parti e della mancanza di sottoscrizione dei due contraenti, ma ben può costituire un negozio unilaterale di accertamento ove sia caratterizzata dalla volizione del sottoscrittore di conferire certezza agli aspetti dubbi del rapporto sottostante, precisandone in modo definitivo e vincolante l'essenza, il contenuto e gli effetti».

¹⁴ L'ampia dimostrazione risale già a NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, cit., p. 387 s.

produttivo di quel consenso, in realtà, è l'unico contratto esistente¹⁵. Di conseguenza questo non può non produrre effetto dispositivo. Questo contratto non può essere considerato transazione, poiché manca una lite da superare con reciproche concessioni; e neppure può configurarsi come accertamento, posto che questo presuppone l'esistenza del sottostante contratto incerto nel contenuto o negli effetti.

Lo stesso vale per il medesimo contratto di vendita che, pur concluso per iscritto, sia privo delle firme autenticate necessarie per la trascrizione. Qui il successivo contratto riproduttivo, non ripete l'effetto reale già prodottosi, ma consentirà la trascrizione, in ciò confermando un effetto dispositivo, seppure limitato a quel fine¹⁶. In questa seconda ipotesi si può rilevare un contenuto di accertamento nel contratto riproduttivo, ma questo sarebbe inutile se mancasse la possibilità di ottenere la trascrizione del secondo contratto, la quale sola è capace di spiegare la ragione della sua conclusione.

Così come questi contratti non presentano affinità con l'accertamento o con la transazione, allo stesso modo non possono essere identificati con la riproduzione dei documenti, atto normalmente finalizzato alla precostituzione di un mezzo di prova, agli effetti dell'art. 2720 c.c.¹⁷. In tutti gli esempi in precedenza ricordati, la ripetizione della volontà già espressa è funzionale al raggiungimento di un risultato altrimenti non conseguibile. Sicché il successivo contratto diventa l'unico atto produttivo di effetti o, quantomeno, si pone come condizione di efficacia di quello precedente. Al contrario la riproduzione dei documenti, quand'anche richieda un consenso manifestato dalle parti interessate, si colloca al di fuori dell'esercizio dell'autonomia contrattuale. Una siffatta attività non è funzionale allo scambio di alcunché, ma garantisce la prova nel processo¹⁸.

Diversa dalle figure appena ricordate è invece la controdichiarazione di una simulazione. Questa, in tanto non riproduce alcunché, in quanto indica ciò che le

¹⁵ Cfr. Cass., 16.1.1996, n. 301, in *Mass. Foro it.*, 1996: «la possibilità di attribuire efficacia costitutiva ad una dichiarazione ricognitiva dell'altrui diritto dominicale su un bene immobile (nella specie, contenuta in un contratto di compravendita di altro immobile) presuppone che anche la causa della dichiarazione risulti dall'atto dato che, trattandosi di un bene immobile per il cui trasferimento è necessaria la forma scritta *ad substantiam*, tutti gli elementi essenziali del negozio debbono risultare per iscritto»; Cass., 29.1.1991, n. 885, in *Nuova giur. civ.*, 1991, I, p. 449, con nota di GRANELLI, *Ricognizione e accertamento di debito*; e in *Corriere giur.*, 1991, p. 558, con nota di GRANELLI, *La cassazione ritorna sulla differenza tra ricognizione di debito e negozio di accertamento*; Cass., 23.12.1987, n. 9634, in *Corriere giur.*, 1988, p. 254, con nota di MARICONDA, *Sulla ricognizione dei diritti reali immobiliari*.

¹⁶ Su queste posizioni mi sembra già NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, cit., p. 388 ss. Così anche SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, cit., p. 34 ss., nella riproduzione o nella rinnovazione l'a. sostiene che c'è un autonomo contenuto volitivo dell'atto, rispetto al quale il vizio dell'originario contratto perde rilievo, salvo che non si traduca nel vizio dello stesso contratto rinnovato. Negli stessi termini, VALSECCHI, *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, in *Tratt. Cicu e Messineo*, cit., p. 260 ss.

¹⁷ IRTI, *La ripetizione del negozio giuridico*, Milano, 1970, p. 152, assimila queste figure al genere degli atti di natura confessoria.

¹⁸ Cfr., da ultima, PAOLINI, *Il contratto di accertamento*, cit., p. 220 ss.

parti hanno effettivamente voluto, in difformità dalla dichiarazione simulata. Questa ulteriore dichiarazione non presenta alcun carattere assimilabile con il contratto d'accertamento. L'effetto della controdeklarazione è di dettare la sola regola da osservare, ma non in omaggio ad una esigenza di certezza o per risolvere una lite, bensì perché questa è l'unica regola voluta dalle parti.

Alla struttura della riproduzione si potrebbe ricadere nelle ipotesi nelle quali la transazione semplicemente riproduca in dispositivo la stessa regola del rapporto in conflitto, senza mutarla. Più volte si è ricordato l'ammissibilità di una causa transattiva, se nel contratto figurano lo scambio di rinunce fra le parti transigenti. Si potrebbe sostenere che, a queste condizioni, il contratto si delinea come riproduzione, o forse accertamento mero, del titolo dal quale è sorta la lite¹⁹. Ma questa conclusione non è soddisfacente per due ragioni. La prima è che il nuovo contratto nasce soltanto allo scopo di superare una lite, e questo solo fatto sarebbe di per sé sufficiente a qualificarlo con causa di transazione. Inoltre, questo nuovo contratto, seppure non tragga effetto dispositivo dalle obbligazioni che crea, ugualmente contiene scambievoli rinunce che costituiscono proprio quelle reciproche concessioni, o quel comune sacrificio, cui le parti si sottopongono per realizzare il fine del superamento della lite. Il profilo regolamentare del contratto, che porta con sé l'efficacia dispositiva secondo l'art. 1321 c.c., si cataloga nel genere della transazione e non in quello del contratto d'accertamento, ancorché, fenomenologicamente sembra doversi spiegare nella logica del contratto riproduttivo.

3. Probabilmente il percorso preferenziale che porta a dover confrontarsi con il tema del contratto di accertamento resta l'indagine sulla transazione. In comune con questa figura, il contratto d'accertamento ha l'antefatto pregiudiziale, ossia la *res dubia*. Proprio questa sarebbe la ragione che fa nascere la lite da superare con la transazione, proprio questa sarebbe la ragione che induce le parti a ritornare sulla vicenda già regolata da un precedente contratto, per introdurre un certo chiarimento²⁰. Accertamento e transazione derivano da un precedente rapporto il quale godeva di una regola di disciplina: questa va coordinata con quella data dal successivo contratto. Pertanto sia per l'accertamento, sia per la transazione, si è discusso dell'efficacia dichiarativa o dispositiva dell'atto di autonomia. Storicamente, per la transazione, la questione ha incominciato a porsi quando, nell'alto medioevo, in contrasto con la tradizione romanistica e canonistica, per sottrarre il contratto dall'intollerabi-

¹⁹ Espressamente su questi profili, VALSECCHI, *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, in *Tratt. Cicu e Messineo*, cit., p. 262 s.

²⁰ È questa la tesi tradizionalmente attribuita a GIORGIANNI, *Accertamento (negozio di)*, in *Enc. Dir.*, 1958, I, p. 227 ss.; Cass., 12.11.1981, n. 6001, in *Mass. Foro it.*, 1981: «perché un negozio possa qualificarsi d'accertamento, è necessario che esso abbia, come causa, la rimozione della situazione di incertezza in cui si trova un determinato rapporto giuridico, come oggetto, la fissazione del contenuto di un precedente negozio e, come effetto, a differenza dell'atto ricognitivo ex art. 2720 c.c., la creazione di un'obbligazione nuova, che impone alle parti il riconoscimento di quel contenuto».

le pressione fiscale, si è incominciato ad affermare che questo contratto *non transfert dominus*, trattandosi di *alienatio necessaria*, come nella divisione convenzionale. Sembra quasi che la storia si ripeta²¹.

Ancora, ad una prima indagine, parrebbe che l'accertamento sia una costante di queste figure, che, come il giudice decide dopo aver accertato la *causa petendi*, i contraenti illuminano i lati oscuri della vicenda con l'accertamento contrattuale; oppure che le parti in lite concludano la transazione dopo aver accertato i termini della vicenda finita in conflitto²². Chiudendo coerentemente il ragionamento così impostato, si dovrebbe propendere per una soluzione che vede la vicenda originaria in primo piano, poiché l'efficacia dipende proprio dall'originario titolo accertato con la sentenza, con il contratto d'accertamento o con la transazione che produce un effetto preclusivo rispetto alla possibilità di rinnovare il conflitto sorto²³.

Senonché, è stato obiettato che nella transazione il profilo dell'accertamento è estraneo all'attività delle parti²⁴: ciò che ha rilievo è l'atto di autonomia con il quale la lite viene risolta o prevenuta, mediante le reciproche concessioni²⁵. Quando le parti transigono non hanno un interesse diretto all'accertamento sulla verità della loro posizione, vogliono superare la lite. Pertanto con la transazione le parti non accertano e neppure chiariscono una vicenda dai contorni incerti, semmai «costituiscono» e talvolta «regolano» soltanto, nel significato proprio dell'art. 1321 c.c.: il nuovo rapporto che sostituisce il precedente²⁶. La transazione, «supera la controver-

²¹ In tempi recenti, l'origine della tesi dichiarativa della transazione fonda sull'interpretazione letterale dell'art. 1772 c.c. abr., secondo il quale «le transazioni hanno tra le parti l'autorità di una sentenza irrevocabile»; formulazione analoga era contenuta nell'art. 2052 *code Napoléon*. Tuttavia questa espressione avrebbe dovuto essere letta per il suo significato traslato (secondo VALSECCHI, *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, in *Tratt. Cicu e Messineo*, XXXVII, 2, Milano, 1986, p. 269, «il suo valore è puramente simbolico»), allo stesso modo in cui viene interpretata la «forza di legge», nell'art. 1372 c.c., riferita al contratto. Così come un contratto non può essere una legge, in base alla seconda norma, allo stesso modo il medesimo contratto non può essere una sentenza, secondo l'art. 2052 *code Napoléon*.

²² Si vedrà fra breve che il carattere proprio della transazione consista nelle reciproche concessioni con le quali si supera o si previene una lite, ai sensi dell'art. 1965 c.c.

²³ Come è noto la tesi dell'effetto preclusivo che nasce da qualsiasi accertamento risale a FALZEA, *Accertamento*, in *Enc. Dir.*, 1958, I, p. 205 ss., spec. p. 209 ss.

²⁴ In senso contrario, CARRESI, *La transazione (diritto vigente)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIX, Torino, 1973, p. 485: «le parti, quando non concordano nella valutazione della situazione iniziale, devono in primo luogo mettersi d'accordo sul modo di intenderla, cioè devono "accertarla" e solo in un secondo tempo, dopo averla accertata, potranno procedere alla sua modifica». L'assunto pare ragionevole, tuttavia, come si osserverà in seguito, è valida la transazione conclusa dalla parte che sia convinta di avere completamente ragione, ma ritenga per sé conveniente eliminare ad ogni costo il rischio di una lite.

²⁵ Già NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, ora in *Raccolta di scritti*, I, Milano, 1980, p. 385, la pubblicazione risale al 1935; D'ONOFRIO, *Della transazione*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1974, sub art. 1965, p. 222.

²⁶ È pertinente la seguente massima della Cass., 13.5.1996, n. 4448, in *Mass. Foro it.*, 1996: «poiché il presupposto della *res dubia* che caratterizza la transazione, è costituito non dall'incertezza obiettiva circa lo stato di fatto e diritto, ma dalla sussistenza di discordanti valutazioni in ordine alle correlative situazioni giudiziali dei rispettivi diritti e obblighi delle parti, nessuna incidenza sulla validità ed efficacia del negozio

sia senza accertare il fatto e risolvere questioni giuridiche, prescinde dalla fissazione della ragione e del torto»²⁷.

Seppure possa apparire scolastico, prima di passare all'indagine sul contratto di accertamento, è opportuno riflettere ancora sul carattere vincolante della transazione e della sentenza, alla luce dell'accertamento. La transazione fa stato fra le parti, non per via dell'accertamento, ma in conseguenza della natura dispositiva del contratto, che richiama la «forza di legge tra le parti» dell'art. 1372 c.c.; mentre la sentenza fa stato «tra le parti, i loro eredi o aventi causa», per effetto della preclusione che deriva dalla cosa giudicata, secondo l'art. 2909 c.c., che copre il dedotto e il deducibile. In sostanza, una volta che una lite sia stata decisa con una sentenza, quella lite non esiste più, poiché il conflitto è stato risolto in favore di una o dell'altra parte, in applicazione della regola originaria. Pertanto la riproposizione della medesima lite costituirebbe un *bis in idem* inammissibile. Viceversa la riproposizione della medesima domanda in via giudiziale, una volta che questa abbia trovato composizione in una transazione, si concluderebbe con una sentenza di rigetto, posto che la transazione equivarrebbe alla produzione di una quietanza in un giudizio avente ad oggetto la domanda di adempimento²⁸.

può attribuirsi, al di fuori delle ipotesi previste dagli art. 1971 segg. c.c. all'accertamento *ex post* della assoluta infondatezza delle contrapposte pretese; pertanto, la sentenza di mero accertamento con cui in sede di opposizione all'esecuzione venga affermata l'inesistenza del diritto del creditore di procedere ad esecuzione forzata, non vale a fondare la domanda giudiziale rivolta a conseguire, a titolo di liquidazione di indebito la restituzione di quanto il debitore esecutato abbia in via transattiva pagato al creditore per ottenerne la desistenza dall'azione esecutiva o addirittura la rinuncia al credito». Analogamente Trib. Milano, 1.7.1993, in *Contratti*, 1994, p. 176, con nota di BOZZOLA, *Presupposti ed effetti preclusivi della transazione*: «intervvenuto l'accordo transattivo, resta preclusa la possibilità di stabilire quale fosse realmente la situazione giuridica preesistente».

²⁷ DEL PRATO, *La transazione*, Milano, 1992, p. 8; l'opinione è largamente accolta: VALSECCHI, *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, in *Tratt. Cicu e Messineo*, cit., p. 270. Tra i pochi sostenitori della diversa opinione c'è CARRESI, *La transazione (diritto vigente)*, cit., p. 484, il quale sostiene che «della transazione e del contratto di accertamento non si può dire che modifichino la situazione preesistente»; «di fronte ad una situazione nella cui valutazione discordano, le parti non hanno altra alternativa che procedere alla eliminazione di quell'incertezza» (*ibidem*). Le considerazioni in precedenza svolte nel testo costituiscono valide obiezioni alla tesi che vede la transazione come strumento per escludere l'incertezza, attraverso la rilettura degli effetti dell'originario rapporto. E ancora: la transazione formalmente «si presenta come un negozio o costitutivo o modificativo o estintivo a seconda della natura del contratto che viene ripetuto, ma tale comando, appunto per la sua qualità di comando complementare, non causa una nuova vicenda, bensì solo rafforza una vicenda già avveratasi per il fatto di metterla fuori contestazione» (*ivi*, p. 496). Questa tesi neppure è condivisibile per la sola transazione semplice, come si vedrà oltre nel testo.

²⁸ Cfr. Cass., sez. lav., 13.5.1995, n. 5243, in *Mass. Foro it.*, 1995: «l'interpretazione del giudicato (c.d. esterno) formatosi fra le stesse parti in un giudizio diverso da quello nel quale esso è invocato, istituzionalmente riservata al giudice del merito, è incensurabile in sede di legittimità, salvo che per violazione dell'art. 2909 c.c. ovvero delle norme e dei principi di diritto in tema di *res iudicata*, ovvero ancora per vizi attinenti alla motivazione, i quali vanno specificamente dedotti non essendo sufficiente il mero richiamo all'art. 2909 c.c. o all'art. 324 c.p.c. e restando comunque escluso che possa censurarsi direttamente l'accertamento coperto dal giudicato, sollecitando nuove e difformi decisioni sulle questioni già decise (nella specie, secondo

La sentenza non innova rispetto al rapporto in lite, decide quale efficacia debba avere il diritto o il rapporto in conflitto. Al contrario la transazione innova sempre il rapporto in conflitto, anche nell'ipotesi in cui ponga solo una regola da osservare tra le parti, senza far nascere alcuna nuova obbligazione rispetto al rapporto originario: ciò avviene quando le parti reciprocamente si scambino rinunce. Ciò spiega perché il giudicato copre il dedotto e il deducibile del rapporto in conflitto, mentre l'effetto processualmente preclusivo che deriva dalla transazione dipende dal suo oggetto²⁹. Pertanto, non potendosi equiparare la transazione ad una sentenza, l'oggetto di quest'ultima non può identificarsi con l'intero rapporto in conflitto, ma soltanto con la rappresentazione datane con la pretesa e con la contestazione svolte dai transigenti³⁰.

Neppure dal punto di vista funzionale, c'è identità fra l'*exceptio rei iudicatae* e l'*exceptio rei per transactionem finitae*, sebbene entrambe siano idonee a paralizzare la successiva azione relativa alla stessa lite. È ben vero che entrambe le eccezioni devono essere dedotte dalle parti, poiché il giudice non può rilevare d'ufficio l'*exceptio rei iudicatae*³¹, così come non può rilevare l'*exceptio rei per transactionem finitae*³². Tut-

l'interpretazione del giudice di merito il giudicato formatosi in una precedente controversia fra datore di lavoro e lavoratore aveva stabilito che la transazione con la quale era stata riconosciuta a quest'ultimo una determinata anzianità di servizio aveva ricompreso ogni aspetto e ogni incidenza dell'anzianità stessa, con la sola eccezione del diritto alle retribuzioni *medio tempore* maturate, sicché di tale anzianità doveva tenersi conto al fine del decidere sulla domanda di risarcimento del danno da omissione contributiva; la suprema corte rilevando l'inammissibilità del motivo di ricorso con il quale si prospettava una diversa lettura dell'accordo transattivo ha confermato la sentenza impugnata ribadendo il principio di cui alla massima»).

²⁹ Una chiara rappresentazione di questa regola si desume dall'orientamento giurisprudenziale che esclude la remissione della querela dalla transazione sul risarcimento del danno (Cass., 18.1.1990, in *Riv. pen.*, 1991, p. 192), anche quando vi sia un «impegno a rimettere la querela», «manifestato in forma scritta in un atto di transazione»: Cass. pen., 18.9.1989, in *Riv. pen.*, 1990, p. 770; Cass. pen., 22.3.1988, in *Arch. circolaz.*, 1989, p. 307; Cass. pen., 2.2.1988, in *Arch. circolaz.*, 1988, p. 827; Cass. pen., 5.5.1981, in *Riv. pen.*, 1982, p. 180.

³⁰ Cfr. Cass., 4.12.1986, n. 7193, in *Mass. Foro it.*, 1986, secondo la quale «deve escludersi qualsiasi equivalenza tra l'eccezione di intervenuta conciliazione giudiziale e l'*exceptio rei iudicatae*». *Contra* GITTI, *L'oggetto della transazione*, Milano, 1999, p. 338 ss.

³¹ Cfr., fra le tante, Cass., 29.8.1998, n. 8622, in *Mass. Foro it.*, 1998: «la preclusione dipendente da giudicato esterno costituisce oggetto di una eccezione in senso proprio, sicché non è rilevabile d'ufficio dal giudice, né può essere fatta valere per la prima volta in sede di legittimità»; Cass., 24.8.1998, n. 8384, *ivi*, 1998; Cass., 24.9.1997, n. 9378, *ivi*, 1997, anche se non richiede l'uso di formule particolari; tuttavia, Cass., 16.7.1997, n. 6476, *ivi*, 1997: «la sola produzione nel corso del processo di una sentenza pronunciata fra le stesse parti in un altro giudizio non comporta, di per sé, la deduzione dell'eccezione di giudicato esterno e non esime la parte che ha interesse a proporla dall'onere di affermazione, trattandosi di questione non rilevabile d'ufficio»; Cass., 19.2.1997, n. 1509, *ivi*, 1997.

³² Lo rileva CARRESI, *La transazione (diritto vigente)*, cit., p. 491, nota 9, seppure sia il maggior fautore della teoria dichiarativa della transazione. Diverso è il caso in cui sia l'attore che nella *causa petendi* dia atto dell'intervenuta transazione e, ciononostante, chieda soddisfazione sulla base del rapporto originario. In questo caso il giudice è tenuto ad esaminare gli effetti della transazione, poiché questa costituisce un elemento costitutivo dell'azione fatta valere: l'esempio è simile a quello di chi agisca per l'adempimento

tavia il diverso modo di delinarsi dell'una rispetto all'altra eccezione si coglie osservando gli effetti di un giudicato pronunciato sulla medesima controversia oggetto di transazione, come dispone l'art. 1974 c.c. Un conto è affermare l'impossibilità di pronunciare una nuova sentenza, stante il *ne bis in idem*, altro conto è dedurre un ulteriore fatto, come la transazione (o la quietanza nell'esempio appena riportato) per ottenere il rigetto della domanda proposta.

4. Molti studiosi condividono l'idea che si possa semplicemente accertare, senza disporre e, conseguentemente, senza transigere³³; non tutti ritengono che il potere di accertare possa essere ricompreso in quello di disporre³⁴. È ben vero che, se le parti hanno il potere di disporre, non vi sono ragioni per negare che esse abbiano anche quello di accertare validamente il rapporto. Ma è altrettanto vero che, se dispongono, in ciò si riassume la causa del contratto, il quale proprio per questa ragione si differenzia dal titolo oggetto di accertamento. Sicché, senza voler qualificare questo nuovo contratto come transazione, esso apparirà come contratto che regola, ai sensi dell'art. 1321 c.c., dunque proprio per questo costituisce.

Peraltro, si potrebbe pure affermare, con il contratto d'accertamento le parti non vogliono nulla di diverso rispetto a quanto hanno già disposto con il titolo dal quale deriva l'esigenza di accertare, sicché la fonte dell'impegno giuridicamente rilevante resta l'originario titolo così come accertato e non invece il successivo contratto d'accertamento. Si potrebbe così affermare che con il contratto d'accertamento le parti vogliono semplicemente sostituire ad una vicenda incerta una situazione certa, con effetto preclusivo quanto alla riproposizione di questioni oggetto del nuovo regolamento; mentre con la transazione esse vogliono sostituire ad una vicenda litigiosa una situazione pacifica³⁵. Oppure si potrebbe affermare che il contratto di accer-

segnalando che il suo credito è prescritto. Il giudice non rileva d'ufficio l'inammissibilità dell'azione per intervenuta transazione, ma rigetta la domanda per mancanza di prova sull'esistenza del diritto fatto valere. Con questi limiti può essere condivisa l'opinione di GITTI, *L'oggetto della transazione*, cit., p. 362.

³³ Cfr. SANTORO-PASSARELLI, *L'accertamento negoziale e la transazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1956, p. 1 ss.; LAUDISA, *La contestazione della transazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1990, p. 421 ss.; per la tesi negatrice, cfr. anche FURNO, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, Firenze, 1948, p. 112 ss., critico anche della tesi di REDENTI, *Dei contratti*, Padova, 1931, p. 5 ss., che aveva qualificato l'accertamento come contratto regolamentare. Sostiene il FURNO che questa funzione è tipica di tutti i contratti, ma non è sufficiente a spiegare il come di questo regolamento.

Spesso l'accostamento tra questi contratti è servito per attribuire efficacia dispositiva alla transazione, conservando quella dichiarativa al contratto d'accertamento: riflette su questi temi SEGNI, *Natura della transazione e disciplina dell'errore e della risoluzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, p. 255.

³⁴ Così aveva ritenuto già STOLFI, *Natura giuridica del negozio di accertamento*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1933, I, p. 133.

³⁵ Sono emblematiche queste decisioni, quasi tutte in tema di ricognizione di diritto reale: Cass., 23.3.1996, n. 2611, in *Mass. Foro it.*, 1996: «il negozio di accertamento, avendo la funzione di fissare il contenuto di un rapporto giuridico preesistente con effetto preclusivo di ogni contestazione al riguardo, non costituisce fonte autonoma degli effetti giuridici da esso previsti e, pertanto, per la regolamentazione della situazione controversa (nella specie, sussistenza, o meno, della comproprietà di beni immobili tra i coniugi), deve farsi

tamento sarebbe da collocare in una categoria intermedia tra gli atti di mera ricognizione con effetto puramente dichiarativo e i negozi di secondo grado con effetto modificativo della precedente disciplina convenzionale³⁶.

Non è tutto. C'è stato chi, confutando radicalmente questi ragionamenti, ha sostenuto che il contratto o, con linguaggio di allora, il negozio giuridico, non è uno strumento idoneo all'accertamento. Quest'ultimo presuppone una situazione non modificabile, mentre il primo ha il fine di introdurre innovazioni giuridicamente vincolanti. L'accertamento presuppone un giudizio, mentre il negozio postula l'introduzione di un comando. Sicché l'accertamento, legato al giudizio, può essere espresso soltanto da un soggetto terzo, il giudice, mentre le parti potrebbero soltanto con un successivo contratto modificarne una precedente, ma ciò non significa accertare³⁷.

Le obiezioni sono indubbiamente forti, tuttavia presuppongono che l'accertamento sia esclusivamente legato alla rappresentazione dei fatti e degli atti per fini di prova: si pensi alla confessione o alla ricognizione di debito, figure normalmente chiamate in causa in questi ragionamenti. Ragion per cui il tradizionale collegamento fra l'accertamento e la transazione obbliga questa tesi a collocare la lite al di fuori della causa transattiva per valorizzare il solo elemento di innovatività rispetto al rapporto in conflitto. In questa logica la lite sarebbe un elemento meramente descrittivo e presupposto del contratto, mentre la causa consisterebbe in uno scambio fra prestazioni, l'oggetto identificherebbe proprio quelle singole prestazioni che danno un nuovo assetto al rapporto³⁸.

Si è già ricordato che il contratto d'accertamento e la transazione hanno in comune il raccordo con un titolo sottostante: si può accertare solo qualcosa che esisteva già; allo stesso modo, normalmente si può superare solo una lite nata da una si-

capo, in ogni caso, alla fonte precettiva originaria, in quanto l'indicato negozio è volto soltanto ad eliminare le incertezze della situazione giuridica preesistente, presupponendo l'esistenza di un rapporto giuridico tra le parti, in mancanza del quale il negozio di accertamento difetta di causa ed è nullo»; Cass., 16.1.1996, n. 301, *ivi*, 1996; Cass., 9.7.1987, n. 5999, in *Mass. Foro it.*, 1987: «a differenza della transazione, con la quale le parti modificano la disciplina di un rapporto preesistente mediante reciproche concessioni, con il negozio di accertamento, le parti rimuovono dubbi e incertezze relativi ad un determinato rapporto giuridico con una regolamentazione nuova ma corrispondente alla situazione preesistente, restando pur esso soggetto (specialmente in materia di lavoro) al limite imposto dall'art. 1966 c.c., che sancisce la nullità della transazione avente ad oggetto diritti sottratti alla disponibilità delle parti».

Riflette su questi temi VALSECCHI, *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, in *Tratt. Cicu e Messineo*, cit., p. 234 ss.

³⁶ Tale tesi fa rientrare in questa categoria la convalida, la ratifica, la conferma, la previsione dell'co. ult. dell'art. 171. 47/85: CATRICALÀ, *Accertamento (negozio di)*, *Enc. Giur.*, Roma, 1988, I. Altrove ho manifestato riserve su questa concezione: FRANZONI, *Dell'annullabilità del contratto*, in *Comm. Scialoja-Branca*, cit., sub art. 1444, § 4 ss.

³⁷ Questa impostazione risale a FURNO, *Accertamento convenzionale e confessione giudiziale*, Firenze, 1948, pp. 9 ss., 19, 28 s., 44; SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1975, p. 25 ss.

³⁸ Cfr. FRANZONI, *La transazione*, Padova, 2001, p. 17 s.; FURNO, *Accertamento convenzionale e confessione giudiziale*, cit., pp. 67-71.

tuazione regolata in precedenza³⁹. La condizione giuridica del sottostante rapporto può essere di vero e proprio conflitto, oppure può essere di semplice incertezza sul contenuto o sulla sua efficacia. Si suole dire che, nel primo caso si avrà transazione⁴⁰, mentre nel secondo un contratto di accertamento⁴¹. Secondo alcuni appartiene a questa seconda specie il lodo irrituale redatto dagli arbitri irrituali chiamati anche quali amichevoli compositori, poiché la loro opera consisterebbe nel dare direttamente voce alla volontà delle parti, definendo o integrando il titolo originario⁴².

Ad una riflessione più attenta non è facile ipotizzare che il dubbio sia la vera causa del nuovo contratto, si può ritenere che sia l'intento di prevenire una futura lite. In ogni caso il limite tra mero accertamento e transazione è davvero molto labile. Per contro l'attività degli arbitri è di svolgere un incarico professionale che verosimilmente muterà i diritti e gli obblighi delle parti che hanno conferito loro l'incarico; non pare sia questo un vero e proprio accertamento, quando piuttosto un arbitrato o comunque un atto con finalità integrativa del precedente.

³⁹ Cfr. Cass., 29.1.1991, n. 885, in *Nuova giur. civ.*, 1991, I, p. 449, con nota di GRANELLI, *Ricognizione e accertamento di debito*; e in *Corriere giur.*, 1991, p. 558, con nota di GRANELLI, *La cassazione ritorna sulla differenza tra ricognizione di debito e negozio di accertamento*: «il negozio d'accertamento, anche se si limiti a stabilire l'esistenza e la consistenza di una singola obbligazione, deve necessariamente indicare il rapporto cui l'obbligazione stessa si ricollega».

⁴⁰ Proprio per questo così decide la Cass., sez. lav., 6.1.1984, n. 62, in *Riv. it. dir. lav.*, 1984, II, p. 885; e in *Orient. giur. lav.*, 1985, p. 339: «l'accordo fra datore di lavoro e lavoratore, circa il carattere autonomo e non subordinato delle prestazioni lavorative espletate in un determinato periodo anteriore alla formale assunzione, esula dal mero negozio di accertamento e integra una transazione, qualora risulti intervenuto non con la mera funzione di rendere certa una situazione incerta, ma con lo scopo di comporre, mediante reciproche concessioni, una lite, attuale o potenziale, mentre resta irrilevante nel concorso di tali requisiti del negozio transattivo, ogni indagine a posteriori sull'effettiva ricollegabilità di quelle prestazioni ad un rapporto autonomo anziché subordinato».

⁴¹ Cfr. Cass., 10.1.1983, n. 161, in *Mass. Foro it.*, 1983 (riportata per esteso da PAOLINI, *Il contratto di accertamento*, cit., p. 241): «a differenza della transazione, che postula una reciprocità di concessioni tra le parti in modo che ciascuna di esse subisca un sacrificio, e della rinuncia, che postula l'esistenza di un diritto acquisito e la volontà abdicativa volta a dismettere il diritto medesimo, il negozio di accertamento ha la funzione di fissare il contenuto di un rapporto giuridico preesistente con effetto preclusivo di ogni ulteriore contestazione al riguardo; esso non costituisce fonte autonoma degli effetti giuridici da esso previsti, ma rende definitive e immutabili situazioni effettuali già in stato di obiettiva incertezza, vincolando le parti ad attribuire al rapporto precedente gli effetti che risultano dall'accertamento, e precludendo loro ogni pretesa, ragione od azione in contrasto con esso».

⁴² Cfr. TAVORMINA, *Sul contratto di accertamento e sulla tutela, anche cautelare ed esecutiva, a mezzo di arbitri irrituali*, in *Corriere giur.*, 2006, p. 1614; Cass., 18.11.2015, n. 23629, in *Mass. Foro it.*, 2015; Cass., 8.11.2013, n. 25258, *ivi*, 2013; Cass., 31.10.2013, n. 24552, *ivi*, 2013; Cass., 27.9.1993, n. 9727, in *Foro it.*, 1993, I, c. 3254; Cass., 9.12.1986, n. 7315, *ivi*, 1987, I, c. 634; Cass., 21.2.1980, n. 1238, in *Giur. it.*, I, 1, c. 565; le massime ripetono questo adagio, che raramente è *ratio decidendi*: «nell'arbitrato rituale le parti mirano a pervenire ad un lodo suscettibile di essere reso esecutivo e di produrre gli effetti di cui all'art. 825 c.p.c. con l'osservanza delle regole del procedimento arbitrale, mentre nell'arbitrato irrituale esse intendono affidare all'arbitro la soluzione di controversie soltanto attraverso lo strumento negoziale, mediante una composizione amichevole o un negozio di accertamento riconducibile alla volontà delle parti stesse, le quali si impegnano a considerare la decisione degli arbitri come espressione della loro volontà».

5. L'impressione che si riceve dall'esame di questo dibattito sul contratto d'accertamento, forse un po' datato, è che in effetti, difficilmente si può escluderne la natura dispositiva, ancorché non possa produrre l'effetto reale⁴³ e neppure novativo⁴⁴, quand'anche si risolve sul piano della interpretazione della regola del precedente rapporto. Anche senza giungere ad attribuire il ruolo di atto modificativo di quello incerto, poiché in questo caso il suo oggetto andrebbe ben oltre il mero accertamento⁴⁵, è difficile escludere che la regola posta non sia cogente, unitamente a quella sulla quale si innesta. Forse aveva visto giusto il Nicolò, che ha attribuito al contratto di accertamento il carattere dichiarativo, quanto alla funzione, mentre costitutivo, quanto al contenuto⁴⁶.

Probabilmente il modo per attribuire rilievo al contratto d'accertamento consiste nel ritagliarne uno spazio, in quelle vicende nelle quali l'incertezza delle parti non si è ancora trasformata in conflitto vero e proprio⁴⁷. Oppure quando le parti hanno già preventivamente indicato il modo di giungere ad un certo risultato in previsione della instaurazione di un processo o della definizione transattiva. A questa categoria di contratti appartiene, ad esempio, la perizia contrattuale, quando questa venga impiegata nel modo descritto in precedenza⁴⁸. In particolare la perizia non chiarisce

⁴³ Cfr., fra le tante, Cass., 16.12.1987, n. 9358, in *Giur. agr. it.*, 1988, p. 411; e in *Vita not.*, 1988, p. 235: «l'acquisto derivativo della proprietà di un bene immobile postula un contratto, a contenuto traslativo, intervenuto con il precedente titolare del diritto e soggetto alla forma scritta *ad substantiam*, mentre, in difetto di questo, non può discendere da un negozio di mero accertamento, il quale può eliminare incertezze sulla situazione giuridica, ma non sostituirne il titolo costitutivo».

⁴⁴ Cfr. ROTONDI, *La transazione nella giurisprudenza*, Milano, 1993, p. 17.

⁴⁵ Questa tesi è stata proposta da CORRADO, *Negozi di accertamento*, Torino, 1942, p. 201 ss., che è fautore della concezione costitutiva del contratto di accertamento.

⁴⁶ Cfr. NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, cit., p. 443: «il negozio di accertamento, nella sua forma tipica del riconoscimento negoziale, realizza una funzione dichiarativa attraverso una struttura costitutiva»; in termini identici Trib. Napoli, 3.2.1973, riportata per esteso da PAOLINI, *Il contratto di accertamento*, cit., p. 150. La Cass., 5.11.1968, n. 3658, in *Mass. Foro it.*, 1968, ritiene di escludere «la natura costitutiva del negozio di accertamento, il quale non ha carattere innovativo della situazione giuridica preesistente, ma si limita a riconoscere la esplicazione, con funzione dichiarativa, nella sua essenza. Con il che questo si diversifica nettamente dalla transazione, nella quale si verifica in ogni caso un effetto costitutivo».

⁴⁷ Cfr. Cass., 5.6.1997, n. 4994, in *Foro it.*, 1997, I, c. 2456, con nota di BRUNETTI: «con il negozio di accertamento (nella specie, avente ad oggetto la determinazione del confine tra due fondi), le parti rimuovono i dubbi e le incertezze relativi ad un determinato fatto o rapporto giuridico, con effetto preclusivo di ogni ulteriore contestazione».

⁴⁸ Cfr. Cass., 17.11.1982, n. 6162, in *Mass. Foro it.*, 1982: «si ha perizia contrattuale quando le parti di un rapporto giuridico conferiscono ad una o più persone l'incarico di compiere un accertamento tecnico, come nel caso, frequente in materia assicurativa, in cui al terzo sia demandato l'accertamento di un danno e delle conseguenze di un evento, al quale sia collegata la prestazione dell'indennizzo a carico dell'assicuratore nella misura che risulterà accertata attraverso l'attività del perito; consegue che, non implicando siffatto incarico poteri d'indagine circa l'applicabilità e l'interpretazione del contratto, nonché la sua validità ed efficacia, anche con riguardo al controllo degli adempimenti facenti carico alle parti, qualora il disaccordo tra queste ultime verta pure su alcuno di tali elementi, non vi è spazio per la perizia contrattuale e non vi è altra

alle parti il contenuto del rapporto sottostante, poiché questo non è mai stato chiaro⁴⁹. Dunque non si può negare che la fonte del rapporto sia la disposizione effettuata con la perizia, a prescindere da quale impiego verrà effettuato successivamente: la conclusione di una transazione, l'inizio di una lite e così via. In ogni caso il risultato conseguito con la perizia non potrà più essere messo in discussione dalle parti⁵⁰.

In generale, il contratto d'accertamento ha l'effetto di porre una regola certa rispetto alla quale le parti non possono reintrodurre impugnazioni fondate sul preesistente titolo con i noti aspetti di incertezza⁵¹. Da ciò appare un bizantinismo porsi il problema se il nuovo contratto possa o non possa produrre effetti retroattivi, tra le parti. Certo la nuova regola è fortemente dipendente dal titolo originario, pur con questo limite, il contratto d'accertamento, resta catalogabile fra i contratti regolamentari o costitutivi secondo la definizione dell'art. 1321 c.c., e si configura come atto dispositivo. Beninteso, rispetto ai terzi, il contratto di accertamento è soggetto alla limitazione che vale per tutti i contratti, prevista dall'art. 1372, 2° co., c.c.

Una volta che si voglia dare per ammessa questa figura, per completezza, si deve pure aggiungere che non vi sono ostacoli ad ammettere tanto un accertamento in positivo, quanto un accertamento in negativo, ossia l'insussistenza di alcun diritto derivante dal rapporto incerto⁵². Neppure vi possono essere ostacoli ad ammettere che il suo oggetto possa riguardare l'accertamento di un atto così come di un fatto giuridico⁵³, questione risolta ora in larga misura dall'art. 2643, n. 12 *bis*, c.c. Ancora, una volta ammessa la figura, si deve catalogarla fra i contratti di secondo grado: quelli ai quali un vizio genetico o funzionale del titolo incerto si trasmette privando di efficacia l'accertamento compiuto, che perde ogni senso.

6. Una larga parte degli interpreti ha attribuito al contratto d'accertamento il caratteristico effetto preclusivo proprio del giudicato della sentenza o dell'*exceptio rei per transactionem finitae*⁵⁴. La rimozione dell'incertezza avrebbe come conseguenza

alternativa, nell'interpretazione di una clausola che preveda una soluzione del conflitto al di fuori della lite giudiziaria, che quella tra arbitrato rituale e arbitrato irrituale»; Cass. 18.2.1998, n. 1721, *ivi*, 1998.

⁴⁹ Cfr. Cass., 8.11.2018, n. 28511, in *Mass. Foro it.*, 2018, quando le parti di un contratto di assicurazione affidano ad un terzo l'incarico di esprimere una valutazione tecnica sull'entità delle conseguenze di un evento, al quale è collegata l'erogazione dell'indennizzo, impegnandosi a considerare tale valutazione come reciprocamente vincolante.

⁵⁰ Cass., 22.6.2015, n. 12873, in *Foro pad.*, 2015, I, c. 391, secondo la quale «la perizia contrattuale costituisce una sottospecie dell'arbitrato libero».

⁵¹ Fra i principali sostenitori di questa concezione: FALZEA, *Accertamento (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, cit., p. 209.

⁵² Per ogni riferimento, PAOLINI, *Il contratto di accertamento*, cit., p. 51 ss.

⁵³ Cfr. Cass., 23.8.1991, n. 9047, in *Corriere trib.*, 1991, p. 2759, si trattava del contratto di accertamento con il quale veniva dato atto dell'intervenuto acquisto a titolo originario di un immobile.

⁵⁴ Cfr. FALZEA, *Accertamento*, in *Enc. Dir.*, cit., p. 209 ss.; BARALIS, *L'accertamento negoziale dell'usucapione nell'ambito della mediazione «riformata»: il senso della trascrizione e i problemi connessi*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, I, p. 1371 ss.; PAOLINI, *Il contratto di accertamento*, cit., p. 140 ss., dove ulteriori riferimenti; così pure

quella di impedire alle parti la riproposizione in giudizio di questioni riguardanti obblighi o diritti delineati qualitativamente e quantitativamente con il contratto di accertamento. Letto da una diversa prospettiva si potrebbe affermare che il contratto di accertamento si pone in termini analoghi alla sentenza passata in giudicato. Probabilmente si tratta soltanto di una questione terminologica, tuttavia qualche rilievo critico a questo assunto è bene farlo.

L'effetto preclusivo è normalmente collegato al principio del *ne bis in idem* e svolge tecnicamente un ruolo sul piano processuale: la parte non può di nuovo impegnare un giudice su una questione sulla quale questi si è già pronunciato. In questo ambito, tale regola tutela una pluralità di interessi, ivi compreso quello generale della certezza del diritto, che sarebbe compromesso ogni qual volta, con l'instaurazione di un nuovo giudizio, si correrebbe il rischio di ottenere un giudicato difforme da quello precedente. Pertanto bene si comprende come l'esistenza di un giudicato precluda la proposizione della medesima lite o di una che avrebbe potuto essere deducibile nel precedente processo.

La preclusione che si determina per effetto della conclusione di un contratto di accertamento, invece, è espressiva di un principio completamente diverso: il contratto ha forza di legge fra le parti, secondo il già più volte richiamato art. 1372, 1° co., c.c.⁵⁵. Una volta rimossa l'incertezza con il contratto di accertamento questa non esiste più: l'originario rapporto deve avere l'efficacia che le parti hanno attribuito con il nuovo regolamento, il vecchio è estinto. Il contratto di accertamento comporta la rimozione dell'incertezza e, con il nuovo regolamento che si innesta sul precedente rapporto o che spiega il contenuto o gli effetti del preesistente diritto, è negata la possibilità che le parti possano successivamente riproporre contestazioni derivanti da un'incertezza rischiarata convenzionalmente, da risolvere con una sentenza o con una transazione. Se così non fosse, si dovrebbe collocare il contratto di accertamento nel novero dei rapporti di cortesia che, in mancanza di obbligatorietà, si trovano al di fuori del diritto o da questo sono occasionalmente lambiti. Oppure si dovrebbe collocarlo tra gli accordi di natura esclusivamente processuale, ma in questo caso il contratto sarebbe nullo per contrasto con l'art. 2698 c.c.

Con una forte semplificazione, si può sostenere che il contratto di accertamento produce l'effetto preclusivo, quanto alla possibilità di litigare su questioni oggetto di un rapporto che si è estinto proprio con il contratto di accertamento. Nulla in comune con la preclusività che nasce dal giudicato di una sentenza.

Senonché, questo effetto da lungo tempo attribuito al contratto d'accertamento non gli è proprio in via esclusiva; tutti i contratti con i quali si modificano precedenti accordi presentano questo carattere. Il contratto con il quale le parti modificano le quantità o il prezzo di una certa fornitura pattuita in precedenza impedisce ad una parte di chiedere al giudice l'adempimento del quantitativo originario a quel prezzo.

⁵⁵ Ho affrontato questi temi in FRANZONI, *La transazione*, cit. p. 242 ss.

Si può chiamare effetto preclusivo oppure richiesta di adempimento di un'obbligazione inesistente: chi avrà ragione?

7. Ai nostri fini pare sufficiente concludere su questo punto con una duplice considerazione. Ciò che identifica nel linguaggio comune il contratto di accertamento è quell'atto di autonomia diretto a modificare, in qualche modo, una preesistente vicenda⁵⁶. Questo spiega il legame di accessorietà fra il contratto di accertamento e l'atto o il rapporto accertato, e la impossibilità del primo di produrre gli effetti novativi che, invece, ben può produrre la transazione quando sia generale⁵⁷. La seconda è che per attribuire all'atto d'accertamento la natura propria del contratto, secondo l'art. 1321 c.c., occorre che, per lo meno, gli si riconosca l'effetto di precludere alle parti la possibilità di ridiscutere ciò che è stato deciso in quell'atto⁵⁸. In questo modo acquistano un senso compiuto i verbi «costituire» o «regolare», riferiti ad un rapporto giuridico patrimoniale dall'art. 1321 c.c.

Senonché se da questo contratto eliminiamo la transazione e tutti gli altri atti o contratti dei quali si è già fatto cenno in precedenza, viene da chiedersi: qual è la sua utilità? Seppure non sia opportuno negare esistenza al contratto atipico d'accertamento, quantomeno per l'uso che ne viene fatto nel linguaggio corrente, tuttavia il suo ambito operativo deve essere specificato attraverso l'attività dispositiva delle parti rilevabile nell'oggetto. Ma, così facendo, c'è da dubitare che si possa procedere verso una tipizzazione anche soltanto sociale del contratto in questione, poiché questo finisce per identificarsi con quei contratti che modificano precedenti contratti conclusi fra le stesse parti.

Mi sembra che si possa stabilire un parallelo con quanto è accaduto a proposito del negozio giuridico. Questa figura, ignorata dal legislatore italiano, da sempre è richiamata nella letteratura giuridica e nel linguaggio dei pratici, spesso come sino-

⁵⁶ Mi sembra pertinente il seguente passo di NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, cit., p. 443: «il negozio di accertamento, nella sua forma tipica del riconoscimento negoziale, realizza una funzione dichiarativa attraverso una struttura costitutiva»; prosegue il passo affermando che «la transazione attraverso una struttura costitutiva realizza una funzione pure costitutiva». Tuttavia questo passo è espressivo di un orientamento per lungo tempo prevalso che attribuiva al contratto d'accertamento natura dichiarativa, anche quando incominciava a prevalere la tesi dispositiva per la transazione. Così, ad es., GIORGIANNI, *Il negozio di accertamento*, Milano, 1939, pp. 52 ss., 104 ss., affermava che il contratto d'accertamento aveva una struttura costitutiva, ma una funzione dichiarativa; e CORRADO, *Il negozio di accertamento*, Torino, 1942, p. 94, lo definisce come contratto «modificativo a scopo di accertamento». L'impressione è che si tratti di espedienti per non affermarne il carattere dispositivo, proprio di ogni contratto.

⁵⁷ Cfr. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 2, cit., p. 194; DAMBROSIO, *La risoluzione per inadempimento nel negozio di accertamento*, in *Recesso e risoluzione nei contratti*, cit., p. 919.

⁵⁸ Così DEL PRATO, *La transazione*, cit., p. 7; il quale ripete l'insegnamento del FALZEA, *Accertamento (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, cit., p. 209 ss., spec. p. 212; SEGNI, *Natura della transazione e disciplina dell'errore e della risoluzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, p. 262. L'opinione è condivisa anche da altri aa.: ASCARELLI, *La letteralità dei titoli di credito*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, p. 255; ID., *Arbitri ed arbitratori*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1929, p. 326.

nimo di contratto o di atto giuridico; altrettanto spesso come categoria ordinante sovraordinata al contratto, al matrimonio e al testamento; talvolta come categoria analogica, ossia come criterio per indicare un complesso di norme da impiegare in sede interpretativa, fuori dal proprio ambito⁵⁹.

Di recente, parrebbe che il legislatore abbia invertito la rotta, come un lampo a ciel sereno, affatto inaspettato. Nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d.lg. 12-1-2019, n. 14), il sintagma "negozio giuridico" e la sua aggettivazione "negoziale" hanno trovato una rinnovata vitalità, al punto da trovare riferimenti testuali nella rubrica delle sezioni e nelle norme. Ad es. c'è una sezione rubricata «Strumenti negoziali stragiudiziali», all'art. 56 si menziona la «rinegoziazione», un'altra sezione è rubricata «Strumenti negoziali stragiudiziali soggetti ad omologazione», nell'art. 63 più volte è menzionata la «sottoscrizione dell'atto negoziale», nell'art. 97, c'è un riferimento agli «usi negoziali». Che dire? Trattandosi di un Codice, quello di cui si sta parlando, occorre ripensare i risultati raggiunti? Oppure occorre prendere atto che il linguaggio non corrisponde alla sostanza e concludere che il negozio giuridico è un'espressione diretta a «soddisfare quelle ancestrali compiacenze ricostruttive, presenti nel ceto dei giuristi, che si indirizzano sempre alla ricerca di categorie ordinanti per appagare quell'inconscio bisogno di certezze che, spesso in modo vano e inutile, i dottori della legge vanno da secoli cercando e inseguendo»⁶⁰.

Replicherei questo ragionamento per l'impiego della categoria del contratto d'accertamento. Ho l'impressione che quando si afferma che il contratto che regola le distanze tra fondi, è un contratto d'accertamento; che il lodo irrituale è un contratto d'accertamento e così via lo si afferma per escludere che si tratti di un contratto tipico, ma non per ricevere indicazioni circa la disciplina applicabile a quell'atto. Forse c'è l'idea di rifarsi ad una categoria sovraordinata con funzione ordinante, ma questo desiderio è immediatamente disatteso dal modo in cui si giunge a delineare la disciplina applicabile. Questa normalmente trova nel rapporto originario la sua fonte principale, successivamente deve essere modellata a quella dettata con la regola nuova, tenuto conto della tecnica di compatibilità. È ciò che accade con il contratto atipico: talvolta si ricorre alla consolidata teoria della causa prevalente, talaltra si mutua la regola applicabile da quella propria delle obbligazioni da adempiere, sulle quale è sorta la lite.

Lo stesso vale nell'ipotesi in cui le parti richiedano consensualmente la rettifica dell'acquistamento del bene. Con tale contratto le parti procedono alla «esatta identificazione di un immobile oggetto di trasferimento contrattuale»⁶¹; essa è, piut-

⁵⁹ Questa è la posizione di GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, continuato da MENGONI, III, 1, Milano, 1988, che coerentemente difende la sua opinione anche in scritti coevi: ID., *Crepuscolo del negozio giuridico*, in *Contr. e impr.*, 1987, p. 733 ss.; ID., *L'atto giuridico come categoria ordinante il diritto privato*, *ivi*, 1990, p. 1001 ss.

⁶⁰ GABRIELLI E., *Tradizione e novità nel nuovo Codice della crisi d'impresa: le modulazioni dell'autonomia privata e "l'apparizione" del negozio giuridico*, in *Giur. it.*, 2019, suppl., p. 1 ss. spec. p. 7.

⁶¹ Fra le tante Cass., 28.6.1986, n. 4310, in *Mass. Foro it.*, 1986.

tosto, un atto esecutivo della vendita originaria, ma l'omaggio alla tradizione che impone di qualificarlo contratto d'accertamento. Anche quando si afferma che il negozio di accertamento «non costituisce fonte autonoma degli effetti giuridici da esso previsti» e presuppone «l'esistenza di un rapporto giuridico tra le parti in mancanza del quale il negozio di accertamento difetta di causa ed è nullo»⁶², indubbiamente si afferma il vero. Tuttavia alla medesima conclusione si giungerebbe constatando che il contratto in questione ha un oggetto inesistente, senza che la sua qualificazione di accertamento possa in qualche modo aggiungere o togliere qualcosa al ragionamento.

A questo punto posso concludere con le conclusioni altrui, molto efficaci, sintetiche, eleganti: «i negozi di “accertamento” dovrebbero accertare la realtà giuridica. Ma la realtà giuridica è solo una comoda metafora. Non si accertano le metafore. Il nome ci inganna. [...] Si può imporre la pace; non si può imporre la verità»⁶³.

⁶² Cass., 23.3.1996, n. 2611, in *Mass. Foro it.*, 1996, nella specie, sussistenza, o meno, della comproprietà di beni immobili tra i coniugi.

⁶³ GENTILI A., *Autonomia privata e potere di accertamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1397. Apparentemente contraddice l'assunto del testo la legge che in Austria, in Francia, in Germania e in Belgio qualifica fatto di reato la negazione dell'Olocausto; che in Israele, in Portogallo e in Spagna sia qualifica fatto di reato la negazione di qualsiasi genocidio. Disposizioni analoghe si trovano anche nell'ordinamento della Nuova Zelanda, della Svezia, della Australia, della Repubblica Ceca, della Slovacchia, della Lituania, della Polonia, e della Romania. Senza dire che, nel 2007, le Nazioni Unite hanno approvato una risoluzione degli Stati Uniti che “condanna senza riserve qualsiasi diniego dell'Olocausto e sollecita tutti i membri a respingerlo, che sia parziale o totale, e a respingere iniziative in senso contrario”.

In Italia l'art. 604 bis. ult. co., c.p., introdotto dal d.lg. 1° marzo 2018, n. 21, prevede che il negazionismo sia un'aggravante del reato di propaganda di odio razziale, non un reato a sé stante.

Si tratta di una contraddizione apparente, dal momento che la legge non impone una verità, semplicemente vieta un comportamento.

La prescrizione dell'azione di ripetizione dell'indebitato ed i versamenti in conto corrente: l'onere dell'allegazione e l'onere della prova*

di Enrico Minervini**

Abstract. The statute of limitation for claims concerning recovery of undue payments made by customers in the execution of bank account contracts: the submission and the burden of proof. The article examines the operation of statute of limitation with regard to a topic which has been the subject of a vigorous debate in case-law, i.e. the limitation period for claims concerning recovery of undue payments made by customers in the execution of bank account contracts. In particular, the work will focus on the submission and the burden of proof of this defence raised by the bank.

SOMMARIO: 1. La decorrenza del termine di prescrizione: i precedenti giurisprudenziali. – 2. La decorrenza del termine di prescrizione: la distinzione tra rimesse solutorie e rimesse ripristinatorie. – 3. La decorrenza del termine di prescrizione: l'infelice intervento legislativo e la declaratoria di illegittimità costituzionale. – 4. La decorrenza del termine di prescrizione: la giurisprudenza successiva. – 5. L'eccezione di prescrizione: l'onere dell'allegazione e l'onere della prova. – 6. L'onere dell'allegazione: la formulazione «specificata» dell'eccezione di prescrizione (la tesi più rigorosa). – 7. L'onere dell'allegazione: la formulazione «specificata» dell'eccezione di prescrizione (la tesi meno rigorosa). – 8. L'onere dell'allegazione: la formulazione «generica» dell'eccezione di prescrizione. – 9. L'onere della prova: il ricorso a criteri di normalità o a presunzioni. – 10. L'onere della prova: la commistione con la formulazione «specificata» dell'eccezione di prescrizione. – 11. L'onere della prova: la commistione con la formulazione «generica» dell'eccezione di prescrizione. – 12. L'onere della prova: l'apertura di credito come fatto modificativo o impeditivo. – 13. L'onere della prova: chi eccepisce prova i fatti sui quali l'eccezione si fonda.

1. Per lunghi anni la Corte di Cassazione statuiva che il termine di prescrizione decennale per la restituzione delle somme trattenute dalla banca indebitamente, ad es. a titolo di interessi, anatocismo, commissione di massimo scoperto, su di un'apertura di credito, decorre dalla chiusura del rapporto di conto corrente, trattando-

* Lo scritto è destinato agli *Studi in onore di Giuseppe Vettori*.

** Ordinario di Diritto Civile nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Napoli Federico II.

si per l'appunto di un rapporto unitario, sicchè è soltanto con la chiusura definitiva del conto che si stabiliscono definitivamente i reciproci crediti e debiti¹.

A fronte di siffatto orientamento giurisprudenziale, i legali delle banche combattevano una battaglia di retroguardia e, ove non fosse decorso un decennio dalla chiusura del conto, eccepivano la prescrizione con riguardo all'addebito in conto degli interessi, dell'anatocismo, della commissione di massimo scoperto, ecc., dalla data di annotazione in conto di ogni singola posta illegittimamente addebitata. In altre parole, i legali delle banche formulavano l'eccezione di prescrizione ponendosi, se così si può dire, nella logica fatta propria dall'art. 1832 c.c. per il conto corrente, richiamato dall'art. 1857 c.c. per il conto corrente bancario: come il correntista deve proporre l'impugnazione dell'estratto conto entro sei mesi sotto pena di decadenza, così lo stesso deve proporre l'azione di ripetizione delle somme trattenute dalla banca illegittimamente a titolo di interessi, anatocismo, commissione di massimo scoperto, ecc., ed addebitate in conto, entro dieci anni sotto pena di prescrizione.

2. Improvvisamente, ed inaspettatamente, la Corte di Cassazione, a Sezioni Unite (ex art. 374 comma 2 c.p.c.: particolare importanza delle questioni sollevate), nella sentenza 2 dicembre 2010, n. 24418, virava di bordo e, com'è noto, statuiva il principio secondo il quale l'azione di ripetizione di indebito proposta dal cliente, che lamenti la nullità della clausola anatocistica con riguardo ad un'apertura di credito regolata in conto corrente, è soggetta all'ordinaria prescrizione decennale decorrente, nell'ipotesi in cui i versamenti abbiano avuto funzione ripristinatoria della provvista, non dalla data di annotazione in conto di ogni singola posta di interessi anatocistici illegittimamente addebitati, ma dalla data di estinzione del saldo di chiusura del conto, in cui tali interessi non dovuti sono stati registrati. La Suprema Corte imperniava il suo ragionamento sul rilievo che non può ipotizzarsi il decorso del termine di prescrizione del diritto alla ripetizione se non sia intervenuto un atto definibile come pagamento, che l'attore qualifica come indebito. Pertanto, se il correntista nel corso del rapporto abbia effettuato non soltanto prelevamenti ma anche versamenti, questi ultimi possono essere considerati pagamenti, tali da formare ove indebiti oggetto di ripetizione, e da far decorrere il termine decennale di prescrizione.

¹ Cass., 9 aprile 1984, n. 2262, in *Rep. Foro it.*, 1984, voce *Contratti bancari*, c. 605, n. 23; Cass., 14 maggio 2005, n. 10127, in *Riv. dir. comm.*, 2005, II, p. 163 ss., con nota di COLOMBO, *Interessi anatocistici ed operazioni bancarie regolate in conto corrente*; Cass., 18 gennaio 2006, n. 870; Cass., 10 maggio 2007, n. 10692. Tutte le ordinanze e le sentenze che si citano sono reperibili, ove non diversamente indicato, nel sito www.pluris-cedam.utetgiuridica.it. Il quadro della dottrina e della giurisprudenza di merito era più articolato: sul punto si rinvia a SALANITRO, *L'inizio della decorrenza della prescrizione dell'azione di ripetizione degli interessi anatocistici nel conto corrente bancario: orientamenti giurisprudenziali e soluzioni legislative*, in *Banca e borsa*, 2011, I, p. 400 ss.; DOLMETTA, *Dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 78/2012 (retroattività di leggi bancarie, prescrizione della ripetizione per titolo invalido di versamenti in clc e diritto vivente dell'anatocismo)*, *ivi*, p. 433 s.

ne, in quanto consistano nell'esecuzione di una prestazione da parte del *solvens* ed abbiano lo scopo e l'effetto di uno spostamento patrimoniale in favore dell'*accipiens*: e ciò avviene quando i versamenti siano destinati a coprire un passivo eccedente i limiti dell'affidamento, ovvero ove si tratti di versamenti effettuati su di un conto in passivo c.d. scoperto, cui non accede una apertura di credito. Così non è nei casi in cui i versamenti in conto, non avendo il passivo superato il limite dell'affidamento concesso al correntista, fungano da atti ripristinatori della provvista, della quale il correntista può continuare a godere. Pertanto, vanno distinti i versamenti solutori da quelli ripristinatori della provvista: soltanto i primi, e non i secondi, possono considerarsi pagamenti ai sensi dell'art. 2033 c.c., sicché la prescrizione decennale del diritto alla ripetizione dell'indebitato decorre per tali versamenti dal momento in cui le rimesse abbiano avuto luogo².

La sentenza produceva una duplice sensazione tra le banche, e tra i legali delle stesse: da un lato, di soddisfazione per avere la Suprema Corte almeno in parte, e cioè per i soli versamenti solutori, sovvertito il suo orientamento precedente, sopra riferito; dall'altro lato, di preoccupazione per i giudizi pendenti, in cui erano già scaduti i termini per la modifica delle eccezioni³. Non meraviglia, allora, che «a dare ascolto alle associazioni degli utenti bancari la sentenza sarebbe stata favorevole alle loro ragioni almeno quanto lo sarebbe stata alle ragioni della banche stando ai commenti dell'ABI»⁴.

Non può sfuggire, infatti, che le Sezioni Unite, con una singolare «inversione prospettica», spostavano il centro del problema: la prescrizione va eccepita non con riferimento all'annotazione in conto di poste illegittimamente addebitate per interessi, anatocismo, commissione di massimo scoperto, ecc., e quindi con riferimento all'addebito di competenze derivanti da clausole nulle, addebito (in passato qualificato come) solutorio, ma con riferimento alle rimesse (qualificate come)

² Cass., SS.UU., 2 dicembre 2010, n. 24418, in *Guida dir.*, 2011, n. 1, p. 74 ss., con nota di MASTROMARINO, *I versamenti eseguiti nel corso del rapporto hanno solo lo scopo di ripristinare la provvista*; in *Giust. civ.*, 2011, I, p. 2335 ss., con nota di CELARDI, *L'anatocismo bancario nella giurisprudenza di legittimità*; in *Contratti*, 2011, p. 221 ss., con nota di NANNA, *Asimmetrie contrattuali e ripetibilità degli interessi anatocistici*; in *Danno e resp.*, 2011, p. 493 ss., con nota di COLANGELO, *Siamo tutti falliti? Limiti di una decisione zoppicante*, e *ivi*, p. 612 ss. (solo massima), con nota di FLICK, *Dies a quo del termine di prescrizione anatocistico: un nuovo vestito per un vecchio problema*; in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2011, I, p. 291 ss. con nota di BONTEMPI, *L'anatocismo bancario torna di attualità*; in *Dir. Banca*, 2011, I, p. 303 ss., con nota di MARCELLI, *Anatocismo nei conti bancari. Prime riflessioni sui principi fissati dalle Sezioni Unite nella sentenza n. 24418/2010*; in *Giur. it.*, 2011, p. 1547 ss. (solo massima), con nota di RIZZUTI, *Gli ultimi progressi in tema di anatocismo bancario*, e *ivi*, p. 2073 ss. (solo massima), con note di DE IULIS, *La giurisprudenza pretoria e il sovrano oracolo delle leggi*, e di D'AURIA, *Capitalizzazione degli interessi: nullità e profili d'interpretazione contrattuale* (nonché in moltissimi altri luoghi).

³ Una differente ricostruzione delle preoccupazioni del ceto bancario è offerta da DOLMETTA, *Versamenti in conto corrente e prescrizione dell'indebitato*, in *Contratti*, 2011, p. 490; IDEM, *Prescrizione della ripetizione di «rimesse solutorie»: onere e vicinanza della prova*, reperibile nel sito www.ilcaso.it, p. 2.

⁴ DELL'ANNA MISURALE, *L'impostazione della consulenza tecnica di ufficio in materia di interessi bancari*, reperibile nel sito www.ilcaso.it, p. 9.

solutorie effettuate dal cliente⁵. Ed al riguardo la Suprema Corte aveva modo di precisare che il c.d. principio dell'*overruling* opera solo quando il mutamento di un consolidato orientamento giurisprudenziale riguardi l'interpretazione di norme processuali, e non di norme sostanziali, quali quelle che disciplinano il tema in esame⁶.

3. A questo punto, vi è da credere per effetto delle pressioni del ceto bancario, interveniva – con un colpo di scena, o se si preferisce con un tentativo di colpo di spugna⁷ – il legislatore, invero piuttosto goffamente ed oscuramente⁸. L'art. 2, comma 61, del D.L. 29 dicembre 2010, n. 225, convertito in L. 26 febbraio 2011, n. 10, statuiva che, in ordine alle operazioni bancarie regolate in conto corrente, l'art. 2935 c.c. si interpreta nel senso che la prescrizione relativa ai diritti nascenti dall'annotazione in conto inizia a decorrere dal giorno dell'annotazione stessa; e che in ogni caso non si fa luogo alla restituzione degli importi già versati alla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto⁹.

Insomma, la norma sanciva, almeno in apparenza, una clamorosa vittoria per il ceto bancario, ed un'autentica Caporetto per i clienti delle banche.

Dopo la sconfitta di Caporetto si verificava la vittoriosa battaglia del Piave. Più modestamente, nel caso in esame interveniva la Corte Costituzionale, che nella sentenza 5 aprile 2012, n. 78, a tempo di record, dichiarava l'illegittimità costituzionale della norma per una pluralità di ragioni, tra le quali piace ricordare la lesione del canone della ragionevolezza delle norme, rilevante *ex art. 3 Cost.*, e la violazione

⁵ COLANGELO, *Siamo tutti espropriati? Dubbi sulla costituzionalità del comma 61 dell'art. 2 legge 26 febbraio 2011 n. 10*, in *Danno e resp.*, 2011, p. 653, del quale sono le parole riportate nel testo tra virgolette. Si tratta peraltro di una constatazione diffusa: vedi, tra gli altri, D'AMICO, *Operazioni bancarie in conto corrente e decorrenza della prescrizione*, in *Contratti*, 2012, p. 465; SALANITRO, *L'inizio della decorrenza della prescrizione dell'azione di ripetizione*, cit., p. 403 s.

⁶ Cass., 7 settembre 2017, n. 20933; Cass., 24 maggio 2018, n. 12977. Sul punto, cfr. TAVORMINA, *Sull'applicazione delle Sezioni Unite n. 24418/2010 dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 78/2012: dinamiche processuali*, in *Banca e borsa*, 2012, II, p. 463; COLOMBO, *Questioni in materia di prescrizione dell'azione di ripetizione dell'indebita promossa dal correntista nei confronti della banca*, in *Corr. giur.*, 2019, p. 318.

⁷ GRECO, *Anatocismo bancario e prescrizione: gli effetti processuali del decreto mille proroghe*, in *Giur. di merito*, 2011, p. 2140.

⁸ Del «tatto da elefante» del legislatore parla SACCHETTINI, *Cancellata l'interpretazione autentica della norma in assenza di incertezze sul suo reale significato*, in *Guida dir.*, 2012, n. 20, p. 43.

⁹ Sulla norma in parola vedi, tra gli altri, COLANGELO, *Siamo tutti espropriati?*, cit., p. 653 ss.; GRECO, *Anatocismo bancario e prescrizione*, cit., p. 2140 ss.

della giurisprudenza della Corte EDU, rilevante *ex artt.* 117 Cost. e 6 CEDU¹⁰: l'intervento del legislatore si rivelava un «buco nell'acqua»¹¹.

4. Si tornava così al punto di partenza¹², e cioè alla sentenza n. 24418 del 2010 delle Sezioni Unite, sulle cui orme si muove ormai tutta la giurisprudenza successiva della Corte di Cassazione¹³. Anzi, una recente pronuncia puntualizza che, qualora il saldo del conto corrente risulti positivo, il versamento di somme che il cliente effettui sullo stesso assolve alla funzione di incrementare la propria provvista, come deve dirsi per chiarezza, piuttosto che affermare la natura ripristinatoria, come è pure nell'uso: può infatti accadere che, in conseguenza del versamento di denaro effettuato in conto, l'ammontare della provvista raggiunga un importo mai toccato in precedenza, sicchè in tale ipotesi parlare di natura ripristinatoria del versamento deve ritenersi inesatto¹⁴.

La soluzione elaborata dalla sentenza n. 24418 del 2010 delle Sezioni Unite, ed imperniata sulla distinzione tra rimesse solutorie e rimesse ripristinatorie della provvista, costituisce pertanto ad oggi un dato del tutto pacifico nella giurisprudenza della Suprema Corte, una sorta di diritto vivente, se così si può dire¹⁵. In questa sede, pertanto, non si intende discutere della bontà di tale sentenza delle Sezioni Unite (criticata peraltro da numerosi scrittori)¹⁶, anche se non si può nascondere qualche perplessità, proprio in merito alla distinzione tra rimesse solutorie e rimesse ripristinatorie della provvista, sulla quale le Sezioni Unite imperniano il ragionamento: la restituzione di una somma ripristina la provvista proprio in quanto è un

¹⁰ Corte Cost., 5 aprile 2012, n. 78, in *Foro it.*, 2012, I, p. 2585 ss., con nota di PALMIERI, *Incostituzionalità dell'interpretazione autentica in materia di decorrenza della prescrizione nei rapporti bancari regolati in conto corrente*; in *Guida dir.*, 2012, n. 20, p. 30 ss., con nota citata di SACCHETTINI, *Cancellata l'interpretazione autentica della norma*; in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2012, p. 797 ss. (solo massima), con nota di DI GIROLAMO, *Insincerità e saggezza della Corte Costituzionale: la complessa interpretazione dei diritti fondamentali*; in *Banca e Borsa*, 2012, II, p. 425 ss., con note di DOLMETTA, *Dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 78/2012*, cit.; SALANITRO, *Retroattività e affidamento: la ragionevolezza del comma 61 (art. 2 d.l. n. 225/2010, conv. l. n. 10/2011)*; SEMERARO, *Retroattività e affidamento: la irragionevolezza del comma 61 (art. 2 d.l. n. 225/2010, conv. l. n. 10/2011)*; TAVORMINA, *Sull'applicazione delle Sezioni Unite n. 24418/2010*, cit.; in *Giur. it.*, 2012, p. 2283 ss. (solo massima), con nota di RIZZUTI, *Anatocismo bancario e limiti alla retroattività delle leggi* (nonchè in moltissimi altri luoghi).

¹¹ FLICK, *Dies a quo del termine di prescrizione e anatocismo*, cit., p. 616.

¹² D'AMICO, *Operazioni bancarie in conto corrente e decorrenza della prescrizione*, cit., p. 462.

¹³ Da ultimo, Cass., 22 febbraio 2018, n. 4372; Cass., 23 febbraio 2018, n. 4468; Cass., 10 luglio 2018, n. 18144; Cass., 5 novembre 2018, n. 28197; Cass., 29 novembre 2018, n. 30885; Cass., 4 febbraio 2020, n. 2435; Cass., 19 maggio 2020, n. 9140. Per altre indicazioni giurisprudenziali vedi MARCELLI, *Le due facce della prescrizione, Nella capitalizzazione degli interessi si cela una mistificazione*, reperibile nel sito *www.ilcaso.it*, p. 5.

¹⁴ Cass., 12 aprile 2018, n. 9077.

¹⁵ Vedi COLOMBO, *Questioni in materia di prescrizione*, cit., p. 315 s.

¹⁶ DOLMETTA, *Prescrizione della ripetizione di «rimesse solutorie»*, cit., p. 2, sottolinea come «gran parte della dottrina, in effetti, ha respinto la distinzione sulla decorrenza della prescrizione propugnata dalla Cassazione».

pagamento, che determina uno spostamento patrimoniale dal correntista alla banca¹⁷. Infatti, la banca, in ipotesi di conto corrente assistito da un'apertura di credito, acquista la proprietà del denaro versato dal cliente per ripristinare la provvista, ai sensi degli artt. 1834 e 1852 c.c. (e statuizioni analoghe sono contenute negli artt. 1782 e 1814 c.c.): ed è pacifico che l'acquisto della proprietà su di un bene (la somma corrisposta dal cliente) rappresenta uno spostamento patrimoniale. Pertanto, a voler seguire fino in fondo la logica fatta propria dalle Sezioni Unite, la prescrizione decennale del diritto alla ripetizione dell'indebito dovrebbe decorrere per tutti i versamenti, tanto solutori quanto ripristinatori della provvista, dal giorno in cui le rimesse hanno luogo.

5. In questa sede, si intende approfondire due problemi, chiaramente connessi tra loro, che le statuizioni formulate dalla sentenza n. 24418 del 2010 delle Sezioni Unite lasciano aperti ed irrisolti, potendosi per vero dire, senza timore di smentita, che tale sentenza apre molti più problemi di quanti ne risolve¹⁸. Basti pensare, ad esempio, al tema di quale saldo – contabile, liquido o per valuta, disponibile – vada preso in considerazione ed impiegato per distinguere rimesse solutorie e rimesse ripristinatorie della provvista¹⁹; ovvero del ruolo giocato dal fido c.d. di fatto, e cioè non risultante da un documento contrattuale, nella distinzione tra rimesse solutorie e rimesse ripristinatorie della provvista, essendo dibattuto infatti se, al fine di far valere la natura ripristinatoria della provvista delle rimesse, il cliente possa provare che il contratto di apertura di credito è stato concluso tacitamente, per fatti concludenti²⁰; ovvero al tema del rapporto corrente tra rimesse solutorie, rimesse ripristi-

¹⁷ Per tutti, DOLMETTA, *Versamenti in conto corrente e prescrizione dell'indebito*, cit., p. 498 s.; DELL'ANNA MISURALE, *L'impostazione della consulenza tecnica d'ufficio in materia di interessi bancari*, cit., p. 10 s. Contra, D'AMICO, *Operazioni bancarie in conto corrente e decorrenza della prescrizione*, cit., p. 467.

¹⁸ Diversamente, CELARDI, *L'anatocismo bancario nella giurisprudenza di legittimità*, cit., p. 2342.

¹⁹ Optano per il saldo disponibile Cass., 5 novembre 2018, n. 28197; Cass., 30 ottobre 2018, n. 27704, in *Corr. giur.*, 2019, p. 311 ss., con nota citata di COLOMBO, *Questioni in materia di prescrizione*, Cass., 30 ottobre 2018, n. 27705 (le due sentenze da ultimo indicate sono reperibili nel sito www.dirittodelrisparmio.it, con nota di LECCI, *Spetta al correntista in ripetizione dar prova della natura ripristinatoria delle rimesse*); MARCELLI, *Anatocismo nei conti bancari*, cit., p. 315.

²⁰ Per l'affermativa, vedi DOLMETTA, *Fido di fatto «stabile» e prescrizione della ripetizione di indebiti versamenti in conto corrente*, reperibile nel sito www.ilcaso.it, p. 5; COLANGELO, *Siamo tutti falliti?*, cit., p. 501; SANGERMANO, *Versamenti indebiti in conto corrente nel caso di contratto di affidamento bancario concluso per facta concludentia*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2017, p. 476; COLOMBO, *Questioni in materia di prescrizione*, cit., p. 314 s.: il cliente si può servire ad esempio degli estratti conto (GUADAGNO, *I requisiti di ammissibilità dell'eccezione di prescrizione dell'azione di ripetizione degli addebiti in conto corrente*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2019, p. 1264; VECCHI, *Rapporti di conto corrente e prescrizione*, reperibile nel sito www.valentinovecchi.it, p. 2) o di altri documenti della banca (STILO, *Prescrizione e anatocismo nei rapporti bancari: principi giurisprudenziali e riforme legislative*, in *Contratti*, 2011, p. 632) o delle visure della Centrale dei Rischi (MARCELLI, *Prescrizione e anatocismo negli affidamenti bancari. I principi giuridici stabiliti dalla sentenza della Cassazione S.U. 2 dicembre 2018 n. 24418: quelli enunciati e quelli impliciti*, reperibile nel sito www.ilcaso.it, p. 34). Più rigorose sono Cass., 30 ottobre 2018, n. 27704; Cass., 30 ottobre 2018, n. 27705;

natorie ed imputazione dei pagamenti, ai sensi del disposto dell'art. 1194, comma 1, c.c.²¹.

Si vuole invece fare riferimento alle seguenti questioni, collegate come si è detto tra loro, che in estrema sintesi possono essere così rappresentate: se la banca, nel formulare l'eccezione di prescrizione per resistere alla domanda del cliente di restituzione delle somme indebitamente versate nel corso del rapporto di conto corrente, abbia l'onere di indicare specificamente, sotto pena dell'inammissibilità della relativa eccezione, le singole rimesse aventi natura solutoria, o se invece possa fare generico riferimento a tutte le rimesse affluite sul conto, in data anteriore al decennio decorrente a ritroso dalla data della notificazione della domanda giudiziale; se la banca, dopo aver formulato l'eccezione di prescrizione per resistere alla domanda del cliente di restituzione delle somme indebitamente versate nel corso del rapporto di conto corrente, abbia l'onere di provare, sotto pena del rigetto della relativa eccezione, l'inesistenza di un'apertura di credito (o l'inesistenza di un'apertura di credito superiore ad un certo ammontare), e quindi la natura solutoria delle singole rimesse, o se invece il cliente abbia l'onere di provare l'esistenza di un'apertura di credito (o l'esistenza di un'apertura di credito superiore ad un certo ammontare), e quindi la natura ripristinatoria della provvista delle rimesse stesse²².

La prima questione, rimessa all'attenzione delle Sezioni Unite²³, è stata da queste decisa con la sentenza 13 giugno 2019, n. 15895²⁴; la seconda questione è stata decisa in vario senso da numerose recenti pronunzie della Suprema Corte.

Cass., 28 febbraio 2020, n. 5610, reperibile nel sito www.dirittodelrisparmio.it, con nota di ZURLO, *Sulla prescrizione decennale delle rimesse e sulla relativa eccezione*; Cass., 5 marzo 2020, n. 6195.

²¹ Cass., 26 maggio 2016, n. 10941; Cass., 27 settembre 2017, n. 22604; Cass., 10 luglio 2018, n. 18144. In dottrina, COLANGELO, *Siamo tutti falliti?*, cit., p. 503 s.; FLICK, *Dies a quo del termine di prescrizione e anatocismo*, cit., p. 616; STILO, *Prescrizione e anatocismo nei rapporti bancari*, cit., p. 623; MARCELLI, *Prescrizione e anatocismo negli affidamenti bancari*, cit., pp. 7 ss., 18 ss., 44 ss.; IDEM, *Le due facce della prescrizione*, cit., p. 10 ss.

²² Cfr. GUADAGNO, *I requisiti di ammissibilità dell'eccezione di prescrizione*, cit., p. 1260.

²³ L'ordinanza interlocutoria, che ha rimesso la causa al Primo Presidente per l'(eventuale) assegnazione alle Sezioni Unite – Cass., 30 ottobre 2018, n. 27680 – è annotata da ZURRU, *Prescrizione, la parola alle Sezioni Unite*, reperibile nel sito www.printfriendly.com; GUADAGNO, *Le Sezioni Unite chiamate a fare chiarezza sull'onere della prova circa la natura solutoria delle rimesse in conto corrente*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2019, p. 485 ss.; COLOMBO, *Questioni in materia di prescrizione*, cit., p. 313 ss.

²⁴ La sentenza è annotata da MININNO, *Ripetizione delle somme illegittimamente addebitate dalla banca in conto corrente*, reperibile nel sito www.diritto24.ilsole24ore.com; MARCONI, *Ripetizione di indebito: prescrizione e decorrenza degli interessi*, reperibile nel sito www.altalex.com; QUINTARELLI, *Le Sezioni Unite sull'onere di allegazione relativo all'eccezione di prescrizione delle rimesse solutorie*, reperibile nel sito www.dirittobancario.it; MINERVINI, *Versamenti in conto corrente e prescrizione dell'azione di ripetizione dell'indebito*, in *Giur. it.*, 2019, p. 1829 ss.; GUADAGNO, *I requisiti di ammissibilità dell'eccezione di prescrizione*, cit., p. 1258 ss.; CHIRONI, *Le Sezioni Unite sull'eccezione generica di prescrizione delle rimesse solutorie*, reperibile nel sito www.dirittodelrisparmio.it.

La corretta impostazione dei problemi testè illustrati impone di tenere ben ferma la distinzione, in tema di eccezione di prescrizione, tra allegazione e prova, o meglio tra onere dell'allegazione ed onere della prova.

Vi è da credere che alla base di tanti equivoci in materia vi sia proprio l'omessa distinzione tra onere dell'allegazione ed onere della prova: si tratta all'evidenza di profili tra loro connessi in punto di fatto, ma distinti sul piano logico prima ancora che giuridico.

Ed infatti, come statuisce la sentenza n. 15895 del 2019 delle Sezioni Unite, l'onere dell'allegazione è concettualmente distinto dall'onere della prova, attenendo il primo alla delimitazione del *thema decidendum*, mentre il secondo, attenendo alla verifica della fondatezza (della domanda o) dell'eccezione, costituisce per il giudice regola di definizione del processo.

L'eccezione di prescrizione si risolve allora nell'allegazione di una prolungata inerzia del titolare del diritto nel farlo valere, e nella espressione della volontà della parte che la solleva di voler profittare di tale situazione: la circostanza che la banca eccipiente abbia omesso di specificare la natura solutoria o ripristinatoria delle rimesse sul conto corrente rileva non al fine di scrutinare la formulazione dell'eccezione, ma è questione di merito inerente l'esito del giudizio su tale profilo²⁵.

6. Un orientamento minoritario nella giurisprudenza della Suprema Corte, e niente affatto coeso al suo interno, contrapponendosi una tesi più rigorosa ad una meno rigorosa, ritiene che l'eccezione di prescrizione sia ammissibile soltanto ove proposta specificamente, e cioè con l'indicazione delle singole rimesse solutorie. La sentenza n. 15895 del 2019 delle Sezioni Unite coglie perfettamente la segnalata mancanza di coesione, e con riferimento all'orientamento meno rigoroso parla di una «posizione intermedia», assunta talora in giurisprudenza, tra chi ammette una formulazione generica dell'eccezione di prescrizione, e chi richiede invece una formulazione specifica dell'eccezione stessa.

E così, a fronte di un motivo di ricorso nel quale si lamenta che la Corte del merito abbia accolto l'eccezione di prescrizione genericamente formulata con riferimento a tutte le rimesse affluite sul conto, la Corte di Cassazione accoglie il motivo e statuisce quanto segue: poiché spetta alla banca che eccepisce la prescrizione di allegare e provare quali siano le rimesse che hanno avuto natura solutoria, a fronte della formulazione generica dell'eccezione, indistintamente riferita a tutti i versamenti intervenuti sul conto in data anteriore al decennio decorrente a ritroso dalla data di proposizione della domanda, il giudice non può supplire all'omesso assolvimento di tali oneri, ed individuare di ufficio i versamenti solutori²⁶. Evidentemente, siffatta pronunzia confonde onere dell'allegazione ed onere della prova.

²⁵ Cass., 27 giugno 2017, n. 15954.

²⁶ Cass., 7 settembre 2017, n. 20933; vedi anche Cass., 12 luglio 2018, n. 18479. Non priva di ambiguità (non colte da LECCI, *Saldo zero su azione di ripetizione dell'indebito promossa dal correntista*, reperibile nel sito www.dirittobancario.it) appare Cass., 30 novembre 2017, n. 28819.

Richiedere che l'eccezione di prescrizione vada formulata specificamente, e cioè con l'indicazione delle singole rimesse solutorie, impone un'ulteriore considerazione.

È discusso se la natura solutoria ovvero ripristinatoria delle rimesse vada determinata utilizzando il c.d. saldo banca, e cioè quello risultante dagli estratti conto, ovvero il c.d. saldo rettificato, e cioè quello ricalcolato dal consulente tecnico di ufficio previa eliminazione delle annotazioni illegittime di interessi, anatocismo, commissione di massimo scoperto, ecc.²⁷: sovente, infatti, una rimessa solutoria secondo il c.d. saldo banca va qualificata ripristinatoria secondo il c.d. saldo rettificato. Ove si ritenga che la banca debba formulare l'eccezione di prescrizione specificamente, non può che essere utilizzato il c.d. saldo banca: la banca, infatti, non può prevedere con certezza quali doglianze del correntista verranno accolte, ed in che misura; del resto, non spetta alla banca il compito, che compete al giudice, di accertare quali doglianze del correntista siano fondate, ed in che misura, e siano pertanto meritevoli di accoglimento. Aggiungasi che sarebbe a dir poco assurdo impiegare il c.d. saldo banca al fine della formulazione specifica dell'eccezione di prescrizione, ed il c.d. saldo rettificato al fine della decisione in merito alla stessa eccezione di prescrizione.

L'utilizzazione del c.d. saldo banca per la determinazione della natura solutoria o ripristinatoria delle rimesse appare corretta, in quanto «un pagamento è un atto dovuto e, pertanto, anche se posto in essere su presupposto erroneo o come conseguenza di un atto nullo, resta pur sempre un pagamento, per cui la rimessa che interviene su conto scoperto, anche se il saldo è conseguenza di annotazioni illegittime, mantiene questa sua natura»²⁸: ma siffatta utilizzazione contrasta con quanto statuito in una recente pronunzia dalla Suprema Corte, secondo la quale per verificare se un versamento effettuato dal correntista nell'ambito di un rapporto di apertura di credito in conto corrente abbia avuto natura solutoria o ripristinatoria occorre previamente eliminare tutti gli addebiti illegittimamente effettuati dall'istituto di credito e conseguentemente determinare il reale passivo, al fine di verificare se quest'ultimo ecceda o no i limiti dell'affidamento concesso²⁹. Del resto, non appare corretto far dipendere la soluzione di quale saldo impiegare per la determinazione della natura delle rimesse dal «dogma» della formulazione specifica dell'eccezione di prescrizione, fatto proprio dall'orientamento più rigoroso della Corte di Cassazione.

7. Si è detto che l'orientamento, minoritario nella giurisprudenza della Suprema Corte, che richiede che l'eccezione di prescrizione debba essere formulata specifica-

²⁷ Per il c.d. saldo banca si pronunziano TAVORMINA, *Sull'applicazione delle Sezioni Unite n. 24418/2010*, cit., p. 464 s.; QUINTARELLI, *Conto corrente bancario: anatocismo e capitalizzazione; prescrizione; azioni di accertamento e condanna, distribuzione dell'onere probatorio e saldo zero*, reperibile nel sito www.ilcaso.it, p. 11. Per il c.d. saldo rettificato si pronunzia invece MARCELLI, *Anatocismo nei conti bancari*, cit., p. 315; IDEM, *Prescrizione e anatocismo negli affidamenti bancari*, cit., p. 19 s.

²⁸ QUINTARELLI, *Conto corrente bancario*, cit., p. 11.

²⁹ Cass., 19 maggio 2020, n. 9141. Vedi anche Cass., 12 aprile 2018, n. 9077.

mente, e cioè con l'indicazione delle singole rimesse solutorie, non è al suo interno coeso.

E così, a fronte di un motivo di ricorso nel quale si lamenta che il giudice del merito abbia riconosciuto la prescrizione dell'azione di ripetizione delle rimesse solutorie, in mancanza di eccezione specifica di prescrizione, la Corte di Cassazione accoglie il motivo e così statuisce: grava sulla banca, a fronte di un rapporto di conto corrente con apertura di credito, l'onere di allegare, al fine dell'ammissibilità dell'eccezione di prescrizione (e poi di provare, ai fini della fondatezza dell'eccezione), non il solo mero decorso del tempo, ma anche l'ulteriore circostanza dell'avvenuto superamento, da parte del correntista, del limite dell'affidamento. Tale attività di allegazione, per quanto «attenuata» nella relativa deduzione (e cioè senza la necessità di un'allegazione analitica delle rimesse ritenute solutorie), deve però recare un grado di «specificità» tale da consentire al correntista un adeguato esercizio della difesa sul punto e, in mancanza, la relativa eccezione deve essere respinta, in quanto genericamente formulata, prima che dichiarata infondata: tale dato costituisce infatti il fondamento del fatto estintivo della pretesa azionata in giudizio dal correntista, dal momento che soltanto nelle operazioni extra fido può ravvisarsi un'attività solutoria, con decorso della prescrizione dalla data del versamento, anziché da quella di chiusura del conto³⁰.

Non vi è bisogno di molte parole per dimostrare come, e quanto, questa pronunzia diverga da quelle in precedenza esaminate (anche se tutte, questa meno di quelle, sembrano non avere una chiara percezione della distanza corrente tra onere dell'allegazione ed onere della prova): nell'ambito dell'orientamento che richiede la formulazione «specificata» dell'eccezione di prescrizione si contrappongono, come si è detto, una tesi più rigorosa ed una tesi meno rigorosa.

Certamente, è da salutare con favore l'assunto della tesi meno rigorosa secondo cui non è necessaria un'allegazione analitica delle rimesse solutorie, essendo sufficiente invece un'allegazione «attenuata», e cioè se ben si intende limitata all'avvenuto superamento da parte del correntista del limite del fido. Tutto da esplorare, nel silenzio della pronunzia, è invece il riferimento, piuttosto oscuro, alla necessità di un grado di «specificità» nell'allegazione tale da garantire al correntista un adeguato esercizio del diritto di difesa sul punto; del pari tutta da esplorare è la coesistenza, vi è da credere difficile, tra allegazione «attenuata» e necessità di un certo grado di «specificità» della stessa, che sembra sposare una logica da un colpo al cerchio ed uno alla botte.

8. In ordine all'onere dell'allegazione, la Suprema Corte è compatta nell'affermare che, in tema di prescrizione, elemento costitutivo della relativa eccezione è l'inerzia del titolare del diritto fatto valere in giudizio, mentre la determinazione della durata di questa, necessaria per il verificarsi dell'effetto estintivo, si configura come

³⁰ Cass., 24 maggio 2018, n. 12977.

una *quaestio iuris* concernente l'identificazione del diritto stesso e del regime prescrizione per esso previsto dalla legge. Ne consegue che la riserva alla parte del potere di sollevare l'eccezione implica che ad essa sia fatto onere soltanto di allegare il menzionato elemento costitutivo e di manifestare la volontà di profittare di quell'effetto, non anche di indicare direttamente o indirettamente, attraverso la specifica menzione della durata dell'inerzia, le norme applicabili al caso di specie³¹. Ed in questo senso si esprime anche la sentenza n. 15895 del 2019 delle Sezioni Unite.

In applicazione di siffatta statuizione, si muove, correttamente e coerentemente, gran parte della giurisprudenza della Suprema Corte che, in ordine alle modalità di formulazione dell'eccezione di prescrizione, ritiene ammissibile che la stessa sia proposta genericamente, e cioè senza l'indicazione delle singole rimesse solutorie³².

E così, non compete alla banca di fornire la specifica indicazione delle rimesse solutorie alle quali si applica la prescrizione, in quanto tale incombente è estraneo alla disciplina positiva di tale eccezione. Infatti, come si è detto, secondo la pacifica giurisprudenza della Corte di Cassazione, l'eccezione di prescrizione è validamente proposta quando la parte ne abbia allegato il fatto costitutivo, e cioè l'inerzia del titolare, e manifestato la volontà di avvalersene: una allegazione in tal senso non cessa di essere tale ove la banca correli l'inerzia anche ad atti (versamenti ripristinatori) che non incidono sul diritto di ripetizione fatto valere dal cliente³³.

Il ragionamento è impeccabile, in quanto nel più sta il meno. L'eccezione di prescrizione sollevata dalla banca con generico riferimento a tutte le rimesse effettuate sul conto oltre dieci anni prima della notificazione dell'atto di citazione può avere evidentemente ad oggetto tanto rimesse solutorie quanto rimesse ripristinatorie della provvista: l'eccezione è ammissibile, ma va rigettata con riguardo alle rimesse ripristinatorie³⁴.

Pertanto, con ragione si afferma che il carattere, solutorio o ripristinatorio, delle singole rimesse non incide sul contenuto dell'eccezione, che rimane sempre lo stesso indipendentemente dalla natura, solutoria o ripristinatoria, delle rimesse stesse: ne consegue che la banca, convenuta in ripetizione, non è nella formulazione dell'eccezione di prescrizione onerata dall'allegazione specifica delle rimesse solutorie³⁵.

La sentenza n. 15895 del 2019 delle Sezioni Unite giunge così alla conclusione che l'elemento qualificante dell'eccezione di prescrizione è l'allegazione dell'inerzia del titolare del diritto, che costituisce il fatto principale al quale la legge riconnette

³¹ Giurisprudenza consolidata, a far data da Cass., SS.UU., 25 luglio 2002, n. 10955, in *Foro it.*, 2003, I, c. 879 ss., con *Nota* di D'AMICO; in *Giur. it.*, 2003, p. 662 ss., con nota di CANAVESE, *L'eccezione di prescrizione nel sistema delle preclusioni: un'importante pronuncia delle Sezioni Unite*.

³² Cass., 29 novembre 2018, n. 30885; Cass., 10 luglio 2018, n. 18144; Cass., 8 marzo 2018, n. 5571; Cass., 23 febbraio 2018, n. 4468; Cass., 22 febbraio 2018, n. 4372; Cass., 15 giugno 2017, n. 14895; Cass., 30 gennaio 2017, n. 2308.

³³ Cass., 26 luglio 2017, n. 18581; Cass., 27 febbraio 2018, n. 4372; Cass., 10 luglio 2018, n. 18144.

³⁴ Cass., 30 gennaio 2017, n. 2308.

³⁵ Cass., 26 luglio 2017, n. 18581; Cass., 22 febbraio 2018, n. 4372; Cass., 10 luglio 2018, n. 18144.

l'effetto estintivo: richiedere al convenuto, ai fini della valutazione dell'ammissibilità dell'eccezione, che tale inerzia sia connotata con riferimento al termine iniziale della stessa, mercè l'individuazione e la specificazione delle diverse rimesse solutorie, comporterebbe l'introduzione di una sorta di «tipizzazione» delle diverse forme di prescrizione, che la giurisprudenza della Suprema Corte esclude³⁶.

A riprova della esattezza delle considerazioni sin qui illustrate, vengono invocate dalla giurisprudenza della Suprema Corte due argomentazioni.

In primo luogo, si fa ricorso al principio di simmetria (se così si può dire): poiché il correntista, attore in ripetizione, non è tenuto a precisare i pagamenti indebiti oggetto della pretesa azionata, non si vede per quale ragione la banca convenuta che eccepisca la prescrizione dovrebbe essere gravata dall'onere di indicare i versamenti solutori, in ordine ai quali la prescrizione può operare³⁷. E questa argomentazione viene autorevolmente condivisa dalla sentenza n. 15895 del 2019 delle Sezioni Unite.

In secondo luogo, si ricorre ad un argomento *a fortiori*: la non necessità di una analitica enunciazione delle rimesse solutorie vale ancora di più ove si ipotizzi che il conto non sia affidato, perché tale evenienza determina come conseguenza che le rimesse affluite sul conto in passivo non possano avere natura ripristinatoria³⁸.

Non resta che accogliere, con soddisfazione, l'intervento chiarificatore della sentenza n. 15895 del 2019 delle Sezioni Unite, che alla luce della distinzione tra onere dell'allegazione ed onere della prova risolve una volta per tutte l'annoso problema della formulazione dell'eccezione di prescrizione nella materia in esame: si tratta di un intervento destinato ad avere un notevole impatto nel panorama del contenzioso bancario, in quanto va ad incidere sulla condotta processuale delle parti³⁹.

Concludendo sul punto, occorre essere consapevoli che in realtà «è un falso problema quello della specificità dell'eccezione di prescrizione»⁴⁰. E tale falso problema «ben si inquadra nell'orientamento, oramai sempre più diffuso, che vede la giurisprudenza aprire le maglie delle norme più restrittive sulla prescrizione ogni qual volta vi sia un soggetto debole da proteggere»⁴¹.

³⁶ La sentenza n. 15895 del 2019 delle Sezioni Unite rinvia a Cass., SS.UU., 25 luglio 2002, n. 10955. In senso conforme, vedi da ultimo Cass., 28 ottobre 2019, n. 27555; Cass., 28 febbraio 2020, n. 5610; Cass., 5 marzo 2020, n. 6195; Cass., 11 marzo 2020, n. 7013, in corso di pubblicazione in *Giur. it.*, 2020, con nota di MINERVINI, *Ancora in tema di versamenti in conto corrente e prescrizione dell'azione di ripetizione dell'indebitito*; Cass., 19 maggio 2020, n. 9140; Cass. 19 maggio 2020, n. 9141.

³⁷ Cass., 26 luglio 2017, n. 18581; Cass., 22 febbraio 2018, n. 4372; Cass., 10 luglio 2018, n. 18144; Cass., 19 maggio 2020, n. 9141.

³⁸ Cass., 22 febbraio 2018, n. 4372.

³⁹ GUADAGNO, *I requisiti di ammissibilità dell'eccezione di prescrizione*, cit., p. 1258. Vedi anche IDEM, *Le Sezioni Unite chiamate a fare chiarezza sull'onere della prova*, cit., p. 488.

⁴⁰ TAVORMINA, *Sull'applicazione delle Sezioni Unite n. 24418/2010*, cit., p. 462. Vedi anche MINERVINI, *Versamenti in conto corrente e prescrizione dell'azione di ripetizione dell'indebitito*, cit., p. 1832.

⁴¹ Così, FLICK, *Dies a quo del termine di prescrizione e anatocismo*, cit., p. 619. Sul punto, vedi anche DOLMETTA, *Dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 78/2012*, cit., p. 439; AIELLO, *La Consulta boccia la novella*

9. Esaurita la trattazione del problema dell'onere dell'allegazione, si può passare ad esaminare il tema dell'onere della prova: con l'avvertenza che il quadro della giurisprudenza della Suprema Corte in materia di prova è forse ancora più articolato e complesso, rispetto a quello in materia di allegazione, sin qui illustrato.

Un primo orientamento giurisprudenziale fa ricorso a criteri di normalità o a presunzioni, ed addossa l'onere di provare la natura solutoria delle rimesse alla banca. Così, si afferma che i versamenti eseguiti sul conto corrente in costanza di rapporto hanno normalmente funzione ripristinatoria della provvista, e non determinano spostamenti patrimoniali dal *solvens* all'*accipiens*, e poichè tale funzione corrisponde allo schema causale tipico del contratto una diversa finalizzazione dei singoli versamenti deve essere in concreto provata da parte di chi intenda far valere la prescrizione⁴².

Questi assunti – la normale funzione ripristinatoria della provvista; la corrispondenza di tale funzione allo schema tipico del contratto di conto corrente – rappresentano nient'altro che delle petizioni di principio⁴³.

Altre pronunzie del Supremo Collegio ritengono che, qualora l'avvenuta stipulazione *inter partes* del contratto di apertura di credito non sia in contestazione, la natura ripristinatoria delle rimesse è presunta, sicchè spetta alla banca che eccepisce la prescrizione di (allegare e) provare quali siano le rimesse che hanno avuto funzione solutoria⁴⁴.

Tuttavia, siffatta presunzione è priva dei requisiti della gravità, precisione e concordanza, di cui all'art. 2729, comma 1, c.c. (sui quali non a caso le pronunzie non spendono nemmeno una parola), e non può determinare l'onere della prova⁴⁵.

A conferma dell'esattezza di quanto si è testè detto, giova segnalare come in dottrina si rinvengano assunti per così dire eguali e contrari: si afferma cioè che sussisterebbe una presunzione secondo la quale ogni rimessa su di un conto corrente bancario con saldo passivo per il cliente avrebbe natura solutoria, salvo prova contraria che incomberebbe sul cliente stesso⁴⁶.

legislativa sulla prescrizione della ripetizione degli interessi anatocistici, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2012, I, p. 1056.

⁴² Cass., 26 febbraio 2014, n. 4518, in *Danno e resp.*, 2014, p. 825 ss., con nota di COLANGELO, *Prescrizione dell'azione di ripetizione: dalla Cassazione un primo rimedio*.

⁴³ Vedi DOLMETTA, *Prescrizione della ripetizione di «rimesse solutorie»*, cit., p. 6 ss.; QUINTARELLI, *Conto corrente bancario*, cit., p. 20; SANGERMANO, *Versamenti indebiti in conto corrente*, cit., pp. 473, 475; GUADAGNO, *Le Sezioni Unite chiamate a fare chiarezza sull'onere della prova*, cit., p. 488.

⁴⁴ Cass., 7 settembre 2017, n. 20933; Cass., 12 luglio 2018, n. 18479; Cass., 9 luglio 2018, n. 17998. Conformi, TIDONA, *Se l'apertura di credito bancario non è in contestazione la natura ripristinatoria delle rimesse bancarie è presunta in danno della banca*, reperibile nel sito www.tidona.com; LANNUTTI, *Sulla prescrizione dei conti bancari, la Cassazione dà ragione all'Adusbef*, reperibile nel sito www.ilfoglio.it.

⁴⁵ DOLMETTA, *Prescrizione della ripetizione di «rimesse solutorie»*, cit., p. 7.

⁴⁶ BONTEMPI, *Quando il tempo cancella tutto nel rapporto tra banca e cliente*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2012, I, p. 1032.

Naturalmente, come sottolinea la sentenza n. 15895 del 2019 delle Sezioni Unite, la presunta natura ripristinatoria dei versamenti, riferendosi allo schema delle presunzioni, attiene al profilo probatorio, che va distinto da quello allegatorio, rilevante al fine dell'ammissibilità dell'eccezione di prescrizione.

10. L'orientamento che richiede, a pena di inammissibilità dell'eccezione di prescrizione, una formulazione «specificata» della stessa, sostiene che l'onere di provare la natura solutoria delle rimesse incombe sulla banca.

Così, si afferma che, poichè spetta alla banca che eccepisce la prescrizione di allegare e provare quali siano le rimesse che hanno avuto natura solutoria, a fronte della formulazione generica dell'eccezione di prescrizione, riferita a tutti i versamenti effettuati sul conto, il giudice non può supplire all'omesso assolvimento di tali oneri, ed individuare di ufficio i versamenti solutori⁴⁷.

Siffatte pronunzie identificano e confondono onere della prova ed onere dell'allegazione, e pongono l'onere della prova a carico della banca in maniera apodittica. Superfluo aggiungere che, qualora si ritenga che sia la banca a dover provare la sussistenza di rimesse solutorie, ove la banca non adempia a siffatto onere l'eccezione «generica» di prescrizione va rigettata *ex art. 2697 comma 2 c.c.*, fermo restando che l'eccezione è ritualmente proposta *ex art. 2938 c.c.*

Parimenti, si afferma che, a fronte di un rapporto di conto corrente con apertura di credito, l'onere di allegare, al fine dell'ammissibilità dell'eccezione di prescrizione, e poi di provare, ai fini della fondatezza dell'eccezione stessa, non soltanto il mero decorso del tempo, ma anche l'avvenuto superamento, da parte del correntista, del limite dell'affidamento, grava sulla banca. Tale attività di allegazione deve recare un certo grado di «specificità», sicchè in mancanza la relativa eccezione deve essere respinta, in quanto genericamente formulata, prima che dichiarata infondata⁴⁸.

La pronunzia distingue onere dell'allegazione ed onere della prova, ma incorre in una petizione di principio allorquando pone l'onere della prova a carico della banca.

11. Una posizione più sfumata, rispetto a quelle sin qui illustrate, che con varie argomentazioni ritengono sia onere della banca di provare l'inesistenza di un'apertura di credito, e quindi la natura solutoria delle rimesse, è accolta da buona parte di quell'orientamento giurisprudenziale che ritiene ammissibile una formulazione «generica» dell'eccezione di prescrizione.

Così, si sottolinea come, a fronte dell'esistenza di un contratto di conto corrente assistito da un'apertura di credito, la natura ripristinatoria o solutoria dei singoli versamenti emerga dagli estratti conto che il correntista, attore in ripetizione, ha l'onere di produrre in giudizio, sicchè la prova degli elementi utili ai fini dell'appli-

⁴⁷ Cass., 7 settembre 2017, n. 20933. Cfr. anche Cass., 30 novembre 2017, n. 28819; Cass., 12 luglio 2018, n. 18479.

⁴⁸ Cass., 24 maggio 2018, n. 12977.

cazione dell'eccepita prescrizione è nella disponibilità del giudice, ove il correntista assolva al proprio onere probatorio (ove ciò non avvenga, mancherebbe la prova del fatto costitutivo del diritto azionato, onde la domanda del correntista attore andrebbe respinta senza necessità di esaminare l'eccezione di prescrizione). Pertanto, in un quadro processuale definito dalla presenza degli estratti conto, una volta che la banca convenuta abbia eccepito la prescrizione, compete al giudice di verificare quali rimesse, per essere ripristinatorie (o per essere attuate su di un conto in attivo), siano irrilevanti ai fini della prescrizione, non potendosi considerare quali pagamenti. Insomma, la distinzione concettuale tra versamenti solutori e ripristinatori impone al giudice, se del caso con l'ausilio del consulente tecnico di ufficio, di selezionare giuridicamente le rimesse che assumono corretta rilevanza ai fini della prescrizione dell'azione di ripetizione dell'indebito⁴⁹. In altre parole, introdotta correttamente l'eccezione di prescrizione, ben poteva il giudice del merito, come ha fatto, indicarne la decorrenza sulla base della tipologia delle rimesse sul conto, deducendone la natura – solutoria o ripristinatoria – dall'elaborato del consulente che, ricostruendo l'andamento del conto corrente, non ha obliterato l'onere della prova, ma ha semplicemente posto a disposizione del giudice un accertamento tecnico legittimamente disposto nell'ambito del potere del giudice di istruire il giudizio⁵⁰: la prova della natura solutoria o ripristinatoria delle rimesse può essere raggiunta attraverso l'espletamento di una consulenza tecnica di ufficio⁵¹. Ancora, a fronte di un'eccezione di prescrizione formulata dalla banca con riferimento alla richiesta di restituzione di tutte le rimesse, la Corte territoriale correttamente può limitarsi a dichiararla fondata solo in parte, distinguendo tramite l'ausilio del consulente tra rimesse solutorie e rimesse ripristinatorie⁵².

La sentenza n. 15895 del 2019 delle Sezioni Unite sottolinea, peraltro, che il problema della «specifica» indicazione delle rimesse solutorie non viene eliminato, ma semplicemente si sposta dal piano dell'allegazione a quello della prova, sicché il giudice valuta la fondatezza delle contrapposte tesi al lume del riparto dell'onere della prova, se del caso avvalendosi di una consulenza tecnica di ufficio a carattere percipiente⁵³.

Questi assunti sono equivoci, nella misura in cui si rifugiano nel ricorso ad una consulenza tecnica di ufficio, se del caso percipiente, senza chiarire se sia onere della banca di provare l'inesistenza di un'apertura di credito, e quindi la natura solutoria delle rimesse, e se invece sia onere del cliente di provare l'esistenza di un'apertura di credito, e quindi la natura ripristinatoria delle rimesse stesse.

⁴⁹ Cass., 22 febbraio 2018, n. 4372; Cass., 26 luglio 2017, n. 18581.

⁵⁰ Cass., 23 febbraio 2018, n. 4468.

⁵¹ Cass., 31 agosto 2017, n. 20658.

⁵² Cass., 30 gennaio 2017, n. 2308; vedi anche Cass., 15 giugno 2017, n. 14895; Cass., 29 novembre 2018, n. 30885.

⁵³ Sul punto vedi GUADAGNO, *I requisiti di ammissibilità dell'eccezione di prescrizione*, cit., p. 1262 s.

12. Di recente, numerose pronunzie della Suprema Corte addossano l'onere della prova in capo al cliente, e non alla banca, sulla scorta di argomentazioni completamente differenti, rispetto a quelle sin qui illustrate: spetta al primo, cioè, l'onere di provare l'esistenza di un'apertura di credito, e quindi la natura ripristinatoria delle rimesse, e non alla seconda l'onere di provare l'inesistenza di un'apertura di credito, e quindi la natura solutoria delle rimesse stesse. E così, si sostiene che, eccepita dalla banca la prescrizione del diritto alla ripetizione dell'indebitato per decorso del termine decennale dei pagamenti, diviene onere del cliente di provare il fatto modificativo ovvero impeditivo, consistente nell'esistenza di un contratto di apertura di credito, che qualifichi quei versamenti come mero ripristino della disponibilità accordata⁵⁴. Ancora, questi assunti non contrastano con quell'orientamento giurisprudenziale, sopra esaminato, secondo cui i versamenti eseguiti sul conto corrente in costanza di rapporto hanno normalmente funzione ripristinatoria della provvista, e non determinano spostamenti patrimoniali dal *solvens* all'*accipiens*, e poichè tale funzione corrisponde allo schema causale tipico del contratto una diversa finalizzazione dei versamenti deve essere provato dalla banca⁵⁵: tale orientamento presuppone l'esistenza di un contratto di apertura di credito, sicchè in caso di conto non affidato tutte le rimesse devono automaticamente reputarsi solutorie⁵⁶.

La qualificazione dell'esistenza dell'apertura di credito come fatto modificativo o impeditivo (a fronte della prescrizione come fatto estintivo), con conseguente onere della prova in capo al cliente *ex art. 2697*, comma 2, c.c., lascia a dir poco perplessi. Del pari fragile appare il tentativo di mostrare una convergenza tra la tesi in parola ed il precedente orientamento della Suprema Corte, che afferma che i versamenti hanno normalmente funzione ripristinatoria.

In dottrina, peraltro, si guarda con favore agli assunti giurisprudenziali in parola, e si parla dell'esistenza di un'apertura di credito quale fatto positivo fondante la domanda di indebitato, e cioè come fatto impeditivo dell'eccezione di prescrizione, sicchè l'onere della prova è a carico del correntista⁵⁷.

⁵⁴ Cass., 30 ottobre 2018, n. 27704; Cass., 30 ottobre 2018, n. 27705; Cass., 30 gennaio 2019, n. 2660; Cass., 9 dicembre 2019, n. 32016, reperibile nel sito *www.dirittodelrisparmio.it*, con nota di ZURLO, *Rideterminazione del rapporto dare-avere, ripetizione dell'indebitato e carattere delle rimesse: una nuova pronuncia riepilogativa della Suprema Corte*; Cass., 4 febbraio 2020, n. 2435; Cass., 28 febbraio 2020, n. 5610; Cass., 11 marzo 2020, n. 7013; Cass., 19 maggio 2020, n. 9140.

⁵⁵ Così, Cass., 26 febbraio 2014, n. 4518, richiamata da Cass., 30 ottobre 2018, n. 27704, e da Cass., 30 ottobre 2018, n. 27705.

⁵⁶ Così, Cass., 24 maggio 2018, n. 12977, e Cass., 22 febbraio 2018, n. 4372, richiamate da Cass., 30 ottobre 2018, n. 27704, e da Cass., 30 ottobre 2018, n. 27705. In dottrina, vedi per tutti SANGERMANO, *Versamenti indebitati in conto corrente*, cit., p. 475.

⁵⁷ GUADAGNO, *Le Sezioni Unite chiamate a fare chiarezza sull'onere della prova*, cit., p. 488 s.; IDEM, *I requisiti di ammissibilità dell'eccezione di prescrizione*, cit., p. 1264. Vedi anche QUINTARELLI, *Conto corrente bancario*, cit., p. 21 s.; STILO, *Prescrizione ed anatocismo nei rapporti bancari*, cit., p. 471; BONTEMPI, *Quando il tempo cancella tutto nel rapporto tra banca e cliente*, cit., p. 1032. Ritiene preferibile la soluzione meno rigorosa, quanto agli oneri di prova gravanti sulla banca, COLOMBO, *Questioni in materia di prescrizione*, cit., p. 318.

13. Alla luce di quanto sin qui illustrato, è evidente che in tema di onere della prova la Suprema Corte appare divisa in più orientamenti. Non resta che confidare, allora, in un intervento chiarificatore delle Sezioni Unite, che consenta di definire una volta per tutte l'annoso problema se la banca abbia l'onere di provare l'inesistenza di un'apertura di credito, e quindi la natura solutoria delle rimesse, o invece se il cliente abbia l'onere di provare l'esistenza di un'apertura di credito, e quindi la natura ripristinatoria delle rimesse stesse. Al riguardo, va sottolineato che sul piano dell'onere della prova si gioca una partita importante, e forse decisiva, nell'ambito del contenzioso bancario: e ciò rende ancora più urgente l'auspicato intervento delle Sezioni Unite⁵⁸.

Peraltro, occorre essere consapevoli della circostanza che è più difficile per la banca provare un fatto negativo (fondante l'eccezione di prescrizione), quale l'inesistenza di un'apertura di credito, o l'inesistenza di un'apertura di credito superiore ad un certo ammontare, laddove è più facile per il cliente provare un fatto positivo (impeditivo dell'eccezione di prescrizione), quale l'esistenza di un'apertura di credito, o l'esistenza di un'apertura di credito superiore ad un certo ammontare: e da ciò dipende in sostanza la qualificazione di una rimessa come solutoria, o invece come ripristinatoria della provvista. All'opposto, pare evidente che il principio, di matrice giurisprudenziale, della vicinanza alla prova milita in senso diametralmente opposto, in quanto la banca è più vicina alla prova, essendo deputata alla tenuta del conto⁵⁹.

Nell'attesa dell'intervento chiarificatore delle Sezioni Unite, sia consentito formulare le seguenti considerazioni. Il tema in esame è particolarmente complesso, in quanto coinvolge due profili alquanto delicati: sul piano dell'onere della prova, quello della distinzione tra fatti costitutivi (dell'eccezione di prescrizione) e fatti impeditivi o modificativi (dell'eccezione stessa), distinzione difficile ed opinabile⁶⁰; sul piano della prescrizione, quello dell'individuazione del *dies a quo* (e cioè della decorrenza del termine), individuazione quanto mai ardua⁶¹.

Orbene, se un appunto può essere mosso alla giurisprudenza della Suprema Corte che ha affrontato il tema in parola è quello di aver trascurato siffatti due profili di teoria generale, e di aver elaborato soluzioni, come si è visto alquanto diversificate, argomentando soltanto sulla scorta delle peculiarità della fattispecie in esame, lad-

⁵⁸ GUADAGNO, *Le Sezioni Unite chiamate a fare chiarezza sull'onere della prova*, cit., p. 489; IDEM, *I requisiti di ammissibilità dell'eccezione di prescrizione*, cit., p. 1264 s.

⁵⁹ DOLMETTA, *Prescrizione della ripetizione*, cit., p. 9 ss. *Contra*, da differenti angoli visuali, QUINTARELLI, *Conto corrente bancario*, cit., p. 23 s.; GUADAGNO, *Le Sezioni Unite chiamate a fare chiarezza sull'onere della prova*, cit., p. 489; IDEM, *I requisiti di ammissibilità dell'eccezione di prescrizione*, cit., p. 1264.

⁶⁰ Cfr. MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, 1966, ristampa, p. 272 ss.; VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974, p. 179 ss.; PATTI, *Prove, Disposizioni generali*, Bologna-Roma, 1987, p. 91 ss. Per ulteriori citazioni si rinvia a FORNACIARI, *Decadenza e onere della prova*, in *Giusto proc. civ.*, 2014, p. 456 nt. 7.

⁶¹ Così, ORIANI, *Processo di cognizione e interruzione della prescrizione*, Napoli, 1977, p. 42 nt. 66, che richiama l'insegnamento di AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione*, Napoli, 1971, p. 24 ss.

dove il problema se la banca abbia l'onere di provare l'inesistenza di un'apertura di credito, o se invece il cliente abbia l'onere di provare l'esistenza di un'apertura di credito, può essere avviato a soluzione a condizione di impostare correttamente tali due profili.

È pacifico, nella giurisprudenza della Corte di Cassazione, che chi eccepisce la prescrizione deve dimostrare gli elementi su cui l'eccezione si fonda⁶², e cioè i fatti costitutivi dell'eccezione stessa. In senso conforme si pronunzia la dottrina, tanto civilistica⁶³ quanto processualcivilistica⁶⁴: gli estremi della prescrizione, e cioè gli elementi costitutivi della stessa, debbono essere provati da chi solleva l'eccezione⁶⁵.

È del pari pacifico, nella giurisprudenza della Suprema Corte, che spetta a chi eccepisce la prescrizione l'onere della prova in ordine alla individuazione temporale del *dies a quo*⁶⁶, e quindi l'onere di dimostrare l'avvenuto decorso del termine⁶⁷: ove sorga disputa circa la data in cui il preteso diritto sia nato, spetta al convenuto l'onere della relativa prova, siccome quella circostanza è uno degli elementi integrativi (=costitutivi) dell'eccezione di prescrizione da lui sollevata⁶⁸. La dottrina concorda sul punto, ed afferma che l'onere di provare il giorno da cui la prescrizione comincia a decorrere grava su colui che eccepisce la prescrizione⁶⁹: l'oggetto della prova è il decorso del tempo, e quindi il fatto dal cui compimento la legge fa decorrere il termine⁷⁰, sicché nella controversia sul giorno in cui poteva essere fatto valere il diritto vantato in giudizio l'onere della prova spetta al convenuto che abbia eccepito la prescrizione, dato che il momento della decorrenza è uno degli elementi integrativi (=costitutivi) dell'eccezione⁷¹. In altre parole, il convenuto che eccepisce la prescrizione deve provare che la pretesa dell'attore è stata esercitata ad avvenuto compimento del termine di prescrizione⁷²: ovviamente, oggetto della prova è non il com-

⁶² Cass., 13 marzo 1978, n. 1259, in *Giur. it.*, 1978, 1, I, c. 1900 ss.; Cass., 19 dicembre 1980, n. 6568, in *Giust. civ.*, 1981, I, p. 1415 ss.; in tema di prescrizione presuntiva, Cass., 21 maggio 1962, n. 1163, in *Giur. it.*, 1963, 1, I, c. 788 ss.; in tema di decadenza, Cass., 14 marzo 1983, n. 1888, *ivi*, 1984, 1, I, c. 336 ss., con nota di DANUSSO, *Decadenza dalla garanzia per vizi e onere della prova*; in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 2366 ss., con nota di RUSSO, *Dell'onere della prova della denuncia dei vizi di cui all'art. 1495 c.c.*

⁶³ GENTILE, *Prescrizione estintiva e decadenza*, Roma, 1964, p. 141; ORENGO, *Le prescrizioni presuntive e i crediti del prestatore di lavoro*, Milano, 1966, p. 77 nt. 5; PATTI, *Prove, Disposizioni generali*, cit., p. 98 nt. 4.

⁶⁴ MICHELI, *L'onere della prova*, cit., p. 379 s.; ORIANI, *Processo di cognizione e interruzione della prescrizione*, cit., p. 28.

⁶⁵ Così, GENTILE, *Prescrizione estintiva e decadenza*, cit., p. 141.

⁶⁶ Cass., 6 febbraio 2008, n. 2797; Cass., 19 marzo 2012, n. 4366.

⁶⁷ Cass., 13 luglio 2001, n. 9563. Vedi anche Cass., 13 dicembre 2002, n. 17832; Cass., 18 luglio 2016, n. 14662.

⁶⁸ Cass., 19 dicembre 1980, n. 6568.

⁶⁹ ORENGO, *Le prescrizioni presuntive*, cit., p. 78 nt. 5; RUPERTO, *Prescrizione e decadenza*, Torino, 1985, p. 171.

⁷⁰ VITUCCI, *La prescrizione*, I, Milano, 1990, p. 213.

⁷¹ VITUCCI, *La prescrizione*, cit., p. 215.

⁷² (MONATERI e) COSTANTINI, *La prescrizione*, Milanofiori Assago, 2009, p. 187. Vedi anche ORIANI, *Processo di cognizione e interruzione della prescrizione*, cit., p. 42 s.; VITUCCI, *La prescrizione*, cit., p. 213 s.

puto aritmetico del tempo, ma la dimostrazione del *dies a quo*⁷³. In sintesi, il «momento della decorrenza determina il tema della prova»⁷⁴.

Tirando le fila del discorso sin qui svolto, l'onere di provare il giorno da cui la prescrizione inizia a decorrere incombe su chi eccepisce la prescrizione dell'azione di ripetizione, e quindi sulla banca, essendo disputato tra le parti il *dies a quo* (la data di chiusura del conto, secondo il cliente; le date di effettuazione delle singole rimesse, secondo la banca). L'oggetto di tale prova è, nel caso di specie, la natura solutoria delle rimesse effettuate, e cioè l'inesistenza di un'apertura di credito, sicché la prescrizione viene a decorrere non dalla data di (estinzione del saldo di) chiusura del conto, ma dalla data di effettuazione delle rimesse. Ed in questo senso si pronunzia talvolta, ma per vero senza addurre particolari argomentazioni, anche la Suprema Corte⁷⁵.

A riprova, vi è in dottrina chi invoca il principio del «parallelismo» tra onere dell'allegazione ed onere della prova⁷⁶ (ma la vigenza di siffatto principio è ben lungi dall'essere pacifica⁷⁷, ritenendosi anzi nella dottrina processualciviltistica non avere fondamento la tesi della necessaria correlazione tra onere dell'allegazione ed onere della prova⁷⁸); e chi, sulle orme della giurisprudenza⁷⁹, propone di applicare il combinato disposto degli articoli 2697, comma 2, e 2938 c.c. (chi eccepisce che l'azione di ripetizione dell'indebitato si è estinta per prescrizione deve provare i fatti sui quali l'eccezione si fonda⁸⁰), in quanto le sole eccezioni in senso stretto (quale la prescrizione), e non le eccezioni in senso lato (né le mere difese), sono idonee a fondare l'onere della prova⁸¹.

Naturalmente, non può nascondersi che la banca si imbatte al riguardo in qualche difficoltà, quando è chiamata a provare un fatto negativo quale l'inesistenza di un'apertura di credito, ovvero l'inesistenza di un'apertura di credito superiore ad un certo ammontare, dal quale può dipendere in sostanza la qualificazione di una rimessa come solutoria, o invece come ripristinatoria della provvista⁸². Viene allora in soccorso della banca quel consolidato orientamento giurisprudenziale, secondo cui

⁷³ GENTILE, *Prescrizione estintiva e decadenza*, cit., p. 141.

⁷⁴ VITUCCI, *La prescrizione*, cit., p. 213.

⁷⁵ Cass., 30 novembre 2017, n. 28819; Cass., 26 gennaio 2018, n. 2026; Cass., 21 dicembre 2018, n. 33320.

⁷⁶ DOLMETTA, *Prescrizione della ripetizione di «rimesse solutorie»*, cit., p. 5.

⁷⁷ Cfr. ORIANI, *Eccezione*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, VII, Torino, 1991, p. 267.

⁷⁸ COLESANTI, *Eccezione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 200 s.

⁷⁹ Cass., 13 luglio 2001, n. 9563; Cass., 8 giugno 2017, n. 14282; in tema di decadenza, Cass., 10 gennaio 2017, n. 281.

⁸⁰ MINERVINI, *Versamenti in conto corrente e prescrizione dell'azione di ripetizione dell'indebitato*, cit., p. 1828; IDEM, *Ancora in tema di versamenti in conto corrente e prescrizione dell'azione di ripetizione dell'indebitato*, cit. Diversamente, VITUCCI, *La prescrizione*, cit., p. 212.

⁸¹ MICHELI, *L'onere della prova*, cit., p. 379 ss. *Contra*, VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, cit., p. 421 ss.

⁸² Difficoltà forse sottovalutate da DOLMETTA, *Prescrizione della ripetizione di «rimesse solutorie»*, cit., p. 8 ss., secondo cui la prova sarebbe di «taglio» positivo (presenza di uno sconfinamento).

non essendo possibile la materiale dimostrazione di un fatto negativo, e cioè non avvenuto, la relativa prova può essere data dimostrando uno specifico fatto positivo incompatibile con l'esistenza del fatto di cui si afferma l'inesistenza, o anche mediante presunzioni semplici dalle quali possa desumersi il fatto negativo⁸³.

Pertanto, il difetto della prova della natura solutoria delle rimesse importa il rigetto dell'eccezione di prescrizione *ex art. 2697, comma 2, c.c.*, non avendo la banca adempiuto all'onere della prova che per legge le incombe, fermo restando che l'eccezione di prescrizione è ritualmente formulata, ai sensi dell'art. 2938 c.c.

Concludendo, al cliente che agisce in ripetizione spetta di provare l'effettuazione delle rimesse, producendo gli estratti conto⁸⁴, laddove «alla banca che eccepisce l'intervenuta prescrizione tocca provare i fatti costitutivi che la sollevata eccezione sorreggono e, per conseguenza, pure quelli perimetrali della medesima»⁸⁵, e quindi la natura solutoria, e non ripristinatoria della provvista, delle rimesse effettuate.

⁸³ Cass., 13 giugno 2013, n. 14856.

⁸⁴ Sull'onere del correntista, che agisce in giudizio per la ripetizione dell'indebito, di documentare l'andamento del rapporto con la produzione degli estratti conto che evidenziano le singole rimesse suscettibili di ripetizione, in quanto riferite a somme non dovute, vedi Cass., 23 ottobre 2017, n. 24948; con ampie ed articolate argomentazioni, e con significative precisazioni, Cass., 2 maggio 2019, n. 11543, in *Foro it.*, 2019, I, c. 3224 ss., con *Nota* di LAGHEZZA; Cass., 26 settembre 2019, n. 24049; Cass., 9 ottobre 2019, n. 25373, in *Riv. dir. risparmio*, 2019, p. 109, con nota di CHIRONI, *I casi di azzeramento del saldo nel caso di azione promossa dal correntista*; Cass., 9 dicembre 2019, n. 32016; Cass., 4 febbraio 2020, n. 2435; Cass., 19 maggio 2020, n. 9140.

⁸⁵ DOLMETTA, *Prescrizione della ripetizione di «rimesse solutorie»*, cit., p. 5.

Positivismo giuridico e calcolabilità del diritto

di Francesco Felis*

Abstract. After exposing Hans Kelsen's thesis on the merits of positivism and the primacy of parliament very briefly, having treated what a well-known Anglo-Saxon philosopher (Hart) thought about certain degenerations typical of American realism, I will try to demonstrate the centrality and topicality of article 12 of the preleggi. Which is an expression of a moderate positivism as preached by Norberto Bobbio. This article is related to the needs of a modern and balanced capitalism which requires as Weber argued that there is reliance and calculability in the functioning of the judiciary, it is related to what emerges from the well-known art 16 of the Declaration of Human and Citizen's Rights of 1789, which sees the guarantees of citizens intimately linked to the principle of the separation of powers. The above principle requires not only formally different and distinct bodies but also substantially distinct ones, i.e. judges who do not act as legislators because, thus, they put at risk not only the guarantees of citizens based on the principle of separation of powers, but also the calculability of the law and the certainty that are values of constitutional significance, as emerges, for the second aspect, for example from two judgments of the Constitutional Court, the n. 210/1971 and No. 101/1986.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'esempio americano-Herbert L. A. Hart. – 3. Positivismo Giuridico-Norberto Bobbio. – 4. Interpretazione/Comportamento dei Giudici. – 5. Norme Inespresse. – 6. Conclusioni

1. Discutendo di Giustizia e in particolare di interpretazione, la prima distinzione da fare è tra quella Costituzionale e quella ordinaria¹. L'interpretazione dei giudi-

* Notaio in Genova.

¹ Circa l'interpretazione Costituzionale per i problemi che presenta rispetto ai rapporti con il parlamento e il potere legislativo, v il Roberts l'ex presidente della Corte Suprema Statunitense afferma: "[...] questa Corte non è un'assemblea legislativa. Se il matrimonio dello stesso sesso sia una buona idea o meno non dovrebbe essere un problema nostro. In forza della Costituzione i giudici hanno il potere di dire cosa è la legge. Non cosa dovrebbe essere [...] Oggi tuttavia la Corte compie un passo straordinario ordinando a ogni Stato di permettere e riconoscere il matrimonio dello stesso sesso. [...] I sostenitori del matrimonio dello stesso sesso hanno ottenuto notevoli successi nel tentativo di persuadere i loro concittadini attraverso il processo democratico ad accogliere la loro visione. Tutto questo finisce oggi. Cinque giudici hanno chiuso il dibattito e convertito la loro visione del matrimonio in materia di legge costituzionale. La sottrazione di questa disputa al popolo getterà per molti una nube sul matrimonio dello stesso sesso, rendendo un mutamento sociale eccezionale molto più duro da accettare. La decisione della maggioranza è un atto di volontà, non una sentenza. Il diritto che proclama non ha basi nella Costituzione o nei precedenti di questa Corte [...] La Corte invalida le leggi sul matrimonio di più della metà degli Stati e dispone la trasformazione di un istituto sociale che ha costituito la base della società umana per millenni, tanto per i boscimani del Kalahari quanto per i cinesi han, i cartaginesi e gli aztechi. Chi crediamo di essere? [...] Coloro che hanno fondato il nostro Paese non si riconoscerebbero nella concezione del ruolo della magistratura che ha la maggioranza. Del resto rischiarono le proprie vite e i propri beni per il prezioso diritto di governarsi da sé. Non avrebbero

ci costituzionali, che costituiscono un organo giuridico distinto da quello degli altri giudici, è diversa da quella dei giudici ordinari? Nell'interpretazione costituzionale è ammissibile che l'argomentazione giuridica si possa presentare anche nella forma di argomentazione morale, perchè la Costituzione codifica contenuti morali, affermazioni politiche, ideali di giustizia, valori. Quindi, in una certa misura, giudizi di valore e valutazioni eticopolitiche. Sollecita a che il ragionamento giuridico, quando ha ad oggetto diritti fondamentali, diventi anche ragionamento morale (seppur non privo di restrizioni). Diversa la questione per la giurisprudenza ordinaria. Inizierò il mio discorso rifacendomi a tre filosofi del diritto: Kelsen e Bobbio, che nascono nell'ambiente continentale ma sono profondi conoscitori del mondo anglosassone, e Hart. Così possono illuminare quello che dirò a proposito del diritto positivo vigente cioè l'art. 12 delle preleggi e il mio discorso in generale.

Kelsen, prima ancora di Bobbio, collega il concetto di democrazia a quello di positivismo giuridico. Un sistema di norme generali, scritte, affidate a precise statuizioni, che fa diventare lo Stato uno Stato di leggi, determina che gli atti statali abbiano una giustificazione razionale certa e la certezza del diritto, cioè la legittimità e calcolabilità delle funzioni statali; crea istituzioni di controllo, si diventa più propensi al positivismo giuridico che al diritto naturale. Per Kelsen il diritto è una tecnica sociale che si serve della coazione e in questo richiama alcune nozioni che vedremo in Bobbio.

2. Vediamo, prima di procedere oltre, il grande filosofo del diritto Hart. Herbert L.A. Hart, inglese, che appartiene al mondo giuridico anglosassone, e pone a confronto, quello che può avvenire nei diversi Paesi, di quel sistema, cioè in Inghilterra e negli Stati Uniti.

Hart, nel suo "La giurisprudenza americana attraverso gli occhi di un inglese: l'incubo ed il nobile sogno"² distingue quello che lui chiama l'incubo dal sogno.

mai pensato di cedere quel diritto a giudici non eletti e non responsabili su una questione d'indirizzo sociale".

² saggio riprodotto di recente in SCHIAVELLO e VELUZZI, *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, Giappichelli, 2005, p. 229-248; v. in generale, BIX, *Teoria del diritto. Idee e contesti*, Giappichelli, 2016; PETRUCCIANI, *Democrazia. Piccola Biblioteca*, Einaudi, 2014; SHAVELL, *Analisi economica del diritto*, Giappichelli, 2007, p. 110; ALPA, *Come fare buoni contratti*, articolo su Il Sole 24 ore del 17 febbraio 2013; sul tema: ALPA, *Interpretazione economica del diritto*, In *Novissimo Digesto Italiano*. Appendice, Vol. IV, Utet, 1983, p. 318; KAGAN, *La giustizia americana - come il contraddittorio fa il diritto*, Il Mulino, 2009, p. 65-79 e p. 89-123,417; HORWITZ, *La trasformazione del diritto americano 1870-1960*, Il Mulino, 2004. Per rimanere al settore civile, emblematico, è il caso, nel 1983, *Johonson v. Johonson*, in materia ereditaria, citato da Kagan nella sua opera (*La giustizia americana*, p. 191-201) vedi: D'IGNAZIO, *Politica e amministrazione negli Stati Uniti D'America*, Giuffrè, 2004, pag. 166 e ss. sul ruolo assolutamente abnorme e anche pericoloso per i diritti dei cittadini che hanno assunto le Agenzie negli Stati Uniti, tanto da far dire a un illustre giurista, Pound, che laddove lavorano le Agenzie Amministrative, il diritto, in pratica non esiste addirittura più; nota 6, p. 166; MATTEI e ARIANO, *Il modello di common law*, Giappichelli Quinta edizione 2018 oltre a mettere in evidenza come il sistema soprattutto inglese si è formato storicamente e ha retto formando decisioni che si consolidavano nel tempo anche perchè i legali erano pochi, venivano formati in

Le parti ritengono che i giudici debbono applicare il diritto esistente e non crearlo. La domanda di quale sia il diritto esistente comporta una risposta facile e difficile ad un tempo. L'immagine tradizionale del giudice, dice Hart, usando le parole di lord Radcliffe, è quella "dell'obiettivo, imparziale, dotto ed esperto dicatore del diritto". L'incubo è che questa immagine, che lo distingue dal legislatore, sia un'illusione.

Ad un giurista inglese sembra che il processo giudiziale, negli Usa, diventi un "atto di produzione legislativa non controllato dal diritto". Hart cita il libro di John Chipman del 1909 "The Nature and Sources of the Law", per ricordare le parole del vescovo Hoadly: "chiunque abbia un'autorità assoluta di interpretare una legge scritta o un precedente, egli è, a tutti gli effetti, il vero legislatore, e non la persona che per la prima volta ha promulgato la legge o posto il precedente".

Intrecciata con l'incubo, vi è un'altra tesi, rappresentata dalla nota affermazione del giudice Holmes del 1884: "la vita del diritto non ha a che fare con la logica ma con l'esperienza". Cioè la rivolta contro il formalismo considerato come sinonimo di eccessiva fiducia in un pensiero deduttivo, formale, astratto o scorporato in diverse discipline nettamente distinte fra loro.

Gli attacchi contro la logica per privilegiare la vita e l'esperienza sono visti da un giurista inglese, appartenente allo stesso ambiente giuridico di Common Law, ma americano, quindi evidentemente diverso, come un'idea confusa e ambigua.

Bisogna, conclude Hart, non aderire a impostazioni del realismo giuridico, estreme. Non bisogna ricorrere a considerazioni extra giuridiche. I giudici non devono "surrettiziamente" introdurre nel diritto le loro personali convinzioni circa le finalità del diritto o la giustizia.

Cosa è "il nobile sogno"?

Si cita la nota sentenza di lord Atkin nella House of Lords, circa la responsabilità del produttore per sostenere che vi sono valori o ideali diffusi nel sistema, che aiutano nei giudizi. Nei giudizi dove le "regole di carta" sono indeterminate, il giudice modella la sua decisione sui principi generali e i valori del sistema. Holmes sbaglia

modo elitario e da queste elite venivano tratti i giudici, mette in rilievo il moderno sistema processuale americano. la fase del pre-trial, pag.302, del trial, p. 308, con principi e regole operative difficilmente esportabili; VARANO e BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*, Giappichelli, vol I, 2010, p.301-308, dove si mette in evidenza che, a volte, data la familiarità e affinità di estrazione tra giudice e barristers, bastava uno scambio di occhiate tra il giudice e i barristers di fronte a lui per far capire cosa era opportuno che facessero nella conduzione del caso: un esempio encomiabile di conduzione processuale, da esportazione! Un esempio che esaltava i caratteri dei barristers, bianchi, maschi, di mezza età, appartenenti ai segmenti più elevati della società, anche grazie ad opportune selezioni che iniziavano sin dall'età scolastica; FRANZONI, *Introduzione all'economia del diritto*, Il Mulino.2003; COOTER, MATTEI, PARDOLESI, ULEN, MONATORI, *Analisi economica del diritto*, Il Mulino 1999; ALPA, voce *Interpretazione economica del diritto*, in *Novissimo Digesto Italiano-Appendice*, IV, Torino, UTET, 1980, p. 315; PARDOLESI, *Analisi economica del diritto*, in *Digesto IV*, I, Torino, UTET, 1987, pag. 309; KENNEDY, *Breve storia dei critical studies negli Stati Uniti* in *Dictionnaire Encyclopediques de Theorie e Sociologie du droit*, a cura di ARNAUD, e altri. Paris, L. G. D. J, 1993, traduzione di Giovanni Marini.

quando dice che il giudice deve esercitare “la sovrana prerogativa della scelta”. Cioè, i giudici, a volte creano, non scoprono, il diritto.

Assume rilievo, prima di tutto, non accettare l’opinione che i giudici debbano decidere “in modo sociologico”.

Il giudice non è attrezzato per compiere indagini di tipo sociologico su quale sia, all’interno di una comunità il criterio di valutazione. A parte le differenze tra i giudici anglosassoni, elettivi, e quelli italiani e a parte le differenze di organizzazione e culturali tra diversi Paesi, nessun giudice è in grado di individuare un campione rilevante e trarre criteri di giudizio.

Come individuare cosa prescrive “la coscienza sociale”? È sufficiente far riferimento a cosa pensa la maggioranza di una comunità? E come si individua, per il giudizio concreto, ai fini di determinare la regola di giudizio, la maggioranza in un ambiente vasto come la “società”? Illustri economisti³ hanno sostenuto che le maggioranze non sono entità fisse, ma variabili anche in base a come viene presentata la questione.

È stato inoltre (soprattutto per il giudizio costituzionale, ma l’osservazione mi sembra estensibile al giudizio anche ordinario) detto che, se anche l’indagine sociologica fosse possibile per il giudice (aggiungerei, fosse ammissibile), potrebbe essere molto difficile trarre dalla società o dalla sua maggioranza, criteri univoci di valutazione. Anzi, in società complesse, “non omogenee e pluraliste è più probabile che accada esattamente il contrario. In società profondamente pluraliste come quelle contemporanee, quale è il significato della dignità, o della laicità, o dell’eguaglianza, secondo la coscienza sociale?”⁴ Si fa, almeno per il campo del giudizio costituzionale, l’esempio della Corte Costituzionale che in due sentenze, (a 7 anni di distanza una dall’altra) dalla “coscienza sociale” ha tratto conclusioni opposte su materie simili, come l’adulterio della moglie contrapposto a quello del marito.

Al di là che quello di minoranza è un concetto pure esso variabile - “tutti siamo prima o poi minoranza” - in realtà ammettere per il giudice la legittimità o, peggio, l’opportunità di riferimenti alla coscienza sociale, o altri criteri simili, diventa un paravento per la discrezionalità del giudice che opera, lui solo, una scelta non solo personale ma occulta, non trasparente e privata, dei parametri di valutazione tra le varie sollecitazioni che gli provengono. Non gli provengono però dalla realtà sociale, ma dalla “sua” realtà sociale.

Gli autori più recenti sono orientati nel dire che l’incubo è oramai prevalente ed che è sempre più reale nel comportamento dei giudici americani.

Sicuramente Hart non sarebbe stato d’accordo con l’Analisi economica del diritto, che si richiama all’utilitarismo di Bentham e sostiene che bisogna affrontare i problemi giuridici evitando nozioni astratte, ma procedendo all’analisi delle soluzioni sulla base delle conseguenze, degli effetti.

³ ARROW, *Scelte sociali e valori individuali*, Milano, Etas, 2003.

⁴ per una trattazione giuridica del tema: PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Il Mulino, 2010, p. 138

I giudici, anche inconsapevolmente, fanno norme per massimizzare la ricchezza, per un'efficiente allocazione delle ricchezze. Bisogna affrontare i problemi giuridici tenendo conto degli effetti delle soluzioni proposte, delle analisi costi/benefici, scegliendo quella che porta benefici maggiori. Senza tener conto troppo dei precedenti (o delle norme si direbbe in ambiente civil law e della loro interpretazione logica) per giungere ad una decisione nuova che possa migliorare anche il diritto esistente, sulla base di scelte di valore. Cioè politiche.

Si è domandato se l'Analisi Economica del diritto sia un prodotto difettoso (in particolare Guido Alpa, cit.p.323) e anche chi risponde in modo negativo circa il metodo, cioè lo stesso Alpa che ha posto il quesito, non può non notare, citando le opere di R. Dorfman, le differenze tra economista (ed economia) e giurista (e diritto). Il giurista "deve applicare i modelli etici e di giustizia e valutare gli obblighi reciproci disciplinati dalla legge (queste sono espressioni da positivismo giuridico). L'economista non deve prendere decisioni, "descrive il mondo con maestria", ma deve fermarsi se vuole imporre modelli. In questo caso, agendo come cittadino può concorrere alla formazione della legge.

Il diritto non come serie di soluzioni in qualche modo precofenzionate ma attività di giudici volta a soluzioni dettate da valutazioni (loro) di valore. Il che andrebbe bene se tale operazione fosse del legislatore. Ma va meno bene se svolta dai giudici.

3. Vari fattori giustificano l'espansione dell'importanza della giurisprudenza.

Il primo di questi fattori è riconducibile alla responsabilità della politica. Consiste nell'incapacità del legislatore di fare il suo mestiere, quale si manifesta nel dissesto della produzione legislativa, sia sul piano quantitativo che su quello qualitativo.

Il secondo fattore di espansione del potere giudiziario è la struttura multilivello degli attuali ordinamenti.

Il terzo fattore è rappresentato dallo sviluppo, nel Novecento, dapprima dello stato sociale e della sfera pubblica, poi della loro crisi.

Infine, un quarto fattore di espansione della giurisdizione è la tendenza del potere giudiziario, connaturata del resto a qualunque potere, a dilatare indebitamente il proprio ruolo e a dar vita a un diritto di creazione giurisprudenziale. Naturalmente, siccome il tema è molto tecnico, da filosofi del diritto, oltre che da giuristi strictu sensu, procederò con semplificazioni per essere comprensibile.

Opere più specialistiche sono richiamate nelle note per chi vuole approfondire⁵.

⁵ CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2015, nel cui cap. II, pp. 87-223, che reca il titolo significativo Giurisprudenza creativa e dottrina remissiva, viene fornita un'ampia rassegna di sentenze creative, commentate di solito favorevolmente da una dottrina corriva. V. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa* del 2016; BOBBIO, *Il positivismo giuridico - Lezioni di filosofia del diritto accolte da Nello Morra*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 129-132; FASSÒ, *Che Cosa intendiamo con diritto naturale?* (1961) ora in FASSÒ, *Scritti di filosofia del diritto*, a cura di E. Pattaro, G. Zucchini, C. Faralli, Giuffrè, Milano, 1982, p. 503-528; FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*. Vol. III - Ottocento e Novecento. Laterza, 2008, p. 6-9, p.

Non voglio analizzare compiutamente tutte le teorie sul tema dell'esercizio della funzione giudiziaria e dell'interpretazione delle norme (caratterizzate, oggi sempre più anche in Italia, da antilluminismo e post illuminismo circa l'interpretazione del diritto) concetti che si richiamano alla giurisprudenza concettuale, Begriffsjurisprudenz, e alla giurisprudenza degli interessi, Interressenjurisprudenz (che guardava più ai rapporti sociali e meno a quello che riteneva l'abuso della logica), non voglio esaminare in dettaglio le tesi di chi, con realismo, come Kirchmann, diceva che "a causa della legge positiva i giuristi sono diventati vermi che vivono di legno marcio. In quanto assume come suo oggetto il contingente, la scienza del diritto diventa contingente essa stessa: tre parole modificatrici del legislatore, e intere biblioteche diventano carta straccia"⁶.

Al contrario affronto il problema basandomi e riprendendo le classiche nozioni di Norberto Bobbio⁷. Bobbio, che ben rappresenta il positivismo e che aderisce a

20 e p. 176-188; GALGANO, *La Forza del numero e la legge della ragione. Storia del principio di maggioranza*, Il Mulino, 2007: sui rapporti tra il potere e quale sia la sua fonte, sulla legge basata sul numero anziché sulla "valentior pars"). Come dicevano gli antichi scettici (FASSÒ, *op. cit.*, Vol. I - Antichità e medioevo, Laterza, 2008, p. 90-93), dopo di loro, i libertini francesi e gli illuministi milanesi, soprattutto Alessandro Verri (FASSÒ, *op. cit.*, Vol. II - L'età moderna, Laterza, 2008, p. 122-123 e pag. 301) ecc. non c'è onesto e turpe per natura o per sé stesso. Quello che per alcuni è giusto, come l'esperienza insegna, per altri non lo è. v. RICCOBONO, *Antikelsenismo italiano*, Giappichelli, 2017, per una critica delle teorie giuridiche più che di quelle politiche di Kelsen, anche se in Kelsen i due tipi di teorie non sono così distinte e non collegate; BARBERIS, *Una filosofia del diritto per lo stato costituzionale*, Giappichelli 2017, in particolare pag.45-89 per i rapporti tra diritto e morale e il giuspositivismo; e p. 111, dove si precisa che per Kelsen il diritto è solo una tecnica sociale che si serve dello strumento della coazione, p. 213 e ss per un'interpretazione e poteri delle Corti costituzionali che ad esempio con il criterio della ragionevolezza/irragionevolezza ex art 3 Cost. ma non solo questo criterio, viene a sostituirsi al Parlamento quasi in ogni occasione; ALPA *Giuristi e interpretazioni. Il ruolo del diritto nella società postmoderna*, Marietti 1820, 2017 p. 50 e ss, per il concetto di persona, inteso in senso moderno, collegato alla dignità umana, portatore di diritti con il diritto che ha come oggetto proprio la persona, non distinguendo, aggiungo, secondo vecchie e superate classificazioni vari concetti come persona, individuo ecc. raggruppandoli tutti in un unico concetto, al di là delle diverse espressioni; un recente giurista italiano (IRTI, *Il salvagente della forma*, Laterza, 2007; Nichilismo giuridico, Laterza, 2004) ha affermato "Se nessuna norma è interdetta; se tutte giacciono nella stessa possibilità di essere o non essere; se le norme vigenti sono rose dal tarlo del nulla e ciascuna altra è in grado di tenerne il luogo; allora rimane soltanto la stabilità della forma. Chi ne prende possesso ha in mano la tecnica per il dominio. Nel naufragio dei tempi, il diritto ha afferrato il salvagente della forma." La mia generazione di giuristi pratici si è formata, in gran parte sulle opere di Norberto Bobbio per quanto riguarda i rapporti tra diritto e politica e soprattutto tra diritto ed etica ed economia, che sono rapporti che si concretizzano nel generale tema e dibattito sul positivismo giuridico e sul suo valore attuale; IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli 2016; sul realismo e i giudici e la concezione ostile a considerare la loro attività come quasi meccanica e sillogistica, ma caratterizzata da discrezionalità, con decisioni giudiziali determinate da fattori estranei alle norme giuridiche, dai concetti, dai precedenti, ma soprattutto dal fatto che i giudici seguono il loro istinto fingendo di fare riferimento alle norme, v. Bix, *Teoria del diritto*, Idee e contesti, Giappichelli, 2016, p. 250 e ss.

⁶ FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, Vol III, Laterza, 2006, p.138 e 163.

⁷ BOBBIO, *op.cit.*, Giappichelli, 1996, p. 236-243; Il positivismo etico moderato (per usare l'espressione di Bobbio) è quello che permette di coniugare la tenuta di una società e lo sviluppo economico. E proprio

quello che lui chiama “positivismo etico moderato”, è più dubbioso di me su alcune conclusioni che ne derivano, in tema di interpretazione e comportamento dei giudici. Ma è bene vedere l'impostazione generale di Bobbio, per poi scendere ad esaminare le questioni connesse ai comportamenti dei giudici.

A - La ideologia del positivismo giuridico estremista consiste “nell’affermare il dovere assoluto o incondizionato di ubbidire alla legge in quanto tale”.

È un’ideologia, perchè siamo sul piano non della problematica conoscitiva “riguardante la definizione del diritto, ma in quella (valutativa) riguardante la determinazione del nostro dovere nei suoi confronti”.

Il dovere assoluto di ubbidire alla legge trova la sua giustificazione nella formazione dello Stato moderno, dove la legge è diventata l’unica fonte del diritto, dove il diritto si è emancipato dalle istituzioni religiose e dalla Chiesa.

Ubbidire alla legge è, contemporaneamente, un obbligo giuridico e morale. Bisogna farlo non solo per motivi esterni ma anche interni. Dice Bobbio: “obbligo non per costrizione, ma per convinzione”.

Obbedire alle leggi in quanto tali. Non solo, secondo un certo pensiero, in quanto giuste?

Nella definizione della legge, secondo il positivismo giuridico, non è compreso il requisito della giustizia. Solo quello della validità.

La giustificazione del principio dell’obbedienza assoluta alla legge, tipica del positivismo etico, estremista, alternativamente è stato sostenuto che si basi:

a) - su una concezione scettica della giustizia, cioè la giustizia sarebbe espressione della volontà del più forte, tipica ad esempio dei sofisti greci;

b) - su una concezione convenzionale della giustizia, cioè la giustizia sarebbe ciò che gli uomini si sono accordati che sia. Concezione che nasce non da scetticismo, ma da relativismo etico; ad esempio di Hobbes secondo il quale non esiste un criterio per distinguere il giusto dall’ingiusto; vi è un obbligo morale di obbedire alle leggi, pertanto, perchè vi è un patto dei consociati in tal senso;

c) - su una concezione sacrale dell’autorità, cioè il potere di comandare si fonde su un carisma; il potere nascerebbe da una valutazione razionale degli uomini

perchè la versione moderata del positivismo etico, come dice Bobbio, afferma che il diritto ha un valore in quanto assicura il valore dell’ordine. Il diritto ha un valore strumentale in funzione dell’ordine e realizza, perciò, la certezza giuridica. Certezza giuridica che si identifica e viene giustificata dall’ordine, v. BOBBIO, *Teoria generale della politica*, a cura di Michelangelo Bovero. Piccola Biblioteca Einaudi, 2009, pag. 70, 76 e ss sul compito del diritto di garantire l’ordine e la concezione di Max Weber sul fine della giustizia e dello Stato; sul tema per una ricostruzione anche storico comparativa MONATERI, *L’interpretazione del diritto in Digesto delle discipline privatistiche - Sezione Civile - Vol. 10*, UTET, 1993, p. 40-47; CAPRIOLI, *L’interpretazione nel diritto medievale moderno*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche - Sezione Civile - Vol. 10*, 1993. p. 13 e ss; sul tema per una ricostruzione anche storico comparativa MONATERI, *op. cit.*, pag. 40-47, CAPRIOLI, *op. cit.*, p. 13 e ss; v. in generale PETRUCCIANI, *op. cit.*, Einaudi, 2014; KELSEN, *Democrazia*, Il Mulino 2010; KELSEN, *Il primato del parlamento*, Giuffè, 1982, p. 48; DI NOTO MARRELLA, *Istituzioni di Storia giuridica*, Cedam. Vol II, 2008 per una prospettiva storica, p.11-21 sui rapporti tra codice e la distinzione tra diritto civile e diritto pubblico.

che riconoscono necessario attribuire a qualcuno il potere di comandare per poter far sussistere una società; concezione delle odierne democrazie.

Ma il potere si può fondare, anche, sulla forza della consuetudine, della tradizione storica per cui si obbedisce a un sovrano e può fondarsi, nell'ambito di una concezione sacrale/carismatica, anche sul fatto che un uomo appare dotato di qualità fuori dall'ordinario, sopraumane;

d) - su una concezione dello Stato etico, cioè lo Stato sarebbe la suprema manifestazione di Dio nella storia, portatore di una missione, vorrebbe realizzare l'eticità che è superiore a tutto e, perciò, pretenderebbe assoluta ed incondizionata obbedienza, ad esempio come avveniva nella concezione di Gentile.

B - La concezione del positivismo etico moderata parte dalla constatazione, storica, dimostrando ancora una volta che tutte le teorie, sia economiche, sia giuridiche sia sociali in genere, devono avere un riscontro di SOSTENIBILITÀ nella storia, che esistono due versioni del positivismo etico o aspetto ideologico del giuspositivismo.

Una versione estremistica o forte e una moderata o debole.

La prima è quella esposta sopra ed è stato detto che è propria più che dei sostenitori del positivismo, dei suoi detrattori che avrebbero costruito la concezione estremistica del positivismo proprio per poterlo criticare meglio.

Il diritto, afferma Bobbio, "ha un valore in quanto tale, indipendentemente dal suo contenuto: ma non già perchè (come sostiene la versione estremistica) sia sempre di per se giusto (o addirittura il supremo valore etico) per il solo fatto di essere valido, ma perchè è il mezzo necessario per realizzare un certo valore, quello dell'ordine (e la legge è la forma più perfetta di diritto, quella che meglio realizza l'ordine). Per il positivismo etico il diritto ha dunque sempre un valore, ma mentre per la sua versione estremistica si tratta di un valore finale, per quella moderata si tratta di un valore strumentale".

Cioè si "preferisce il diritto all'anarchia, a causa del valore (l'ordine)" che permette di realizzare.

L'ordine è il risultato dell'attuazione di un sistema normativo. In particolare l'ordine sociale, ovvero il "richiedere che i rapporti sociali si attuino nel rispetto di alcune regole fondamentali comuni alle varie classi e ceti sociali".

Vi è uno stretto rapporto tra ordine, coazione e giuspositivismo: la coazione è il mezzo per ottenere la conformità della condotta umana al diritto, all'ordine. Da qui una serie di dubbi circa l'ordine internazionale, che non è la sede per esaminare.

Altri replicano che il fine del diritto non è l'ordine ma uno superiore: la giustizia.

Non un ordine quale che sia, ma un ordine giusto. Bobbio aggiunge che giustizia non significa altro che "legalità", rispetto e corrispondenza alla legge, cioè ordine. Azione giusta significa azione conforme alla legge.

Bobbio, perciò, interpreta le due massime romane "suum cuique tribuere e neminem laedere" nel senso che la prima vuole attribuire a ciascuno ciò che gli spetta secondo un certo ordinamento, cioè instaurare l'ordine, la seconda vuole che non si

superino i limiti alla condotta posti da un ordinamento, non invadere la sfera altrui cioè non distruggere l'ordine. Le due massime vengono riportate ai principi "instaurare l'ordine e non distruggere l'ordine". La funzione del diritto è proprio, appunto secondo l'ottica del giuspositivismo etico moderato, garantire l'ordine e non è divergente da quella che considera "la giustizia come il fine proprio del diritto perchè, almeno in base a una certa concezione, la giustizia si identifica con l'ordine". Abbiamo così ricostruito il percorso argomentativo di Bobbio, le sue conclusioni, che trovo convincenti, cioè che il diritto è il mezzo per realizzare l'ordine, cioè un valore strumentale e non assoluto, a differenza del positivismo estremista, ma anche che la legge è la forma più perfetta di diritto.

Lo è perchè è un comando giuridico che ha certe caratteristiche. Cioè ha generalità ed astrattezza. Non disciplina il comportamento di una singola persona ma di una classe, non comanda una singola azione ma una categoria di azioni.

Perciò realizza l'eguaglianza e la certezza.

Su questo e contro questa impostazione si inserisce chi, con una teoria scettica, sostiene che l'interpretazione sia non conoscenza ma decisione del significato: prima dell'interpretazione non esiste alcun significato o almeno non ne esiste uno solo, ma molti.

Kelsen, a sua volta, precisa che sarebbe interpretazione scientifica l'accertamento dei significati di una norma, è interpretazione politica, o decisoria, la scelta di tali significati.

4. Il positivismo ha condotto una aspra battaglia contro le fonti diverse dalla legge, il diritto dei giudici ad esempio, perchè si riteneva che non garantissero proprio i requisiti dell'eguaglianza e della certezza. Importante è, soprattutto, considerare il diritto un mezzo, una tecnica di organizzazione sociale alla Kelsen, che serve per realizzare l'ordine della società. Cita Bobbio le parole di F. RAU, che faccio mie, indipendentemente che siano condivise completamente o meno da Bobbio, circa la concezione giuspositivistica della scienza giuridica: "la deduzione inflessibile di tutte le conseguenze giuridiche da un principio dato. Tutte le soluzioni sono contenute in germe in un insieme di principi formulati con tale rigore matematico e così intimamente connessi gli uni agli altri che formano un vero edificio giuridico di cui si possono criticare senza dubbio i particolari, ma di cui è impossibile non riconoscere la solida costruzione". Il problema, purtroppo, soprattutto in Italia, è che le leggi non contengono più principi formulati con rigore. Lasciamo perdere quello matematico o le esagerazioni come la "deduzione inflessibile". Basterebbe almeno il rigore e un disegno. Si apre, perciò, il discorso su come vengono fatte le leggi, su cosa contengono.

Per il defunto giurista Tarello⁸ la disposizione normativa è infatti un enunciato, il testo di legge in sé e per sé considerato, ossia l'espressione linguistica in forma compiuta che il giurista si impegna ad analizzare e interpretare o applicare "in senso normativo", e che, prima dell'intervento pratico dell'operatore di diritto, racchiude nel proprio nucleo linguistico una pluralità di significati possibili.

La norma è, invece, una comunicazione precettiva esprime il significato – quel singolo, specifico significato – che emerge in virtù dell'interpretazione della disposizione normativa che sia stata effettuata.

Cioè Tarello, distingue tra disposizione normativa e norma.

Dunque, nel pensiero di Tarello, il diritto non vive, nella prassi, se non nel momento in cui le disposizioni normative si tramutano in norme per effetto dell'attività interpretativa. Ne esce enormemente valorizzato il ruolo che l'interpretazione assume, concretamente, nel mondo del diritto: l'interprete è l'artefice primo della dinamica e della concreta esperienza giuridica, in quanto è il responsabile della trasformazione della disposizione – priva di qualsiasi significato, ma in potenza suscettibile di contenere una enorme pluralità perchè in "attesa" di essere interpretata da un singolo operatore giuridico – in norma, cioè, in sostanza, in significato.

In altri termini, secondo Tarello, l'interpretazione non è un'attività meramente ricognitiva di significato, ma è un'attività "ascrittiva" di significato (agli enunciati), e, dunque, "creativa" (di significato, cioè di norme). Queste osservazioni confermano, dunque, la dirimpante rilevanza, che l'interpretazione riveste nell'esperienza giuridica, del ruolo svolto dai giudici-interpreti nella vita del diritto.

Inevitabile, in una simile situazione, l'ingresso, nella norma scaturita da una simile interpretazione giudiziale, delle opzioni latamente "politiche" di cui ogni organo giudicante è "intriso".

Ecco perchè si parla, relativamente al pensiero di Tarello, e, in modo più ampio, relativamente a quello dei giusrealisti, di "interpretazione politica" della legge: l'atto interpretativo di ascrizione di significato all'enunciato di un documento normativo è, per sua natura, indissolubilmente legato alla soggettività, alla cultura, alla prepa-

⁸ TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, 1980, p. 39-153; TARELLO, *Voce Realismo giuridico*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIV, Utet, Torino, 1968, p. 923-933; TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, Giuffrè, Milano, 1962; TARELLO, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1974; CONTI, DI LIZIA, FERRAJOLI, JORI, *Filosofia del diritto*, Raffaello Cortina editore, II edizione, 2013, p. 487; TARELLO, OMAGGIO E CARLIZZI, *Ermeneutica e Interpretazione giuridica*, Giappichelli, 2010; TROPER, *Una teoria realista dell'interpretazione*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica" Il Mulino, XXIX, 2/1999, pag. 475; OMAGGIO e CARLIZZI, *op. cit.*, p. 31-42 dove si analizza il concetto se la norma giuridica è il significato di un testo non il suo enunciato, cioè a differenza di quello che si ritiene dai giuristi che chiamano norme tanto l'enunciato da interpretare quanto il prodotto dell'interpretazione, solo quest'ultimo avrebbe la qualifica di norma; Troper sceglie la versione scettica di chi si interroga se interpretare sia descrivere il significato o decidere il significato, facendo dell'interpretazione "una funzione della volontà e non della conoscenza"; GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi. - Appendice. L'interpretazione costituzionale*, Giuffrè, 2004, p. 267-332.

razione professionale, ai pregiudizi, anche all'onestà, e, in una parola alla visione "politica" dell'interprete stesso.

Ecco perchè si parla, facendo riferimento all'attività interpretativa operata dalla magistratura, di "governo dei giudici".

Qui troviamo le basi concettuali di quel fenomeno che oggi si critica con veemenza, mettendo in evidenza non solo il degrado culturale della magistratura, per via di una serie di leggi che hanno eliminato ogni selezione di merito. Oggi il sistema, detto età della giurisdizione, non appare altro che come un sistema dove la dottrina non conta quasi nulla, si formano le "sentenze – trattato" con motivazioni che sono vere e proprie esposizioni di dottrine "la dottrina delle corti". Sistema in cui i veri limiti che il giudice incontra e a cui soggiace sono costituiti da altri giudici (perciò si arriva alla Corte di Giustizia U. E, alla Corte dei diritti dell'uomo interprete della relativa Convenzione che interviene ad esaurimento dei rimedi interni ed interviene sempre più spesso per carenze dei primi e di come si sono definiti i processi).

Almeno la Corte di Giustizia U. E richiama la necessità di leggi, di attuazione delle norme comunitarie, chiare, precise, univoche, in una sorta di ritorno al testo normativo da interpretare in modo letterale⁹.

Risponde all'esigenza di certezza, partendo dall'art 12 delle preleggi rivalutato circa la sua vigenza e attualità, come una reazione al governo assoluto dei giudici, che negano non solo la validità del procedimento logico, ma anche l'attualità dell'art 12 preleggi, sia la giurimetria sia la c.d. giustizia predittiva¹⁰.

⁹ DI PORTO, *Calcolo giuridico secondo la legge nell'età della giurisdizione. Il ritorno del testo normativo*, a cura di Alessandra Carleo, *Calcolabilità giuridica*, Il Mulino, 2017, p. 122, 126-133; le Camere penali dicono che nelle valutazioni di merito dei magistrati c'è una percentuale del 99,9% di valutazioni positive. Per cui tutti accedono almeno come stipendio e pensione ai gradi massimi e l'attribuzione dei ruoli direttivi e dirigenti rimane falsata perché non può essere basata su valutazioni di merito perché tutti hanno merito. Diventa una valutazione di fatto basata solo sull'appartenenza di corrente. Inoltre non si promuoverebbe quando vi è una carenza essendo i ruoli aperti. È giusta la tesi? Sembra di sì. Le valutazioni negative, di regola solo momentanee, hanno variato tra lo 0,9 e lo 0.5%. In Germania le valutazioni positive circa il merito che poi permette.

¹⁰ L'origine storica del termine "giurimetria" viene solitamente fatta risalire alla pubblicazione di un giurista americano Lee Loevinger. L'idea di fondo era quella di rendere misurabile il diritto: si voleva, cioè, rendere la sentenza come un risultato di un'operazione sempre verificabile e non caratterizzata da imprevedibilità. La giurimetria può essere definita come la scienza che studia l'applicazione di metodi matematici per la risoluzione di problemi giuridici. La Corte Costituzionale (sentenza del 29 maggio 2019, n. 134) ha recentemente affermato che "il principio di legalità, prevedibilità e accessibilità della condotta sanzionabile e della sanzione aventi carattere punitivo-affittivo, qualunque sia il nomen ad essa attribuito dall'ordinamento non può, ormai, non considerarsi patrimonio derivato non soltanto dai principi costituzionali, ma anche da quelli del diritto convenzionale e sovranazionale europeo, in base ai quali è illegittimo sanzionare comportamenti posti in essere da soggetti che non siano stati messi in condizione di "conoscere", in tutte le sue dimensioni tipizzate, la illiceità della condotta omissiva o commissiva concretamente realizzata." La Giustizia predittiva fa riferimento alla possibilità di prevedere l'esito di un giudizio tramite alcuni calcoli, cioè prevedere la probabile sentenza relativa ad un caso attraverso l'ausilio di algoritmi (VIOLA, *Interpretazione della legge con modelli matematici*, Milano, Diritto Avanzato, 2018; CASTELLI PIANA, *Giustizia predittiva. La*

Il modo in cui i conflitti pratici vengono affrontati dagli attori giuridici è condizionato dalla loro concezione del diritto.

Questa ha riflessi sulle garanzie dei cittadini ma anche sull'economia.

-Per il giuspositivista¹¹, un giudice che si appelli a ragioni morali, o di altro tipo, non fornisce una giustificazione adeguata alla soluzione di un conflitto pratico. Le norme morali o altre convinzioni, spesso non dichiarate, sono necessariamente escluse dalle ragioni idonee a fondare la decisione.

Altri giuspositivisti, con forma più attenuata rispetto ai primi (detti esclusivi mentre loro sono classificati come inclusivi) ammettono che ragioni di tipo morale possano entrare in gioco nella soluzione di un conflitto pratico, ma questo accade se esse sono state incorporate nell'ordinamento sulla base di criteri, almeno quelli tendenzialmente certi. Ma molti si limitano ad affermare semplicemente criteri convenzionali.

-Il giusrealista accetta senza alcuna remora che la morale possa influenzare il modo in cui il giudice affronta un conflitto pratico. Considera questo fatto, per me nefasto, frutto di arbitrio, tipico di ordinamenti dove il giudice spesso è elettivo, un mero fatto empirico oggetto di studio della psicologia e della sociologia.

-Il c.d.giusnaturalista (esclusivo) riconosce alle ragioni morali un primato assoluto fino a giungere a ritenere che le ragioni giuridiche non coerenti con quelle morali perdono la capacità di giustificare l'agire di un giudice. Il giusnaturalista inclusivo riterrà il diritto ingiusto come valido e obbligatorio a meno che i suoi contenuti non superino la soglia di tollerabilità oltre la quale il diritto ingiusto cessa di essere diritto (è stata la posizione tedesca e di Radbruch dopo la seconda guerra mondiale).

A Radbruch si potrebbe replicare che è giusta in teoria la tesi, ma la colpa non è del positivismo che permetterebbe tutto.

In certi limiti il positivismo può essere anche una garanzia: soprattutto contro certi fenomeni aberranti, che superano il livello di tollerabilità, vedi nazismo o altro, la risposta deve essere politica. Non nel diritto.

Certi fenomeni vengono meno o non nascono a seguito di azioni politiche (purtroppo anche, come la seconda guerra mondiale, con azioni belliche). Non bisogna enfatizzare il diritto e sapere le differenze con la politica, l'economia e quando deve agire la politica più che il diritto.

-Il neocostituzionalista ritiene che le ragioni morali possono giustificare la soluzione di un conflitto pratico laddove trovino un'espressione nei valori fondanti della comunità rappresentati dai principi costituzionali.

qualità della giustizia in due tempi, in *Questione Giustizia*, 4, 2018, 153; MORELLI, *Giurimetria, sempre più matematica nel mondo della giustizia*, in *Altalex.com*, 2019.

¹¹ CANALE, *Conflitti pratici. Quando il diritto diventa immorale*, Laterza, 2017 p. 80; vedi BIANCO, *Nichilismo Giuridico*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche Sezione Civile*. Aggiornamento. Tomo II, 2007, UTET, p. 790-804; IRTI in alcune recenti opere dal titolo *Nichilismo Giuridico*, Laterza, 2004 o *Il Salvagente della Forma*, Laterza 2007, anche se, forse il Professor Irti constata un fenomeno che non apprezza, al contrario di certa giurisprudenza che lo favorisce e sostiene.

Per me, a parte casi eccezionali, i principi costituzionali dovrebbero orientare e/o obbligare il legislatore, il parlamento. Cioè il cittadino, con le elezioni e l'espressione della sua volontà, forma un organo, separato dagli altri, non condizionato e non condizionante, che interpreta questi principi. Al legislatore, da ognuno eletto, non al giudice, spettano queste valutazioni.

Rispettando così il principio della separazione dei poteri.

La Corte Costituzionale, così, ha una vera funzione di giudice delle leggi più che di singoli casi, e trova giustificazione alla sua composizione in parte politica.

È evidente come giusnaturalisti, giuspositivisti e neocostituzionalisti individuino diversi insiemi di ragioni per giustificare la risposta ad un conflitto pratico.

E come la certezza del diritto possa subire modificazioni a seconda del tipo di risposta.

Ma la certezza del diritto è un valore. Oggi è trascurato, come si vede dall'affannosa ricerca dell'ultima sentenza che cerca di distinguersi dalla penultima, magari solo per esigenze di carriera, e che fa guasti perché regola di fatto una questione per molto tempo solo perché, per caso, non si ripresenta la stessa questione.

5. Circa l'interpretazione costituzionalmente orientata da parte dei giudici ordinari che applicano direttamente la Costituzione si dice che esistono "norme inesprese".

Sono quelle ricavate, più o meno persuasivamente, a partire da norme espresse secondo schemi di ragionamento non deduttivi, logicamente invalidi.

Queste norme inesprese, cui si giunge in giurisprudenza, devono essere utilizzate con grande prudenza e rigore.

Che la dottrina nella sua opera di indagine possa far ricorso a varie tecniche è legittimo e giusto (nel principio di libertà di ricerca). Ma il giudice ordinario, deve essere molto più cauto. Proprio perché la legge, la norma applicabile, la fa il parlamento attraverso il contrasto di opinioni (per il principio della separazione dei poteri che lega la separazione ai diritti dei cittadini secondo appunto il concetto ex art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789).

Perciò, nell'elaborazione di norme inesprese, bisogna seguire un preciso percorso (indicato con gradualità dall'art 12 delle preleggi) essere cauti e giungere ad esse solo nei casi precisi (e pochi) necessari. Casi dove, per esempio, la dottrina in modo chiaro ed inequivocabile ha messo in luce una possibile ratio legis che può rivelarsi d'aiuto.

Con il vocabolo "interpretazione" ci si riferisce spesso all'attribuzione di significato ad un testo, alla costruzione giuridica. Essa include una serie di operazioni, della dottrina e della giurisprudenza, di cui è difficile fare un elenco. I giuristi parlano di creazione di lacune assiologiche (cioè, in modo riassuntivo, di principi etici politici ecc cui rifarsi come guida); di elaborazione di norme inesprese che si pretendono implicite; di creazione di gerarchie assiologiche tra norme (certi principi di

quel tipo vengono prima di altri); la concretizzazione di principi espressi e il bilanciamento tra principi configgenti.

L'aspetto più rilevante, nell'attività concreta, mi è sembrata la elaborazione di norme inesprese. Ci sono almeno tre tipi di norme inesprese, a ciascuno delle quali corrisponde un diverso tipo di ragionamento. Vi sono norme inesprese che sono ricavate da norme espresse mediante ragionamenti logicamente validi cioè deduttivi, in cui non compaiono premesse che non siano norme espresse. Poi vi sono norme inesprese che sono ricavate a partire da norme espresse secondo schemi di ragionamento non deduttivi, logicamente invalidi (l'argomento a contrario, analogico, per esempio una norma conferisce un diritto o impone un obbligo, ex art 48 o art 52 Cost, ai cittadini e argomentando a contrario si sostiene che la disposizione in questione poiché conferisce un diritto o impone un obbligo, senza menzionare i non cittadini, così facendo esclude gli stranieri :la costituzione contiene o sotto intende o implica la norma inespressa). In terzo luogo vi sono norme inesprese che sono derivate, mediante ragionamenti validi o no non importa, o da una congiunzione di norme espresse e di assunzioni dogmatiche, o direttamente da sole assunzioni dogmatiche, cioè da tesi "teoriche" costruite da giuristi (o da giudici), previamente e indipendentemente dall'interpretazione di uno specifico dato normativo.

Vi sono molti esempi. La norma costituzionale che non ammette la revisione della forma repubblicana comporta per molti l'esistenza di una norma costituzionale inespressa secondo la quale non è ammessa la revisione della forma democratica dello Stato, cioè delle norme che si riferiscono al principio della sovranità popolare. Altro esempio: in Costituzione abbiamo un governo parlamentare, con voto di fiducia e sfiducia relativo. Si ritiene che vi sia una teoria generale del governo parlamentare, per il quale il Presidente della Repubblica sia un organo neutro, non sia il capo dell'esecutivo, con ovvie ricadute normative. Terzo esempio: secondo la visione classica dell'illuminismo, la funzione della costituzione è limitare il potere politico. Perciò le norme costituzionali sono rivolte solo agli organi dello Stato e non dovrebbero essere soggette ad applicazione giurisdizionale. Oggi, al contrario, molti ritengono che la funzione della costituzione sia (per alcuni essenzialmente) regolare le relazioni tra i cittadini. Da questa tesi, puramente teorica o filosofico-politica, si trae la conclusione che le norme costituzionali debbano essere applicate direttamente da qualunque giudice in qualunque controversia. Sono solo tre esempi, altri se ne potrebbero fare, per esempio in tema dei poteri attribuiti alla Corte di Giustizia. Per me l'ultima categoria di norme inesprese diventa rilevante e, applicata nei giudizi ordinari, fonte di incertezza e di operazioni "ideologiche".

Nella maggior parte dei casi è un'interpretazione creativa: costruire, a partire da norme esplicite, espressamente formulate dalle autorità normative, norme inesprese.

Sono norme implicite in un senso molto ampio ma non logico di questa parola "cioè sono implicite in senso stretto (o in senso logico) solo quelle che possono essere ricavate da altre norme deduttivamente".

Costruire, a partire da norme esplicite, espressamente formulate dalle autorità normative, norme inesprese cioè implicite ma in un senso molto ampio, non logico: norme che nessuna autorità ha mai formulato. “È espressa ogni norma che possa essere imputata ad una precisa disposizione come uno dei suoi significati. È inespressa ogni norma di cui non si possa dire che costituisce il significato (uno dei significati) di una determinata disposizione”. In questo caso la certezza del diritto che è un valore per i diritti dei cittadini, un valore economico, un valore costituzionale regge? Bisogna tener conto che il principio della certezza del diritto, anche se non codificato, la Corte Costituzionale mostra di considerarlo un principio di rango costituzionale, cfr. Corte cost. 210/1971, 101/1986. Bisogna avere, per i cittadini, per l'economia il diritto, la possibilità di prevedere le conseguenze giuridiche delle proprie azioni (si avrebbe anche meno contenzioso) e dunque, in ultima istanza, la possibilità di prevedere le decisioni giurisdizionali. “Evidentemente, non sarebbe prevedibile una decisione giurisdizionale che applicasse una norma non preesistente al giudizio, ma creata ex novo, [o quasi aggiungo] dal giudice stesso. Per la stessa ragione, la creazione giurisprudenziale di diritto è altresì in conflitto con il principio (generalmente positivizzato) di irretroattività delle leggi. La creazione giurisprudenziale di diritto, infatti, è necessariamente una sorta di legislazione ex post facto: la norma eventualmente creata dal giudice va a disciplinare una fattispecie già sottoposta all'attenzione del giudice, e dunque formatasi anteriormente alla della norma in questione. Insomma, nello Stato di diritto, al giudice è precluso sia di sottrarsi alla decisione, sia di decidere creando una norma nuova. Gli effetti di un certo atteggiamento, decidere creando una norma nuova”¹².

¹² GUASTINI, *Sintassi del diritto. Seconda edizione*, Giappichelli, 2014, p. 383, p.408, 412; GUASTINI, *Filosofia del diritto positivo*, Giappichelli, 2017 p. 220 sulla sovra-interpretazione della Costituzione, divenuta pratica costante, P. 228 sull'interpretazione adeguatrice delle leggi, e la costituzionalizzazione dell'ordinamento, p. 356 sull'applicazione dei principi costituzionale e p. 383 sulla interpretazione giudiziale e creazione di diritto; GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, 2004, p. 35, p. 49-61; 259-266 con lo Statuto Albertino la legge interpretativa era pienamente legittimata, con la Costituzione, che nulla dice, si sono aperte discussioni circa i limiti di una legge interpretativa, possibile ma che crea problemi circa la sua retroattività, TARELLO, *op. cit.*, p. 248-284; v. ONIDA, *Calcolo giuridico e Tutela dell'affidamento*, a cura di Alessandra Carleo, Calcolabilità giuridica, Il Mulino, 2017, pag. 74-81 che mette in evidenza i paletti anche fissati dalla Corte Costituzionale circa l'adozione di vere e proprie leggi retroattive, che l'art 11 delle preleggi vede come eccezione, e mette in evidenza i limiti che il legislatore avrebbe anche per la c.d. retroattività impropria cioè quando si fanno leggi che regolano in modo diverso rapporti di durata incidendo su affidamento, calcolo economico imprenditoriale, soprattutto quando innovano in senso sfavorevole il trattamento su situazioni giuridiche in atto e ritiene che quando, come nel caso degli incentivi per iniziare un'attività imprenditoriale, si crea una sorta di rapporto di scambio di tipo contrattuale nel quale le prestazioni dello Stato costituiscono il corrispettivo di quelle dell'altro o si formano fenomeni simili. Questi limiti sia per la retroattività legislativa sia per la retroattività impropria imposti al legislatore sono inesistenti per il giudice; ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, 1992 sulla c.d. Drittwirkung nella dottrina tedesca e applicazione diretta da parte di qualsiasi giudice della normativa costituzionale anche alle relazioni sociali tra i cittadini, nonostante, aggiungo, che nel nostro ordinamento non sia stata previsto un controllo diffuso di costituzionalità ma anzi un organo esplicitamente addetto a tali giudizi e

6.

1. C'è chi dice che delle caratteristiche fondamentali della tradizione giuridica occidentale, oggi, solo quattro rimangono e le altre sono venute meno specialmente negli Stati Uniti¹³.

Il diritto sarebbe:

- a) relativamente autonomo e distinto dalla politica e dalla religione;
- b) affidato a cure di specialisti (avvocati, giudici, professori);
- c) vi sono centri di istruzione giuridica specializzati;
- d) il suo insegnamento costituisce una base dove le norme vengono valutate e spiegate.

Per il resto il diritto sarebbe ridotto non più a un insieme coerente ma a un guazzabuglio di norme configgenti, di decisioni ad hoc; il tutto condito da solo cinismo¹⁴.

L'opinione secondo cui sottomettere il giudice alla lettera della legge (anche con tutti i temperamenti del caso, come Bobbio espone) costituirebbe il trionfo dell'idea di un giudice burocrate, servo del potere, è falsa¹⁵. E' stato replicato¹⁶ che il governante che voglia il giudice asservito vuole che esso non sia servo della lettera della legge, ma di suggerimenti occulti o pervenuti da membri del governo. La tesi è smentita anche dal punto di vista storico.

Se è vero che non esiste il legislatore onnipotente, chiaro, completo, eccetera, è anche vero che il giudice interprete deve svolgere un'interpretazione integrale (cioè quella che tiene conto di tutti i mezzi ermeneutici possibili, quali a titolo di esempio, l'interpretazione letterale, la volontà psichica, la volontà oggettiva, la razionalità eccetera) e non un'interpretazione parziale (cioè quella condotta con un solo mezzo ermeneutico che presuppone avere già scelto un risultato a priori). Come avviene, spesso, per chi segue consciamente o inconsciamente le due tesi di derivazione americana sopra prospettate¹⁷.

Dal punto di vista normativo, che per il giudice dovrebbe essere regola di condotta, non può essere irrilevante, il senso di quanto emerge dagli articoli 12 e seguenti delle disposizioni preliminari al Codice Civile.

con un meccanismo per accedervi e far esaminare le questioni tra privati piuttosto selettivo, che comporta un esame preliminare della rilevanza e fondatezza delle questioni. Oggi, il giudizio costituzionale tende ad occuparsi di conflitti di attribuzione in questo modo.

¹³ BERMAN, *Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale*, Vol. I. Il Mulino, 1998, p. 68-71.

¹⁴ VAN CAENEGEM, *Introduzione storica al diritto privato*, Il Mulino, 2004, p. 217.

¹⁵ GIULIANI, *Disposizioni sulla legge in generale. Art. 1-15*, in Trattato Rescigno, Vol. I, Torino, 1982, p. 212.

¹⁶ MONATERI, *op. cit.*, p. 49; ROTONDI, *Interpretazione della Legge*, in Nov. Dig. It., Vol. VIII, Utet, 1968, p. 899-900.

¹⁷ VIOLA, *Interpretazione della legge con modelli matematici. Processo, a.d.r., giustizia predittiva*. Vol. I. Centro Studi Diritto Avanzato, Edizioni, 2017 p. 23 e ss; VIOLA, *Casi e soluzioni schematiche di diritto civile*, La Tribuna, 2018; VIOLA, *op. ult. cit.*, La Tribuna, 2018.

2. Oggi si predica il c.d. il post illuminismo.

Bisogna ripartire dall'equilibrio realizzato con il codice civile, dal legislatore, che dedica all'interpretazione della legge un articolo, l'art. 12 delle preleggi che appunto vale per ogni interpretazione di leggi, con tutti i suoi limiti, perchè, per esempio il criterio dell'analogia indicato all'art.12 non può applicarsi alle leggi penali. Perchè bisogna ripartire da esso, perchè è centrale? Perché, come pure afferma un'opera molto innovativa¹⁸, l'art 12 indica non solo i criteri di interpretazione delle leggi ma anche una loro gerarchia. Essa è importante perchè cerca di realizzare il valore della certezza del diritto, che è un valore economico¹⁹.

In contrapposizione a mode gadameriane, se una società deve realizzare coesione e efficacia economica, conta la calcolabilità e l'affidamento delle decisioni. Infatti Max Weber parla del "bisogno di calcolabilità e di affidamento nel modo di funzionare dell'ordinamento giuridico e dell'amministrazione "come "bisogno vitale del capitalismo moderno". Irti mette in evidenza come la calcolabilità può trovare applicazione nel decidere secondo la legge, decidere secondo precedenti, decidere secondo il fatto, decidere secondo i valori. Ma la nostra Costituzione ha scelto di decidere secondo la legge, per garanzia di tutti, "permettendo la calcolabilità " e ottenendo così di proteggere e tutelare "la nostra libertà di azione, poichè è libertà sapere a cosa si va incontro". La scelta tra decidere secondo la legge e decidere, ad esempio, secondo i precedenti, che può sembrare innocua e praticata altrove, non è una questione di dottrina, ma una questione, sostiene Irti, in modo esatto, di potere: se siamo in uno Stato delle leggi, o se si procede verso uno Stato dei giudici. "Il diritto giurisprudenziale - osservato Paul Koschaker - è opera di giuristi, ma si forma là dove si trova il centro politico dello Stato". Primo criterio è l'interpretazione letterale. Secondo criterio, ma subordinato al primo, è l'interpretazione teleologica, cioè l'intenzione del legislatore subordinata come emerge dal testo dell'art 12. Questo ha un rilievo politico. Infatti "l'interpretazione teleologica è ammissibile solo in caso di palese contrasto tra il significato letterale manifestato dalle parole secondo la connessione di esse, ed il sistema normativo e non nella diversa ipotesi in cui il predetto significato letterale tradisca le aspettative di tutela di determinati interessi ritenuti meritevoli sulla scorta di pur apprezzabili esigenze socialmente avvertite come tali, non potendosi attribuire ad una disposizione normativa un significato più ampio di quello legittimamente attribuibile in forza della interpretazione letterale al dichiarato fine di ampliare l'ambito di operatività per ritenute prevalenti esigenze di tutela avvertite come preminenti, essendo questa una funzione tipica dell'atto legislativo, libero nel fine in quanto espressione della sovranità popolare attraverso l'isti-

¹⁸ a cura di CARLEO, *Calcolabilità giuridica*, Il Mulino, 2017 dove è evidente il legame tra prevedibilità delle decisioni, certezza del diritto ed economia, intesa la prevedibilità come valore economico, certezza, e prevedibilità che sono valori costituzionali.

¹⁹ a cura di CARLEO, *op. cit.*, Il Mulino, 2017, p. 22 e 25

tuto della rappresentanza articolato nelle assemblee legislative”. Certo questa visione non è accettata ultimamente dalla giurisprudenza²⁰.

²⁰ VIOLA, *Interpretazione della legge con modelli matematici*, op. cit., p.40. Certo così non la pensa chi, anche trovando conforto sulla nota pronuncia della Cassazione 18 settembre 2009 n. 20106 che si basa sui principi di correttezza e buona fede ex art. 1175, 1366, 1375, di fatto clausole generali, ammette un intervento giudiziale modificativo sul contenuto del contratto per assicurare l'equo contemperamento degli interessi delle parti e prevenire o reprimere l'abuso del diritto che si realizzerebbe quando il titolare di un diritto "pur in assenza di divieti formali ,lo eserciti con modalità non necessarie ed irrispettose del dovere di correttezza e buona fede causando uno sproporzionato ed ingiustificato sacrificio della controparte contrattuale, ed al fine di conseguire risultati diversi ed ulteriori rispetto a quelli per i quali quei poteri o facoltà furono attribuiti". Però così la correttezza e la buona fede he diventano clausole "Passepartout" per qualsiasi operazione e applicazione di valori singoli, cioè del Giudice o di categorie e a tale proposito c'è da richiamare quanto detto a proposito di Hart e di come un giurista difficilmente può invocare una coscienza sociale come criterio di una decisione essendo essa in genera la sua ,al massimo di categoria, coscienza sociale senza che ci sia un modo per determinarla scientificamente. v. MATTIONI, *Sul ruolo dell'equità come fonte del diritto dei contratti*, Cedam, Riv. Dir. Civile, n. 3/2014, maggio giugno; GAROFALO, *Il problema della clausola generale di buona fede nell'equilibrio tra formanti*, Cedam, La nuova giurisprudenza civile commentata n 4/2018; BARCELLONA, *Della causa. Il Contratto e la circolazione della ricchezza*, Cedam, 2015, sull'evoluzione del concetto di causa e l'intervento giudiziale nel contratto, variamente motivato sulla base di clausole generali, soprattutto a partire dalla seconda metà degli anni 60, p. 117 e ss, utilizzando una parte della dottrina concetti quale buona fede, solidarietà sociale di derivazione costituzionale; cfr. per diversi approcci, RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile* in Riv. Dir. Comm. 1967, pag. 121; RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano. 1970; FERRI, *Antiformalismo, democrazia e codice civile*, in Riv. dir. Comm. 1968, 347 e ss; BARCELLONA, *Prospettive del diritto civile nella disciplina dei poteri decisionali del privato*, Napoli 1968; M. Barcellona. *Critica del nichilismo giuridico*. Torino 2006 e sulle clausole generali M. Barcellona. *Il diritto tra giudice e legge*, in Dem e dir. 2009, p. 261 e ss, oltre la recente giurisprudenza e dottrina oramai corposa in tema di causa concreta tra cui a titolo di esempio, v. sul tema in generale della causa concreta che diventa un modo della giurisprudenza per intervenire su tutta una serie di contratti, quando anche già ci sarebbero altri istituti, GUARNIERI, *Meritevolezza dell'interesse*, in D. disc. Priv. sez. civ., 1994, XI, 324-326; MEZZASOMA, *Meritevolezza e trasparenza nei contratti finanziari*, in Banca, borsa, tit. cred., 2018, p. 181; FERRI, *Meritevolezza degli interessi ed utilità sociale*, in Saggi di diritto civile, 1983, p. 324.v. Sezioni Unite della Corte di Cassazione, le sentenze "gemelle" nn. 26274 e 26275 del 19 dicembre 2007; ROSSI, *La teoria della causa concreta e il suo esplicito riconoscimento da parte della Suprema Corte*, in Rass. dir. civ., 2008, p. 573 ss.; BIANCA, *Diritto civile*, 3. Il contratto, Milano, 2000, 452 ss.; D. Carusi, *La disciplina della causa*, in I contratti in generale, vol. I del Trattato dei contratti diretto da Rescigno, Torino, 1999, P. 531 ss.; BRECCIA, *Causa*, in Alpa, BRECCIA, LISERRE, *Il contratto in generale*, (Vol. XIII del Trattato di diritto privato diretto da Bessone), Torino, 1999, p. 1 ss. In giurisprudenza, Cass. 12 novembre 2009, n. 23941, in Guida al diritto, 2009, 50, 55; Cass. 8 maggio 2006, n.10490, in Riv. notariato, 2007, II, 180, con nota di UNGARI TRANSATTI, *La Cassazione sposa la tesi della causa in concreto del contratto*. Richiama la nozione di causa concreta anche Cass., sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521, in Foro it., 2013, I, 1534, MARINELLI, *La causa e l'oggetto del contratto nella dottrina civilistica italiana*, in Giust. civ., 1995, II, 332; PENNASILICO, *Metodo e valori nell'interpretazione dei contratti. Per un'ermeneutica rinnovata*, Napoli, 2011, p. 156 ss.; DI RAIMO, *Considerazioni sull'art. 2645-ter c.c.: destinazione di patrimoni e categorie dell'iniziativa privata*, in Rass. Dir. Civ., 2007, p. 982 ss; GIORGINI, *Ragionevolezza e autonomia negoziale*, Napoli, 2010, p. 200 ss. Si impone di verificare la reale consistenza e giustificazione dei reciproci interessi delle parti, quali obiettivati in quello specifico negozio, indipendentemente dalla corrispondenza dello stesso negozio ad uno schema astratto tipico. Da una tale impostazione discende inevitabilmente un consistente ampliamento dei poteri di sindacato del giudice sul contenuto del contratto, che ovviamente si spingerà fino alla verifica della

meritevolezza degli interessi in gioco. Il problema si sposta, allora, sui criteri di valutazione di tale meritevolezza, e, a tal proposito, si pone in evidenza come tale valutazione debba necessariamente basarsi sui valori costituzionali e sui principi generali che caratterizzano il nostro ordinamento. Giudizio di liceità e giudizio di meritevolezza, quindi, “devono essere intesi quali due controlli che, portati avanti contestualmente da parte dell’interprete, sono entrambi necessari al fine di verificare la conformità all’ordinamento dell’agire umano in ambito negoziale”; PERLINGIERI, *Profili istituzionali del diritto civile*, Napoli, 1975, p. 49. L’autonomia negoziale, pertanto, benché libera, è comunque sottoposta a controlli, programmi ed interventi esterni, i quali certo non sono più come nell’epoca fascista finalizzati a realizzare un principio di autarchia e corporativismo, ma sono rivolti a realizzare un sistema diverso che pone all’apice della gerarchia dei valori il rispetto della persona umana e la realizzazione dell’uguaglianza sostanziale. La valutazione di meritevolezza ex art. 1322, comma 2, c.c., è stata operata dalla giurisprudenza con riferimento ai contratti derivati e il giudice entra sempre nel merito del contenuto del contratto sindacando il regolamento negoziale “ad un simile regolamento negoziale l’ordinamento non può allora apprestare alcuno strumento di tutela, quale il riconoscimento di efficacia di cui all’art. 1322 cpv. c.c.: se i soggetti dell’ordinamento sono tendenzialmente liberi di concludere anche patti per sé rovinosi, tuttavia, se lo squilibrio dipende dalla sproporzione delle posizioni di partenza e dalla minorata difesa di uno dei contraenti per la preoccupazione previdenziale e la non esperienza nel settore e dalla particolare aggressività dell’altro quale professionale intermediario nella raccolta del risparmio e delle operazioni finanziarie, l’ordinamento stesso non può prestare tutela - nella forma di garantire la coercibilità delle obbligazioni così assunte, riconoscendone la giuridica efficacia - al soggetto che di questo manifesto squilibrio può godere i frutti”. v. Cass. 30 settembre 2015, n. 19559, in Banca, borsa, tit. credito, 2016, II, 137, con nota di TUCCI, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*; nello stesso senso Cass. 27 febbraio 2017, n. 4907, 10 marzo 2017; Cass. 3 gennaio 2017, n. 37, in Cass. 29 febbraio 2016, n. 3949, ibid. cfr. in particolare Petrone, *L’utilizzo giurisprudenziale del concetto di «meritevolezza»*, in *Obbligazioni e contratti*, 2006, p. 50; DI MARZIO, *Appunti sul contratto immeritevole*, in *R. d. priv.*, 2005, p. 305; TUCCI, *Il contratto inadeguato e il contratto immeritevole*, in *Contratto e Impresa*. Vol. 33. n. 3 2017 p. 921- 955, dove si mette in evidenza che recenti pronunce della giurisprudenza di legittimità hanno fornito un’originale rivisitazione del problema delle conseguenze civilistiche della violazione delle regole di condotta degli intermediari finanziari. GALLO, *Meritevolezza e controllo contenutistico del contratto*, in *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni*. Scritti in onore di Giovanni Furguieue. a cura di Giuseppe Conte e Sara Landini. Universitas Studiorum. Tomo III. 2017. p. 57, l’impostazione diretta a indirizzare l’autonomia privata verso scopi di utilità sociale con conseguente esclusione della possibilità di concludere contratti socialmente inutili e quindi non meritevoli di tutela, viene ripresa da tutti quegli autori che auspicano un controllo contenutistico del contratto, non solo atipico, alla luce di presunti indici di meritevolezza, di proporzionalità, di ragionevolezza o richiamandosi a principi di ordine costituzionale, PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, Ra DC. 2000 p. 545-571; ID *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*. Ra DC. 2001.p.334-356 dove considera il principio di riduzione della penale eccessiva ex art.1384 cc, espressione di un principio generale, estensibile ad altre fattispecie come per esempio la caparra; nella stessa linea LA ROSA, *Tecniche di regolazione dei contratti e strumenti rimediali*, Milano., 2012; LAGHI, *L’incidenza dei diritti fondamentali sull’autonomia negoziale*, Padova.2012; CATAUDELLA, *L’uso abusivo dei principi*, RDC. 2014 p. 747-763; MARTONE, *Il giudizio di meritevolezza. Questioni aperte e profili applicativi. Edizioni scientifiche Italiane*, 2017. GUARNIERI, voce “*Clausole generali*” in *Digesto /civ. II*. Torino 1988, p. 407; per gli orientamenti che cambiano in dottrina e giurisprudenza su un tema che ha una rilevanza economica notevole v. DE NOVA (“*Lo stato di informazione circa le future sentenze giudiziarie*”, a cura di Alessandra Carleo, *Calcolabilità giuridica*, Il Mulino, 2017.p. 61 e 62) dice giustamente a proposito della sentenza in tema di caparra confirmatoria ,se possa essere ridotta dal giudice, come vi fosse un’analogia con la penale, che se si decide sulle norme o sui principi (buona fede ecc) le soluzioni cui si arriva sono diverse (Cassazione sez unite 13 settembre 2005 n. 18128 in *Notariato* n.1/2006. Ipsoa. p 13-26). In un caso ogni passaggio

Diritto razionale è diritto calcolabile. Perciò i criteri di interpretazione sono da rispettare. Non devono essere visti come vuote affermazioni.

Il primo criterio deve essere l'interpretazione letterale. Il secondo criterio, ma subordinato al primo, l'interpretazione teleologica, cioè l'intenzione del legislatore, subordinata come emerge dal testo dell'art. 12. Perciò prima di tutto una consapevolezza di un'obbligatorietà circa i criteri di interpretazione.

3. Prima di tutto, ritengo, circa la giustizia costituzionale e i giudici costituzionali, che la Costituzione, il più possibile dovrebbe avere come destinatari non già i privati cittadini ma gli organi costituzionali.

Cioè si dovrebbe recuperare il principio che risulta dall'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino (1789) che definisce costituzione e recita "Una società, in cui sia assicurata la garanzia dei diritti e non sia attuata la separazio-

normativo può essere verificato in base al sistema, se si segue la seconda strada la soluzione dipende da come si intende il principio di solidarietà. Per me, nel caso specifico, la seconda soluzione è sbagliata (anche se la Corte Costituzionale può pensarla in modo diverso cfr. Corte Costituzionale ordinanza 24 ottobre 2013 n.248, Corte Costituzionale, ordinanza 2 aprile 2014 n.77) perché oltre le considerazioni di De Nova, che non prende posizione sulla questione, i due istituti sono diversi, non assimilabili e rispondono ad esigenze delle parti e del sistema diverse tra loro. Le esigenze delle parti un rilievo lo devono avere. Comunque la prevedibilità nel secondo caso diventa molto aleatoria (si arriva al post illuminismo di cui parla Francesco Galgano in *La forza del numero e la legge della ragione*. Il Mulino.2007, p.228; Cassazione sez unite 19 gennaio 2007 n.1136 in *Contratto e Impresa* 2007); PALAZZO, *Causa del contratto di caparra confirmatoria tra prassi negoziali e (dis)applicazioni giurisprudenziali*, in *Causa del contratto. Evoluzioni interpretative e indagini applicative*. a cura di Francesco Alcaro. Giuffrè. 2016; BALDINI, *Contratti turistici e causa in concreto: profili critici*, in *Causa del contratto*, a cura di Francesco Alcaro, cit. p. 257; alcune sentenze in un senso, v. Cassazione 20 aprile 1943 n. 937, RFI, 1943-45; Cassazione 26 febbraio 1944, n. 121, GCCC, 84; Cassazione 6 giugno 1967 n. 1248. FI, 1968, I, 1057; Cassazione 10 febbraio 1970 n. 325, GI, 1970, I, 1, 264; Cassazione 13 maggio 1980 n. 3142, RFI, 1980, voce *Contratto in genere*, DE NOVA, *Leasing*, in *Digesto/civ X*. Torino.1993. p. 466; T. Vigevano 14 dicembre 1972, RDCo, 1973, II, 329; Cassazione 28 ottobre 1983 n. 6390. FI, 1983, 2997; T. Vicenza 10 novembre 1984, RDCo, 1985, II-285; altre in un altro, v. Cass. civ., Sez. Unite, 19 dicembre 2007, n. 26724; id. n. 26725.; Cass. civ., Sez. I, 29 settembre 2005. n. 19024; Sezioni unite, 24 settembre 2018 n. 22437; v BACHELET, "Claims made" di nuovo al cospetto delle Sezioni Unite, tra regole di validità e regole di comportamento, in AA.VV., *I nuovi orientamenti della Cassazione civile*, a cura di C. Granelli, Giuffrè, Milano, 2018, pp. 469-489; nonché in *Diritto civile contemporaneo*, 3 luglio 2018; FORNASARI, *La meritevolezza della clausola claims made*, in *Responsabilità civile e previdenza*. Riv. bim. di dottr. giur. e legis. N. 4/2017. Giuffrè p. 1372; FORNASARI, *La clausola claims made nuovamente al vaglio delle Sezioni Unite: dalla meritevolezza alla causa concreta*, in *Danno e responsabilità*. n. 6/2018. p. 675; GAROFALO, *L'immeritevolezza nell'assicurazione claims made*, in NGCC. n. 1/2019. p 70 e ss; su un tema etico controverso cfr. G. Ballarani in "La soggettività del concepito e le incoerenze della Suprema Corte" in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone* (AnnoSXLIIIFasc.S4S-S2013), a proposito del commento alla sentenza della Cass. 2 ottobre 2012 n. 16754, al di là della questione specifica affrontata sulla soggettività del concepito afferma "Prosegue la S.C.: "il giudice civile, laddove ritenga, nell'interpretare la legge alla luce dei valori costituzionali, che essa non tuteli (o non tuteli a sufficienza) una situazione giuridica di converso meritevole, interviene a creare una corrispondente «forma» giuridica di tutela, eventualmente in contrasto con la legge stessa, ma senza subire alcun sindacato di costituzionalità" v. sul tema e le diverse opinioni della giurisprudenza, BALLARANI, *La capacità giuridica Statica "del concepito"*, Giuffrè, *Il diritto di famiglia e delle persone*. Luglio- settembre 2007.

ne dei poteri, non ha costituzione “. Come dire che per “Costituzione” si intende: garanzia dei diritti più separazione dei poteri (qui Stato liberale diventa Stato costituzionale). Devono essere garantiti i diritti dei cittadini verso lo Stato ma i poteri dello Stato (il potere legislativo, il potere esecutivo, il potere giurisdizionale) devono essere divisi e separati (ma in senso effettivo e non formale perché affidati ad organi solo diversi anche se poi fanno la stessa cosa) proprio per rispettare i diritti dei cittadini.

L'interpretazione delle norme in base alla costituzione ci sta, cioè, anche da parte dei giudici ordinari, nella soluzione delle liti, ma con limiti. In base ad una scala di priorità nei criteri di interpretazione, ex art 12 preleggi e in caso di dubbio privilegiando l'intervento di un organo appositamente creato come la Corte Costituzionale che ha caratteristiche più adatte anche per giudizi para politici.

È creato per essere giudice delle leggi ed integrare il parlamento. Non così i giudici ordinari.

Da noi la Costituzione prevede un organo investito del potere di controllare successivamente la legittimità costituzionale delle leggi. Si potrebbe prevedere anche un controllo preventivo ma non è il caso di soffermarci. Comunque esiste un organo di controllo delle leggi incostituzionali con efficacia erga omnes.

È evidente che il sistema americano colora il giudice di un più rilevante intervento di carattere politico.

Carattere politico e particolare al caso specifico affrontato, al diritto specifico del cittadino. Per me introducendo caratteri di arbitrarietà e non certezza, non condivisibili. Comunque non esportabili al di fuori di quel particolare contesto.

I principi costituzionali a causa della loro indeterminatezza non sono suscettibili di applicazione senza una concretizzazione. Applicare un principio significa concretizzarlo, bisogna formulare una nuova regola fino a quel momento inespressa che costituisce attuazione o specificazione. Questo può essere, deve essere il compito, di un giudice particolare, quello delle leggi, che in un corretto sistema di check and balances, per rispetto del principio della separazione dei poteri e cioè dei diritti dei cittadini (Stato di diritto, dove nessun potere prevarica) è stato appositamente creato (Corte Costituzionale).

Perciò primo punto è la limitazione, quanto più possibile, dell'applicazione diretta delle norme costituzionali. Esse regolano l'organizzazione dello Stato, le relazioni tra Stato e cittadini, possono regolare le relazioni interprivate, che sono interamente e direttamente regolate dalla legge ordinaria ma con precisi limiti di gradualità (indicate ad esempio nell'art 12 preleggi) o facendo ricorso alla decisione della Corte Costituzionale in misura maggiore.

Prima, come linea di tendenza, la produzione di effetti sulla vita sociale si deve concretizzare in leggi, che appunto perché sono tali, vengono discusse in parlamento dalle forze politiche con orientamento politico, economico ed etico diversi tra loro.

Dopo, la Costituzione può svolgere un compito supremo di controllo. Bisogna acquistare la consapevolezza che Stato costituzionale è uno Stato nel quale (a) il potere politico (ossia concretamente i poteri di creazione e applicazione delle norme) è distribuito tra una pluralità di organi che, secondo l'insegnamento di Montesquieu, si controlla e si frena a vicenda; (b) che ai cittadini siano conferiti e garantiti taluni diritti di libertà (libertà personale, riunione, stampa, impresa ecc).

Lo schema dell'illuminismo era "un modello di certezza=libertà. I punti sono: a) supremazia della legge su consuetudine, dottrina e giurisprudenza; b) sua necessaria chiarezza; c) sua sottrazione a qualsiasi manipolazione dottrinale o giudiziale tramite il tassativo divieto di interpretazione extra-testuale".

Ma solo così facendo, si evitano dispostismi e intolleranza di qualsiasi genere. Si teme la magistratura e non i magistrati.

4. L'art 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 (quando la rivoluzione francese ancora non era il Terrore) dice per definire una Costituzione come già ricordato "Una società in cui sia assicurata la garanzia dei diritti e non sia attuata la separazione dei poteri, non ha costituzione".

Cioè per Costituzione si intende garanzia dei diritti più separazione dei poteri (lo Stato liberale diventa Stato costituzionale).

Ma i poteri (legislativo, esecutivo, giurisdizionale) devono essere divisi in senso effettivo e non formale perché magari affidati ad organi diversi ma che fanno la stessa cosa.

Altrimenti non vi è neppure la garanzia di libertà dei cittadini. La garanzia di libertà e dei diritti dei cittadini è strettamente legata e non può essere disgiunta da una separazione effettiva e non formale dei poteri.

Nello Stato costituzionale il potere politico ossia il potere di creare e applicare norme deve essere distribuito tra una pluralità di organi che "si frenano e si controllano a vicenda": altrimenti anche i diritti conferiti ai cittadini (di parola, di impresa ecc) non sono garantiti.

E perciò anche i giudici devono avere freni perché "un giudice assolutamente indipendente può essere assolutamente parziale e assolutamente condizionato" non solo dal potere politico o statale secondo una visione tradizionale ma anche da un potere economico.

Con rischio per i diritti conferiti ai cittadini.

Un potere senza limiti neanche con quei limiti che vi sono per il potere legislativo consistenti nel rinnovo temporale del Parlamento ma con caratteristiche simili al legislativo di fatto tale da renderlo indistinto da quello è un pericolo per i diritti dei cittadini. Questo vuol dire l'art 16 del 1789.

Questo vuol dire Montesquieu quando dice che semmai si deve temere la magistratura ma non i magistrati.

Torniamo a Montesquieu e Beccaria (Beccaria famoso perché si è battuto contro la pena di morte, ma non si è limitato solo a quello e bisognerebbe recuperarlo per quello che è stata e ora non lo è più una tradizione italiana, dal punto di vista cultu-

rale quella che è stato un tratto distintivo italiano; l'illuminismo italiano per questo tratto è più famoso di quello francese, cioè per i passi dove diceva "in ogni delitto si deve fare del giudice un sillogismo perfetto: la maggiore dev'essere la legge penale, la minore l'azione conforme o non alla legge, la conseguenza la libertà o la pena. Quando il giudice sia costretto, o voglia fare anche soli due sillogismi, si apre la porta all'incertezza, non v'è cosa più pericolosa di quell'assioma comune che bisogna consultare lo spirito della legge". Il passo è tratto dal capitolo quarto de *Dei delitti e delle pene*²¹. Bisogna riscoprire il Bobbio che ponendo a confronto giusna-

²¹ BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Edizione curata da Giuseppe Armani. Milano, 1987, p. 15.

Vorrei essere provocatorio ma è nota la vicenda degli spazi per parcheggio. La vicenda è nata soprattutto a seguito della Legge n.765 del 6 agosto 1967, c.d. Legge Ponte, che ha aggiunto l'articolo 41-sexies alla Legge urbanistica n.1150/1942.

Non è possibile qui ricostruire tutta la vicenda, con le più recenti leggi "liberalizzatrici. Ma mi sembra evidente che si può notare, nel corso del tempo, che la volontà legislativa si è sempre scontrata con la giurisprudenza. Nonostante le norme che tendevano a superare certi limiti e vincoli, la giurisprudenza tornava sempre in qualche modo a riproporli.

Vi era una teoria c.d. oggettiva o liberista che riteneva che l'art.41-sexies dispiegasse i propri effetti in ambito pubblicitario era rivolto a regolare il vincolo di destinazione tra privato costruttore e Pubblica Amministrazione (cfr. N. Irti. Riserva di spazio a parcheggi nelle nuove costruzioni, 1983; RESCIGNO, *La rilevanza privatistica della disciplina degli spazi a parcheggio*, in *La disciplina degli spazi a parcheggio*, a cura di M. Ieva, 1992; ALPA, *Destinazione delle aree adibite a parcheggio e controllo degli atti di disposizione*, 1982; LUMINOSO, *Posti macchina e parcheggi tra disciplina pubblicitaria e codice civile*, 1990). Vi era la c.d. teoria soggettiva o vincolistica che riteneva l'articolo 41-sexies efficace anche nei rapporti tra privati e configurava i parcheggi "Ponte" gravati da un vincolo di destinazione di tipo soggettivo (cfr. A. Magazzù. Il regime giuridico degli spazi a parcheggio tra legge urbanistica e Codice civile, 1985. L. Salis. Il posto macchina nel condominio, 1985). La Cassazione con tre pronunce, n. 6600, 6601 e 6602 del 1894, Sezioni Unite seguì sostanzialmente la seconda tesi minoritaria in dottrina. Nonostante che la lettera della legge non prevedesse alcun vincolo tra privati o limiti ad atti di disposizione. Ma soprattutto il legislatore, successivamente, con la legge 28 febbraio 1985, n. 47, art 26, ultimo comma, ben consapevole della questione suscitata dall'interpretazione della giurisprudenza, definì gli spazi per parcheggio pertinentenze e richiamò gli articoli del codice civile facendo prefigurare la possibilità che, come ogni pertinenza, gli spazi in questione potessero formare oggetto di atti separati (art 818, comma 2, cc). Ma la Cassazione, noncurante del nuovo disposto normativo ribadì la precedente impostazione (Cass.Sez.Unite n. 363 del 18 luglio 1989). Al di là di tante altre questioni, anche più recenti di liberalizzazione, il legislatore nel 2005, intervenne nuovamente aggiungendo un secondo comma all'art 41-sexies della legge 1150/1942, con l'art.12, comma 9, della legge 28 novembre 2005 n. 246). Questo nuovo articolo in modo inequivocabile affermava che gli spazi di parcheggio di cui al primo comma, perciò quelli realizzati con la legge Ponte, non sono gravati da vincoli pertinentenziali di sorta né da diritti d'uso a favore dei proprietari di altre unità immobiliari e erano trasferibili autonomamente ad esse. Le parole utilizzate facevano espresso riferimento a discussioni sorte in precedenza e, perciò, si potrebbe dire volevano mettere un punto definitivo. Ma la Cassazione, distinguendo tra norme che avessero o no efficacia retroattiva (Cass. 24 febbraio 2006 n. 4264) in pratica ha cercato di disattendere il chiaro dettato normativo e tornare indietro "inventandosi" anche nuovi criteri. Per esempio distingue, da una parte, tra spazi di parcheggio facenti parte di un fabbricato realizzato prima del 16 dicembre 2005 (data di entrata in vigore della nuova normativa) ma per i quali l'alienazione delle singole unità immobiliari sia iniziata successivamente, per i quali trovava applicazione la nuova normativa che rendeva i parcheggi liberamente trasferibili e, dall'altra parte, edifici già realizzati prima di tale data e per i quali sia stato

turalismo e positivismo²² indicava dei principi che oggi gran parte della giurisprudenza ha abbandonato ma sono invece la base per la tenuta sociale e per evitare prevaricazioni tra organi e di questi verso i cittadini. Vi è l'esigenza di affermare la funzione "stabilizzatrice" del diritto. Il diritto rappresenta "ciò che arresta il movimento, lo incanala e lo solidifica; nel variare delle azioni umane rappresenta la determinazione di un ordine. Considerare giusto ciò che è conforme alla legge significa dare un giudizio positivo, prescindendo da qualsiasi altra considerazione morale, di un assetto stabile della società che riposa sulla certezza piuttosto che sull'equità. Accanto a valori sostanziali vi sono valori formali, come quello dell'ordine, della costanza, della coerenza". Una polemica contro il formalismo è ingiusta perché c'è uno stretto nesso tra esperienza giuridica e valori formali e una polemica in tal senso è vana, afferma Bobbio, perché non sono avversari i due termini.

La teoria razionalistica - formale assegna al diritto e al Giudice il mandato di ridurre l'incertezza. Ma per questo ne deriva un modello giudiziale altamente burocratizzato, insensibile all'evoluzione sociale e alle pressioni democratiche, come afferma Giovanni Canzio²³ (ex primo Presidente della Corte di Cassazione. A parte la retorica contenuta in certe espressioni, se il giudice sia attrezzato, intendo anche solo con gli strumenti idonei, per cogliere le evoluzioni sociali e democratiche (mi rimetto a quello che ho indicato citando l'economista Arrow), ma non si consegue neanche quello che era un obiettivo di uno dei propugnatori, in ambiente Common Law, della critica al formalismo a favore dell'esperienza, cioè Holmes.

Infatti Holmes è l'autore della dottrina del bad man. Cioè si poneva il problema della prevedibilità delle sentenze e della certezza. L'uomo cattivo non trova nessuna ragione nella sua coscienza per obbedire al diritto. L'unica cosa che conta, dunque, è capire quali sono le sanzioni alle quali può incorrere e in questo contesto il diritto ha una funzione predittiva e anche le sentenze. Che non possono dipendere solo dallo stomaco o dalla vita psicotica del loro autore. Comunque sia Holmes sia il presidente della Corte Suprema, nel 2012, si ponevano in sintonia circa l'interpretazione di una legge e la sua preservazione. Quando una suscettibile di due interpretazioni, delle quali una compatibile con la Costituzione e l'altra no, il giudice deve adottare l'interpretazione che permette di preservare la legge. Il presidente della Corte Suprema affermava "Non è il nostro compito quello di premunire il popolo contro le conseguenze delle sue scelte politiche". Si ispirava a quello che emergeva dalla corrispondenza Holmes, che scriveva "Se i miei concittadini volessero andare all'inferno, io li aiuterei: è il mio lavoro".

perfezionato almeno un trasferimento che restavano soggetti al vincolo di pertinenzialità con diritto reale d'uso a favore dei proprietari del fabbricato. Criteri che nella legge non esisteva.

²² BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Laterza 2011, p. 83-83.

²³ CANZIO, *Calcolo giuridico e Monofilachia*, in a cura di Alessandra Carleo, *Calcolabilità giuridica*. Il Mulino 2017 p. 170.

Liberalità a legittimari e a non legittimari: interferenze fra collazione e riduzione?

di Andrea Bellorini*

Abstract. Legal provisions on the role of gifts in donor's succession intersects various aspects of the law of inheritance: the coordination of these rules of law is not always immediately understandable. Gifts to heirs-at-law and gifts not to heirs-at-law are governed differently by the Italian Civil Code. This study analyzes how the person of the donee can alter the obligation to make the restoration of gifts and the action in abatement to assert heirs' reserved portion.

SOMMARIO: 1. I termini del problema. – 2. La donazione all'erede necessario con dispensa da collazione e imputazione come strumento di composizione qualitativa delle attribuzioni in funzione successoria a carico della disponibile. – 3. La donazione in conto di legittima quando il donatario non concorre all'eredità del donante, e l'ordine di riduzione ex art. 555 cod. civ. – 4. Conclusioni: liberalità a legittimari e liberalità a non legittimari.

1. Fra le operazioni parasuccessorie in generale ed i negozi anticipatori in particolare, le donazioni dirette ed indirette conservano ancora un ruolo importante nelle strategie di pianificazione ereditaria.¹

Tuttavia, il frammentato coacervo di disposizioni che regolano gli aspetti di incidenza delle liberalità sulla successione del donante interseca diversi istituti del diritto ereditario e non sempre il coordinamento delle discipline applicabili alle singole fattispecie è di immediata comprensione.

In presenza di legittimari, in particolare, una donazione viene considerata nella determinazione della quota disponibile ed eventuale lesione della quota di legittima: la funzione limitatrice della successione necessaria è tale non solo con riferimento alla volizione testamentaria, ma anche a quella liberale in senso lato. Si ricordi, in-

* Andrea Bellorini è dottore di ricerca in diritto e scienze umane.

¹ V'è un sottile confine sistematico fra la disciplina della donazione e quella dei negozi *mortis causa*, tanto da trovare la sua collocazione non già nel quarto libro del codice dedicato alle obbligazioni e ai contratti tipici, ma nel libro secondo delle successioni. Ciò non tanto per una affinità fra gli istituti, in un Codice Civile che vieta l'istituzione contrattuale di erede e la donazione *mortis causa*, ma per il rilievo dei notevoli impatti delle liberalità sulle vicende *post mortem* del donante. Cfr. TORRENTE, *La donazione*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2006, p. 390; BALBI, *Saggio sulla donazione*, in *Memorie dell'istituto giuridico dell'Università di Torino*, Torino, 1942, p. 176. Sui rapporti fra l'art. 458 cod. civ. e la donazione per l'attuazione di sistemazioni patrimoniali in vista della morte sia consentito il rinvio a BELLORINI, *Pianificazioni irrevocabili. Critica del divieto dei patti successori*, Roma, 2017, pp. 57 e ss.

fatti, che diritti riservati ai legittimari possono essere lesi anche attraverso donazioni in vita del *de cuius*, impugnabili attraverso l'azione di riduzione.²

Precisamente, se la quota di legittima è una frazione del patrimonio ereditario inteso come sommatoria di *relictum* e *donatum*, detratti i debiti del *de cuius*, allora la riunione fittizia di cui all'art. 556 cod. civ. proietta le liberalità effettuate in vita nella disciplina della successione del donante, finanche si aprisse *ab intestato* (art. 553 cod. civ.).

Ciò significa che da una parte le donazioni vengono considerate addendi del procedimento di determinazione del valore dell'asse, e dall'altro incidono sull'entità della quota disponibile, fino a poterne travalicare i limiti e pertanto essere dichiarate inefficaci nei confronti del legittimario leso che agisse in riduzione.

Tuttavia, il panorama è complicato da istituti in via trasversale coinvolti nella vicenda dei quali è necessario comprendere il ruolo: nella specie, la collazione, l'imputazione *ex se*, le relative dispense.

Inoltre e con riferimento alla successione necessaria, bisogna valutare se esista un mutamento di disciplina al mutare della destinazione soggettiva dell'atto liberale, se a legittimari o a estranei.

2. Quando si discorre di donazione nell'ambito di un passaggio generazionale di ricchezze familiari, il disponente intende attribuire un diritto specifico al donatario, così volendo comporre qualitativamente in via anticipata la di lui quota ereditaria, articolando correttamente le dispense da collazione ed imputazione.

Gli istituti svolgono funzioni differenti, pur spesso disordinatamente combinandosi nella prassi, benché il sistema normativo che le incornicia sia retto da estrema coerenza.³

² Cfr. CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte. Parte generale*, Napoli, 1977, p. 176; MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2000, pp. 43 e ss.; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, 4 ed. a cura di Ferrucci e Ferrentino, Milano, 2015, p. 389 e ss.; PALAZZO, SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori. 1. Categorie e specie della successione*, Torino, 2012, p. 518 e ss., che cita, in giurisprudenza, Cass., 21.3.1983, n. 1979, in *Mass. Giur. it.*, 1983; Cass., 9.12.1995, n. 12632, in *Corr. giur.*, 1996, p. 1138 con nota di MORELLI, *Problemi vecchi e nuovi in tema di pretermissione del legittimario*; Cass., 22.10.1988, n. 5731, in *Vita notarile*, 1988, p. 735, Cass., 26.11.1987, n. 8780, in *Riv. notariato*, 1988, p. 1397; Cass., 12.3.1975, n. 926 in *Mass. Giur. it.*, 1975.

³ Più in generale, è noto che l'istituto della collazione si rivolge ai discendenti e al coniuge del defunto che concorrano alla successione, e dunque che siano eredi, ove beneficiari di liberalità da parte di costui (artt. 737 e ss. cod. civ.); il donante, però, può dispensarli da collazione nei limiti della quota disponibile (art. 737 co. 2 cod. civ.). L'art. 724 cod. civ. specifica che sono i coeredi ad essere soggetti a collazione e devono conferire tutto ciò che è stato loro donato e non sia perito ex art. 744 cod. civ. Si ricordi che l'art. 738 cod. civ. esenta da collazione le donazioni di modico valore fatte al coniuge; le altre spese non soggette sono elencate all'art. 742 cod. civ., che rinvia alle liberalità d'uso ex art. 770 co. 2 cod. civ. Per tutti: CARNEVALI, *Collazione*, in *Digesto Civ.*, II, Torino, 1998, p. 475. Diversamente, l'imputazione *ex se* di cui all'art. 564 co. 2 cod. civ., pur *in vi* non espressamente contemplata, è derogabile nelle forme della dispensa, che antepone l'attribuzione alla legittima dell'erede necessario beneficiario, così ampliando la di lui quota di riserva: cfr. MENGONI, *op. cit.*, p. 267. L'autonomia delle due dispense è ribadita dalla giurisprudenza recente: Cass., 30.5.2017, n.

In particolare, la dispensa da imputazione consente di evitare al destinatario l'effetto dell'onere imposto dall'art. 564 cod. civ. in esito al procedimento di riunione fittizia, così allocando l'attribuzione sulla disponibile ed entro i limiti di questa - altrimenti l'operazione si risolverebbe in una lesione della legittima altrui. Ne deriva che, quando il destinatario di una donazione con dispensa da imputazione è un erede necessario, egli tratterà l'attribuzione in aggiunta alla quota riservatagli.

Diversamente, la dispensa da collazione è finalizzata a comporre qualitativamente la porzione spettante all'erede donatario in sede di divisione ereditaria, escludendo per l'oggetto della liberalità l'obbligo di cui all'art. 737 cod. civ.⁴

Da qui, l'importanza sistematica del secondo comma della norma nella parte in cui ne prevede l'operatività entro i soli confini della quota disponibile: in relazione alla quota di riserva, solo l'assegno divisionale qualificato può determinarne la composizione qualitativa; diversamente, si violerebbe il principio secondo il quale la legittima debba essere formata da beni ereditari, liberi da pesi e condizioni (art. 549 cod. civ.).⁵

Da tale punto di vista, la collazione può creare incertezze quando si tratta di decidere la sorte di una liberalità in sede di divisione dell'asse ereditario o, più in generale, la sua collocazione all'interno o all'esterno della quota disponibile dell'eredità.

Ove all'apertura della successione la dispensa travalicasse i limiti legali, si pensi a sopravvenute vicende depauperanti il patrimonio del donante, l'obbligo di collazione sorgerebbe comunque perché la dispensa non avrebbe effetto ai sensi dell'art. 737 co. 2 cod. civ.

Specularmente, tuttavia, è importante comprendere il correlativo diritto del donatario legittimario di pretendere, a composizione della sua quota di legittima, un bene diverso da quello ricevuto per donazione.

Per questi motivi, quando all'apertura della successione del donante la dispensa esorbitasse i limiti della disponibile (quand'anche rispettati al momento della stipula dell'atto, ma ciò è irrilevante)⁶ questa sarebbe inefficace non solo per tutelare gli

13660, in *Corr. Giur.*, 2018, p. 494; Cass., 27.1.1995, n. 989. Ad ogni modo, è chiaro che l'area applicativa della collazione deve coincidere con quella dell'imputazione. Sul punto MENGONI, *op. cit.*, p. 221; FERRI, *Dei legittimari*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1981, p. 261.

⁴ Val la pena ricordare che, a differenza della dispensa dall'imputazione, la dispensa da collazione non può avere ad oggetto legati, estranei all'obbligazione collazionaria di cui all'art. 737 cod. civ.

⁵ Per questo motivo con la divisione del testatore ex art. 734 cod. civ. è lecito comporre qualitativamente anche la quota di legittima, in quanto colui che riceve un bene tramite un'istituzione *ex re certa* lo riceve a titolo di erede, in piena proprietà, libero da pesi e condizioni, dunque rispettando tutti i profili di protezione dell'interesse del legittimario. Cfr. il fondamentale contributo di MENGONI, *op. cit.*, cit., 101 e ss.

⁶ Sul momento di valorizzazione dell'asse ereditario, all'apertura della successione, con specifico riguardo al tema della collazione, cfr., di recente, Cass., 30.1.2017, n. 2299, secondo cui, posto che l'istituto della collazione mira ad assicurare la "par condicio" degli eredi, la valutazione dei beni conferiti in natura o per imputazione alla massa ereditaria va fatta con riferimento al valore dei beni stessi alla apertura della successione, mentre, una volta procedutosi a tali operazioni preliminari, il valore dei cespiti, compresi nella massa da dividere, va calcolato, al fine dell'assegnazione delle singole quote, con riferimento al momento della divisione stessa. *Adde*: Cass., 17.3.2016, n. 5320; Cass., 26.11.2015, n. 24150; Cass., 24.7.2012, n. 12919.

eventuali diritti di altri eredi necessari, ma anche e soprattutto per la prevalenza dell'interesse del legittimario donatario a vedere composta la propria quota di legittima da beni ereditari: la collazione è un obbligo, ma anche un diritto del coerede donatario.

In altre parole, se l'efficacia della dispensa da collazione potesse travalicare i confini della quota di riserva, la donazione sarebbe strumento idoneo a comporre qualitativamente la legittima con beni non ereditari, evento non ammesso dall'ordinamento salvo il caso sia il legittimario, all'apertura della successione, a decidere di collazionare per imputazione – comunque trattenendo il bene donato non già a titolo di donazione, ma a titolo di eredità:⁷ la regola circa la provenienza successoria dei beni che compongono la quota di riserva è dunque pienamente rispettata nel ventaglio di ipotesi previste dal codice civile.

Ne deriva che la dispensa da collazione ha effetto solo se accompagnata da una dispensa da imputazione.⁸ Il donatario potrà quindi trattenere il bene donato sulla disponibile in aggiunta alla sua quota di legittima, e gli altri coeredi non potranno pretendere il riconferimento nella massa ereditaria.

V'è poi una ulteriore ipotesi in cui le dispense vengono combinate diversamente: il donante stipula con il legittimario donatario una dispensa da imputazione, senza però dispensarlo dalla collazione.

Spostando l'attribuzione sulla disponibile, quando in sede di divisione ereditaria il coerede donatario dovrà procedere a collazione, la modalità di adempimento dell'obbligo di cui all'art. 737 cod. civ. influenzerà il *quantum* ricevuto da costui. Nella specie, il donatario potrebbe aver interesse a riconferire il bene oggetto della liberalità per ridiscuterne l'attribuzione in sede di divisione ereditaria, interesse che in concreto può averlo spinto in sede di stipula della liberalità a non accettare la dispensa da collazione – che invece avrebbe definitivamente allocato quel bene a composizione della quota disponibile allo stesso anticipatamente lasciata: con la collazione in natura, in altre parole, il bene accrescerebbe la massa relitta, che si dividerebbe secondo le quote stabilite dalle norme in materia di successione legittima, o secondo quelle eventualmente stabilite dal testatore. Quest'ultimo caso sarebbe esattamente sovrapponibile alle conseguenze di una donazione senza dispensa da collazione ed imputazione.

Qualora, invece, il donatario collazionasse per imputazione, egli tratterebbe il bene sulla disponibile, sottraendolo dunque al *relictum*, che verrebbe diviso fra i coeredi al netto dell'attribuzione liberale effettuata sulla disponibile, trattenuta a scomputo e dunque con un vantaggio per il donatario.

⁷ Anche la collazione per imputazione, infatti, è per la migliore dottrina una modalità di effettuazione della divisione ereditaria: così GROSSO, BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1977, p. 330.

⁸ Diversamente, quando si dona in conto di legittima, a maggior ragione in caso di beni indivisibili, è opportuno prevedere la dispensa da collazione per l'eccedenza di valore rispetto alla quota di riserva, dunque a carico della disponibile.

Il funzionamento di un siffatto meccanismo è simile al quello del prelegato: un lascito effettuato a un coerede in aggiunta alla quota ereditaria.

Ricapitolando, al momento dell'apertura della successione: una donazione al legittimario senza dispensa alcuna, e dunque in conto di legittima, accresce la massa relitta e può essere riconferita ove possibile in maniera reale nell'asse oppure trattata a composizione qualitativa della quota di riserva del donatario che scelga di collazionare per imputazione; una donazione al legittimario con entrambe le dispense è effettuata sulla disponibile, ed il donatario la tratterrà in aggiunta alla legittima così come qualitativamente composta; una donazione al legittimario con la sola dispensa da imputazione potrà essere trattenuta dal donatario in aggiunta alla quota di legittima solo qualora decida di collazionare per imputazione; una donazione in conto di legittima non può prevedere la dispensa da collazione perché il donante non può comporre qualitativamente la quota di riserva con strumenti diversi dall'istituzione *ex re certa* – si noti che, coerentemente, il legato in conto di legittima ed in sostituzione di legittima sono entrambi rifiutabili dal legittimario proprio perché il legatario non acquista la qualifica di erede. Tutto ciò, si precisa, qualora il donatario accetti l'eredità e dal procedimento di riunione fittizia non emergano lesioni della quota di legittima spettante ad un coerede necessario, eventi che saranno *infra* presi in considerazione.⁹

⁹ GALGANO, *I dogmi nel diritto*, in *Contratto e Impr.*, 2010, p. 905, dà atto di come una certa corrente di giuristi consideri “impurità del discorso giuridico, da evitare accuratamente, le contaminazioni con altri discorsi, siano essi discorsi di etica oppure discorsi di economia o di politica. La purezza esige che dalla letteratura giuridica siano banditi i casi della vita. Sono scongiurate le esemplificazioni: potrebbero suscitare la falsa opinione che il diritto abbia a che fare con le umane miserie. Se proprio, per esigenze didattiche, non si può fare a meno di un esempio, deve essere un esempio irreali, preso magari dal diritto romano. Così nella manualistica universitaria si trova, come esempio di vizio occulto della cosa venduta, la malattia dello schiavo, occultata dal suo venditore.”. In questa sede, tuttavia, è utile ragionare su un realistico caso concreto, dove un padre vedovo con due figli dona al primo un terreno del valore di 100.000 euro e muore *ab intestato* senza debiti con un *relictum* del valore di 200.000 euro. Nel caso in cui la donazione non prevedesse dispense, il primo figlio potrebbe riconferire il bene nel *relictum* ereditario affinché si proceda a divisione ereditaria su una massa di 300.000 euro, in pari quota col fratello oppure collazionare il bene per imputazione, imputandolo a legittima e, in sede di divisione ereditaria, conseguire la metà della quota disponibile di 50.000 euro, lasciando i residui 150.000 al fratello non donatario. Ove, invece, la donazione avesse contenuto entrambe le dispense, questa graverebbe sulla disponibile, sicché i due fratelli si dividerebbero in pari quota la massa relitta di 200.000 euro: il primo figlio si vedrebbe così attribuiti beni per 200.000 euro, ed il secondo per 100.000 euro, comunque non avendo quest'ultimo nulla a pretendere in quanto la di lui quota di legittima non è stata intaccata. Nella terza ed ultima ipotesi, ove il donante avesse dispensato il primo figlio donatario dalla sola imputazione *ex se*, costui avrebbe due possibilità: collazionare il bene per imputazione, e dunque concorrere sulla massa relitta dei residui 200.000 euro in pari quota col fratello e trattenendo il bene donato sulla disponibile in aggiunta alla legittima, oppure esercitare il suo diritto a ridiscutere la composizione qualitativa della sua quota ereditaria, riconferendo il bene nel *relictum*, tuttavia perdendo il plusvalore della disponibile – in quanto la massa ereditaria da dividere in parti uguali fra i coeredi ammonterebbe ad euro 300.000.

3. Donare in conto di legittima, invero, se non permette all'erede necessario di conseguire il *surplus* di valore rispetto ad una donazione sulla disponibile, tuttavia salvaguarda l'attribuzione da eventuali pretese di altri legittimari lesi che agissero in riduzione.

Tuttavia, il comportamento del donatario all'apertura della successione è essenziale per assicurare tale forma di tutela: l'art. 552 cod. civ. in materia di legato in conto di legittima – fattispecie assimilabile al caso in commento per quanto rileva in questa sede – è espressivo di un principio di diritto tale per cui il legittimario che non consegua la legittima non può trattenere alcunché in conto di questa.¹⁰

In altre parole, il prossimo congiunto donatario in conto di legittima, se non assume la qualità di erede, quand'anche per preterizione del testatore, allora vede l'attribuzione liberale spostarsi sulla disponibile con la conseguenza di vedersi ridotta la donazione qualora lesiva dei diritti di legittima di un altro erede necessario.

Dunque, non accettando l'eredità o non agendo in riduzione, perderebbe il privilegio dell'immunità nei confronti di eventuali legittimari lesi.¹¹

Non solo, quando il donante ha inteso allocare l'attribuzione liberale sulla legittima, ma per un successivo comportamento del donatario che sceglie di non concorrere all'eredità questa si sposta sulla disponibile per le ragioni sopra dette e per effetto di tale decisione divengono riducibili disposizioni del *de cuius* che diversamente non sarebbero state oggetto di riduzione, pregiudicando diritti altrui, allora la norma in commento altera l'ordine di riduzione a sfavore del donatario che rinuncia alla qualifica di erede: egli diverrà il primo dei soggetti passivi dell'azione di riduzione.

La regola appare a prima vista complessa, in quanto presuppone quella rideterminazione delle quote di legittima in seguito alla rinuncia del legittimario negata dalle Sezioni Unite della Cassazione.¹²

¹⁰ In dottrina: FERRI, *Dei legittimari. Art. 536-564*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1981, p. 141; BIANCA, *Diritto civile. 2.2. Le successioni*, 4 ed., Milano, 2015, pp. 195 e ss.; IUDICA, *Il legato in conto di legittima*, in *Tratt. Bonilini*, Torino, 2009, pp. 347 e ss.; BUCELLI, *I legittimari*, in *Il diritto privato oggi*, a cura di Cendon, Milano, 2002, pp. 364 e ss.

¹¹ Si pensi all'ipotesi in cui il *de cuius* in vita ha donato prima ad un estraneo e poi ad un legittimario, in conto di legittima. Se all'apertura della successione, per ipotesi *ab intestato*, quest'ultimo accetta l'eredità, in caso di lesione di legittima verrà ridotta la donazione all'estraneo, diversamente, ove non conseguisse la qualifica di erede, per l'art. 552 cod. civ. l'imperativa cronologia dell'art. 555 cod. civ. impone all'erede necessario leso o pretermesso di agire innanzitutto contro la donazione del prossimo congiunto.

¹² Le conseguenze applicative delle «sentenze gemelle» a sezioni unite del 9 e 12 giugno 2006 in materia di quota mobile sono state oggetto di numerosi commenti dottrinali. Sul punto, in particolare, cfr.: Cass., S.U., 12.6.2006 n. 13524, in *Dir. e Giust.*, 2006, p. 16, con nota di COLASANTI; in *Giust. Civ.*, 2007, p. 2855 con nota di BULGARELLI; in *Giur. It.*, 2007, p. 1117 con nota di PUGLIESE; in *Riv. not.*, 2007, p. 164; in *Riv. not.*, 2008, p. 201 con nota di CEOLIN; in *Notariato*, 2006, p. 671, con nota di LOFFREDO; in *Corr. giur.*, 2006, p. 1713 ss., con nota di STEFINI; in *Fam. pers. e succ.*, 2008, p. 796, con nota di GRANDI; Cass., S.U., 9.6.2006, n. 13429, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 211, con nota BIANCA; in *Fam. pers. succ.*, 2008, p. 796, con nota di GRANDI; in *Nuova giur. civ.*, 2007, p. 736, con nota di DE BELVIS.

In altre parole, l'unica soluzione che consenta di spiegare la disposizione in commento, secondo cui per effetto della rinuncia dell'erede necessario è possibile che diventi ridicibile ciò che prima non lo era, è prendere atto che il legislatore ha presupposto il cambiamento della regola di concorso, la quale ha pertanto aumentato il valore della legittima a discapito della disponibile.

Diversamente, aderendo alla tesi giurisprudenziale che vorrebbe, più per esigenze di certezza dei rapporti giuridici che per coerenza sistematica, una cristallizzazione delle quote a prescindere da successivi comportamenti dei chiamati alla successione necessaria, con buona pace della retroattività della rinuncia all'eredità e della *ratio* dell'*actio interrogatoria*, la norma risulterebbe priva di possibilità di applicazione e dunque inutile.¹³

Sul punto, premesso che non tutti gli eredi beneficiari di liberalità sono obbligati alla collazione; nessun donatario è obbligato a collazione se non acquista la qualità di erede; ogni donatario può essere soggetto a riduzione; il caso più rilevante è quello del legittimario chiamato all'eredità il quale riceve una liberalità donativa (o non)¹⁴ lesiva della quota riservata a un altro prossimo congiunto.

Da una parte egli può accettare l'eredità, con la conseguenza di essere obbligato alla collazione in tutto o per la sola parte eccedente la disponibile in caso di dispensa del donante, ma imputando a legittima il residuo tutelandosi da ogni e qualsiasi azione di riduzione – si pensi al caso in cui sussistano altre liberalità lesive; dall'altra può rinunciare all'eredità trattenendo integralmente l'attribuzione liberale, ma divenendo, anche per effetto dell'art. 552 co. 2 cod. civ. in ipotesi più articolate, il primo fra i soggetti passivi dell'azione di riduzione.

È chiaro che la decisione non può prescindere da un'analisi economica della situazione ereditaria in fatto e in diritto, ma anche dalla tesi cui si sceglie di aderire fra quota cd. fissa e quota cd. mobile.

Si faccia l'ipotesi del padre vedovo che dona al primo figlio l'intero patrimonio, null'altro essendoci nel *relictum* per soddisfare le ragioni del secondo figlio.

Aderendo alla tesi della cristallizzazione delle quote si applicherà la regola di concorso di cui all'art. 537 cod. civ., che riserva al secondo figlio un terzo dell'asse ereditario come determinato in seguito al noto procedimento di riunione fittizia. Ne deriva che, per il primo figlio, è più conveniente rinunciare all'eredità così da evitare la collazione della donazione e subire l'azione di riduzione del fratello per un terzo

¹³ Sul punto, forse si potrebbe aderire alla cristallizzazione delle quote in seguito non già a rinuncia all'eredità, ma alla rinuncia all'azione di riduzione da parte di un erede necessario leso nella propria quota di legittima: il prossimo congiunto del *de cuius* rinuncia ad una forma di tutela quantitativa, ma conseguendo comunque la qualifica di erede correttamente deve essere conteggiato nella concreta individuazione della regola di concorso applicabile alla successione.

¹⁴ V'è un'ampia varietà di atti non donativi che determinano un effetto liberale: alle donazioni indirette, infatti, sia applicano una serie di norme generali che prescindono dal mezzo giuridico impiegato per realizzarle. In particolare gli artt. 737 e 809 cod. civ. assoggettano a riduzione, imputazione e collazione anche le liberalità non donative. Cfr. TORRENTE, *op. cit.*, p. 78; CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, Torino, 1996, pp. 245 e ss.

del valore del *donatum*. Diversamente, accettando l'eredità, la donazione verrebbe riconferita nell'asse ereditario e divisa in pari quota fra gli eredi necessari. Il tutto a prescindere da eventuali dispense da collazione o imputazione, perché comunque lesive della legittima altrui.

Invece, ipotizzando la rideterminazione delle quote di legittima a seguito della rinuncia del primo figlio, il secondo agirebbe in riduzione ma per la metà a questi riservata, mutando la regola di concorso applicabile. In tale ipotesi, accettando o no l'eredità, il primo figlio si vedrebbe comunque intaccata la metà del valore della liberalità assorbente l'intero patrimonio del *de cuius*.

Non solo, in caso di pluralità di donazioni, a legittimari o a terzi, successioni testamentarie che prevedano legati o prelegati, non bisogna dimenticare che, a seguito di rinuncia all'eredità del legittimario donatario, egli diventerebbe il primo fra i soggetti destinatari di eventuali azioni di riduzione.

Il dato va estremamente ponderato nel valutare da una parte le strategie di pianificazione successoria attuate mediante donazioni (ma lo stesso discorso vale per i legati) e, in via sussidiaria, le soluzioni operative a tutela del donatario o del legittimario leso, a seconda dei punti di vista.

4. Dall'articolata cornice normativa in questa sede analizzata, emerge l'idea del legislatore di presumere le donazioni ai legittimari quali anticipazioni sulla legittima, ferma la loro scelta di ridiscuterle collazionando ove consentito non già per imputazione ma in natura, diritto irrinunciabile in vita il donante ex art. 458 cod. civ.

Diversamente, le donazioni a non legittimari gravano sulla disponibile.

Ciò potrebbe ad una superficiale analisi portare a ritenere comunque protetti i prossimi congiunti donatari, in presenza di liberalità a terzi lesive della legittima di coeredi legittimari: la quota di legittima ricevuta in via anticipata, infatti, non può per definizione essere oggetto di azione di riduzione.

In realtà non è così.

La regola di diritto secondo cui l'erede necessario che non acquista la qualità di erede non può trattenere alcunché sulla legittima, regola radicata già nel codice civile del 1865 all'art. 1003 e che il codice vigente decide di ereditare in maniera più ermetica nell'art. 552 co. 2 cod. civ., il quale a sua volta altera l'ordine di riduzione dell'art. 559 cod. civ., è decisiva nel dimostrare l'incisività della condotta del prossimo congiunto chiamato all'eredità sulla cronologia e, per coloro che aderiscono alla tesi della cd. quota mobile, sull'entità dell'azione di riduzione di eventuali eredi necessari lesi.

Non solo, l'ordinamento manifesterebbe in tal senso l'interesse dell'erede necessario ad ottenere il titolo di erede a prescindere dal conseguimento di beni (si pensi al donatario suddetto che, pur vedendosi integralmente soddisfatta la legittima me-

dianche donazioni viene pretermesso nel testamento):¹⁵ solo conseguendo tale la qualifica il legittimario può trattenere una liberalità (oppure un legato) sulla legittima e dunque sottrarsi ad ogni possibile azione di riduzione.

Per questo motivo non sembrano esserci reali interferenze fra la disciplina della collazione e quella della riduzione che dipendano dalla destinazione soggettiva della donazione: se il legittimario rinuncia all'eredità è dispensato dalla collazione e viene trattato come un terzo; se accetta l'eredità opera l'obbligo di collazione, ed ove dispensato comunque la dispensa opera *ex lege* nei limiti della disponibile.

In ultima analisi, i diritti degli altri eredi necessari sono adeguatamente tutelati dal sistema normativo del libro secondo del nostro codice civile, pur emergendo un variegato prima di possibilità in sede di pianificazione successoria che impone un'accurata indagine sui più adatti strumenti da utilizzare per soddisfare gli interessi del disponente.

Non solo, gli stessi comportamenti dei legittimari all'apertura della successione possono influenzare in maniera importante le conseguenze economiche e i diritti ereditari di costoro, a maggior ragione nei casi in cui gli acquisti a causa di morte debbano coordinarsi con precedenti negozi anticipatori.

¹⁵ Il tema, più in generale, è quello dell'interesse ad agire in riduzione quand'anche la quota di legittima dell'attore sia stata quantitativamente soddisfatta attraverso donazioni o legati. Sul punto, favorevole, MENGONI, *op. cit.*, p. 236; *contra*: AZZARITI, MARTINEZ, AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*, Padova, 1973, p. 181 ss.

Distanziamento sociale, bigenitorialità e bilanciamento dei diritti

di Ludovica Porzio*

Abstract. This paper analyses the impact of the rules adopted by the Italian Government to contain the health emergency on the so called biparentality, namely the right of the child to enjoy the presence of both parents. The way it can be exercised, expressed in the visiting right by the non-custodial parent, has clearly been influenced by the freedom of movement restrictions adopted in order to protect the right of individual and public health. This right, in the emergency situation, is in conflict with biparentality, requiring a necessary balance, particularly delicate as it involves two fundamental rights, both constitutionally protected. This balancing has been examined by many courts which used different approach. These rulings has been critically analysed focusing on the difficulty of such a balancing.

The essay is carried out in the light of national and international human rights law, taking into account the recent Italian rules that significantly changed the field of investigation.

SOMMARIO: 1. L'emergenza e i rapporti familiari. – 2. Distanziamento sociale e diritto di visita. – 3. La recente giurisprudenza: una breve rassegna. – 4. Diritto alla salute e diritto alla bigenitorialità: un indispensabile bilanciamento. – 5. La fase 2 e la bigenitorialità attiva – 6. Considerazioni conclusive.

Nel presente scritto si analizzerà come le misure di contenimento dell'emergenza sanitaria adottate dal Governo italiano abbiano inciso sul diritto al rispetto della vita familiare e, in particolare, sul diritto alla bigenitorialità. Dopo una breve introduzione circa l'effetto dell'emergenza sui rapporti familiari, verrà presentato il tema principale di analisi delineando, prima, il contenuto delle norme limitative della circolazione e, poi, come queste si siano riverberate su un particolare aspetto del diritto di famiglia, la bigenitorialità, ossia il diritto del figlio di godere della presenza di entrambi i genitori. Le modalità di esercizio di tale diritto, che si concretizzano soprattutto nel c.d. diritto di visita del genitore non collocatario, sono state evidentemente influenzate dalle norme che sanciscono restrizioni alla libertà di movimento volte a tutelare il diritto alla salute. Tale ultimo diritto, in questa situazione emergenziale, è venuto a contrapporsi alla bigenitorialità, richiedendo necessariamente un bilanciamento, particolarmente delicato in quanto coinvolgente due diritti fondamentali, entrambi costituzionalmente tutelati.

* Dottoranda di ricerca presso l'Università degli Studi di Napoli Parthenope. Contributo redatto in occasione del ciclo di seminari "Il Covid-19 e le risposte del Diritto nell'ordinamento italiano ed europeo".

Ciò ha costituito oggetto di indagine da parte di numerosi tribunali che si sono pronunciati in maniera spesso contrastante. Dopo una breve panoramica di tali pronunce, delle quali si esamineranno anche le eventuali criticità, ci si soffermerà sulla difficoltà dell'operazione di bilanciamento.

L'analisi sarà compiuta alla luce del diritto interno e internazionale in materia di diritti umani tenendo conto dei recentissimi interventi legislativi. La trattazione del tema ha richiesto, infatti, innumerevoli modifiche progressivamente con l'incedere dell'epidemia e della conseguente normativa. Da una fase iniziale di totale assenza di indicazioni, si è passati, poi, ad una presa di coscienza del legislatore, ciò che ha notevolmente modificato il campo di indagine. Da ultimo è intervenuta, infatti, la legge n. 27 del 24.4.2020 a conclusione dell'iter di conversione del d.l. 17.3.2020, n. 18 (c.d. decreto "Cura Italia"), che ha introdotto rilevanti novità in tema di minori e famiglia.

1. La diffusione del covid 19 ha determinato situazioni di emergenza che hanno richiesto straordinarie capacità di adattamento e di cambiamento, spesso radicale, nelle abitudini e nell'organizzazione della vita quotidiana. In particolare, l'ambito familiare risulta, con tutta evidenza, tra quelli più toccati dalla pandemia.

L'emergenza epidemiologica ha introdotto scenari nuovi nella quotidianità della persona, con particolare riguardo al concreto atteggiarsi delle relazioni familiari, innescando dinamiche correlate alla necessaria permanenza presso la casa familiare. A partire dalla banale considerazione che la "clausura forzata" legata alle disposizioni emanate può rivelarsi estremamente faticosa: stare a contatto con i propri cari in ogni momento della giornata, ha le sue complicazioni. Come scrive il pedagogista Daniele Novara *"Le situazioni di costrizioni relazionali aumentano la conflittualità per ovvi motivi: quando c'è un eccesso di prossimità, le emozioni esplodono e le tendenze respingenti si accentuano"*¹.

Ogni nucleo familiare è chiamato a confrontarsi con la necessaria ricerca di nuovi e diversi equilibri a fronte della brusca e repentina modifica degli assetti consolidati alla stregua dei quali la casa familiare costituiva il punto di riferimento e di arrivo all'esito di un vissuto quotidiano proiettato prevalentemente all'esterno.

Buona parte dei genitori fatica a trovare una linea comune sulle regole educative, sui nuovi stili di vita, sul rispetto delle restrizioni necessarie affinché la salute loro e dei loro figli sia tutelata. In presenza della crisi familiare, tali criticità fisiologiche possono trasformarsi in patologiche e sono suscettibili di determinare rilevanti questioni applicative con le quali l'interprete è chiamato a confrontarsi.

Per i genitori separati, legati da una relazione conflittuale e da una comunicazione spesso interrotta, la quotidianità si complica ulteriormente. In questo periodo si stanno moltiplicando i conflitti nelle coppie separate, in particolare, ma non solo, in merito alla frequentazione dei figli, in nome della loro "tutela" diversamente inter-

¹ In familydays.it/problemi-da-quarantena-chiusi-in-casa-con-coniuge-e-figli-consigli-e-strategie-di-sopravvivenza/

pretata. A ciò va aggiunto che le misure restrittive in materia di spostamento delle persone, la paura del contagio e, in generale, la situazione di emergenza, spesso costituiscono motivo dell'inasprimento di conflitti familiari già sussistenti e terreno fertile per la strumentalizzazione da parte di un genitore in danno dell'altro, portando avanti ed acuendo contrapposizioni preesistenti. Come è stato detto, il virus costituisce un acceleratore di tendenze già in atto.

Le ricadute della situazione emergenziale in ambito familiare si manifestano anche sul versante economico: si pensi a come la diminuzione, o, in certi casi, il completo azzeramento, delle entrate possa incidere sulla possibilità di pagare puntualmente i propri debiti tra i quali l'assegno di mantenimento. O, ancora, sui procedimenti che hanno ad oggetto la tutela dei diritti dei minori e della famiglia che, pur essendo tra i pochi settori esonerati dal totale congelamento dell'attività giudiziaria determinato dall'emergenza², ne risultano fortemente incisi. A tal proposito basti pensare allo svolgimento dell'attività processuale da remoto o ai numerosi problemi interpretativi che l'art 83 del d.l. 18/2020³, nel disporre il generale rinvio d'ufficio delle udienze e le relative eccezioni, ha determinato e dalla cui risoluzione

² L'art. 83 del d.l. 18/2020, in tema di giustizia civile e di giustizia penale ha disposto su tutto il territorio nazionale il rinvio delle udienze e la sospensione dei termini processuali dal 9 marzo al 15 aprile 2020, termine poi prorogato all'11 maggio, nonché la possibilità, dal 16 aprile al 30 giugno, per i Capi degli Uffici giudiziari di adottare misure organizzative (che possono comprendere l'ulteriore rinvio delle udienze) volte a evitare gli assembramenti di persone negli uffici. Per i procedimenti civili in settori sensibili, quali la tutela dei diritti dei minori e della famiglia, che rivestono *ex se* carattere di urgenza ed indifferibilità, potendo il ritardo nella risposta giudiziaria pregiudicare l'effettività della tutela, rischiando di compromettere definitivamente diritti essenziali, sono state, però, dettate disposizioni per consentire, nella fase di emergenza, lo svolgimento di attività processuali da remoto.

³ A titolo esemplificativo, nell'ambito del diritto di famiglia, i problemi interpretativi si possono ricondurre a due questioni di grande rilievo. La prima è relativa all'interpretazione dell'espressione "*nelle cause relative ad alimenti o ad obbligazioni alimentari derivanti da rapporti di famiglia, di parentela, di matrimonio o di affinità*" di cui all'art. 83, comma 3, lett. a). Il problema consiste nel comprendere se la norma si riferisce solo alle cause nelle quali viene fatto valere il diritto agli alimenti in senso stretto di cui all'art 433 c.c., oppure genericamente a tutte le cause relative ad obblighi di mantenimento derivanti da rapporti familiari. Il testo finale convertito in legge ha, in realtà, parzialmente dato risposta alla questione adottando una soluzione intermedia fra le due ipotizzate. L'eccezione alla regola del rinvio generalizzato delle udienze e della sospensione dei termini processuali si applicherà non solo nei giudizi in cui viene esercitata l'azione alimentare ex art. 433 e ss. c.c., ma anche in relazione ai giudizi di separazione e divorzio nei quali vengano presentate domande relative al mantenimento dei figli e del coniuge e domande di assegno divorzile, ma solo nelle ipotesi in cui il creditore non abbia la possibilità di soddisfare i bisogni essenziali della vita in assenza del mantenimento di cui si discute. Questa precisazione sposta il problema, ma non contribuisce alla sua soluzione. Quali sono gli assegni di mantenimento necessari per soddisfare i bisogni essenziali? Il riferimento ai bisogni essenziali indica una soglia oggettiva che non dipende dalle caratteristiche del nucleo familiare a cui si riferisce? Oppure, soprattutto in relazione al mantenimento dei figli, essa deve dipendere del tenore di vita familiare?

La seconda questione è relativa alla possibilità di compiere il tentativo di conciliazione omettendo la comparizione personale delle parti innanzi al presidente. Il problema interpretativo consiste nel comprendere se l'espletamento del tentativo di conciliazione, nel giudizio di separazione e di divorzio, è compatibile con le forme di trattazione delle udienze di cui all'83, comma 7 oppure si deve ritenere che la particolare natura e

dependono conseguenze molto diverse sia quanto al carico di lavoro dei nostri tribunali, sia, soprattutto, quanto ai rapporti interpersonali all'interno del nucleo familiare. E, ancora, vi è da evidenziare il drammatico aumento della violenza tra le mura domestiche: i dati statistici forniti dai centri antiviolenza indicano che vi è stato un incremento pari al 73%⁴.

2. Tra i tanti aspetti, in particolare ve ne è stato uno che ha riempito le aule dei tribunali e che mi è parso utile analizzare, sotto il profilo teorico e giurisprudenziale, anche nell'ottica di una più ampia riflessione in tema di bilanciamento tra diritti fondamentali, ossia come il distanziamento sociale possa incidere sull'attuazione della bigenitorialità e, dunque, sulle frequentazioni tra figli minori e genitori non conviventi, con peculiari problematicità nel caso in cui gli incontri debbano avvenire in "spazio neutro", ovvero quando il minore sia collocato al di fuori della famiglia.

In generale, i tempi del coronavirus hanno determinato la nascita, con eccezionale frequenza, di un antagonismo tra plurimi interessi e diritti che in tempi normali convivono senza che il perseguimento dell'uno rappresenti motivo di pregiudizio dell'altro (solo per fare alcuni esempi: libertà di movimento, diritto di riunione, diritto di iniziativa economica, diritto al lavoro, tutela della salute di ciascun individuo, salute pubblica)⁵.

Il varo di prescrizioni dal contenuto altamente proibitivo ha determinato una nuova, diversa, e più intensa percezione dell'importanza e del significato delle libertà e dei diritti individuali fondamentali in un momento nel quale, per ragioni legate alla salvaguardia di interessi collettivi altrettanto fondamentali (la salute), essi risultano, seppur per motivi contingenti, soccombenti.

La dinamica del conflitto tra interessi è una dinamica tipica del diritto, che trova anzi in questa terreno d'elezione. Spunto di riflessione è, come anticipato, la particolarità dei diritti confliggenti emersa a causa dell'epidemia, diritti ordinariamente perfettamente compatibili. Emblematico è il contrasto, risolto in modo specularmente opposto dai vari tribunali italiani finora aditi, tra il diritto di visita del genitore separato, e più in generale il diritto alla bigenitorialità, e il diritto alla salute, pubblica e individuale.

Sono ormai mesi, che si parla di "distanziamento sociale", della necessità di "restare a casa", di limitare le uscite alle sole esigenze di assoluta e comprovata necessità. Allo scopo di contrastare e contenere il diffondersi del virus covid-19, con successivi provvedimenti del Presidente del Consiglio (i ben noti "d.p.c.m.") è stato imposto a tutte le persone fisiche il divieto di spostamento, salvo che motivato da comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità o di salute, dapprima in entrata e

finalità del tentativo di conciliazione impone comunque il rinvio ad una data successiva alla fine dell'emergenza, secondo la possibilità prevista dalla lett. g) del medesimo articolo.

⁴ Cfr. istat.it/it/files/2020/05/Stat-today_Chiamate-numero-antiviolenza.pdf

⁵ Cfr. BALESTRA, *Brevi digressioni sulle libertà e sulle relazioni sentimentali al cospetto del Coronavirus*, consultabile su giustiziacivile.com/system/files/allegati/giustiziacivile.com_speciale_covid19_n_01.pdf

uscita e all'interno della Regione Lombardia e di altre 14 province c.d. "rosse" (d.p.c.m. 08.03.2020), divieto poi esteso con il successivo d.p.c.m. 09.03.2020 (Decreto "Iorestoacasa") a tutta l'Italia, ferma in ogni caso la facoltà di rientro alla propria residenza o domicilio. Con ulteriore limitazione alla libertà di movimento delle persone, il successivo d.p.c.m. 22.03.2020 ha sancito il "*divieto di trasferimento o spostamento ad altro Comune, con mezzi di trasporto pubblici o privati, salvo che per comprovate esigenze lavorative, di assoluta urgenza o per motivi di salute*", mantenendo, per gli spostamenti all'interno del territorio del Comune, la precedente disciplina, ed escludendo esplicitamente la facoltà di rientro al domicilio o residenza.

La limitazione degli spostamenti e la permanenza domiciliare, due delle fondamentali misure adottate, hanno prodotto una serie di considerevoli effetti sulla vita e sulle relazioni familiari. Sin da subito tali decreti hanno sollevato l'interrogativo di cosa sarebbe successo alle famiglie in cui i due genitori vivono in case diverse e magari in Comuni diversi o addirittura in cui sono i figli stessi a non coabitare con i genitori, per esempio perché affidati a comunità assistenziali: possono i genitori spostarsi per recarsi a prendere i figli o riportarli dall'altro genitore?

L'esigenza di mantenere un rapporto costante con entrambi i genitori, in cui si sostanzia il c.d. diritto alla bigenitorialità, integra quella situazione di necessità per i minori che rende lecito lo spostamento dei medesimi e dei genitori stessi all'interno del Comune, e quei "*motivi di salute*" che consentono lo spostamento anche al di fuori del Comune di residenza? O deve prevalere il diritto alla salute individuale e collettiva?

I genitori separati si sono spesso trovati a non poter esercitare liberamente il proprio diritto di visita anche perché i provvedimenti susseguitisi nel mese di marzo non hanno stabilito nulla espressamente con riferimento a spostamenti di tal tipo. Mentre si avvicendavano le norme dei d.p.c.m., le parti si sfidavano a colpi di ricorsi urgenti, per ottenere la conferma del poter continuare a frequentare i propri figli, magari residenti in altro Comune (o del poterlo vietare al genitore non collocatario).

I provvedimenti emanati hanno determinato il conflitto tra due diritti fondamentali, entrambi riconosciuti sia dalla Carta Costituzionale sia dalla CEDU: il diritto alla salute e il diritto alle relazioni familiari, da intendersi come diritto dei figli "di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori" e diritto/dovere dei genitori che si estrinseca nella responsabilità genitoriale. Avendo pari rango, i due diritti devono essere bilanciati mettendo al centro il migliore interesse dei soggetti minori. Tale principio⁶, sancito dall'art. 3 della Convenzione ONU⁷, ha influenzato in modo determinante dapprima il sistema giuri-

⁶ Il principio è ispirato alla teoria del *Best Interest of the Child* in GOLDSTEIN, FREUD, SOLNIT, *Beyond the best interests of the child*, New York, The Free Press, 1973; ID., *Before the best interests of the child*, New York, The Free Press, 1979; ID., *The best interests of the child*, New York, The Free Press, 1983.

⁷ Art. 3 "1. In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente. 2. Gli Stati parti si impegnano ad assicurare al fanciullo la protezio-

dico e giudiziario statunitense, poi quello di molti altri Paesi, tra cui il nostro, nonché le pronunce degli organismi sovranazionali.

Prima di proseguire è necessario effettuare un breve chiarimento su cosa si intende per diritto alla bigenitorialità, su cui ci si soffermerà comunque meglio nel prosieguo.

Il principio di genitorialità congiunta è il principio per il quale il figlio minore ha il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ognuno dei genitori, di ricevere attenzione, educazione, istruzione e assistenza morale da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ognuno dei rami genitoriali anche qualora l'unità familiare dovesse essere recisa per una qualunque ragione. (art. 337^{ter} c.c.).

Il principio è inteso come partecipazione attiva di entrambi i genitori nel processo di crescita e di educazione dei figli. *“Proprio nell’interesse del minore ad una crescita sana ed equilibrata, va assicurata la tutela del principio della bigenitorialità, inteso come presenza comune dei genitori nella vita del figlio, così da garantirgli salde relazioni affettive con entrambi i genitori”*⁸. Come ha affermato la Suprema corte in varie pronunce *“il principio è da intendersi quale presenza comune dei genitori nella vita del figlio, idonea a garantirgli una stabile consuetudine di vita e salde relazioni affettive con entrambi, nel dovere dei primi di cooperare nell’assistenza, educazione ed istruzione”*⁹.

Dopo il riconoscimento a livello internazionale nella Convenzione sui Diritti del Fanciullo di New York del 20 novembre 1989, il diritto alla bigenitorialità ha trovato accoglimento anche nel nostro ordinamento con la legge 54 del 2006 sull'affidamento condiviso, che ha invertito sostanzialmente il rapporto di regola ed eccezione tra il previgente affidamento esclusivo e congiunto, ponendo l'attenzione sul diritto del minore a mantenere un rapporto continuativo con entrambi i genitori. Ed infatti, il principio di bigenitorialità trova applicazione pratica nella determinazione delle regole dell'affidamento condiviso del minore: il giudice non può attribuire un ruolo maggiore nella vita del figlio ad uno solo dei genitori in assenza di ragioni oggettive.

Se sino al 2006, quello esclusivo ha rappresentato nell'ordinamento italiano il regime ordinario di affidamento dei figli nei casi di separazione giudiziale dei genitori, dopo la legge n. 54, il giudice ha il compito di rivolgersi primariamente verso l'affidamento condiviso nell'interesse del minore, configurandosi tale scelta come

ne e le cure necessarie al suo benessere, in considerazione dei diritti e dei doveri dei suoi genitori, dei suoi tutori o di altre persone che hanno la sua responsabilità legale, e a tal fine essi adottano tutti i provvedimenti legislativi e amministrativi appropriati. 3. Gli Stati parti vigilano affinché il funzionamento delle istituzioni, servizi e istituti che hanno la responsabilità dei fanciulli e che provvedono alla loro protezione sia conforme alle norme stabilite dalle Autorità competenti in particolare nell'ambito della sicurezza e della salute e per quanto riguarda il numero e la competenza del loro personale nonché l'esistenza di un adeguato controllo.”

⁸ Cass., 8.4.2019, ord. n. 9764, in [sentenze.laleggepertutti.it/sentenza/cassazione-civile-n-9764-del-08-04-2019](https://www.giustiziaroma.it/sentenza/cassazione-civile-n-9764-del-08-04-2019).

⁹ Cfr., *ex multis*, Cass., 10.12.2018, ord. n.31902 in [rivistafamiglia.it/wp-content/uploads/2018/12/Cass.-civ.-ord.-n.-31902_2018.pdf](https://www.rivistafamiglia.it/wp-content/uploads/2018/12/Cass.-civ.-ord.-n.-31902_2018.pdf); Cass., 23.9.2015, n.18817 in [miolegale.it/sentenze/cassazione-civile-vi-18817-2015/](https://www.miolegale.it/sentenze/cassazione-civile-vi-18817-2015/); Cass., 22.5.2014, n. 11412, in [dirittoitaliano.com/giurisprudenza/provvedimento_pdf.php?1443](https://www.dirittoitaliano.com/giurisprudenza/provvedimento_pdf.php?1443)

preferenziale; nell'ipotesi in cui egli dovesse ritenere che l'affido condiviso ostacoli la crescita equilibrata del minore, dovrà optare necessariamente sulla scelta residuale, ovvero sull'affidamento esclusivo. Aldilà di tali specifiche previsioni normative, il principio è riconducibile all'art 8 CEDU, che sancisce il diritto al rispetto della vita familiare e all'art 30 Cost.¹⁰ che ha rango di diritto fondamentale.

Se da un lato, dunque, anche e soprattutto in questo contesto emergenziale, dove la famiglia costituisce un punto di riferimento per i minori¹¹, è fondamentale garantire loro il diritto a mantenere rapporti continuativi ed equilibrati con entrambi i genitori, pena la violazione dell'art. 8 CEDU, è altresì di primaria importanza tutelare la salute fisica del minore, dei genitori e, più in generale, della comunità, adottando tutte quelle misure di prevenzione necessarie ad evitare il rischio di diffusione del contagio.

3. Emblematica nel mettere in luce il contrasto tra le due esigenze, seppur non condivisibile nelle conclusioni raggiunte a parere di chi scrive, è una pronuncia del tribunale di Bari¹², che, in accoglimento di apposita istanza, ha sospeso gli incontri tra il padre ed il figlio minore, collocato presso la madre e residente in un comune diverso da quello di residenza paterna.

A fondamento della sospensione il Tribunale ha osservato che le misure restrittive si prefiggono di limitare, in modo “*rigoroso*” e “*universale*”, i movimenti sul territorio, con conseguente sacrificio di tutti i cittadini ed anche dei minori. In particolare, ad avviso del Tribunale, non è possibile verificare se il minore, durante l'incontro con l'altro genitore, sia stato esposto a rischio sanitario; ciò costituisce, quindi, un pericolo per coloro che il minore stesso ritroverà al rientro presso l'abitazione del genitore collocatario. Sulla base di tali argomentazioni il Tribunale ha ritenuto necessario interrompere gli incontri padre-figlio e disposto che il diritto di visita venisse esercitato soltanto con modalità a distanza (videochiamata *Skype*) secondo il calendario già stabilito.

La pronuncia conclude che “*il diritto-dovere dei genitori e dei figli minori di incontrarsi, nell'attuale momento emergenziale, è recessivo rispetto alle limitazioni alla circolazione delle persone, legalmente stabilite per ragioni sanitarie, a mente dell'art. 16 della Costituzione, ed a diritto alla salute, sancito dall'art. 32 Cost.*”. Ad avviso della Corte barese è, dunque, ben possibile stabilire un rapporto di gerarchia tra i valori

¹⁰ Art. 30 Cost.: “È dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio”.

¹¹ Non va sottaciuto che, come evidenziato da psichiatri e associazioni didite alla tutela dei minori, questi ultimi sono tra i soggetti più pesantemente colpiti dalle misure di contenimento del *virus*. Tra i diritti compressi dalle stesse risaltano *ictu oculi* il diritto all'istruzione, che, a seconda del grado di *digital divide*, è stato più o meno ampiamente limitato, nonché il diritto al gioco, specificamente previsto dall'art. 31 della Convenzione di New York.

¹² App. Bari, ord. 26.3.2020, in dirittoegiustizia.it/allegati/9/0000087780/Tribunale_di_Bari_ordinanza_depositata_il_26_marzo_2020.html

in gioco, collocandosi il cosiddetto “diritto di visita” in una posizione subordinata rispetto al diritto alla salute.

A conclusioni difformi era, invece, pervenuto il Tribunale di Milano con decreto dell'11 Marzo 2020¹³ in una fattispecie in parte sovrapponibile. La prima pronuncia in materia si era registrata, infatti, presso il tribunale lombardo, sollecitato dal ricorso d'urgenza di una madre che chiedeva il rientro immediato dei figli presso di sé ed una limitazione del diritto di visita dell'altro genitore in conseguenza della restrizione di movimento. Con provvedimento reso immediatamente dopo l'entrata in vigore del d.p.c.m. 9.3.2020, il tribunale, rigettava l'istanza.

La disposizione richiamata dal Giudice milanese espressamente consentiva, dunque, – come, del resto, è stato puntualmente osservato dal Giudice - il rientro presso il domicilio di coloro che, al momento dell'entrata in vigore del precetto, si trovavano altrove. Il Tribunale ambrosiano ha ritenuto che le previsioni di cui all' art. 1, comma 1, lett. a), del D.P.C.M. 8 Marzo 2020, all'epoca vigente, non fossero preclusive dell'attuazione delle disposizioni di affido e collocamento dei minori e che “nessuna chiusura di ambiti regionali può giustificare violazioni di provvedimenti di separazione o divorzio vigenti”. I genitori avevano precedentemente concordato “il mantenimento delle attuali condizioni di affido e collocamento dei minori, con indicazione di un calendario di frequentazioni degli stessi col genitore non collocatario [...]” e, precisava il Tribunale, tale accordo era da considerarsi vincolante.

È interessante notare come il Tribunale rigettava l'istanza imponendo il rispetto dell'accordo già raggiunto ritenendo che nei motivi di necessità rientrasse il diritto di visita dei genitori separati, che legittimava lo spostamento anche da un Comune all'altro.

La pronuncia è però solo parzialmente sovrapponibile a quella del giudice di Bari in quanto la disposizione su citata è stata, successivamente, modificata dal D.P.C.M. del 22 marzo, applicato dal Tribunale pugliese. L'esplicita soppressione della previsione secondo la quale era in ogni caso consentito il rientro presso il domicilio o residenza, in combinato con l'introduzione di un preciso divieto di spostamento¹⁴, in luogo dell'indicazione di “evitare ogni spostamento”¹⁵, aveva reso lecito il domandarsi se dal *dictum* del Tribunale di Milano potessero essere tratte indicazioni utili anche a seguito del mutamento della disciplina dell'emergenza.

Non solo, infatti, era venuto espressamente a mancare il richiamo normativo alla possibilità di rientro al domicilio o residenza, ma – per quanto riguarda gli spostamenti al di fuori del Comune – era venuta meno anche la possibilità di motivare il proprio spostamento adducendo l'esistenza di ragioni di necessità – tra le quali poter inserire quella di visitare o portare presso di sé i figli - sostituita dalla ben più stringente indicazione della “assoluta urgenza”. Con l'incedere della pandemia le libertà

¹³ Trib Milano, decr. 11.3.2020, in osservatoriofamiglia.it/contenuti/17508808/li-tempi-di-frequentazione-dei-figli-minorenni-ai-tempi-del-c.html

¹⁴ Art. 1, lett. b, d.p.c.m. 22.03.2020: “è fatto divieto a tutte le persone fisiche di trasferirsi o spostarsi”

¹⁵ Art. 1, lett. a, d.p.c.m. 08.03.2020

individuali sono state, quindi, ulteriormente compresse ed è proprio in virtù di tale inasprimento che era stato adito il tribunale di Bari.

Come anticipato, il tribunale ha ritenuto che l'esercizio del diritto di visita, a meno che non ricorrano motivi di assoluta urgenza e tali da giustificare lo spostamento di un genitore verso il figlio, non sembra pertanto ricondursi a nessuna delle ipotesi eccezionali di trasferimento contemplate: fondandosi sulla *ratio* delle misure restrittive, esso ha concluso che, non realizzando gli incontri dei minori con i genitori dimoranti in comune diverso da quello di residenza dei minori stessi, le condizioni di sicurezza e prudenza richieste dalle misure restrittive, deve risultare prioritario il sacrificio di tutti i cittadini ed anche quello dei minori. Ciò fa sì che il diritto di visita del genitore e il correlato diritto del figlio ad incontrarlo debbano risultare soccombenti.

In conformità a questo provvedimento, esplicitamente richiamato, ha optato per un decreto fortemente limitativo anche il Tribunale di Vasto¹⁶ che ha assorbito totalmente la pronuncia *de qua* ritenendo che “*il diritto-dovere dei genitori e dei figli minori di incontrarsi, nell'attuale momento emergenziale, è recessivo sia rispetto alle limitazioni alla circolazione delle persone, legalmente stabilite per ragioni sanitarie, ai sensi dell'art. 16 Cost., sia rispetto al diritto alla salute, sancito dall'art. 32 Cost.*” E che “*la tutela della salute prevale su ogni altro interesse, anche quello alla conservazione dei rapporti*” ha statuito anche il Tribunale di Bolzano il 3 aprile 2020¹⁷.

Nel medesimo senso, *mutatis mutandis*, la pronuncia del tribunale di Terni che, con sentenza 30.3.2020¹⁸, ha stabilito che “*nel bilanciamento degli interessi di pari rango costituzionale, quello alla tutela della bigenitorialità e quello alla tutela della salute, gli incontri in spazio neutro tra il padre ed i figli devono avvenire con modalità che, pur assicurando il costante contatto, non mettano a rischio la salute psico-fisica dei minori, quali, ad esempio, videochiamate (skype ovvero whatsapp), attivate dall'operatore dei Servizi Sociali, il quale assicurerà la propria presenza per l'intera durata della conversazione*”.

Anche il provvedimento appena citato affronta la questione delle interferenze tra le misure emergenziali di contrasto al Coronavirus ed il cosiddetto “diritto di visita” del genitore separato o divorziato ai figli minori con riferimento, però, ad una fattispecie parzialmente diversa da quella sulla quale più volte la giurisprudenza di merito è stata chiamata a pronunciarsi pervenendo a conclusioni non univoche. Nel caso *de quo*, infatti, nel corso di un giudizio di separazione personale era stato disposto l'affidamento esclusivo dei figli minori alla madre, prevedendosi che il padre

¹⁶ Trib. Vasto, decr. 2.4.2020, in quotidianogiuridico.it/documents/2020/04/22/covid-19-la-salute-pubblica-prevale-sul-diritto-di-visita-del-minore

¹⁷ Trib. Bolzano, 3.4.2020, in osservatoriofamiglia.it/contenuti/17508892/la-tutela-della-salute-prevale-su-ogni-altro-interesse-anche.html

¹⁸ Trib. Terni, 30.3.2020, in quotidianogiuridico.it/documents/2020/04/16/covid-19-gli-incontri-padre-figli-in-spazio-neutro-avvengono-via-skype-alla-presenza-di-un-operatore

potesse vederli in spazio neutro, secondo il calendario redatto dai responsabili del Servizio Sociale del Comune.

Come noto, nell'ambito delle frequentazioni in regime di affidamento esclusivo, possono essere previsti, infatti, i cosiddetti "incontri protetti" all'interno di spazi neutri: si tratta di una modalità che prevede la presenza del genitore, del minore e dell'operatore Socio-Sanitario presso un'apposita struttura (c.d. spazio neutro), unico luogo dove il genitore può vedere i figli, con l'ausilio dei responsabili dei Servizi Sociali. Nel caso oggetto dell'attenzione del tribunale umbro, i responsabili del Servizio Sociale avevano dato atto dell'impossibilità, a causa dell'emergenza sanitaria, di attivare gli incontri in spazio neutro. Conseguentemente, il Tribunale era stato adito su istanza del padre, che lamentava l'interruzione delle frequentazioni tra il genitore ed i figli.

Nel suo decreto il Tribunale ha rilevato che le misure restrittive della circolazione delle persone, con la previsione di misure di distanziamento sociale, impongono di bilanciare l'interesse primario dei figli minori e del genitore a veder garantito il pieno diritto alla bigenitorialità, con l'interesse alla tutela della salute pubblica individuale e collettiva.

Poiché gli incontri in spazio neutro prevedono la necessaria presenza di operatori e devono svolgersi in strutture pubbliche, esposte all'accesso di numerosi utenti, sarebbe aumentato considerevolmente il rischio di contagio per i minori e per i genitori e, pertanto, all'esito di un bilanciamento degli interessi di pari rango costituzionale coinvolti nella fattispecie, il Tribunale ha disposto, *inaudita altera parte*, l'attivazione di modalità di frequentazione che, pur assicurando il costante contatto, non mettesse a rischio la salute psico-fisica dei minori.

Pochi giorni dopo, invece, il Tribunale di Busto Arsizio¹⁹, adito da un padre separato che si doleva della sospensione degli incontri con i figli, sostituiti da videochiamate secondo quanto indicato dai Servizi Sociali, stabiliva che il diritto di visita di genitori separati e divorziati non aveva subito limitazioni a seguito della normativa emergenziale, in quanto certamente rientrante nelle "situazioni di necessità" che legittimano lo spostamento sul territorio.

L'opzione ermeneutica era specularmente opposta all'impostazione recepita, alcuni giorni prima, dal Tribunale di Bari. Nel caso di specie, sosteneva il tribunale, la sospensione degli incontri diretti è una questione che non discende da una valutazione delle competenze genitoriali, ma da un'interpretazione della normativa emergenziale vigente da parte del Servizio Tutela Minori: l'interruzione dei rapporti padre/figli non può discendere da valutazioni di opportunità, ma solo da preclusioni normative.

Il Tribunale di Busto Arsizio si è, quindi, dimostrato favorevole ad una interpretazione ampia delle disposizioni normative che consentono, in via eccezionale, gli spostamenti durante l'epidemia, così da ricomprendervi anche quelli che si rendono

¹⁹ Trib. Busto Arsizio, decr. 3.4.2020 in quotidianogiuridico.it/documents/2020/04/10/coronavirus-al-padre-possano-bastare-le-videochiamate

necessari per ottemperare agli obblighi di visita dei figli disposti dal Giudice. Anche il Tribunale per i minorenni di Roma ha argomentato che la visita debba essere consentita per “*l’inviolabile diritto del minore alla bigenitorialità*” rinvenendo espressamente il fondamento della liceità dello sposamento nell’essenziale apporto all’equilibrio psico-fisico del minore correlato alla presenza di entrambi i genitori. La visita costituisce misura attuativa del suo diritto alla bigenitorialità, diritto che “*assume rilievo nell’ordinamento costituzionale interno e nell’ordinamento internazionale.*”

Anche il Tribunale di Roma²⁰ ha disposto la persistenza delle condizioni di affidato già previste ritenendo che, nel caso in esame, la frequentazione tra il padre e i figli minori non esponesse gli stessi ad alcun rischio ulteriore che non fosse quello normalmente connesso alla situazione generale emergenziale già in atto, così ordinando alla resistente di porre fine al comportamento ostruzionistico che impediva al ricorrente di vedere i propri figli.

Da ultimo, anche il tribunale di Pescara²¹ ha ritenuto di non dover modificare le decisioni in merito alle modalità di affidato e di visita del minore, in considerazione della circostanza per cui la prolungata sospensione dei rapporti può compromettere la legittima aspirazione del minore di mantenere un rapporto stabile con entrambi e genitori. Il tribunale mostra, altresì, di prendere in considerazione la modalità alternativa di ricorso a strumenti tecnologici, così come predisposta da diversi altri provvedimenti giurisdizionali, escludendola, però, in considerazione della tenera età del minore per la quale la relazione non si sarebbe potuta mantenere in maniera virtuale. La sentenza, interrogandosi anche su modalità alternative, mostra di valorizzare, in concreto, il diritto alla bigenitorialità.

Il 3 aprile, il Tribunale di Treviso²² aveva affermato che i pericoli di diffusione del contagio legati al solo spostamento dei bambini fra le abitazioni dei genitori fossero talmente contenuti “*da dover cedere di fronte alla necessità di evitare strumentalizzazioni della situazione e di garantire il carattere di normalità alle relazioni familiari*”. Tenuto conto di tale aspetto ha affermato che, nonostante l’emergenza sanitaria, “*deve ritenersi prevalente per il benessere del minore il diritto degli stessi, prima ancora che dei genitori, di incontrare le loro figure di riferimento*”.

Degna di nota è anche la disamina del Tribunale di Torre Annunziata che il 6 aprile²³ statuiva che “*Il generico riferimento all’emergenza sanitaria non può comprimere il diritto del figlio alla bigenitorialità*” e che l’antinomia tra il diritto alla bigenitorialità e alla salute del minore va risolta nel senso che una compressione del diritto

²⁰ Trib. Roma, decr. 7.4.2020, in associazioneforenseeinilioconte.it/coronavirus-garantito-il-pieno-diritto-alla-bigenitorialita-purche-vengano-adottate-le-cautele-e-rispettate-le-misure-di-igiene-previste-dalla-vigente-normativa-tribunale-civile-di-roma-sel

²¹ Trib. Pescara, 22.5.2020, in papaseparatiliguria.it/genitori-figli-via-libera-alle-visite-cambiando-regione/

²² Trib. Treviso, 3.4.2020, in studiofronzonidemattia.it/coronavirus-tribunale-treviso-dice-no-alla-sospensione-del-diritto-visita-del-figlio/

²³ Trib. Torre Annunziata, 6.4.2020, in osservatoriofamiglia.it/contenuti/17508926/il-generico-riferimento-alle-emergenza-sanitaria-non-puo-compr.html

del minore a godere della bigenitorialità è lecita solo in presenza di oggettive e specifiche ragioni di tutela della salute proprie del caso concreto.

Parzialmente diversa dalle ipotesi sin qui prese in considerazione, eloquente della varietà delle situazioni e della complessità del tema, è una pronuncia del tribunale di Cagliari che affronta la posizione di un padre medico ospedaliero e della sua possibilità di far visita ai figli. Su istanza dell'ex moglie, al padre è stato sospeso il diritto di visita dei figli minori con un provvedimento valido sino alla fine delle norme anti contagio. L'attività lavorativa svolta è stata ritenuta tale da esporlo a situazioni di elevato rischio di contagio con la necessità di evitare potenziali situazioni di rischio per la salute dei minori e di tutti soggetti coinvolti nella vicenda. L'ordinanza è stata, tra l'altro, confermata anche dopo che il genitore aveva ribadito che il reparto nel quale lavorava non risultava essere in prima linea nell'emergenza.

Dalla breve panoramica e analisi delle pronunce *de quo*, numerose considerato il breve intervallo temporale, emerge in tutta la sua attualità la necessità, ma anche la difficoltà, di un contemperamento tra il diritto alla salute, costituzionalmente garantito dall'art. 32, e il principio di genitorialità congiunta di cui all'art. 30 della Costituzione e all'articolo 337 ter c.c., diritti non solo potenzialmente, ma anche concretamente, confliggenti durante l'emergenza epidemiologica.

In questo quadro l'individuazione del *best interest of the child* non appare dall'esito scontato.

Invero, in considerazione dei vari arresti giurisprudenziali tra loro contrastanti, e sollecitata da più parti, la Presidenza del Consiglio dei Ministri nel mese di marzo aveva diramato una "FAQ" nella quale rispondeva che "*gli spostamenti per raggiungere i figli minorenni presso l'altro genitore o comunque presso l'affidatario, oppure per condurli presso di sé, sono consentiti, in ogni caso secondo le modalità previste dal giudice con i provvedimenti di separazione o divorzio*".

Inoltre, anche in considerazione delle situazioni nelle quali mancasse un provvedimento del giudice - si pensi ad una separazione di fatto tra coniugi, ovvero alla cessazione della convivenza tra due *partner*, ad una coppia di coniugi in attesa di separazione - e al fine di evitare un'irragionevole discriminazione tra i figli minori di età, ovvero tra i loro genitori, a seconda dell'esistenza o meno di un provvedimento giudiziale relativo all'affidamento, su sollecitazione anche dell'Unione delle Camere minorili²⁴, in data 1° aprile 2020, è intervenuto un aggiornamento delle FAQ. È stato chiarito che "*gli spostamenti per raggiungere i figli minorenni presso l'altro geni-*

²⁴ A causa dell'incertezza derivante dal quadro normativo - caratterizzato dalla convulsa successione di provvedimenti e dalla sovrapposizione di fonti normative di vario livello - è stata formulata una richiesta di chiarimenti dall'Unione delle Camere Minorili (comunicato del 30.3.2020, "*Emergenza Covid-19 e responsabilità genitoriale*"). Sulla premessa che "*si è in presenza di diritti fondamentali, il diritto alle relazioni familiari e il diritto alla salute, riconosciuti dalla Carta Costituzionale e dalla C che hanno pari rango, ma vanno bilanciati ponendo al centro di tale equilibrio il migliore interesse delle persone minori di età*", è stato chiesto al Governo un chiarimento in merito alla legittimità degli spostamenti per le visite ai figli e per i ricongiungimenti con la propria famiglia, anche da un comune all'altro o da una regione all'altra, ovviamente con le cautele del caso per ridurre il rischio di diffusione del contagio, e fatti salvi gli obblighi di quarantena.

tore o comunque presso l'affidatario, oppure per condurli presso di sé, sono consentiti anche da un Comune all'altro. Tali spostamenti dovranno in ogni caso avvenire scegliendo il tragitto più breve e nel rispetto di tutte le prescrizioni di tipo sanitario (persone in quarantena, positive, immunodepresse etc.), nonché secondo le modalità previste dal giudice con i provvedimenti di separazione o divorzio o, in assenza di tali provvedimenti, secondo quanto concordato tra i genitori”.

Tralasciando la prima riflessione, ossia *quid iuris* nel caso di situazione di fatto – ad es. una separazione di fatto- in cui la cui conflittualità tra i coniugi è tale da non essere giunti ad un accordo, dinanzi a tali precisazioni, ad oggi, apparirebbe chiaro che di per sé, i divieti di spostamento non incidono direttamente sulla regolamentazione dei tempi di permanenza del figlio presso ciascuno dei genitori.

4. Chiarita la liceità dello spostamento finalizzato alla frequentazione genitore-figlio, il problema, dunque, si sposta sul tema delle possibili limitazioni, e della loro ampiezza, connesse alla specifica situazione di pandemia con riferimento al concreto atteggiarsi del diritto del minore.

I divieti di spostamento, dunque, se possono, a determinate condizioni, costituire una giustificazione per il mancato esercizio del diritto di visita²⁵, non possono essere utilizzati da un genitore per impedire all'altro di vedere i figli. Altro discorso è, invece, quello del genitore che volesse impedire il rispetto dei tempi di frequentazione in ragione di - pretestuose o obiettive - ragioni connesse al covid-19: genitori particolarmente esposti al rischio di contagio in ragione della loro attività professionale oppure per ragioni sanitarie particolari o perché conviventi con soggetti appartenenti a categorie maggiormente vulnerabili.

Ed è proprio per questo motivo che il problema si sposta sul piano, tutto giurisprudenziale, del bilanciamento dei diritti. Non è un caso che, a partire dagli incontri tra genitore non convivente e prole minorenni, la giurisprudenza, non tenendo in gran conto le risposte alle “domande frequenti” sul sito del Governo²⁶, non solo ha continuato a negare la legittimità di spostamenti fuori dal comune di residenza ma anche degli incontri “in presenza” che, in diversi casi, sono stati dal giudice sospesi e sostituiti con modalità di socialità “da remoto”.

Tale impostazione è stata seguita in situazioni diverse tra loro, che vanno dall'incontro tra minore e genitore non convivente da svolgersi con modalità protette, all'incontro con entrambi i genitori decaduti dalla responsabilità genitoriale, delle figlie ricoverate in comunità al, più consueto, incontro con il padre non convivente,

²⁵ A tal fine è interessante notare che il tribunale di Agrigento (decreto 29.3.2020), ha ritenuto che la causa relativa alla richiesta di risarcimento del danno presentata dall'ex moglie verso l'ex marito che non rispettava le prescrizioni relative al diritto/dovere di visita dei figli dovesse essere rinviata ritenendo che la richiesta di ammonimento e di condanna al risarcimento del danno non rivestisse quel carattere di urgenza necessario ai fini della trattazione durante il periodo emergenziale.

²⁶ Il tribunale di Bari (decreto 26.3.2020) ha rimarcato l'irrelevanza della risposta alle FAQ –nella parte in cui consente di ricondurre il diritto di visita alle situazioni di necessità di cui al d.p.c.m. 8.03.2020- poiché mero indirizzo interpretativo non inquadrabile nella fonte normativa.

in conseguenza della collocazione prevalente della prole presso la madre. Ed infatti, quando si tratta di decidere se lo spostamento finisca per pregiudicare o meno la salute dei minori e dell'altro genitore, la parola spetta ai tribunali. E non potrebbe essere altrimenti. Ma è proprio qui che le decisioni sono destinate a diversificarsi a seconda della filosofia abbracciata.

Analizzando nel dettaglio l'operazione di bilanciamento tra i due diritti, appare opportuno, preliminarmente, soffermarsi su come negli ultimi anni il diritto alla bigenitorialità abbia conosciuto una grande rivalutazione, di pari passo con una sempre crescente importanza attribuita al ruolo e alla tutela del minore. I minori, infatti, hanno acquisito un'inedita centralità nel discorso giuridico multilivello, ponendosi come soggetti autonomi e distinti rispetto alle famiglie d'origine e ai genitori. Convenzioni internazionali e carte dei diritti sovranazionali e nazionali riconoscono oggi diritti precipuamente modellati sui bambini, volti a garantire loro tutela a prescindere dalla protezione accordata alle loro famiglie e talora esplicitamente contro le famiglie stesse. Parallelamente una folta giurisprudenza basata sul *best interest of the child* si è diffusa in ogni giurisdizione dell'area della *Western Legal Tradition*²⁷.

È in questa cornice che si iscrive il diritto alla bigenitorialità, che, almeno nelle formulazioni generali che attualmente conosce, può ritenersi un diritto di nuova generazione. Centrale in questa ricostruzione è la Convenzione di *New York* sui diritti del fanciullo del 1989 che all'art. 9, comma 3 stabilisce che “*Gli Stati parte rispettano il diritto del fanciullo separato da entrambi i genitori o da uno di essi, di intrattenere regolarmente rapporti personali e contatti diretti con entrambi i suoi genitori, a meno che ciò non sia contrario all'interesse preminente del fanciullo*”.

In realtà, già in base all'art 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) intitolato al rispetto della vita privata e familiare era garantito il diritto del minore di conservare le sue relazioni familiari con entrambi i genitori. Il 7° Protocollo addizionale della Convenzione, firmato nel 1984, all'art. 5, prevede che: “*I coniugi godono dell'uguaglianza di diritti e di responsabilità di carattere civile tra di essi e nelle loro relazioni con i loro figli, durante il matrimonio e in caso di suo scioglimento. Il presente articolo non impedisce agli Stati di adottare le misure necessarie nell'interesse dei figli*”. E la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, all'art. 24 sancisce espressamente il diritto di ogni bambino “*di intrattenere relazioni personali e contatti diretti con i due genitori salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse*”.

In ambito nazionale, a garantire la continuità del rapporto parentale già imposta dall'art 30²⁸, è intervenuta la già citata legge 54/2006 che ha “introdotto” il princi-

²⁷ Come rilevato da MARELLA in *Dal diritto alla bigenitorialità al ddl Cirinnà: un'incursione nelle strutture profonde del diritto di famiglia*, pubblicato in euronome.it/foi/?p=6982

²⁸ BALLARANI e SIRENA in *Il diritto dei figli di crescere in famiglia e di mantenere rapporti con i parenti nel quadro del superiore interesse del minore*, in *Leggi civ. comm.*, n. 3, 2013, definiscono l'art. 30 come la “*Grundnorm dell'intero istituto della potestà genitoriale*”.

pio di bigenitorialità. L'esigenza che ha dato impulso decisivo alla vicenda legislativa è costituita dal ruolo da riconoscere ad entrambi i genitori nella relazione assistenziale ed educativa con i figli in dipendenza della crisi familiare. La legge prevede, infatti, che *“Anche in caso di separazione personale dei genitori [e casi ad essa equiparati dalla legge stessa] il figlio minore ha il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno di essi, di ricevere cura, educazione e istruzione da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale”* (art. 155 c.c. come riformato dalla legge 54/2006 – successivamente abrogato). In particolare tale legge, proprio alla luce del diritto alla bigenitorialità, ha riscritto la disciplina dell'affidamento dei figli minori nei procedimenti di separazione, di divorzio, nei casi di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio, nonché nei procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati.

La novità della riforma è stata avvertita soprattutto nel rapporto tra le due forme di affidamento: mentre il testo dell'art. 155 c.c. (nella versione pre-2006) disponeva che *“il giudice che pronunzia la separazione dichiara a quale dei coniugi i figli sono affidati”*, sancendo il ricorso all'affidamento esclusivo quale modello generale), il testo vigente attribuisce al giudice il potere di valutare *“prioritariamente la possibilità che i figli minori restino affidati a entrambi i genitori”, considerando recessiva la scelta di stabilire a quale di essi i figli sono affidati*. Ciò in coerenza anche con l'art. 337-*quater* c.c. che prescrive che *“il giudice può disporre l'affidamento a uno solo dei genitori qualora ritenga con provvedimento motivato che l'affidamento all'altro sia contrario all'interesse del minore”*²⁹.

²⁹ È corrente l'opinione secondo la quale l'affidamento condiviso possa essere derogato solo in presenza di circostanze tipizzate dalla giurisprudenza quali: a) gravi situazioni di rischio per l'incolumità o il benessere del minore (per tutte, Cass., 22.9.2016, n. 18559, in *Mass. Giur. it.*, 2016, *“in tema di affidamento dei figli, la valutazione dell'interesse del minore non deve limitarsi al desiderio del bambino di mantenere la bigenitorialità, ma va intesa in funzione del soddisfacimento delle sue oggettive, fondamentali e imprescindibili esigenze di cura, mantenimento, educazione, istruzione, assistenza morale e di sana ed equilibrata crescita psicologica, morale e materiale. Id., Pertanto, in caso di grave conflittualità tra i genitori, certificata dalla commissione dei reati di maltrattamenti commessi da uno a danno dell'altro, cui ha assistito il figlio, destinati a riflettersi su sentimenti ed equilibri affettivi, personali e familiari, l'affidamento condiviso può non corrispondere all'interesse del minore”*); b) situazioni di manifesto disinteresse o incapacità del genitore (così Cass., 17.1.2017, n. 977, in *Mass. Giur. it.*, 2017, *“la regola dell'affidamento condiviso dei figli è derogabile solo ove la sua applicazione risulti “pregiudizievole per l'interesse del minore”, il che si verifica nell'ipotesi in cui il genitore non collocatario si sia reso totalmente inadempiente al diritto di visita perché “residente all'estero, essendo tale comportamento indicativo dell'inidoneità ad affrontare quelle maggiori responsabilità che l'affido condiviso comporta anche a carico del genitore con il quale il figlio non coabita stabilmente”*); c) rifiuto persistente del minore a frequentare il genitore (ma Cass., 28.9.2017, n. 22744 dove si sottolinea che *“Nel giudizio di separazione personale dei coniugi, indipendentemente dall'attendibilità scientifica della diagnosi di PAS che il consulente tecnico afferma essere esercitata da un genitore nei confronti dell'altro, il Giudice deve preferire modalità di affidamento e collocamento dei figli minori idonee alla conservazione, e se necessario al ripristino, di relazioni fisiologiche della prole con entrambi i genitori, non trascurando che tra i requisiti di idoneità genitoriale rileva anche la capacità di preservare la continuità delle relazioni parentali con l'altro genitore, a tutela del diritto del figlio alla bigenitorialità ed alla crescita equilibrata e serena”*).

L'interesse del minore³⁰ diventa la stella polare dell'ordinamento, che deve guidare il giudice nell'adozione di qualsiasi provvedimento sulla prole: siffatto interesse non solo impone la scelta tra le due forme di affidamento, ma incide anche nella loro concreta regolamentazione, la quale è comunque lasciata alla più ampia discrezionalità del giudice³¹. Si opera con ciò un ribaltamento di prospettiva nella considerazione del rapporto tra genitori e figli, ora non più disciplinato a partire dai doveri e dai poteri dei genitori nei confronti del minore, ma piuttosto in ragione del diritto del minore di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori e di ricevere cura, educazione e istruzione da entrambi, anche nelle ipotesi di elevata conflittualità tra i genitori, e anche dopo la disgregazione del nucleo familiare.

La legge n. 219/2012 rubricata “*Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali*”, cancellando la distinzione fra figli naturali e figli legittimi, ha completato il quadro in cui il diritto alla bigenitorialità si iscrive, integrandolo. La legge, infatti, ha adeguato l'impianto codicistico alla ormai da tempo radicata consapevolezza sociale della piena equiparazione dei figli a prescindere da se nati in costanza di matrimonio o al di fuori di esso, dando piena e definitiva attuazione al disposto di cui al comma 1 dell'art 30 Cost, attraverso l'affermazione della unicità dello stato di figlio³². Spostando il *focus* della disciplina giuridica della famiglia dal matrimonio all'interesse del minore, la riforma ha segnato un cambiamento epocale ridisegnando la filiazione biologica ascrivendo nuovi diritti ai figli³³. Di converso la responsabilità genitoriale (“potestà genitoriale” prima della riforma) deve essere esercitata congiuntamente anche quando i genitori non convivono e non sono coniugati (art. 316 c.c., 4° co.).

In una specifica proiezione di tutela dell'interesse “morale e materiale” del minore si colloca anche il cammino compiuto per il riconoscimento del diritto all'ascolto del minore durante i processi i cui esiti sono destinati ad incidere sulla vita del minore stesso –*recte* a produrre effetti nella sua sfera sostanziale. Il primo passo in questa direzione può farsi risalire all'art. 5 della Convenzione europea dell'Aja del 28 maggio 1970 relativa al rimpatrio dei minori per giungere a riconoscere, con la Convenzione europea di Strasburgo sull'esercizio dei diritti del fanciullo in ambito processuale del 25 gennaio 1996, l'ascolto come “*un vero e proprio diritto processuale, cui corrisponde un obbligo per il giudice*”.

³⁰ Sul concetto di interesse del minore, cfr., *ex pluribus*, PERLINGIERI, *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Tendenze e metodi della civilistica italiana*, Napoli, 1979; DOGLIOTTI, *Che cos'è l'interesse del minore?*, Nota a Trib. Min. Torino 26.2.1992, in *Dir. famiglia*, 1992; STANZIONE, *Lo statuto del minore (commento al disegno di legge 12 gennaio 1994 n.1792)*, in *Famiglia e dir.*, 1994; RUSCELLO, *La potestà dei genitori. Rapporti personali (artt. 315-319)*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1996; QUADRI, *L'interesse del minore nel sistema della legge civile*, in *Fam e dir.*, 1999.

³¹ MAZZAMUTO, *Mediazione familiare e diritto del minore alla bigenitorialità*, Torino, 2019.

³² Sul punto FERRANDO, *La legge sulla filiazione. Profili sostanziali*, in *juscivile.it*, 2, 2013 e ROSSI CARLEO, *Affidamento condiviso: bilanci e prospettive*, in *www.comparazioneidiritto civile.it*, 2, 2013.

³³ CARBONE, *Riforma della famiglia: considerazioni introduttive*, in *Fam. dir.*, 2013

Anche in Italia, già nei primi anni 70, tale diritto ha timidamente cominciato ad affermarsi, in ipotesi circoscritte. L'art. 155 *sexies* c.c. introdotto dalla legge n. 54 del 2006 delinea il "diritto" del minore all'ascolto nei procedimenti di separazione dei coniugi; successivamente l'art. 315*bis* c.c. 3° comma, introdotto dalla legge n. 219/2012, attribuisce al figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici, e anche di età inferiore ove capace di discernimento, "*il diritto di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano*". Anche la valorizzazione dell'ascolto del minore testimonia il nuovo corso intrapreso dal diritto di famiglia coerentemente con il quadro giuridico europeo.

Come può intuirsi anche da questi brevi cenni, i diritti dei figli, che nella riforma del diritto di famiglia del 1975 acquisivano una nuova fisionomia, segnando il superamento del modello patriarcale fondato sulla patria potestà, si sono progressivamente tradotti in uno strumento penetrante di valutazione e controllo dello stile di vita dei genitori nonché ad assumere una rilevanza del tutto nuova nel nostro ordinamento. Anche il diritto di famiglia italiano trova oggi il suo fulcro nei diritti del figlio, attorno a cui si struttura ora il rapporto coi genitori – e persino fra i genitori medesimi.

In ultima analisi, il motore della disciplina delle relazioni familiari appare oggi l'esistenza di un figlio e il suo *coté* normativo, il *best interest of the child*, nelle varie declinazioni che ne offrono legislazione e giurisprudenza. Non è un caso che negli Stati Uniti, fra i primi sistemi a riconoscere le famiglie LGBT(QIA), ciò sia appunto avvenuto sulla base proprio della garanzia del *best interest of the child*, e dunque a partire da una diffusa applicazione della *stepchild adoption* in favore delle coppie dello stesso sesso³⁴ (con una ormai storica decisione, la Corte Suprema del Massachusetts nel 2003 aprì il matrimonio alle coppie *same sex* in nome del benessere dei bambini che vivono in famiglie omoparentali).

Anche nella realtà italiana, un esempio di come il *best interest of the child* sia divenuto principio che deve orientare sia il legislatore sia il giudice, è fornito dalla disciplina dell'adozione in casi particolari (art. 44 l. 184/1983 come sostituito dalla l. 149/2001). Proprio in suo nome la Corte di Cassazione ha riconosciuto la legittimità dell'adozione del minore da parte di coppie dello stesso sesso strette in un'unione civile e di coppie conviventi di fatto, elevando il preminente interesse del minore a criterio guida della soluzione del caso concreto³⁵. La Corte ha affermato che un'interpretazione restrittiva in materia ostacolerebbe il perseguimento del suddetto interesse, non consentendo la stabilizzazione e il riconoscimento giuridico di quei legami affettivi, che, invece, per il minore costituiscono punti di riferimento.

³⁴ Come messo in luce da MARELLA, *op. cit.*

³⁵ Cass., 3.6.2016, n. 12692, in edizionicafoscari.unive.it/media/pdf/article/ricerche-giuridiche/2016/2/art-10.14277-2281-6100-RG-5-2-16-10.pdf, con cui la Suprema Corte, respingendo il ricorso del Procuratore generale, ha confermato la sentenza della Corte di Appello di Roma – sez. minorenni, con la quale era stata accolta la domanda di adozione di una minore, proposta dalla *partner* della madre biologica, convivente con lei in modo stabile.

La giurisprudenza di legittimità è pervenuta ad un significato ancora più ampio della disposizione in forza di un'interpretazione evolutiva che appare condivisa anche dalla Corte costituzionale³⁶, che la considera applicabile pure a quelle coppie conviventi che abbiano fatto ricorso a tecniche quali la maternità surrogata. La rilevanza dell'interesse del minore sembra essere, inoltre, a fondamento di quella giurisprudenza di legittimità, per la quale non sarebbe contrario all'ordine pubblico il riconoscimento in Italia dell'atto di nascita formato all'estero che riconosca il rapporto genitoriale con due donne, l'una madre genetica, l'altra madre biologica par-toriente³⁷.

Appare allora chiaro che la bigenitorialità, strumento di tutela e attuazione del principio di superiore interesse del minore, prima ancora di individuare il contenuto di un diritto umano, rappresenta un parametro a partire dal quale il sistema giuridico deve orientare l'interpretazione delle norme; è un canone che domina l'intera disciplina della famiglia e della procreazione.

La specificazione della superiorità del principio è, dunque, la spia di un ordine gerarchico messo in rilievo qualora questo sia confrontato con interessi di soggetti diversi (genitori, terzi, stato)³⁸: nell'esigenza di bilanciamento tra posizioni giuridiche differenti, ed *in primis* con riferimento a quelle connesse alle relazioni intra familiari, l'ordinamento accorda preventivamente posizione preminente all'interesse del minore. Anche alla luce di tali considerazioni, dalle quali emerge che l'interesse del minore è da considerarsi come chiave di volta dell'intera architettura normativa, appare chiaro che la portata del diritto alla bigenitorialità fa sì che una sua compressione è possibile solo quando realmente giustificata³⁹.

³⁶ C. Cost., 18.12.2017, n. 272, in giurcost.org/decisioni/2017/0272s-17.html

³⁷ Cass., 30.9.2016, n. 19599, in *Corriere giur.*, 2017, con nota di FERRANDO; il medesimo principio è stato ribadito, anche in assenza di rapporto genetico con il minore, da Cass., 15.6.2017, n. 14878, in *Foro it.*, I, 2017, con nota di CASABURI.

³⁸ Cfr. BALLARANI, *La capacità autodeterminativa del minore nelle situazioni esistenziali*, Milano, 2008.

³⁹ Tra l'altro va ricordato che più volte l'Italia è stata condannata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo per non aver rispettato i diritti fondamentali dei genitori separati e sollecitata a riconoscere il diritto alla bigenitorialità. Madre e padre, con pari dignità e identiche opportunità, devono poter esercitare il loro diritto/dovere alla responsabilità genitoriale. La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Corte EDU) di Strasburgo chiama le autorità nazionali ad adottare tutte le misure che è ragionevolmente possibile attendersi per mantenere i legami tra il genitore e i suoi figli (Corte EDU, 17.11.2015, n. 35532/12, Bondavalli c. Italia; Corte EDU, 23.2.2017, n. 63197/12, D'Alconzo c. Italia), nel presupposto che "per un genitore e suo figlio, stare insieme costituisce un elemento fondamentale della vita familiare (*Kutzner c. Germania*, n. 46544/99, § 58, CEDU 2002) e che delle misure interne che lo impediscano costituiscono una ingerenza nel diritto protetto dall'art. 8 della Convenzione (*K. e T. c. Finlandia (GC)*, n. 25702/94, § 151, CEDU 2001 VII)". Con l'ulteriore precisazione che in un quadro di osservanza e rispetto della frequentazione tra genitore e figlio, gli obblighi positivi da adottarsi dalle autorità degli Stati nazionali, per garantire effettività della vita privata o familiare nei termini di cui all'art. 8 della CEDU, non si limitano al controllo che il bambino possa incontrare il proprio genitore o avere contatti con lui, ma includono l'insieme delle misure preparatorie che, non automatiche e stereotipate, permettono di raggiungere questo risultato, nella preliminare esigenza che le misure deputate a riavvicinare il genitore al figlio rispondano a rapida attuazione, perché il trascorrere del

A parere di chi scrive, quindi, nell'operazione di bilanciamento, è necessario effettuare a monte un distinguo tra diritto alla salute nella sua dimensione individuale o collettiva.

Nei provvedimenti citati, l'argomento posto a motivazione consiste, per lo più, nella prevalenza dell'interesse della prole minorenni alla salute su quello a una, per quanto possibile nella crisi, compiuta attuazione della bigenitorialità. Ciò, anche in considerazione della presumibile breve durata delle limitazioni emergenziali.

L'argomentazione, invero, non è del tutto condivisibile. Prima di tutto, si può banalmente osservare che la salute non è solo "fisica", ma anche "psico-fisica", e quindi anche la bigenitorialità correttamente mantenuta rientra nel diritto alla salute del minore. La definizione di salute messa a punto dall'Organizzazione mondiale della sanità nel 1948 quale "*stato di completo benessere fisico, mentale e sociale e non mera assenza di malattia*" comporta l'esigenza di misurare la salute non solo in termini di frequenza di malattia. Pertanto, essendo la salute anche psico-fisica, vi rientra anche la bigenitorialità. In secondo luogo, per non incorrere in una palese violazione dell'art. 3 Cost., il mero e generico riferimento alla emergenza sanitaria non può comprimere il diritto del figlio a godere di congrua frequentazione di entrambi i genitori.

La salute del minore può essere messa a repentaglio nel caso di coabitazione con due genitori impiegati in servizi essenziali, esposti al contagio, piuttosto che nel caso di genitore separato che si trova lontano da situazioni di potenziale contagio, ad esempio, perché in *smart working* e utilizzatore di mezzi di trasporto privato. Permanere con il genitore non convivente presso l'abitazione dello stesso, quando sia assicurato il trasporto in sicurezza, è a un livello di rischiosità individuale e collettiva inferiore rispetto a quella cui si è esposti per far fronte ad altri adempimenti (quali l'approvvigionamento di generi di prima necessità). Pertanto, negare di per sé il diritto di visita in nome di un prevalente diritto alla salute individuale del minore, porterebbe, oltre che a una sola apparente e pretestuosa giustificazione di tutela della salute del minore, anche ad una palese violazione del diritto di uguaglianza ex art. 3 Cost., venendo il genitore discriminato solo perché non stabilmente convivente con il minore stesso.

Ancora, sebbene alcune decisioni, come adempio quella del tribunale di Bari sopra citata, *prima facie* pongano il fondamentale concetto di 'superiore interesse del minore' al centro delle motivazioni, in realtà esse tendono a scongiurare il potenziale pericolo per coloro che il minore ritroverà al rientro presso l'abitazione del genitore collocatario. A ben vedere, infatti, esaminandola attentamente, l'ordinanza del giudice barese si esprime nel senso che "*non è verificabile, nel corso del rientro del minore presso il genitore collocatario, se il minore sia stato esposto a rischio sanitario, con conseguente pericolo per coloro che ritroverà al rientro presso l'abitazione del genitore collocatario*". In tale ottica il diritto che sembra farsi prevalere, pertanto, non è tanto

tempo può avere delle conseguenze irrimediabili sulle relazioni tra il fanciullo e quello dei genitori che non vive con lui (Corte EDU 29.1.2013, n. 25704/11, Lombardo c. Italia).

il diritto alla salute individuale del minore, quanto, piuttosto, quello della salute del genitore collocatario. Così argomentando, sembra che gli incontri con il genitore non convivente pongano a rischio la salute del genitore e dei parenti del ramo genitoriale con cui il figlio convive, piuttosto che la salute del figlio stesso, e quindi che sia il loro diritto alla salute a prevalere sulla bigenitorialità. E questa affermazione a me pare quantomeno dubbia.

Quello che non si ravvisa in tutte le motivazioni, e che, viceversa, a mio parere è probabilmente l'argomento determinante nel bilanciamento, è che il diritto del minore alla bigenitorialità deve cedere di fronte alla tutela non della salute del minore stesso, né dei suoi genitori o dei parenti, bensì della salute pubblica ed in buona sostanza della pubblica incolumità.

Infatti è l'interesse generale al contenimento della pandemia, che potrebbe, in alcuni casi, giustificare il momentaneo e parziale sacrificio del diritto del minore alla bigenitorialità, e, di conseguenza, la sospensione delle frequentazioni con modalità "in presenza", tra genitore non convivente e figlio minore. A prevalere, in ipotesi a parere di chi scrive residuali, rispetto alla bigenitorialità, può essere il diritto alla salute intesa nel senso di salute collettiva quando, per l'attività lavorativa espletata dal soggetto coinvolto, per le modalità dell'attuazione del diritto di visita (necessità di usufruire di diversi mezzi di trasporto pubblico per raggiungere l'altra abitazione), per le condizioni concrete del caso di specie (si pensi a una notevole distanza chilometrica tra i Comuni), per la provenienza da contesti abitativi esposti in misura rilevante al pericolo di contagio (perché per esempio zone ove sono in atto gravi focolai epidemici), l'esercizio del diritto di visita possa essere di per sé causa ad alta probabilità di diffusione del contagio.

Si ritiene, quindi, preferibile un orientamento giurisprudenziale che giustifichi la compressione del diritto del minore a godere della bigenitorialità solo in presenza di oggettive e specifiche ragioni di tutela della salute proprie del caso concreto. In tal senso di maggior pregio la già citata pronuncia del Tribunale di Terni che si pone in una posizione, per così dire, "mediana". Infatti, gli incontri in spazio neutro, previsti nel caso di specie, necessitando di operatori e dovendo svolgersi in strutture pubbliche, esposte all'accesso di numerosi utenti, aumentano considerevolmente il rischio di contagio. Solo e proprio per questo le modalità dell'esercizio del diritto vengono individuate nelle video chiamate alla presenza di un operatore del Servizio.

Certamente apprezzabile è la logica del "bilanciamento" degli interessi che permea la decisione in esame. Non è un caso che la legge di conversione del d.l. n. 18 del 2020 abbia mutuato tale sensibilità giurisprudenziale. Il testo del nuovo comma 7bis prevede infatti che *"Salvo che il giudice disponga diversamente, per il periodo compreso tra il 16 aprile e il 31 maggio 2020, gli incontri tra genitori e figli in spazio neutro, ovvero alla presenza di operatori del Servizio Socio Assistenziale (S.S.A.), disposti con provvedimento giudiziale, sono sostituiti con collegamenti da remoto che permettano la comunicazione audio e video tra il genitore, i figli e l'operatore specializzato, secondo le modalità che saranno individuate dal responsabile del Servizio Socio*

assistenziale, e comunicate al giudice procedente. Nel caso in cui non sia possibile assicurare il collegamento da remoto gli incontri sono sospesi.”

Nonostante l'apprezzabile bilanciamento effettuato dal tribunale di Terni, che – si ripete – si è pronunciato prima del recente intervento legislativo, si può osservare però che la soluzione concretamente adottata potrebbe non apparire del tutto soddisfacente: l'esercizio del “diritto di visita” attraverso le videochiamate si pone, indubbiamente, come un “minus” rispetto alle modalità ordinarie. In alternativa si sarebbe, ad esempio, potuto pensare a visite dal vivo organizzate, in condizioni di sicurezza, in spazi privati o, comunque, diversi da quelli delle strutture pubbliche messe a disposizione dal Servizio Sociale, ad esempio all'aria aperta, o in altri spazi pubblici che garantissero il distanziamento sociale, anche per gli operatori, o con una presenza solo telematica degli operatori stessi in luogo di quella virtuale del genitore.

Al tempo stesso, qualora le difficoltà organizzative, la carenza di infrastrutture, le modalità operative non avessero consentito una prevenzione adeguata dal rischio di diffusione del contagio, chiaramente il diritto alla bigenitorialità sarebbe stato costretto a soccombere.

Ad analoghe conclusioni si sarebbe dovuto pervenire in relazione alla presenza di minori presso le comunità, parimenti interessate da rischio di contagio elevato. Anche in queste situazioni, in assenza assoluta di modalità alternative idonee, appare, infatti, preminente la tutela dell'interesse collettivo alla minimizzazione del rischio di contagio nelle strutture di accoglienza, che spesso ospitano un certo numero di minori, rispetto alla compressione del diritto del figlio e del genitore alla frequentazione.

Proprio in quest'ottica, a mio parere, si sarebbero dovute analizzare e risolvere le complesse situazioni di tal genere (coinvolgenti ad esempio operatori sanitari e strutture assiduamente frequentate), su cui il “distanziamento sociale” di cui anche alla c.d. Fase 2, sarebbe andato ad incidere.

Su tale quadro, e su tali considerazioni, ha inciso la legge di conversione del 24 aprile che ha dettato una disciplina di ordine generale, in via di deroga al regime ordinario disposto dal giudice della separazione circa lo svolgimento degli incontri genitori-figli in forma protetta. La norma stabilisce che nell'arco temporale dell'emergenza, positivamente definito, gli incontri tra genitori e figli da tenersi in c.d. “spazio neutro”, devono essere svolti avvalendosi di collegamenti da remoto.

Il bilanciamento fra i due diritti presenta, infatti, ulteriori profili di complessità nei casi in cui la frequentazione sia sottoposta a particolari cautele attraverso un regime di incontri che prevedono il coinvolgimento di personale anche di Servizi socio-sanitari. I profili di complessità sono correlati, *in primis*, alla disponibilità di risorse in capo ai Servizi territoriali, chiamati a confrontarsi con una situazione emergenziale che impone l'uso attento dei mezzi posseduti. Non trascurabile, inoltre, nell'attuale contesto la necessità di sanificazione delle strutture con elevata frequentazione di utenti, con costi e impegno di mezzi e personale.

La soluzione adottata dal legislatore appare invero particolarmente rigida e contraddittoria specialmente perché destinata ad essere attuata in una fase, la Fase 2 caratterizzata, al contrario, da una generale attenuazione nella misure di contrasto. Per di più la scelta adottata appare rigida non solo nel configurare come unica possibilità l'incontro da remoto, sicuramente un *minus* rispetto agli incontri in presenza, ma anche nello stabilire che, nel caso in cui non sia possibile assicurare il collegamento da remoto, gli incontri sono sospesi. Per non sottacere, poi, dell'ampia discrezionalità attribuita al Responsabile del S.S.A., tenuto ad individuare le modalità di svolgimento, la frequenza, la durata degli incontri in forma protetta tra genitori e figli e, soprattutto, l'idoneità del collegamento, avendo anche la possibilità di sospenderli del tutto.

La formula di chiusura della norma, che prevede la sospensione dell'esercizio del diritto di visita, sia pure con le limitazioni già previste dal regime in "spazio neutro", deve essere, pertanto, interpretata in senso restrittivo, poiché incide in maniera consistente sull'esercizio della responsabilità genitoriale. La sospensione del diritto di visita rappresenta una *extrema ratio* in quanto pregiudizievole per l'interesse prevalente del minore: deve trattarsi, in concreto, di una impossibilità assoluta, connessa ad esempio ad una situazione di indisponibilità di sistemi di collegamento idonei per i partecipanti ovvero di insuperabile difficoltà di carattere logistico.

Per non ledere il principio di bigenitorialità dovrebbe prevedersi nel caso concreto – e qui torna il necessario giudizio di bilanciamento del giudice – qualora vi sia indisponibilità personale di sistemi di collegamento da remoto, che la partecipazione possa in via alternativa realizzarsi previa presentazione dell'interessato presso la più vicina struttura pubblica che abbia in dotazione strumenti idonei ad assicurare tale collegamento⁴⁰. In tali ipotesi, infatti, il supporto necessario al collegamenti in remoto – ossia con videochiamata – tra i soggetti interessati almeno garantisce l'attenuazione dei negativi effetti derivanti dalla sospensione degli incontri nel rispetto del superiore interesse del minore.

Il contemperamento degli interessi ad opera del giudice è reso manifesto dalla previsione per cui è fatta salva "*diversa disposizione da parte del giudice*" che può disporre, ovviamente *ex post*, dietro sollecitazione da parte del genitore, un diverso ed alternativo regime degli incontri ed adottare forme di garanzia del suo diritto al mantenimento dei rapporti con i figli.

In definitiva può affermarsi che, se con riguardo alle limitazioni di movimento previste dai primi d.p.c.m., il governo, che si è espresso in tal senso nelle sue linee interpretative, sembrava propendere per un approccio caratterizzato dalla prevalenza del diritto di bigenitorialità, con riferimento agli incontri in spazio neutro disciplinati dalla legge di conversione sembra aver attuato un cambiamento di rotta, asse-

⁴⁰ E ciò anche per evitare i rischi di discriminazione, in violazione del principio di eguaglianza sostanziale, tra i genitori provvisti e sprovvisti di tali strumenti: la *digital divide*, ossia il divario digitale tra chi ha accesso (adeguato) a *internet* e chi non ce l'ha, conseguente spesso alla diversità di capacità economiche, rischia di creare (e di fatto crea) disparità nella fruizione di strumenti tecnologici.

gnando una netta prevalenza al diritto alla salute, che le norme sul distanziamento sociale mirano a tutelare, anche a scapito del diritto dei figli e del genitore.

E questo a conferma della complessità del tema e della circostanza per la quale la soccombenza del diritto alla bigenitorialità è riconosciuta (proprio e) solo quando è in gioco, nel bilanciamento, il diritto alla salute pubblica. Anche dopo la nuova norma, la parola spetta ancora una volta ai giudici chiamati a valutare i singoli casi concreti.

5. Pur esulando in parte dall'oggetto della presente trattazione, merita un cenno l'impatto che anche la normativa che regola la fase 2 determinerà sul concreto atteggiarsi del diritto alla bigenitorialità.

Per quanto riguarda il diritto di visita va precisato, a fini di esaustività della trattazione, che, per effetto della interpretazione autentica data dalle FAQ del Governo pubblicate in data 8 maggio 2020, il limite generale degli spostamenti per l'esercizio del diritto di visita in ambito regionale è venuto meno, essendo consentito *“anche in ambito extraregionale di raggiungere i figli minorenni presso l'altro genitore o comunque presso l'affidatario, oppure per condurli presso di sé”*.

In tal modo, tra l'altro, anche quando il giudice dell'emergenza non avesse previsto in dispositivo un espresso termine di efficacia, in virtù dell'espresso richiamo ai provvedimenti governativi, la sospensione o le eventuali limitazioni territoriali od orarie del regime delle visite⁴¹ devono conformarsi a queste e vengono meno, senza la necessità di un nuovo provvedimento giudiziale, attesa la automatica riespansione dell'originario regime, salva la compatibilità con le nuove e più blande prescrizioni legate alla Fase 2.

Aldilà delle problematiche legate al diritto di visita, che integra ma non esaurisce il diritto alla bigenitorialità, il d.p.c.m. 26.4.2020, che disciplina la fase di graduale allentamento delle misure restrittive, pone ulteriori problemi e ricadute applicative sui genitori separati: nel consentire la ripresa delle attività produttive e di alcune attività commerciali e la possibilità di svolgere le attività professionali, ha infatti confermato la sospensione di tutte le attività didattiche, dai servizi educativi per l'infanzia fino alle Università ed ai corsi post laurea, e, per un primo periodo, la chiusura di palestre, centri sportivi, culturali e sociali.

Ciò pone alle famiglie, specialmente se disgregate, il difficile problema di come riorganizzare la gestione dei figli nell'orario che li vede impegnati al lavoro.

La bigenitorialità, intesa come diritto anche del minore, non è solo mera attuazione del diritto di visita per il tempo fissato da un provvedimento giudiziale, ma è collaborazione con l'altro genitore nella gestione di necessità educative, soprattutto se straordinarie come quelle oggi richieste. Se dunque nella prima fase i genitori non conviventi hanno fatto ricorso al Tribunale per chiedere l'attuazione dei provvedimenti giudiziali che prevedevano la loro frequentazione con i figli, v'è da supporre

⁴¹ App. Bari, 15.4.2020, che ha limitato ad un solo giorno il diritto di visita *“per il periodo emergenziale”*.

che dal 4 maggio in poi i genitori conviventi che debbono riprendere l'attività lavorativa e che non dispongono di persone cui affidare i figli, faranno a loro volta ricorso al Tribunale chiedendo la modifica del piano genitoriale vigente prevedendosi una collaborazione attiva del genitore non convivente.

Il genitore potrà chiedere la modifica della vigente disciplina di frequentazione genitori/figli in modo che vi sia una più equa distribuzione dei compiti di cura, accudimento ed istruzione per il tempo in cui l'emergenza sanitaria comporti la sospensione del servizio scolastico. Ciò non significa necessariamente tempi paritetici di accudimento, ma adattamento della cura dei figli alle esigenze lavorative di entrambi i genitori⁴².

6. In conclusione, pur nelle situazioni di emergenza quale ad es. il coronavirus, non è in discussione il diritto dei figli di trascorrere del tempo con entrambi i genitori anche se separati così come non lo deve essere il principio della bigenitorialità, che racchiude in sé la ragione fondante dell'impianto legislativo in materia di diritto di famiglia e, per altro verso, vincola l'interprete al suo rispetto.

A *fortiori* in un contesto straordinario, preme sottolineare che il primo sforzo deve essere compiuto dai genitori per esercitare il proprio ruolo⁴³ in maniera condivisa individuando le più opportune soluzioni di tutela dei figli. Questo eventualmente anche attraverso un coinvolgimento degli stessi: i minori hanno infatti il diritto di essere informati, di formarsi una propria opinione e di esprimerla liberamente, tenuta in considerazione anche la loro età e la loro capacità di discernimento. A tale proposito anche il Giudice Tutelare presso il Tribunale di Benevento in questi giorni ha affermato: *“anche nella situazione emergenziale attuale non possono essere la legge, le ordinanze del Presidente della Regione o i provvedimenti della Autorità giudiziaria a proteggere la salute dei bambini, ma il comportamento dei genitori”*⁴⁴. Ciò detto, laddove il contrasto tra i genitori sia sottoposto all'attenzione dell'autorità giurisdizionale, si impone un'attenta valutazione della fattispecie concreta che tenga conto in maniera rigorosa della sussistenza di un pericolo di pregiudizio, tale da determinare un'esigenza di tutela rafforzata della prole.

⁴² Cfr. [filodiritto.com/la-fase-2-e-la-bigenitorialita-attiva?utm_source=newsletter-apr&utm_medium=email&utm_campaign=Newsletter](https://www.filodiritto.com/la-fase-2-e-la-bigenitorialita-attiva?utm_source=newsletter-apr&utm_medium=email&utm_campaign=Newsletter)

⁴³ Dalla lettura di testimonianze di mediatori familiari, si apprende che le soluzioni adottate per preservare i minori sono differenti: alcuni genitori scelgono di accorpare più giorni di permanenza presso ciascun genitore per evitare eccessivi spostamenti, altri sospendono la frequentazione anche perché presso la casa dell'uno o dell'altro vivono persone anziane debilitate la cui salute potrebbe essere messa a rischio, altri ancora privilegiano la creazione di importanti e rassicuranti rituali che possano andare a scandire la nuova routine quotidiana anche attraverso piattaforme informatiche. In questo senso, ad esempio, anche il tribunale di Lecce (ord. 9.4.2020), che ha ripristinato le frequentazioni prevedendo una permanenza di più giorni consecutivi presso il padre, in modo da ridurre i rischi di contagio dovuti agli spostamenti.

⁴⁴ Trib. Benevento, 22.3.2020

Come in ogni altro caso che coinvolge diritti di tale portata, non si può attribuire priorità assoluta all'uno dei beni giuridici in gioco con sacrificio dell'altro⁴⁵; si tratta, piuttosto, di individuare delle modalità operative attraverso le quali entrambi gli interessi siano almeno in parte efficacemente salvaguardati.

L'impossibilità di determinare una "gerarchia" tra diritti parimenti fondamentali appare di drammatica evidenza con riferimento ad un contesto emergenziale come quello pandemico nel quale l'esito del bilanciamento può incidere in maniera evidente anche sui soggetti non direttamente coinvolti. È proprio per questo che, a mio parere, considerato che nel caso da me analizzato le decisioni coinvolgono i minori quali parte debole, meritoria di maggiore tutela, deve assegnarsi una priorità al diritto alla salute ma intesa nel suo risvolto collettivo e soprattutto ciò non in linea astratta, ma prevalendo solo in presenza di concrete ed oggettive situazioni che possano esporre il minore a effettivo rischio di contagio ovvero aumentare considerevolmente il rischio di diffusione dell'epidemia.

⁴⁵ Sul punto C. Cost., 9.5.2013, n. 85, in giurcost.org/decisioni/2013/0085s-13.html: "Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in un rapporto di integrazione reciproca e non è possibile individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri".

Esdebitazione e regole di comportamento*

di Francesco Rende**

Abstract. The paper analyses the norms on over-indebtedness (d.lgs. n. 14/2019), focusing on the means provided for the debtor to fully free himself from debts.

In the new regulation, the achievement of the complete discharge of debts is strongly influenced by the behaviour of the debtor and the creditors both at the time of occurrence of the mandatory relationship and in the debts management process. One of the most relevant news is the reduction in the creditor's rights who has negligently caused over-indebtedness of the debtor.

With regard to the consumer's over-indebtedness, it should be noted that the creditor protection in this case does not correspond to a rigid and predetermined model, but on the contrary it depends on the overall balance of the interests at stake to be carried out time by time in respect of the peculiarities of the specific case.

SOMMARIO: 1. Le situazioni di crisi e di sovraindebitamento nel d.lgs. n. 14 del 2019. – 2. L'esdebitazione nel Codice della crisi. – 3. Esdebitazione e regole di comportamento: a) la condotta del debitore. – 4. Segue: b) il comportamento del creditore. – 5. Segue: le conseguenze della c.d. "sanzione processuale". – 6. Regole di comportamento e responsabilità patrimoniale del consumatore.

1. Con l'emanazione del c.d. "Codice della crisi"¹ le situazioni di crisi e di insolvenza²

* Il presente scritto costituisce il testo rielaborato della relazione svolta al Convegno su *"Il sovraindebitamento dopo il codice della crisi e dell'insolvenza"* (Messina, 18 ottobre 2019), promosso dai prof.ri Giovanni D'Amico, Angelo Federico e Marcello Parrinello.

** Professore Associato di Diritto Privato Università degli Studi di Messina.

¹ Si tratta del d. lg. 12 gennaio 2019, n. 14, Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (C.C.I.) in attuazione della l. 19 ottobre 2017, n. 155.

² Le situazioni di crisi e d'insolvenza sono specificatamente definite dall'art. 2, comma 1, rispettivamente lett. a) e b). La prima situazione è correlata ad uno "stato di difficoltà economico-finanziaria"; la seconda all'incapacità del debitore di "far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate". L'espressione "sovraindebitamento" designa, invece, unitariamente le situazioni "di crisi o di insolvenza del consumatore, del professionista, dell'imprenditore minore, dell'imprenditore agricolo, delle start-up innovative di cui al decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, e di ogni altro debitore non assoggettabile alla liquidazione giudiziale ovvero a liquidazione coatta amministrativa o ad altre procedure liquidatorie previste dal codice civile o da leggi speciali per il caso di crisi o insolvenza". La dottrina ha, peraltro, segnalato come la nozione di "sovraindebitamento" assuma all'interno della Codice della crisi un significato diverso da quello desumibile dalla l. n. 3/2012. Nella disciplina del 2012, il sovraindebitamento presupponeva quantomeno la "rilevante difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni" (cfr. art. 6, comma 2, lett. a), l. n. 3/2012). Nel codice della crisi, invece, è sufficiente l'apparire dei segni della "crisi", ossia, come già accennato, l'evidenziarsi di un mero stato di difficoltà che renda probabile la successiva insolvenza. Ne consegue, secondo l'opinione in esame, la possibilità per il debitore di far ricorso alla disciplina del sovraindebitamento prima che la sua esposizione passiva si sia smisuratamente aggravata. Così, PELLECCIA, *La definizione di sovraindebitamento nel codice*

del consumatore³, del professionista e dell'imprenditore⁴ trovano regolamentazione in un'unica⁵ fonte normativa⁶ all'interno della quale, seguendo la prospettiva c.d. della "concorsualità differenziata", la disciplina viene articolata in ragione della tipologia di debitore⁷.

Gli strumenti di regolazione della crisi indicati dal Titolo IV del Codice sono: gli accordi⁸, le procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento (articolate in Ristrutturazione dei debiti del consumatore⁹ – Sezione II – e Concordato

della crisi d'impresa e dell'insolvenza: cosa resta e cosa cambia, in *Leggi civ. comm.*, 2019, p. 1134 ss. Per taluni autori, tuttavia, la nuova nozione di sovraindebitamento non è priva di inconvenienti: l'anticipazione temporale della soglia del sovraindebitamento comporta l'assoggettabilità del piccolo imprenditore a liquidazione controllata in assenza del presupposto dell'insolvenza (cfr., art. 268), necessario, invece, ai sensi dell'art. 121, Codice della crisi, per assoggettare gli imprenditori commerciali "non piccoli" alla liquidazione giudiziale. In tal senso, LAMANNA, *Il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (III)*, Milano, 2019, p. 32 ss.

³ La definizione di consumatore è quella che si legge nel Codice del consumo, ma il d.lgs. n. 14/2019 precisa che alla qualità di consumatore non osta la posizione di socio di una delle società appartenenti ad uno dei tipi regolati nei capi III, IV e VI del titolo V del libro quinto del codice civile, purché la situazione di sovraindebitamento non concerna i debiti sociali (cfr., art. 2, lett. e). Come richiesto dall'art. 9, comma 1, lett. a) della legge delega n. 155/2017, il legislatore delegato ha preso espressamente posizione rispetto al contrasto giurisprudenziale sorto attorno all'interpretazione della l. n. 3/2012. Ed, invero, secondo un indirizzo interpretativo l'accesso alla procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento sarebbe precluso ai soci illimitatamente responsabili per i quali il fallimento interviene in estensione automatica di quello sociale (cfr., T. Milano, 18.8.2016, in *Ilfallimentarista.it*, 12 ottobre 2016). In senso opposto si è, tuttavia, rilevato che "il socio illimitatamente responsabile non è imprenditore, in sede di estensione del fallimento della società non viene valutata la sua insolvenza e non vi è ragione per sostenere che egli, per ottenere l'esdebitazione, sia tenuto ad attendere la dichiarazione di fallimento della società" (cfr., da ultimo, T. Rimini, 22.3.2018, n.189, in *IlSocietario.it*, 9 aprile 2018. Nello stesso senso: T. Prato, 16.11.2016, in *IlSocietario.it*, 19 gennaio 2017).

⁴ Ancor più specificamente, ai sensi dell'art. 1, d.lgs. n. 14/2019, il Codice della crisi "disciplina le situazioni di crisi o insolvenza del debitore, sia esso consumatore o professionista, ovvero imprenditore che eserciti, anche non a fini di lucro, un'attività commerciale, 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 pubblici".

⁵ In dottrina si è evidenziata l'intenzione del legislatore di "superare lo stato alluvionale e frammentario della precedente disciplina". In tal senso, GIORGETTI, *Disposizioni generali*, in ID., (a cura di), *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Commento al Decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14*, Pisa, 2019, p. 3.

⁶ Ai sensi dell'art. 1, comma 2, "sono fatte salve le disposizioni delle leggi speciali in materia di: a) amministrazione straordinaria delle grandi imprese. Se la crisi o l'insolvenza di dette imprese non sono disciplinate in via esclusiva, restano applicabili anche le procedure ordinarie regolate dal presente codice; b) liquidazione coatta amministrativa ai sensi dell'articolo 293". Il comma 3 della medesima disposizione aggiunge, poi, che "sono fatte salve le disposizioni delle leggi speciali in materia di crisi di impresa delle società pubbliche".

⁷ Cfr., FAUCEGLIA, *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2019, p. XI.

⁸ Gli accordi vengono a loro volta distinti a seconda che necessitino (Sezione II) o meno (Sezione I) di omologazione.

⁹ Il piano di ristrutturazione è riservato ai debitori qualificabili come consumatori ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. e), Codice della crisi. In relazione alla l. n. 3/2012 la Corte di Cassazione ha affermato

minore¹⁰ – Sezione III –) e il concordato preventivo. Il Titolo V del Codice si occupa, invece, delle procedure c.d. liquidatorie¹¹.

l'ammissibilità di un piano del consumatore presentato da chi abbia svolto o continui a svolgere attività professionale o imprenditoriale a condizione, però, che il piano si riferisca unicamente ad obbligazioni contratte per "scopi di consumo" e che non vi siano debiti insoddisfatti originati dalle predette attività (cfr., Cass., 1.2.2016, n. 1869, in *Fallimento*, 2016, p. 661 ss. con nota di PASQUARIELLO, *La Cassazione delinea il profilo del consumatore sovraindebitato*. Su tale pronuncia v., anche, le note critiche di SABATELLI, *La Cassazione precisa la nozione di «consumatore» ai fini dell'accesso al procedimento riservato di composizione delle crisi da sovraindebitamento*, in *Dir. fall.*, 2016, p. 1257 ss.). Il codice della crisi non chiarisce se possa accedere al piano di ristrutturazione anche il debitore, persona fisica, che ha prestato garanzia a favore di terzi per favorire un'attività imprenditoriale a lui non riconducibile. In relazione alla l. n. 3/2012, parte della giurisprudenza è orientata nel senso che "la qualità del debitore principale attrae quella del fideiussore" con conseguente esclusione del garante dal piano del consumatore (cfr., T. Bergamo, 12.12.2014, in *www.ilcaso.it.*; in senso conforme: T. Foggia, 23.7.2015, in *www.dejure.it.*; T. Treviso, 21.12.2016, in *www.unijuris.it.*). In senso contrario si è, tuttavia, espressa la Corte di Cassazione secondo cui ai sensi della l. n. 3 del 27 gennaio 2012, "è consumatore solo quel debitore che, persona fisica, risulti aver contratto obbligazioni per far fronte ad esigenze personali o familiari o della più ampia sfera attinente agli impegni derivanti dalla estrinsecazione della propria personalità sociale e, dunque, anche a favore di terzi, ma senza riflessi diretti in una attività di impresa o professionale propria" (cfr., Cass., 1.2.2016, n. 1869, in *Foro it.*, 2016, I, p. 1804 con nota di G. CARMELLINO; cfr., altresì, T. Rovigo, 13.12.2016, in *Ifallimentarista.it.*, 21 febbraio 2017, con nota di ZANICHELLI, *Requisiti soggettivi e oggettivi del piano del consumatore*; T. Reggio Emilia, 19.11.2016, in *www.ilcaso.it.*). Su piano generale, peraltro, la Corte di Giustizia ha affermato l'applicabilità della disciplina delle clausole vessatorie a un contratto di garanzia immobiliare o di fideiussione stipulato tra una persona fisica e un ente creditizio al fine di garantire le obbligazioni che una società commerciale ha contratto nei confronti di detto ente in base a un contratto di credito, quando tale persona fisica ha agito per scopi che esulano dalla sua attività professionale e non ha alcun collegamento di natura funzionale con la suddetta società (cfr., C. Giust. UE, ord. 19.11.2015, *Banca borsa*, 2017, p. 281 ss. con nota di M.C. DOLMETTA, *Sul fideiussore consumatore: linee dell'evoluzione giurisprudenziale*).

¹⁰ L'art. 74, Codice della crisi, distingue due ipotesi di concordato minore. Il primo comma contempla la proposta di concordato con prosecuzione dell'attività imprenditoriale o professionale. Tale strumento è riservato a tutti i debitori sovraindebitati ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. c), Codice della crisi, con espressa esclusione dei consumatori. Analoga esclusione non è, tuttavia, prevista nel secondo comma che si occupa del c.d. "concordato liquidatorio" (ammesso soltanto se preveda l'apporto di risorse esterne che aumentino in misura apprezzabile la soddisfazione dei creditori). In ragione di tale omissione taluni autori ritengono che la fattispecie di cui all'art. 74, comma 2, Codice della crisi, sia accessibile anche al consumatore. In tal senso, SALERNO, *L'esdebitazione del consumatore tra meritevolezza e responsabilità del finanziatore*, in *Fallimento*, 2019, p. 1384.

¹¹ Si tratta della liquidazione controllata che, secondo il disposto dell'art. 268, Codice della crisi, è riservata al debitore in stato di sovraindebitamento (su tale nozione v., *supra*, nt. 2) e della liquidazione giudiziale, prevista dall'art. 121, Codice della crisi, concernente, invece, l'imprenditore commerciale non qualificabile come minore ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. d).

Si tratta di figure assai eterogenee, originariamente contenute – benché parzialmente¹² – in due distinte fonti normative¹³. L'attuale unificazione – avverte la dottrina – segnala «la volontà del legislatore di ricondurre le singole procedure previste per le “crisi da sovraindebitamento” nel quadro di “principi” più ampi, che evidentemente si assume esse condividano con le “corrispondenti” (o analoghe) procedure “maggiori” (...) riservate all'imprenditore commerciale (non piccolo)»¹⁴.

L'affermazione trova riscontro nella previsione di “principi generali”, enucleati all'interno di “norme manifesto”¹⁵ disposte in apertura del Codice (art. 33 ss.) e valevoli per tutti i succitati strumenti di cui al Titolo IV ed ancora nel tentativo di introdurre un percorso unitario per l'avvio di tutte le procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza¹⁶.

Naturalmente l'opera di riunificazione non poteva non tener conto delle specificità di ciascuno strumento di regolazione della crisi e, pertanto, già la legge di delega n. 155/2017 dava mandato al governo di disciplinare «distintamente i *diversi esiti* possibili, con riguardo all'apertura di procedure di regolazione concordata o coattiva, conservativa o liquidatoria, tenendo conto delle relative peculiarità soggettive e oggettive»¹⁷.

¹² L'emanazione del Codice della crisi ha fornito l'occasione non soltanto per ridisegnare la disciplina di taluni istituti (talvolta anche modificandone il *nomen*, come nel caso della liquidazione giudiziale che ha sostituito il fallimento) ma anche per consentire l'inserimento di nuovi strumenti di gestione della crisi e dell'insolvenza. Si è, inoltre, provveduto al coordinamento con altre disposizioni del codice civile (in materia societaria o in materia di diritto del lavoro), del Codice dei contratti pubblici, del codice penale e di procedura penale, del d.lg. 20 giugno 2005, n. 122 in materia di disposizioni in favore degli acquirenti degli immobili da costruire. Per tale rilievo v., FAUCEGLIA, *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*, cit., p. XI.

¹³ Precedentemente al Codice della crisi, invero, al complesso sistema normativo contenuto nella l. fallimentare n. 267/1942, si contrapponeva la l. n. 3/2012 contemplante la regolamentazione delle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento del consumatore, del professionista e dell'imprenditore non assoggettabile a fallimento.

¹⁴ Cfr., D'AMICO, *Il sovraindebitamento nel codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Contr.*, 2019, p. 318 ss. L'A. ritiene, perciò, opportuno «privilegiare le soluzioni che favoriscano l'integrazione della disciplina del sovraindebitamento nell'ambito dei principi del Codice, piuttosto che la sua autonomia da essi».

¹⁵ Cfr., FAUCEGLIA, *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*, cit., p. 11.

¹⁶ Cfr., art. 26 ss. del Codice della crisi. In dottrina si è, tuttavia, rilevato come un siffatto tentativo non abbia sortito gli esiti sperati dal legislatore delegante. Emergono, viene rilevato, «profili processuali insuscettibili di essere ridotti “ad unità”, per restare connaturati a tratti strutturali assai peculiari» e si aggiunge che le norme improntate ad una sostanziale uniformità sono quelle dettate «in tema di criteri determinativi della giurisdizione e della competenza, in relazione alla struttura di base del procedimento giudiziario per l'accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza, ai mezzi di impugnazione avverso la sentenza di accoglimento delle istanze di regolazione della crisi e alle misure cautelari e protettive nell'ambito di queste» (così, FAUCEGLIA, *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*, cit., p. 16).

¹⁷ Cfr., art. 2, comma 1, lett. e), l. n. 155/2017, Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza.

Così, soltanto talune delle procedure contemplate dal Codice della crisi, possono condurre al beneficio dell'esdebitazione¹⁸; tale fattispecie¹⁹ presenta, peraltro, presupposti differenziati²⁰.

2. Il codice della crisi dedica all'esdebitazione il capo X del Titolo V, collocandola, perciò, all'interno della disciplina delle procedure c.d. "liquidatorie". L'art. 278, C.C.I., ammette, infatti, la liberazione del debitore²¹ con conseguente inesigibilità²² dei crediti rimasti insoddisfatti²³ unicamente "nell'ambito di una procedura concor-

¹⁸ In dottrina si discute intorno alle finalità proprie dell'esdebitazione. Accanto a chi pone l'accento sull'obiettivo di risanamento dei mercati e di tutela dei rapporti economici (CAMARDI, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, Torino, 2017, p. 72 ss.; D'AMICO, *Responsabilità patrimoniale e procedure concorsuali nella "società del debito": oltre la tutela (esclusiva) del creditore*, in *Questioni giustizia*, f. 2/2019, p. 171 ss.; CONTU, *Povertà ed esclusione nella "società del debito"*, in *Contratto e impresa*, 2019, p. 1535 ss.) vi è chi vi rinvia "un importante strumento di protezione sociale" (cfr., ROJAS ELGUETA, *L'esdebitazione del debitore civile: una rilettura del rapporto civil law-common law*, in *Banca, borsa*, 2012, p. 310 ss.; ID., *Profili sistematici dell'esdebitazione: dalla limitazione di responsabilità dell'imprenditore alla protezione sociale del consumatore*, in *Riv. dir. priv.*, 2014, spec., p. 276 ss.). Altri, ancora, evidenziano come la finalità premiale dell'esdebitazione trovi la propria giustificazione «nell'interesse dell'economia consistente nel possibile esplicarsi della "personalità" del debitore nel settore dell'attività produttiva». Sul punto v., pure, PELLECCIA, *Dall'insolvenza al sovraindebitamento. Interesse del debitore alla liberazione e ristrutturazione dei debiti*, Torino, 2012, p. 224 ss.; ID., *Il sovraindebitamento del consumatore: esperienze legislative a confronto*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2012, p. 427 ss.

¹⁹ Avuto riguardo alla teorica dell'efficacia giuridica elaborata da FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. Dir.*, vol. XIV, Milano, 1965, p. 432 ss., la dottrina ha evidenziato come "l'esdebitazione andrebbe configurata come un fatto ad efficacia "dichiarativa", più specificamente riconducibile alla (sottospecie) dell'affievolimento delle situazioni giuridiche" (in tal senso, D'AMICO, *Esdebitazione e concorso dei creditori nella disciplina del sovraindebitamento*, in ID. (a cura di), *Sovraindebitamento e rapporto obbligatorio*, Torino, 2018, spec., p. 47, nt. 86).

²⁰ Come rilevato in dottrina, se il presupposto comune a tutte le ipotesi appena richiamate è costituito dal sovraindebitamento, l'esdebitazione è, in primo luogo, condizionata dal positivo espletamento di un procedimento che mira a soddisfare almeno in parte i creditori. Fa eccezione, naturalmente, l'art. 283 che contempla la liberazione del debitore incapiente. Sul punto v., PAGLIANTINI, *L'esdebitazione tra normativa vigente e codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d.lgs. n. 14/19)*, in *Leggi civ. comm.*, 2019, p. 688, secondo il quale il sovraindebitamento non produce di per sé una vicenda modificativa delle obbligazioni ma è, piuttosto, "fattispecie costitutiva di un diritto del debitore ad avviare una procedura di composizione della crisi. Sarà, poi, questa, nella misura in cui ricorrano gli specifici presupposti comandati dalla legge, a produrre l'effetto esdebitatorio".

²¹ L'art. 278, comma 7, precisa, peraltro, che "restano esclusi dall'esdebitazione: a) gli obblighi di mantenimento e alimentari; b) i debiti per il risarcimento dei danni da fatto illecito extracontrattuale, nonché le sanzioni penali e amministrative di carattere pecuniario che non siano accessorie a debiti estinti". Per quanto concerne, poi, i creditori per fatto o causa anteriori che non hanno partecipato al concorso, l'esdebitazione, secondo il disposto dell'art. 278, comma 2, "opera per la sola parte eccedente la percentuale attribuita nel concorso ai creditori di pari grado".

²² Sul punto v. D'AMICO, *Il sovraindebitamento nel codice della crisi e dell'insolvenza*, cit., p. 329 ss. e, in relazione alla l. n. 3/2012, ID., *Esdebitazione e concorso dei creditori nella disciplina del sovraindebitamento*, cit., spec., p. 41 ss.

²³ Non è chiaro se possa aversi esdebitazione anche nell'ipotesi in cui i creditori siano rimasti totalmente insoddisfatti. Come è noto, l'art. 142, comma 2, l. fallimentare dispone che in una siffatta ipotesi

suale che prevede la liquidazione dei beni”²⁴; si tratta, in particolare, delle ipotesi di liquidazione giudiziale (riservata agli imprenditori commerciali non qualificabili come “minori”²⁴) e di liquidazione controllata²⁵ prevista per le c.d. “insolvenze minori”²⁶.

Anche se esdebitazione e liquidazione sembrano legate da un nesso inscindibile, è opportuno ricordare che un’eccezione *testuale* è prevista dall’art. 283 C.C.I. laddove contempla una sanatoria per il debitore c.d. incapiente, ovvero per quella “persona fisica meritevole, che non sia in grado di offrire ai creditori alcuna utilità, diretta o indiretta, nemmeno in prospettiva futura”²⁷.

A ciò si aggiunga che tanto il piano di ristrutturazione dei debiti del consumatore quanto il concordato minore possono prevedere un soddisfacimento parziale dei crediti²⁸; si ritiene, perciò, che, dopo l’omologa, la parte eccedente “*evapori*, siccome definitivamente sottratta al potere di azione dei creditori”²⁹. Pur nel silenzio del

l’esdebitazione non possa essere concessa, mentre il Codice della crisi nulla prevede in proposito. Taluni autori rilevano come il soddisfacimento parziale debba ritenersi ancora condizione per l’esdebitazione conseguente alle procedure liquidatorie. In caso contrario non si spiegherebbe la previsione di cui all’art. 283 concernente l’esdebitazione dell’incapiente. In tal senso, VATTERMOLI, *L’esdebitazione tra presente e futuro*, in *Riv. dir. comm. e obbligazioni*, 2018, p. 485; NARDECCHIA, *La riforma della legge fallimentare. Prima lettura del codice della crisi e dell’insolvenza*, Bari, 2019, p. 292. In senso opposto, FAUCEGLIA, *Il nuovo diritto della crisi e dell’insolvenza*, cit., p. 199; LAMANNA, *Il nuovo Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza (III)*, Milano, 2019, p. 71. Sul punto v., anche BENINCASA, *L’esdebitazione*, in BONFANTE (a cura di), *Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza*, in *Giur. it.*, 2019, p. 2038.

²⁴ Cfr., art. 2, comma 1, lett. d) del Codice della crisi. In tal caso l’esdebitazione presuppone la pronuncia del decreto di chiusura della procedura o la presentazione di specifica domanda decorsi tre anni dall’apertura della procedura (cfr., art. 281, Codice della crisi). La dottrina ha evidenziato l’incertezza in ordine alle modalità operative della c.d. “esdebitazione anticipata” (rispetto alla chiusura della liquidazione). Non è chiaro, invero, se si tratti di una mera “prenotazione” del beneficio o se, effettivamente, si verifichi un’anticipazione dell’effetto liberatorio. Sul punto v., BENINCASA, *L’esdebitazione*, cit., p. 1943 ss.

²⁵ Cfr., sez. I della Parte I, titolo V, capo X, del Codice della crisi. Deve, peraltro, rilevarsi come già la legge delega n. 155/ 2017 dedicatesse espressamente all’esdebitazione l’art. 8 il quale circoscriveva l’esdebitazione alle sole procedure liquidatorie.

²⁶ Ai sensi dell’art. 268 la liquidazione controllata dei beni può essere chiesta dal debitore in stato di sovraindebitamento, ossia dal consumatore, dal professionista, dall’imprenditore minore e dalle altre categorie di debitori individuate dall’art. 2, comma 1, lett. c) del Codice della crisi. L’esdebitazione, in questa ipotesi, opera di diritto a seguito del provvedimento di chiusura o decorso il termine triennale dall’apertura della procedura (cfr., art. 282, Codice della crisi). Come chiarito dalla Relazione illustrativa al Codice della crisi, l’esdebitazione di diritto “non richiede la pronuncia di un apposito provvedimento del giudice, conseguente alla chiusura della procedura di liquidazione giudiziale, salva la possibilità di eventuale opposizione da parte dei creditori i quali contestino la sussistenza delle prescritte condizioni, che il giudice sarà chiamato in tal caso a verificare”.

²⁷ In conformità con quanto previsto dall’art. 9, comma 1, lett. c), l’art. 283 del Codice della crisi, riserva a tale debitore l’accesso all’esdebitazione “solo per una volta, fatto salvo l’obbligo di pagamento del debito entro quattro anni dal decreto del giudice laddove sopravvengano utilità rilevanti che consentano il soddisfacimento dei creditori in misura non inferiore al dieci per cento”.

²⁸ Cfr., rispettivamente, artt. 67 e 74, comma 2, Codice della crisi.

²⁹ Così, MODICA, *Effetti esdebitativi (nella nuova disciplina del sovraindebitamento) e favor creditoris*, in *Contr.*, 2019, p. 472. D’altra parte, anche la Relazione illustrativa (spec., p. 9, ss.) configura l’esdebitazione quale

Codice³⁰, dunque, la liberazione dai debiti segue come “effetto implicito”³¹ al positivo ricorso ai summenzionati strumenti³² di regolazione della crisi³³.

Appare, peraltro, opportuno evidenziare che gli artt. 69 e 77 del Codice della crisi escludono l’accesso alle citate procedure, allorché il richiedente sia già stato esdebitato per due volte. Ciò in conformità al disposto dell’art. 280, comma 1, lett. e) che non consente di beneficiare per più di due volte del c.d. “*fresh start*”³⁴.

Nella prospettiva del legislatore, il positivo espletamento del piano di ristrutturazione o del concordato minore sembra, dunque, produrre conseguenze in tutto e per tutto equiparabili all’alternativa liquidatoria, quantomeno sotto il profilo della liberazione dai debiti. Diversamente opinando, la preclusione di cui agli artt. 69 e 77 apparirebbe, a nostro avviso, priva di senso.

3. Dato comune a tutte le fattispecie idonee a determinare l’esdebitazione è la rilevanza attribuita al comportamento delle parti.

Già la l. n. 3/2012 sul sovraindebitamento³⁵, subordinando l’omologa del piano del consumatore ad un controllo di meritevolezza³⁶, esige un’analisi incrocia-

obiettivo precipuo delle procedure da sovraindebitamento.

³⁰ Come sopra evidenziato il Capo X del Titolo V del Codice della crisi non fa alcun cenno all’esdebitazione conseguente all’omologa del piano di ristrutturazione dei debiti del consumatore e del concordato minore.

³¹ Così, D’AMICO, *Il sovraindebitamento nel codice della crisi e dell’insolvenza*, cit., p. 318 ss.

³² Le medesime considerazioni valgono, peraltro, per il concordato preventivo di cui agli artt. 84 ss., Codice della crisi, riservato all’imprenditore commerciale non rientrante nella categoria di cui all’art. 2, comma 1, lett. d).

³³ In dottrina si è evidenziato come la liberazione conseguente al positivo espletamento del piano di ristrutturazione o del concordato minore debba considerarsi equivalente alla fattispecie di cui all’art. 278. Ciò rileva ai fini dell’applicazione dell’art. 280, Codice della crisi che non consente di fruire del beneficio per più di due volte (lett. e) e pone un intervallo temporale minimo di cinque anni tra la prima e la seconda esdebitazione (lett. d)). In tal senso v., D’AMICO, *Il sovraindebitamento nel codice della crisi e dell’insolvenza*, cit., p. 328.

³⁴ La dottrina ha evidenziato l’importanza di siffatti limiti nella ricostruzione della *ratio* dell’istituto dell’esdebitazione. Sul punto v., D’AMICO, *Responsabilità patrimoniale e procedure concorsuali nella “società del debito”: oltre la tutela (esclusiva) del creditore*, cit., p. 171 ss. Secondo l’A., sottesa agli interventi normativi in esame vi sarebbe “una versione aggiornata (se si vuole, più evoluta e raffinata) di un *favor creditoris*, che però non si misura più tanto sulla tutela di questo soggetto con riferimento al singolo rapporto obbligatorio, ma guarda piuttosto all’interesse (per così dire “comune”) della categoria dei creditori (o, per essere più precisi, di alcuni creditori), o anche all’interesse generale dell’economia (v., pp. 177-178).

³⁵ Cfr., art. 142 l.f.; art. 14 *terdecies*, l. n. 3/2012.

³⁶ Ai sensi dell’art. 12-*bis* l. n. 3/2012, il giudice prima di omologare il piano deve verificare che al momento dell’assunzione il consumatore avesse la ragionevole prospettiva di poter adempiere e che non abbia colposamente determinato il sovraindebitamento anche attraverso il ricorso al credito non proporzionato rispetto alle proprie capacità patrimoniali. Parte della giurisprudenza ha, così, elaborato la regola secondo la quale occorre evitare che il reddito mensile del soggetto sia eroso in misura superiore a un terzo dal rimborso di rate di finanziamento: maggiore sarà lo scostamento da tale parametro, minori le possibilità che il consumatore venga considerato come meritevole (cfr., T. Udine, 4.1.2017, in *Banca borsa*, 2019, II, p. 225). Il confronto tra le sostanze sulle quali il consumatore poteva fare affidamento ed i debiti contratti implica, naturalmente che si precisi quali voci possano essere ricomprese tra i redditi disponibili. Così, ad esempio,

ta³⁷ tra la diligenza usata dal consumatore nell'assunzione dei debiti, le cause dell'indebitamento e le ragioni dell'incapacità a farvi fronte³⁸.

Nel codice della crisi, poi, l'esame e la valutazione delle condotte che hanno generato lo stato di crisi o di insolvenza divengono centrali in ogni ipotesi di liberazione del debitore dalle obbligazioni contratte; la valutazione, tuttavia, si atteggia diversamente in ragione delle specificità di ciascuna fattispecie normativa.

Così, ai fini dell'esdebitazione conseguente a liquidazione giudiziale, si tiene conto del comportamento del *debitore per tutto l'arco temporale* che va dalla fase costitutiva del rapporto obbligatorio sino allo svolgimento della procedura liquidatoria³⁹. Ai sensi dell'art. 280, C.C.I., sono, invero, cause ostative alla liberazione dai debiti: il ricorso abusivo al credito, l'aver cagionato o aggravato il dissesto, la distrazione di poste attive del patrimonio, l'aver ostacolato lo svolgimento della procedura.

Per il *fresh start* dipendente da *liquidazione controllata* il discorso è più articolato.

Al debitore che sia professionista o piccolo imprenditore l'art. 282, C.C.I., preclude la liberazione soltanto in presenza di condanna per i reati indicati dall'art. 280, comma 1, lett. a), mentre manca ogni riferimento alla diligenza nell'assunzione del debito come pure al comportamento tenuto nel corso della procedura.

Ai fini dell'esdebitazione del consumatore, invece, occorre, altresì, verificare l'eventuale riconducibilità del sovraindebitamento a colpa grave, mala fede o dolo⁴⁰.

ad avviso della giurisprudenza, può considerarsi meritevole il consumatore che abbia fatto affidamento: sul regolare pagamento dei canoni di locazione da parte del conduttore (cfr., T. Verona, 8.5.2015, in *www.ilcaso.it*); sul contributo della famiglia di origine, anche quando si sia costituito un proprio autonomo nucleo familiare, (T. Verona, 20.7.2016 in *www.ilcaso.it*). Più articolata è l'ipotesi in cui il consumatore abbia fatto ricorso al debito per effettuare degli investimenti contando sui relativi proventi. Se, in linea di massima, una siffatta condotta si appalesa aleatoria determinando l'esclusione dell'omologazione (cfr., T. Treviso, 21.12.2016, in *www.unijuris.it*), talvolta la giurisprudenza di merito è giunta a conclusioni più favorevoli al debitore ritenendo che la condotta del consumatore fosse stata influenzata dalla banca creditrice (cfr., T. Ascoli Piceno, 4.4.2014, in *ilFallimentarista.it*, con nota adesiva di BOSTICCO, *Risanamento della crisi da sovraindebitamento del consumatore e rispetto della par condicio creditorum*, 15 maggio 2014). Per un'ampia rassegna giurisprudenziale sul tema v., BATTAGLIA, *La crisi da sovraindebitamento nella giurisprudenza: lo stato dell'arte*, in *Fallimento*, 2018, p. 233 ss.

³⁷ Così M. LAZZARA, *Riflessioni sulla meritevolezza del consumatore*, in *Dir. Fall.*, 2017, p. 1567 ss.

³⁸ Il giudizio di meritevolezza deve tenere conto anche delle cause del sovraindebitamento che, ai sensi del combinato disposto degli art. 12 *bis* e 9, comma 3 *bis*, l. n. 3/2012 devono essere indicate dall'OCC nella relazione particolareggiata da allegare alla proposta di piano del consumatore. La giurisprudenza ha, così, omologato il piano del consumatore sovraindebitato a causa di ludopatia in quanto conseguenza di una vera e propria patologia psichiatrica, (T. Cuneo, 19.6.2017, in *www.tribunale.cuneo.it*); il piano volto a ripianare un'esposizione debitoria determinatasi per far fronte alle spese mediche necessarie per curare un familiare (cfr., T. Verona, 08.5.2015, *cit.*) o per far fronte alle esigenze di una famiglia particolarmente numerosa (cfr., T. Napoli Nord 18.5.2018, in *www.ilcaso.it*).

³⁹ Cfr., BONAFINE-PELLEGRINELLI, *Condizioni e procedimento della esdebitazione*, in M. GIORGETTI (a cura di), *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Commento al Decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14*, Pisa, 2019, p. 264 s.

⁴⁰ Cfr., art. 282, comma 2, Codice della crisi.

Nonostante il presupposto comune della liquidazione del patrimonio del debitore, le tre ipotesi considerate contemplan regole del tutto differenti.

Colpisce, in particolare, il trattamento riservato al consumatore, la cui condotta è valutata con criteri più severi di quelli scelti per il professionista e il c.d. “imprenditore minore”⁴¹.

Uguale eterogeneità di disciplina può riscontrarsi nelle procedure *non liquidatorie* (ristrutturazione dei debiti del consumatore e concordato minore) e nella “sanatoria” *ex art. 283, Codice della crisi*.

In tutte le ipotesi da ultimo citate, la relazione redatta dall'OCC⁴² ed allegata alla domanda del debitore deve riportare, tra l'altro, le ragioni dell'indebitamento e gli elementi utili a valutare la diligenza impiegata dal debitore nell'assumere le obbligazioni⁴³.

Siffatte informazioni producono, tuttavia, conseguenze differenti.

L'art. 69, C.C.I. preclude, infatti, l'accesso alla ristrutturazione dei debiti al consumatore che “*ha determinato la situazione di sovraindebitamento con colpa grave, malafede o frode*”⁴⁴.

Permane, dunque, come chiarito anche dalla Relazione illustrativa al d.lgs. n. 14/2019, il requisito della meritevolezza quale “contrappeso” al “regime di favore accordato al consumatore”⁴⁵; la differenza rispetto alla legge del 2012 consiste nel

⁴¹ A differenza di quanto avviene nelle procedure non liquidatorie, nel caso di specie non sembra che il differente trattamento normativo trovi alcuna giustificazione, salvo, forse, il maggior interesse dell'ordinamento giuridico ad agevolare, in ogni caso, il *fresh start* di chi svolge un'attività produttiva. Su piano più generale, osserva DI MARZIO, *L'insolvenza civile nel diritto delle procedure concorsuali*, in *Giust. civ.*, 2018, p. 666, che «quando cade in questione esclusivamente il rapporto fra debitori e creditori, la tutela del credito si fa comprensibilmente intransigente, in quanto non si tratta di considerare anche le ragioni dell'impresa. Se la valutazione dell'ordinamento deve limitarsi alle condotte del debitore e alla pretesa di soddisfacimento dei creditori, la condotta di assunzione del debito diviene decisiva ai fini dell'accesso al “beneficio” ... Invece, quando accanto alla composizione del debito occorre considerare la ristrutturazione dell'impresa, per una sopravvenuta sensibilità a favore dell'impresa, le ragioni di quest'ultima comprimono le ragioni – altrimenti intatte – dei creditori».

⁴² Ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. *t*), Codice della crisi, per OCC si intendono gli organismi di composizione delle crisi da sovraindebitamento. Siffatti organismi svolgono compiti di composizione assistita delle crisi; ad essi deve rivolgersi: il consumatore che voglia presentare un piano di ristrutturazione dei debiti (art. 68, Codice della crisi); il professionista o l'imprenditore “minore” che intenda fare domanda per il concordato minore (art. 76, Codice della crisi); il debitore incapiente che richieda l'esdebitazione ai sensi dell'art. 283, Codice della crisi. L'OCC redige una relazione con i contenuti normativamente prescritti per ciascuna delle succitate ipotesi; siffatta relazione viene allegata alla domanda del debitore.

⁴³ Cfr., artt. 68, comma 2, lett. *a*); 76, comma 2, lett. *a*); 283, comma 4, lett. *a*) del Codice della crisi.

⁴⁴ L'accesso al piano di ristrutturazione dei debiti è, altresì, inibito al consumatore che abbia già beneficiato dell'esdebitazione per due volte o, comunque, nei cinque anni precedenti la domanda.

⁴⁵ Cfr., art. 69, *Relazione illustrativa*, 10 gennaio 2019.

minor rigore⁴⁶ con cui è valutata la “condotta anteatta”⁴⁷.

Diversa è la disciplina del concordato minore: l’art. 77 non sembra inserire la valutazione delle cause dell’indebitamento tra gli elementi del giudizio sull’ammisibilità della domanda⁴⁸.

Come già osservato per l’esdebitazione susseguente a liquidazione controllata, anche per le procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento la negligente assunzione del debito impedisce il *fresh start* soltanto al consumatore⁴⁹. Al professionista e all’imprenditore “minore” sovraindebitato, invece, sembra perdonato anche il comportamento più spregiudicato sul piano finanziario.

La differente soluzione normativa, però, si spiega alla luce dell’esame complessivo delle due fattispecie.

Nel caso di ristrutturazione dei debiti del consumatore, il rilievo dato alla “meritevolezza” del debitore vale a bilanciare l’irrilevanza della volontà dei creditori rispetto all’omologazione del piano di ristrutturazione⁵⁰.

⁴⁶ Nella Relazione illustrativa si chiarisce che “si è deciso di non esigere per l’ammissione alle procedure di sovraindebitamento requisiti soggettivi troppo stringenti, tenuto conto, da un lato, dell’eterogeneità qualitativa dei soggetti destinatari (spesso privi di livelli culturali idonei per rendersi conto del loro progressivo sovraindebitamento), dall’altro dell’oggettiva difficoltà di individuare rigorosi criteri di meritevolezza sicuramente verificabili in rapporto all’estrema varietà delle situazioni di vita che possono determinare situazioni individuali di grave indebitamento, senza rischiare di generare un contenzioso dalle proporzioni difficilmente prevedibili o senza, altrimenti, finire per restringere a tal punto la portata dell’istituto da frustrare sostanzialmente le finalità di politica economica ad esso sottese”.

⁴⁷ PAGLIANTINI, *L’esdebitazione tra normativa vigente e codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza (d.lgs. n. 14/19)*, cit., p. 702. In senso analogo, SALERNO, *L’esdebitazione del consumatore tra meritevolezza e responsabilità del finanziatore*, cit., p. 1379. Il “ridimensionamento del requisito/contrappeso della meritevolezza” è evidenziato anche da PELLECCIA, *Indebitamento e sovraindebitamento: tra codice civile e codice della crisi e dell’insolvenza*, in *Nuova giur. comm.*, 2019, p. 824. Secondo BARONCINI, *La ristrutturazione dei debiti del consumatore nel Codice della crisi*, in *Ilfallimentarista.it*, 13 novembre 2019, invece, tra le novità introdotte dal Codice della crisi vi sarebbe “il contenuto della valutazione richiesta al giudice in sede di giudizio di omologazione che, come si evince dall’art. 70, comma 7 del CCI, non si estenderà più ai profili riconducibili alla c.d. “meritevolezza” del consumatore”.

⁴⁸ Ai sensi dell’art. 77, infatti, “la domanda di concordato minore è inammissibile se mancano i documenti di cui agli articoli 75 e 76, se il debitore presenta requisiti dimensionali che eccedono i limiti di cui all’articolo 2, comma 1, lettera d), numeri 1), 2) e 3), se è già stato esdebitato nei cinque anni precedenti la domanda o ha già beneficiato dell’esdebitazione per due volte o se risultano commessi atti diretti a frodare le ragioni dei creditori”.

⁴⁹ In dottrina una simile discrasia è stata rilevata anche in relazione all’assetto normativo pregresso. Secondo DI MARZIO, *L’insolvenza civile nel diritto delle procedure concorsuali*, cit., p. 665, “laddove la realtà della persona fisica diviene l’unico oggetto di disciplina (...) il giudizio etico sulla condotta non soffre limiti, ed è richiesto quale presupposto per la concessione del beneficio”. Questa differenza di disciplina, ad avviso dell’A., “apre un solco che divide il piano del consumatore dall’accordo di ristrutturazione dell’imprenditore sovraindebitato, compromettendo notevolmente la razionalità del comparto. Infatti in questo ambito l’importanza assai ridotta dell’organizzazione d’impresa non giustifica la divaricazione delle discipline su un profilo così caratterizzate”.

⁵⁰ Cfr., PINI- PORCARI, *La disciplina residuale*, in SANZIO- BURRONI (a cura di), *Il nuovo Codice della crisi di impresa e dell’insolvenza*, Bologna, 2019, p. 274 e p. 276.

Nel concordato minore, al contrario, la necessità del consenso del ceto creditorio (pur espresso a maggioranza) rende superflua ogni valutazione da parte del giudice in ordine alla diligenza del debitore. Il concordato è strutturato secondo un'impostazione ancora marcatamente *consensualistica* sicché l'esdebitazione si presenta essenzialmente come una variabile dipendente dalla volontà dei creditori; soltanto indiretto si rivela, invece, il rapporto con la condotta del debitore.

La valutazione del comportamento del debitore ritorna, infine, nella "sanatoria" *ex art. 283*⁵¹. In tal caso, il giudice è sempre chiamato a considerare "la meritevolezza" del debitore indipendentemente dalla circostanza che questi sia un consumatore, un professionista o un imprenditore (assoggettabile o meno a liquidazione giudiziale).

Un'ultima osservazione concerne il comportamento del debitore *nel corso* delle procedure non liquidatorie e nell'ipotesi contemplata dall'art. 283, C.C.I.

La trasgressione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede e correttezza nella fase antecedente e successiva all'apertura della procedura⁵² viene espressamente sanzionata determinando la revocabilità dell'omologazione tanto per la ristrutturazione⁵³ che per il concordato minore⁵⁴.

Anche nel caso di esdebitazione dell'incapiente, al debitore è richiesta una collaborazione che prosegue dopo la concessione del *fresh start*. Nei quattro anni successivi al decreto, infatti, il beneficiario è tenuto a comunicare l'eventuale sopravvenienza di utilità che consentano il soddisfacimento dei creditori in misura non inferiore al dieci per cento⁵⁵. L'eventuale reticenza viene sanzionata con la revoca del beneficio.

4. In relazione all'*an* ed al *quomodo* della liberazione dai debiti⁵⁶, rilevante è pure il comportamento del creditore.

La l. n. 3/2012⁵⁷ equipara tutti i creditori prescindendo dal loro coinvolgimento

⁵¹ Ai sensi dell'art. 283, comma 7, Codice della crisi, il giudizio di meritevolezza va condotto utilizzando quali indici "l'assenza di atti in frode e la mancanza di dolo o colpa grave nella formazione dell'indebitamento".

⁵² Cfr., art. 4, Codice della crisi.

⁵³ Cfr., art. 72, Codice della crisi.

⁵⁴ Cfr., art. 82, Codice della crisi.

⁵⁵ Cfr., art. 283, comma 1, C.C.I. Tale disposizione prevede che la sopravvenienza delle predette utilità comporti la reviviscenza dell'obbligo di pagamento del debito.

⁵⁶ In relazione alla l. n. 3/2012, taluna giurisprudenza ha, recentemente, considerato quale parametro per valutare la meritevolezza del debitore anche il comportamento del creditore specie quando sia tenuto alla verifica del merito creditizio (cfr., T. Napoli Nord 18.5.2018, *cit.*; T. Rimini, 1.3.2019, in *Fallimento*, 2019, p. 1377 ss., con nota critica di SALERNO, *L'esdebitazione del consumatore tra meritevolezza e responsabilità del finanziatore*).

⁵⁷ V., FORCELLINI, *Sovraindebitamento e statuto dell'obbligazione pecuniaria*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, p. 109 ss., secondo cui, nella legge n. 3/2012 "nessun meccanismo permette comunque di distinguere tra creditore diligente, ..., e creditore negligente".

nella determinazione del sovraindebitamento⁵⁸.

Nel silenzio della legge, parte della giurisprudenza, peraltro, adottava una soluzione tesa a trasformare l'esdebitazione da rimedio alla situazione di sovraindebitamento in *sanzione per omessa verifica del merito creditizio*⁵⁹. Venivano, così, omologati piani del consumatore che attribuivano al creditore responsabile del *default* un trattamento conforme ai parametri normativi ma deteriore rispetto a quello assicurato ai creditori di pari grado⁶⁰.

Nonostante qualche voce favorevole⁶¹, la dottrina immediatamente reagiva contro un'opzione ermeneutica considerata "vagamente equitativa" e determinante una "compressione della tutela del diritto di credito più incisiva ed estesa di quella ammessa dalla normativa"⁶².

Taluni autori, peraltro, indicavano soluzioni ermeneutiche differenti, suggerendo, ad esempio, di bypassare il giudizio di meritevolezza del consumatore nel caso di concessione abusiva del credito, sì che l'omologa potesse, in tal caso, essere negata soltanto nelle ipotesi di malafede o frode del debitore⁶³.

⁵⁸ La dottrina aveva, peraltro, evidenziato la necessità di "responsabilizzare" i soggetti che erogano il credito esprimendo "insoddisfazione" per l'equiparazione di tutti i creditori prescindendo dal loro coinvolgimento nella determinazione del sovraindebitamento. In tal senso, D'AMICO, *Esdebitazione e concorso dei creditori nella disciplina del sovraindebitamento*, cit., p. 26 ss. Analogamente, PAGLIANTINI, *L'insolvenza del consumatore tra debito e responsabilità: lineamenti sull'esdebitazione*, in D'AMICO (a cura di), *Sovraindebitamento e rapporto obbligatorio*, cit., p. 98.

⁵⁹ Si trattava, secondo MODICA, *Tutela del sovraindebitamento incolpevole (L. 3/2012) o sanzione per omessa verifica del merito creditizio (art. 124 TUB)? Il "piano del consumatore" in funzione punitiva*, in *Dir. civ. contemporaneo*, luglio-settembre 2014, "di un'operazione di ortopedia giurisprudenziale, che volge in sanzione (del creditore/finanziatore) uno strumento di protezione (del debitore insolvente)".

⁶⁰ Cfr., T. Ascoli Piceno, 4.4.2014, in www.ilfallimentarista.it, 15 maggio 2014, con nota di BOSTICCO, *Risanamento della crisi da sovraindebitamento del consumatore e par condicio creditorum*. L'autore rileva, peraltro, che il comportamento colpevole del creditore potrebbe dar vita ad un contenzioso volto ad ottenere il riconoscimento per il debitore di un "controcredito risarcitorio". Da qui, secondo l'A., la legittimità della proposta che eventualmente raggruppi i "creditori in contenzioso in una classe alla quale potrebbe essere offerto un soddisfo percentuale inferiore rispetto ai crediti certi".

⁶¹ Cfr., CRIVELLI, *Profili applicativi delle procedure di accordo e di piano del consumatore*, in *Fallimento*, 2017, p. 545, che rileva come il creditore chirografario non abbia alcun interesse giuridicamente rilevante ad opporsi ad un piano che, pur prevedendo un trattamento deteriore rispetto agli altri creditori di pari grado, consenta un livello di soddisfacimento quantomeno pari a quello della c.d. alternativa liquidatoria.

⁶² D'AMICO, *Esdebitazione e concorso dei creditori nella disciplina del sovraindebitamento*, cit., spec p. 20 e p. 33 ss. In senso critico rispetto all'orientamento preso in esame anche MODICA, *Tutela del sovraindebitamento incolpevole (L. 3/2012) o sanzione per omessa verifica del merito*, cit. L'A., pur riconoscendo come nulla nella l. 3/2012 imponga di rispettare il canone della *par condicio creditorum*, considera inadeguate le soluzioni ermeneutiche che demandano "al giudizio di un consumatore magari spericolato la «degradazione» del finanziatore che abbia concorso al default" così da introdurre "nel sistema pericolose torsioni in senso punitivo di istituti originariamente vocati alla protezione dei soggetti incolpevolmente più fragili".

⁶³ Cfr., PAGLIANTINI, *L'insolvenza del consumatore tra debito e responsabilità: lineamenti sull'esdebitazione*, cit., p. 96 s. In giurisprudenza cfr., T. Rimini 1.3.2019, in www.ilcaso.it; T. Forlì 20.8.2018, in www.dirittobancario.it (su tali pronunce v., SANGIOVANNI, *Contratti di credito ai consumatori ed errata verifica del merito creditizio*, in *Contr.*, 2019, p. 684 ss.). Di diverso avviso SALERNO, *L'esdebitazione del consumatore tra*

In prospettiva *de iure condendo*, altra dottrina auspicava, invece, l'introduzione di un meccanismo atto a consentire la "degradazione" del creditore che avesse concorso al *default* del debitore⁶⁴.

Avvedutosi della lacuna, il legislatore, con la legge delega n. 155/2017, conferiva al Governo – in relazione alle *procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento* – il compito di introdurre "misure sanzionatorie" per il creditore che avesse "colpevolmente contribuito all'aggravamento della situazione di indebitamento".

Così, il Codice della crisi impegna l'O.C.C. – in tutte le ipotesi di esdebitazione non preceduta da liquidazione⁶⁵ – a dar conto, nella propria relazione, delle ragioni del sovraindebitamento, precisando anche se il finanziatore abbia valutato il merito creditizio prima di concedere il finanziamento.

L'indicazione legislativa concerne sia la ristrutturazione che il concordato minore. In queste procedure il creditore negligente⁶⁶ infatti, incorre nella c.d. "sanzione processuale" della preclusione della possibilità di presentare opposizione o reclamo in sede di omologa e di far valere le cause di inammissibilità (della ristrutturazione⁶⁷ o del concordato minore⁶⁸).

Analoga sanzione non è, invece, prevista nel caso di esdebitazione dell'incapiente.

Sebbene l'art. 283, comma 5, del Codice della crisi, obblighi l'OCC a precisare se il finanziatore ha tenuto conto del merito creditizio, l'ottavo comma della medesima disposizione consente a tutti i creditori di opporsi entro trenta giorni al decreto con il quale è stata concessa l'esdebitazione nonché di proporre reclamo ai sensi dell'art. 50 contro il provvedimento che decide dell'opposizione.

Nella disposizione in esame, l'informazione concernente la valutazione del merito creditizio appare, perciò, unicamente preordinata a consentire una più adeguata ponderazione della meritevolezza del debitore⁶⁹.

meritevolezza e responsabilità del finanziatore, cit., p. 1377 ss., secondo il quale non può stabilirsi una relazione diretta necessaria tra condotta del finanziatore e meritevolezza del debitore dal momento che il comportamento del creditore incide sul singolo atto mentre il giudizio di meritevolezza tiene conto del complessivo comportamento del consumatore nei confronti della pluralità dei creditori. Da qui, ad avviso dell'A., la necessità di mantenere l'autonomia del giudizio di meritevolezza considerato "il solo baluardo e l'unica limitazione avverso i rischi di un eccesso di azzardo morale".

⁶⁴ V., MODICA, *Il piano del consumatore sovraindebitato: tentativi di riforma e prospettiva europea*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, p. 651 ss.

⁶⁵ Cfr., artt. 68, comma 3; 76, comma 3.

⁶⁶ Appare opportuno precisare che, sebbene la valutazione del merito creditizio sia attività cui è tenuto il solo creditore-finanziatore, il Codice della crisi richiede a *tutte le tipologie di creditori* di astenersi dall'aggravare il sovraindebitamento del debitore. Sul punto v. *Relazione illustrativa*, cit., p. 77.

⁶⁷ L'art. 69, comma 2, fa salva l'ipotesi in cui il creditore faccia valere cause di inammissibilità che derivino da comportamenti dolosi del debitore. In tal caso, la violazione di una regola di comportamento da parte del debitore controbilancia il disvalore della condotta del creditore determinando il venir meno della "sanzione".

⁶⁸ Cfr., art. 80, comma 4, Codice della crisi.

⁶⁹ Cfr., *Relazione illustrativa*, cit., p. 215, dove si specifica che si tratta di un "elemento utile a valutare se il debitore sia stato indotto a sopravvalutare le sue capacità di adempimento".

5. L'introduzione, nelle procedure di sovraindebitamento, della c.d. "sanzione processuale" per il creditore negligente sollecita qualche considerazione in ordine alle *ricadute pratiche* di tale previsione⁷⁰.

Relativamente all'omologazione del piano di ristrutturazione, l'art. 70, comma 9, Codice della crisi dispone: "quando uno dei creditori ... con le osservazioni di cui al comma 3, contesta la convenienza della proposta, il giudice omologa il piano se ritiene che comunque il credito dell'opponente possa essere soddisfatto dall'esecuzione del piano in misura non inferiore all'alternativa liquidatoria"⁷¹. L'art. 80, comma 3, del Codice contiene analoga previsione in relazione all'omologazione del concordato minore.

Siffatte disposizioni – per una parte della dottrina – avrebbero implicitamente fissato una "soglia imperativa" di percentuale di pagamento valida per tutti i creditori ed insuscettibile di essere modulata in ragione della meritevolezza del debitore⁷².

Si tratta, però, di accertare se tale limite alla falcidia del credito valga anche nel caso in cui trovi applicazione la c.d. "sanzione processuale".

Appare, in proposito, opportuno evidenziare come il giudice sia chiamato a verificare il rispetto della soglia soltanto in relazione ai creditori che si siano *opposti* al piano contestandone la convenienza⁷³. Di tale opposizione non può giovare chi abbia omissso la valutazione del merito creditizio⁷⁴.

Secondo la lettera della norma, peraltro, l'autorità giudiziaria non sembra chiamata a stimare *ex officio* la convenienza del piano⁷⁵ e, comunque, non disporrebbe

⁷⁰ Secondo SALERNO, *L'esdebitazione del consumatore, tra meritevolezza e responsabilità del finanziatore*, cit., p. 1377 ss., "il divieto per il finanziatore irresponsabile di opporsi all'omologazione e di far valere eventuali condizioni di inammissibilità, tra cui quella riguardante la meritevolezza, potrebbe alla fine risultare priva di rilievo pratico, non potendosi certo vietare la segnalazione di comportamenti ai fini della rilevazione da parte del giudice, in via officiosa, dell'inammissibilità della domanda".

⁷¹ Nel piano di ristrutturazione dei debiti del consumatore, l'opposizione sulla convenienza del piano costituisce, come rilevato da VALERINI, *Sovraindebitamento*, in *Ifallimentarista.it*, 14 febbraio 2019, "l'unica modalità indiretta di espressione della propria volontà da parte dei creditori".

⁷² PAGLIANTINI, *L'esdebitazione tra normativa vigente e codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d.lgs. n. 14/19)*, cit., p. 713.

⁷³ Secondo l'art. 70, comma 9, invero, "quando uno dei creditori ... con le osservazioni di cui al comma 3, *contesta* la convenienza della proposta, il giudice omologa il piano se ritiene che comunque il credito dell'opponente possa essere soddisfatto dall'esecuzione del piano in misura non inferiore all'alternativa liquidatoria". Siffatta disposizione ricalca, peraltro, testualmente quanto previsto già dagli artt. 12, comma 2, e 12 *bis*, comma 4, della l. n. 3/2012. Già in relazione a tali previsioni normative la dottrina aveva evidenziato come la valutazione di convenienza dell'autorità giudiziaria fosse circoscritta esclusivamente al credito a tutela del quale fosse stata esercitata la contestazione. Cfr., SABATELLI, *Prime osservazioni su una disciplina in itinere: la composizione delle crisi da sovraindebitamento del consumatore*, in *Ifallimentarista.it*, 7 novembre 2012.

⁷⁴ Cfr., art. 69, comma 2, Codice della crisi. Secondo FAUCEGLIA, *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*, cit., p. 91, però, la mancata valutazione del merito creditizio rileverebbe "ai fini della valutazione dell'eventuale opposizione svolta dal creditore al piano" (corsivo dell'A.).

⁷⁵ Le disposizioni in esame, come già evidenziato (v., *supra*, nt. 73) riproducono quasi testualmente gli artt. 12, comma 2, e 12 *bis*, comma 4, della l. n. 3/2012. In relazione a tale disciplina la dottrina escludeva in radice che il sindacato di merito sulla convenienza potesse svolgersi d'ufficio. In tal senso, LAMANNA, *Speciale*

di uno strumento di supporto a siffatta valutazione⁷⁶. A differenza di quanto previsto dall'art. 9, comma 3° *bis*, lett. e), l. n. 3/2012, infatti, il Codice della crisi non esige più che l'OCC formuli un giudizio comparativo tra la proposta del debitore e l'alternativa liquidatoria⁷⁷.

In mancanza di un rimedio processuale, il creditore negligente appare, perciò, destinato a subire l'omologa del piano o del concordato pur quando non sia rispettata la succitata soglia⁷⁸.

Dalla trasgressione della regola di comportamento deriverebbe, in tal modo, un *depotenziamento* della tutela del credito e la perdita del diritto a conseguire quantomeno un importo pari all'alternativa liquidatoria⁷⁹.

Il risultato, per certi versi assimilabile alla "degradazione" del creditore negligente auspicata, *ante* riforma, da una parte della dottrina⁸⁰, induce a prospettare una traslazione della "sanzione" inflitta a siffatto creditore⁸¹ dal piano processuale al piano sostanziale⁸².

Decreto Sviluppo-bis – Composizione delle crisi da sovraindebitamento: poteri e funzioni del Tribunale, in *Ilfallimentarista.it*, 21 dicembre 2012; SABATELLI, *Prime osservazioni su una disciplina in itinere: la composizione delle crisi da sovraindebitamento del consumatore*, cit. Nello stesso senso anche VITIELLO, *I limiti del controllo giurisdizionale nelle procedure di sovraindebitamento*, in *Ilfallimentarista.it*, 30 maggio 2016. Secondo l'A., infatti, "la convenienza della proposta rispetto all'alternativa liquidatoria, ..., rientra nel campo di verifica giurisdizionale, ma nella sola ipotesi in cui venga presentata una contestazione specifica, sul punto, da parte di uno o più dei creditori concorsuali".

⁷⁶ In relazione alla l. n. 3/2012 la dottrina aveva, invero, evidenziato l'importanza della relazione dell'OCC quale strumento di supporto dell'autorità giudiziaria nella valutazione della convenienza del piano. Cfr., ARMELI, *Speciale Decreto Sviluppo-bis – Giustizia digitale e composizione della crisi da sovraindebitamento: una prima lettura*, in *Ilfallimentarista.it*, 21 dicembre 2012.

⁷⁷ Su tale differenza v., NARDECCHIA, *La riforma della legge fallimentare. Prima lettura del codice della crisi e dell'insolvenza*, cit., p. 260; BENINCASA, *Le procedure in caso di sovraindebitamento ai sensi dell'art. 2, 1° comma, lett. c)*, in BONFANTE (a cura di), *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., p. 2041; BARONCINI, *La ristrutturazione dei debiti del consumatore nel Codice della crisi*, cit.

⁷⁸ Appare, peraltro, opportuno rilevare come nel concordato minore, l'efficacia della sanzione processuale risulti in qualche misura attenuata soprattutto per i titolari dei crediti di maggiore importo. Anche il creditore più spregiudicato mantiene, infatti, il diritto al voto e partecipa a determinare le sorti della proposta. Perché la sanzione processuale possa operare è, perciò, necessario che si raggiunga il *quorum* richiesto per l'omologa nonostante l'eventuale dissenso del creditore negligente.

⁷⁹ Come rileva D'AMICO, *Il sovraindebitamento nel codice della crisi e dell'insolvenza*, cit., p. 318 ss., privando il creditore del potere di opporsi all'omologazione del piano gli si impedisce di contestare la "falcidia del proprio credito, che il piano eventualmente preveda".

⁸⁰ V., *supra*, nt. 53.

⁸¹ Significativa dell'interconnessione tra "sanzione processuale" e tutela sostanziale del credito appare, peraltro, la successione stabilita dall'art. 80, Codice della crisi, che nel terzo comma preclude al giudice l'omologa del concordato minore se all'*opponente* non viene garantita l'alternativa liquidatoria e nel comma successivo preclude l'opposizione al creditore che abbia colpevolmente determinato la situazione di indebitamento o il suo aggravamento.

⁸² Già in relazione alla l. n. 3/2012 in dottrina si era rilevato come "il congegno esdebitatorio di nuovo conio fosse destinato inevitabilmente a caricarsi di un ruolo di supplenza della scarna ed inefficace disciplina in materia di prevenzione del sovraindebitamento, ..., offrendosi quale sede elettiva per reagire ex post alla

La soluzione ermeneutica, pur non esente da criticità, ha il pregio di preservare l'efficacia deterrente della sanzione processuale; assegnando all'autorità giudiziaria il compito di scongiurare *d'ufficio* la penalizzazione dei creditori *colpevoli dell'indebitamento* si finirebbe, invece, per assegnare carattere meramente simbolico⁸³ alla novità introdotta, non senza enfasi, dal Codice della crisi⁸⁴.

La questione, peraltro, non concerne unicamente l'applicazione degli artt. 70, comma 9, e 80, comma 3, C.C.I., ma anche altre ipotesi.

Gli artt. 67, comma 4, e 75, comma 2, C.C.I., ammettono la falcidia dei crediti assistiti da privilegio, pegno o ipoteca purché “ne sia assicurato il pagamento in misura non inferiore a quella realizzabile in ragione della collocazione preferenziale sul ricavato in caso di liquidazione avuto riguardo al valore di mercato” come attestato dall'OCC.

La valutazione sembrerebbe, in tal caso, doversi effettuare a prescindere da ogni osservazione dei creditori interessati⁸⁵; nulla potrà, tuttavia, il creditore *negligente* contro l'omologa di un piano di ristrutturazione che non tenga conto di siffatta condizione.

Si pensi, ancora, al già richiamato caso di omologa di un piano redatto in violazione della *par condicio creditorum*⁸⁶. Ancora una volta, la c.d. “sanzione processuale”, pone il creditore responsabile dell'indebitamento nella condizione di dover subire una siffatta decisione.

Appare, da ultimo, opportuno evidenziare come, in tutte le ipotesi richiamate, la sanzione processuale, traducendosi in un trattamento deteriore per il creditore negligente, si riverbera positivamente sugli altri creditori i quali si trovano coinvolti nella procedura pur non essendo responsabili del sovraindebitamento⁸⁷. Si viene,

condotta scorretta o anche solo disinvolta dei finanziatori professionali”. Così, MODICA, *Tutela del sovraindebitamento incolpevole (L. 3/2012) o sanzione per omessa verifica del merito creditizio (art. 124 TUB)? Il “piano del consumatore” in funzione punitiva*, cit.

⁸³ La dottrina che propende per mantenere unicamente sul piano processuale la rilevanza della sanzione considera la misura “mite” e avente carattere prevalentemente “simbolico”. Così, FABBI-VALERINI, *Le procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento*, in GIORGETTI (a cura di), *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Commento al Decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14*, cit., p. 85.

⁸⁴ Il pregiudizio subito in concreto dal creditore spregiudicato finirebbe, così, per dipendere unicamente dalla maggiore o minore diligenza usata dal giudice nell'omologare il piano.

⁸⁵ A differenza di quanto visto in precedenza per i creditori chirografari, in tal caso l'autorità giudiziaria fruisce, peraltro, di uno strumento di confronto tra la proposta e l'alternativa liquidatoria dovendo l'OCC indicare nella propria relazione il valore di mercato dei beni oggetto di garanzia.

⁸⁶ Cfr., T. Ascoli Piceno, 4.4.2014, cit.

⁸⁷ Come rilevato da PELLECCIA, *Indebitamento e sovraindebitamento: tra codice civile e codice della crisi e dell'insolvenza*, cit., p. 826, «il creditore non è più “il signore del singolo rapporto”, ma uno dei creditori di un pool: la correttezza dell'esercizio del suo diritto andrà valutata non semplicemente nel singolo rapporto, ma nella nuova più complessa cornice disegnata da una pluralità di rapporti che interferiscono l'uno con l'altro».

così, ad innescare una sorta di meccanismo volto a compensare la massa dei creditori per il pregiudizio subito in conseguenza della concessione abusiva del credito⁸⁸.

6. Tra le fattispecie esdebitatorie fino ad ora esaminate, la ristrutturazione dei debiti del consumatore è l'ipotesi in cui *concretamente* assume *maggior* rilievo la condotta di *entrambe* le parti nella genesi del sovraindebitamento.

Il Codice della crisi, tuttavia, non chiarisce in che misura l'interazione di siffatti comportamenti si riverberi sull'effetto liberatorio.

Se l'obbligo di valutazione preventiva del merito creditizio sembra deresponsabilizzare del tutto il debitore⁸⁹, l'inammissibilità dell'esdebitazione per il debitore gravemente negligente depone in senso contrario.

Taluni autori reputano superfluo il giudizio di meritevolezza del consumatore nel caso di concessione abusiva del credito⁹⁰. Aderendo a tale proposta interpretativa, si è osservato⁹¹, la condotta del singolo creditore finirebbe per riflettersi negativamente sulla posizione degli altri.

Volendo escludere ogni automatismo dall'omologa del piano di ristrutturazione, è necessario stabilire a quali condizioni possa configurarsi la responsabilità di chi abbia assunto il debito affidandosi⁹² al (corretto funzionamento del) meccanismo protettivo di cui all'art. 124 *bis* T.u.b.⁹³.

Occorre, a nostro avviso, valorizzare adeguatamente le connessioni e l'interazione dei diversi interessi che gravitano attorno all'esdebitazione del consumatore⁹⁴.

⁸⁸ Sull'erogazione abusiva del credito quale fonte di responsabilità nei confronti degli altri creditori del soggetto finanziato v., MODICA, *Concessione «abusiva» di credito ai consumatori*, in *Contratto e impresa*, 2012, p. 492 ss.; R. BOCCHINI, *La meritevolezza dell'accesso al credito nel sovraindebitamento del consumatore*, in *Giur. it.*, 2017, p. 1569 ss.

⁸⁹ Sulla correlazione tra l'obbligo di valutazione del merito creditizio e la disciplina del sovraindebitamento v., CONTU, *Povertà ed esclusione nella "società del debito"*, cit., p. 1535 ss.

⁹⁰ Cfr., PAGLIANTINI, *L'insolvenza del consumatore tra debito e responsabilità: lineamenti sull'esdebitazione*, cit., p. 96 s.

⁹¹ D'AMICO, *Esdebitazione e concorso dei creditori nella disciplina del sovraindebitamento*, cit., p. 29, nt. 58.

⁹² Secondo la giurisprudenza, infatti, il merito creditizio costituisce un "elemento idoneo a rafforzare a monte l'affidamento del consumatore nella idoneità del proprio reddito a far fronte alle rate del finanziamento". Cfr., T. Napoli Nord, 18.5.2018, in *www.ilcaso.it*. V., altresì, MONTINARO, *Il sovraindebitamento del consumatore: diligenza nell'accesso al credito ed obblighi del finanziatore*, in *Banca, borsa*, 2015, p. 781 ss. che evidenzia come "il requisito della diligenza nell'assumere obbligazioni – che la legge n. 3/2012 ha eletto a criterio di distribuzione, tra consumatori e creditori, del rischio di insolvenza, insieme all'assenza di colpa – deve essere inteso in linea di continuità con le regole sui contratti di finanziamento".

⁹³ Cfr., MODICA, *Il piano del consumatore sovraindebitato: tentativi di riforma e prospettiva europea*, cit., p. 650, che rileva come "la linea fra un debito irresponsabilmente assunto ed un credito irresponsabilmente concesso sia sottilissima". V., anche, PELLECCIA, *Composizione delle crisi da sovraindebitamento: il "piano del consumatore" al vaglio della giurisprudenza*, in *Dir. civ. contemporaneo*, aprile/giugno 2014, che evidenzia il rischio dei verificarsi di "un cortocircuito tra la disciplina del sovraindebitamento e la disciplina del credito al consumo".

⁹⁴ In relazione alla l. n. 3/2012 FORCELLINI, *Sovraindebitamento e statuto dell'obbligazione pecuniaria*, cit., p. 109 ss., rileva come "le singole posizioni debitorie non sono più oggi reciprocamente impermeabili".

Il *fresh start* è frutto, infatti, di una serie di variabili che possono interagire e combinarsi diversamente.

In linea di massima non può conseguire la liberazione il consumatore poco prudente; tuttavia, secondo una parte della dottrina, l'omessa valutazione del merito creditizio "rimette in gioco" anche il debitore colpevole del sovraindebitamento. In ogni caso, il giudizio di meritevolezza del consumatore non può prescindere dalla considerazione del comportamento di chi ha concesso il credito.

Chi abbia omesso la valutazione del merito creditizio non subirà la defalcazione del credito se il c.d. "ultimo creditore" ha osservato una condotta prudente e il *default* è imputabile a colpa grave del debitore. Nell'ipotesi inversa, i creditori c.d. "intermedi" subiranno la decurtazione del proprio credito nonostante la diligenza impiegata⁹⁵.

Non solo l'*an*, ma perfino il *quantum* del taglio del credito può dipendere dal comportamento *proprio* o *altrui*. Si è rilevato in precedenza come almeno *di fatto* sia praticabile una ristrutturazione che riservi un trattamento peggiore al creditore negligente con eventuale beneficio per gli altri creditori di pari grado.

La liberazione del consumatore dai debiti sembra, allora, caratterizzata da una totale *interconnessione*⁹⁶ tra le posizioni dei diversi soggetti in guisa che il comportamento di uno può incidere positivamente o negativamente sulla sfera giuridica degli altri.

Ancor più specificamente deve rilevarsi come ciascuna condotta *participi* a condizionare le sorti dell'*insieme* delle situazioni giuridiche passive gravanti sul sovraindebitato⁹⁷.

Se l'esdebitazione, come evidenziato in dottrina, costituisce un'eccezionale limitazione della responsabilità del debitore⁹⁸, il concreto modo di atteggiarsi di siffatta limitazione sembra *modellarsi*, volta a volta, in relazione alla qualità delle parti ed al complessivo atteggiarsi degli interessi in campo quali si evidenziano in ragione del differente comportamento tenuto da debitore e creditore al sorgere di *ciascun* rapporto obbligatorio.

Nel piano di ristrutturazione, l'esdebitazione sembra, cioè, seguire lo schema proprio di taluni strumenti di tutela degli interessi dei consumatori; strumenti, quali, ad esempio, la nullità di protezione la cui operatività non può determinarsi a

⁹⁵ Come rileva GRIECO, *Le procedure di liquidazione delle crisi da sovraindebitamento*, in DELLA ROCCA-GRIECO, *Il codice della crisi d'impresa. primo commento al d.lgs. n. 14/2019*, Padova, 2019, p. 161, il creditore che viola il dovere di corretta erogazione del credito causa un danno ai creditori anteriori.

⁹⁶ Cfr., PELLECCIA, *Indebitamento e sovraindebitamento: tra codice civile e codice della crisi e dell'insolvenza*, cit., p. 825.

⁹⁷ Già in relazione alla l. n. 3/2012, la dottrina rilevava una "personalizzazione dell'obbligazione pecuniaria del consumatore con conseguente non banale impatto sulla regola dell'indifferenza che connota il modello astratto di obbligazione". Così, CAMARDI, *Il sovraindebitamento del consumatore e il diritto delle obbligazioni. Alcune riflessioni ai confini del sistema del diritto civile*, in D'AMICO, (a cura di), *Sovraindebitamento e rapporto obbligatorio*, cit., p. 188.

⁹⁸ D'AMICO, *Esdebitazione e concorso dei creditori nella disciplina del sovraindebitamento*, cit., p. 45.

priori, ma dipende dall'esame della "situazione complessiva"⁹⁹, dell'insieme, cioè, delle circostanze che hanno accompagnato e condizionato la formazione dell'atto e che consentono di cogliere il reale dispiegarsi degli interessi in campo.

Nel settore contrattuale, la tutela del consumatore si fonda su regole che mostrano una certa flessibilità consentendo di *modellare* e *adattare* l'intervento normativo sull'autonomia privata¹⁰⁰ in ragione del *deficit* di libertà contrattuale che si è registrato a monte. Basti pensare alle clausole vessatorie qualificate come nulle se sottratte alla trattativa individuale¹⁰¹.

Uguale flessibilità si rinviene negli interventi normativi che hanno segnato l'epifania del *consumerism* nella disciplina delle obbligazioni¹⁰².

Il riferimento è, in particolare, all'art. 120-*quinquiesdecies*, T.u.b. che impone al finanziatore di gestire i rapporti con il consumatore in difficoltà nei pagamenti "per il tramite di procedure, capaci di *adattarsi* alle specificità dei singoli casi ... tenendo in debito conto la gravità della condizione di disagio in cui il singolo consumatore versa"¹⁰³.

Siffatta disposizione ha attratto l'interesse della dottrina che vi ha ravvisato "l'*archetipo* di una nuova tutela del credito, «elastica e "sartoriale", soppiantante quella «rigida ed uniformemente conformata» dell'art. 1218 c.c."¹⁰⁴.

Prima di adire le vie giudiziarie¹⁰⁵, infatti, il creditore deve individuare, con la collaborazione del debitore, "i motivi delle difficoltà incontrate e le più adeguate

⁹⁹ V. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. I, p. 459 ss.; e ora in ID., *Categorie e istituti del diritto civile nella transazione al postmoderno*, Milano 2005, p. 683 s., spec., 713; ID., *Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 845.

¹⁰⁰ Nel costruire un regolamento efficiente, « la norma non interviene direttamente sul regolamento pattizio, bensì sui presupposti e sulle condizioni (...) ritenuti indispensabili e funzionali alla determinazione di un assetto programmatico contrattuale senz'altro meritevole di garanzia giuridica » (V. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, cit., p. 701, ID., *Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia*, cit., p. 845).

¹⁰¹ Sia consentito un rinvio a RENDE, *Informazione e consenso nella costruzione del regolamento contrattuale*, Milano, 2012, spec., p. 245 ss.

¹⁰² Cfr. GRISI, *Note in margine ad inadempimento e responsabilità*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, p. 545 ss.; PAGLIANTINI, *Debito e responsabilità nella cornice del XXI secolo: note minime*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, spec., p. 1077 ss. Sul punto v., anche CAMARDI, *Legislazione della «crisi» e diritto privato patrimoniale. Una nuova complessità, tra efficienza e coerenza sistematica*, in *Osservatorio dir. civ. comm.*, 2017, p. 265 ss. spec. p. 282 ss. che, peraltro, segnala come già con la disciplina del sovraindebitamento si assista al moltiplicarsi degli statuti dell'insolvenza.

¹⁰³ GRISI, *Note in margine ad inadempimento e responsabilità*, cit., p. 556.

¹⁰⁴ Cfr., PAGLIANTINI, *Debito e responsabilità nella cornice del XXI secolo: note minime*, cit., p. 1080 il quale riprende, peraltro, il pensiero di GRISI, *Op. loc. ult. cit.*

¹⁰⁵ Cfr., par. 8, sez. VI *bis*, Provvedimento della Banca d'Italia, *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti*, del 9 luglio 2009 come modificato e integrato da ultimo con provvedimento del 18 giugno 2019 in *GU Serie Generale* n.156 del 05 luglio 2019. Anche il recupero del credito vantato nei confronti del consumatore viene, perciò, assoggettato ad una *procedimentalizzazione* tipica del *consumerism* (sull'impiego della tecnica della procedimentalizzazione nel diritto di derivazione comunitaria, v. NAZZARO, *Obblighi d'informare e procedimenti contrattuali*, Napoli 2000, *passim*): l'iniziativa giudiziale per il recupero del credito deve, peraltro, essere preceduta anche

misure da adottare per il rimborso del credito”¹⁰⁶.

L'inadempimento del consumatore determinato da “casi di eventuale stato di bisogno o di particolare debolezza”¹⁰⁷ è fattispecie evidenziante una pluralità di interessi eterogenei sia interni (in quanto riconducibili alle due parti del rapporto obbligatorio) che esterni, siccome inerenti alle dinamiche del mercato¹⁰⁸.

Da qui la necessità del nuovo approccio alla tutela del credito che rifugge da soluzioni predeterminate e standardizzate e si costruisce, volta per volta, in ragione delle peculiarità del caso di specie.

Anche l'esdebitazione del consumatore segue il medesimo schema: il *discharge* non costituisce, invero, l'esito di una valutazione concernente una singola condotta isolatamente considerata¹⁰⁹, ma è frutto del *complessivo* bilanciamento della posizione del debitore con quella dei suoi creditori in guisa da rivelare la “meritevolezza” del consumatore agli occhi dell'ordinamento giuridico. Una meritevolezza che dovrà, peraltro, essere apprezzata anche alla luce delle ricadute macroeconomiche¹¹⁰ della

dall'adempimento di obblighi informativi concernenti le conseguenze degli omessi pagamenti e le misure di sostegno eventualmente disponibili.

¹⁰⁶ Cfr., par. 8, sez. VI *bis*, del citato Provvedimento della Banca d'Italia, *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti*.

¹⁰⁷ Cfr., art. 120-*quinquiesdecies*, comma 1, T.u.b. Tale disposizione rinvia, peraltro, alla Banca d'Italia l'individuazione delle concrete misure che il finanziatore può adottare in ragione delle peculiarità del caso concreto. Il par. 8 della sez. VI *bis*, del citato Provvedimento della Banca d'Italia sulla *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti* dispone, in proposito, che “nel valutare le iniziative da assumere per venire incontro alle esigenze dei consumatori in difficoltà nel rispettare i termini di pagamento, il finanziatore tiene conto delle circostanze personali, degli interessi, dei diritti e della capacità di rimborso del consumatore. Le iniziative possono prevedere: 1) il rifinanziamento totale o parziale del credito; 2) la modifica delle condizioni del contratto di credito, che possono includere: a) l'estensione della durata del contratto; b) la modifica della tipologia del credito; ad esempio, un contratto che prevede il rimborso contestuale, con ciascuna rata, di capitale e interessi può essere modificato convenendo, per un arco temporale predefinito, il solo pagamento degli interessi; c) il differimento totale o parziale del pagamento delle rate; d) la rinegoziazione del tasso di interesse; e) la sospensione temporanea del pagamento delle rate”.

¹⁰⁸ Sull'inadeguatezza degli strumenti codicistici di tutela del credito a cogliere le “implicazioni generali e gli effetti di mercato di un inadempimento diffuso presso categorie ampie di debitori”, v., CAMARDI, *Legislazione della «crisi» e diritto privato patrimoniale. Una nuova complessità, tra efficienza e coerenza sistematica*, cit., p. 282 ss.

¹⁰⁹ Si presta, perciò, “attenzione non semplicemente al singolo atto oppure a un certo numero di atti, ma alla dimensione vitale cui gli episodi che qualifichiamo “atti” si producono” (cfr., DI MARZIO, *L'insolvenza civile nel diritto delle procedure concorsuali*, cit., p. 674).

¹¹⁰ Cfr., MACARIO, *Sovraindebitamento e procedure di esdebitazione per i debitori non fallibili. Il completamento della riforma*, in *Osservatorio dir. civ. comm.*, 2012, p. 219. L'A. evidenzia la necessità di “valutare la vicenda dell'esdebitazione del debitore civile anche alla luce dell'analisi economia del diritto”. Sul punto v., anche ROJAS ELGUETA, *L'esdebitazione del debitore civile: una rilettura del rapporto civil law-common law*, in *Banca, borsa*, 2012, p. 310 ss.; ID., *Profili sistematici dell'esdebitazione: dalla limitazione di responsabilità dell'imprenditore alla protezione sociale del consumatore*, in *Riv. dir. priv.*, 2014, spec., p. 276.

condotta di *entrambe* le parti¹¹¹.

Già in relazione alla legge n. 3/2012, la dottrina aveva evidenziato la scelta del legislatore di “attribuire rilevanza a circostanze che altrimenti, nell’ottica individualistica dell’obbligazione, resterebbero indifferenti, in quanto attinenti alla persona del debitore e non alle dinamiche del rapporto obbligatorio”¹¹².

L’esame della giurisprudenza formatasi sotto il vigore della l. n. 3/2012 consente di evidenziare come la liberazione dai debiti sia influenzata da elementi c.d. “esterni” quali le condizioni del mercato del lavoro, la natura dell’interesse da soddisfare mediante il prestito, la sopravvenienza di eredità o di altre fonti alternative di incremento del patrimonio.

Nel Codice della crisi, come si è visto, l’insieme delle circostanze da ponderare diviene ancor più articolato.

Il rilievo attribuito alla condotta precontrattuale dei creditori incide, infatti, non soltanto sull’*an*, ma anche sul *quomodo* dell’esdebitazione e rende necessario, a nostro avviso, un ripensamento anche del modo di operare della responsabilità patrimoniale del consumatore¹¹³.

¹¹¹ L’accesso all’esdebitazione, come segnalato da più parti in dottrina, deve essere governato in modo da scoraggiare i comportamenti più spregiudicati da parte del debitore; al contempo, però, occorre ribadire la centralità della condotta del finanziatore assunto per volontà legislativa al ruolo di argine contro il determinarsi delle situazioni di sovraindebitamento. Cfr., PELLECCIA, *Composizione delle crisi da sovraindebitamento: il “piano del consumatore” al vaglio della giurisprudenza*, cit.; ID., *Indebitamento e sovraindebitamento: tra codice civile e codice della crisi e dell’insolvenza*, cit., p. 825.

¹¹² CAMARDI, *Il sovraindebitamento del consumatore e il diritto delle obbligazioni. Alcune riflessioni ai confini del sistema del diritto civile*, cit., p. 197.

¹¹³ La dottrina ha evidenziato come nel nuovo contesto normativo le regole generali del diritto delle obbligazioni siano “chiamate a regolare una situazione inedita (per il diritto comune) di interdipendenza tra le singole relazioni“. Così, PELLECCIA, *Indebitamento e sovraindebitamento: tra codice civile e codice della crisi e dell’insolvenza*, cit., p. 825.

È dunque nullo il mutuo fondiario “eccedentario” erogato per un valore superiore all’80% di quello dell’immobile ipotecato: alcune riflessioni in tema di responsabilità notarile

di Silvia Princivalle*

Abstract: A ruling by the Supreme Court reaffirms the nullity of the “surplus” land loan. It underlines how the financiability limit pursuant to art. 38, paragraph 2, is an essential element of the content of contract, and its failure to comply determines the nullity of contract itself. The absence of this element constitutes an imperative limit to private autonomy due, because it protects a public interest. This new nullity would fall within the absolute nullities, neither cryptic nor virtual, but now consolidated in the jurisprudential guidelines. So, the notary who stipulates a null mortgage may have disciplinary responsibility.

SOMMARIO: 1. L'importanza del tema “mutui” nell'età dell'emergenza. – 2. La statuizione della nullità per carenza di un elemento essenziale del mutuo fondiario. – 3. Le conseguenze “notarili” della dichiarazione di nullità: il percorso della nullità inequivoca. – 4. Profili disciplinari notarili in sede ispettiva degli atti di mutuo.

1. Il tema dei mutui è uno dei più caldi dell’ultimo decennio di riforme legislative. La disciplina dei mutui, e dei finanziamenti per l’acquisto di un’abitazione in genere, ha subito una serie di interventi legislativi più o meno incisivi, legati soprattutto all’importanza politica che la materia riveste: spesso si tratta di ampi provvedimenti cosiddetti *omnibus* che «seguono la logica dell’attualità socio-economica e hanno perciò una natura accentuatamente politica (anzitutto nel senso che sono progettate e realizzate principalmente al fine di ottenere un ritorno di immagine e di consenso da parte degli elettori)»¹.

Sotto il profilo economico risulta subito evidente come, sia l’attività edilizia sia quella immobiliare, costituiscano un potente volano dello sviluppo e della ripresa produttiva. Non a caso ad esse il legislatore sta dedicando particolare attenzione al fine di alimentarne una quanto più veloce ripresa nel difficile periodo di emergenza

* Avvocato, Professore a contratto e Assegnista di ricerca Università di Bologna

¹ In tal senso SIRENA, *La nuova disciplina dei mutui ipotecari e le prospettive di una riforma legislativa*, in AA. Vv., *La nuova disciplina dei mutui ipotecari. Il ruolo del notaio e la prassi bancaria*, in *I quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, 2009, p. 9.

sanitaria che stiamo vivendo. Si pensi, ad esempio, al nuovo “superbonus 110%”². Il legislatore ha previsto diciotto mesi per rendere le nostre case più green nei consumi energetici e più sicure dal punto di vista sismico senza spendere nulla, anzi recuperando anche più di quanto speso. Sulla carta, quella offerta dal Decreto Rilancio con il superbonus, che prevede un vantaggio fiscale del 110% sotto forma di detrazioni Irpef spalmate in soli cinque anni, è un’occasione unica sia per le imprese, sia per i proprietari di immobili, sia, in ultima istanza, per gli istituti bancari. Infatti, il vero vantaggio sta nel poter far realizzare i lavori con fattura a zero: il contribuente potrà interamente cedere il proprio credito di imposta all’impresa che realizzerà i lavori la quale potrà, a sua volta, decidere se tenere per sé il credito di imposta o cederla ad una banca che coprirà il 100% dei lavori effettuati.

Ancora una volta diviene, pertanto, essenziale la funzione creditizia delle banche a sostegno non solo di coloro che operano nel settore edile, ma anche verso coloro che, nonostante il periodo di crisi, vogliono poter acquistare l’abitazione principale o rendere quella già acquistata antisismica ed ecosostenibile.

Arriva una nuova crisi dei mercati finanziari internazionali già segnati da quella che, da poco più di un decennio, aveva scosso l’economia globale, evidenziando «gli effetti degenerativi di una operatività che si caratterizza per la traslazione dei rischi di credito dagli intermediari (banche e società finanziarie) ai risparmiatori-investitori, acquirenti di prodotti rivendenti da cartolarizzazioni a basso livello di sicurezza»³. Come è noto, le origini della crisi economica vanno ricercate nel crollo del sistema di *real estate* statunitense e nella eccessiva facilità con cui negli Stati Uniti sono stati erogati i c.d. mutui “*subprime*” da banche e finanziarie a clientela non affidabile, che non ha fornito adeguate garanzie reddituali⁴ e che, in presenza di un aumento dei tassi di interesse, è diventata in larga misura insolvente⁵.

L’Italia è stata investita solo indirettamente da questa prima crisi dei mercati degli anni 2006-2009, poiché nel nostro ordinamento giuridico vige un sistema di controlli dato principalmente dalla presenza del notaio e dalla trascrizione/iscrizione degli atti nei Pubblici Registri Immobiliari. È il sistema delle garanzie ipotecarie

² Il Superbonus è un’agevolazione prevista dal Decreto Legge «Rilancio» del 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 (in S.O. n. 25, relativo alla G.U. 18/07/2020, n. 180).

³ Così CAPRIGLIONE, *I “prodotti” di un sistema finanziario evoluto. Quali regole per le banche? Riflessioni a margine della crisi causata dai mutui sub-prime*, in *Banca borsa tit. di cred.*, 2008, 1, p. 20.

⁴ Per una ampia e puntuale classificazione delle diverse tipologie di mutuo erogate a soggetti con “*blemished credit, low income, or limited documentation*” (che, ove valutati sulla base dei canoni ordinari del merito creditizio, sarebbero stati di certo ritenuti non idonei per un “*mortgage at standard market interest rates*”) si consulti il sito <http://www.thetruthaboutmortgage.com>.

⁵ Si v. ancora CAPRIGLIONE, *I “prodotti” di un sistema finanziario evoluto. Quali regole per le banche? Riflessioni a margine della crisi causata dai mutui sub-prime*, in *Banca borsa*, 2008, 1, p. 20 ss. Sul punto cfr. anche RAMPINI, *Mutui. Quel panico nato dal mattone*, in *La Repubblica*, 21 agosto 2007, ove si puntualizzano le ragioni che hanno fatto diventare il mutuo casa “epicentro di una crisi finanziaria che ha destabilizzato i mercati, spaventato i risparmiatori e le banche centrali”.

correlate ai mutui, ed ai finanziamenti a medio-lungo termine in generale, così rigido e statico, che ha assicurato la certezza dei nostri crediti.

Nel nostro ordinamento, fin dal codice preunitario, è indubbio che l'ipoteca⁶ costituisca «una delle garanzie più tranquillanti e sicure»⁷ e che tutta la materia ad essa inerente sia da considerarsi fra «le più importanti solo che si consideri che essa dà vita al credito, aumenta la circolazione dei capitali, contribuisce alla conservazione dei patrimoni in virtù delle più efficaci garanzie»⁸.

E mai come in questo periodo storico-economico, caratterizzato dalla chiusura dei mercati finanziari prima e dalla crisi sanitaria poi, tali affermazioni appaiono vere e profondamente condivise dagli operatori del settore. L'ipoteca è una “necessaria” certezza per la tutela del credito⁹. Alla crisi economica e del mercato immobiliare, il legislatore non ha risposto solo cercando nuove forme di tutela degli acquirenti, sempre più parte debole del contratto, ma soprattutto ponendo la sua attenzione al mondo del credito, ed in particolare ai mutui per l'acquisto dell'abitazione principale.

Senza, poi, dimenticare tutte le problematiche connesse in via generale al tema del credito al consumo¹⁰ ed alla figura del consumatore, con tutto ciò che consegue

⁶ Molte le opere di carattere generale che affrontano il tema delle garanzie ipotecarie, *ex multis*, già all'epoca del codice preunitario del 1865, si segnalano: CARABELLI, *Il diritto ipotecario vigente nel Regno Lombardo-Veneto*, Milano, 1856; CANNADA BARTOLI, *Sistema ipotecario italiano*, Napoli, 1879; BORSARI, *Commentario del codice civile italiano*, vol. IV, pt. II, Torino, 1881, p. 500 ss.; POCHINTESTA, *Dei privilegi e delle ipoteche secondo il codice civile italiano*, I, Torino, 1880; LUZZATI, *Dei privilegi e delle ipoteche*, Torino, 1884; MELUCCI, *Il sistema ipotecario nel diritto civile italiano*, Torino, 1893; MIRABELLI, *Delle ipoteche secondo il codice italiano*, Napoli, 1895; CHIRONI, *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*, II ed., Torino, 1917-1918; CICU, *L'ipoteca*, Bologna, 1929; GORLA, *Le garanzie reali dell'obbligazione*, Roma, 1935; MOSCHELLA, *Ipotecche (diritto civile)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, VII, Torino, 1938, p. 167 ss.; COVIELLO, *Proposte di riforma al codice civile in tema di ipoteche*, in *Foro it.*, 1934, IV, p. 209 ss.

In relazione al codice civile vigente ed al tema delle ipoteche cfr. F. S. GENTILE, *Le ipoteche*, Roma, 1961; FRAGALI, *Ipoteca (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 770 ss.; BOERO, *Le ipoteche*, in *Giur. sist. Bigiavi*, Torino, 1984; G. GORLA-P. ZANELLI, *Pegno. Ipotecche. Art. 2784-2899*, in *Comm. Scialoja-Branca*, IV ed., Bologna-Roma, 1992; CICERO, *Iscrizione e rinnovazione ipotecaria*, in BUSNELLI (diretto da), *Cod. civ. commentario*, Milano, 2008; CHIANALE, *L'ipoteca (I diritti reali)*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, VI, II ed., Torino, 2010; C. MASSIMO BIANCA, *Le garanzie reali e la prescrizione*, in *Diritto civile*, Milano, 2012, p. 321 ss.

⁷ Così RAVAZZONI, *Ipoteca (ipoteca immobiliare)*, in *Enc. Giur.*, XVII, Roma, 1989, p. 10.

⁸ In tal senso I. MOSCHELLA, *Ipotecche (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, VII, Torino, 1938, p. 167.

⁹ Si v. S. PRINCIVALLE, *Gli acquisti immobiliari nella politica dell'emergenza*, Bologna, 2018, p. 14.

¹⁰ Sull'importanza del fenomeno del credito al consumo e del suo imporsi quale *trend* economico di fondamentale importanza si v., *ex multis*, ALPA, *L'attuazione della direttiva sul credito al consumo*, in *Economia e dir. terziario*, 1994, p. 313, in cui si analizza compiutamente la nascita del credito al consumo ed il suo sviluppo economico; e ancora ID., *I contratti del consumatore e la disciplina generale dei contratti e del rapporto obbligatorio*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 351; DE NOVA, *I nuovi contratti*, Torino, 1994; MACARIO, *Il credito al consumo*, in *I contratti dei consumatori*, Gabrielli e Minervini (a cura di), in *Trattato dei contratti*, Rescigno e Gabrielli (diretta da), Torino, 2005, p. 543; DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: la direttiva 2008/48/CE e l'armonizzazione completa» delle disposizioni nazionali concernenti taluni aspetti» dei contratti di credito ai consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 255; ROSSI, *Il credito al consumo: dal*

relativamente alla vessatorietà delle clausole contrattuali ed alla nullità relativa delle stesse, considerandone anche la loro irrinunciabilità.

E l'occasione per tornare a parlare di questi temi così delicati ci è data da una recentissima statuizione della Suprema Corte di Cassazione del 21 gennaio 2020, la n.1193¹¹ che si inserisce in quel filone interpretativo inaugurato con la pronuncia dei giudici di legittimità del 13 luglio 2017, la n. 17352, che ha affermato il principio della nullità dei mutui fondiari che non rispettino il parametro dell'80% della finanziabilità in base al valore dell'immobile dato in garanzia¹².

L'ultima statuizione della Suprema Corte ribadisce con gran forza la nullità del mutuo fondiario "eccedentario" sottolineando come «il limite di finanziabilità *ex art. 38, comma 2*, è elemento essenziale del contenuto del contratto, e il suo mancato rispetto determina la nullità del contratto stesso, costituendo un limite inderogabile all'autonomia privata in ragione della natura pubblica dell'interesse tutelato, volto a regolare il *quantum* della prestazione creditizia al fine di favorire la mobilitazione della proprietà immobiliare e agevolare e sostenere l'attività di impresa».

2. Come detto quest'ultima pronuncia si inserisce in un orientamento ormai consolidato aperto nel 2017. In quell'occasione la Suprema Corte di Cassazione si era trovata a dover statuire su un ricorso presentato contro una pronuncia del Tribunale di Venezia che, con decreto 26 luglio 2012, aveva rigettato l'opposizione allo stato passivo di una società fallita promossa da un istituto bancario che, con un *pool* di altre banche, aveva concesso un mutuo fondiario per complessivi 7.000.000 di Euro garantito da ipoteche su un compendio immobiliare della società mutuataria. Il Tribunale aveva ritenuto che la Banca avesse violato la disciplina del mutuo fondiario, visto il superamento del limite di finanziabilità di cui al combinato disposto del secondo comma dell'art. 38 del T.U.B. e della delibera del CICR del 22 aprile 1995 che stabilisce, appunto, nell'80% il rapporto fra valore dell'immobile ipotecato e mutuo erogabile.

In conseguenza di ciò, il Tribunale veneziano dichiarava nullo il contratto di mutuo nella sua interezza ed escludeva la possibilità di una sua conversione, integrale o parziale, in mutuo ipotecario ritenendo che la domanda presentata dal creditore in tal senso fosse inammissibile poiché novativa dell'originario *petitum*.

Con l'originaria sentenza qui richiamata, la Corte di Cassazione riteneva «di dover rimeditare il principio affermato dalla sezione in ordine al non essere il superamento del limite di finanziabilità determinativo della nullità del contratto di mutuo fondiario (si v. Cass. n. 26672/2013 e Cass. n. 27380/2013, e poi anche Cass.

fenomeno socio-economico alla fattispecie contrattuale, in *Le monografie di Contratto e impresa*, serie diretta da F. Galgano, Padova, 2017, p. 1 ss.

¹¹ Così Cass. Civ., sez. I, 21.01.2020, n. 1193, in *Diritto & Giustizia*, fasc. 25, 2020, p. 4 ss., con nota G. Denora, *Il mutuo fondiario allunga il passo*.

¹² Cfr. Cass. Civ., sez. I, 13.07.2017, n. 17352, in *Notariato*, 1, 2018, p. 1 ss., con nota G. Migliorati, *Mutuo Fondiario: la rilevanza costituzionale del limite di finanziabilità*, p. 7 ss.

n. 22446/2015, Cass. n. 4471/16)». Tale precedente orientamento aveva escluso la nullità del contratto di mutuo fondiario che avesse superato il limite di finanziabilità ritenendone ostativa la tradizionale impostazione secondo cui unicamente la violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto sarebbe suscettibile di determinarne la nullità, non già la violazione di norme, anche se imperative, ma riguardanti il comportamento dei contraenti ed inerenti un elemento (la determinazione dell'importo massimo finanziabile) previsto a tutela del sistema bancario¹³.

Una pronuncia che si pone come una pietra miliare nel mai sopito dibattito, dottrinale e giurisprudenziale, in merito alle conseguenze giuridiche da ricollegare ai mutui fondiari che potremmo quindi definire come "eccedentari"; in particolare, superando e mettendosi in netto contrasto con il precedente orientamento della medesima sezione della Suprema Corte del 2013, nega che alla violazione del precepto normativo possa ricondursi solo una sanzione amministrativa a carico dell'istituto bancario erogante.

Per meglio capire il pensiero della Suprema Corte, occorre, innanzitutto, fare una breve riflessione sul perché nel nostro ordinamento vi siano ancora legislazioni speciali, di particolare favore, nel settore dei finanziamenti a medio-lungo termine, e sulla validità (anche costituzionale) di tali normative¹⁴.

La disciplina di forme speciali di credito ha caratterizzato l'ordinamento bancario italiano fin dalla sua formazione¹⁵. Il Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (d.lgs. 385/1993) si colloca solo quale ultimo tassello di un lungo processo di riforma, che ha avuto inizio negli anni Novanta e che ha significativamente modificato l'originaria struttura del nostro ordinamento bancario¹⁶, intervenendo sulla disciplina tanto degli intermediari creditizi, quanto dell'operazione di erogazione del credito¹⁷.

¹³ Cfr. ANNONI, *Mutuo fondiario nullo se eccedente l'80% del valore dei beni ipotecati*, in *Federnotizie*, 2017.

¹⁴ Sulla validità costituzionale della normativa speciale riservata ai mutui fondiari si v. Corte Cost., 22.06.2004, n. 175, la quale, dichiarando inammissibile la questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto gli artt. 38 T.U.B. e 67 L.F. in relazione all'art. 3 Cost., ha ribadito il venir meno della distinzione tra credito fondiario e credito edilizio. Discrimine, per l'appunto, già negato dalla Banca d'Italia in due comunicazioni del 1994 nelle quali si precisa che, essendo venuta meno la distinzione tra credito edilizio e credito fondiario, quest'ultimo possa riassumere in sé finanziamenti di diversa natura e, cosa più importante, non sussiste alcun vincolo di destinazione delle somme erogate, mancando nella norma di riferimento la previsione di uno specifico scopo.

¹⁵ Il nostro ordinamento riserva un'autonoma, organica e speciale disciplina del credito fondiario già con la legge 14 giugno 1866, n. 2983 e con il Testo Unico delle leggi sul credito fondiario, approvato con regio decreto 16 luglio 1905, n. 646.

¹⁶ Si v. COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 2012, 447 ss., il quale pone in luce il «fittissimo intreccio» esistente tra «disciplina dei crediti speciali e statuto degli enti creditizi deputati alla loro erogazione».

¹⁷ Cfr. FARINA, *Superamento del limite di finanziabilità e (nullità del) credito fondiario*, in *Banca borsa*, 4, 2015, p. 534.

La “despecializzazione”¹⁸ dell’attività creditizia e la soppressione degli istituti di credito fondiario (intesi come i soli enti autorizzati all’erogazione del credito fondiario), la nascita di un nuovo modello di credito fondiario risultante dalla fusione con il credito edilizio e definito come finanziamento fondiario, la mancanza dello scopo legale di tale finanziamento e la sua non configurabilità come mutuo di scopo, la non più necessaria correlazione tra operazioni attive e passive poste in essere dal soggetto finanziatore, la sopravvivenza di una normativa di favore per le banche in ordine al regime delle ipoteche e del procedimento esecutivo, ed i tanti dubbi sollevati in dottrina sulla legittimità costituzionale della stessa, sono solo alcuni degli aspetti della nuova disciplina dettata dal TUB¹⁹.

L’attuale complesso delle fonti normative in materia di credito fondiario si inserisce, quindi, in quel processo di decodificazione e di nascita di micro-sistemi di cui parla la dottrina civilistica. La nuova normativa bancaria, infatti, è caratterizzata ovunque da un criterio di delegificazione²⁰. Il continuo proliferare di sempre nuove disposizioni provenienti da fonti diverse, l’accavallarsi nel tempo di normative e discipline *extra legem*, la regolamentazione della materia a macchia di leopardo con diversi piani di lettura, rendono sicuramente «meno “leggibili” da parte dei cittadini, e anzitutto degli operatori giuridici ed economici, le regole di comportamento poste loro dal legislatore; ma soprattutto tende a scardinare i meccanismi delicati e

¹⁸ Il processo di integrazione europea, ed in particolare le direttive comunitarie n. 77/780 e n. 89/646 ha sicuramente contribuito a portare all’abbandono del fenomeno della “specializzazione”: ciò ha forzato i sistemi bancari degli Stati membri ad una più accentuata concorrenzialità, imponendo il superamento di tutti quei limiti all’intermediazione creditizia che impedissero un libero confronto dei diversi enti sul mercato unico europeo. La prima significativa tappa del processo di riforma che ha investito il sistema bancario è costituita dal d.lgs. 356/1990 (che attua la riforma della c.d. «banca pubblica») il quale, nell’eliminare ogni forma di limitazione di competenza territoriale, consente a tutte le banche di esercitare le attività a medio e lungo termine. A questa prima forma di despecializzazione «territoriale» seguono, col d.lgs. 481/1992, forme di despecializzazione «istituzionale» (concretizzatasi nel venir meno della distinzione tra «aziende» ed «istituti» di credito, confluiti nel nuovo «ente creditizio»); «temporale» (legata all’abbandono della distinzione tra raccolta a breve, o medio-lungo termine); «funzionale» (che, nel consentire alle banche di dedicarsi ad attività altre rispetto all’attività creditizia in senso stretto, da lì all’avvento della cd. “banca universale”). Tale quadro giunge a compimento col d.lgs. 385/1993, il quale interviene sulla disciplina del rapporto di credito fondiario. Le diverse fasi dell’evoluzione storica del credito fondiario vengono ben evidenziate in BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo t.u. bancario*, Padova, 1996, p. 7 ss.; su questi temi si v. anche il più recente SANGIOVANNI, *Il credito fondiario*, in AA. VV., *La disciplina dei rapporti bancari*, a cura di Fiorucci, Padova, 2012, p. 246; e FARINA, *Superamento del limite di finanziabilità e (nullità del) credito fondiario*, in *Banca borsa*, 4, 2015, p. 534.

¹⁹ Cfr. G. FALCONE, *Riflessioni sulla nozione di «finanziamento» negli artt. 38 segg. del decreto legislativo n. 385 del 1993: il credito fondiario come contratto*, in *Dir. fall.*, 1999, I, p. 660; ID., *Commento sub art. 38*, in *Testo Unico Bancario. Commentario*, a cura di Porzio, Belli, Losappio, Rispoli, Farina, Santoro, Milano, 2010, p. 366.

²⁰ Più in generale sul tema della delegificazione si v. P. ZANELLI, *Dalla detipizzazione alla delegificazione e (quindi) al contratto: fra autonomia e controlli*, in AA. VV., *Diritto amministrativo e società civile – Studi introduttivi*, vol. I, 2018, p. 251 ss.

complessi sui quali si regge l'impalcatura degli istituti civilistici, producendo così risultati irrazionali o contraddittori»²¹.

Nel settore del credito fondiario, in particolare, la disciplina degli aspetti tecnici delle operazioni è stata trasferita dal livello primario (legge) a quello secondario (normativa amministrativa costituita dalle istruzioni della Banca d'Italia, adottate in conformità delle deliberazioni del CICR) e ciò in perfetta linea con l'attuale tendenza alla decodificazione. La disciplina è articolata su due diversi piani: quanto alla definizione ed all'oggetto, è la legge; viceversa, quanto agli aspetti tecnici delle singole operazioni, la fonte primaria delega alla fonte secondaria la loro regolamentazione.

Dalla lettura di questi pochi dati normativi, diretti ed indiretti, gli unici elementi essenziali che caratterizzano il mutuo fondiario sono solo quelli indicati nell'art. 38 del TUB, e cioè il contratto stipulato dovrà avere «per oggetto la concessione, da parte di banche, di finanziamenti a medio e lungo termine garantiti da ipoteca di primo grado su immobili» e «la Banca d'Italia, in conformità delle deliberazioni del CICR, determina l'ammontare massimo dei finanziamenti». Ed è con la circolare n. 119/1995 (attuativa della delibera del CICR del 22 aprile 1995) che la Banca d'Italia ha fissato l'ammontare massimo dei finanziamenti nella misura dell'80% del valore dei beni ipotecati o del costo delle opere da eseguire sugli stessi, salva la possibilità di elevare tale limite fino alla soglia del 100%, ove siano prestate garanzie integrative qualificate, che rendano così sicura la solvibilità del credito.

Si deve escludere che la natura fondiaria del credito sia subordinata all'esclusivo scopo acquisitivo di un immobile, assistito da garanzia ipotecaria necessariamente di primo grado. Invero, l'art. 38 T.U.B non pone tali due elementi come condizioni essenziali per configurare un credito come fondiario²².

L'istituto del mutuo fondiario è molto utilizzato nel nostro panorama creditizio, poiché risulta uno strumento molto più vantaggioso per gli istituti di credito, e ciò grazie alle numerose deroghe al diritto comune contenute negli artt. 39 e 41 del

²¹ Cfr. SIRENA, *La nuova disciplina dei mutui ipotecari e le prospettive di una riforma legislativa*, in AA. Vv., *La nuova disciplina dei mutui ipotecari. Il ruolo del notaio e la prassi bancaria*, in *I quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, 2009, p. 9, ove ancor di più si sostiene che «poiché gli interventi legislativi in questa materia hanno ormai raggiunto una massa critica, si pone quindi l'esigenza di assoggettarli a una verifica rigorosa di coerenza e di razionalità pratica, progettando una modernizzazione complessiva del diritto ipotecario che sfugga alla contingenza e all'improvvisazione e che realizzi così le aspettative di una maggiore efficienza, e perciò di una maggiore giustizia», ed in quest'ottica, sospinti anche dalle iniziative di derivazione europea, forse bisognerebbe avere il coraggio, come già accaduto in altri ordinamenti di civil law a noi vicini (si pensi alla riforma francese sul tema), di «abbandonare la facile scorciatoia dei provvedimenti occasionali, coordinando invece le innovazioni legislative che sono state fino ad ora introdotte, correggendole ovvero integrandole là dove necessario e inserendole organicamente nelle discipline più generali che costituiscono il tessuto dell'ordinamento giuridico». Sulla *Ordonnance n. 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux su retés*, e sulla riforma francese delle garanzie in generale, si v. FIORENTINI, *La riforma francese delle garanzie nella prospettiva comparatistica*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, p. 1155 e ss.; VARI, *La riforma sull'ipoteca convenzionale in Francia*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, p. 249 e ss.

²² Si v. Cass. 12.11.2014, n. 24038, in *Diritto & Giustizia*, 2014.

T.U.B.: si pensi alla non assoggettabilità a revocatoria fallimentare delle ipoteche iscritte almeno 10 giorni prima la pubblicazione della sentenza dichiarativa del fallimento, alla non obbligatorietà della notifica del titolo contrattuale esecutivo unitamente al precetto, nonché alla possibilità di essere soddisfatti anticipatamente in sede di distribuzione del ricavato derivante dalla vendita dell'immobile²³.

Il tema affrontato dalla Corte di legittimità è quello della distinzione tra le norme imperative di validità e le norme imperative di condotta seppure muovendo non dall'esame di disposizioni poste a tutela del cliente-contraente debole, bensì dall'analisi di regole finalizzate a garantire il funzionamento delle banche e a salvaguardare quella che tradizionalmente è considerata la parte "forte" del rapporto. La violazione di norme aventi natura imperativa non sempre conduce alla caducazione dell'intero rapporto, dal momento che, spesso, la nullità si presenta come il rimedio contrattuale meno idoneo a garantire la piena realizzazione della regola disattesa; pertanto deve essere esclusa la nullità del contratto ove l'effettività della norma può essere meglio assicurata da strumenti diversi.

La Suprema Corte si muove sostenendo, *in primis*, che la previsione di un limite massimo di finanziabilità risponde ad una regolamentazione dettata da obiettivi economici generali²⁴, in considerazione anche delle ripercussioni che questa tipologia di finanziamenti possono avere su un piano economico nazionale, e che la *ratio* di tali agevolazioni risiede proprio nella specialità della disciplina dettata in materia.

In secondo luogo, sottolinea come la dicotomia fra regole comportamentali e regole giuridiche non possa valere per la previsione del limite di finanziabilità, dal momento che le precedenti pronunce della medesima Corte, ed in particolare la sentenza n. 26672/2013²⁵, non hanno mai messo in discussione la natura di norma imperativa dell'art. 38 del TUB.

In sostanza, la prima sezione civile della Corte di Cassazione con la pronuncia in parola del 2017 ha statuito che il mutuo fondiario "eccedentario" è totalmente nullo, e non solamente "irregolare", perché la soglia dell'80% del valore dell'immobile concesso in garanzia deve considerarsi come un elemento essenziale per la qualificazione del mutuo come "fondiario".

²³ Le maggiori agevolazioni le possiamo ritrovare nel settore processuale. Su questi temi cfr. SANGIOVANNI, *Le particolarità fallimentari del credito fondiario*, in *Fallimento*, 2011, p. 1149 e ss.; DIDONE, *Credito fondiario e fallimento: due privilegi in cerca di «ratio»*, in *Fallimento*, 1997, p. 95 e ss.; PETRAGLIA, *Rapporti tra credito fondiario, fallimento, esecuzione individuale e preclusioni*, in *Fallimento*, 1996, p. 1127 e ss.; PATTI, *Credito fondiario tra esecuzione individuale e fallimento: accertamento del credito e liquidazione dei beni*, in *Fallimento*, 2005, p. 1143 ss.; MACAGNO, *Rapporti tra esecuzione individuale e concorsuale di credito fondiario: conferme dal legislatore della riforma*, in *Fallimento*, 2009, p. 1229 e ss.

²⁴ Cfr. Cass. civ. 1.09.1995, n. 9219, in *Dir. Civ. Contemp.*, 1995, che già aveva, con ampia ed articolata motivazione, ricondotto il superamento del limite dell'80% alla nullità parziale del contratto.

²⁵ Si v. Cass. civ. sez. I, 28.11.2013, n. 26672, in *Giur. comm.*, 2,II, p. 256, con nota G. Falcone, *Ancora sul superamento dei «limiti di finanziabilità» nelle operazioni di credito fondiario*.

3. Una volta chiarita la posizione della Corte con la pronuncia n. 17352/2017, ripresa poi dalla più recente sentenza n. 1193/2020, resta da interrogarsi su quali siano le conseguenze “notarili” che da tale nuova nullità discenderanno.

Nel sistema del codice civile, la violazione di norme imperative dà luogo, *ex art.* 1418, comma 1, c.c., alla nullità del contratto se la legge non dispone diversamente. Sarà, quindi, configurabile la nullità c.d. “virtuale”²⁶ di un contratto a prescindere da una espressa e “testuale” previsione di legge qualora sia certa la natura imperativa della norma violata.

Secondo l’orientamento dominante in dottrina ed in giurisprudenza, l’imperatività della norma discenderebbe dalla natura degli interessi tutelati, da identificarsi con gli interessi di carattere pubblico o generale²⁷.

Discorso a sé stante deve, poi, esser fatto sul rapporto fra nullità relativa, nullità virtuale e responsabilità del notaio rogante²⁸. Secondo l’orientamento dominante della giurisprudenza, nella misura in cui vi sia una violazione di norme imperative, e l’imperatività della norma risulti in modo evidente, e quindi manifesto ed inequivoco, dal tenore delle disposizioni, deve ritenersi che la nullità, sia testuale sia virtuale, comporti la responsabilità del notaio rogante ai sensi dell’art. 28 l. not.²⁹. Ogni qualvolta, viceversa, tale nullità assoluta ed inequivoca non si configuri, la responsabilità disciplinare dovrà essere esclusa.

Dunque, gli «atti espressamente proibiti dalla legge» di cui all’art. 28 l. not.³⁰ sono solo quegli atti i cui vizi danno luogo in modo «inequivoco» alla «nullità asso-

²⁶ In giurisprudenza, sulla nullità virtuale del contratto contrario a norme imperative di legge, si v. Cass. civ., 7.03.2001, n. 3272, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 2109; Cass. civ., 13.09.2000, n. 12067, in *Giur. it.*, 2002, p. 69; Trib. Milano, 20.02.1997, in *Banca borsa*, 2000, II, p. 82; Cass. civ., 29.10.1994, n. 8949, in *Corr. Giur.*, 1995, p. 217; Cass. civ., S.U., 18.07.1989, n. 3363, in *Riv. notariato*, 1989, p. 708; Cass. civ., 4.12.1982, n. 6601, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 1172; Cass. civ., 11.10.1979, n. 5311, in *Riv. notariato*, 1980, p. 134; Cass. civ., 27.11.1975, in *Foro it.*, 1976, I, p. 307; Cass. civ., S.U., 21.08.1972, n. 2697, in *Giust. civ.*, 1972, II, p. 1914.

²⁷ Sul punto si v. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993, p. 121 ss.; TOMMASINI, *Nullità (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XXVIII, Milano, 1978, p. 878. Per la giurisprudenza si v. per tutte fra le più recenti Cass. civ., 6.04.2001, n. 5114, in *Corriere giur.*, 2001, p. 1062; Cass. civ., 15.03.2001, n. 3753, in *Giur. it.*, 2001, p. 2083; Cass. civ., 26.01.2000, n. 863, in *Giur. it.*, 2000, p. 1585; Cass. civ., S.U., 17.12.1984, n. 6600, in *Giust. civ.*, 1985, I, p. 1385.

²⁸ Sul tema cfr. COSTANZA, *Problematiche e prospettive ricostruttive dell’istituto della nullità*, in *Vita notarile*, 1, 2006, p. 45; CACCAVALE, *La “nullità di protezione” delle clausole abusive e l’art. 28 della legge notarile*, in *Notariato*, 1, 2007, p. 49 ss.; nonché M. NUZZO, *Nullità speciali e responsabilità del notaio*, Studio n.271-2008/C, in *Cnn Studi e materiali*, 2008.

²⁹ In merito all’art. 28 l. not. e del suo ambito di applicazione si v. per tutti DI FABIO, *Manuale di notariato*, Milano, 1981, p. 92 ss.; PROTETTI, DI ZENZO, *La legge notarile*, Milano, 1981; BOERO, *La legge notarile commentata*, Torino, 1993, I, p. 169 ss.

³⁰ Sul significato dell’espressione «atti espressamente proibiti dalla legge» cfr. ANGELONI, *Gli atti «espressamente proibiti dalla legge» di cui all’art. 28 legge notarile sono dunque solo gli atti nulli in quanto contrari a norme proibitive*, in *Contratto e impresa*, 3, 1998, p. 1007 ss.; BRIGANTI, *Atti invalidi e responsabilità del notaio*, in *Notariato*, 1998, p. 12 ss.; CASU, *Funzione notarile e controllo di legalità*, in *Riv. notariato*, 1998, p. 561 ss.; P. ZANELLI, *Nullità «inequivoca»*, in *Contratto e impresa*, 3, 1998, p. 1253 ss.; ALBANESE, *La verifica notarile di legalità sulle società: primi problemi interpretativi*, in *Contratto e impresa*, 2, 2001, p. 791 ss.; NOTARI,

luta» dell'atto (o anche di una sua clausola) per contrarietà a norme imperative, precisandosi che esse sono sia quelle comprese nel 1° comma dell'art. 1418 c.c., sia quelle indicate nei commi successivi, poiché anche gli atti affetti da queste ultime nullità sono atti contrari a norme imperative. Da ciò discende che gli atti «inequivocamente proibiti dalla legge» sono gli atti la cui nullità sia oggetto di un consolidato orientamento dottrinale o giurisprudenziale.

Pur restando ancora aperti i problemi in merito alla qualificazione «dell'orientamento dottrinale consolidato», ed alla determinazione del concetto di norme imperative di cui all'art. 1418, 1° comma, c.c., si sono tracciati, in dottrina e giurisprudenza, alcuni fondamentali punti fermi, e cioè: tra le invalidità che possono colpire gli atti, solo la nullità fonda la responsabilità *ex art. 28 l. not.*; e tra le nullità, solo quelle inequivocamente assolute sono fonte di responsabilità del notaio.

Alla natura «inequivoca» della nullità di cui all'orientamento ora indicato, fa da utile collegamento e completamento la riforma approntata con la legge n. 340/2000. Nel formulare il nuovo art. 138-*bis* l. not., la normativa parla, infatti, di condizioni «manifestamente» inesistenti. Da prima l'art. 28 l. not. con il suo «espressamente», poi la consolidata giurisprudenza della Suprema Corte con il suo «inequivocamente», e da ultimo l'art. 138-*bis* l. not. con il suo «manifestamente», creano fra di loro un collegamento formando una sorta di continuità logica³¹.

Innovando rispetto alla tradizione, nel corso degli anni novanta, la giurisprudenza ha cominciato a sostenere che oggetto del divieto sono soltanto i vizi che danno «luogo, in modo inequivoco, alla nullità assoluta dell'atto per contrarietà a norme imperative»³². Il notaio rogante, pertanto, andrà esente da ogni responsabilità in caso di nullità virtuali, quando cioè dall'atto non risulti in via immediata la riconduzione alla sanzione della nullità. L'avverbio «espressamente», che «qualifica la categoria degli «atti proibiti dalla legge», va inteso come «inequivocamente», per cui si riferisce a contrasti dell'atto con la legge, che risultino in termini inequivoci, anche se la sanzione di nullità deriva solo attraverso la disposizione generale di cui all'art. 1418, comma primo, c.c., per effetto di un consolidato orientamento interpretativo dottrinale»³³.

Controllo di legalità degli atti societari da parte del notaio, in *Quaderni di Giur. comm.*, 2001, p. 31 ss.; G. LAURINI, *Autonomie e controllo di legalità dopo la riforma delle società di capitali*, in *Riv. notariato*, 1, 2004, p. 15 ss.

³¹ In tal senso P. ZANELLI, *Gli atti e i verbali societari. Controlli e massime notarili*, in *Tratt. Galgano*, Padova, 2006, XXXIX, p. 17; GALGANO, ZANELLI, SBISA, *Società per azioni. Art. 2325-2341 ter*, in *Comm. Scialoja-Branca*, t. I, Bologna-Roma, 2006. Sul collegamento logico fra l'avverbio «espressamente» dell'art. 28 l. not. e l'avverbio «inequivocamente» della giurisprudenza della Suprema Corte, si v. ancora Trib. Milano, 18.12.2003, in *Federotizie*, maggio 2004, in cui si sottolinea come l'avverbio «espressamente» vada inteso nel senso di in equivoco contrasto con la legge.

³² Così Cass. civ. sez. III, 11.11.1997, n. 11128, in *Notariato*, con nota Briganti; subito confermata da Cass. civ., sez. III, 19.02.1998, n. 1766, in *Riv. notariato*, 1998, p. 704.

³³ In tal senso da ult. si v. ancora P. ZANELLI, *Liberalizzazioni, notariato, Europa*, Milano, 2008, p. 74 s.; e DOLMETTA, *Sui «limiti» di applicazione dell'art. 28 legge notarile. A proposito della violazione delle norme*

La Cassazione giunge, per la prima volta, a circoscrivere il campo di applicabilità dell'art. 28, n. 1, della l. not. e, riferendosi all'inequivocità della nullità, assume una posizione intermedia fra l'orientamento estensivo della precedente giurisprudenza di legittimità, secondo cui la formulazione «espressamente proibiti dalla legge» comprenderebbe tutti gli atti contrastanti a disposizioni cogenti della legge (c.d. nullità virtuale *tout court*), e l'orientamento contrario restrittivo della dottrina prevalente, secondo cui rientrerebbero solamente gli atti specificamente vietati (c.d. nullità testuale).

La Suprema Corte ha, quindi, recepito in buona parte le considerazioni prospettate da autorevole dottrina fin dagli anni novanta e già prospettate dalla giurisprudenza di merito.

Con un orientamento oramai consolidato, la Cassazione ha statuito che in tema di responsabilità disciplinare dei notai, il divieto imposto dall'art. 28, comma 1°, n. 1, l. not. di ricevere atti «espressamente» proibiti dalla legge o «manifestamente» contrari al buon costume e all'ordine pubblico, così come ora nel settore societario l'art. 138-*bis* l. not. parla di responsabilità del notaio qualora iscriva un atto o un verbale societario in cui siano «manifestamente» inesistenti le condizioni previste dalla legge, «attiene ad ogni vizio che dia luogo ad una nullità assoluta dell'atto, con esclusione, quindi, dei vizi che comportano l'annullabilità o l'inefficacia dell'atto ovvero la stessa nullità relativa»³⁴.

E ancora un'altra pronuncia della Suprema Corte sul tema delle nullità in relazione alla responsabilità del notaio, in cui, dopo aver sottolineato come ormai vi sia un orientamento giurisprudenziale assolutamente pacifico, si afferma che il divieto di ricevere atti espressamente proibiti dalla legge attenga profili tipici della nullità, quali l'imprescrittibilità dell'azione e, secondo ad "ogni vizio che dia luogo a nullità assoluta dell'atto, con esclusione dei vizi che diano luogo solo all'annullabilità o all'inefficacia dell'atto ovvero alla nullità relativa". Infatti, il divieto di cui all'art. 28 n. 1 l. not. si riferisce solo a quegli atti che la legge, in considerazione del loro contenuto, ritenga di non dover riconoscere per la tutela di un interesse superiore, sottratto alla disponibilità della parte. Gli "atti proibiti dalla legge" sono, in sostanza,

imperative di protezione, in *Contratto e impresa*, 1, 2004, p. 76 ss., ed in particolare si v. p. 90 ss. ove si condivide l'orientamento pienamente l'orientamento della Cassazione sostenendo che l'avverbio "espressamente" ben possa essere inteso nel significato di "non equivoco".

In netto contrasto con l'orientamento assunto dalla Suprema Corte si pone, fra tutti, GERBO, *Nullità, articolo 28 della legge notarile e le responsabilità del professionista*, in *Riv. notariato*, 1, 2003, p. 39ss, il quale afferma che simili decisioni sono «criticabili non solo sul piano del metodo, ma anche nella sostanza, perché pervengono a risultati largamente non condivisibili e probabilmente anche non utili.

³⁴ Così Cass. civ., 1.02.2001, n. 1394, in *Riv. notariato*, 2001, p. 892. Già in precedenza si era inserita nella stessa linea di pensiero Cass. civ., 4.11.1998, n. 11071, in *Riv. notariato*, 1999, p. 1014; e per la giurisprudenza di merito Trib. Napoli, 31.03.2000, in *Giur. napoletana*, 2000, p. 249; da ult. Trib. Milano, 18 dicembre 2003, in *Federotizie*, maggio 2004, in una pronuncia ove si ribadisce che «al notaio non possono imporsi compiti di ermeneutica in presenza di incertezze interpretative oggettive, operando il divieto di ricevere atti quando esso risulti in modo pacifico».

gli atti nulli, individuando con tale espressione di carattere generale, tutte le ipotesi di nullità e quindi non solo quelle comprese nel primo comma dell'art. 1418 c.c. (atti contrari a norme imperative), ma anche quelle indicate nei commi successivi, poiché anche gli atti affetti da queste ultime nullità, a ben vedere, sono atti contrari a norme imperative. La contrarietà a norma imperativa è ravvisabile se il divieto ha carattere assoluto, tale da non consentire possibilità di esenzione dalla sua osservanza per alcuno dei destinatari della norma³⁵. Poiché l'art. 1418 c.c., ai commi 2 e 3, individua ipotesi di nullità assolute, e come tali non ammettono deroghe, l'atto che contenesse tali specifiche ipotesi di nullità sarebbe anche "contrario a norma imperativa". Le uniche categorie di nullità che non rientrano nell'ambito degli atti proibiti dalla legge, sono pertanto i casi di nullità relativa, in quanto, «proprio perché rilevabili non d'ufficio o da chi vi abbia interesse, ma solo da chi è a ciò legittimato dalla legge, costituiscono ipotesi strutturalmente simili all'annullabilità o all'inefficacia, pur conservando alcuni, anche l'irrinunciabilità e l'insanabilità»³⁶.

Sempre su questo sentiero una più recente statuizione della Suprema Corte³⁷ che ancora una volta ribadisce che la «responsabilità disciplinare dei notai, poiché il divieto (imposto dall'art. 28, comma 1 n. 1, l. n. 89 del 1913) di ricevere atti "espressamente proibiti dalla legge" riguarda gli atti affetti da nullità assoluta, e non da mera annullabilità, inefficacia o nullità relativa», non sussiste qualora l'atto rogato sia affetto da qualsiasi altra invalidità diversa dalla nullità assoluta, pertanto non potrà essere applicata a carico del notaio la sanzione prevista dalla legge notarile.

Su questo punto occorre conclusivamente prendere atto del fatto che oggetto del giudizio disciplinare non è, in via diretta, la nullità dell'atto rogato dal Notaio. Ma è soltanto se quella nullità derivi dalla violazione di una norma imperativa dal contenuto "espresso", "manifesto" ed "inequivoco", come tale apprezzabile dal Notaio.

Questo ragionamento, seppure svolto con riguardo alla nullità degli atti rogati, esprime la regola generale da applicarsi in sede di giudizio disciplinare per tutte le violazioni conseguenti alla inosservanza di una norma imperativa. In altri termini, è sanzionabile la condotta del Notaio soltanto se questi abbia violato una norma imperativa dal contenuto "espresso", "manifesto" ed "inequivoco", ancorché al di fuori delle ipotesi della nullità.

Da ultimo, ma non certo per importanza, la pronuncia della Suprema Corte n. 21202/2011, con cui i giudici di legittimità, nella loro nuova funzione di nomofilachia e di creatori di principi di diritto, hanno statuito che «solo a seguito delle pro-

³⁵ In tal senso Cass. civ., sez. II, 4.12.1982, n. 6601, in *Riv. notariato*, 1983, p. 726.

³⁶ Così anche Cass. civ., 7.11.2005, n. 21493, in *Giust. civ.*, 2006, 7-8, p. 1494, ove fra l'altro si affronta la questione della invalidità parziale dell'atto nel caso in cui sia colpita da nullità una sola clausola del contratto: il divieto per il notaio di ricevere atti espressamente proibiti dalla legge o manifestamente contrari al buon costume o all'ordine pubblico, di cui all'art. 28 comma 1 n. 1 l. n. 89 del 1913, si riferisce anche alle singole clausole dell'atto notarile, risultando del tutto irrilevante, ai fini disciplinari, che la detta clausola, nulla per contrasto con norma imperativa, sia sostituita di diritto dalla norma stessa ai sensi dell'art. 1419 c.c..

³⁷ Si tratta di Cass. Civ., 14.02.2008, n. 3526, in *Riv. notariato*, 2008, 6, p. 1414, con nota di Casu.

nunzie di questa Corte è venuto meno il contrasto esistente nella giurisprudenza di merito e nella dottrina e si è consolidata una giurisprudenza di legittimità, divenendo inequivoca l'interpretazione» oggetto della sentenza, con conseguente nullità negli atti che non rispettino le norme imperative che si assumono violate. E ancora affermano che «certamente anche il notaio rogante, come ogni operatore giuridico, dovrà attenersi all'interpretazione nomofilattica della norma in questione data da questa Corte di legittimità, preposta, appunto, a garantire l'esatta interpretazione ed osservanza della legge»³⁸.

Una presa di posizione forte della Corte di legittimità che si assurge ad unico interprete delle norme in caso di contrasto, arrivando addirittura a stabilire la data esatta dalla quale la violazione di quelle norme abbia dei risvolti disciplinari e sanzionatori per i notai.

4. La Suprema Corte, nella pronuncia qui in esame così come nelle precedenti, fa rientrare la nullità dei "mutui fondiari eccedentari", nell'alveo delle nullità assolute, insanabili, non criptiche né virtuali, ma ormai consolidate negli orientamenti giurisprudenziali e di parte della dottrina. Con ciò la responsabilità del notaio rogante, e quindi il compimento dell'illecito disciplinare, si consumerebbe al momento della redazione e chiusura dell'atto.

Nel diritto penale è, infatti, noto che il principio di offensività costituisca oggi un «canone interpretativo universalmente accettato»³⁹ secondo quanto affermano sia la Corte Costituzionale sia la Suprema Corte di Cassazione. L'indirizzo giurisprudenziale ha avuto inizio con la notissima sentenza n. 62 del 1986 della Cassazione⁴⁰ secondo la quale spetta, appunto, in ogni caso al Giudice «determinare in concreto ciò che non raggiungendo la soglia dell'offensività (...) è fuori dal penalmente rilevante». Merita, in particolare, segnalare che anche con riguardo ai delitti di falso (doloso), si sia esclusa ogni rilevanza penale della condotta nelle ipotesi, giudicate

³⁸ Cfr. Cass., 13.10.2011, n. 21202, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, 2, p. 483 con nota di L. Felletti, *Clausola compromissoria societaria nella e responsabilità del notaio ai sensi dell'art. 28 n. 1 l. not.: la Cassazione risolve il contrasto e fissa il D-Day dell'illecito disciplinare*, in cui la Suprema Corte arriva ad affermare che «sussiste la responsabilità disciplinare del notaio ai sensi dell'art. 28 comma 1 n. 1 l. not., per avere redatto un atto espressamente proibito dalla legge, allorché sia stato rogato, a decorrere dall'1 settembre 2011, un atto costitutivo di società con previsione di clausola compromissoria di arbitrato di diritto comune e, quindi, difforme dal disposto dell'art. 34 comma 2 d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 5. Infatti, solo dalla fine di agosto 2011, essendo decorso il tempo necessario alla diffusione delle due pronunzie di Cass. civ., 9.12.2010 n. 24867 e Cass. civ., 20.07.2011 n. 15892, può ritenersi pacifica l'interpretazione dell'art. 34 comma 2 cit., come comportante la nullità della clausola arbitrale che attribuisca il potere di nomina degli arbitri ad un soggetto interno alla società: solo da tale data, pertanto, la nullità comminata dall'art. 34 comma 2 cit., può essere considerata inequivoca».

³⁹ Così testualmente MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, 2005, p. 248.

⁴⁰ Si v. Cass. pen., n. 26/1986, in *Cass. pen.*, 1986, p. 1963 s., in cui si trattava il caso, di una legislazione così peculiare come quella in tema di armi riconoscendo, testualmente, la Suprema Corte che «una minima quantità di esplosivo» era «nella concreta fattispecie inidonea ad offendere i beni tutelati dalle normative in discussione».

per l'appunto inoffensive, di falso "innocuo" essendo tale quello che «non incide sull'esistenza e sull'efficacia di un determinato atto»⁴¹

Il principio di offensività si è, poi, pienamente affermato nei più diversi settori del diritto penale: ad esempio dai delitti contro l'amministrazione della giustizia ai delitti di falso; dai delitti contro il patrimonio ai reati societari e fallimentari⁴² diventando un principio generale del nostro ordinamento con applicazione analogica anche a quella materia, così vicina al diritto penalistico-sanzionatorio, che è la materia disciplinare.

Ma in materia disciplinare notarile non viene applicato questo principio prevalendo l'indirizzo più restrittivo che sanziona il notaio per il solo aver stipulato un atto viziato, salvo il caso dell'atto sanabile per legge⁴³. A nulla, quindi, può valere la conversione dell'atto nullo in altro atto (ad esempio, nel caso in esame, in un mutuo ipotecario) valido ed efficace nel nostro ordinamento, dal momento che, per costante orientamento giurisprudenziale e delle Co.Re.Di, la sanzione per il notaio scatta al semplice compimento dell'illecito, anche se lo stesso sia privo di qualsiasi effetto negativo per le parti e per l'ordinamento giuridico⁴⁴.

Sul punto si sono pronunciate anche le Commissioni Regionali Disciplinari⁴⁵ affermando che debba essere pienamente condiviso quanto statuito dalla Suprema Corte nella pronuncia n. 21493/2005 e che quindi l'illecito del notaio viene consumato al momento della redazione dell'atto nullo, o anche della sola clausola nulla, non potendo spiegare efficacia sanante o estintiva della punibilità, rimedi predisposti per conservare ai fini privatistici la validità dell'atto.

Ne consegue che la ripetizione degli atti, così come la loro inoffensività per le parti o per l'ordinamento, non «esonera il notaio dalle responsabilità disciplinari, poiché l'illecito, avendo carattere istantaneo, risulta definitivamente consumato».

Sicuramente ci sarà da chiedersi se, in sede di ispezione biennale degli atti notarili o in caso di ispezioni straordinarie azionate da parte dei Consigli Notarili Distrettuali su esposto di un cliente eventualmente leso, possa essere eccepita al notaio la violazione del rapporto fra mutuo erogato e valore dell'immobile e quali possano essere, quindi, le sue responsabilità.

⁴¹ Così Cass. pen., sez. V, 21.06.1983, in *Giust. pen.*, 1984, II, p. 286; nonché Cass., 13.10.1987, in *Foro it.*, 1998, II, c. 318.

⁴² Sul punto si v. ancora MANES, *op. cit.*, p. 248 e s.

⁴³ Così Cass. civ., Sez. II, 20 novembre 2018, n. 29894, in *Rivista giur. edil.*, 2019, 2, I, 392, in cui si mette un punto fermo sul tema: l'intervenuta sanatoria dell'atto notarile nullo estingue il procedimento disciplinare. Potrebbe rimanere però aperto il discorso sul piano deontologico, in ordine al quale la Cassazione non si pronuncia. Il rapporto tra norme disciplinari e norme deontologiche registra ancora pochi riferimenti giurisprudenziali, ma non è mancata qualche Coredi (Piemonte 66/2018) che, nel caso concreto, ha riconosciuto l'autonomia dei due diversi piani. Si v. anche DI SAPIO - MURITANO, *La sanatoria cancella l'illecito disciplinare*, in www.ilsole24ore.com.

⁴⁴ Cfr. Cass., sez. III, 7.11.2005, n. 21493, in *Vita notarile*, 2006, p. 372.

⁴⁵ Si v. Co.Re.Di. Emilia Romagna, 20.05.2008, n. 113/2008.

E ciò partendo anche dal presupposto che il notaio non può «limitarsi al mero compito di accertamento della volontà delle parti e di direzione della compilazione dell'atto, ma deve compiere tutte quelle attività, preparatorie e successive, necessarie in quanto tese ad assicurare la serietà e certezza dell'atto giuridico posto in essere, e ciò, in conformità, allo spirito della legge professionale»⁴⁶.

Il più delle volte, però, il pubblico ufficiale non ha gli strumenti necessari per poter sindacare la corretta valutazione dell'immobile (effettuata dalle parti o ancor di più da parte del perito della Banca) potendo invece solo verificare eventualmente la astratta sussistenza dei requisiti previsti dalla legge per l'ottenimento delle agevolazioni previste dal D.Lgs. 385/93, e quindi in tema di riduzione degli onorari e di tasse ipotecarie⁴⁷.

Lo sfioramento del tetto dell'80% potrebbe essere del tutto ignoto al notaio, dal momento che lo stesso viene coinvolto nella stipulazione solo una volta che la fase istruttoria di fattibilità dell'operazione di mutuo si è già conclusa, ed anche in considerazione del fatto che il valore del bene è solo un mero dato di fatto; e il fatto stesso che il medesimo notaio sia quasi sempre incaricato di stipulare contestualmente compravendita e mutuo, venendo quindi a conoscenza in anticipo di quale sia il rapporto prezzo/mutuo non è comunque risolutivo della questione.

Qualora il rapporto prezzo/mutuo non rientrasse nei parametri, superandoli, il notaio dovrebbe, dunque, rifiutarsi di stipulare il mutuo?

Ma a ben vedere la domanda da porsi dovrebbe essere un'altra: è il prezzo di vendita che garantisce il mutuante oppure è il valore effettivo del bene? E la risposta ci è fornita dal secondo comma dell'art. 38 del TUB che espressamente prevede che l'ammontare massimo dei finanziamenti debba essere individuato «in rapporto al valore dei beni ipotecati o al costo delle opere da eseguire sugli stessi».

A tal proposito, è in uso da parte delle banche far precedere da una perizia dei beni oggetto di ipoteca la delibera del mutuo, così da essere certi di rispettare il rapporto richiesto. Ed allegare al mutuo la perizia, o quanto meno conservarla nel fascicolo della pratica, potrebbe essere una forma di tutela del notaio che lo esonerebbe da ogni responsabilità.

Tuttavia, quasi tutte le banche sono restie ad inviare la perizia al notaio, e ancor più ad allegarla al mutuo stesso. Con il che non si risolve, in concreto, la problematica inerente la possibile responsabilità disciplinare del notaio.

⁴⁶ In tal senso SANNINO, *Le conseguenze del superamento del limite di finanziabilità nelle operazioni di credito fondiario*, in *CNN Studi e Materiali*, Studio n. 111-2018/C, in cui si sostiene che la nullità dell'intero mutuo fondiario appare una sanzione eccessiva e sovrabbondante in relazione agli interessi in gioco e pertanto non certo ispirata a criteri di ragionevolezza e proporzionalità; e conseguentemente il Consiglio Nazionale del Notariato, ponendosi in netto contrasto con il nuovo orientamento della Suprema Corte, conferma la condivisibilità della precedente tesi secondo cui il superamento del limite di finanziabilità nelle operazioni di credito fondiario non determini la nullità dell'operazione ma solo sanzioni a carico dell'Ente erogatore.

⁴⁷ Cfr. ancora SANNINO, *Le conseguenze del superamento del limite di finanziabilità nelle operazioni di credito fondiario*, in *CNN Studi e Materiali*, Studio n. 111-2018/C.

E allora la soluzione potrebbe essere la stessa che i notai già adottano in altri casi, e cioè ad esempio quando richiedono alle parti di attestare la conformità catastale (oggettiva) del bene immobile *ex art. 29 bis* l. n. 52/1985, oppure quando chiedono alla parte venditrice di dichiarare gli estremi dei titoli abilitativi alla costruzione da indicare in atto. La soluzione potrebbe essere l'ammonizione ai sensi del d.p.r. n. 445/2000⁴⁸.

Per quanto qui interessa, l'ammonizione delle parti del mutuo può, quindi, riguardare la necessità che il finanziamento sia concesso nei limiti indicati dall'art. 38 tub, dovendo le parti confermarne il rispetto. La circostanza che tale limite possa, invece, risultare sfiorato (e non solo in base al rapporto prezzo/mutuo ma anche nella sostanza avendo riguardo al reale valore degli immobili da ipotecarsi), è questione che non si rifletterà in alcun caso sulla responsabilità del notaio, né su un piano civile e né su un piano disciplinare.

Da ultimo, occorre ricordare che l'illecito disciplinare si fonda sempre anche su di un elemento psicologico (almeno) della colpa e che, di fronte all'ammonizione alle pari ad opera del notaio, che null'altro può verificare, tale elemento psicologico sarà del tutto escluso.

Potrebbe essere una piccola cautela idonea e sufficiente a prevenire rischi collegabili alla responsabilità dei notai.

⁴⁸ Così SICCHIERO, *La tutela del notaio di fronte al mutuo nullo ex art. 38 t.u.b.*, in www.ticosoci.it.

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 DI SPEDIZIONE (se diverso) | COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE) | | |
| INDIRIZZO | | N. CIVICO | | |
| CAP | | LOCALITÀ | PROV. | |
| ABBONAMENTI | ITALIA | | ESTERO | |
| | <input type="checkbox"/> abbonamento annuale 2021 | <input type="checkbox"/> abbonamento in versione PDF | <input type="checkbox"/> abbonamento annuale 2021 | <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 D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, La informiamo che i Suoi dati saranno conservati nel database informatico del titolare del trattamento Cacucci Editore Sas. I Suoi dati saranno utilizzati dalla nostra società, da enti e società esterne ad essa collegati, nonché da soggetti terzi, titolari autonomi del trattamento, solo per l'invio di materiale amministrativo-contabile, commerciale e promozionale. Ai sensi dell'art. 7 del citato D.Lgs., Lei ha diritto di conoscere, aggiornare, rettificare, cancellare i Suoi dati, nonché di esercitare tutti i restanti diritti ivi previsti, mediante comunicazione scritta a Cacucci Editore Sas, Via Nicolai, 39 - 70122 Bari.

DATA

FIRMA



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 979-12-5965-011-5



9 791259 650115

ISSN 1128-2142



9 770112 821428

€ 38,00