

# *rivista di* diritto privato

3 anno XXI - luglio/settembre 2016

**Comitato scientifico**

Giorgio De Nova

Enrico Gabrielli

Natalino Irti

Pietro Rescigno

Piero Schlesinger

Paolo Spada

Adriano Vanzetti

**Direzione**

Giorgio De Nova

Mario Cicala

Enrico Gabrielli

Luigi Augusto Miserocchi

Vincenzo Roppo

Giuliana Scognamiglio

Giuseppe Tucci

Giuseppe Vettori



**CACUCCI  
EDITORE**

# *rivista di* diritto privato

## **Pubblicazione trimestrale**

**Editrice:** Cacucci Editore S.a.s.

Via D. Nicolai, 39 – 70122 Bari (BA)

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

Telefono 080/62030890 – Fax 080/5234777

**Direttore responsabile:** Nicola Cacucci

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

**Direttore:** Giorgio De Nova

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

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

**Redazione:** Adriana Addante, Claudia Morgana Cascione,  
Marco Nicolai

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

Egregio abbonato,

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

I Suoi dati saranno utilizzati dalla nostra società, da  
enti e società esterne ad essa collegati, nonché da sog-  
getti terzi, titolari autonomi del trattamento, solo per  
l'invio di materiale amministrativo-contabile, com-  
merciale 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 pre-  
visti, mediante comunicazione scritta a Cacucci Edi-  
tore S.a.s., Via Nicolai, 39, 70122 Bari.

## **CRITERI DI SELEZIONE DEI CONTRIBUTI PUBBLICATI**

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

L'Autore di uno scritto che aspiri ad essere pubblicato in  
questa Rivista deve inviare il proprio lavoro alla Redazio-  
ne, 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 sottoposizio-  
ne alla procedura di referaggio, il Direttore invia il contri-  
buto ad uno o più esperti del tema trattato, designati dal  
Direttore preferibilmente fra i componenti del Comitato  
Scientifico.

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

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

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

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

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

# *rivista di* diritto privato

---

2016

**Comitato scientifico**

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

**Direzione**

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



CACUCCI  
EDITORE

---

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

---

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

---

## SOMMARIO 3/2016

---

### Saggi e pareri

---

- Crisi economica e tipologie contrattuali**  
*di Daniela Valentino* 327
- Testamento epistolare e nuove tecnologie**  
*di Camillo Verde* 363
- Clausole ricognitive dell'intervenuta negoziazione tra le parti delle clausole concordate**  
*di Benedetta Sirgiiovanni* 401
- Collazione, divisione del testatore e preterizione**  
*di Giovanni Schiavone* 411
- Circolazione dei crediti risarcitori tra interesse speculativo ed esigenze di sistema**  
*di Antonio Davola* 441

### Difese e decisioni

---

- DNA polifunzionale della responsabilità civile: recenti apporti della Cassazione**  
*di Paolo Pardolesi* 461



## *Saggi e pareri*

---





# Crisi economica e tipologie contrattuali

di Daniela Valentino\*

*SOMMARIO: 1. Il rent to buy nella prassi notarile. – 2. Il buy to rent. – 3. L'art. 23, d.l. 12 settembre 2014, n. 133. La fase del godimento: il canone, la disciplina dell'usufrutto, l'inadempimento, il fallimento, cenni sugli aspetti tributari. – 4. Segue. La fase del trasferimento della proprietà: il diritto di opzione; la trascrivibilità. – 5. Un nuovo tipo contrattuale? – 6. La disciplina di alcuni altri ordinamenti.*

1. È noto a tutti che l'attuale crisi economica ha avuto i suoi effetti più dolenti nel settore dell'edilizia<sup>1</sup>, dove sono confluiti due elementi significativi: la carenza di liquidità per investimenti immobiliari e la aumentata difficoltà di acquisire finanziamenti nel settore del credito fondiario<sup>2</sup>. Nonostante la conseguente diminuzione dei prezzi di mercato, il numero delle contrattazioni immobiliari si è ridotto vertiginosamente, in modo quasi proporzionale all'esiguo numero di finanziamenti concessi nel settore<sup>3</sup>.

La diffusa sfiducia nel superamento della crisi si è accompagnata all'inesorabile aumento della tassazione complessiva sul bene-casa che, insieme alla quasi impossibilità di reperire finanziamenti, hanno creato un "humus" eccellente per far scomparire anche "la ricerca stessa dell'affare"<sup>4</sup>.

In tale contesto, gli operatori del settore, in prima linea sul fronte della crisi, quali i notai e gli intermediari immobiliari, si sono trovati ad operare in un mercato nel quale lo scenario, sommariamente delineato, aveva creato una platea di potenziali acquirenti senza un'adeguata patrimonialità personale e senza le caratteristiche necessarie per usufruire di finanziamenti per poter corrispondere il corrispettivo globale dell'acquisto e, frequentemente, nemmeno un acconto.

\* Professore Ordinario di Diritto privato, Università degli Studi di Salerno.

<sup>1</sup> Lo sottolinea Poletti, *L'accesso "graduale" alla proprietà immobiliare (ovvero, sui contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, 32 s.

<sup>2</sup> In generale v. Pagliantini, *Il debito da eccezione a regola*, in *Nuovi profili del diritto dei contratti*, Torino, 2014, 195 ss., sull'incidenza del *credit crunch* nel settore v., Matano, *I nuovi modelli contrattazione immobiliare a confronto con gli strumenti tradizionali*, relazione al Convegno, «Rent to buy». *Le 'nuove frontiere' della circolazione degli immobili*, Santa Maria Capua Vetere, 19 giugno 2014, 1.

<sup>3</sup> Delimitano tale impatto negativo dei vari fattori sulla circolazione dei beni i dati indicati da Cicero, *Rent to buy: la fattispecie e gli interessi sottesi (provocazioni e spunti)*, intervento svolto il 26 giugno 2015 presso l'Università di Cagliari nel seminario «Rent to buy» per il XXV Incontro del Coordinamento nazionale dei dottorati di ricerca in Diritto privato, in *I Contratti*, 2015, 1041 ss.

<sup>4</sup> Tassinari, *Dal rent to buy al buy to rent: interessi delle parti, vincoli normativi e cautele negoziali*, in *I contratti*, 2014, 822; Nazzaro, *Il rent to buy tra finanziamento e investimento*, in *Riv. dir. banc.*, 2015, 1 ss.

Ne è conseguito anche che le ipotesi di mero investimento nel settore, prescindendo dal soddisfacimento di esigenze abitative, sono diventate meno redditizie per l'aumento della tassazione; l'affievolirsi della domanda ha, di fatto, quasi arrestato la costruzione di immobili nuovi, ma ha anche significativamente rallentato la circolazione di quelli esistenti.

Le poche esigenze che emergono sul mercato si possono agevolmente individuare in:

- a) necessità di vendere appartamenti, gravati da mutuo, al fine di acquistare unità immobiliari di metratura più ampia con accollo del mutuo ed un saldo in contanti;
- b) offerta di vendite relative ad immobili di proprietà di imprese costruttrici, proprietarie di complessi immobiliari gravati da mutui eventualmente non frazionati, che non riescono ad allocare agevolmente e necessitano, però, di liquidità per far fronte al pagamento delle rate del finanziamento ottenuto per la costruzione.

Le soluzioni giuridiche per le nuove esigenze sono state delineate in Italia con qualche ritardo, perché i nuovi schemi contrattuali sono stati applicati molto prima nel mercato nordamericano, nel quale il settore edilizio ha risentito significativamente della crisi determinata dal crollo dei mutui *subprime*.

La necessità di reperire la liquidità necessaria, senza ricorrere all'intermediazione bancaria, era già stata soddisfatta attraverso l'operazione di *leasing*. Anche nel settore immobiliare l'operazione coniuga l'esigenza di liquidità, l'utilità dei canoni rateali e il vantaggio fiscale, soddisfacendo interessi diversificati. È necessario, però, avere un soggetto finanziatore, come la società di *leasing*, la cui liquidità è stata sottoposta a significative oscillazioni e, come in ogni periodo di crisi economica, il collocamento delle risorse nel mercato è scemato con un significativo irrigidimento nella valutazione dei rischi anche in queste negoziazioni. D'altro canto non va dimenticato che in tempi economicamente diversi la dottrina più attenta già analizzava le c.dd. locazioni convertibili in vendita per quelle tipologie che prevedevano un meccanismo di acquisizione del godimento ma anche della titolarità, attraverso l'utilizzo delle tecniche del preliminare o dell'opzione<sup>5</sup>; la stessa giurisprudenza si soffermava sulla natura giuridica della locazione con patto di futura vendita delineate anche dal d.lg. 17 aprile 1948, n. 1029<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Magistralmente C.M. Bianca, *La vendita e la permuta*, I, Torino, 1993, 58 ss., che ipotizza anche la diversa variante della vendita in forma di locazione.

<sup>6</sup> V., Cass. 13 luglio 1972, n. 2363, in *Giust. civ.*, 1972, I, 1964; Cass. 21 luglio 1978, n. 3626, in *Riv. giur. edilizia*, 1985, I, 195; Cons. Stato, sez. IV, 3 maggio 2005, n. 2094, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2005, 1359; Cass. 8 gennaio 2007, n. 85, in *Mass.*, 2007, 12; Cass. 19 giugno 2008, n. 16628, *ivi*, 2008, 941. Si ritiene comunemente che il contratto di locazione con patto di futura vendita sia una fattispecie complessa, caratterizzata da una duplicità di rapporti distinti (vera e propria locazione da un lato, promessa od opzione di vendita dall'altro lato), ancorché collegati tra loro da un rapporto di mezzo a fine in relazione all'acquisto

Nel settore si è, così, tentato di individuare figure contrattuali che “*ripartissero tra i contraenti*” la difficoltà di reperire liquidità superando, di fatto, il pagamento immediato e complessivo del prezzo, di consueto approntato con la liquidità generata dalla stipula di un finanziamento<sup>7</sup>.

Le formule adottate nella prassi notarile, categoria professionale che ha svolto un ruolo attento e costruttivo nella vicenda, hanno delineato diverse varianti di combinazioni negoziali. In alcune ipotesi, si è stipulato un contratto di locazione con un canone più alto rispetto a prezzi di mercato consueti per la concessione in godimento; l'accordo evolveva in una compravendita quando l'importo dei canoni corrisposti eguagliava il prezzo di acquisto concordato o quando raggiungeva una entità corrispondente alla differenza tra il prezzo concordato ed un saldo complessivo da erogare al momento dell'atto. In tal modo, si riusciva a “*mettere a reddito*” immobili che non erano collocabili con transazioni di vendita e i potenziali acquirenti “*pre-notavano*” un investimento immobiliare che, nell'immediato, non potevano negoziare.

La tecnica è molto simile a quanto previsto dall'art. 34, r.d. 28 aprile 1938, n. 1165, sull'edilizia popolare poi ripresa nel c.d. decreto Lupi convertito nella l. n. 80 del 2014<sup>8</sup>.

Anche in Italia si è acquisita l'espressione, nota nel mercato nordamericano, di “*rent to buy*”. Si deve osservare, però, che il *rent-to-own* si è sviluppato sin dagli anni precedenti alla crisi immobiliare nel settore dei “*new or used goods such as electronics, appliances, furniture and, more recently, personal computers*”<sup>9</sup>.

Diversamente, in altre ipotesi, si procedeva a stipulare un contratto di compravendita con pagamento a rate e, in caso di inadempimento il venditore riacquistava la proprietà con il noto meccanismo dell'art. 1526, comma 3, c.c. In tal caso, ancor oggi, si discorre di “*buy to rent*”.

---

della proprietà dell'alloggio da parte dell'assegnatario (v. da ultimo Cass. 15 dicembre 2006, n. 26936, in *Riv. giur. edilizia*, 2007, 6, I, 1531; in precedenza, per tutte, Cass. 23 marzo 1992, n. 3587, *ivi*, 1994, I, 509). Si ritiene, altresì, che essa non possa essere assimilata al patto di riservato dominio, poiché in questo caso il trasferimento della proprietà avviene automaticamente con il pagamento dell'ultima rata, mentre nel patto di futura vendita occorre un'apposita manifestazione negoziale (cfr. Cass. 19 giugno 1961, n. 1143, in *Riv. giur. edilizia*, 1961, 534).

<sup>7</sup> Si è evidenziato che per il venditore la soluzione contrattuale è sicuramente di “*ripiego*” rispetto alla tradizionale sequenza vendita-mutuo: Ieva, *Il rent to buy nella prospettiva della valutazione dell'efficienza del modello*, in *Riv. not.*, 2015, 675 (il lavoro è stato consultato dalla banca dati *De Jure Ius Explorer* e la numerazione delle citazioni si riferisce a questa versione: qui 2). V., inoltre Marino, *Rent to buy: Nuovo strumento contrattuale per favorire la ripresa delle transazioni immobiliari*, in *Vita not.*, 2014, 1143 ss.

<sup>8</sup> Lo evidenzia Zanelli, *Rent to buy nelle leggi 80 e 164 del 2014: ora emptio tollit locatum?*, in *Contr. impr.*, 2015, 19.

<sup>9</sup> Anderson and Jackson, *Rent-to-own Agreements: Purchases or Rentals?*, 1; II.DD., *A Reconsideration of Rent-to-own*, in *The Journal of Consumers Affairs*, 2001, 295 ss.; Hawkins, *Renting the Good Life*, in *William & Mary Law Review*, 2008, 2047 ss.

Altra variante era un contratto preliminare di vendita con pagamento a rate e con contestuale versamento di una caparra ed un acconto. L'obbligo del definitivo era operativo, però, se e quando l'acquirente otteneva un finanziamento che gli consentiva il pagamento del saldo. La consegna del bene era anticipata, così, come il pagamento delle rate. È il contratto di "help to buy"<sup>10</sup> ancor presente nella prassi notarile<sup>11</sup>.

La valutazione degli schemi adottati può essere utile anche in presenza della specifica regolamentazione normativa che, com'è noto, consente un buon margine di derogabilità ed estende la disciplina anche a fattispecie diverse più vicine ai precedenti rapporti. Le prassi implicano varianti operative che impongono interpretazioni differenziate sulla natura degli accordi e sulla conseguente disciplina applicabile<sup>12</sup>.

Si è immaginato che si possa configurare un contratto di locazione che si accompagna ad un accordo di vendita, cronologicamente successivo, che consenta di computare come prezzo anche i canoni di locazione (o parte di questi) già corrisposti durante la fase del solo godimento. L'effetto combinatorio tra i due negozi si può ottenere con due modalità.

Il contratto di locazione può essere associato ad un diritto di opzione. L'ipotesi lascia il conduttore libero di acquisire il bene oppure no entro un arco temporale predefinito sulla falsariga dell'art. 1331 c.c. e, pertanto, si deve definire ogni elemento contrattuale sin dalla proposta irrevocabile di vendita.

Diversamente, la concessione in godimento del bene può essere contestuale alla stipula di un preliminare di vendita. L'effetto traslativo diviene, così, programmato ed ineludibile con obblighi di conclusione a carico di entrambe le parti. Inutile precisare che, anche in questa ipotesi, i termini di una successiva vendita sono subito individuati anche se, frequentemente, è inserita la possibilità di rinegoziare determinati aspetti, d'intesa tra gli stipulanti, per far fronte ad eventuali sopravvenienze che possono intervenire durante il periodo di mero godimento del bene. È opportuno evidenziare che tale soluzione, prima dell'intervento legislativo, presentava il vantaggio della immediata trascrivibilità del preliminare a condizione che la durata della fase di locazione fosse pari a non più di tre anni secondo il disposto dell'art. 2645, comma 3, c.c. La trascrivibilità dell'accordo locazione-preliminare rendeva la posizione del locatario-futuro acquirente "inattaccabile" da eventuali successivi atti traslativi, attività esecutive, costituzioni di garanzie e dallo stesso fallimento *ex art. 72*, ult. comma, l.f.

<sup>10</sup> Una buona sintesi degli aspetti operativi dell'operazione è in D. De Stefano, F. De Stefano, Stucchi e de Marchi, Help to buy, in *Clausole in rete*, in *Federnotizie*, *Clausole in rete*, 2012, VI, 41 ss.

<sup>11</sup> Vaira, *I contratti di godimento in funzione della successiva alienazione*, in *Riv. not.*, 2015, 223 (il lavoro è stato consultato dalla banca dati *De Jure Ius Explorer* e la numerazione delle citazioni si riferisce a questa versione: qui 2).

<sup>12</sup> Attenta disamina delle diverse formule contrattuali rispetto alla schema classico della vendita è in Sirena, *La tipicità contrattuale e le tipologie di vendita*, in *Trattato Roppo*, I, *Vendita e vendite*, a cura di Sirena, Milano, 2014, 133 ss.

Il meccanismo della locazione, abbinato al solo diritto di opzione, prima del recente intervento normativo, non consentiva di procedere alla trascrizione e, di conseguenza, la posizione del locatario-opzionario era “instabile” di fronte alle procedure esecutive e concorsuali, alla costituzione di garanzie e ai confliggenti atti traslativi<sup>13</sup>.

La maggiore tutela della sequenza di locazione e preliminare di vendita ha indotto ad immaginare che si potesse discorrere anche di una promessa di vendita con immediata immissione nel godimento del bene e anticipato pagamento dilazionato del prezzo. La diversa tutela, però, riduceva la flessibilità dell'operazione eliminando la possibilità per entrambe le parti di rivedere la convenienza economica dell'affare. Per superare la difficoltà, il preliminare era affiancato, a volte, da un diritto di recesso dell'acquirente con una caparra penitenziale. Lo stesso contratto di locazione conteneva una condizione sospensiva relativa all'esercizio del diritto di recesso dal contratto preliminare. Gli effetti retroattivi venivano esclusi con la previsione di un termine iniziale.

Se l'acquirente non intendeva concludere l'acquisto poteva conservare il diritto di godimento del bene ed eventuali acconti del prezzo di vendita erano imputati ai canoni; il promittente venditore tratteneva la caparra penitenziale. Più semplicemente i due contratti (preliminare e locazione) erano sottoposti a reciproca condizione risolutiva. L'impossibilità di acquisto, dovuta alle difficoltà di negoziare il proprio alloggio o di ottenere il finanziamento necessario, determinavano la risoluzione del preliminare di vendita. La stipula del definitivo era condizione risolutiva della locazione<sup>14</sup>.

Il termine previsto per la stipula del definitivo, come già si è ricordato, non *poteva* essere superiore a tre anni a causa della durata della efficacia della trascrizione del preliminare *ex art. 2645, comma 3*<sup>15</sup>.

In ogni caso, il potenziale acquirente riusciva a programmare un pagamento dilazionato fissando il prezzo in un momento di ribasso del valore di acquisto; contemporaneamente rinviava le spese del rogito e del mutuo, ma diminuiva il corrispettivo da corrispondere in caso di vendita. L'operazione sia prima della nuova normativa che oggi consente di creare “uno storico creditizio” affidabile, dimostrandone

<sup>13</sup> Inutile ricordare che autorevole dottrina ha sostenuto la trascrivibilità del diritto di opzione: Cesaro, *Il contratto e l'opzione*, Napoli, 1969, 197 ss.; Id., *Opzione nel contratto*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, 561 ss.; G. Gabrielli, *La pubblicità immobiliare del contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 533; Ventricini, *Il contratto d'opzione: le problematiche, l'ammissibilità della mancata previsione di un corrispettivo (c.d. «opzione gratuita») e il rapporto con l'art. 1333 c.c.*, in *Giust. civ.*, 2005, 297; P. De Stefano, *La trascrivibilità dell'opzione*, in Giuliano e P. De Stefano, *I contratti preparatori: l'opzione*, in *Aa.Vv., Il contratto*, a cura di Fava, Milano, 2012, 1137 ss.; Castellano, *Il rent to buy: un fenomeno sociale in cerca di definizione giuridica*, in *Riv. not.*, 2015, 45 ss. In tal senso si poteva anche immaginare un contratto preliminare unilaterale che avrebbe raggiunto gli stessi obiettivi con l'indiscutibile immediata trascrivibilità: cfr., per tutti Chianale, *Contratto preliminare*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. civ.*, Torino, 1989, 279.

<sup>14</sup> In ogni caso, si imponeva una copertura assicurativa per gli eventuali danni provocati nell'alloggio.

<sup>15</sup> Fusaro, *Rent to buy, Help to buy, Buy to rent, tra modelli legislativi e rielaborazioni della prassi*, in *Contr. impr.*, 2014, 419 ss. e 423.

do che l'acquirente può corrispondere con regolarità sia i canoni di locazione che i ratei di prezzo anticipato con l'effetto di migliorare il suo *rating*<sup>16</sup> al fine di ottenere un finanziamento. D'altra parte, prima della scadenza, l'acquirente potrà cedere il contratto anche a terzi<sup>17</sup>.

Va evidenziato che, in caso di conclusione del definitivo di vendita, le somme corrisposte inizialmente vengono imputate anche parzialmente al pagamento del prezzo. La circostanza, in assenza di specifiche indicazioni normative, ha posto delicati problemi interpretativi per individuare quale strumento giuridico possa consentire di considerare, successivamente, i canoni di locazione come ratei di prezzo.

Si è proposto di considerare che nel contratto di locazione sia prevedibile un diritto di riscatto finale *ex artt.* 1526, comma 3, e 1523 c.c. L'esercizio del diritto produrrebbe un effetto novativo sui canoni di locazione. Tale ipotesi, però, induceva a sostenere che non c'era necessità di una condizione risolutiva nel contratto di locazione o di una sospensiva sulla vendita<sup>18</sup>.

Le tematiche fiscali erano complesse anche se si attenuavano per immobili ad uso abitativo, poiché, come è noto, l'imposizione è calcolata sulla rendita catastale.

Per le altre ipotesi, occorre distinguere se il venditore era un'impresa oppure no. Nella prima ipotesi, il prezzo andava considerato al netto dei canoni<sup>19</sup>? Anche se risultava inferiore ai valori di mercato? Nell'altra ipotesi, il riferimento era per l'imposta di registro, per la quale sembrava difficile escludere l'accertamento di valore se la detrazione dei canoni faceva scendere il prezzo al di sotto del valore di mercato accertabile con i consueti parametri dell'Osservatorio<sup>20</sup>.

La programmazione iniziale di semplice locazione, chiaramente, impediva al locatario di disporre del bene, ma la contestuale trascrizione del preliminare lo mette-

<sup>16</sup> Cirila, *Il rent to buy: una grande occasione che però non riesce a decollare*, in *Immobili e proprietà*, 2013, 724. Scettica sulla utilità dell'operazione ai fini di migliorare il rating dell'acquirente al di là dei parametri relativi al valore del bene e alla capacità reddituale è Nazzaro, *Il rent to buy*, cit., 6. Va ricordato, però, che il pagamento del canone è sicuramente un parametro strettamente correlato alla capacità reddituale nel suo complesso prescindendo probabilmente dal solo elemento della stabilità delle fonti di reddito.

<sup>17</sup> Tra gli altri, Ruggiero, *Rent to buy: la positivizzazione di un nuovo schema negoziale tipico nato dalla prassi per il sostegno indiretto al mercato immobiliare (Spunti critici e riflessioni di carattere economico-giuridico intorno all'art.23 d.l.12 settembre 2014, n.133, convertito con modificazioni dalla l.11 novembre 2014, n. 164)*, in *Contr. impr.*, 2015, 998.

<sup>18</sup> Tassinari, *Dal rent to buy al buy to rent*, cit., 8.

<sup>19</sup> Nella consulenza giuridica dell'Agenzia delle Entrate n. 954-63 del 13 febbraio 2014 per un contratto di locazione con diritto di opzione di acquisto si propende per evitare la duplicazione di imposizione ai fini IVA considerando come base imponibile del trasferimento esclusivamente il saldo al netto di quanto già versato non soltanto a titolo di acconti ma anche come canoni di locazione, avendo tali somme già avuto una loro autonoma imposizione ai fini del tributo. Per le imposte sui redditi l'Agenzia ritiene che quando il conduttore eserciti l'opzione emerga una componente di reddito rilevante ai fini IRES alla differenza fra il prezzo di cessione, al netto dei proventi che hanno già concorso alla formazione del reddito nei periodi di imposta precedenti a titolo di canoni di locazione, ed il costo fiscale del bene.

<sup>20</sup> Marino, *Rent to buy: nuovo strumento contrattuale per favorire la ripresa delle transazioni immobiliari*, in *Vita not.*, 2014, 1152.



va al riparo, nei limiti temporali indicati, almeno dall'eventuale fallimento del venditore.

Nel medesimo periodo il locatore-venditore, nell'ipotesi di eventuale inadempimento nel pagamento dei canoni, poteva ricorrere esclusivamente allo sfratto per morosità.

Si era anche pensato che sarebbe stato piú agevole procedere alla costituzione di un usufrutto-vitalizio verso corrispettivo rateale con opzione di acquisto per la nuda proprietà alla scadenza della rateizzazione e con condizione risolutiva dell'usufrutto, nell'ipotesi di mancato esercizio dell'opzione<sup>21</sup>. Sarebbe superato *l'impasse* relativo alla imputazione a prezzo dei canoni di locazione e l'imposizione fiscale sarebbe diluita nel tempo tra la costituzione dell'usufrutto e l'acquisto della nuda proprietà.

2. Ancor oggi non si può, però, non prendere in considerazione che il potenziale venditore possa avere interesse a privarsi immediatamente del bene, eliminando ogni onere od obbligo relativo al diritto di proprietà. In tale contesto, il prezzo della vendita può essere modesto rispetto alle aspettative anche se adeguato al prezzo corrente nel momento di crisi.

In tale situazione di difficoltà di acquisire finanziamenti da parte di potenziali acquirenti, gli unici interlocutori, infatti, sarebbero dotati di adeguata ed autonoma liquidità e ben consci di poter acquisire il bene ad un prezzo per loro piú che conveniente.

Per superare la difficoltà, e soddisfare l'esigenza di circolazione immediata del bene, il proprietario può rivolgersi a compratori con impellenti esigenze abitative, ma con difficoltà ad essere finanziati. Le contrapposte esigenze potrebbero indurre a stipulare un accordo che preveda versamenti periodici del prezzo che possono corrispondere per entità a canoni di locazione anche se superiori a quanto praticato sul mercato per l'acquisizione del mero godimento.

Pur soddisfacendo le potenzialità economiche dell'acquirente pari al pagamento di un canone (anche se piuttosto alto) dal punto di vista finale la transazione si delinea come una vendita a prezzo differito e a rate costanti.

La tecnica è sicuramente preordinata ad attendere che il merito creditizio del compratore possa consolidarsi e l'operazione possa essere conclusa con il saldo del prezzo. Nelle more il venditore può far affidamento su una tutela piú efficace in caso di inadempimento al pagamento delle rate rispetto allo sfratto per morosità, configurabile nella diversa ipotesi di *rent to buy*.

<sup>21</sup> Testa, *Il rent to buy: la tipizzazione sociale di un contratto atipico*, in *Immobili e proprietà*, 2014, 388 s.; Marino, *o.u.c.*, 1150. Anche sulla base della nuova normativa si ritiene che la prevista concessione del godimento possa realizzarsi attraverso la costituzione di un usufrutto, un uso o un diritto di abitazione ed anche attraverso un diritto di enfiteusi: M. Bianca, *La vendita con riserva di proprietà quale alternativa al rent to buy*, cit., 850, che cita sul punto, in nota 48, Sideri; Ieva, *Il rent to buy nella prospettiva della valutazione dell'efficienza del modello*, cit., 3.

Inutile sottolineare che l'operazione si presta efficacemente per quei proprietari che intendano dismettere la prima casa per migliorare con un ulteriore acquisto la loro situazione abitativa. L'acquisto dell'ulteriore casa con una diversa operazione, infatti, comporterebbe che questa venga considerata "seconda casa" con una imposizione di imposta di registro al 9% e con il perdurare del pagamento dell'IMU per entrambe<sup>22</sup>.

Per ricostruire la fattispecie sono stati richiamati alcuni istituti come la vendita con riserva di proprietà *ex art.* 1523 c.c. o la vendita con patto di riscatto *ex art.* 1500 c.c.

I due schemi sembrano adeguati per soddisfare efficacemente il venditore nell'ipotesi di inadempimento del pagamento del prezzo da parte del compratore, poiché appronterebbero una tutela reale che consente di recuperare il bene. Aspetto sicuramente essenziale per indurre il venditore a perdere la proprietà in funzione di un pagamento differito nel tempo.

La vendita con riserva di proprietà sembra, però, offrire elementi confliggenti con l'operazione ipotizzata. Nonostante che si possa sostenere che l'art. 1523 c.c. sia applicabile anche agli immobili<sup>23</sup>, appare indiscutibile che non si attui il trasferimento della proprietà dal venditore al compratore che è considerato obiettivo essenziale.

Diversamente, lo schema dell'art. 1500 c.c. produce l'effetto traslativo immediatamente ed è stato ideato proprio per ottenere quella efficace tutela del venditore in caso di inadempimento del compratore. L'accentuarsi, però, di tale funzione ha indotto la S. Corte ad ipotizzare la configurabilità del patto commissorio ed ha reso lo strumento di difficile utilizzo<sup>24</sup>. Inoltre, la disciplina dell'istituto contiene limiti

<sup>22</sup> Non va trascurato, però, che l'acquirente di prima casa che alieni l'immobile acquistato, per acquistarne un altro (entro un anno dall'alienazione e beneficiando, anche per questo secondo acquisto, delle agevolazioni prima casa), può recuperare l'imposta di registro pagata sul primo acquisto ed utilizzarla, ad esempio, in diminuzione dell'imposta di registro dovuta sul secondo acquisto *ex art.* 7, commi 1 e 2, l. n. 448 del 1998.

<sup>23</sup> In giurisprudenza già Cass., 3 aprile 1980, n. 2167, in *Riv. not.*, 1980, 1288, precisava che «la vendita con riserva della proprietà, normalmente attuata nelle compravendite mobiliari, può essere applicata anche alle vendite di immobili, ed è tipica delle vendite a rate o a credito, in cui l'effetto traslativo della proprietà viene differito al momento del pagamento dell'ultima rata di prezzo». Più di recente nella medesima direzione Trib. Bari, 2 maggio 2012, n. 1536, in <http://renatodisa.com/2014/06/10/la-vendita-con-riserva-di-proprietà-il-contratto-di-leasing/>. Sul punto v., Bocchini, *La vendita di cose mobili, Artt.1510-1536*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2004, 667; Alcaro, *Vendita con riserva di proprietà*, in *Trattato dei contratti* Rescigno e Gabrielli, *I contratti di vendita* a cura di Valentino, Torino, 2007, 776; Naddeo, *Della vendita con riserva di proprietà*, in *Commentario al codice civile* diretto da E. Gabrielli, *I singoli contratti* a cura di Valentino, Torino, 2011, 483; Albanese, *La vendita con riserva di proprietà*, in *Trattato dei contratti* a cura di Roppo, I, *Vendita e vendite*, Milano, 2014, 498. Da ultimo anche M. Bianca, *La vendita con riserva di proprietà quale alternativa al rent to buy*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 848. Con specifico riguardo al *rent to buy* v., di recente, Id., *ivi*, 841. Vaira, *I contratti di godimento in funzione della successiva alienazione*, in *Riv. not.*, fasc. 1, 2015, 223.

<sup>24</sup> Tassinari, *Dal rent to buy al buy to rent*, cit., 831; Cass., Sez. un., 21 aprile 1989, n. 1907, in *Foro it.*, 1990, I, 205, con nota di Valcavi, *Intorno al divieto di patto commissorio, alla vendita simulata a scopo di garanzia*



temporali inderogabili che potrebbero essere incompatibili con esigenze di lungo periodo (l'art. 1501 c.c. prevede che il diritto di riscatto debba essere esercitato entro e non oltre cinque anni).

L'esercizio del diritto di riscatto prevede, inoltre, inderogabilmente che il venditore debba rimborsare al compratore il prezzo già versato ed ogni altra spesa da questi sostenuta per la gestione del bene. La disposizione appesantirebbe la posizione del venditore al di là di ogni ragionevole aspettativa.

È stato, così, proposto di considerare la vendita sottoposta a condizione risolutiva. La condizione sarebbe unilaterale a favore del venditore e l'evento condizionante sarebbe l'inadempimento del compratore.

Pur sussistendo dubbi sulla deducibilità dell'inadempimento in condizione risolutiva<sup>25</sup>, occorre prendere atto che la giurisprudenza ha escluso che possa essere inquadrata tra le condizioni volontarie ex art. 1353 ss c.c.<sup>26</sup>.

Va evidenziato che la soluzione supera una serie di inconvenienti legati ad uno schema di vendita classico; in particolare, se la normativa consente al venditore di iscriverne ipoteca legale nel caso di pagamento differito, è pur vero che la soluzione presenta costi aggiuntivi significativi (2%) e consentirà al venditore di recuperare il prezzo in tempi non brevi e per un importo sicuramente non adeguato anche a causa del fisiologico deprezzamento in sede di asta giudiziaria. È pur vero che il meccanismo della condizione pone il venditore al riparo anche da atti pregiudizievoli sia compiuti che subiti dall'acquirente.

Non va trascurato, inoltre, che l'evento-inadempimento non può essere di scarsa importanza e dovrebbe farsi ricorso almeno all'applicazione dell'art. 1525 c.c. Non si può escludere che anche la non corretta gestione del bene con il conseguenziale deterioramento può essere considerato come inadempimento al dovere di custodia ex art. 1458 c.c.<sup>27</sup>.

---

*ed al negozio fiduciario.*

<sup>25</sup> Buda, *Condizione di inadempimento e interpretazione del contratto – Il commento*, in *Contratti*, 2015, 465; Martone, *Condizione risolutiva d'inadempimento*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, 71; Riva, *A proposito della condizione risolutiva unilaterale di adempimento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 203. In giurisprudenza, tra le altre, Cass. 31 agosto 2009, n. 18920, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 242, con nota di Nocera, *Clausola risolutiva espressa e condizione risolutiva tra autonomia contrattuale e automatismo della risoluzione*; Cass. 15 novembre 2006, n. 24299, in *Riv. not.*, 2007, 5, 1206, con nota di Romoli, *Sul rapporto tra clausola risolutiva espressa e condizione risolutiva di adempimento*; ipotizza la risoluzione del contratto di *leasing* c.d. traslativo per inadempimento dell'utilizzatore applicando, in via analogica, le disposizioni fissate dall'art. 1526 c.c. con riguardo alla vendita con riserva della proprietà, Cass. 17 luglio 2008, n. 19697, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2009, 234.

<sup>26</sup> Fusaro, *Rent to buy, Help to buy, Buy to rent*, cit., 427, nota 25; Tassinari, *o.c.*, 832 s. In giurisprudenza v., Cass. 12 luglio 2013, n. 17287, in *Contratti*, 2014, 347, con nota di Orlando, *Preliminare di vendita condizionato alla "futura commerciabilità" del bene e condizione d'inadempimento – Il commento*.

<sup>27</sup> Nanni, Costanza e Carnevali, *Risoluzione per inadempimento*, I, 2 (art. 1455-1459), in *Commentario del codice civile* Scialoja-Branca, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 2007, 224; Sicchiero, *La risoluzione per inadempimento – Art. 1453-1459*, Milano, 2007, XVI-872; Signorelli, *Contratto di locazione e giurisprudenza:*

Piú delicata appare la tematica relativa alla restituzione degli importi già riscossi sia ratealmente che come eventuale acconto iniziale. L'efficacia retroattiva della condizione dovrebbe indurre a prevedere l'integrale restituzione e sembra fragile sostenere che il venditore abbia diritto ad un equo compenso per l'uso del bene da parte del compratore *ex art. 1526, comma 1, c.c.* dettato in tema di vendita con riserva di proprietà<sup>28</sup>. Ancor piú ardimentosa sembra la soluzione di un accordo per limitare l'efficacia retroattiva soltanto sulla prestazione di pagamento del prezzo, anche se parzialmente *ex art. 1360, comma 1, c.c.*<sup>29</sup>.

Maggiore sostenibilità offre la soluzione di considerare l'esistenza di una penale per la risoluzione del contratto che dovrebbe essere non eccessiva, ma che inquinaerebbe non poco la configurazione della condizione come non volontaria<sup>30</sup>.

**3.** In questo contesto interviene l'art. 23 del d.l. 12 settembre 2014, n. 133, che disciplina "i contratti di godimento in funzione della successiva alienazione".

La norma si limita a disciplinare quel contratto, diverso dalla locazione finanziaria<sup>31</sup>, che prevede l'immediata concessione in godimento di un immobile ed il diritto per il conduttore di acquistarlo entro un determinato termine<sup>32</sup>.

Va, preliminarmente, evidenziato che l'utilizzo della locuzione "immediata concessione" non si traduce nell'obbligo di consegnare l'immobile, oggetto della negoziazione, contestualmente alla conclusione dell'accordo<sup>33</sup>. Ne consegue che l'operazione può essere programmata anche per un immobile da costruire o essere accompagnata dalla presenza di un termine iniziale del godimento diverso dalla conclusione dell'accordo<sup>34</sup>. Va ricordato, in ogni caso, il richiamo alla disciplina dell'art. 8, d.lg. 20 giugno 2005, n. 122 (in tema di immobili da costruire), che vieta al notaio di procedere alla stipula della compravendita se non si sia provveduto al frazionamento dei finanziamenti o dell'ipoteca sull'immobile<sup>35</sup>. Il quarto comma

---

*obbligazioni, prestazioni e responsabilità*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, 410. In giurisprudenza, tra le altre, v. Cass. 5 febbraio 2014, n. 2619, in *Mass.*, 2006, 1692.

<sup>28</sup> Tassinari, *o.c.*, 835.

<sup>29</sup> Sempre Tassinari, *o.c.*, 836.

<sup>30</sup> Tassinari, *o.l.u.c.*

<sup>31</sup> Indiscutibile anche la differenza con la sola locazione: v., per la specifica previsione sulla durata minima, Trib. Verona 12 dicembre 2014, in *Fallimento*, 2015, 4, 499.

<sup>32</sup> È stato evidenziato che non si fa riferimento ad altri diritti reali sui beni immobili, come l'usufrutto o l'abitazione e si porrebbe, pertanto, il problema dell'applicazione in via analogica della normativa anche alla circolazione di tali diritti: Poletti, *L'accesso "graduato" alla proprietà*, cit., 41.

<sup>33</sup> Lo evidenzia anche Mazzamuto, *Il contratto di rent to buy*, in *Contr. impr.*, 2015, 956 s.

<sup>34</sup> Iberati, *Il nuovo contratto di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili. Prime considerazioni*, in *Contratti*, 2015, 2, 189 ss.; Poletti, *L'accesso "graduato" alla proprietà*, cit., 51. Scettico Cicero, *Rent to buy: la fattispecie e gli interessi sottesi*, cit., 1043; Contra Castellano, *Il rent to buy: un fenomeno sociale in cerca di definizione giuridica*, cit., 45 ss.; Maltoni, *Le vendite immobiliari a credito*, *Trattato dei contratti* diretto da E. Roppo, *Vendita e vendite* a cura di Sirena, Milano, 2014, X, 824 ss.

<sup>35</sup> Sul punto v., Castellano, *o.l.u.c.*

dell'art. 23 rende applicabile il divieto sin dalla stipula del contratto di *rent to buy* senza attendere il momento dell'esercizio del diritto di opzione.

La disciplina si applica ad ogni tipologia di immobile ed anche a complessi aziendali e a qualsiasi soggetto (persone fisiche, imprese, etc.)<sup>36</sup>; in caso di affitto di azienda è evidente che la finalità non è il mero godimento del bene, ma l'uso produttivo che sarà di ausilio rispetto alla realizzazione della capacità finanziaria per l'adempimento del pagamento dei canoni<sup>37</sup>.

In generale, sono previste poche e scarse regole in tema di risoluzione, trascrizione, inadempimento e fallimento, nonché l'applicabilità di alcune norme in tema di usufrutto. In particolare, il contratto deve definire quantitativamente la quota del canone imputata a corrispettivo del godimento e quella imputabile a rateo anticipato del prezzo<sup>38</sup>; la quota del canone per il pagamento del prezzo dell'eventuale acquisto funge da accantonamento che, però, è finalizzato all'acquisto e non può avere carattere finanziario<sup>39</sup>. Il frazionamento del canone tra corrispettivo del godimento e rateo anticipato del prezzo è elemento essenziale del contratto ed il godimento è strumentale all'acquisto del diritto: si determina una "sorta di acquisto graduale" della proprietà<sup>40</sup>.

Il futuro acquirente ha privilegio speciale sull'immobile a garanzia dell'eventuale inadempimento del venditore alla restituzione dei ratei di prezzo anticipati in caso di mancato esercizio dell'opzione<sup>41</sup>.

Durante la fase di mero godimento del bene alcuni aspetti vengono regolati dalla disciplina dell'usufrutto: si redige inventario (art. 1002 c.c.), le spese vengono suddivise secondo gli artt. 1004-1007, le pretese dei terzi trovano soluzione secondo la disciplina degli artt. 1012 e 1013, il potenziale acquirente deve prestare idonee garanzie (art. 1002, comma 3, c.c.) e si applica l'art. 1003 per le ipotesi di mancan-

<sup>36</sup> Nazzaro, *Il rent to buy*, cit., 4, illustra le caratteristiche tecniche che gli operatori del settore utilizzano: versamento di una caparra pari al 25-30%, accantonamento del 70% del canone ai fini della cessione, saldo finale al raggiungimento del 50% del prezzo totale con gli accantonamenti mensili. Precisa, inoltre alcune caratteristiche normative dell'operazione rispetto ad alcune norme come gli artt. 2561, 2559 e 2560 c.c. Lo ribadisce anche Poletti, *L'accesso "graduale" alla proprietà*, cit., 40.

<sup>37</sup> Sempre Nazzaro, *o.c.*, 6.

<sup>38</sup> Testa, *"Sblocca Italia" gli effetti sul rent to buy*, in *Immobili e proprietà*, 2015, 1, 34 ss., ritiene che la presenza della ripartizione non sia elemento essenziale la cui carenza possa determinare la nullità.

<sup>39</sup> Nazzaro, *o.c.*, 8 ss., sottolinea le differenze fiscali tra questa forma di accantonamento e le altre formule alternative di accumulo di capitale, quali ad esempio l'acquisto di un fondo di investimento tramite piano di accumulo.

<sup>40</sup> L'espressione acquisto graduale è di Poletti, *L'accesso "graduale" alla proprietà*, cit., 41 che evoca la terminologia usata per altra fattispecie simile da Nervi, *La vendita con riserva di proprietà: riflessioni su un istituto «eccentrico»*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, 683; Discorre di procedimentalizzazione delle alienazioni immobiliari Delfini, *La nuova disciplina del rent to buy nel sistema delle alienazioni immobiliari*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 817 (il lavoro è stato consultato dalla banca dati *De Jure Ius Explorer* e la numerazione delle citazioni si riferisce a questa versione: qui 1).

<sup>41</sup> Il privilegio non garantirebbe anche il credito risultante all'esito di un giudizio di risarcimento: Delfini, *o.u.c.*, 3.

za o insufficienza delle garanzie. Il richiamo della disciplina dell'usufrutto e l'esplicita esclusione dell'applicabilità della normativa della locazione pongono delicate questioni sulla posizione giuridica del conduttore nell'ambito di una realtà condominiale<sup>42</sup>. La novella alla disciplina condominiale ha dettato una serie di norme sulla posizione dell'usufruttuario che sarà applicabile anche all'ipotesi di *rent to buy*<sup>43</sup>. Il richiamo alla disciplina di un diritto reale, accompagnata dal regime di trascrivibilità, hanno indotto a riflettere sulla natura reale e non personale del diritto di godimento del conduttore<sup>44</sup>. In generale, si propende per ritenere che il conduttore non versi in una situazione possessoria, nonostante vi sia il richiamo alla disciplina del diritto reale. La situazione viene spesso associata alla detenzione così come la giurisprudenza, da tempo, ha qualificato la situazione del promissario acquirente che ha la consegna anticipata del bene<sup>45</sup>. Pur condividendo la qualificazione proposta in termini di detenzione, non si può non evidenziare che la situazione generata con il richiamo della disciplina dell'usufrutto e della trascrivibilità induce a ritenere che, anche se si vuol configurare un diritto personale, è stata delineata una tutela che presenta i caratteri della realtà<sup>46</sup>. La circostanza è un'ulteriore conferma che il confine tra possesso e detenzione diventa sempre più incerto ed accompagna

<sup>42</sup> Riflessioni su tale aspetto anche in Mazzamuto, *Il contratto di rent to buy*, cit., 960 ss.

<sup>43</sup> Per tutti v., Padovini, *Rent to buy e condominio*, in *Rent to buy e locazione di scopo*, cit., 499 ss. Per indicazioni casistiche v., *Disciplina del contratto rent to buy: tutela dei contraenti e oneri condominiali*, a cura di Felcioloni, in *Ventiquattrore avvocato*, 2015, 35.

<sup>44</sup> Iberati, *o.c.*, 192. Ribadisce la natura personale del diritto attribuito inizialmente Palermo, *L'autonomia negoziale nella recente legislazione*, cit., 496. Secondo Ciatti, *Il rent to buy e l'opponibilità ai terzi del diritto di godimento*, *Relazione al Seminario di studi su "Rent to buy" tenutosi nell'Università di Cagliari il 26 giugno 2015*, 3: «il legislatore avrebbe colorato il diritto concesso di tinte assai vicine (o forse in sostanza coincidenti) con il diritto reale (e il richiamo sua pure estemporaneo ad alcune previsioni dettate per l'usufrutto potrebbe in qualche modo tentare qualche interprete verso quell'impostazione)». Discorre di diritto "quasi reale" Vaira, *I contratti di godimento in funzione della successiva alienazione*, cit., 5.

<sup>45</sup> Onano, *Guerra e pace tra possesso e detenzione nel preliminare di vendita di immobili*, in *Riv. not.*, 2004, 1197; Puce, *Immissione del promissario acquirente nella disponibilità del bene: possesso o detenzione?*, in *Vita not.*, 2008, 471; Toschi Vespasiani, *La situazione soggettiva del promittente nel preliminare ad effetti anticipati*, in *Studium iuris*, 2009, 1094; Cass. 9 giugno 2011, n. 12634, in *Giur. it.*, 2011, 552, con nota di Longobucco, *Contratto preliminare "a effetti anticipati" e accordo atipico di cessione del possesso: una questione di interpretazione*; Cass., 9 giugno 2011, n. 12634, in *Contratti*, 2012, 15. V., inoltre, Cass. 25 gennaio 2010, n. 1296, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 712, con nota di Nocera, *Contratto preliminare, possesso e detenzione: analisi morfologico-funzionale del c.d. preliminare ad effetti anticipati*; Cass. 6 giugno 2013, n. 14362, in *Diritto e Giustizia online*, 2013, 725, con nota di Bruno, *L'immissione anticipata del promissario acquirente non trasferisce il possesso bensì la semplice detenzione*; App. Cagliari 7 maggio 2013, in *Riv. giur. sarda*, 2014, I, 435, con nota di Dore, *Preliminare ad effetti anticipati e posizione del promissario acquirente: possesso o detenzione?*; Cass. 29 gennaio 2015, n. 1670, in *Diritto e Giustizia*, 2015, 236, con nota di Paganini, *Il preliminare a effetti anticipati non legittima l'acquisto della proprietà per usucapione*; Cass. 14 luglio 2015, n. 14643, in *Guida al diritto*, 2015, 42.

<sup>46</sup> Egualmente incerto sulla netta qualificazione di detenzione è Cicero, *Rent to buy: la fattispecie e gli interessi sottesi*, cit., 1046 s.

il processo evolutivo del diritto di proprietà nelle sue diverse tipologie<sup>47</sup>. Si delinea un altro esempio che la dicotomia tra situazioni reali ed obbligatorie ha caratteri in continua evoluzione che necessitano una riflessione attenta sui cc.dd. tratti distintivi e caratterizzanti, imponendo una particolare sensibilità nella valutazione del caso concreto che potrà necessitare l'applicazione della normativa dell'una e dell'altra tipologia all'interno della ampia zona di confine tra le due fattispecie<sup>48</sup>, per disciplinare i concreti interessi meritevoli di tutela.

Più peculiare è la disciplina relativa all'inadempimento: se è del concedente, questi ha l'obbligo di restituire la parte dei canoni imputati al corrispettivo maggiorato di interessi legali<sup>49</sup>; se è del conduttore, il concedente acquisisce tutti i canoni a titolo di indennità<sup>50</sup>. L'inadempimento del conduttore determina la risoluzione dell'accordo se il mancato pagamento riguarda alcune rate, anche non consecutive, che nel loro insieme non siano inferiori ad un ventesimo del loro numero complessivo<sup>51</sup>. È possibile una disciplina convenzionale in deroga su quest'ultimo aspetto<sup>52</sup> ma, in ogni caso, il conduttore avrà l'obbligo di restituire l'immobile. Le parti potranno cioè, individuare la parte di canoni in corrispettivo del godimento, la parte da imputare al prezzo e all'interno di tale frazione una eventuale quota che può essere trattenuta dal concedente nel caso di mancato esercizio del diritto di opzione o di

<sup>47</sup> V., per tutti, Sacco, *Circolazione del possesso*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Torino, 2010, 240; Id., *Detenzione autonoma e qualificata*, *ivi*, agg., Torino, 2010, 515; Gambaro e Morello, *Trattato dei diritti reali*, I, *Proprietà e possesso*, Milano, 2008, spec. 357 ss.; Argiroffi, *La proprietà, i possessi, la detenzione*, in *Foro nap.*, 2013, 401; Musolino, *Il possesso del nudo proprietario ovvero il rapporto detenzione/possesso fra i soggetti interessati al bene gravato da usufrutto*, nota a Cass. 20 marzo 2012, n. 4448, in *Riv. not.*, 2013, 46; Omodei Salè, *La detenzione e le detenzioni – Unità e pluralismo nelle situazioni di fatto contrapposte al possesso*, Padova, 2012, *passim*. Si veda altresì Tenella Sillani, *Possesso e detenzione*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XIV, Torino, 1996, 12 ss., ad avviso della quale «una stessa situazione di fatto non può contemporaneamente assumere due diverse nature». Di avviso contrario, invece, Grassi, *La tutela esterna del possesso*, Napoli, 2006, spec. 94.

<sup>48</sup> In tal senso P. Perlingieri e Ferroni, *Situazioni reali e di credito: per un diritto comune delle situazioni patrimoniali*, in P. Perlingieri (a cura di), *Manuale di diritto civile*, 7ª ed., Napoli, 2014, 267 ss.; P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., Napoli, 2006, spec. 839 ss.; Id., *Recenti prospettive nel diritto delle obbligazioni*, in *Vita not.*, 1976, 52; Id., *Le obbligazioni tra vecchi e nuovi dogmi*, in *Rass. dir. civ.*, 1989, 92; Id., *Profili problematici del diritto delle obbligazioni*, in *Vita not.*, 1983, p. 28.

<sup>49</sup> È evidente che la disposizione si applicherà soltanto se non si persegue la diversa strada dell'art. 2932 c.c. o che nelle more della trascrizione diretta ad ottenere l'esecuzione in forma specifica il concedente fallisca: v., sul punto, Poletti, *Quando al "rent" non segue il "buy": scioglimento del vincolo contrattuale e restituzioni*, in *Contratti*, 2015, 1050 ss.

<sup>50</sup> Aschieri e Fiori, *Rent to buy e fallimento. Note a margine di un provvedimento del Tribunale di Verona*, in *www.ilcaso.it*, 24 febbraio 2015, 7.

<sup>51</sup> Si è discusso se il limite quantitativo indicato sia derogabile oppure no: in senso favorevole Aschieri e Fiori, *o.u.l.c. Contra Iberati, o.c.*, 193.

<sup>52</sup> La derogabilità non dovrebbe riguardare la disciplina dell'inadempimento del concedente: Poletti, *o.u.c.*, 1051.

inadempimento<sup>53</sup>. La disciplina “rovescia” la *ratio* che sembra animare altri istituti ove il pagamento del prezzo è diluito nel tempo<sup>54</sup>. Il punto focale nell’ipotesi di inadempimento del conduttore (ma anche di mancato esercizio del diritto di opzione) rimane la tutela del proprietario per il rilascio dell’immobile. La normativa ha adottato lo schema della locazione ed opzione senza rafforzare la posizione del concedente che dovrà necessariamente percorrere la strada dello sfratto per morosità o per finita locazione senza alcuna certezza sui tempi dell’espletamento delle procedure<sup>55</sup>. È evidente che se si ritiene che la natura dell’accordo impedisca di applicare la normativa in tema di locazione, si dovrebbe ricorrere al rilascio per occupazione *sine titulo* e, quindi, alla procedura *ex artt.* 2930 c.c. e 605 c.p.c.<sup>56</sup> con grave pregiudizio degli interessi del concedente<sup>57</sup>.

In caso di fallimento del concedente, il contratto prosegue e, fatto salvo l’art. 67, comma 3, lett. c)<sup>58</sup>, non è soggetto a revocatoria. Per il fallimento del conduttore si applica l’art. 72, comma 6, l.f.; se il curatore scioglie il contratto si applicherà il comma 5 dell’art. 23 sulla risoluzione per inadempimento<sup>59</sup>. Va, infine, segnalato che a riprova della necessità di uno strumento flessibile in tempo di crisi economica, le prime applicazioni della nuova disciplina si sono realizzate in materia fallimentare, ove il curatore di fallimento è stato autorizzato a procedere al *rent to buy* per la liquidazione dell’intera massa immobiliare del passivo fallimentare. Lo strumento valorizzerebbe i beni fallimentari, poiché allargherebbe “sensibilmente la forbice dei potenziali interessati all’acquisto” anche su soggetti che non accedono con facilità al

<sup>53</sup> Ruggiero, *Rent to buy: la positivizzazione di un nuovo schema negoziale tipico*, cit., 1002 ss. Ritiene in ogni caso configurabile l’intervento correttivo del giudice per le ipotesi di deroga convenzionale Palermo, *L’autonomia negoziale nella recente legislazione*, cit., 496 s.; Poletti, *o.u.c.*, 1054.

<sup>54</sup> Si pensi alla vendita con riserva di proprietà: da ultimo v., M. Bianca, *La vendita con riserva di proprietà quale alternativa al rent to buy*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 854 ss.

<sup>55</sup> Specificamente sul punto v., Fabiani, *Rent to buy, inadempimento del conduttore e rilascio dell’immobile*, in *Notariato*, 2015, 381 ss.

<sup>56</sup> Così, invece, tra gli altri, Ruggiero, *Rent to buy: la positivizzazione di un nuovo schema negoziale tipico*, cit., 1011.

<sup>57</sup> Evidenzia il grave pregiudizio per il concedente Mazzamuto, *Il contratto di rent to buy*, cit., 960.

<sup>58</sup> D’Amico, *Il rent to buy: profili tipologici*, in *Contratti*, 2015, 1040, ritiene che la “salvezza” disposta dalla norma dovrebbe (testualmente) essere riferita all’affermazione “il contratto prosegue”. In tal guisa il richiamo al citato art. 67 sarebbe effettuato non tanto alla parte di tale disposizione che prevede l’esenzione dalla revocatoria fallimentare delle «vendite e dei preliminari di vendita trascritti ai sensi dell’art. 2645 bis, i cui effetti siano cessati ai sensi del terzo comma della suddetta disposizione, [...] aventi ad oggetto immobili ad uso abitativo, destinati a costituire l’abitazione principale dell’acquirente o di suoi parenti e affini entro il terzo grado» ovvero «immobili ad uso abitativo destinati a costituire la sede principale dell’attività di impresa dell’acquirente», quanto piuttosto alla «regola ulteriore che esclude da tale esenzione (e quindi considera assoggettati regolarmente a revocatoria fallimentare) le vendite e i preliminari di vendita conclusi *non a giusto prezzo*. Ma – probabilmente – si tratta soltanto di una formulazione scorretta, che tradisce la reale intenzione del legislatore [...]».

<sup>59</sup> Aschieri e Fiori, *o.c.*, 13 s.



credito bancario<sup>60</sup>. La vicenda ha fatto riemergere uno dei punti irrisolti della disciplina (già segnalato in sede interpretativa sulla locazione con opzione) sulle difficoltà di recupero del bene nell'ipotesi di inadempimento del conduttore<sup>61</sup>. In sede fallimentare il giudice delegato ha imposto la stipula del contratto per atto pubblico con l'indicazione espressa che l'immobile sia lasciato libero da persone e cose in caso di inadempimento o di scadenza. La clausola e la forma notarile *ex art. 474*, commi 2, n. 3, e 3, c.p.c. consentirebbero di agire per il rilascio in virtù del solo atto notarile che, *ex art. 475 c.p.c.*, potrebbe essere munito di formula esecutiva<sup>62</sup>. La soluzione non impedirà il protrarsi delle difficoltà per la proponibilità delle opposizioni in special modo nelle ipotesi di inadempimento e non di scadenza del termine contrattuale<sup>63</sup>.

Diversa è la situazione del conduttore in caso di pignoramento del bene concesso *in rent to buy*. Se la trascrizione del conduttore è anteriore alla trascrizione del pignoramento, questi si troverebbe costretto, sostanzialmente, ad acquistare il bene per opporre l'antiorità del suo atto. Nel rispetto della tutela del conduttore, a prescindere dall'esercizio del diritto di opzione, dovrebbe poter opporre al creditore pignorante anche il proprio diritto di godimento, riservandosi la decisione sull'acquisto. È pur vero che il *rent to buy* infranovenale renderebbe opponibile al terzo avente causa il rapporto di godimento a causa della data certa del titolo sussistente, in ogni caso, per l'art. 2657 c.c., mentre per i contratti ultranovenali l'effetto dipende dalla trascrizione. L'applicazione delle regole di soluzione del conflitto basate sulla trascrizione non sarebbe possibile anche quando la durata del *rent to buy* sia inferiore ai nove anni<sup>64</sup>.

I temi più delicati sono relativi all'imposizione fiscale e sono risolti evocando per le imposte sui redditi e l'Irap la disciplina dell'art. 8, comma 5, d.l. n. 47 del 2014 (conv. in l. n. 80 del 2014) per la locazione con riscatto a termine degli alloggi sociali che detta una disciplina incentivante anche in ordine ai corrispettivi periodici. Nulla viene chiarito per le imposte indirette. Sul piano fiscale rimane il problema della duplicazione delle imposte tra locazione e vendita. Inizialmente si è ritenuta dirimente per tali aspetti la soluzione interpretativa dell'Agenzia delle Entrate del 13 febbraio 2014 che, per una locazione con diritto di riscatto, ha precisato che nel caso di esercizio del diritto di acquisto il corrispettivo della vendita sia decurtato dagli acconti sul prezzo e dei canoni di locazione pagati prima dell'opzione. Oggi la

<sup>60</sup> Costa e Gatti, *Il "rent to buy" fa ingresso nel fallimento*, in *Il Sole 24ore*, 4 marzo 2015, 40.

<sup>61</sup> Sul punto problematicamente, v. Poletti, *Quando al "rent" non segue il "buy": scioglimento del vincolo contrattuale e restituzioni*, cit., 1058.

<sup>62</sup> Sul punto v., anche Fabiani, *Rent to buy, inadempimento del conduttore e rilascio dell'immobile*, 383 ss.; Id., *Rent to buy, titolo esecutivo per il rilascio dell'immobile e effettività della tutela giurisdizionale*, in *Giusto proc. civ.*, 2015, 329.

<sup>63</sup> Nucera, *Dal Tribunale di Verona la prima pronuncia (non risolutiva) in tema di rent to buy*, consultabile sul sito [www.confedilizia.it](http://www.confedilizia.it).

<sup>64</sup> Ciatti, *o.u.c.*, 5.

circolare n. 4/E del 19 febbraio 2015 fornisce una ricostruzione adeguata dei profili tributari correlati all'art. 23. L'Agenzia delle Entrate ha diversificato il trattamento fiscale da applicare alla quota canone dal trattamento fiscale della quota imputabile al prezzo anticipato in una logica che tassa l'operazione, scindendola in due rapporti di locazione e di eventuale vendita<sup>65</sup>.

4. La disciplina normativa corrisponde, nella maggior parte del suo testo, alla "proposta normativa del notariato" illustrata, per alcuni aspetti fiscali, alla Commissione Finanze del Senato il 25 giugno 2013<sup>66</sup> e, poi, il 15 aprile 2014 alle Commissioni riunite VIII Lavori Pubblici e XIII Ambiente e Territorio del Senato<sup>67</sup>.

La tipologia contrattuale delinea un contratto attraverso il quale il conduttore ha il *diritto* di acquistare e, quindi, configura un'opzione e non un preliminare (nemmeno unilaterale<sup>68</sup>). Del resto quest'ultima opzione interpretativa era imposta, nella prassi contrattuale, dalla esigenza di poter usufruire degli effetti favorevoli della trascrivibilità del preliminare che ora sono superate dalla apposita e più ampia disciplina<sup>69</sup>.

Diversamente si è sostenuto che l'esercizio del diritto di opzione non fosse sufficiente al perfezionamento del trasferimento, poiché tale effetto sarebbe prodotto esclusivamente dalla stipula di un ulteriore atto nella forma pubblica che può essere sostituita da una sentenza *ex art. 2932 c.c.* in caso di resistenza e/o non cooperazione da parte del concedente<sup>70</sup>. Il rilievo evidenzia una tematica sicuramente sussistente poiché, nonostante la trascrivibilità dell'operazione, nel suo complesso l'esercizio del diritto di opzione non determina il conseguimento di un titolo formalmente idoneo ai fini della pubblicità del trasferimento del diritto reale. Se il contratto è valido ed è anche trascritto ai sensi dell'art. 2645 *bis* con la semplice forma scritta, è

<sup>65</sup> Sugli aspetti fiscali v., Sartori, *Profili fiscali del c.d. Rent to buy*, in *Rent to buy e locazione di scopo*, cit., 504 ss.; Lomonaco, *Rent to buy: profili fiscali*, in *Notariato*, 2015, 445 ss.; Lamedica, *L'Agenzia delle entrate e il contratto "rent to buy"*, in *Corriere trib.*, 2015, 865; Testa, *Il trattamento fiscale del rent to buy nella circolare dell'Agenzia delle Entrate*, in *Immobili e proprietà*, 2015, 301 ss.

<sup>66</sup> La tematica era stata già oggetto nel Congresso Nazionale del Notariato del 23 novembre 2013.

<sup>67</sup> Nell'ambito dell'esame del disegno di legge di conversione del d.l. 28 marzo 2014, n. 47, in tema di emergenza abitativa il Consiglio Nazionale presentò uno schema di normativa elaborato sulle risultanze del XLVIII Congresso Nazionale su "Proprietà dell'abitazione" svoltosi a Roma nel novembre 2013.

<sup>68</sup> Si orienta, invece, per tale soluzione interpretativa Palermo, *L'autonomia negoziale nella recente legislazione*, cit., 493; M. Bianca, *La vendita con riserva di proprietà quale alternativa al rent to buy*, cit., 850 s.; Delfini, *La nuova disciplina del rent to buy nel sistema delle alienazioni immobiliari*, cit., 2.

<sup>69</sup> Ciononostante l'art. 5 *bis* estende la medesima regolamentazione anche alle concessioni di godimento cui segue l'obbligo bilaterale di conclusione e agli atti traslativi di vendita con riserva di proprietà. V. *infra*.

<sup>70</sup> In tal senso, tra gli altri, di recente, Maltoni, *La nuova disciplina dei contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili (art. 23 d.l. 12 settembre 2014, n. 133)*, in *Riv. not.*, 2014, 1067; Id., *Le vendite immobiliari a credito*, in *Trattato Roppo, I, Vendita e vendite*, a cura di Sirena, Milano, 2014, 824 ss.; Guardigli, *I contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili: profili ricostruttivi*, in *Corriere giur.*, 2015, 801.



pur vero che l'acquisizione della proprietà va trascritta ai sensi dell'art. 2657 c.c. e cioè con atto pubblico, scrittura privata autenticata o sentenza. Si potrebbe porre il problema di un eventuale rifiuto del concedente alla stipula dell'ulteriore forma richiesta. Problema che, di norma, viene superato adottando la forma richiesta dall'art. 2657 c.c. anche ai fini della trascrizione *ex art. 2645 bis*. Diversamente sarà necessario un provvedimento giudiziale dichiarativo dell'avvenuto perfezionamento del contratto<sup>71</sup>. In tale direzione soccorre la previsione del comma 3 dell'art. 23 che prevede il ricorso all'art. 2932 c.c. in caso di inadempimento del concedente<sup>72</sup>. La disposizione del comma non si presta a considerare che l'iniziale contratto non abbia l'efficacia di una proposta irrevocabile di vendita da parte del concedente che consente direttamente il trasferimento del bene in caso di esercizio del diritto di opzione, né tantomeno di ritenere che all'esercizio del diritto di opzione non consegua l'effetto traslativo immediato del bene, ma che occorra a tal fine un ulteriore atto, nelle forme richieste ai fini della trascrivibilità ai sensi dell'art. 2657 c.c.<sup>73</sup>. Ciò comporterebbe che, ove mai l'atto iniziale fosse stipulato nella forma direttamente richiesta dall'art. 2657 c.c., sarebbe necessaria ugualmente la sua ripetizione e la fattispecie delineata sarebbe norma eccezionale rispetto al consueto schema degli effetti delineati per la conclusione del contratto attraverso lo schema proposta irrevocabile-opzione. Inutile ricordare che nella prassi si tratta di atti notarili che sono stati elaborati, evoluti e suggeriti da questa categoria professionale come strumento utile per la circolazione dei beni in un'ottica di ottimizzazione degli obblighi finanziari e fiscali che inducono le parti a negoziare nell'ottica della massimizzazione dei costi. Tra l'altro, va ricordata la disciplina del quarto comma dell'art. 23 che è ancora al momento della stipula del contratto la presenza del frazionamento dei finanziamenti o delle garanzie; la cautela sarebbe del tutto inutile se fosse necessario un ulteriore atto di trasferimento e degraderebbe a mera funzione di garanzia dell'aspettativa del conduttore. Non sembra corretto, pertanto, escludere che il diritto del conduttore non possa essere configurato come un diritto di opzione il cui esercizio

<sup>71</sup> Lo evidenziano Aschieri e Fiori, *o.c.*, 16; v., anche II.dd., *Le novità del decreto sblocca Italia: rent to buy e fallimento (commento al d.l. 12 settembre 2014, n. 133, conv. con modif. dalla l. 11 novembre 2014, n. 164)*, in *Fallimento*, 2015, 396 s., ove si sottolinea la differente disciplina fallimentare sul punto rispetto alle previsioni normative in tema di *leasing* o di vendita con riserva di proprietà; Notalini, *I contratti di rent to buy*, in *www.tonalini.it*, 7.

<sup>72</sup> È evidente che l'azione può essere esercitata dal solo concedente e non dal venditore poiché è soltanto questo soggetto che è impegnato alla stipula del trasferimento sin dalla acquisizione del solo godimento. Difficile immaginare che nell'espletamento dell'azione dell'art. 2932 c.c. possa configurarsi un potere di intervento giudiziale per riequilibrare le posizioni delle parti di fronte ad eventuali atti del concedente, durante la fase del solo godimento, tesi ad eludere il diritto del conduttore all'acquisto del bene. Nel concreto il possesso del bene del conduttore dovrebbe impedire ogni attività del concedente mirata a mutare l'iniziale equilibrio delle prestazioni. Diversamente cfr. Poletti, *L'accesso "graduato" alla proprietà*, cit., 47.

<sup>73</sup> In tal senso Iberati, *o.c.*, 190, che ritiene conseguentemente che il contratto sia ad effetti obbligatori e non reali. A questo punto si potrebbe immaginare che il programmato effetto traslativo sia un preliminare unilaterale a carico del concedente.

è immediatamente produttivo del trasferimento se l'intera operazione rispetta gli obblighi formali della circolazione dei diritti immobiliari<sup>74</sup>. Va anche sottolineato che l'attribuzione del diritto di opzione è a titolo oneroso, poiché il comma 1 *bis* prevede che nel contratto venga definita la quota della parte dei canoni imputata al prezzo che potrà essere trattenuta dal concedente nel caso di regolare adempimento del contratto e di mancato esercizio del diritto di acquisire il bene<sup>75</sup>. Nel tentativo di escludere la configurabilità di una opzione onerosa si è tentata ancora una volta la strada del ricorso al meccanismo condizionale: in caso di mancato esercizio del diritto di acquistare l'immobile si realizzerebbe un evento futuro ed incerto che consentirebbe di "convertire" la quota parte del prezzo, che viene trattenuta dal concedente a ristoro del mancato trasferimento, in un "nuovo corrispettivo" del godimento<sup>76</sup>. La costruzione non si pone il problema che la condizione potrebbe essere considerata meramente potestativa, perché rimessa ad un autonomo processo volitivo del conduttore che, in questa ipotesi, non necessita nemmeno di una motivazione<sup>77</sup>.

Ora è evidente che la normativa ha lo scopo o, comunque, avrà l'effetto di "indirizzare l'autonomia dei privati"<sup>78</sup> verso lo schema contrattuale delineato a scapito degli altri schemi negoziali che abbiamo illustrato. In effetti, più che individuare nuove norme, si è impostato uno schema di utilizzo unitario di aspetti codificati per altre fattispecie. Tecnica che poteva già essere attuata in sede di autonomia contrattuale. Ciononostante si è diffusamente discusso di introdotta tipizzazione degli schemi notarili diffusi nella prassi<sup>79</sup>. Si è sottolineato che la nuova disciplina mira ad impedire l'applicabilità esclusiva della disciplina della locazione, poiché la funzione

<sup>74</sup> Diversamente v., Guardigli, *I contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili: profili ricostruttivi*, in *Corriere giur.*, 2015, 800 s.; Poletti, *L'accesso "graduale" alla proprietà*, cit., 48 s. Sulla potenzialità che l'esercizio del diritto di opzione generi direttamente ed efficacemente l'effetto programmato v., in generale, Cesaro, *Opzione nel contratto*, cit., 561 ss.; G. Gabrielli, *Opzione*, in *Enc. giur.* Treccani, Roma, 1990, 3; Panzarini, *Il contratto di opzione. Struttura e funzione*, Milano, 2007, 225; Favale, *Opzione*, in *Comm. c.c.* Schlesinger, Milano, 2009, 117 ss.; Preite e Di Fabio, *Codice della proprietà e dei diritti immobiliari*, Torino, 2015; Stradini, *Profili fiscali del contratto di rent to buy*, in *Riv. dir. trib.*, 2014, 1299.

<sup>75</sup> Sul titolo o la funzione di ristoro per la mancata realizzazione del trasferimento v., Guardigli, *Il contratto di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili: spunti ricostruttivi*, cit., 808.

<sup>76</sup> Poletti, *Quando il "rent" non segue il "buy": scioglimento del vincolo contrattuale e restituzioni*, cit., 1055.

<sup>77</sup> Diversa ancora è la tematica relativa alla mancata determinazione della quota del prezzo da trattenere in caso di mancato esercizio del diritto di opzione. Non sembra condivisibile sostenere che il concedente possa trattenere l'intero rateo del prezzo poiché si assimilerebbe il mancato esercizio con l'inadempimento. Non è da escludere che il concedente possa concordare sull'attribuzione del diritto a titolo gratuito o con una valutazione soltanto simbolica senza che la circostanza possa incidere: diversamente Poletti, *o.u.c.*, 1057. Ritiene che in caso di mancata indicazione sulla quota parte da trattenere per il mancato esercizio del diritto il concedente abbia l'obbligo di restituire l'intero importo diverso dal canone di godimento anche Mazzamuto, *Il contratto di rent to buy*, cit., 958.

<sup>78</sup> Cuffaro, *Oltre la locazione: il rent to buy, nuovo contratto per l'acquisto di immobili*, in *Il Corriere giuridico*, 2015, 5 ss.

<sup>79</sup> Iberati, *Il nuovo contratto di godimento*, cit., 190.

è finalizzata tipicamente al trasferimento del bene e non al suo godimento<sup>80</sup> anche se l'effetto traslativo programmato non è un obbligo per il conduttore, ma un suo diritto.

Qualcuno ha parlato di un “*patchwork* delle norme”<sup>81</sup>. Altri, infine, ritengono che la normativa delinei una funzione diversa da quella perseguibile con le combinazioni di schemi negoziali preesistenti con una natura esclusivamente o prevalentemente finanziaria, specialmente per le ipotesi di *rent to buy* di azienda, ove la ripresa della produttività “potrebbe raggiungere lo scopo legato al finanziamento bancario”. Interessante anche ipotizzare che il nuovo strumento possa svolgere una sua funzione al di là delle situazioni di carenza di liquidità, ma si sviluppi su precise scelte di investimento condizionate dal sistema di tassazione o dalla preferenza di investire momentaneamente in altri mercati più redditizi come, ad esempio, quello mobiliare<sup>82</sup>.

Il fulcro resta sempre il regime della tutela attraverso la trascrizione. Il contratto può essere trascritto *come* un contratto preliminare; si determina, così, il tipico effetto prenotativo<sup>83</sup> per una durata, però, non superiore ai dieci anni<sup>84</sup>. La norma implicitamente detta anche il calendario cronologico dell'operazione che non dovrebbe essere superiore ai 10 anni per evitare la perdita del beneficio dell'opponibilità<sup>85</sup>. Alcune notazioni anche lessicali: innanzitutto i termini di concedente e conduttore sembrano mirati ad escludere la configurabilità dell'operazione nello schema esclusivo della locazione, anche se, sempre in tema di trascrizione, viene richiamato l'art. 2643, comma 1, n. 8, in tema di locazione ultranovennale<sup>86</sup>. Il richiamo è chiaramente finalizzato a garantire il concedente a prescindere dall'esercizio del diritto di opzione<sup>87</sup>. Il potenziale conflitto con i terzi aventi causa dal concedente si presenta, indubbiamente su un duplice piano che deve garantire il conduttore sia nell'ipotesi di esercizio del diritto di acquisire il bene sia nel caso di non esercizio. Se il *rent to buy* è trascritto *ex art. 2645 bis* ed ha durata infranovennale, l'avente causa dal concedente subentra nel rapporto di godimento ai sensi dell'art. 1599, comma 1, entro

---

<sup>80</sup> Aschieri e Fiori, *o.l.u.c.*

<sup>81</sup> Cuffaro, *Oltre la locazione*, cit., 6.

<sup>82</sup> Nazzaro, *Il rent to buy*, cit., 4 ss., spec. 6 ss.

<sup>83</sup> Anche se la formula non potrebbe essere adottata in senso tecnico a causa della scadenza temporale dell'effetto: Palermo, *L'autonomia negoziale nella recente legislazione*, in *Rent to buy e locazione di scopo* a cura di Rescigno e Cuffaro, in *Giur. it.*, 2015, 491 s. In caso di cessione del contratto la norma avrebbe anche la funzione di garantire il subingresso del cessionario nel rapporto: Delfini, *La nuova disciplina del rent to buy nel sistema delle alienazioni immobiliari*, cit., 3.

<sup>84</sup> Si potrebbe immaginare che il termine possa essere convenzionalmente derogato, *contra* D'Amico, *Il rent to buy: profili tipologici*, cit., 1037.

<sup>85</sup> Le parti potranno infatti definire un termine più ampio ma alla scadenza decennale gli effetti della trascrizione si considereranno come mai prodotti: Poletti, *L'accesso “graduale” alla proprietà*, cit., 47.

<sup>86</sup> Sul punto v., Ciatti, *Il rent to buy e l'opponibilità ai terzi del diritto di godimento*, cit., *passim*.

<sup>87</sup> Lo sottolinea anche Zanelli, *Rent to buy nelle leggi 80 e 164 del 2014: ora dunque emptio tollit locatum?*, in *Contr. impr.*, 2015, 18; Mazzamuto, *Il contratto di rent to buy*, cit., 955.

il limite del novennio. Se la durata eccede il novennio, lo stesso effetto dipende, invece, direttamente dalla trascrizione (e non può perdurare in ogni caso oltre il termine decennale di efficacia stabilito all'art. 3, comma 3)<sup>88</sup>.

La trascrizione, così, farà scaturire gli effetti previsti dagli artt. 2645 *bis* e 2643, comma 1, n. 8, c.c. e la presenza del diritto di opzione sarà opponibile ai terzi ove mai non fosse ipotizzabile un diritto di prelazione correlato al contratto di locazione. È stato efficacemente sottolineato che se con la trascrivibilità del contratto preliminare, imposta dalla diffusa prassi della produzione di effetti anticipati, si è voluto tutelare coloro che si sono già impegnati alla circolazione del bene, con l'attuale norma la tutela viene estesa a coloro che hanno semplicemente programmato l'eventualità del trasferimento del bene senza che il conduttore ne abbia assunto l'obbligo<sup>89</sup>.

In sostanza le sole novità rispetto al richiamo di norme precedenti possono essere individuate nella possibilità di trascrivere per un arco temporale significativo anche in assenza di un preliminare; nella qualificazione specifica dell'inadempimento rilevante, nella previsione di una clausola penale a carico del conduttore inadempiente, rispetto alla quale sarebbe difficile argomentare la riduzione ad equità *ex art* 1384 c.c.

È stata definita opaca la previsione che disciplina il mancato esercizio del diritto di opzione introdotto con il comma 1 *bis*<sup>90</sup>. In tali ipotesi, il concedente deve restituire "la quota del canone imputata al corrispettivo". Si è sostenuto che la norma è contraddittoria rispetto alla possibilità di interpretare il contratto come vincolante per entrambi. L'argomentazione non è condivisibile proprio perché la norma parla di un diritto all'acquisto del conduttore e, quindi, propende per lo schema della locazione con opzione finale e si affretta a sottolineare la differenza con la locazione finanziaria che diventa l'operazione tecnicamente più vicina, ma oggi forse più facilmente distinguibile anche per il rinvio alla normativa dell'usufrutto per la disciplina della fase del godimento<sup>91</sup>.

È evidente che il diritto di opzione può non essere esercitato soltanto alla fine del programmato periodo di godimento del bene. Qualsiasi interruzione del rapporto precedente a tale momento costituisce inadempimento del conduttore, cui si applica la disciplina dell'art. 23, comma 5. Egualmente, se il conduttore decide di non

<sup>88</sup> Così, quasi testualmente, Ciatti, *o.c.*, 3. Particolare attenzione è riservata dall'A. alla soluzione delle ipotesi nelle quali venga concesso lo stesso immobile in godimento a una pluralità di soggetti attraverso il *rent to buy* oppure tramite la locazione, il conferimento in godimento in contratti associativi, il comodato o l'anticresi. Il conflitto tra diritti personali di godimento non si dovrebbe risolvere applicando l'art. 2644, ma piuttosto tramite la norma ricavabile dell'art. 1380, a meno che la durata del godimento sia ultranovennale e si potrebbe ricorrere alla trascrizione *ex art*. 2644 come criterio di prevalenza.

<sup>89</sup> Poletti, *L'accesso "graduale" alla proprietà*, cit., 54.

<sup>90</sup> Cuffaro, *o.c.*, 8.

<sup>91</sup> Insiste particolarmente sulla unilateralità dell'obbligo di trasferimento a carico del concedente Iberati, *Il nuovo contratto di godimento*, cit., 191 s.

corrispondere più soltanto la parte del canone-quota di prezzo, ma si limita, invece, a versare esclusivamente la parte di canone-quota relativa alla concessione in godimento del bene dovrà essere considerato comunque inadempiente, perché “(nonostante non vi sia un obbligo del conduttore di acquistare il bene) dell’obbligazione assunta dal conduttore fa parte *inscindibilmente* sia il pagamento della parte di canone destinata a remunerare il godimento, sia il versamento (per intero) della parte che è, invece, destinata ad essere imputata al prezzo (se la vendita si concluderà)”<sup>92</sup>.

5. Il quadro normativo illustrato pone, così, delicate questioni interpretative ed una presa d’atto sostanzialmente non opinabile.

L’operazione nella sua complessità ha sicuramente una natura bifasica<sup>93</sup> che potrebbe indurre a riflettere sull’esistenza di una duplicità di contratti causalmente autonomi, ma tra di loro funzionalmente collegati o sulla presenza di un nuovo ed unico tipo contrattuale caratterizzato da un unico elemento funzionale.

L’art. 23 sembrerebbe delineare un’unica sequenza contrattuale composta da due elementi, anche se uno dei due soltanto eventuale<sup>94</sup>. Il nuovo tipo sarebbe caratterizzato dal godimento finalizzato all’acquisto così come il contratto preliminare ad effetti anticipati, la locazione convertibile in vendita, la stessa vendita con riserva di proprietà ed il *leasing* traslativo<sup>95</sup>. Tutti insieme potrebbero determinare, in ultima analisi, una nuova categoria dei contratti di godimento in funzione della successiva alienazione<sup>96</sup>. La stessa articolazione necessaria del canone tra quota di prezzo e quota di remunerazione della concessione in godimento costituirebbe elemento caratterizzante della fattispecie che farebbe emergere la singolarità della causa dell’operazione anche se con caratteri di “duplicità”<sup>97</sup>. Si potrebbe immaginare, così, che “la *prospettiva* del trasferimento della proprietà del bene entro un determinato termine costituisce il *presupposto* sulla base del quale le parti si accordano (anche) per la concessione *medio tempore* del godimento della cosa”<sup>98</sup>. Diversa è l’impostazione di chi

<sup>92</sup> Testualmente D’Amico, *Il rent to buy: profili tipologici*, cit., 1035.

<sup>93</sup> Per D’Amico, *Il rent to buy: profili tipologici*, cit., 1039 la evidenziazione di tale aspetto rischia di occultare «la peculiarità (e la complessità) del regolamento di interessi che è sotteso ad una operazione di *rent to buy*, che in ogni momento della sua attuazione registra l’indissolubile intreccio tra l’interesse (interinale) di una parte ad ottenere e dell’altra a concedere il godimento attuale di un bene immobile, e l’interesse al trasferimento *entro un certo termine* della proprietà di quel bene».

<sup>94</sup> Poletti, *L’accesso “graduato” alla proprietà*, cit., 42 s.

<sup>95</sup> Lo ribadisce Fusaro, *Un catalogo di questioni aperte sul c.d. Rent to buy*, in *Rent to buy e locazione di scopo*, cit., 497.

<sup>96</sup> Guardigli, *I contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili*, cit., 802 s.; Poletti, *o.l.u.c.*

<sup>97</sup> Lo sottolinea anche Ieva, *Il rent to buy nella prospettiva della valutazione dell’efficienza del modello*, cit., 3, che ritiene la norma dell’art 23 di natura eccezionale non applicabile a quelle fattispecie contrattuali che non presentino tale caratteristica di divisione in quote del canone. La previsione di un frazionamento soltanto simbolico integrerebbe una frode alla legge.

<sup>98</sup> D’Amico, *o.c.*, 1038.

ritiene che si deve sottolineare la presenza di “una contrattazione reale a fasi progressive” nell’ambito piú ampio dell’esecuzione anticipata del contratto preliminare anche se unilaterale. La circostanza sarebbe avvalorata dal richiamo dell’art. 2932 c.c. e dalla consequenziale “necessità” di uno specifico atto traslativo nel momento di determinazione all’acquisto del conduttore<sup>99</sup>.

Non va sottaciuto che la schematizzazione della tipologie non deve indurre a semplificazioni che, inevitabilmente, trascurerebbero la indiscutibile presenza di un ampio margine di discrezionalità dei contraenti nella determinazione effettiva del contenuto contrattuale rispetto al quale molte delle poche disposizioni previste sono derogabili. La scelta, cosí, tra la definizione di due negozi collegati o del nuovo tipo non potrà che procedere a soluzioni anche diversificate che tengano nel giusto conto il concreto contenuto dell’accordo<sup>100</sup>.

In senso completamente opposto si è evidenziato che la classificazione del contratto potrebbe essere dirimente per tutte quelle ipotesi ove è indispensabile individuare la disciplina applicabile al rapporto sia nell’ipotesi di immobili ad uso abitativo che ad uso commerciale. In caso di mancata realizzazione del programma di trasferimento della titolarità il conduttore potrebbe pretendere di far valere la disciplina del tipo locativo per continuare nel godimento del bene, benché sia decorso il tempo programmato per tale fase. Il solo richiamo alle norme dell’usufrutto potrebbe non essere adeguato ad escludere la fondatezza della pretesa, innanzitutto perché la disciplina è derogabile. Lo stesso richiamo della trascrizione della locazione ultrannovenale sembrerebbe introdurre un autonomo regime di tutela del rapporto di concessione del godimento e di opponibilità ai terzi. Immaginare, cosí, che si possa discorrere di un rapporto di locazione con una mera opzione di acquisto è sembrato non cogliere e mettere in risalto “lo scopo in vista del quale il contratto è concluso”<sup>101</sup>.

Il trasferimento dell’immobile costituirebbe lo scopo essenziale del programma negoziale nel quale il godimento del bene costituisce soltanto l’epifenomeno. La disposizione del comma 4 sul divieto di stipulare il contratto prima della cancellazione o il frazionamento dell’ipoteca trascritta sul bene, il successivo comma 5 che consente al concedente di trattenere i ratei di prezzo anticipati della vendita e il richiamo del comma 3 dell’art. 2932 sarebbero sicuri indici normativi che confermerebbero la funzione traslativa dell’accordo negoziale e non consentirebbero di utilizzare la disciplina della locazione nell’ipotesi nelle quali il trasferimento non si realizza. La “locazione di scopo” sarebbe, cosí, un nuovo tipo contrattuale che ha un suo autonomo profilo strutturale e causale ben diversificato dalla locazione semplice, cosí come avviene nell’omologo contratto di mutuo di scopo rispetto al contratto di semplice mutuo<sup>102</sup>. Il diritto di godimento non è collegato esclusivamente al

<sup>99</sup> Palermo, *L'autonomia negoziale nella recente legislazione*, cit., 495.

<sup>100</sup> Poletti, *o.u.c.*, 43.

<sup>101</sup> Cuffaro, *La locazione di scopo*, in *Rent to buy e locazione di scopo*, cit., 503.

<sup>102</sup> Cuffaro, *o.c.*, 504.



pagamento del canone, ma anche ed essenzialmente al successivo trasferimento del bene.

Di fronte alle molteplici interessanti ricostruzioni le mie riflessioni si sono orientate su alcune considerazioni.

La prima è suggestionata dalla lapidaria affermazione di un Collega americano che per il *rent-to-own* si pone l'interrogativo della qualificazione della *transaction* tra *credit sales or trueleases*<sup>103</sup> e nel destreggiarsi anche rispetto all'alternativa tra *Purchases or Rental*<sup>104</sup>, pragmaticamente *illumina* la sua ricerca con un pragmatico *Who cares?*

Mi sembra che l'analisi e l'interrogativo finale scolpiscono la differenza tra l'attività interpretativa di *common law* e di *civil law*. Va, però, ricordato che la frenetica attività interpretativa attraverso la teorica del tipo contrattuale<sup>105</sup> e della tipicità sociale ai fini della qualificazione nelle nuove tipologie contrattuali siano state ridimensionate da una analisi più attenta ad evidenziare che l'individuazione del nuovo tipo, in assenza di indicazioni specifiche normative, si risolve nella individuazione della disciplina applicabile in via analogica dei contratti normati.

Una norma può essere applicata per regolamentare un rapporto contrattuale a prescindere dalla valutazione della tipicità o atipicità soltanto se risulta adeguata a soddisfare l'equo contemperamento degli interessi concretamente in gioco<sup>106</sup>. Non v'è alcun dubbio che alcuni fenomeni non coincidono totalmente con altri la cui disciplina è codificata, ma questo non impedisce di ritenere applicabile parte di tale disciplina anche ai nuovi fenomeni se gli aspetti da regolamentare hanno funzioni coincidenti. Così come non si può escludere che la variazione di alcuni elementi, nel concreto, possa comportare la necessità di richiamare discipline differenti soltanto per regolamentare alcune parti dell'accordo<sup>107</sup>. È, allora, superfluo "allargare le maglie di un tipo o di una categoria al fine di ricondurre in essa più fattispecie possibili. In questo modo, si continuerebbe a ragionare per tipi e categorie senza compren-

<sup>103</sup> Hawkins, *Renting the Good Life*, cit., 2048.

<sup>104</sup> Anderson and R. Jackson, *Rent-to-Own Agreements: Purchases or Rental?*, cit., 1 ss.

<sup>105</sup> V. per tutti, De Nova, *Il tipo contrattuale*, Napoli, 2014, *passim*.

<sup>106</sup> Cfr., *ex multis*, gli insegnamenti di P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., 341 ss.; Id., *In tema di tipicità e atipicità nei contratti*, in Id., *Il diritto dei contratti fra persone e mercato. Problemi di diritto civile*, Napoli, 2003, 395 ss., e Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998, 145, in particolare ove, quest'ultimo, afferma che «[l']atipico, l'assolutamente e radicalmente atipico, è estraneo al diritto, il quale procede (e deve di necessità procedere) mediante la riduzione dei fenomeni entro gli schemi già previsti». Interessanti riflessioni su questa tematica in tema di vitalizi impropri è svolta da G. Perlingieri, *La scelta della disciplina applicabile ai c.dd. «vitalizi impropri». Riflessioni in tema di aleatorietà della rendita vitalizia e di tipicità e atipicità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, 544.

<sup>107</sup> È il caso del contratto di *leasing* dove il concreto atteggiarsi del regolamento rispetto al bene oggetto della transazione ha indotto a richiamare diverse discipline per la regolamentazione della fase patologica della risoluzione per inadempimento. Sul punto sia consentito il rinvio a Valentino, *Leasing e risoluzione per inadempimento*, Napoli, 1990, *passim*.

dere che il problema riguarda prevalentemente la compatibilità e la congruità della normativa prescelta al concreto assetto di interessi. In altri termini, non basta allargare un «contenitore» o prenderne uno più grande se poi non si è in grado di riconoscere gli oggetti e di utilizzarli nel rispetto delle proprie specifiche funzioni<sup>108</sup>. L'individuazione della disciplina per regolamentare un concreto rapporto non passa necessariamente attraverso il filtro del binomio tipicità/atipicità, ma dall'esame della concreta funzione<sup>109</sup> che le parti intendano realizzare e della struttura da loro selezionata per, poi, definirne la liceità e la meritevolezza e soltanto dopo individuare la disciplina più consona a regolamentare ogni singolo elemento del contenuto negoziale attingendo sia dalla parte generale dei contratti che dalle singole fattispecie che presentano caratteri anche parziali di affinità<sup>110</sup> nella regolamentazione dei medesimi interessi dei contraenti<sup>111</sup>.

Nel tentativo di individuare le norme più consone per integrare la regolamentazione individuata dal legislatore o per regolamentare gli accordi concreti raggiunti anche in deroga alla disciplina specifica, mi sembra che, allo stato, non si è posto efficacemente il problema di individuare la differenza del *rent to buy* rispetto al *leasing*. L'evidenziazione della diversa struttura o meglio della maggiore complessità strutturale dei rapporti nel *leasing* (venditore concedente e concedente utilizzatore)

<sup>108</sup> Testualmente G. Perlingieri, *o.c.*, 574.

<sup>109</sup> Per una ricostruzione del concetto di causa in concreto, Rolli, *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova, 2008, 75 ss.; nonché Palermo, *Funzione illecita e autonomia privata*, Milano, 1970, 85 ss.; Cataudella, *Slu contenuto del contratto*, Milano, 1974, (rist. 1974) 319 ss.; Id., *I contratti. Parte generale*, 3ª ed., Torino, 2009, 175; Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, 9ª ed., Napoli, 1989, 172 ss.; Scalisi, *La teoria del negozio giuridico a cento anni dal BGB*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, 535 ss.; Breccia, *Causa*, in Alpa, Breccia e Liserre (a cura di), *Il contratto in generale*, in *Tratt. Bessone*, XIII, 3, Torino, 1999, 43 ss. e 63 ss.; P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 604; Id. e Femia, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, 2ª ed., Napoli, 2004, 101; Carusi, *La disciplina della causa*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, I, 2ª ed., Torino, 2006, 592; in giurisprudenza, si segnalano le note pronunce, Cass. 24 aprile 2008, n. 10651, in *Giust. civ.*, 2009, 1061 ss.; Cass. 24 luglio 2007, n. 16315, in *Contratti*, 2008, 241 ss., con nota di Cavajoni, *La "finalità turistica" come causa in concreto del contratto di viaggio*; Cass. 8 maggio 2006, n. 10490, in *Rass. dir. civ.*, 2008, 2, 564 ss., con nota di Rossi, *La teoria della causa concreta e il suo esplicito riconoscimento da parte della Suprema Corte*; recentemente Cass. 28 gennaio 2015, n. 1625, in *Mass. Giust. civ.*, 2015, e App. Milano 18 settembre 2013, n. 3459, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2014, 3, II, 278, con nota di Tucci, *Interest rate swaps: «causa tipica» e «causa concreta»*. Per un'indagine, più ampia, della giurisprudenza in materia, Martino (a cura di), *La causa in concreto nella giurisprudenza: recenti itinerari di un nuovo "idolum forti"*, in *Corriere giur.*, 2013, 1441 ss.

<sup>110</sup> Cfr. Sacco, *Autonomia contrattuale e tipi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, 785 ss.; Id., *La qualificazione*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, 2ª ed., 10, *Obbligazioni e contratti*, II, Torino, 1995, 536 ss.; nonché la posizione di Franceschelli, *Negozi tipici e atipici*, in Id., *Scritti civilistici e di teoria generale del diritto*, Milano, 1975, 201 ss.; Costanza, *Il contratto atipico*, Milano, 1981, 8 ss.; Busnelli, *Tipicità e atipicità nei contratti*, Milano, 1983, *passim*; De Nova, *I nuovi contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, II, 653 ss.; Roppo, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.* Iudica e Zatti, Milano, 2001, 419 ss.

<sup>111</sup> È la proposta di chi ritiene che il concedente possa usufruire delle azioni di rilascio dell'immobile previste per il locatore perché «la prestazione di godimento cui si collega l'immissione in detenzione del conduttore rivesta una natura locatizia»: Mazzamuto, *Il contratto di rent to buy*, cit., 960.



oltre ad optare per l'esame del solo profilo strutturale non tiene nel giusto conto la circostanza che anche nel *leasing* il concedente può essere il titolare del bene concesso in godimento<sup>112</sup> e questa situazione è sicuramente la più diffusa nel *leasing* immobiliare<sup>113</sup>. Preliminarmente, occorre ricordare che la mancata normazione di quest'ultimo fenomeno è anche riconducibile all'attenta ricostruzione dottrinale e giurisprudenziale che ha risolto il dilemma sull'applicabilità della disciplina della vendita o della locazione. Com'è noto la soluzione è fondata sulla distinzione tra *leasing* di godimento e traslativo a seconda del diverso atteggiarsi della negoziazione e del suo oggetto. In entrambi i casi c'è la concessione del godimento e un diritto di opzione per l'acquisizione della proprietà. In particolare, nel *leasing* di beni immobili la individuazione della scopo dell'accordo oscilla tra vendita e locazione in funzione prevalentemente dell'entità del canone individuato. Se il prezzo finale dovuto, nell'ipotesi di esercizio del diritto di opzione, è elevato e corrisponde al valore del bene i canoni rappresentano il corrispettivo del solo godimento; diversamente questi rappresentano anche ratei di prezzo che andranno restituiti *ex art.* 1526 c.c. in caso di risoluzione. Va subito precisato che la prassi contrattuale ha accolto il criterio di calcolo della penale di risoluzione che prescinde dalla qualificazione dell'operazione in termini di *leasing* operativo e traslativo, consentendo la risarcibilità del danno da inadempimento attraverso la penale di risoluzione comprensiva del valore atteso dal concedente detratto il valore di realizzo del bene non trasferito<sup>114</sup>. In tale determinazione non incide in alcun modo la circostanza che il mancato trasferimento era, in ogni caso, collegato ad una facoltà e non ad un obbligo.

Nell'operazione che ci interessa, la disciplina in tema di risoluzione per inadempimento del conduttore esclude il meccanismo restitutorio delle quote di canone imputate al prezzo ma, come si è accennato, si discute sulla possibilità di riduzione della penale in funzione dell'effettivo danno subito dal concedente<sup>115</sup>. In ogni caso

<sup>112</sup> Lo evidenzia anche Guardigli, *I contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili: profili ricostruttivi*, cit., 811. Decisamente orientato ad evocare marcate differenze tra i due istituti è Ruggiero, *Rent to buy: la positivizzazione di un nuovo schema negoziale tipico*, cit., 978 ss. Sul *leasing* operativo e sulla differenze con il *leasing* traslativo, con attenzione anche agli orientamenti giurisprudenziali, v., di recente, Serra, *Il contratto di leasing*, in *Dei singoli contratti*, a cura di Valentino, 5, *Leggi collegate*, in *Commentario al codice civile* diretto da E. Gabrielli, Torino, 2011, 485 ss.

<sup>113</sup> Per questa possibilità v. Cass. 10 febbraio 2015, n. 2491, con nota di Bruno, *La clausola penale del leasing deve consentire solo un equo compenso per la cosa locata*, in *Dir. giust.*, 2015, 127; Bussani, *Contratti moderni. Factoring. Franchising. Leasing*, in *Trattato Sacco*, IV, Torino, 2004, 263 ss.

Per alcuni lo stesso *leasing* immobiliare non rientrerebbe nell'accezione tecnica di *leasing* finanziario, ma si configurerebbe un contratto diverso che potrebbe rientrare anche nello stesso *rent to buy*: Guardigli, *I contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili: profili ricostruttivi*, cit., 811.

<sup>114</sup> V., Cass. 13 gennaio 2005, n. 574, in *Dir. prat. soc.*, 2005, 64; Cass. 2 marzo 2007, n. 4969, in *Foro it.*, 2007, I, 2433.

<sup>115</sup> Qualora l'inadempimento si collochi temporalmente a notevole distanza dal perfezionamento del contratto, la perdita dei canoni versati in conto prezzo potrà essere di notevole entità tale da integrare la "manifesta eccessività". La riduzione della somma trattenuta potrà essere presa in considerazione se si immagina che si

la norma è derogabile, così come la previsione dell'obbligo di restituzione dei ratei di prezzo nell'ipotesi di inadempimento del concedente. Eguale disciplina viene riproposta in caso di mancato esercizio del diritto di opzione. Di fronte a previsioni normative così flessibili occorre cautamente analizzare il fenomeno in concreto così come delineato dall'autonomia contrattuale anche se la giurisprudenza in tema di clausole penali per l'inadempimento contrattuale nel *leasing* dimostra che le soluzioni possono essere risolte applicando la disciplina generale e non quella del settore legato all'attività di specifica qualificazione<sup>116</sup>.

Il tentativo di risolvere la tematica individuando figure intermedie che si caratterizzano per l'evidenziazione della programmata finalità complessiva dell'operazione si presta, però, ad alcune osservazioni. In ogni ricostruzione si evidenzia preliminarmente la variabilità delle soluzioni in rapporto alla concreta negoziazione in esame, ma si tende ad individuare dei minimi comuni denominatori che possano chiarire l'applicabilità o no della disciplina vincolistica della locazione di immobili urbani. Questione già posta nel *leasing* immobiliare con variegate posizioni<sup>117</sup>. In particolare la proposta di considerare lo scopo traslativo come elemento caratterizzante una nuova fattispecie autonoma di locazione per arrivare all'obiettivo di escludere l'applicazione della disciplina locatizia in tutte le ipotesi nelle quali, per una qualsiasi motivazione, il programmato effetto traslativo non si realizzi, induce ad alcune considerazioni. La norma indica, inoltre, che la disciplina del rapporto nella sua fase esecutiva di godimento è disciplinata dalle norme in materia di usufrutto. La tematica della applicazione della disciplina vincolistica si porrebbe nel caso di mancato esercizio del diritto di opzione e se il conduttore pretenda di proseguire nel rapporto di concessione del mero godimento, ma si pone anche nella diversa ipotesi di inadempimento cui si affianca la medesima pretesa di continuare nel rapporto di godimento o si pretenda di esercitare il diritto di prelazione tipicamente previsto nella locazione nonostante la morosità<sup>118</sup>. La medesima situazione si può, più gene-

---

configuri una clausola penale: v., Poletti, *Quando al "rent" non segue il "buy": scioglimento del vincolo contrattuale e restituzioni*, cit., 1053.

<sup>116</sup> Da ultimo, Cass. 12 settembre 2014, n. 19272, in *Rep. Foro it.*, 2014, voce *Contratto in genere*, n. 287, che qualifica in termini di clausola penale l'irripetibilità dei canoni versati; in precedenza Cass. 28 agosto 2007, n. 18195, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2009, II, 692; ma anche Trib. Milano 15 novembre 2007, *ivi*, 2009, II, 223 ss., ove si esclude che possa essere invocata l'iniuriosità di una clausola penale che prevede la corresponsione dei canoni scaduti e di quelli a scadere.

<sup>117</sup> Clarizia, *I contratti di finanziamento: leasing e factoring*, Torino, 1989, 70; De Nova, *Nuovi contratti*, Torino, 1990, 147 ss.; Buonocore, *I contratti di leasing*, in Buonocore e Luminoso, *Contratti di impresa*, II, Milano, 1993, 1459 ss.; Gisolfi, *Leasing traslativo e diritto di opzione*, in *Riv. not.*, 2004, 170. In giurisprudenza, Cass., 30 settembre 2015, n. 19532, con nota di Greco, *Al leasing traslativo si applicano le regole sulla vendita con riserva di proprietà*, in *Dir. giust.*, 2015, 5; cfr., inoltre, G. Gabrielli, *Considerazioni sulla natura del leasing immobiliare e loro riflessi in tema di pubblicità e responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, 271 ss.; Buonocore, *Il leasing immobiliare*, in *Riv. not.*, 1984, I, 1 ss.

<sup>118</sup> In giurisprudenza, ad esempio, è stato accertato che il diritto di riscatto del conduttore sorge nel momento in cui il proprietario viola il diritto di prelazione, «l'inadempimento del conduttore successivo a tale

ricamente, creare se i contraenti hanno escluso l'applicabilità della normativa in tema di usufrutto senza indicare i criteri di regolazione del rapporto nella fase del godimento. Va ricordato che soluzioni generalizzanti nel tentativo di escludere in assoluto l'applicabilità della normativa locativa sottovalutano che, nel momento di inadempimento del conduttore, il concedente non potrebbe azionare i procedimenti speciali previsti nella locazione per recuperare la disponibilità del bene aggravando la posizione del concedente e, quindi, la stessa sostenibilità del rapporto che, di norma, in quest'aspetto presenta uno degli elementi più deboli nello schema decisionale del concedente che non può essere ulteriormente limitato. Va anche ricordato che l'art. 5 *bis* prevede che la medesima disciplina dell'art. 5 si applichi ai contratti di locazione con clausola di trasferimento della proprietà vincolante per ambedue le parti e di vendita con riserva di proprietà<sup>119</sup>. Proprio la necessità di applicare la stessa normativa a fattispecie che sono diverse sia per la presenza di un obbligo a concludere e non di una facoltà sia per la presenza di un immediato trasferimento della titolarità, che giustifica il godimento del bene, dovrebbe indurre a considerare che le tecniche, normativamente indicate, corrispondono all'attuazione di un principio di equilibrio contrattuale e del divieto di indebito arricchimento<sup>120</sup>, senza la necessità preliminare di doverle ricondurre a nuovi schemi contrattuali che avrebbero l'"esclusiva" della tutela rafforzata.

---

momento, ancorché possa essere causa di risoluzione del contratto, non preclude l'esercizio del diritto di riscatto già sorto» (Cass. 26 marzo 2012, n. 4816, in *Guida dir.*, 2012, 21, 63).

<sup>119</sup> È stato anche sostenuto che la normativa della riserva di proprietà sia schema di riferimento anche per il *rent to buy*: Castellano, *Il rent to buy: un fenomeno sociale in cerca di definizione giuridica*, in *Riv. not.*, 2015, 45 ss.

<sup>120</sup> Già, in tema di *leasing*, P. Perlingieri e Valentino, *Leasing*, in *Manuale di diritto privato*, cit., 710; Orefice, *Locazione finanziaria: tra atipicità, meritevolezza e causa in concreto*, nota a Trib. Bari 13 gennaio 2014, in *Contratti*, 2014, 770; Buonocore, *La locazione finanziaria*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu-Messineo, Milano, 2008, 29; Clarizia, *I contratti per il finanziamento dell'impresa. Mutuo di scopo, leasing, factoring*, in *Tratt. Buonocore*, Torino, 2002, 360 ss.; De Nova, *Il contratto di leasing*, 2 ed., Milano, 1985, 9; Id., *Leasing*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Torino, 1993, 360 ss.; Imbrenda e Carimini, *Leasing e lease back*, in *Tratt. dir. civ. CNN*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2011, 12 ss.; Messina, *Le operazioni finanziarie nel diritto dell'economia. Finanza pubblica e d'impresa*, in *Trattato di diritto dell'economia*, diretto da Picozza e Gabrielli, Padova, 2011, 141 ss.; Serra, *Il contratto di leasing*, cit., 471 ss. In generale la prospettiva offerta è attenta ai rischi di una cieca sussunzione, che «finisce col rendere difficile, se non con l'escludere, l'applicabilità a quella fattispecie concreta di una serie di regole e di principi presenti nel contratto in generale o anche nell'ordinamento giuridico (inteso come sistema unitario al quale ogni singolo concreto contratto non può essere sottratto)» (P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 343. Sul punto, anche, Dattilo, *Tipicità e realtà nel diritto dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, 776; e, più in generale, sui pericoli della sussunzione, Larenz, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, trad. it. di Ventura, Milano, 1966, 203 ss. Il dato può risultare ancor più evidente ove si accolga il monito a non sottovalutare il necessario legame tra forma giuridica e struttura economica espresso da Ascarelli, in *Ordinamento giuridico e processo economico*, in Id., *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, 37 ss.; nonché da Mengoni, *Forma giuridica e materia economica*, in *Studi in onore di Alberto Asquini*, III, Padova, 1965, 1075 ss.

Nell'ordinamento italiano va anche ricordato, però, che la presenza dell'opzione di acquisto non è in genere considerata un autonomo accordo contrattuale, ma una semplice clausola contrattuale<sup>121</sup>. La sua presenza non dovrebbe alterare o duplicare la funzione dell'accordo<sup>122</sup>. In queste tipologie l'obiettivo è il raggiungimento dell'acquisizione di un godimento destinato a soddisfare esigenze primarie e che l'ordinamento ritiene di dover tutelare in maniera più ampia per agevolare l'acquisizione della proprietà. È indubbio che la presenza dell'opzione caratterizzi e determini l'accordo, ma ne costituisce una parte anche se destinata ad essere operativa in un momento successivo ed eventuale.

La peculiare disciplina della fase del godimento e dell'eventuale trasferimento previsti dalla normativa hanno determinato un nuovo tipo contrattuale? La risposta non può che essere influenzata dalla circostanza che gli stessi effetti si sono prodotti nella prassi ricorrendo alla combinazione di tipologie contrattuali tipiche. Possono le novità della trascrizione o della disciplina concorsuale costituire elementi di diversificazione tali da giustificare un nuovo tipo contrattuale? A parere di chi scrive la domanda può essere ultronea perché la normativa che dovrebbe delineare il nuovo tipo è estremamente flessibile e derogabile convenzionalmente ed impone che l'indagine sulla qualificazione del contratto sia condotta sul concreto regolamento posto in essere dai contraenti.

La circolazione dei beni anche immobili, sotto la spinta delle difficoltà di patrimonialità e di accesso al credito, subisce una lenta evoluzione verso forme di contrattazione nelle quali la funzione primaria non è più soltanto l'acquisizione della titolarità, ma l'acquisizione immediata del godimento. Quest'ultimo svolge un ruolo funzionale rispetto l'acquisto del bene che si svolge con sequenze contrattuali diversificate ed inesorabilmente collegate o anche con un'unica e nuova sequenza contrattuale che si attua, però, per gradi successivi nei quali il trasferimento può essere l'atto conclusivo, anche soltanto programmato.

La funzionalizzazione del godimento impone che la tutela della situazione si accentui con alcune connotazioni delle situazioni reali che si intendono realizzare (o che sono meramente programmate). In questo processo viene utilizzata la disciplina dei diritti reali di godimento e soprattutto una diversa tutela nelle ipotesi di procedure concorsuali. In particolare la consegna ed il passaggio del rischio non sono più indissolubilmente legate al trasferimento della titolarità. La tipologia contrattuale del *rent to buy* è soltanto una ulteriore conferma di un processo di disgregazione degli strumenti di circolazione che ha i suoi antecedenti nel contratto preliminare anche ad effetti anticipati, nel *leasing* e nella stessa vendita con riserva di proprietà.

<sup>121</sup> V., *ex multis*, Favale, *Opzione, Art.1331*, in *Comm. c.c.* Schlesinger, Milano, 2009, 57.

<sup>122</sup> Lo ricorda anche Guardigli, *I contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili: profili ricostruttivi*, cit., 801.

In questa ipotesi, come già nel *leasing*, la necessità dell'immediato godimento del bene viene soddisfatta attraverso la procedimentalizzazione<sup>123</sup> del trasferimento che rimane eventuale per far fronte ad eventuali sopravvenienze non valutate o non emerse nel momento dell'accordo e si consente al conduttore di riveditare il suo programma non esercitando il diritto di acquisire la proprietà.

La complessità degli assetti contrattuali, in generale, non consente più di ignorare che gli accordi tra i soggetti subiscono un incremento ed un'articolazione degli assetti contrattuali che, a volte, non consentono la ricostruzione in un solo tipo, sia esso tipico o atipico, ma è necessario ragionare all'interno di una pluralità di funzioni che "l'operazione economica"<sup>124</sup>, nella sua complessità ed unitarietà, può svolgere attraverso sia il processo volitivo rimesso all'autonomia delle parti sia al processo di eteronomia svolta dal legislatore e dalla stessa attività interpretativa in sede applicativa.

6. Queste considerazioni possono essere confrontate utilmente con l'esperienza francese ove da lungo tempo si utilizzano soluzioni contrattuali sovrapponibili al *rent to buy*, si pensi alla *location-vente*, e ove la dottrina è giunta a soluzioni simili senza rincorrere la configurazione di nuovi tipi contrattuali. Nella prassi d'oltralpe la locazione con promessa di vendita può atteggiarsi in due figure contrattuali corrispondenti a due funzioni essenzialmente diverse. La locazione "accompagnata" (*location accompagnée d'une promesse de vente*) è essenzialmente utilizzata in materia immobiliare quando il proprietario, interessato a vendere il proprio immobile, conferisce un'opzione d'acquisto al conduttore. In questo caso vi è sovrapposizione di due contratti che avrebbero potuto essere conclusi anche separatamente. La promessa indica un prezzo di vendita che *non* tiene conto dei canoni versati che, invece, costituiscono il corrispettivo del mero godimento dell'appartamento. Ciascun contratto resta sottoposto alla disciplina propria<sup>125</sup>.

Nella locazione "assortita" (*location assortie d'une promesse de vente*) da una promessa di vendita, invece, i canoni ricoprono in parte anche il pagamento del prezzo

<sup>123</sup> Delfini, *La nuova disciplina del rent to buy nel sistema delle alienazioni immobiliari*, cit., 1.

<sup>124</sup> V., E. Gabrielli, *Il contratto e l'operazione economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 95 ss.; Id., *Il «contratto frazionato» e l'unità dell'operazione economica*, in *Giust. civ.*, 2008, 738; Id., *Contratto ed operazione economica*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., agg.*, Torino, 2011, 243 ss.; Scognamiglio, «Operazione economica» e teoria del contratto, Milano, 2013, *passim*; P. Perlingieri, *Nuovi profili del contratto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 232, il quale opportunamente sottolinea l'utilità di «approfondire non tanto l'atto (singolo) quanto la complessiva operazione, l'attività». Roppo, *I «nuovi contratti» fra autonomia privata e interventi del legislatore. Note minime*, *ivi*, 1992, 12.

<sup>125</sup> Cfr. Schütz, *Location-vente*, in *Répertoire de droit civil Dalloz*, 2008, 2 ss.; da ultimo v. anche Durance, *Location-accession à la propriété immobilière*, *ivi*, 2014, 3.

di vendita; si configurerebbe una locazione c.d. finanziaria poiché si realizza una “fusione” della vendita con la locazione<sup>126</sup>.

Al fine di evitare la riqualificazione della locazione-vendita in vendita con trasferimento differito della proprietà, nella prassi si configura la locazione sia con una promessa bilaterale di vendita, sia con una promessa unilaterale di vendita. Nel primo caso il trasferimento finale non è messo in discussione. La promessa unilaterale, viceversa, determina una situazione differente perché il trasferimento è collegato all'eventuale esercizio dell'opzione alla fine del contratto di locazione<sup>127</sup>. Per evitare abusi o tentativi di frode alla legge, le discipline relative al credito al consumo e al credito destinato a finanziare l'acquisto di immobili per uso abitativo o misto regolano non soltanto la *location-vente* (con obbligo bilaterale di concludere la vendi-

<sup>126</sup> In tal senso Schütz, *o.c.*, ove l'Autrice afferma che «*Seule, la location “assortie” d'une promesse de vente, dans laquelle les loyers recouvrent pour partie le paiement du prix de vente, constitue une location financière en opérant une fusion de la vente et du bail*». L'opinione è peraltro pacifica in dottrina risultando condivisa ad unanimità (cfr. *ex multis*, Collart du tilleul et Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, 8<sup>e</sup>éd., 2007, in *Précis Dalloz*, n. 352).

<sup>127</sup> Interessante è anche la diversificazione del fenomeno, così tratteggiato, rispetto al *leasing*. Il contratto di *crédit-bail* è anch'esso un contratto di locazione con un'opzione di acquisto, ma si tratta di un'operazione trilaterale che si realizza, contrariamente alla *location-vente*, con un gruppo di contratti. Del resto la *location-vente* non soggiace alla disciplina del *leasing*. La *location-vente* su beni di investimento o attrezzature professionali non è soggetta agli artt. L. 313-7 ss., L. 515-2 ss. e L. 571-13 del *code monétaire et financier* (anche L. n. 66-455 du 2 juill. 1966), che invece disciplinano il *leasing* (cfr. in tal senso *Arrêt de la chambre commerciale de la cour de cassation*, 13 avr. 1976, n. 74-12.564, in *Dalloz recueil*, 1976, p. 694, con nota di C. Lucas de Leyssac, e in *Jurisclasseur périodique*, 1977, II, p. 18669, con nota di E.-M. Bey). Tuttavia è stato osservato che da una lettura attenta dell'art. 313-7 del codice monetario e finanziario il *leasing* rappresenta la riunione di quattro elementi: l'acquisto di un bene per uso professionale da parte del finanziatore, la locazione del bene all'utilizzatore, una promessa unilaterale di vendita e un nesso di indivisibilità tra questi due contratti (locazione e promessa di vendita) poiché il prezzo di vendita deve tener conto almeno in parte dei canoni corrisposti. Tre dei quattro elementi caratteristici del *leasing* si ritrovano nella *location-vente*: locazione, promessa unilaterale e nesso di indivisibilità tra i due. Talvolta l'assenza di trasferimento automatico consente di distinguere la *location-vente* dal *leasing* o da una locazione assortita da una promessa sinallagmatica di vendita. Soprattutto il *credit-bail* si caratterizza perché la pluralità dei contratti istituisce delle relazioni tra tre soggetti tra i quali il venditore e il finanziatore sono giuridicamente dei terzi. La caratteristica comporta delle difficoltà che non sono riscontrabili nella locazione vendita o nella locazione assortita con promessa di vendita, soprattutto quando ad esempio il prodotto è difettoso. Il difetto integra un adempimento imperfetto da parte del fornitore. Il locatore non può agire contro il venditore che rappresenta un terzo nel caso del *leasing*. In principio dovrebbe poter agire contro il finanziatore perché questi ha un obbligo di garanzia. Nella pratica succede che il contratto di *leasing* preveda delle clausole di esonero di responsabilità del finanziatore e l'azione diretta del locatore nei confronti del fornitore. Questo tipo di modulazione ha dato luogo ad un contenzioso articolato (v., ad esempio, per una attenta analisi della giurisprudenza in materia, R.-N. Schütz, *Les recours du crédit-preneur dans l'opération de crédit-bail*, Paris, 1994, *passim*). Per ulteriori indicazioni sul *leasing* in tale ordinamento v., anche Cremonese, *Il leasing in Francia*, in *Contratto e impresa Europa*, 2004, 188 ss. Tali aspetti, invece, non si presentano a fronte di una *location-vente*. È il proprietario del bene che deve garantire la bontà del bene stesso. Occorre soltanto stabilire se lo deve fare come venditore o come locatore. V., sul punto Schütz, *Location-vente*, in *Répertoire de droit civil Dalloz*, cit., 7 ss.



ta), ma anche la locazione con opzione di acquisto o la locazione “assortita” ad una promessa di vendita<sup>128</sup>. Si potrebbe osservare, ancora una volta, che l’obiettivo è quello di tutelare il contraente a prescindere dal diverso atteggiarsi del processo mirato anche soltanto potenzialmente al trasferimento della proprietà<sup>129</sup>.

In questo panorama di ipotesi la questione della natura giuridica è controversa, considerata la complessità delle convenzioni che possono rientrare nella categoria della *location-vente*<sup>130</sup>. La giurisprudenza si è più volte pronunciata su queste convenzioni contrattuali. Si presentano in linea teorica tre possibilità: sia considerare che uno dei contratti è prevalente ed applicare la sua disciplina a tutta la fattispecie, sia applicare proporzionalmente le discipline dei due contratti che caratterizzano il tipo (ossia locazione e vendita), sia infine considerare che il contratto, nel suo complesso, diverge sia dalla vendita che dalla locazione e, quindi, esige una disciplina *ad hoc*.

La giurisprudenza è oscillante; prioritariamente ritiene di dover considerare di volta in volta le specificità del caso concreto, prendendo in considerazione la comune volontà delle parti che si può desumere dal concreto regolamento contrattuale<sup>131</sup>.

<sup>128</sup> Il Legislatore francese applica a tali ipotesi contrattuali la disciplina relativa ai beni di consumo con il fine di evitare che qualsiasi forma di vendita a credito, anche relativa alla vendita di beni immobili, possa sfuggire alla tutela prevista per i consumatori anche in tema di locazione. Infatti di là dalla disciplina presente nel codice civile, la *location-vente* e la *location assortie d'une promesse de vente* sono specificamente disciplinate dagli artt. L. 312-24 ss. del *Code de consommation* sia per immobili adibiti ad uso abitazione, sia per immobili adibiti ad uso professionale. L’art. L. 312-25 ad esempio, che codifica la loi n. 93-949 del 26 luglio 1993, impone di dare pubblicità dell’identità del locatore, della natura e dell’oggetto del contratto; occorre altresì che siano indicati la durata della locazione, il costo annuale e il costo totale. La legge prevede un obbligo a carico del proprietario di una offerta preventiva che abbia certi requisiti obbligatori (C. Consomm., art. L. 312-26). Questa offerta è valida per trenta giorni e può essere accettata soltanto a partire da dieci giorni dal ricevimento da parte del compratore (C. Consomm., art. L. 312-27); il locatore non può accettare alcuna somma prima di aver ricevuto l’accettazione formale dell’offerta (C. Consomm., art. L. 312-28). La legge consente al locatore, in caso di inadempimento del compratore, di esigere il pagamento dei canoni scaduti e non pagati nonché di un’indennità che «*ne peut excéder 2% de la part des versements correspondant à la valeur en capital du bien à effectuer jusqu’à la date prévue du transfert de propriété*» (C. Consomm., art. L. 312-29). Ancora, in caso di inadempimento del compratore, il locatore non può chiedere la restituzione del bene se non dopo avergli rimborsato le somme corrispondenti al valore del capitale già versate (C. Consomm., art. L. 312-29, n. 2).

<sup>129</sup> Anche la dottrina italiana ha sottolineato che si «possano nascondere insidie operative» nonostante che il contratto realizzi risultati assolutamente leciti: Ieva, *Il rent to buy nella prospettiva della valutazione dell’efficienza del modello*, cit., 4.

<sup>130</sup> Oltre alla locazione accompagnata da una promessa di vendita o quella assortita, si pensi anche all’ipotesi di *location-accession*. Il tema della qualificazione dei contratti rientranti nell’egida della *location-vente* rappresenta da svariati anni argomento di studio e discussione nella dottrina francese. Sul punto cfr. i contributi recenti di R.-N. Schütz, *Location-vente*, in *Répertoire de droit civil Dalloz*, cit., 2008; Durance, *Location-accession à la propriété immobilière*, cit., 2014.

<sup>131</sup> Cfr. *ex multis*, Arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation, 7 juill. 1992, n. 90-17.240, in *Bull. Civ.*, I, n. 270, ove la Camera Commerciale della Corte di cassazione contesta alla Corte d’Appello di non aver verificato la concreta volontà delle parti ignorando peraltro anche diverse circostanze di fatto utili alla qualificazione della fattispecie.

Di norma, si procede a riqualificare in vendita l'ipotesi nella quale, malgrado vi sia una promessa unilaterale di vendita sullo sfondo di un contratto di locazione, il conduttore in realtà sia obbligato per qualche circostanza ad acquistare (perché magari il pagamento dell'ultima rata della locazione funge anche da saldo del prezzo)<sup>132</sup>.

Ed allora sarebbe opportuno, salvo i casi di frode alla legge, che se dall'analisi del concreto regolamento contrattuale si desume la presenza dei due tipi di contratti in qualche modo "sintetizzati" o "fusi" nell'ambito del processo di acquisizione della titolarità, la scelta dell'interprete fosse quella di applicare ragionevolmente ambedue le discipline, considerando che, in una fase precedente a quella dell'opzione per l'acquisto del bene, la disciplina applicabile è quella della locazione mentre nella fase immediatamente successiva, viceversa, la disciplina di riferimento è senza dubbio quella della vendita. Sarebbe dunque opportuno, cionondimeno, scartare quelle regole che rimettono in discussione l'indivisibilità dell'operazione<sup>133</sup>.

La proposta interpretativa mira, quindi, a non contrapporre le discipline, bensì a determinarne l'utile contemporanea loro utilizzazione che rispetti la complessità dell'operazione nel suo insieme, nel rispetto dell'esigenza di regolamentazione peculiare delle sue diverse fasi di attuazione.

Nel sistema americano, il *rent-to-buy* rientra nella cosiddetta *ownerfinance*<sup>134</sup> e rappresenta una fattispecie contrattuale che consente di accedere al *real estate* se non vi siano i presupposti per l'accensione di un finanziamento (*mortgage*). Assume de-

<sup>132</sup> Qualora le parti abbiano inteso mascherare una vendita a rate mediante locazione la giurisprudenza ha riqualificato il contratto in vendita. I tribunali hanno infatti qualificato come vendita tutte quelle ipotesi in cui le parti, attraverso la convenzione, abbiano inteso perseguire una finalità fraudolenta come nel caso di un contratto di locazione dietro il quale, invece, vi sia una vendita a rate inducendo la giurisprudenza a riqualificare l'operazione di vendita qualora il pagamento dell'ultima rata della locazione comportasse anche trasferimento automatico della proprietà (v., per esempio, *Cour de cassation, Chambre commerciale*, 18 settembre 2012, n. 11-19.764, in *www.Dallozenligne.fr*). La Giurisprudenza ha altresì riqualificato la convenzione in vendita quando l'ammontare dei canoni superi ampiamente il valore locativo del bene (*Cour d'appel Rouen*, 22 nov. 1968, in *Recueil Dalloz-Sirey*, 1969, p. 67).

<sup>133</sup> Nell'intenzione delle parti, la *location-vente* comporta più che una "juxtaposition", una "imbrication", una fusione della locazione con la vendita (cfr. in questo senso *Cour d'appel Paris*, 13 janv. 1960, in *Gazette du palais*, 1960, 2, p. 25, che rileva l'indivisibilità della locazione e dell'eventuale trasferimento differito della proprietà per rifiutare di distinguere nella somma corrisposta dal beneficiario la frazione della stessa inerente la locazione e quella integrante una quota parte del prezzo di acquisto. Nello stesso senso, più recentemente, *la chambre commerciale de la Cour de cassation* (Arrêt de la chambre commerciale de la cour de cassation, 7 juill. 1992, n. 90-17.240, in *Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation*, I, n. 270) contesta ai giudici del merito di non aver verificato se la locazione fosse accompagnata dalla promessa di vendere avendo concesso al locatario di recedere dal contratto (come se si trattasse di una mera locazione) consentendogli di sottrarsi all'obbligo di corrispondere la rata finale di acquisto per la quale sussisteva già una cambiale consegnata al venditore. La circostanza della cambiale consegnata al venditore attesta invece che si è in presenza di una *location-vente* con trasferimento automatico, ipotesi nella quale è esclusa la possibilità che il locatario possa beneficiare del diritto di recedere da una *location-vente* per la quale risulta sin dal contratto obbligato ad acquistare.

<sup>134</sup> Cfr. Fajardo, "Owner Finance, No Banks Needed!" *Consumer Protection Analysis of Seller-Financed Home Sales: a Texas Case Study*, in *Georgetown Journal on Poverty Law & Policy*, Spring 2013.



nominazioni diverse e alternative secondo gli obblighi e i diritti previsti dal locatore-venditore e dal conduttore-acquirente dell'immobile. La *lease-option* prevede una locazione immobiliare (*lease*) con un'opzione di acquisto dell'immobile, a fronte di un obbligo del locatore di vendere. Si discorre di *lease-purchase* se, invece, è contrattualmente previsto sia l'obbligo di vendere da parte del locatore, sia l'obbligo di acquistare da parte del conduttore<sup>135</sup>.

In ambedue le ipotesi sussistono caratteristiche comuni e sfumature diverse: di là dalla diversità menzionata, il conduttore paga sin dall'inizio una somma per accedere al diritto o al dovere di acquistare (*option money*), così come conduce in locazione il bene immobile per un certo periodo sino a quando non decide sull'opzione di acquisto o non adempie all'obbligo di acquisto. Nella *lease-option* la somma che il conduttore deve corrispondere al locatore per esercitare l'opzione di acquisto (*purchase price*) è determinata sin dall'inizio, ma le parti possono stabilire di determinarla al momento dell'esercizio dell'opzione di acquisto sulla base del valore di mercato. Normalmente invece, nella *lease-purchase* il prezzo di acquisto (*purchase price*) è stabilito, sin dall'inizio, nel contratto. Naturalmente queste caratteristiche possono variare in base ad altre specifiche pattuizioni e in base alla disciplina applicabile che varia nei diversi Stati membri.

In linea generale, e con esclusivo riferimento al *wording*, negli Stati Uniti la fattispecie contrattuale ha avuto applicazione, con modalità quasi esclusive e comunque storicamente antecedenti, per i beni di consumo<sup>136</sup>; esiste una specifica rete commerciale con migliaia di *shops* dislocati nel territorio adibiti all'omonimo servizio<sup>137</sup>.

<sup>135</sup> In questo senso il meccanismo è, per molti aspetti, simile a quello previsto dall'art. 1523 c.c. Tuttavia risulterebbe più affine all'ipotesi di vendita con riserva di proprietà il "*contract for deed*", ovvero un contratto (verbale o scritto) in ossequio al quale il proprietario rilascia un "*deed*" (titolo di proprietà) all'acquirente dell'immobile con il pagamento dell'ultima rata e, quindi, al saldo del prezzo ad opera di quest'ultimo. Nelle more del pagamento del saldo l'acquirente viene immesso nel possesso materiale dell'immobile con il pagamento di un acconto al quale segue il pagamento del prezzo suddiviso in rate (cfr. appello nel caso *Ward v. Malone*, 115 S.W. 3d 267, 271).

<sup>136</sup> Per una accurata indagine sul sistema del *rent-to-buy* applicato ai beni di consumo negli Stati Uniti si rinvia a M.H. Anderson, *Other solutions for fringe economy lending: an economic investigation of rent-to-own agreements*, in *Chicago-Kent Law Review*, p. 141; v. in proposito anche l'interessante articolo di Clark, Dow and Smith, "*Rent-to-own*" *agreements in bankruptcy: sales or lease?*, in *American Bankruptcy Institute Law Review*, Spring, 1994, p. 115.

<sup>137</sup> Con riguardo specificamente al *rent-to-own* utilizzato per beni di consumo, dottrina e giurisprudenza hanno argomentato copiosamente al fine di dimostrare che le transazioni di *rent-to-own* rappresentano delle vendite finanziate mascherate da locazione. Uno dei punti più rilevanti in tal senso è rappresentato dalla circostanza che tali contratti sono strutturati come una sorta di credito al consumo con il quale il *lessee* ottiene la proprietà di beni mediante il pagamento di rate. I consumatori percepiscono tali operazioni come operazioni di finanziamento e che la denominazione di "*rental-purchase*" in realtà maschera una vera e propria vendita: i consumatori sopportano il rischio della perdita del bene, sono responsabili del pagamento delle relative tasse, beneficiano eventualmente delle garanzie poste a tutela del bene; inoltre, la maggior parte dei *lessee* acquisiscono la piena proprietà del bene al termine del periodo locativo (cfr. Hastak, *Regulation of the Rent-to-Own Industry: Implications of the Wisconsin Settlement with Rent-A-Center*, in *Journal of Public Policy &*

Per la proprietà immobiliare (*real estate*) sembrerebbe esservi un generale richiamo della figura del *rent-to-buy*, che assume i connotati delle *sandwich lease options* ovvero delle ipotesi contrattuali menzionate.

Di là dal problema formale del *wording*, anche la dottrina statunitense si è posta il dubbio circa la qualificazione di questi negozi, oscillando tra soluzioni che riconducono la fattispecie ad una vendita o ad una locazione con le conseguenze sulla disciplina applicabile. Numerosi ed accesi sono le controversie nei tribunali<sup>138</sup>, in dottrina<sup>139</sup> e tra legislatori nello stesso Congresso. Naturalmente il problema ha ac-

---

*Marketing*, Spring, 2004, Vol. 23, No. 1, p. 89 ss; Michelsen Hillinger and Hillinger, *Section 365 in the Consumer Context: Something Old, Something New, Something Borrowed, Something Blue*, in *Commercial Law Journal* 104, 1999, 377 ss.). Vi è un ulteriore elemento in favore della tesi che qualifica il *rent-to-own* come una vendita finanziata: le stesse società finanziarie ritengono che il *rent-to-own* abbia, come formula contrattuale, completamente sostituito quella della vendita con finanziamento (cfr. in tal senso i *Reports* annuali di alcune tra le maggiori società che operano nel ramo dei finanziamenti quali ad esempio la *Aaron Rents Inc.*, la *Rent-a-Center Inc.* o la *Rent-Way Inc.* nei quali risulta che «*the rental-purchase business offers a concrete alternative to traditional retail installment sales*»).

Sul fronte opposto, la principale motivazione che ha indotto altra parte della dottrina a considerare il *rent-to-own* come una locazione e non come una vendita risiede nella circostanza che il conduttore ha spesso il diritto di recedere dal contratto in qualsiasi momento senza ulteriori costi. Inoltre il locatore ha l'obbligo di mantenere e riparare il bene. In ultimo, ma non ultimo, molti accordi non sfociano nel trasferimento della proprietà (Cfr. Walden, *The Economics of Rent-to-Own Contracts*, in *Consumer Affairs Review*, 1990, 326; Prestes, *Application of the Equal Credit Opportunity Act to Housing Leases*, in *The University of Chicago Law Review*, Summer, 2000, 865 ss.).

Ma questo dibattito, talvolta polemico, ha dimostrato una relativa utilità per gli operatori, sia perché le normative attuali non richiedono di inquadrare e classificare le operazioni di *rent-to-own* in una di queste due categorie, sia perché le operazioni negoziali presentano indubbi tratti propri della vendita con finanziamento e della locazione. Malgrado sia innegabile che vi possono essere significative implicazioni nell'ambito della regolamentazione commerciale qualora il *rent-to-own* sia qualificato come una locazione ovvero come una vendita, occorre considerare che, negli Stati Uniti, il *rent-to-own* è quasi sempre definito e regolamentato da una specifica disciplina, pertanto la teorizzazione di questa distinzione si palesa inutile e fuorviante (si consideri in proposito che, allo stato, soltanto tre stati membri non risultano avere una disciplina specifica dedicata al *rent-to-own*, ossia il New Jersey, il Wisconsin e la North Carolina). Se si considera, ad esempio, il *California Rental-Purchase Act*, il *rent-to-own* o *rental purchase agreement* «*means an agreement between a lessor and a consumer pursuant to which the lessor rents or leases, for valuable consideration, personal property for use by a consumer for personal, family, or household purposes for an initial term not exceeding four months that may be renewed or otherwise extended, if under the terms of the agreement the consumer acquires an option or other legally enforceable right to become owner of the property. A rental-purchase agreement is a lease subject to Title 1.5 (commencing with Section 1750) and Title 1.7 (commencing with Section 1790)*». Dunque, la questione legale del se considerare il *rent-to-own* come vendita o come locazione nella maggioranza degli Stati, come in California, non ha rilievo pratico poiché la questione è già definita dal Legislatore.

<sup>138</sup> Con particolare riferimento ai diversi orientamenti della giurisprudenza a partire dagli anni '70 sul tema, cfr. Nehf, *Effective regulation of Rent-to-own Contracts*, in *Ohio State Law Journal*, Summer, 1991, 751 ss.

<sup>139</sup> Nell'attuale panorama giuridico il motivo per il quale le Corti, gli Accademici o il Legislatore cercano di classificare il *rent-to-own* come locazione o come vendita risiede nella circostanza che tali due discipline rappresentano riferimenti euristici per il Legislatore: se il *rent-to-own* è una vendita, occorrerà applicare, appunto, la disciplina sulla vendita; se sarà prevalentemente una locazione allora il riferimento normativo risiederà nella disciplina omologa. Come indicato persuasivamente dalle ipotesi contrapposte che criticano

quisito ancora maggiore risonanza con riferimento ai casi nei quali si possa essere verificata o si possa verificare una procedura di insolvenza nei confronti del consumatore o di chi conduce in locazione il bene<sup>140</sup>.

I problemi sorgono nel caso in cui, in ipotesi di *lease to own with an option to buy*, l'acquirente non abbia ancora esercitato l'opzione di acquisto e nel frattempo il venditore gli notifici lo sfratto: i giudici in tale evenienza tendono a ritenere legittima la domanda del proprietario, ritenendo il contratto un semplice contratto di locazione. Quando, invece, l'acquirente esercita l'opzione di acquisto (ed è in condizione di garantire il pagamento) il venditore deve trasferire il titolo di proprietà<sup>141</sup>.

Risulta sufficiente nella maggior parte dei casi il pagamento di un semplice acconto senza indagini creditizie e tempi di attesa. Naturalmente per la diffusa opinione sull'applicabilità della disciplina della locazione, almeno sino al momento dell'esercizio dell'«*option*» da parte del compratore, i *sandwich lease options* si palesano più vantaggiosi per il venditore, poiché questi può trattenere tutte le somme riscosse dall'acquirente in caso di suo inadempimento, le somme riscosse a titolo di locazione sono superiori rispetto ad un mero canone, il tasso di interesse applicato è maggiore rispetto a quello di un mutuo bancario ed, infine, durante la vigenza del contratto sono a carico dell'acquirente tutti gli oneri relativi a manutenzione, assicurazione e tassazione del bene immobile<sup>142</sup>. L'acquirente può subire lo sfratto, non ha un titolo di proprietà adeguato per richiedere un finanziamento, non può apporre vincoli di sorta sull'immobile, né modificarlo strutturalmente.

Al fine di limitare l'abuso di tali vantaggi da parte dei proprietari, alcuni Stati americani hanno emanato norme limitative del potere del venditore. In Texas, ad esempio, il venditore deve consegnare il titolo di proprietà al compratore entro trenta giorni dal pagamento dell'ultima rata, specificare le condizioni dell'immobile, dandone una descrizione accurata ed inviare all'acquirente con cadenza annuale un

---

il *rent-to-own* ora come locazione, ora come vendita (per una critica all'inquadramento del *rent-to-own* come vendita o come locazione si veda Ayer, *On the Vacuity of the Sale/Lease Distinction*, in *Iowa Law Review*, May, 1983, 667), questo contratto non integra né l'una né l'altra ipotesi contrattuale pur presentando alcune caratteristiche dell'una e dell'altra. In tal senso «*regulators need to abandon this credit sale/lease dichotomy and refocus the debate on the unique characteristics of rent-to-own*» (cfr. Hawkins, *Renting the Good Life*, in *William & Mary Law Review*, 2008, 2041 ss., e, in particolare, 2047, paragrafo dedicato specificamente alla questione della qualificazione del *rent-to-own* dal titolo quanto mai eloquente «*Disguised Credit Sales or True Leases? (Or Who Cares?)*»).

<sup>140</sup> Per l'analisi del problema della qualificazione del *rent-to-own* correlata allo stato di insolvenza del soggetto che conduce in locazione il bene si rinvia a Clark, Dow and Smith, «*Rent-to-own agreements in bankruptcy: sales or lease?*», cit., 115.

<sup>141</sup> «*If the buyer is able to secure the financing, the seller then executes a deed transferring title to the buyer*» (cfr. Way, *Informal Ownership in the United States and the Law*, in *Saint Louis University Public Law Review*, 2009, Vol. 29, 132). In consimile ipotesi «*by exercising the option changes a person's status from renter to owner*» conseguendone che «*the executory contract is no longer subject to landlord-tenant provisions*»; cfr. G.H. Fajardo, o.c., 428 ss.

<sup>142</sup> Cfr. Way, o.c., 128 ss.

*account statement*; inoltre non può destinare l'immobile ad operazioni di suo esclusivo interesse se non è previsto specificamente nel contratto<sup>143</sup>.

L'esigenza di tutelare l'acquirente da eventuali abusi del proprietario è, in ogni caso, diffusamente avvertita; la dottrina è propensa a considerare l'opzione di acquisto come automatica ed irrevocabile al momento in cui «*the buyer makes a down-payment in excess of at the first monthly payment and security deposit*»<sup>144</sup> e laddove manchi una disciplina che sia idonea a bilanciare la posizione delle parti, ritiene che sia applicabile la disciplina del *mortgage*. La giurisprudenza sembra condividere tale impostazione ed applica, analogicamente, la disciplina del mutuo a quelle ipotesi nelle quali l'acquirente sia in grado di provare «*1) the situation of the parties including their and social relationship, 2) price fixed in relation to the actual value of the property conveyed, 3) surrender of possession by grantor, 4) payment of taxes, 5) payment of rent, 6) liability by grantor to pay interest, 7) financial circumstances of the grantor and 8) conduct of the parties before and after the transaction*»<sup>145</sup>.

Ancora una volta, a seconda delle particolari pattuizioni si individuano soluzioni diversificate in funzione del concreto atteggiarsi dell'assetto contrattuale e si ricorre alla o alle discipline più consone.

In tempi di precarietà si può governare la necessaria instabilità dei programmi attraverso accordi che riescano a tutelare tutti gli interessi coinvolti: *Mater artium necessitas*.

<sup>143</sup> Cfr. Act of May 27, 1995, 74th Leg., R.S., ch. 994, § 3, 1995 Tex. Gen. Laws 4982, 4987-88.

<sup>144</sup> Cfr. Fajardo, *a.l.c.*

<sup>145</sup> Cfr. Swenson v. Mills, 108 P.3d 77 (Or. Ct. App. 2005); Clemons v. Home Savers, 530 F. Supp. 2d 803 (E.D. Va. 2008), *aff'd*, No. 08-1230, 2008 U.S. App. LEXIS 8055 (4th Cir. 2008).

# Testamento epistolare e nuove tecnologie

di Camillo Verde\*

## SOMMARIO: I. *Il testamento epistolare nella tradizione codicistica.*

1. *Formalismo testamentario e rigore documentale. La fattispecie del testamento olografo e la sottocategoria del testamento epistolare.* – 2. *L'olografia come forma essenziale che garantisce la provenienza, di quanto documentato nella scheda testamentaria, direttamente dal de cuius autore del testo scritto.* – 3. *Riflessioni di sintesi sulle formalità inerenti al testamento olografo e quelle omologhe del testamento c.d. epistolare redatte su supporti di tipo cartaceo.*

## II. *Il testamento epistolare su supporto informatico.*

4. *Sul profilo evolutivo della rilevanza giuridica degli strumenti "informatici". Dall'età elettronica all'era digitale. La "naturale" difficoltà dell'adeguamento del testamento privato ai principi d'ordine informatico.* – 5. *Documento e sottoscrizione di tipo elettronico ed informatico: la loro rilevanza giuridica nel sistema positivo e profili di parziale equivalenza con quello tradizionale di base codicistica.* – 6. *Il testamento olografo in forma elettronica e su supporto informatico. Stesura del testo e della firma omologa a quella di tipo manuale. Il testamento olografo in forma elettronica trasmesso via e-mail ed equivalenza all'analogo testamento olografo inviato su corrispondenza cartacea. La pubblicazione ex art. 620 c.c.*

## I. Il testamento epistolare nella tradizione codicistica

1. Il diritto successorio per causa di morte, secondo un consolidato orientamento di pensiero, si presenta all'interprete come una realtà tipizzata da formalità rigide in un sistema chiuso ed asfittico, solidamente ancorato ad una cultura di tipo liberale e, soprattutto, ispirata da antiche istanze individualistiche meritevoli di risposte esaurienti rispetto ad altre istanze di ispirazioni più aperte e solidaristiche anche al di fuori dei confini giuridici della famiglia tradizionale<sup>1</sup>.

\* Professore Associato di Diritto privato, Università degli Studi di Cassino e del Lazio meridionale, Notaio.

<sup>1</sup> In tal senso cfr. L. BIGLIAZZI GERI, *La vocazione testamentaria*, in *Trattato di priv.*, diretto da P. Rescigno, vol. 6°, tomo II, Torino, 1982, 10. Ma già E. RESTA, *Mutamenti sociali e riflessione giuridica*, in *Diritto Privato. Una ricerca per l'insegnamento*, condotta da N. Lipari, Bari, 1974, 794, ha evidenziato il limite ideologico su cui risulta fondato l'intero sistema successorio in quanto "pilastro dell'ordine liberale ed individualistico del secolo scorso" (con evidente riferimento al secolo 19°, le cui tracce portanti sono presenti anche nel successivo secolo e tuttora persistenti). In sostanza la codificazione del 1942 era rimasta coerente alla cultura codicistica del 1865, e quindi anche essa ancorata -come è intuitivo- ad un assetto economico liberale ed alla trasmissione della ricchezza accumulata all'interno del nucleo familiare. Con l'età repubblicana,

La rigidità del sistema, che, in linea di massima, riduce lo spazio per una rilettura in senso evolutivo dell'atto-testamento (art. 587 c.c.)<sup>2</sup> rende difficoltoso non solo il percorso esegetico nel valutare, nell'interpretare e nell'attuare in concreto il progetto dispositivo indicato dal testatore, ma rende anche impraticabile l'apertura del sistema ad istanze innovative già presenti ai confini del sistema medesimo e che già premono per assumere riconoscimento di dignità giuridica al pari di quella tradizionale.

Il rito testamentario, infatti, come è contemplato dal legislatore, costituisce un ostacolo alla utilizzabilità di una *testamenti factio* atipica, idonea, ad esempio, all'ingresso nell'ordinamento successorio *mortis causa* di valori giuridici di natura informatica.

Un testamento redatto su un supporto elettronico ed informatico di tipo privato, quale ad esempio una missiva (una *e-mail*), non può aver dignità di testamento olografo, per cui è tuttora difficile ammetterne la validità<sup>3</sup>, perché il "testo" in sé non riproduce le fattezze anche solo estetiche della scheda olografa, come prescritte dall'art. 602 c.c.; fermo restando la sicura e totale incompatibilità formale con il testamento pubblico, che è ricevuto da un pubblico ufficiale ai sensi dell'art. 603 c.c., e con il testamento segreto che è caratterizzato da una ritualità particolare nella

---

sulla spinta dei nuovi modelli costituzionali, sia in tema di proprietà (la funzionalizzazione dell'attività economica anche privata a fini sociali ex artt. 41 e 42 Cost.) sia in tema di assetti personali e familiari (cfr., in particolare, gli artt. 2, 3, 29 e 30 Cost.) e l'incidenza anche di sistemi normativi di derivazioni extranazionali (e segnatamente dell'ordinamento europeo), il diritto successorio ed il diritto di famiglia si sono allontanati dal quadro di riferimento codicistico del 1942. Il diritto successorio si sta orientando verso la circolazione della ricchezza non più vincolata allo *jus sanguinis* ma verso l'attuazione dei valori costituzionali della proprietà e dell'impresa: significativa, al riguardo, l'indagine di P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale, secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, *passim*, ma in particolare 433 ss. nonché pp. 872-873 ed ivi significativi richiami bibliografici. Per la successione a causa di morte e in ordine al suo fondamento cfr. G. BONILINI, *La successione a causa di morte*, in *Trattato dir. succ. e donazioni*, diretto da G. Bonilini, vol. I, sez. I, Milano, 2009, 3 ss., il quale ha in via incidentale osservato che il diritto successorio, sebbene sussista "il prevalere dei redditi da lavoro sui redditi patrimoniali...", assolve tuttavia, ancora oggi, alla funzione di sistemazione patrimoniale *post mortem*, al di là dell'importanza economica del patrimonio relitto", donde la constatazione che è tuttora attuale il quadro di riferimento codicistico del diritto successorio salvo alcune modificazioni ed integrazioni conseguenti ad interventi legislativi *ad hoc*. Inoltre cfr. A. D'ALOIA, *La successione mortis causa nella Costituzione*, in *Trattato dir. succ. e donazioni*, diretto da G. Bonilini, cit., vol. III, sez. II, 43 ss. Per un quadro complessivo della disciplina testamentaria si rinvia a M. DI FABIO, in *Le successioni*, volume secondo, a cura di V. Cuffaro e F. Delfini, in *Commentario cod. civ.*, diretto da E. Gabrielli, Torino, 2010.

<sup>2</sup> In tal senso cfr. L. BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, 19 e 71 ss.

<sup>3</sup> Sulla diffidenza intorno alla validità del testamento epistolare c'è traccia nel periodo anteriore alla rivoluzione francese durante il quale era vietato utilizzare una missiva per consacrare un testamento. Questo divieto, in seguito, non è stato riprodotto nel Codice Napoleonico, ma è rimasta la diffidenza che si è protratta fino ai nostri giorni, atteso il pericolo di facili alterazioni, occultamento e/o soppressioni di queste forme testamentarie. Sul punto cfr. A. AMBANELLI, *Il testamento olografo*, in *Trattato dir. succ. e donazioni*, a cura di G. Bonilini, vol. II, Milano, 2009, 1306; in tema di testamento mediante lettera si veda anche G. MUSOLINO, *Appunti e progetto di testamento olografo, volontà negoziale e forma*, in *Riv. not.*, 2015, 5, 1026 ss.



quale interviene anche il pubblico ufficiale che certifica la consegna nelle sue mani della scheda testamentaria contenuta in una busta chiusa e sigillata (artt. 604 e 605 c.c.)<sup>4</sup>.

La pubblicità che caratterizza il testamento ex art. 603 c.c. è documentata dalla circostanza che l'atto viene ricevuto dal notaio alla presenza di due testimoni, mentre il testamento olografo, e peculiarmente quello in forma epistolare, è un atto privato, assume la caratteristica della naturale riservatezza che l'accompagna e garantisce la personalità dell'atto, e tanto in aperto contrasto con il carattere pubblico del testamento ricevuto dal notaio: di qui la segnalata oggettiva incompatibilità fra testamento pubblico e testamento epistolare, confortata altresì dal fatto che l'olografo è contenuto in un documento che ha natura di scrittura privata semplice e, quindi, non è né un atto né un documento notarile il cui taglio pubblicistico è ineludibile<sup>5</sup>.

È opportuno ribadire e sottolineare che il testamento epistolare presenta il requisito della riservatezza come è naturale in ogni comunicazione epistolare, la qual cosa aveva provocato nella dottrina francese, in particolare in un periodo anteriore alla rivoluzione del 1789, la tesi della incompatibilità sistematica di una siffatta forma testamentaria, tanto che alcune disposizioni normative vietavano l'utilizzazione di una missiva per consacrarvi un testamento<sup>6</sup>.

Ed è altresì opportuno puntualizzare che il testamento epistolare non possa mai assumere la veste di atto pubblico perché è *in re ipsa* che il testamento epistolare non possa essere contenuto in un testamento pubblico: sussiste fra i due tipi di negozi testamentari una incompatibilità strutturale e documentale evidente ed irriducibile. Il testamento epistolare è infatti un atto di parte (della persona del testatore) ed è una scrittura privata.

Fra le due realtà fenomeniche è, inoltre, insita una palese incompatibilità perché il testamento epistolare ha la peculiare caratteristica di essere una "missiva", un "atto", quindi, riservato e per ciò non pubblico. La tutela costituzionale del diritto di comunicare attraverso la corrispondenza (arg. ex art. 15 Cost.) postula la presenza di due elementi: a) la intersoggettività tra l'autore della missiva ed il destinatario della stessa, donde la comunicazione è diretta ad una o più persone, come è già in-

<sup>4</sup> Giova osservare che l'epistola appartiene alla logica della corrispondenza che gode di una copertura costituzionale di notevole rilievo ai sensi dell'art. 15 Cost. Questa norma contempla la libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione e postula la presenza del concorso di due elementi nella struttura del rapporto comunicativo: il primo è la intersoggettività, fra l'autore della missiva e la parte destinataria della stessa; il secondo è l'attualità del dato comunicativo. Si richiede l'attualità perché con il passare del tempo cessa il carattere privato e personale per coinvolgere il profilo pubblicistico, storico, artistico letterario ecc. (cfr. P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 164-165). La corrispondenza è accompagnata dalla segretezza come forma di tutela intensa della riservatezza in ordine al contenuto di quanto comunicato.

<sup>5</sup> Per un quadro completo sulle caratteristiche del documento notarile cfr. S. TONDO, G. CASU e A. RUOTOLO, *Il documento*, in *Trattato dir. civ. del Cons.Naz. Notariato*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2003, passim.

<sup>6</sup> A. AMBANELLI, *Il testamento epistolare*, sub *Il Testamento olografo*, in *Trattato dir. succ. e donazioni*, diretto da G. Bonilini, *op.loc.cit.*



sita nel significato semantico della parola “corrispondenza”; b) l’attualità, nel senso che la comunicazione ha per oggetto fatti, atti, situazioni, decisioni di tipo attuale, perché con il passare del tempo cessa il carattere privato e personale per coinvolgere il profilo pubblicistico, storico, letterario, artistico ecc.<sup>7</sup>

Non va altresì disatteso che una nozione di corrispondenza viene fornita dall’art. 24 del Regolamento postale secondo il quale la corrispondenza epistolare consta di un involucro chiuso oppure di qualsiasi documento (cartaceo) aperto –si pensi ad una cartolina postale– che contenga comunicazioni aventi carattere attuale e personale.

Queste tematiche saranno oggetto di ulteriori riflessioni intorno alla più esatta identificazione del fenomeno della corrispondenza, in particolare quella epistolare, estensibile a tutte le forme di comunicazione non servite dal mezzo tradizionale postale nonché alle nuove forme di comunicazioni interpersonali elaborate dalle tecnologie più moderne, ed in special modo di quelle informatiche ed elettroniche.

Tornando al formalismo testamentario, occorre preliminarmente osservare che la legge, come è noto, impone nella disciplina testamentaria la regola per la quale al testatore è sottratta ogni libera disponibilità delle forme con le quali può disporre, per il tempo in cui avrà cessato di vivere e, quindi, *mortis causa*, di tutte le proprie sostanze o di parte di esse (art. 587, comma primo, c.c.).

Questo rigore formale ha favorito e sostenuto l’idea della tipicità delle forme testamentarie e della correlata vincolatività delle stesse: tanto è vero che il mancato rispetto delle formalità prescritte dalla legge nella scelta dello strumento “testamento” è colpito dalla sanzione della nullità, con la conseguenza che resta inattuabile il programma dispositivo di tutte le situazioni patrimoniali e non patrimoniali inerenti i rapporti successori manifestato dal *de cuius*.

In altre parole, il legislatore non tollera forme testamentarie alternative rispetto a quelle previste dalla legge medesima.

La peculiarità di questo formalismo giuridico ha trovato varie spiegazioni non tutte soddisfacenti.

Una prima tesi che prevale su altri orientamenti di pensiero sottolinea che la rigidità formale in esame serve a richiamare l’attenzione del testatore sulla importanza dell’atto ed allo scopo di garantire “la genuinità, la serietà e la ponderatezza” dell’atto medesimo<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> P. BARILE, *op. ult. loc cit.*

<sup>8</sup> Così testualmente F. MESSINEO, *Manuale dir. civ. e comm.*, vol. 6°, Milano, 1962, 117. Sulla *ratio* della rilevanza della forma solenne, che è posta a presidio delle disposizioni testamentarie, la tradizione culturale è saldamente ancorata alla opinione prevalente (cfr. F. MESSINEO, *op. loc. cit.*) secondo cui “Il testamento è negozio formale, ossia solenne.... Di regola, l’accennata solennità si esaurisce nell’impiego della scrittura privata o dell’atto di notaio... Il rigore formale è giustificato dalla importanza sociale dell’atto, alla quale il testatore va richiamato, e all’invito di garantirne la genuinità, la spontaneità, la serietà e la ponderatezza” donde “le norme sulle forme del testamento sono...d’ordine pubblico” (*ibidem*). Cfr. altresì C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, vol. I, Milano, 1964, 101 e ss. per il quale le forme testa-

In tema di testamento epistolare la autografia e la forma scritta di pugno dell'autore della missiva tipizza l'atto che evoca il testamento olografo sia sul piano negoziale (ovviamente se la forma della dichiarazione risulti conforme allo schema prospettato dall'art. 602 c.c.) sia sul piano probatorio in ordine alla esistenza dell'atto medesimo ed accentua il profilo documentale della scheda su cui l'atto risulta steso.

Occorre, *per incidens*, osservare che la solennità di ogni forma testamentaria così come è contemplata dal sistema vigente prevede un minimo comun denominatore per tutte le formalità testamentarie, e cioè la forma scritta, con la evidente esclusione della forma orale<sup>9</sup>: nelle disposizioni ex artt. 602, primo comma, appena citato, e

---

mentarie sono imposte dalla legge per impedire che il testatore possa disporre senza aver prima riflettuto, per garantire la libertà della volontà testamentaria, per prevenire influenze estranee alla sua personalità, per garantire che le disposizioni assumano i caratteri propri di un atto di ultima volontà e non di un mero progetto testamentario; perché il contenuto delle disposizioni si presentino certe e determinate ed, infine, perché il documento, che contiene le disposizioni medesime, offra anche una buona qualità probatoria attraverso il documento (la c.d. scheda testamentaria) che quindi registri ed espliciti la volontà del testatore (cfr. 101 - 102). Sulla stessa linea F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, ed. 1966, 144, secondo il quale, quando la legge prescrive per il negozio giuridico una forma solenne, significa che la legge stessa ritiene che la forma vincolata garantisce "una più sicura determinazione ed una più riflessiva determinazione della volontà" negoziale dell'autore dell'atto e della sua dichiarazione documentata, come avviene in tema di forma testamentaria: non a caso vengono richiamati, fra parentesi, e fra le altre norme che prevedono negozi a forma solenne, anche gli artt. 601 e ss c.c. Di particolare interesse si presentano le riflessioni formulate da A. LISERRE, *Formalismo negoziale e testamento*, Milano, 1966, 134 benché non tutte in linea con la menzionata tradizione culturale. L'Autore, infatti, non condivide l'idea che la forma solenne abbia lo scopo di garantire che il testatore abbia la consapevolezza di quello che scrive e delle conseguenze giuridiche che ne derivano. Infatti, fra la pluralità delle forme poste a disposizione del testatore, quella olografa non è, a rigore, ispirata a questa esigenza, per la semplice ragione che "si può nutrire solo la speranza che egli sia consapevole della riferibilità del suo atto al tipo di regolamento denominato testamento". Peraltro da tempo la dottrina ha segnalato che il punto di partenza dell'indagine sul formalismo testamentario è fornito, in particolar modo, dalla logica che supporta la struttura formale e documentale del testamento olografo, per la quale l'autografia dell'intero testo assicura la corrispondenza della dichiarazione con la reale volontà del testatore. In tal senso cfr. G. BRANCA, *Dei testamenti ordinari, artt. 601-608*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoia e G. Branca, Bologna-Roma, 1986, 2 e ss. Concordano su questo rilievo A. LISERRE, *op. cit.*, 178 ss., e, più recentemente, G. BONILINI, *Manuale del diritto ereditario e delle donazioni*, Milano, 2006, 267; E. MARMOCCHI, *Forma dei testamenti*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni*, I, diretto da P. Rescigno e Ieva, Padova, 2010, 888 ss. .

<sup>9</sup> È noto che, in linea di principio, l'ordinamento positivo non tollera il testamento nuncupativo, e non mancano opinioni che ritengono sanzionabile di inesistenza giuridica siffatta forma testamentaria e la sua conseguente inconfirmabilità ex art. 590 c.c., deputata solo a recuperare nell'orbita della rilevanza giuridica esclusivamente gli atti negoziali nulli e nella misura in cui la legge lo consente. Il testamento nullo, infatti, presenta un nucleo di attività negoziale di limitato riconoscimento giuridico perché esiste un sua "scritturazione" (e lo strumento della convalida ex art. 590 c.c. la fa emergere attraverso il negozio confermativo) mentre il testamento orale è carente anche di questo *minimum* perché "non scritto". Sul punto cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, 243; A. CICU, *Testamento*, Milano, 1969, 292; F.S. AZZARITI, G. MARTINEZ, G. AZZARITI, *Successioni per causa di morte*, Padova, 1979, 354; G. CARAMAZZA, *Delle successioni testamentarie Art. 582-712*, in *Comm. teorico pratico al cod. civ.*, diretto da V. De Martino, Novara, 1982, 56 ss. La giurisprudenza, che in linea di massima segue l'indirizzo dottrinale poc'anzi segnalato, registra qualche dissenso partendo dalla premessa che il testamento nuncupativo non è inesistente ma nullo e come tale confermabi-

604, primo comma, c.c. si fa espresso riferimento all'elemento indefettibile dell'atto "scritto" mentre per l'atto pubblico viene precisato che la disposizione di ultima volontà manifestata dal testatore "è ridotta in iscritto a cura del notaio" (art. 603, comma secondo, c.c.).

Va inoltre precisato che è *jus receptum* che l'interrelazione fra negozio testamentario, come atto dispositivo *mortis causa*, ed il documento che lo contiene e lo conserva, la c.d. scheda o *chartula* (fra cui anche l'epistola), segnala la co-presenza di dati diversi fra loro anche se interagenti.

È di tutta evidenza che al testamento come negozio giuridico risale il progetto decisionale sulla sorte cui viene destinata la vicenda successoria, patrimoniale e non patrimoniale del testatore, a causa della morte di questi e con effetti dopo la sua morte, mentre il documento è la *res* naturale utilizzata dal testatore medesimo per registrarvi l'atto delle sue ultima volontà.

Nella redazione del testamento olografo è esemplare al riguardo la circostanza che l'utilizzo della *res* avviene mediante l'intervento diretto della persona del testatore: il testamento viene infatti redatto di proprio pugno dal testatore e senza interventi di terzi, altrimenti l'atto è sanzionato da nullità<sup>10</sup>.

Inoltre va puntualizzato che il testamento come negozio produce effetti alla data dell'apertura della successione, mentre il documento che lo contiene acquista rilievo giuridico in modo immediato, nel senso che la registrazione documentale costituisce un punto fermo di autonoma rilevanza giuridica: ad esempio l'onere della conservazione, del deposito e della custodia della scheda testamentaria costituisce un effetto giuridico connesso e conseguente alla redazione "materiale" dell'atto ed all'utilizzo del documento appena posto in essere.

In tema di testamento olografo, poi, la ricostruzione documentale dell'atto ad opera del testatore è esemplare perché la stessa scheda come *res* postula la distinzione ontologica fra documento, che contiene le disposizioni *mortis causa*, e l'atto negoziale testamentario in sé considerato, e tanto è consacrato dalla legge: gli artt. 289, 591 e 604 c.c. sono, infatti, deputati a regolare la disciplina e gli effetti del testamento come atto-negoziale, mentre gli artt. 601-618 c.c. sono destinati a regolare il testamento come atto-documento, segnandone il carattere ed i confini.

Da un lato è assorbente l'aspetto sostanziale del contenuto dispositivo-distributivo della massa deducibile in successione *mortis causa*; dall'altro viene privilegiata la funzione probatoria, la finalità della conservazione della volontà testamentaria manifestata, lo scopo della certezza della manifestazione della predetta volontà in quanto consacrata nell'atto-documento.

---

le (cfr. Cass., 11 luglio 1996, n. 6313, in *Notariato*, 1996, 509). Questo indirizzo giurisprudenziale ha trovato seguito anche presso una parte della dottrina: in particolare cfr. A. PALAZZO, *Le successioni*, in *Trattato dir. priv.*, tomo II, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 1996, 927-928.

<sup>10</sup> Cfr. Cass., ord. 6 novembre 2013, n. 24882, in *Riv. not.*, 2014, 3, 604 ss.; Cass. 11 novembre 2015, n. 23014, in *Riv. not.*, 2, 2015, 381 ss., con nota di G. MUSOLINO.

Questi due profili “trovano il loro punto di incontro in sede di interpretazione e quindi di ricostruzione della volontà negoziale<sup>11</sup>”.

Giova puntualizzare che nei negozi a forma vincolata, quale è il testamento olografo, il dato documentale ha una rilevanza di particolare consistenza tale che la stessa precisazione che il documento sia “scritto” implica di per sé che l’atto-documento è posto *ad substantiam actus*<sup>12</sup>.

Resta, comunque, consolidato l’indirizzo tradizionale secondo il quale la solennità dell’atto-negozio, rilevabile anche dalla vincolatività della forma prescritta dalla legge, non altera il diverso ruolo affidato dalla legge alla dichiarazione, che inerisce alla forma del negozio, rispetto al diverso ruolo che la legge stessa assegna al documento il quale recepisce, registra e conserva l’atto-dichiarazione a fini probatori, anche in termini processuali<sup>13</sup>.

2. Si è accennato che la fattispecie del testamento c.d. epistolare è, sul piano sostanziale, contigua al tipo “testamento olografo” mentre sul piano documentale si struttura come una “scrittura privata<sup>14</sup>”.

<sup>11</sup> Così testualmente A. PALAZZO, *op. cit.*, 620-621. In tal senso anche L. BIGLIAZZI GERI, *Il profilo negoziale dell’atto*, Milano, 1976, 172 e ss.; sul tema dell’interpretazione del testamento epistolare si veda G. VIDIRI, *La rilevanza del linguaggio scritto nell’interpretazione del testamento olografo*, in *Giust. civ.*, 2012, 3, 651ss.; C. COPPOLA, *L’interpretazione del testamento epistolare*, in *Famiglia, Persone e Successione*, 1, 2005, 33 ss. e sia consentito rinviare ad un mio lavoro monografico di prossima pubblicazione.

<sup>12</sup> In tal senso si pronuncia A. LISERRE, *op.cit.*, p. 197 ss., il quale, in verità, rileva che nella *testamenti factio activa* olografica il documento tende a penetrare nella sostanza dell’atto-testamento, ma con la precisazione che il documento di per sé non è un ulteriore dato formale dell’atto-testamento, atteso che il documento è la *res* su cui si situa la dichiarazione manifestata. Pertanto “il requisito formale della dichiarazione solenne non è il documento - che è un oggetto - bensì la documentazione o formazione del documento - che è una attività - per cui, compiuta questa attività, il negozio è perfetto ed ha vita indipendente dal documento”. Questa interpretazione è in linea con una consolidata letteratura risalente alle intuizioni di F. CARNELUTTI, *La prova civile*, Roma, 1915, 123 ss. e seguite da G. LASERRA, *Scrittura privata*, Napoli, 1959, 200 ss., A. SCARDACCIONE, *Scrittura privata*, in *Noviss. dig. it.*, XVI, 1969, 816 Ss. e, più recentemente, S. TONDO, G. CASU, A. RUOTOLO, *Il Documento*, in *Trattato dir. civ. del Cons. Naz. Not.*, cit., 2003, 412 e ss.

<sup>13</sup> Su questo punto cfr. A. PALAZZO, *Le successioni*, cit., 812, il quale, prospettando l’ipotesi di due testamenti olografi confezionati in tempi diversi, osserva che, sotto il profilo negoziale, prevale la seconda disposizione *mortis causa* sulla precedente, mentre sul piano documentale tale prevalenza “non comporta deroghe alle regole processuali sulla efficacia probatoria della scrittura privata”. Pertanto in caso di controversia intercorrente fra l’erede nominato nel secondo testamento e l’altro erede nominato nel primo testamento, ove non risulti disconosciuta da parte del secondo erede la sottoscrizione effettuata dal *de cuius* sulla prima scheda, ne risulta incontestabile l’autenticità del primo testamento ai sensi e per gli effetti degli artt. 214 - 215 c.p.c., “consentendo quindi che il testamento anteriore sia utilizzato, quale scrittura di comparazione per la verifica della autenticità di quello successivo oggetto di contestazione rituale” (A. PALAZZO, *op. ult.cit.*, 812-813).

<sup>14</sup> L’equivalenza del testamento olografo, nella sua stesura documentale, ad una scrittura privata è opinione consolidata in dottrina: cfr. in particolare F.G. AZZARITI, G. MARTINEZ e G. AZZARITI, *op. cit.*, 383, testualmente puntualizzano che il testamento olografo “è una scrittura privata giuridicamente perfetta”; C. GIANNATTASIO, *Delle successioni*, in *Comm. cod. civ.*, Libro VI, tomo secondo, Torino, 1962, 109, rileva che “esso ha ... valore di scrittura privata e la sua efficacia probatoria è disciplinata dagli stessi principi che regolano, in genere, le scritture private”. Anche la giurisprudenza è dello stesso avviso: significativa al riguardo Cass.

Lo si evince dalla circostanza che l'atto assume la natura ed i caratteri della "lettera" o "missiva" la quale oggettivamente è atto di parte (del mittente) e non può mai assurgere a dignità di atto di notaio.

Infatti, come già visto, l'intervento del notaio, che confeziona l'atto-rogito, esclude *ex jure* che il testamento abbia struttura e natura documentale di scrittura privata: il testamento per notaio, infatti, come prevede testualmente la legge, è atto pubblico. Nel clima del formalismo legale dei testamenti ordinari, il negozio testamentario è supportato da una forma sostanziale ed è consacrato in un documento che consente al notaio di ridurre in scritto la volontà testamentaria resa dal testatore direttamente e personalmente al notaio rogante, alla presenza di due testimoni (art. 603 c.c.).

Vero che, in linea di principio, una scrittura privata può essere accompagnata da attività d'ordine notarile, ed in particolare attraverso l'autenticazione delle firme delle parti (sostanziali e/o formali) redigenti il testo del documento, ma la distinzione fra scrittura privata ed atto pubblico è ineludibile: lo si argomenta, a tacer d'altro, dalle segnalazioni normative in materia e, comunque, dalla circostanza che il testamento olografo non può, ontologicamente, essere accompagnato dall'autentica notarile.

Sul piano normativo l'autenticazione di una scrittura privata connota questa come documento caratterizzato tipicamente da una certificazione, sostenuta con fede pubblica privilegiata (quella notarile), in ordine alla avvenuta sottoscrizione da parte del soggetto autore dell'atto, previamente identificato dal notaio, sottoscrizione apposta alla presenza del medesimo notaio autenticante.

Appare evidente che, *in primis*, una missiva, la quale inerisce ad una corrispondenza di tipo epistolare per sua natura riservata, se non addirittura segreta, non può essere accompagnata da alcuna autenticazione notarile: la si esclude, cioè, *a priori*.

In secondo luogo, se la "lettera" assume le caratteristiche del testamento epistolare, che contenga cioè disposizioni di ultima volontà nel rispetto del formalismo olografico prescritto dall'art. 602 c.c. - nel senso che l'olografia investe l'intero testo dispositivo compresa la datazione, e quindi, non soltanto la sottoscrizione<sup>15</sup> - un

---

28 gennaio 1987, n. 790, in *Giust. civ.*, 1987, p. 826 ss. (annotata da R. TRIOLA, *Testamento olografo ed onere della prova*, 827 ss.) la quale, sotto il profilo probatorio, dà per scontato che la produzione della scheda olografa equivalga alla produzione di una scrittura privata rilevante ai fini degli artt. 214 e 215 c.p.c. e tanto in linea con i precedenti giurisprudenziali Cass., 5 ottobre 1959, n. 2680, in *Mass. Giust. civ.*, 1959, 914 e Cass., 6 aprile 1962, n.724, in *Mass. Giust. civ.*, 1962, 356. Cass., 28 maggio 2012, n. 8490, in *Guida al diritto*, 2012, 26, 57 s.

<sup>15</sup> La redazione di pugno del testatore dell'intero testo della disposizione testamentaria rende improponibile l'equiparazione del testamento olografo alla scrittura privata (ovviamente quella non autenticata). È sufficiente puntualizzare che in questa è richiesta la formalità dell'autografia soltanto per la sottoscrizione (art. 2702 c.c.), mentre in quello l'autografia investe l'intero testo, compresa la datazione e la sottoscrizione (in tal senso l'art. 602 c.c. più volte menzionato); in giurisprudenza Cass., 1 ottobre 2013, n. 22420, in *Riv. not.*, I, 2014, 122 ss. con nota di C. CICERO; Cass., 7 luglio 2004, n. 12458, in *Giust. civ.*, 2004, I, 2941.

eventuale intervento del notaio autenticante snatura l'atto, convertendolo in atto parzialmente di notaio (con riguardo all'atto di autenticazione in sé) e rimanendo un atto del privato (del testatore) con riguardo alla redazione del testo di ultima volontà. È evidente che questa forma testamentaria non solo non è prevista dalla legge ma non è neppure tollerata dal sistema. L'atto così confezionato non sarebbe, infatti, né pubblico, perché non ha le caratteristiche tipizzate dall'art. 603 c.c. in base al quale il notaio "riceve" l'atto, mentre nella fattispecie epistolare l'atto-missiva non può che essere in fatto ed in diritto un atto privato; e non assumerebbe neppure la caratteristica di un testamento olografo in senso proprio perché non solo è ignota per tal caso la formalità dell'autentica notarile, ma lo stesso documento olografo sarebbe snaturato rispetto all'impianto ed alla funzionalizzazione del formalismo posto dall'art. 602 c.c.<sup>16</sup>

In conclusione, il rigoroso formalismo del testamento pubblico e soprattutto del testamento segreto è posto a presidio dell'autenticità della volontà testamentaria e della sua provenienza da parte del testatore così costituitosi rispettivamente nel rogito ex art. 603, comma primo, c.c. e nel verbale di consegna ex art. 605, comma secondo, c.c., della cui identità personale il notaio redigente e ricevente è certo menzionandolo in atto (art. 51 legge notarile 16 febbraio 1913, n.89).

Per quanto attiene al testamento olografo le certezze sopra menzionate sono offerte direttamente dallo *jus positum*: la legge, infatti, si affida alle formalità descritte dall'art. 602 c.c. e cioè che "il testamento . . . deve essere scritto per intero, datato e sottoscritto di mano del testatore" (comma primo), assegnando all'autografia il ruolo di garante delle certezze suddette.

Questi formalismi, integrati dagli altri contemplati nella stessa norma, quali la modalità del luogo in cui va apposta la sottoscrizione, la strutturazione della sottoscrizione (di regola indicando il nome e cognome) e la indicazione della data (giorno, mese ed anno o per equipollenti idonei), sopperiscono agli scopi istituzionalmente previsti per le altre due forme testamentarie. Tanto è vero che è diffusa l'opinione che il testamento olografo, conforme allo schema strutturale contemplato dal citato art. 602 c.c., produce gli stessi effetti del testamento per atto di notaio.

Va sottolineato che il produrre gli stessi effetti, vale a dire la regolamentazione della sorte dei rapporti economico-giuridici patrimoniali e delle situazioni giuridiche anche non patrimoniali per dopo la morte ed a causa della morte del testatore, non implica che l'olografo abbia la stessa struttura e goda della stessa disciplina delle altre due forme di testamenti ordinari. È sufficiente rammentare che per il testamento pubblico e per il testamento segreto la legge predispone un sistema di rigorosa con-

<sup>16</sup> In linea di principio la confezione del documento relativo ad una scrittura privata "non si presenta né come esercizio di una pubblica funzione, né di un pubblico servizio" per cui il testamento olografo si attesta anche come "documento redatto da un soggetto che non svolge una pubblica attività" (A. LISERRE, *op. cit.*, 138, che richiama anche G. LASERRA, *op. cit.*, 139). L'olografo come scrittura del privato ha le caratteristiche di un atto-documento proprio ed esclusivo del suo autore e creatore ad un tempo.



servazione in luogo sicuro e presso lo studio del medesimo notaio rogante, offrendo così una garanzia dai rischi di sottrazione, di smarrimento, di tentativi di alterazioni ecc. attraverso un articolato procedimento previsto dal diritto notarile<sup>17</sup>.

Premesso tutto ciò, ritenuto che il testamento epistolare, per essere tale, debba avere le stesse caratteristiche formali di un olografo e, nel contempo, considerato che la scheda olografa assume documentalmente la veste di una scrittura privata, appare opportuno ripercorrere -anche in relazione all'interpretazione della epistola testamentaria- gli itinerari tracciati dall'art. 602 c.c.

È *jus receptum* che il testamento olografo è la forma più semplice di testamento, e presenta il vantaggio della riservatezza e della segretezza in ragione del fatto che la legge prescrive la redazione olografa dell'atto, e cioè impone una operazione grafica eseguita direttamente e personalmente dal testatore, e quindi, *ex jure*, senza la presenza o l'intervento di terzi<sup>18</sup>.

La previsione che la redazione dell'atto sia fatta per intero di pugno dal testatore, ivi compresa la datazione e la sottoscrizione, assolve il compito istituzionale emergente dal principio della appartenenza dell'atto al suo autore, supportato per l'appunto, dalla autografia nella quale si esprime la personalità dell'autore dell'atto medesimo. Di qui resta documentata la certezza che l'atto appartiene a chi l'ha scritto e sottoscritto di proprio pugno.

Giova rammentare quanto già precisato in precedenza, che sul terreno della *testamenti factio* olografa sussiste una chiara interrelazione fra il negozio testamentario, come negozio dispositivo *mortis causa* ex art. 588 c.c., ed il documento che contiene

<sup>17</sup> Rientra nel dovere istituzionale del notaio di custodire con esattezza ed in luogo sicuro gli atti da lui ricevuti (art. 61, comma primo, lett. a, della legge 16 febbraio 1913, n.89). In particolare, per i testamenti pubblici ricevuti e per i testamenti segreti, depositati con apposito verbale di consegna avente natura di atto pubblico, la legge prevede la custodia in fascicoli distinti (art. 61, comma terzo, legge n. 89 del 1913, cit.). Per il testamento olografo non sussiste un analogo obbligo istituzionale. Vero che è data facoltà al testatore di chiedere ad un notaio, come a qualsiasi professionista (ad es. avvocato, commercialista, ingegnere, architetto ecc.) o ad un terzo fiduciario la cura di conservare e custodire la scheda olografa. Per quanto attiene la funzione professionale notarile la fattispecie in esame è contemplata dall'art. 608 c.c. e regolata dall'art. 1, n. i e ultimo comma, R.D.L. 14 luglio 1937, n.1666 ed è quella che offre un sistema garante della custodia e della conservazione della scrittura privata nella stessa misura contemplata dalla legge per gli atti conservati nell'archivio del notaio (arg. ex art.608 c.c.). La formalità di questo deposito, come si evince anche dalla disciplina positiva, non implica la conversione dell'olografo in un atto equiparabile ad un atto pubblico. Sul punto cfr. P. BOERO, *La legge notarile commentata*, I, Torino, 1993, 372-376; E. PROTETTI' e C. DI ZENZO, *La legge notarile*, Milano, 2009, 258-260.

<sup>18</sup> La giurisprudenza ha costantemente rilevato che il testamento olografo redatto con l'aiuto materiale di altra persona non possiede il requisito dell'autografia, perché sul punto l'art. 602 c.c. è chiaro: l'autografia implica che il testamento-atto sia vergato di proprio pugno dal testatore. L'intervento di un terzo altera questo schema formale tipizzato e rende invalido il testamento. Questa interpretazione è stata di recente ribadita da Cass., 11 novembre 2015 n. 23014, in *Riv. not.*, 2015, 2, 381 ss., con nota di G. MUSOLINO; da Cass., 10 settembre 2013, n. 20703, in *Mass.*, 2013, 656 nonché Cass., 6 novembre 2013, n. 24882, cit. costituendo un orientamento condivisibile perché l'olografia, investendo l'intero atto, è garante della provenienza dell'atto medesimo da parte del testatore.



e conserva le disposizioni di ultima volontà (la c.d. scheda testamentaria). È evidente che sussiste una netta distinzione fra l'atto-testamento e l'atto-documento, ancorché entrambi sono finalizzati a rendere operativo il complessivo regolamento negoziale ed a stabilire una forza probatoria dell'intera attività giuridica, l'uno dall'angolazione negoziale, l'altro sotto il profilo documentale. È agevole dedurre, infatti, che il testamento come negozio risale al progetto decisionale sulla sorte del patrimonio e sulla disciplina degli atti non patrimoniali, che spesso completano il contenuto del testamento, previsti dal testatore per dopo ed a causa della sua morte; mentre la *chartula* funge da *res* su cui quelle volontà vengono registrate.

Sulla base di queste premesse è evidente che una lettera può assumere la qualificazione giuridica di testamento olografo se contiene tutti gli elementi formali costituenti la struttura portante del testamento olografo nei termini fissati tipicamente dall'art. 602 c.c.

La "lettera" deve essere, pertanto, scritta interamente di pugno dal testatore, deve essere datata e sottoscritta dallo stesso.

La scritturazione, in genere, può essere fatta con qualsiasi mezzo (penna, matita, carbone ecc.) e su qualsiasi strumento idoneo alla conservazione permanente di quanto scritto, di regola su carta, essendo la corrispondenza affidata per tradizione al supporto cartaceo. Ma non possono certo essere ignorate le moderne tecniche di utilizzazione dello strumento elettronico e telematico<sup>19</sup> peraltro già previste in ordinamenti stranieri

Un'ulteriore caratteristica della olografia è che questa corrisponde al principio della abitudinalità, almeno secondo un indirizzo dottrinale per il quale l'uso della forma stenografica oppure l'uso della grafia a stampatello ha una sua validità se costituisce un modo frequente di scrivere da parte del testatore: la *ratio* di tale scelta interpretativa è che anche queste modalità di stendere la propria scrittura offrono con adeguata certezza l'impronta della personalità del suo autore e consentono di ricostruire con sicurezza che quel determinato atto proviene da quel testatore *de cuius hereditate agitur*.

Queste caratteristiche formali, infatti, assolvono il compito di garantire la certezza della provenienza dell'atto sia per il suo contenuto negoziale (atto a causa di morte) sia per il suo confezionamento da parte del redattore (atto documento). Nel contempo, l'intera stesura dell'atto effettuata di proprio pugno dal *de cuius* fornisce prova della consapevole ponderatezza di questi nello scrivere sulla sorte del proprio patrimonio trasmissibile *mortis causa*.

Si è, a tal proposito, segnalato, e fondatamente, che la necessità di tracciare segni grafici favorisce una maggiore attenzione del testatore su quanto scrive e su

<sup>19</sup> Si pensi ad esempio alla posta elettronica, stante l'assimilazione di questa alla corrispondenza postale ex artt. 5 legge n. 547 se 1993 e 3 d.P.R. n.513 del 1997. Sul confronto tra formalismo testamentario e sistemi informativi si vedano S. PATTI, *Il testamento olografo nell'era digitale*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 992 e ss.; C. CICE-RO, *Il problema della sottoscrizione dell'olografo, al croceviatra formalismo e prassi sociali*, in *Riv. not.*, cit.

quanto decide, e tanto anche man mano che lo stesso procede nella stesura materiale dell'atto<sup>20</sup>.

L'autografia, inoltre, come già accennato, stabilisce il collegamento fra l'autore dello scritto e lo scritto medesimo; fissa cioè la paternità del testo e garantisce la conformità del testo alla dichiarazione. La legge con la prescrizione della forma scritta, e specialmente quella olografica, intende raggiungere la prova che lo scritto, nel suo stile grafico e nel suo contenuto dispositivo, è opera del testatore, e cioè di quel determinato testatore identificato non attraverso un pubblico ufficiale ma dalla stessa persona fisica attraverso la redazione "personale" del documento.

Consegue da questo contesto normativo che il testatore analfabeta, il quale non sappia leggere e non sappia scrivere, non può, ovviamente, redigere un testamento olografo.

L'altro requisito costitutivo della validità del testamento olografo è la sua datazione effettuata, anche questa, con i criteri dell'autografia e cioè attraverso la stesura effettuata direttamente e personalmente ad opera del testatore.

Il terzo comma dell'art. 602 c.c. prescrive che la data deve contenere l'indicazione del giorno, del mese e dell'anno.

Questi tre elementi della struttura della "data" sono essenziali per la esatta identificazione del tempo in cui il testatore ha confezionato il proprio testamento e ciò in considerazione del fatto che le disposizioni contenute nella scheda olografa hanno rilevanza giuridica per due profili: il primo perché in "quella data" viene manifestata e documentalmente consacrata la dichiarazione di "ultima" volontà ex artt. 587 e 602 c.c.; il secondo perché la datazione, fissando il tempo della "definitiva" redazione del testamento, contribuisce a garantire che in quella data il testatore avesse piena capacità di testare, e cioè si trovasse nelle piene condizioni di diritto di disporre delle proprie situazioni giuridiche patrimoniali e non patrimoniali ed anche nelle condizioni di fatto di poter testare (art.591 c.c.).

Da tutto ciò consegue che la data deve corrispondere al giorno, al mese ed all'anno in cui il testamento è stato "conclusivamente" confezionato e sottoscritto.

È opportuno ribadire che la scrittura autografa investe anche l'elemento della datazione, con il conseguente coinvolgimento di analoghe problematiche sulla validità dell'atto in caso dell'intervento di un terzo nella stesura della data.

È stata esaminata, a tal proposito, l'ipotesi in cui il testatore sia stato capace di ricopiare il modello (testo e data) scritto da altri: l'orientamento più accreditato è per l'invalidità del negozio testamentario perché la riproduzione equivale non ad

<sup>20</sup> Cfr. in dottrina C. GIANNATTASIO, *Delle successioni*, cit., 108-109; A. LISERRE, *Formalismo*, cit., p. 142; L. BIGLIAZZI GERI, *Il testamento*, cit., 166; P. BREITSCHMID, *Cenni critici sull'art. 602 cod. civ.*, (ancora in tema di olografo), in *Rass. dir.civ.*, 1988, p. 806. In giurisprudenza Trib.Napoli, 5 maggio 1975, 11. 2870, in *Dir. e giur.*, 1976, 558 con annotazione di A. COLUCCI, *Autografia cosciente ed olografia nel testamento*, p. 558 ss. e più recentemente Trib.Roma, 16 luglio 2001, in *La giurisprudenza del cod. civ.*, diretta da C. Ruperto, Milano, 2009, sub art. 602, 191.

una scrittura ma ad un diverso evento riproduttivo spersonalizzato<sup>21</sup> oppure perché la scheda non è opera del testatore ma di un terzo<sup>22</sup>.

Analoghe riflessioni critiche sono state avanzate per le ipotesi in cui il testo sia stato scritto con la propria mano dal testatore ma, attese le condizioni fisiche di questi (ad esempio per il tremore delle mani), sia stato aiutato da un terzo che ha preso la mano del *de cuius* e l'ha accompagnata in tutto o in parte, compresa la datazione<sup>23</sup>.

Più delicata è la posizione del cieco (non vedente, o anche ipovedente) perché è evidente che siffatta menomazione impedisce o riduce il grado di controllabilità da parte del testatore del testo scritto. Vero che il non vedente ha piena capacità di agire, come è sancito *apertis verbis* dall'art. 1 della legge 3 febbraio 1975 n. 18, ma è rimasto fermo il divieto prescritto dall'art. 604 c.c., nel senso che il testamento segreto può essere fatto dal cieco solo se è in grado di leggere il testamento da lui stesso redatto, circostanza che, in tempi attuali, può realizzarsi attraverso il metodo *braille*, cui si farà riferimento in seguito. Conseguenza da questo quadro normativo che è precluso al cieco la facoltà di redigere un testamento olografo considerato che il sistema *braille* potrebbe essere utilizzato, in via argomentativa ed al limite, solo in sede di redazione di un testamento avente la forma e rispettando la procedura del testamento segreto ex art. 604 c.c.<sup>24</sup>

In ordine alla regola della esattezza della data, per la quale l'autografia è decisiva, si è discusso se la data vera sia quella indicata nel giorno, mese ed anno, apposti nell'atto come prescrive l'art. 602, comma terzo, c.c. ed allo stesso modo, relativamente alle fattispecie in cui sussiste una distinzione temporale fra il momento della stesura dell'atto, quello dell'apposizione della data e quello della stesura della firma in fine dell'atto, si è posto il dubbio in ordine allo stabilire con esattezza la data indicata, tenuto conto del coinvolgimento in questa materia del problema della sussistenza o meno della capacità di testare del *de cuius*.

Parte della dottrina ha sostenuto che "la data vera sia quella che indica il giorno in cui il testamento è stato perfezionato, ossia compiuto" e "poiché il testamento non può dirsi perfezionato che solo nel giorno in cui il testamento è stato sottoscritto, la data vera sia quella che indica il giorno in cui la sottoscrizione è avvenuta<sup>25</sup>".

Pertanto nel caso in cui fra il tempo della stesura delle disposizioni ed il tempo dell'apposizione della data sussista uno *hiatus* cronologico, (ad es. il giorno dopo), la data da ritenersi vera è quella che indica il giorno della sottoscrizione, con la naturale conseguenza che "se il testatore in capo al testamento ha indicato il giorno in

<sup>21</sup> R. TRIOLA, *Il testamento*, Milano, 1998, 82.

<sup>22</sup> C. GANGI, *op. cit.*, 128. In giurisprudenza Cass., 10 settembre 2013, n. 20703, cit.

<sup>23</sup> Cass. ord. 6 novembre 2013, n. 24882, cit.; Cass. 10 settembre 2013, n. 20703 in *Riv. not.*, 2014, 4, 783 con nota di G. Musolino. Cass., 17 marzo 1993, n. 3163, in *Giur. it.*, 1994, 1, 1, 1956; in senso contrario Cass., 10 luglio 1991, n. 7636, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 104.

<sup>24</sup> Offre una chiara risposta positiva C. GANGI, *op. ult. loc. cit.*

<sup>25</sup> C. GANGI, *op. cit.*, 141; sul tema G. MUSOLINO, *La data nel testamento olografo*, cit..

cui ha cominciato a scrivere, o ha scritto le sue disposizioni, tale data non può considerarsi la data vera, e appunto perciò il testatore alla fine delle disposizioni deve apporre anche la data della sottoscrizione, che è la data vera” in omaggio al menzionato principio che la data vera di un testamento è “quella la quale indica il giorno in cui il testamento è compiuto<sup>26</sup>”.

Questa ricostruzione della datazione e del luogo in cui essa va apposta non pare che, a rigore, coincida perfettamente con il dettato della legge secondo la quale il sigillo che consacra la chiusura dell’atto-testamento olografo è dato dalla sottoscrizione che, infatti, “deve essere posta alla fine delle disposizioni”: così testualmente il comma secondo dell’art. 602 c.c. Per quanto attiene alla datazione, non è stabilita una analoga previsione, anzi la materia viene trattata in un diverso comma rispetto a quello che prescrive la sottoscrizione, donde non può non dedursi che, anche sul piano letterale, la norma in esame suggerisce all’interprete un diverso approccio alla questione in esame. La qual cosa ha un suo specifico rilievo in sede di valutazione del testamento in forma epistolare che, per la sua impostazione materiale (la scheda in sostanza consta di una “epistola”), esige una applicazione delle forme testamentarie più adeguate alla tendenziale libertà espositiva di una lettera in ordine alla scelta di uno schema formale più elastico rispetto a quello poc’anzi segnalato.

Nel riservare al prosieguito di queste riflessioni alcune precisazioni in tema di localizzazione della data nella scheda olografa contenuta in una “lettera”, giova fin d’ora segnalare le osservazioni critiche formulate nei confronti della interpretazione su indicata da chi rileva che questa localizzazione “è del tutto irrilevante, a condizione che essa sia contenuta nella scheda<sup>27</sup>”.

La circostanza che la scheda testamentaria presenta le caratteristiche di una unicità del contesto giuridico, non esclude che il testo sia redatto in più tempi, tanto è vero che non c’è norma che vieti al testatore di effettuare questa scelta<sup>28</sup>. In tal caso la data apposta all’inizio del testo, quello cioè corrispondente alla parte della scheda nella quale vengono stese le prime disposizioni, costituisce la data vera, perché in mancanza di altra data apposta eventualmente su altri punti della scheda medesima, quella è l’unica a cui è consentito riferirsi per la localizzazione temporale della confezione dell’atto-testamento, e cioè dell’intero testo<sup>29</sup>, tenuto conto altresì della irrilevanza del punto del documento in cui la datazione debba essere inserita (all’inizio del testo, nel corpo del testo, alla fine del testo<sup>30</sup>).

Se, poi, la confezione delle disposizioni testamentarie ha richiesto più giorni, con l’impiego anche di più fogli, non può che rilevare la data che accompagna la sotto-

<sup>26</sup> C. GANGI, *op. cit.*, 142

<sup>27</sup> P. BOERO, *Il testamento*, in *Diritto delle successioni*, a cura di R. Calvo e G. Perlingieri, Napoli, 2008, 716.

<sup>28</sup> Cass., 31 luglio 1987, n. 6641, in *Mass.Giust.civ.*, 1987.

<sup>29</sup> Cass., 6 maggio 1965, n.834, in *Giust.civ.*, 1965, I, 1325 e, più recentemente, Cass., 3 settembre 2014, n. 18644, in *Mass.*, 2014, 627; Cass., 11 novembre 2015, n. 23014 cit.

<sup>30</sup> In tal senso cfr. G. BONILINI, *Manuale del diritto ereditario e delle donazioni*, cit., 272.

scrizione autografa o che comunque sia riferibile<sup>31</sup> alla menzionata autografia del *de cuius*, tenuto conto, in particolare, che questa sottoscrizione va apposta alla fine delle disposizione ai sensi dell'art. 602, comma secondo, c.c., e cioè al momento in cui l'atto-testamento è compiuto. In tale momento storico, infatti, la volontà testamentaria diventa attuale ed è definitiva fino a quando non venga redatto un nuovo testamento.

È intuitivo che la localizzazione della data va riferita alla sua presenza nel testo della scheda testamentaria ma, a differenza della sottoscrizione, come già accennato, non si richiede la rigorosa collocazione in fine dell'atto.

La data, pertanto, può essere posta prima o all'inizio della redazione delle disposizioni testamentarie, oppure inserita nel corpo delle disposizioni, oppure ancora a margine del foglio o dei fogli costituenti la scheda testamentaria, oppure inserita subito prima della sottoscrizione. Non manca qualche orientamento che sostiene la validità della datazione apposta anche dopo la sottoscrizione<sup>32</sup>.

Una ulteriore notazione sulla datazione è che essa può essere indicata attraverso segni equipollenti, in grado in ogni caso di essere utili per la identificazione del giorno, mese ed anno della confezione del testamento olografo.

Al riguardo la giurisprudenza e buona parte della dottrina hanno ritenuto valida questa formalità espressiva della data alla condizione che risulti osservato il corollario posto dalla legge che la predetta forma sia utilizzata dal testatore nel proprio atto di ultima volontà e non può essere desunto *aliunde*<sup>33</sup>.

La sottoscrizione funge da elemento conclusivo dell'atto stesso; così, pertanto, si perfeziona il negozio testamentario e si completa il documento nel quale quel testamento è registrato.

È stato correttamente sottolineato che, sul piano, negoziale, “essa serve a confermare in modo definitivo le disposizioni scritte dal testatore, serve ad attestare la loro provenienza cioè che esse sono state scritte da lui, e serve anche ad individuare o identificare la persona di lui<sup>34</sup>”.

E si è evidenziato<sup>35</sup> che la sottoscrizione assolve a tre funzioni essenziali interconnesse fra loro.

La prima funzione è quella di identificare il testatore, a mezzo del nome e del cognome o attraverso gli eventuali equipollenti nella misura in cui questi sono tollerati dal sistema.

<sup>31</sup> La riferibilità esige, ovviamente, una ricostruzione ermeneutica, di cui si tratterà in prosieguo, soprattutto in sede di riflessioni sulla scheda testamentaria epistolare.

<sup>32</sup> Sulle diverse ipotesi di possibili localizzazioni della data in esame cfr. P. BOERO, *op. cit.*, 716 in *giurisprudenza* cfr. Cass. 11 novembre 2015, n. 23014, cit.

<sup>33</sup> Cfr. Cass., 9 dicembre 1988, n. 6682, in *Riv. not.*, 1990, 184. In dottrina C. GIANNATTASIO, *op. loc. cit.*; A. CICU, *op. cit.*, 43 che considera valida una data espressa per perifrasi.

<sup>34</sup> C. GANGI, *La successione, cit.*, p.158; C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, 602.

<sup>35</sup> C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, 602. In linea con questa ricostruzione cfr. Cass., 23 giugno 2005, n. 13487, in *Riv. not.*, 2005, 1110 e Cass., 27 gennaio 2009, n. 1903, in *Mass. Giust. civ.*, 2009, I.

La seconda funzione è quella di attestare la definitività della volontà testamentaria, per cui il testamento deve ritenersi obbiettivamente concluso e quindi perfezionato.

La terza funzione è che essa è destinata a chiudere l'atto.

Più articolata è la ricostruzione del valore della sottoscrizione ad opera di altra parte della dottrina<sup>36</sup> secondo la quale la menzionata sottoscrizione assume quattro funzioni: a) una funzione "indicativa" perché destinata ad identificare la persona del testatore; b) una funzione di tipo dichiarativo perché il testatore, sottoscrivendo l'olografo, dà rilevanza giuridica al testamento medesimo riferendolo a se stesso, funzione implicita nella redazione autografa del testo ancorché non sviluppata; c) una funzione di tipo probatorio, perché costituisce il mezzo diretto a provare l'autenticità della scheda olografa; d) una funzione di tipo presuntivo, perché, in virtù della sottoscrizione, si può argomentare che il testatore è a conoscenza del testo delle disposizioni di ultima volontà redatte nella scheda olografa<sup>37</sup>, e che ha dato a quel testo il carattere della definitività e della completezza dell'atto negoziale e del documento che lo contiene, apponendo la sottoscrizione.

Per quanto attiene al profilo documentale, la sottoscrizione garantisce che la scheda appartiene all'autore delle disposizioni ivi scritte e ciò serve essenzialmente ai fini probatori perché garantisce l'autenticità del documento stesso in quanto proveniente dal testatore e riconoscendo in questi la qualificazione giuridica del redattore del documento medesimo<sup>38</sup>. In conclusione la sottoscrizione chiude l'atto (quale negozio testamentario) e chiude il documento (cioè la *res* su cui è fissato nel tempo e nello spazio l'atto).

In tal senso è esplicito il dettato normativo: come si è avuto occasione di riferire in precedenza, l'art. 602, secondo comma, c.c. dispone che "la sottoscrizione deve essere posta "alla fine delle disposizioni", con il duplice riferimento esplicito all'atto-negozio (le cc.dd. "disposizioni") ed implicito all'atto-documento (la c.d. "scheda olografa").

Con riguardo all'impianto strutturale della sottoscrizione, poiché questa è un segno linguistico, deve essere idonea a correlare lo scritto alla persona che ha provveduto ad apporre il proprio segno grafico identificativo: questa idoneità viene riconosciuta dalla legge nella stesura autografa del nome e del cognome dell'autore delle (proprie) disposizioni di ultima volontà<sup>39</sup>.

La stessa legge prevede ed autorizza forme di sottoscrizioni alternative rispetto a quella che costituisce la struttura di base di una "firma", ma è necessario che le pre-

<sup>36</sup> E. MARMOCCHI, *Forma del testamenti*, in AA.VV., *Successioni e donazioni*, a cura di P. Rescigno, Padova, 1994, 757.

<sup>37</sup> Peraltro la olografia, in sé considerata, conforta e consolida la menzionata argomentazione.

<sup>38</sup> G. CRISCUOLI, *Il testamento. Corso di diritto civile*, Palermo, 1985, 4 e ss. nonché 76 e ss.

<sup>39</sup> A. MORELLO, voce *Sottoscrizione*, in *Noviss.dig. it.*, XVII, Torino, 1970, 1003 ss.; G. TAMBURRINO, voce *Testamento* (dir.priv.), in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 489.

dette forme alternative siano idonee allo scopo della designazione della persona del testatore autore diretto del testo, della datazione e della sottoscrizione in parola.

L'uso di una sottoscrizione alternativa ha valore giuridico pari alla sottoscrizione rituale, valore subordinato alla *conditio sine qua non* che la persona fisica del testatore risulti essere designata con certezza.

Sulla base di queste indicazioni normative si è ritenuta valida una sottoscrizione con il solo prenome, oppure con il prenome e le iniziali del cognome; si è ritenuta altresì valida la sottoscrizione utilizzando il solo soprannome a condizione che questo sia diventato un mezzo di individuazione della persona, al pari del cognome, e che comunque il testatore se ne serva abitualmente in tutti gli atti privati. Ugualmente è tollerata la sottoscrizione in forma di pseudonimo, oppure in forma di nomignolo purché non ingenerino incertezza sulla persona del testatore e, comunque, della provenienza della scheda dal testatore autore del testo di ultima volontà ed utilizzatore del documento che lo contiene<sup>40</sup>.

La considerazione dell'ampio raggio delle finalità perseguite dalla legge con la previsione della sottoscrizione e la descrizione della struttura della medesima, la cui mancanza genera la piena invalidità del testamento, ancorché confermabile, potrebbe indurre, a ritenere la nullità del testamento olografo non sottoscritto con il prenome ed il cognome del testatore, e quindi impedendo l'ingresso nel sistema di forme equipollenti alla menzionata e prescritta formalità della sottoscrizione ex art. 602, comma secondo, c.c.

È agevole replicare che la rigidità formale, che sovrintende il sistema testamentario vigente, e segnatamente il sistema dei testamenti ordinari, fra i quali è annoverato il testamento olografo, non è tale da precludere l'utilizzo di forme alternative a quelle espressamente previste purché idonee a conseguire lo stesso risultato della certezza della identificazione della persona del testatore e dell'attribuibilità a questi del prodotto materiale, su cui risultano stese le disposizioni.

Si è, infatti, ritenuta valida una sottoscrizione posta con il solo prenome, oppure con il prenome e con le iniziali del cognome; si è altresì ritenuta valida una sottoscrizione con il solo soprannome, a condizione che il soprannome sia diventato un mezzo di individuazione della persona al pari del cognome, e che il testatore se ne serva abitualmente in tutti gli atti privati. Ugualmente è tollerata la sottoscrizione in forma di pseudonimo o di nomignolo purché non ingeneri incertezza sulla persona del testatore e, comunque, sulla provenienza della scheda olografa dal testatore<sup>41</sup>.

Lo stesso art. 602, comma secondo, secondo periodo, consente forme di sottoscrizioni alternative a quella canonica, purché la diversa formalità sia in grado di designare "con certezza la persona del testatore". In tal senso si colloca l'orientamen-

<sup>40</sup> R. TRIOLA, *Il testamento*, cit., 91 e più analiticamente P. BOERO, *Il testamento*, cit., 722.

<sup>41</sup> Per una rapida rassegna delle forme di sottoscrizioni da ritenersi valide ancorché non conformi alla struttura della firma prevista dall'art. 602, comma secondo c.c., cfr. P. BOERO, *Il testamento*, cit., 709.



to giurisprudenziale<sup>42</sup> secondo il quale la formalità della sottoscrizione è tenuta, non a caso, distinta dall'autografia che caratterizza il testo del testamento olografo: infatti la sottoscrizione è destinata a soddisfare l'imprescindibile esigenza di avere l'assoluta certezza non solo della riferibilità al testatore, assicurata dalla menzionata olografia, ma anche della inequivocabile paternità e responsabilità del medesimo che, dopo aver redatto il testamento, abbia disposto del suo patrimonio senza alcun ripensamento ed in modo definitivo.

La sottoscrizione, pertanto, sia nella forma della stesura del prenome e del cognome, sia in altre forma diverse purché rassicuranti sulla identità della persona del testatore, funge da sigillo di chiusura dell'atto-documento e rappresenta il carattere di attuale definitività delle disposizioni ivi contenute, ancorché revocabili, com'è nella natura di ogni testamento.

In coerenza alle menzionate funzioni della sottoscrizione di perfezionamento e di chiusura del testamento è logica la previsione che la sottoscrizione debba essere posta alla fine delle disposizioni (art. 602, comma primo, primo periodo, c.c.).

Ulteriore logica conseguenza, attesa la notevole rilevanza della sottoscrizione anche in ordine alla certezza della identità del testatore, è che la mancanza di sottoscrizione provoca la nullità del testamento così come stabilito dall'art. 606, comma primo, c.c.

Nel caso in cui la sottoscrizione è ubicata in un punto diverso da quello conclusivo del testo, è evidente che la nullità non colpisce le clausole testamentarie che sono collocate prima della sottoscrizione ma travolge tutte quelle che la seguono.

È stato a tal proposito rilevato che la giurisprudenza, tuttavia, tende a spostare l'indagine dal profilo strettamente formale a quello dell'accertamento della reale volontà del testatore, mantenendo la conclusione ora indicata e cioè che le disposizioni antecedenti possano intendersi come un separato ed indipendente *corpus* testamentario, oppure affermando invece la nullità dell'intero testamento se tutte le clausole non risultino collegate da un nesso logico ed unitario<sup>43</sup>.

Si tratta di un' interessante annotazione perché da essa emerge che il formalismo testamentario non ha carattere assorbente di per sé ma è sottoponibile ad indagine ermeneutica con riguardo al merito delle disposizioni contenute in una scheda olografa che si compone di più fogli, soprattutto se i fogli siano fisicamente staccati fra loro.

In tal caso occorre distinguere due fattispecie, e cioè quella in cui i fogli staccati sono accompagnati da modalità concreta di collegamento e quelli in cui fra i fogli manca ogni segnale che li unifichi.

Nella prima fattispecie i segni di unificazione, quale ad esempio la numerazione progressiva dei fogli o delle pagine che li compongono, consentono di sostenere la fondatezza della unitarietà del testo, benché stilato su fogli separati. Conseguenza che la sottoscrizione finale, cioè quella apposta sull'ultimo foglio ed alla fine delle dispo-

<sup>42</sup> Cass., 23 giugno 2005, n. 13487, in *Vita.not.*, 2005, 982.

<sup>43</sup> Cass., 16 maggio 1966, n. 1236, in *Giust. civ.*, 1966, I, 1274.

sizioni, è sufficiente per la validità dell'intero testo delle disposizioni di ultima volontà, e quindi anche per quelle inserite nei fogli precedenti ancorché fisicamente staccati.

Nella seconda fattispecie, in mancanza di un collegamento palese ed evidente, occorre distinguere due ipotesi: la prima che risulti sottoscritto soltanto un foglio e la seconda che risultino apposte le sottoscrizioni su alcuni fogli e non su altri.

Nel primo caso la sottoscrizione apposta in calce ad un solo foglio rende valide le disposizioni ivi contenute, a meno che non sussista uno stretto collegamento logico con le altre disposizioni contenute nei fogli non sottoscritti, collegamento che rende comprensibile ed eseguibile la porzione di testamento contenuto nel foglio sottoscritto.

Nel secondo caso le disposizioni sottoscritte saranno valide e meritevoli di esecuzione mentre le altre sono colpite da nullità ai sensi dell'art. 606, primo comma, c.c.

**3.** Alla luce di quanto fin qui riferito emerge, con chiarezza, una scelta normativa a favore della forma *ad substantiam* per la redazione del testamento olografo tutta incentrata sulla integrale olografia del testo, nella logica della compiutezza unitaria ed unificante del documento (art. 602 c.c. in relazione all'art. 606, comma primo, stesso codice).

Nelle pagine che precedono si è chiarito che la *ratio* giustificatrice di una siffatta rigidità formale risiede nella necessità di garantire l'autenticità del testamento in quanto l'olografia implica l'uso di segni grafici che esprimono la personalità dell'autore; è cioè sicuro che il testo risale alla persona del redattore e, secondo la prevalente dottrina e giurisprudenza, deve corrispondere alla forma abituale delle modalità grafiche utilizzate dall'autore del testamento nella redazione di un qualsiasi testo scritto e quindi corrisponde alla sua ordinaria manualità redazionale.

Queste caratteristiche, e cioè l'abitualità e l'ordinarietà della scritturazione, non sono segnalate dalla normativa vigente, la quale si limita, come si è visto, a stabilire l'onere della olografia, consistente nella cura di stendere di propria mano l'intero atto, la datazione e la sottoscrizione. Nonostante ciò, le due caratteristiche sono qualificanti per la validità dell'atto, come documento e come negozio giuridico *mortis causa*; qualificazioni che appartengono al naturale modo d'essere di quella specifica scrittura, tale da rendere facile l'accertamento dell'autenticità del testamento in base al semplice esame del testo olografico e con il supporto della comparazione tra lo stile grafico presente nel testo del negozio testamentario con le altre scritture risalenti alla persona del testatore, quale ad esempio la redazione di una lettera scritta di proprio pugno dalla medesima mano del *de cuius*<sup>44</sup>.

<sup>44</sup> Concorde la prevalente dottrina fra cui, in particolare, C. GANGI, *op. cit.*, 131; A. CICU, *op. cit.*, 38; C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, 110; A. PALAZZO, *op. cit.*, 853 ss.; P. BOERO, *op. ult. cit.*, 709; A. AMBANELLI, *op. cit.*, 128; R. TRIOLA, *op. cit.*, 1268; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni* (agg. a cura di A. Ferrucci e C. Ferrentino, Milano, 2015, 2, 834. La giurisprudenza è concorde nel ritenere che nell'autografia, sulla base del taglio

Dal punto di vista della ricostruzione documentale dell'atto in esame è vero che il testamento olografo si concreta in una scrittura privata non autenticata ma, sul piano formale è *sui generis*: come già rilevato, infatti, non è sufficiente che l'atto sia sottoscritto dall'autore ma deve essere interamente scritto e datato di proprio pugno dall'unico autore<sup>45</sup>.

È opinione comune che il testamento olografo, stante la sua caratterizzazione di scrittura privata, ha efficacia probatoria ai sensi degli artt. 2702 c.c. e 214-215 c.p.c., pertanto non appare condivisibile quell'orientamento di pensiero secondo il quale sul piano della efficacia probatoria il testamento olografo è equiparabile al testamento pubblico<sup>46</sup>. Sul punto si rinvia alle riflessioni svolte in precedenza e all'analisi critica prospettata<sup>47</sup>.

La necessità della olografia risponde ad un impianto culturale consolidato nel sistema, supportato anche dal costante dato normativo sia nel codice civile del 1865 secondo il quale "il testamento olografo deve essere scritto per intero, datato e sottoscritto di mano del testatore" (art. 775, comma primo); il vigente testo dell'art. 602, comma primo, come è agevole riscontrare, presenta un'identica stesura letterale. Da ciò emerge un forte segnale culturale per il quale l'identità dispositiva della norma del testo risalente al 1942 rispetto a quella precedente risalente al 1865 ci dimostra la persistenza di un valore normativo rimasto inalterato nel tempo, ed in particolare il permanere nel tempo della *ratio* che supporta la necessità della olografia in relazione anche ai vantaggi che tradizionalmente accompagnano l'olografo vale a dire il principio identitario che inerisce alla formalità della scritturazione di proprio pugno ed ai connessi corollari della individualità, della normalità e della abitudine<sup>48</sup>.

L'autografia, nei termini fin qui chiariti, è "l'unico mezzo adeguato al raggiungimento dello scopo avuto di mira dal legislatore<sup>49</sup>" ed in tale contesto sistematico appare logico dedurre che ogni manifestazione scritta del testamento privato diversa da quella stabilita dall'art. 602 c.c. rende invalido l'atto per vizi di forma, in caso di mancanza di autografia di sottoscrizione, giusta il testuale riscontro normativo

---

dei segni grafici che la contraddistinguono, si esprime un notevole grado di certezza della identità del suo autore, perché scrive in un modo che caratterizza il suo stile: cfr. Cass., 11 gennaio 1939, n. 62, in *Rep. Foro it.*, 1939, voce *Testamento*, 33; Cass., 23 ottobre 1956, n.3853, in *Giust. Civ.*, 1956, voce *Successione testamentaria*, 146; C. App. Catania, 26 febbraio 1955, in *Mass.*, *Giust. civ.*, 1955 app., 5; Cass., 5 luglio 1973, n.1904, in *Giust.civ.*, 1973, I, 1672; Cass., 22 marzo 1985, n. 2074, in *Giust.civ.*, *Rep.* 1985, voce *Successione testamentaria*, 30; Cass., 7 gennaio 1992, n. 32, in *Giust.civ.*, 1992, I, 1495; Trib.Salerno, 1 marzo 2004, in *Arch. civ.*, 2004, 628.

<sup>45</sup> La semplice interpretazione letterale del primo comma dell'art. 602 c.c. enuncia una regola rigida di carattere imperativo che non tollera interventi ermeneutici che rischiano di alterare il senso di quanto ivi disposto.

<sup>46</sup> S. SATTÀ, *Commentario al cod. proc. civ.*, II, 1, Milano, 1969, p. 1940.

<sup>47</sup> Sul punto cfr. R. TRIOLA, *Il testamento*, cit., 138-139 che riprende una sua analoga indagine critica in *Il testamento olografo ed onere della prova della qualità di erede*, in *Giust.civ.*, I, 827 ss.

<sup>48</sup> R. TRIOLA, *Il testamento*, cit., 84. La giurisprudenza si limita a sottolineare i caratteri della personalità e della abitudine (ad es. Cass., 7 gennaio 1992, n. 32, cit.).

<sup>49</sup> A. LISERRE, *Formalismo*, cit., 143.

nell'art. 606, comma primo, c.c. che prescrive la nullità del testamento, mentre per altri vizi diversi da quelli sopra indicati la sanzione è quella dell'annullamento ex art. 606, comma secondo, c.c.

In definitiva, se un testamento privato è stilato in difformità all'autografia, come ad esempio con segni grafici a stampatello, a macchina da scrivere, con impressioni a stampa, con il sistema *braille*, con forma stenografica, con criptografia o con ideogrammi, con computer ecc., esso si colloca in posizione giuridica distante dall'autografia. In tal modo è posta in crisi la dignità dell'atto ad essere qualificabile come testamento olografo, perché in sostanza non presenta quei caratteri grafici idonei a rendere agevole l'accertamento della provenienza della scrittura dal testatore, impedisce l'acquisizione della sicura attribuibilità del contenuto negoziale al *de cuius*, ed infine mette in crisi ogni tentativo di comparazione con altri scritti redatti dallo stesso autore del testamento in esame<sup>50</sup>.

L'uso della lingua diversa da quella italiana, invece, non ha sollevato seri problemi di compatibilità sistematica a prescindere dal tipo di lingua utilizzata, sia viva (inglese, francese, spagnolo, tedesco, russo, il dialetto...), sia morta (il latino ed il greco), purchè tale lingua sia conosciuta dal testatore e risulti, inoltre, che questi, così scrivendo il suo testamento, abbia espresso la sua volontà di disporre *mortis causa*<sup>51</sup>.

In ordine al testamento epistolare, si è avuto occasione già di riferire che la stesura delle disposizioni di ultima volontà su un documento avente le caratteristiche di una lettera o epistola è compatibile solo con la figura del testamento olografo e, quindi, con la esclusione delle altre due forme di testamenti ordinari, il pubblico ed il segreto.

Inoltre è opinione comune che il testamento di tipo epistolare ha piena legittimazione nell'ordinamento vigente a condizione che risultino rispettate tutte le formalità prescritte dalla legge per il testamento olografo, e quindi l'autografia, la data e la sottoscrizione stilate con segni grafici di pugno del testatore<sup>52</sup>.

Il tecnicismo proprio della conformità dell'olografia alle caratteristiche poste in via imperativa dall'art. 602 c.c. non è di per sé sufficiente a qualificare la stesura della missiva come un sicuro atto di disposizione di ultima volontà. È stato, infatti, autorevolmente sostenuto che è necessario che dalla lettera emerga una volontà attuale del testatore di disporre *mortis causa*<sup>53</sup>, e che il testo presenti una completezza intrinseca tale da poterlo identificare come testamento vero e proprio e quindi come un titolo idoneo alla vocazione testamentaria. In altre parole, l'interpretazione della lettera-testamento deve rivelare la sussistenza di un testamento avente il carattere

<sup>50</sup> C. GANGI, *op. cit.*, 111.

<sup>51</sup> R. TRIOLA, *Il testamento*, cit., 83-84; A. LISERRE, *Formalismo*, 115; A. AMBANELLI, *op. cit.*, 1271.

<sup>52</sup> A. AMBANELLI, *op. cit.*, 1305 e ss.

<sup>53</sup> C. GANGI, *op. cit.*, 136; A. CICU, *op. cit.*, 40; G. BRANCA, *op. cit.*, 72; sul tema, più di recente, si rinvia agli autori citati alla precedente nota 11.

della definitività in modo da fugare ogni dubbio sulla effettiva volontà di testare e di acquisire la certezza che non ci si trovi di fronte ad un progetto di testamento<sup>54</sup>.

La peculiarità del testamento in forma epistolare è che questo, a differenza dell'olografo in generale, appartiene alla fenomenologia della corrispondenza ed è quindi destinato alla spedizione.

È stato correttamente rilevato che questa peculiarità non altera la caratteristica propria del negozio testamentario che resta saldamente ancorato alla natura non recettizia<sup>55</sup> ed alla sua rilevanza operativa dopo la morte (oltre che a causa della morte) del testatore.

Peraltro è *jus receptum* la irrilevanza della mancata spedizione sia sulla validità sia sulla efficacia del testamento in parola, ancorché il documento, sul quale risultino stese le disposizioni di ultima volontà, abbia i caratteri di una lettera deputata alla spedizione. La circostanza che la lettera non sia spedita è del tutto irrilevante per la idoneità giuridica dell'atto a rappresentare un testamento come quello in esame; così come è irrilevante che la lettera l'abbia ricevuta un terzo e non il destinatario delle disposizioni di ultima volontà.

La giurisprudenza si è più volte pronunciata in senso favorevole alla compatibilità della volontà testamentaria in uno scritto che abbia la forma (in senso documentale) di una lettera o missiva, ma con la costante avvertenza che nella fattispecie di testamento epistolare la volontà testamentaria deve esprimersi con chiarezza, senza cioè che essa debba essere desunta da elementi estranei alla missiva; e deve assumere con il carattere dell'attualità quello della definitività, tale cioè da escludere che quelle disposizioni possano tradursi in un mero progetto di testamento da completarsi e da perfezionarsi in futuro<sup>56</sup>.

La stesura della missiva deve essere conformata agli elementi formali e strutturali contemplati dall'art. 602 c.c., in caso contrario l'atto non può assurgere a dignità testamentaria in senso proprio. In ordine alla localizzazione della sottoscrizione è consolidato l'orientamento giurisprudenziale per il quale, a differenza della data, che può essere apposta ovunque, cioè alla fine oppure all'inizio dell'atto, a margine,

<sup>54</sup> C. GANGI, *op. ult. loc.cit.* In giurisprudenza cfr. Cass., 22 ottobre 2004, *cit.*; Cass., 27 aprile 2009, n. 9905, in *Riv. not.*, 2010, 503.

<sup>55</sup> G. GIAMPICCOLO. *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954, 106 e ss.

<sup>56</sup> Per la giurisprudenza il testamento olografo, inserito in una busta indirizzata a uno dei chiamati all'eredità, non assume il carattere di negozio recettizio, tanto è vero che il mancato recapito della busta al suo destinatario non ha alcun rilievo giuridico al fine di escludere la definitività della volontà testamentaria (Cass., 6 maggio 1965, n. 834, in *Giur. it.*, 1966, I, 1, 1638). Nello stesso senso, più recentemente, Cass. 1 ottobre 2013, n. 22420, *cit.*, secondo la quale la sottoscrizione apposta soltanto sul plico contenente le scheda testamentaria dà luogo alla nullità del testamento per la mancanza della formalità della sottoscrizione "in fine dell'atto", o più esattamente "alla fine delle disposizioni" come è testualmente prescritto dall'art. 602, comma secondo, c.c., e sanzionata dall'art. 604, primo comma, stesso codice; in dottrina recentemente G. MUSOLINO, *Appunti e progetto di testamento*, *cit.*

oppure prima o dopo la sottoscrizione<sup>57</sup>, questa deve essere collocata “alla fine dell’atto”, più esattamente in calce alle disposizioni. Conseguo che la sottoscrizione inserita in un luogo intermedio dello scritto produce i suoi effetti relativamente a quanto scritto prima della firma e non si estende a quanto steso dopo la sottoscrizione intermedia<sup>58</sup>.

La firma può essere apposta anche ai margini del testo, a condizione che nella *chartula* non esista alcuno spazio libero e sufficiente per apporvi la sottoscrizione<sup>59</sup>.

Come si è avuto occasione di riferire in precedenza, questo imperativo accanimento della *voluntas legis* di esigere che la sottoscrizione sia posta alla fine dell’atto deriva dalla funzione perfezionativa della sottoscrizione medesima nell’economia della struttura esistenziale dell’atto testamento, come negozio, e dell’atto testamento come documento<sup>60</sup>.

Consegue da ciò che l’apposizione della firma del testatore solo sulla busta, contenente una scheda olografa, e apposta nella sede naturale prevista dalla legge, cioè non sottoscritta dal testatore in calce al testamento, non è tollerata dalle formalità prescritte dall’art. 602 c.c. per cui il testamento è nullo.

Peraltro non è neppure avviabile questa sanzione quando sulla busta è scritta di pugno del testatore la formula “In questa busta c’è il mio testamento” oppure, più semplicemente “Qui c’è il mio testamento” o altre formule idonee a stabilire un sicuro collegamento tra il testamento, non sottoscritto, inserito nella busta ma non sottoscritto, e l’involucro sottoscritto dal testatore. La firma sulla busta non è collocata in fine dell’atto e non è in grado di assolvere *ex jure* la funzione perfezionativa del negozio e conclusiva del documento<sup>61</sup>.

<sup>57</sup> Cass., 21 gennaio 1964, n. 344, in *Giur.it.*, 1965, I,1, 307.

<sup>58</sup> Cass., 6 maggio 1965, n. 934, in in *Giust.civ.*, 1965,I, 1325.

<sup>59</sup> C.A. Cagliari, 12 gennaio 1955, in *Rep. Giur.it.*, 1955, voce *Testamento*, c. 2987, n.23.

<sup>60</sup> Cass., 18 ottobre 1958, n. 3238, in *Giust.civ.*, 1968, I, 1, 512. Conforme Cass., 28 ottobre 2003, n. 16186, in *Riv.not.*, 2004, 546 ss. Sulla stessa linea interpretativa Cass., 4 dicembre 2007, per la quale la presenza di una sottoscrizione a margine dell’atto, nonostante in calce sussista spazio sufficiente per apporvi la firma, lo rende, ai sensi dell’art.606 c.c., invalido, perché l’eventuale indagine sulla effettiva volontà del testatore non potrà mai sopperire alla carenza formale inerente a disposizione inderogabile.

<sup>61</sup> Cass., 1 dicembre 2000, n. 15379, in *Riv.not.*, 2000, 216. In linea con questo indirizzo cfr. Cass. 1 ottobre 2013, n. 22420, cit., peraltro annotata da M. COCCO, *Nullità del testamento olografo se la sottoscrizione è apposta sul plico che lo contiene*, 2159 ss.; sul tema cfr. C. CICERO, *op. cit.*

## II. Il testamento epistolare su supporto informatico.

4. Gli studiosi sono stati via via sollecitati dal progressivo, e soprattutto rapido, sviluppo degli strumenti elettronici, informatici e telematici, a riflettere sul valore giuridico delle relazioni e delle comunicazioni connesse all'uso degli stessi e diffusi, soprattutto, nel mercato economico, che non poteva non essere coinvolto, nella e dalla *lex mercatoria*.

Ne consegue che si sono aperti spazi per l'ingresso, nel "reale giuridico", della c.d. informatica, dapprima attraverso la valutazione della compatibilità del sistema elettronico e di quello informatico, compresa la telematica, con gli strumenti giuridici tradizionali e poi sperimentando sistemi interpretativi che orientassero la dottrina e la giurisprudenza verso rinnovate valutazioni di merito sulla capacità espansiva delle norme tradizionali, in tutti i settori delle discipline giuridiche. E, successivamente, mettendo a disposizione del legislatore i risultati di quelle ricerche, agevolandolo nella formulazione di nuovi ed adeguati prodotti normativi per meglio regolare le relazioni umane, soprattutto in sede dei rapporti civili e commerciali, fra gli utenti dei servizi elettronici e telematici, affidati all'autonomia negoziale<sup>62</sup>.

Gli inizi di questo processo evolutivo risalgono agli anni sessanta del secolo scorso, durante i quali si è sviluppata un'ampia letteratura<sup>63</sup> intorno ai processi sociologici, economici e finanziari registrati nella economia della produzione e dello scambio di beni (anche immateriali) e di servizi, accompagnata, in un primo tempo, da una produzione normativa supportata dalla logica propria dell'autonomia negoziale (si pensi all'autoregolamentazione della rete) e, successivamente, dalla disciplina giuridica eteronoma, sia di origine autoctona, e cioè della legislazione italiana, sia extrafrontaliera (es. le convenzioni internazionali), sia, infine, di fonte comunitaria<sup>64</sup>.

<sup>62</sup> Per un compiuto approfondimento sulle tematiche inerenti l'accesso ad Internet e ai suoi molteplici contenuti in funzione dell'impatto dell'uso della Rete sui diritti e sulle libertà fondamentali si veda, *Internet e Diritto civile*, a cura di C. PERLINGIERI e L. RUGGERI, Napoli, 2015.

<sup>63</sup> V. FROSINI, *Cibernetica, diritto e società*, Milano, 1969, *passim*; M.G. LOSANO, *Macchine e modelli cibernetici nel diritto*, Torino, 1969, *passim*.

<sup>64</sup> La letteratura in questi ultimi decenni ha assunto proporzioni quantitative e qualitative imponenti. Ci si limita ad indicare alcuni contributi significativi in merito alla rilevanza giuridica dell'informatica (in senso ampio): E. GIANNANTONIO, *Introduzione all'informatica giuridica*, Milano, 1984, *passim*; R. BORRUSO, *Computer e diritto*, 1-2, *passim*; F. STALLONE, *La forma dell'atto giuridico elettronico*, in *Contratto e impresa*, 1990, 756 ss.; B. DEL VECCHIO, *Riflessioni sul valore giuridico della sottoscrizione elettronica*, in *Riv. not.*, 1991, 977 e ss.; V. FROSINI, *Telematica ed informatica giuridica*, in *Enc. dir.*, vol. XLIV, Milano 1992, 60 ss.; V. FRANCESCHELLI, *Il contratto virtuale. Diritto del cyberspazio*, in *Contratti*, 1995, 569 ss. Questo processo culturale ha costituito la spinta per interventi legislativi vari fra cui significativi la legge n. 59 del 15 marzo 1997 ed il regolamento d. P.R. 10 novembre 1997, n. 518: è il primo tentativo di una organica forma di giuridificazione della disciplina dell'informatica. Nel frattempo si incrementano i contributi della dottrina fra cui A.M. GAMBINO, *L'accordo telematico*, Milano, 1997, *passim*; N. IRTI, *Scambio senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 347 e ss.; G. OPPO, *La disumanizzazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, 524



Con l'accentuarsi del diritto dell'informazione e della comunicazione attraverso gli strumenti elettronici ed informatici e, via via, anche di quelli telematici, si è assistito da una parte alla radicale trasformazione dei sistemi dell'informazione e della comunicazione, e, soprattutto, con l'avanzare della rete universale dematerializzata registratasi con l'era di Internet, si sono dilatati i confini tradizionali dei mercati provocando l'accelerazione dei processi economico-sociali che caratterizza, nel bene e nel male, la vigente età del post-moderno, definito con sintesi verbale della globalizzazione<sup>65</sup>.

È stato, a tal proposito, puntualizzato, che la tecnologia elettronica e quella informatica, ed il diffondersi della telematica hanno reso possibili infinite gamme di operazioni civili e commerciali "...atte a soddisfare le nuove esigenze della società attuale, grazie alla semplificazione ed alla rapidità di procedure, all'automatismo delle operazioni, all'abbattimento dei costi<sup>66</sup>". Peraltro la diffusione di Internet su scala planetaria permette ad un elevato numero sempre crescente di soggetti di interagire "sul mercato digitale senza che alcun accordo preventivo abbia stabilito le regole e le conseguenze giuridiche generate da tali rapporti<sup>67</sup>".

In relazione al complesso apparato evolutivo delle fonti, la dottrina, come è noto, nel tentativo di tracciare un profilo storico del diritto dell'informatica, ha distinto tre periodi: un primo periodo, definito pionieristico; un secondo periodo identificato come periodo storico; e un terzo periodo caratterizzato dall'avvento di Internet che ha aperto anche alla fase della digitalizzazione<sup>68</sup>.

Come è intuibile, in relazione alle finalità di queste riflessioni, non è questa la sede adeguata per un'indagine rigorosa sul profilo storico e sulla evoluzione del diritto dell'informatica. Nel rinviare, pertanto, a chi ha esaminato questi processi evolutivi<sup>69</sup> è opportuno soffermarsi su alcuni aspetti della menzionata evoluzione e più

e ss.; G. FINOCCHIARO, *La firma digitale*, in *Comm. cod.civ.*, Scialoja e Branca, a cura di F. Galgano, 2000, *passim*; G. FINOCCHIARO, *Il valore probatorio del documento informatico*, in *Contratto e impresa*, 2002, 76 ss.

<sup>65</sup> Da rilevare, *per incidens*, che la materia dell'informatica ha assunto un ruolo disciplinare nei corsi universitari, in connessione al diritto dell'informazione e della comunicazione. A tal proposito si segnalano la diffusione nella manualistica universitaria, fra gli altri, AA.VV., *Manuale dell'informatica*, a cura di D. Valentino, Napoli, 2011, *passim*; S. SICA e V. ZENCOVICH, *Manuale del diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova, 2012, 243 e ss.

<sup>66</sup> S. SICA e V. ZENCOVICH, *op. cit.*, 380-381.

<sup>67</sup> S. SICA e V. ZENCOVICH, *op. cit.*, 381.

<sup>68</sup> Sui processi evolutivi cfr. G. CIACCI, *Le fonti del diritto dell'informatica*, in AA.VV., *Manuale dell'informatica*, a cura di D. Valentino, cit., 10 e ss.

<sup>69</sup> Sulla incidenza dei processi informatici nelle scienze giuridiche cfr. le riflessioni di sintesi di V. ZENO-ZENCOVICH, *Informatica ed evoluzione del diritto*, in *Dir.inform.*, 2003, 89 e ss. Inoltre cfr. P. PERLINGIERI, *Metodo, categorie e sistema nel diritto del commercio elettronico*, in *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, a cura di S. Sica e P. Stanzone, Milano, 2002, 11 e ss.; G. PALLUCCI, *Il diritto dell'era digitale, tecnologie informatiche e regole privatistiche*, Bologna, 2002, *passim*; E. BUGIOLACCHI e A. VIOLA, *Il rapporto tra diritto e le nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione: il diritto dell'informatica*, in *L'informatica giuridica oggi*, a cura di N. Palazzolo, 2007, Napoli, *passim*; C. CICALA, *Disposizioni mortis causa, innovazioni informatiche e tecnologiche*, in *Trattato dir. succ. e delle donazioni*, diretto da G. Bonilini, II, Milano, 2009, 1427

esattamente sul tipo di rilevanza giuridica della volontà negoziale registrata nell'ultima fase storica, tuttora in atto, e sul profilo giuridico degli strumenti utilizzati ed utilizzabili nella teoria generale del documento.

Per quanto attiene al primo profilo, quello cioè relativo alla rilevanza giuridica dell'attività negoziale praticata attraverso l'utilizzazione degli strumenti informatici, occorre registrare che, sul piano civilistico, sono state analizzate in prevalenza gli atti *inter vivos*, mentre le tematiche *mortis causa* -soprattutto quelle inerenti i negozi testamentari - non hanno avuto e non hanno tuttora un ingresso agevole soprattutto perché la scritturazione digitale non è in grado, allo stato, di offrire le stesse certezze che il testamento olografo per consolidata tradizione ci ha consegnato nella storia del diritto successorio<sup>70</sup>. Inoltre sul piano documentale la sottoscrizione tradizionale ineludibile per l'atto-negozio e per l'atto-documento quanto meno ai fini dell'imputabilità dell'atto, nella sua duplice accezione poc'anzi menzionata, non trova un corrispondente grado di garanzia offerto dai precedenti strumenti cartacei sulla imputazione della paternità del documento.

Innanzitutto la "forma" del testamento, e cioè le concrete modalità con cui può essere redatto il testamento, è ancora e decisamente refrattaria all'uso dello strumento elettronico ed informatico, e tanto con particolare riguardo al tipo testamento olografo caratterizzato da un particolare ed incisivo regime sulla forma analiticamente descritta nell'art. 602 c.c. di cui si è fatto cenno in precedenza. E dunque, il testamento - come negozio *mortis causa* - è vincolato ad un formalismo tendenzialmente assorbente, e questo formalismo è protetto dalla previsione della sanzione della nullità ai sensi dell'art. 606 c.c., nullità che, va sottolineato, colpisce il testamento olografo se "manca l'autografia o la sottoscrizione" (comma primo), mentre per ogni altro difetto di forma è prevista l'annullabilità (comma secondo).

Occorre rimarcare che le ipotesi di nullità previste dall'art. 606 c.c. sono tassative e sono giustificate dalla esigenza d'ordine pubblico di tutelare il principio di libertà testamentaria, per il quale è prescritto, per l'appunto, il rigoroso formalismo.

Considerate le caratteristiche strutturali della forma testamentaria richiesta per l'olografo e le ragioni di politica legislativa che supportano questa scelta legislativa, ed in particolare che esso deve essere scritto per intero, datato e sottoscritto di mano del testatore, appare logico dedurre che la "forma elettronica" non può essere utilizzata nella redazione di un siffatto testamento: manca, a rigore, il profilo grafico della "olografia" nel suo significato etimologico.

Se poi si considera la *ratio* della previsione che l'olografia investe la redazione del testo per intero, l'apposizione della sottoscrizione e la stessa datazione, perché l'autografia è l'unico modo per garantire il collegamento fisico tra l'autore dell'atto-ne-

---

e ss.; M. FACCIOLI, *Second life...second business. Economia e il diritto nel mondo virtuale di Second life*, in *www.personaedanno*, 2008.

<sup>70</sup> Per quanto attiene al profilo successorio *mortis causa* e soprattutto sulla difficile compatibilità tra sistema codicistico e sistema informatico cfr. S. PATTI, cit., 992 e ss.

gozio ed il documento che lo contiene anche per offrire elementi probatori sulla identificazione del testatore (poichè l'autografia è in grado di esprimere in modo autentico la personalità del redattore), è evidente che sussiste una incompatibilità oggettiva tra la "redazione informatica" rispetto alla "redazione autografa", come tuttora è prevista dalla legge.

Ed invero, nella redazione di tipo informatico manca una redazione "a mano", difetta cioè l'operazione grafica che colleghi direttamente la manualità dell'autore del testamento che traccia sul documento-*res* i propri segni grafici ed il documento medesimo<sup>71</sup>.

Va ribadito e sottolineato che è la *res* che contiene e registra fisicamente il negozio contenente le disposizioni di ultima volontà, e tanto anche ai fini conservativi e probatori di quanto disposto.

Nel documento tradizionale, quello cioè cartaceo (arg. ex art. 620, comma secondo, c.c.), viene registrato un atto scritto di proprio pugno dal testatore e lascia la traccia idonea a ricostruire *per tabulas* la certezza della identità del testatore e la sicurezza che non risultino influenze di terzi nelle scelte decisionali che l'atto consacra e/o interventi alterativi dell'atto medesimo sotto il profilo della sua redazione.

Le caratteristiche strutturali riscontrabili nel documento cartaceo non sono presenti nella forma testamentaria redatta su supporti informatici: la neutralità istintiva del sistema tecnico proprio dell'elettronica, della informatica e della telematica impedisce di ricostruire dal testo prodotto l'identità dell'autore e i tratti della sua personalità, emergenti, invece, dal taglio e dalla cadenza della manualità grafica impressa sul documento redatto di proprio pugno dal testatore<sup>72</sup>.

La strumentazione informatica, inoltre, impedisce di fatto di procedere alla pubblicazione del testamento, per la oggettiva incompatibilità del documento informatico di essere unito al verbale di pubblicazione del testamento, secondo il rito dettato dall'art. 620, comma terzo, c.c. Non può essere unito al verbale, ad esempio, il P.C. oppure il *tablet* contenente il file su cui è esteso il testamento privato omologo, almeno nella intenzione del redattore, al testamento olografo tradizionale.

Le ragioni sono di un duplice ordine, l'uno materiale e l'altro giuridico. Fermiamoci alla ipotesi di un P.C. (purché di dimensioni ridotte) o di un *tablet* i quali teo-

<sup>71</sup> In verità il codice civile non indica la natura del supporto su cui deve essere redatto il testamento olografo. L'art. 620, comma terzo, c.c. esige che la carta su cui è scritto il testamento deve essere allegata al verbale di pubblicazione, facendo emergere un indizio di preferenza del materiale cartaceo per la stesura del testamento olografo. Ma si tratta di un semplice e tenue indizio normativo non sufficiente ad integrare un elemento essenziale e vincolante della forma testamentaria, perché per stabilire un siffatto requisito occorre una chiara espressione legislativa, che allo stato manca (G. BRANCA, *op. cit.*, 67). Si può convenire con l'opinione prevalente che sostiene l'irrilevanza del materiale da usare per la confezione del testamento olografo (R. TRIOLA, *Il testamento, cit.*, 77; G. BONILINI, *Manuale diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2013, 341).

<sup>72</sup> Si è osservato che stante il formalismo del testamento olografo, come previsto dal codice civile, una scheda olografa appare "ontologicamente incompatibile con l'utilizzazione delle nuove tecnologie" (F. CRISTIANI, *Nuove tecnologie e testamento: presente e futuro*, in *Dir. Informatica*, 2013, 559).

ricamente potrebbero essere uniti al verbale di pubblicazione inseriti, ad esempio, in una busta chiusa e vidimata dal notaio e dalle parti costituite nel verbale ex art. 620.

Una siffatta scelta non è agevolmente praticabile perché lo strumento tecnico (il P.C o il *tablet* o altro strumento analogo utilizzato) può contenere la registrazione di altri file diversi da quello testamentario per cui si renderebbe difficile la consultazione anche solo occasionale dello strumento informatico e, comunque, comporterebbe l'impedimento all'uso dello strumento medesimo per altre operazioni di diffusione informatica e telematica.

Peraltro verrebbe utilizzato un procedimento non previsto dalla legge, neppure per l'ipotesi di un testamento olografo depositato a titolo fiduciario presso un notaio: anzi il codice civile non contempla questa fattispecie, nel quale c'è traccia solo del verbale di restituzione del testamento olografo depositato (art. 608, comma secondo, c.c.); neppure la legislazione notarile disciplina le formalità del deposito in esame (arg. ex art. 66 della legge notarile n. 89 del 16 febbraio 1913 e corrispondenti disposizioni regolamentari ex artt. 82 e 149, comma secondo, R.D. 10 settembre 1914, n. 1326).

È più praticabile, eventualmente, la riproduzione del testo informatico su un documento cartaceo accompagnato da autentica notarile di conformità all'originale file: ma è intuibile che questa procedura non è coerente a quella prescritta dall'art. 620 c.c. e quindi sarebbe viziata, quanto meno, da irritualità palese<sup>73</sup>. Peraltro neppure l'eventuale vidimazione apposta sulla busta contenente lo strumento informatico (possibile per un *tablet* di modeste dimensioni della più recente generazione tecnologica) non corrisponde alla forma stabilita dalla legge la quale dispone che al verbale "sono uniti la carta in cui è scritto il testamento, vidimata in ciascun mezzo foglio...". Questa procedura è del tutto inutilizzabile nella materia *de qua*, sia per le ragioni tecniche già segnalate sia perché il surrogato cartaceo del testo registrato sul file non è l'originale, come invece richiede l'art. 620 c.c.

Potrebbe, in via subordinata, essere allegata una copia autentica notarile del testo informatico tradotto su documento cartaceo attraverso la procedura della stampa, come è d'uso in tutte le fattispecie in cui quanto scritto su strumenti informatici debba convertirsi su strumenti cartacei per immetterle in circolazione per tutti gli effetti non solo cognitivi ed oppositivi (*erga omnes* o per determinati destinatari) ma

<sup>73</sup> Va sottolineato che l'idea di una riproduzione fotografica è stata già presa in considerazione in caso di un testamento olografo scritto su un supporto materiale non allegabile al verbale ex art. 620 cit.: si pensi alla fattispecie di un olografo scritto su di un muro. Sulla possibilità di effettuare rilievi fotografici ed autenticati secondo le procedure stabilite dalla legge sono concordi, fra gli altri, G. BRANCA, *op. ult. loc.cit.*, C. GANGI, *op.cit.*, 129 e 130; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 2009, 843; M. CALOGERO, *Bizzarre modalità di confezioni del testamento olografo*, in *Giust. civ.*, 2010, I, 1514. Decisamente contrario G. AZZARITI, voce *Successione testamentaria*, in *Noviss. dig.it.*, vol. XVIII, Torino, 1971, 824-825, per il quale la stretta connessione normativa fra l'art. 602 e l'art. 620 c.c. implica che la scritturazione del testamento su mezzi intransportabili impedisce che la scheda testamentaria possa essere depositata, e, non essendo previsto dalla legge alcun equipollente o surrogato della scheda (si pensi ad esempio alla riproduzione su cartaceo accompagnata da autentica notarile o di altro pubblico ufficiale), se ne deduce che il testamento è da considerarsi invalido.

anche esecutivi ed attuativi dei programmi decisionali, come per gli atti aventi rilevanza negoziale, fra cui anche le disposizioni testamentarie.

È intuitivo che questa procedura non è conforme al dettato legislativo confezionato per altri tempi e per altre esperienze. La copia tratta ad es. dal P.C., non è l'originale ed ancora il testo di regola è scritto senza olografia compresa la sottoscrizione<sup>74</sup>, ragion per cui non è praticabile una procedura come quella poc'anzi descritta ed a rigore sarebbe viziata da nullità.

Consegue che le forme elettroniche, telematiche ed informatiche, in linea di principio, difficilmente potranno corrispondere alle forme prescritte ad *substantiam* nella redazione del testamento olografo, e quindi la sanzione della nullità è l'unica risposta fornita dall'ordinamento vigente. In sostanza si tratta di un percorso giuridico, allo stato, non praticabile, a meno che non sussista una disciplina adeguata *ad hoc* per superare l'*impasse*.

5. A tal riguardo occorre considerare il valore giuridico del documento e della sottoscrizione di tipo informatico alla luce del *jus positum* sostanzialmente riferibile ai principi tracciati dalla legge 15 marzo 1997 n. 59 precisati nei connessi atti normativi e specificatamente nel regolamento attuativo D.P.R. 10 novembre 1997 n.533 d. p.c.m. dell' 8 febbraio 1999, e successivamente modificati ed integrati dal D.Lgs. 7 marzo 2005 n. 82 e dal pedissequo D.Lgs. 30 dicembre 2010 n. 235.

Da questo complesso *corpus* normativo<sup>75</sup> emergono risposte condivisibili sui concetti propri del documento elettronico/informatico e della sottoscrizione elettronica/digitale e quindi in ordine alla loro rilevanza giuridica.

Il legislatore del 1997, nel por mano alla disciplina positiva nella materia *de qua*, ha provveduto a fornire le definizioni dei predetti fenomeni.

In ordine al documento, l'art. 1, lett. a) del D. P.R. n. 513/1997 lo definisce come *la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti*.

Questa nozione risente della tradizione culturale della dottrina che da sempre ha sostenuto che il documento è una *res* idonea a rappresentare un fatto, un atto, un dato aventi un rilievo giuridico<sup>76</sup>.

<sup>74</sup> In tal senso A. AMBANELLI, *op. cit.*, 1282.

<sup>75</sup> È opportuno preliminarmente ribadire che il vigente impianto giuridico sulla documentazione di tipo informatico è decisamente incentrato sulla disciplina degli atti tra vivi mentre risulta accantonata quella relativa agli atti inerenti il diritto successorio *mortis causa*. È comprensibile la ragione di tale scelta legislativa: da una parte, infatti, le procedure elettroniche, informatiche e telematiche, in questi ultimi decenni, nelle attività commerciali (*e-commerce*) ed in quelle negoziali di natura privatistica, progressivamente estese anche a quelle processual-civilistiche, hanno ricevuto un impiego imponente, investendo, fra l'altro, anche ampi settori del diritto pubblico; dall'altra, non va disatteso che il sistema successorio, incentrato sui rapporti per causa di morte, si presenta culturalmente refrattario nell'accogliere le nuove istanze soprattutto di tipo informatico. Su questo profilo culturale si vedano le riflessioni di S. PATTI, *op. loc. cit.*

<sup>76</sup> Sulla identificazione del concetto di documento sul quale possa essere redatto il testamento olografo, la dottrina moderna ha preso le mosse dalle riflessioni di F. CARNELUTTI, *Documento (teoria moderna)*, in *No-viss. dig. it.*, VI, Torino, 1975, p. 85 ss. In tempi più recenti cfr. A. CANDIAN, *Documentazione e documento*

In modo più specifico il documento riguarda sia il risultato di un'attività di documentazione avente un rilievo *ab origine* giuridico sia la *res signata*<sup>77</sup> che attiene al supporto che contiene lo scritto.

Nel codice civile non sussiste una “nozione” di documento ma viene trattata la natura del documento in stretta connessione alla tipologia degli atti trattati: si pensi in particolare agli artt. 2707–2709 c.c. Come già accennato l'identificazione del concetto di “documento” è opera della dottrina che ha distinto due elementi costitutivi, da una parte l'elemento materiale cioè il supporto su cui viene effettuato il segno e viene lasciata impressa la traccia del fatto al quale il segno è riferito, in modo che segno e fatto possano essere percepiti in un momento successivo a quello della loro redazione; e dall'altra parte l'elemento immateriale che si concreta nell'idea, nel pensiero, nella volontà inserite nel supporto e destinate ad essere veicolate<sup>78</sup> per l'informazione.

Occorre precisare che la legge non prescrive la struttura del supporto, che, pertanto, può essere di vario tipo scelto liberamente dal redattore del testo al fine di realizzare un involucro sul quale poter tracciare l'atto e poter conseguire il risultato essenziale della sua conservazione e della sua trasmissione a soggetti determinati o indeterminati. Pertanto il documento cartaceo che, almeno fino a poco tempo fa, costituiva di regola il supporto materiale di un documento, non è prescritto dalla legge come essenziale ed esclusivo nella materia *de qua*: lo si argomenta dallo stesso art. 602 c.c. che fa riferimento alla “carta” perché idonea ad essere “unita” al verbale di pubblicazione, ma non è esclusa una diversa *res* sulla qual possa essere steso il testamento olografo<sup>79</sup>.

In ordine agli altri requisiti generali del “documento”, e cioè l'autografia, la sottoscrizione e la datazione, è opportuno precisare che: - l'autografia non costituisce un elemento caratterizzante della scrittura del documento, salvo i casi in cui è espres-

---

(teoria generale), in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, 579 ss.; C. ANGELICI, *Documentazione e documento (diritto civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, p. 2 ss.; N. IRTI, *Sul concetto giuridico di documento*, in *Studi sul formalismo negoziale*, Padova, 1997, *passim*.

<sup>77</sup> N. IRTI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>78</sup> L'intuizione della inerenza del documento alle tematiche della circolazione degli atti, dei fatti e dei dati giuridicamente rilevanti è di F. CARNELUTTI, *op. ult. cit.*, 87. Il documento, giova precisarlo, è lo strumento che registra su di sé i predetti atti, fatti e dati e ne garantisce la circolazione a fini cognitivi e probatori (cfr. S. TONDO, *Il documento nel sistema delle prove*, in AA.Vv., *Il documento*, in *Trattato dir. civ. del Cons. Naz. Notariato*, diretto da P. Perlingieri, 2003, 387 ss.).

<sup>79</sup> Si è avuto modo di riferire che parte della dottrina (tra gli altri A. CICU, *Testamento, cit.*, p.38; R. TRIOLA, *Il Testamento, cit.*, 77) e della giurisprudenza (tra tutte Cass. 10 marzo 1965 n. 394, in *Mass.*, 1965) hanno sostenuto l'irrelevanza del materiale adoperato per la stesura del testamento olografo; questo concetto potrebbe costituire la premessa per accedere all'utilizzazione, in linea di principio, anche degli strumenti elettronici informatici come supporti per la ricezione di atti di ultima volontà, anche se, tuttavia, come accennato, resta di non facile utilizzazione nella prassi per le blindature che tuttora caratterizzano il sistema successorio per causa di morte. Decisamente contraria ad ogni apertura è l'opinione di A. AMBANELLI, *op. cit.*, 1282, nota 65.



samente prescritto dalla legge<sup>80</sup>; - la sottoscrizione è di solito richiesta come un dato indefettibile ma non è esclusa l'eccezione<sup>81</sup>; - la datazione costituisce un dato essenziale per l'atto pubblico ma non per la scrittura privata<sup>82</sup>.

Transitando dal documento tradizionale a quello elettronico, in via preliminare occorre osservare che, sussistendo il principio dell'irrelevanza della natura della materia utilizzabile come elemento oggettivo, è evidente che nei rapporti informatici (in senso ampio) la *res*, cioè l'entità "atta a formare una cosa rappresentativa" nell'accezione carneluttiana è costituita "dalla memoria digitale (in senso lato), cioè dai diversi tipi di supporto: *floppy-disk*, *hard-disk*, *CD-ROM*, ecc."<sup>83</sup>.

Peraltro è *jus receptum*, non solo sul piano dottrinale ma anche sul fondamento del diritto positivo incardinato nella legislazione italiana sopra menzionata, che il documento elettronico presenta caratteri strutturali simili a quello del documento tradizionale, in particolare sul terreno della intangibilità del contenuto, della idoneità all'archiviazione, e dell'adeguatezza al concetto di *res*.

Il documento informatico, in senso giuridico, è costituito pertanto dalla rappresentazione di atti, fatti o dati informaticamente espressi ed in quanto tali veicolati.

Questo documento, redatto e sottoscritto nelle forme di legge, assume il ruolo (anche probatorio) di una scrittura privata e, come tale, è liberamente valutabile in giudizio, tenuto conto delle sue caratteristiche di qualità, di sicurezza, di integrità e di immodificabilità (cfr. artt. 20 e 21 Cod. Amm. Digitale, cit.).

Con riferimento alla sottoscrizione di tipo elettronico, così come regolata dal vigente sistema normativo, emerge la presenza di una categoria generale di sottoscrizione in forma elettronica, o più semplicemente di firma elettronica, che è costituita da "dati" aventi la forma elettronica utilizzati e che rappresentano un metodo di identificazione informatica.

In questa categoria confluiscono due tipi di firme, cioè la *firma elettronica qualificata* e la *firma elettronica avanzata*, nella quale assume un rilievo a parte la così detta *firma digitale*.

<sup>80</sup> Come si è più volte accennato, la formalità della redazione di proprio pugno da parte del testatore, limitatamente al testamento olografo, mentre non è prescritta né per le altre forme testamentarie né per gli atti tra vivi, anche per gli atti ex art. 1350 c.c., rende difficile la compatibilità dello strumento elettronico-informatico con la redazione del testamento privato.

<sup>81</sup> Per gli atti *mortis causa* la legge non ignora fattispecie in cui il testatore è impedito a sottoscrivere e regola le formalità per aggirare l'impasse e fornire analoghe garanzie al pari della sottoscrizione manuale (ad es. gli artt. 2 e 4 della legge 3 novembre 1975, n 18).

<sup>82</sup> Lo si argomenta dal disposto dell'art. 2704 c.c. in base al quale il principio della inopponibilità della scrittura privata non datata riguarda le fattispecie in cui la scrittura non viene invocata per il suo contenuto negoziale ma come fatto storico che può essere provato in quanto tale con qualsiasi mezzo (Cass, 1 giugno 1993, n. 6066, in *Rep. Foro it.*, 1993, voce *prova doc.*, 21).

<sup>83</sup> G. FINOCCHIARO, *La firma digitale. Forma, archiviazione e trasmissione documenti con strumenti informatici e telematici*, in *Comm. Cod.civ., Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 2000, 37.



Nel rinviare alle analisi più approfondite sulle tematiche della sottoscrizione elettronica e sui tipi particolari che la caratterizzano<sup>84</sup>, occorre ribadire e tener costantemente presente che il documento elettronico, se sottoscritto nelle forme di rito sopra segnalate, corrisponde ad una scrittura privata avente efficacia ex art. 2702 c.c.: consegue che il documento informatico, al pari di quello tradizionale, è deputato a garantire la paternità di chi l'ha redatto e quindi la riconducibilità alla sua persona del contenuto dell'atto in esso registrato; paternità consolidata dalla firma elettronica che non solo garantisce l'identificazione dell'autore ma anche, sul piano documentale, la definitività del testo documentato, nel senso della sua integrità e della sua immodificabilità.

Da tutto ciò emerge che sussiste una equivalenza di funzioni della firma autografa con quella elettronica (comprensiva delle due sottocategorie suddette, cioè la firma elettronica qualificata e quella avanzata o digitale), ma l'equivalenza non implica la identità, come è documentato già dal diverso trattamento normativo sulla definizione dei due tipi di firme. La firma autografa, quale sottoscrizione manuale, non è definita dal codice civile, e quindi spetta alla dottrina ed alla giurisprudenza il compito di definirla, come fin'ora è avvenuto; al contrario la firma elettronica trova spazi definitivi nel testo della legge, perché, come è stato correttamente rilevato, nella definizione stessa emergono non solo i dati afferenti agli aspetti tecnologici, ma anche i profili funzionali della firma stessa<sup>85</sup> e ciò in linea con le nuove tecniche di scritturazione e di trasmissioni del prodotto del pensiero e cioè, in termini giuridici, degli atti, dei fatti e dei dati "giuridicamente rilevanti"<sup>86</sup>.

In questo panorama, un posto a sé va assegnato all'istituto della *posta elettronica semplice e certificata* e alla rilevanza giuridica dei relativi documenti, con particolare attenzione alla ipotesi di un testamento epistolare inviato su e con supporti informatici.

**6.** La scritturazione elettronica è penetrata nell'ordinamento positivo con la legge 15 marzo 1997, art. 15, comma secondo e con il successivo decreto presidenziale D.P.R. 10 novembre 1997 n. 513 che, come si è visto, ha consegnato al sistema giuridico un piano organico ed abbastanza completo sulla formazione, archiviazione e trasmissione dei documenti realizzati con strumenti informatici posti in circolazione con strumenti telematici.

<sup>84</sup> La documentazione informatica e le firme di tipo informatico segnalate nel testo, sono tutte finalizzate, in virtù del meccanismo operativo per esse previsto dalla legge per impedire contraffazioni o comunque per consentire l'intervento di terzi nella redazione dell'atto. Interessanti, al riguardo, le riflessioni di G. NAVONE, *La disciplina del documento informatico dopo il D.Lgs. 30 dicembre 2010 n. 235*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2012, 269 ss.

<sup>85</sup> cfr. G. NAVONE, *Instrumentum digitale. Teoria e disciplina del documento informatico*, Milano, 2012, 85 ss.

<sup>86</sup> Sulla circostanza che, nella storia dell'umanità, l'elettronica costituisce un nuovo mezzo di scritturazione cfr. R. BORRUSO e C. TIBERI, *L'informatica per il giurista*, Milano, 1990, 18 che, con un suggestivo paragone con la scrittura tradizionale, hanno osservato che l'elettronica è "il nuovo inchiostro di cui l'uomo si serve"

I principi contenuti in questo primo contributo normativo si presentano, e quindi restano ribaditi e confermati, nel successivo apporto organico, più articolato, contenuto nel D.Lgs. 7 marzo 2005 n. 82, contenente il Codice dell'Amministrazione Digitale. Successivamente questo codice è stato rivisitato, con parziali modificazioni ed integrazioni, dal D.Lgs. 30 dicembre 2010 n. 235.

Il risultato finale, allo stato, di questo prodotto legislativo è che viene riconosciuta l'esistenza del documento elettronico/informatico che, al pari del documento tradizionale cartaceo, è idoneo, come già detto, alla rappresentazione di atti, fatti e dati giuridicamente rilevanti. Sotto il profilo della forma, quella cioè che consente il collegamento tra le persone dell'autore dell'atto, del fatto e/o del "dato" (scritti in via elettronica/telematica) e l'autore della firma, stabilendo in tal modo l'appartenenza del documento e del suo contenuto al predetto autore, si potrebbe legittimamente sostenere che, sul piano sostanziale e sul piano probatorio, sussista l'equivalenza del documento elettronico con quello cartaceo, soprattutto in sede di valutazione del testamento olografo scritto su supporto elettronico.

Per quanto attiene alla firma, corrispondente in senso giuridico alla sottoscrizione tradizionale, il problema delle equivalenze è più delicato. Come noto, in tema di sottoscrizione informatica, si conoscono tre tipi di firma, quella elettronica, quella elettronica qualificata e quella elettronica avanzata: le fonti normative sono rispettivamente l'art. 1, lettera "q,,"; l'art. 1, lettera "q bis,," e l'art. 1 lettera "r,," del citato D.Lgs. n. 82 del 2005. Giova ribadire che nel quadro della firma elettronica avanzata si situa un ulteriore tipo di firma, quella così detta "digitale", in ragione della specificità del meccanismo operativo che la caratterizza, di cui all'art. 1, lettera "s,," del citato D.Lgs. 82/2005.

Inoltre va ulteriormente precisato che il predetto sistema normativo vigente contempla il documento informatico, il quale, se accompagnato da firma elettronica ha rilievo probatorio ma è liberamente valutabile in giudizio, tenuto conto delle "caratteristiche oggettive di qualità, sicurezza, integrità e immodificabilità (art. 21 comma primo, decreto n.82/2005 cit.). Se, poi, il documento sopra menzionato è sottoscritto con firma elettronica avanzata, qualificata o digitale, nel rispetto delle regole tecniche prescritte *ad hoc*, ha l'efficacia di scrittura privata ai sensi dell'art. 2702 c.c., in ragione della circostanza che sussiste la garanzia "dell'identificabilità dell'autore, dell'integrità e l'immodificabilità del documento" (art.21, comma secondo, decreto n. 82/2005 cit.).

In questo quadro normativo, rispetto agli altri tipi di firma, si colloca in posizione autonoma la firma definibile come elettronicamente debole contemplata nell'art.1, lettera "q", consistente nell'insieme dei dati in forma elettronica, "allegati o connessi tramite associazione logica di altri dati elettronici, come metodo di identificazione informatica". In questo clima normativo è evidente che non ci sarebbe spazio compatibile con il procedimento dell'autografia (scrittura di propria mano del testo e della sottoscrizione): la scritturazione elettronica ed informatica non presentano, in linea di principio, i caratteri ed i segni dell'autografia che, per consolida-

ta tradizione, rappresentano, di per sé, il massimo della garanzia di inalterabilità, di sicurezza e di identificabilità della paternità dell'atto/documento. Per questa evidente differenza d'ordine grafico tra testamento olografo consacrato nel codice civile e le possibili disposizioni di ultima volontà redatte su supporti informatici sussiste una differenza per la quale, in una prima lettura, appare impensabile una scrittura autografa, e pertanto appare plausibile l'opinione per la quale le caratteristiche "del testamento olografo lo rendono, almeno *prima facie*, ontologicamente incompatibili con l'utilizzazione delle nuove tecnologie"<sup>87</sup>.

Preso atto dell'esattezza del rilievo sulla incompatibilità testuale, peraltro causata dai diversi tempi in cui è stato confezionato l'art. 602 c.c. (nella prima metà del secolo scorso era ignota la stesura di atti su supporti di natura elettronica), occorre tuttavia considerare due aspetti del problema: il primo afferente l'ipotesi in cui sia possibile effettuare una scritturazione di tipo tradizionale, utilizzando cioè la manualità su supporti elettronici informatici; il secondo afferente alla tematica dell'efficacia del documento informatico sottoscritto con firma elettronica, ma con metodo identico alle operazioni manuali stabilite per i documenti cartacei, nei termini stabiliti dalla legge e seguitamente dal citato Codice dell'Amministrazione Digitale.

In ordine al primo aspetto, nell'ambito della disciplina del documento elettronico, non risulta espressamente contemplata l'ipotesi della redazione di un "atto" su un supporto elettronico idoneo a costituire un "documento" adeguato a rappresentare un atto, un fatto e un dato di rilevanza giuridica.

La fattispecie ipotizzabile nella materia *de qua* è la seguente: Tizio intende disporre del suo patrimonio a causa della sua morte e scrive il proprio atto di ultima volontà su un *tablet*, servendosi di una apposita penna elettronica (firma grafometrica). Inoltre, Tizio provvede a trasmettere questo "atto elettronicamente registrato e sottoscritto con nome e cognome" a Caio (eventuale esecutore testamentario) invitandolo a riprodurlo per iscritto su supporto cartaceo, a conservarlo e, a tempo debito, richiederne la pubblicazione presso un notaio.

Dalla lettura *de visu* del testo scritto sul *display* e dalla lettera del testo stesso sulla riproduzione cartacea si constata la presenza di una chiara stesura di tipo manuale riprodotte la grafia del *de cuius* ed in grado di presentare le caratteristiche proprie dell'autografia. In sostanza si produce una forma olografa, cioè una scritturazione del testo e pedissequa sottoscrizione effettuate interamente di mano dal testatore, con perfetta coerenza stilistica al disposto degli art. 601 e 602, primo comma, c.c.

La ulteriore peculiarità di questa fattispecie è che il "documento" elettronico del tipo sopra descritto si può tradurre in un "documento cartaceo" attraverso la relativa stampa. Questa "traduzione" riproduce per iscritto l'atto e la firma aventi lo stile grafico risultante dal *display* del *tablet*, e cioè viene riprodotto con fedele riproduzione

<sup>87</sup> F. CRISTIANI, *Nuove tecnologie, op. loc. cit.* ed ivi un'aggiornata bibliografia alla quale si rinvia.

ne quanto scritto e sottoscritto sul *tablet*, riproduzione realizzata per mezzo della stampante.

Si constata, in tal modo, l'identità del testo e l'identità della sottoscrizione rispetto a quanto scritto con la penna elettronica, dalla quale emerge l'immagine di una olografia elettronicamente prodotta ed in via informatica riprodotta con la stampa su un documento cartaceo. Sussiste, poi, la presenza dell'uso di una sicura manualità operata dall'autore del testo (nella specie il *de cuius*) su uno strumento diverso dalla carta ma in grado di registrare, al pari della carta, il "taglio", lo "stile", le "cadenze" etc. della scrittura manuale del suo autore.

In verità ci sono due limiti naturali ineludibili che frappongono difficoltà operative, ma probabilmente superabili.

È vero che lo "strumento elettronico" (ad esempio il *tablet*) non può essere allegato al verbale di pubblicazione del testamento, ma è altrettanto vero che la "riproduzione", con identità di forma e di sostanza del contenuto dell'atto elettronicamente registrato sul detto strumento informatico e poi trasferito sulla *chartula* per il tramite della stampante, consente di superare il predetto limite e di aprire le porte al procedimento attuativo delle disposizioni di ultime volontà.

In verità un problema analogo si è già posto in passato ed ha avuto soluzioni analoghe a quelle prospettabili sul tema in oggetto. Innanzitutto si è avuto occasione di riferire che dal principio per il quale, nel silenzio della legge, non è stabilito quale debba essere il materiale da usare per confezionare il testamento olografo, si è dedotto che qualsiasi mezzo è adeguato, a prescindere dalla sua idoneità ad essere allegato al verbale di cui all'art. 620, comma terzo, c.c. L'unica condizione, imposta dalla logica del sistema in esame e segnalata dalla giurisprudenza e dalla dottrina prevalenti<sup>88</sup>, è che risultino rispettate le formalità richieste dalla legge nella stesura del testamento olografo (autografia, sottoscrizione di proprio pugno, leggibilità e intelligibilità). Nel caso in cui il mezzo usato per scrivere il testamento non sia idoneo ad essere allegato, come ad esempio il caso di un muro, è possibile depositare una riproduzione meccanica o fotografica<sup>89</sup>. Al di là di questi aspetti problematici, che comunque possono essere risolti, soprattutto se c'è l'intento interpretativo di dare prevalenza alla "sostanza" (nel fatto c'è il diritto) senza essere vincolati ad un formalismo rigido che preclude all'ermeneutica evolutiva di incidere sul valore del dettato legislativo, da questa ricostruzione emerge un dato inoppugnabile: l'atto in

<sup>88</sup> R. TRIOLA, *Il testamento*, cit., 77 e 78.

<sup>89</sup> cfr. A. CICU, *op. ult.loc. cit.* La possibilità di utilizzare forme alternative al testo originale per consentire l'applicazione delle regole, ex art. 620 c.c. consente di utilizzare, nella materia *de qua*, l'alternativa a favore dell'uso della materia cartacea su cui viene riprodotto il testo elettronicamente steso e memorizzato sul *personal computer*. In tal caso vi è un ulteriore dato di conformità che consente una agevole utilizzazione dello strumento giuridico ex art. 620 c.c. (in pratica viene allegato al verbale un atto cartaceo prodotto dalla stampante che "fotografa" l'originale testo scritto elettronicamente, possibilmente accompagnata da certificazione di conformità di un pubblico ufficiale per consolidarne l'incidenza probatoria che inerisce al documento così confezionato).

esame è, quanto meno, strutturalmente contiguo a quello redatto dal testatore di proprio pugno su un supporto cartaceo.

Il tutto si traduce in una scrittura privata informatica non autenticata né certificata; si colloca pertanto al di sotto della soglia della previsione normativa, correlata cioè al profilo legislativo del riconoscimento della sottoscrizione informatica.

Il documento in esame, infatti, ha una propria forma di sottoscrizione individuale supportata da un'autonoma descrizione normativa ex art. 1, lettera "q", del D.Lgs. n. 82/2005, distinta, cioè, dalla firma elettronica avanzata, dalla firma elettronica qualificata e dalla firma digitale: si registra, in tal modo, una previsione normativa ineludibile, che, pertanto, merita una riflessione giuridica appropriata.

La firma in esame può essere definita come firma elettronica, firma elettronica semplice o firma elettronica debole<sup>90</sup>.

In linea di principio questo documento, così firmato, si avvicina, istituzionalmente, alla scrittura privata non autenticata ed al pari di questa può essere liberamente valutata sul terreno della efficacia giuridica in ordine allo scopo verso cui il contenuto dispositivo è finalizzato.

Nel momento in cui viene utilizzata la *e-mail* per trasmettere in via informatica un atto redatto con autografia elettronica e sottoscritto con firma elettronica debole, sarebbe agevole censurare l'irritualità dell'operazione elettronica-informatica per il fatto che il testo e la firma non presentano le caratteristiche tecniche di natura manuale prescritte dalla legge nella formazione del documento, nella sua sottoscrizione e nella sua trasmissione.

Una riflessione meno rigida e più aderente all'odierno contesto "culturale", nel quale sono ricomprese anche le spinte proprie dell' "era digitale", fondata peraltro su un rilievo giuridico emergente dai testi normativi considerati (cfr. art. 1 lett. Q ed art. 21 comma primo, Cod.Amm.Dig. cit.), potrebbe offrire all'interprete un risultato più equilibrato e più coerente alla valenza giuridica dell'atto redatto elettronicamente.

Va precisato che dalla prassi, e cioè dalla fattispecie concreta dell'uso di un *tablet* con penna elettronica, emerge che la stesura dell'atto (e nel caso in esame di un "testamento") è caratterizzata dall'olografia sia nella redazione delle disposizioni di ultima volontà sia nella sottoscrizione del documento stesso. Questa forma redazionale riprodurrebbe in modo chiaro la formalità descritta dalla legge nell'art. 602, comma secondo, c.c. e pertanto non ha senso logico negare validità giuridica ad una siffatta operazione intellettuale solo perché lo strumento utilizzato non è un supporto cartaceo ma un supporto elettronico e/o informatico e la penna non è una tradizionale penna ad inchiostro ma quella con una punta elettronica, equivalente ad un "pennino" di una penna ad inchiostro o alla punta terminale di una biro.

Se, poi, si considera che in tema di *testamenti factio* attiva sussiste il principio della "irrelevanza del materiale", sul quale viene redatto il testamento olografo, è

<sup>90</sup> Di sottoscrizione equivalente a firma elettronica debole tratta F. CRISTIANI, *op. ult. loc.cit.*

evidente che il supporto elettronico non è di ostacolo alla valutazione dell'atto in termini di olografia, e tanto nel rispetto della forma utilizzata per la materiale redazione del testamento (così come accade nelle ipotesi di un supporto cartaceo).

Se poi il testamento olografo, elettronicamente registrato su un supporto elettronico, viene trasmesso per *e-mail* ad un terzo, si riproduce lo stesso fenomeno del "testamento olografo epistolare", pensato ed attuato nell'epoca in cui era, e lo è tuttora, prevalente la necessità di un supporto cartaceo per la stesura di un testamento olografo. Soltanto entro questi limiti appare compatibile l'uso del supporto elettronico nella redazione dell'olografo, e cioè nella scritturazione dell'intero testo e della sottoscrizione del tipo libero, non catalogabili negli schemi tecnologici all'uso predisposti (ad es dal d.p.c.m. 22 febbraio 2013 in Gazz. Ufficiale della Repubblica n. 117 del 21 maggio 2013).

A rigore, ciascun tipo di firma elettronica avanzata, firma elettronica qualificata e firma digitale offre la garanzia sicura sull'identificazione dell'autore della firma nonché la certezza che anche il testo sottoscritto appartenga al sottoscrittore "digitale". Ugualmente, transitando sul terreno dell'atto trasmesso per *e-mail* del tipo PEC-posta elettronica certificata, si applicherà la disciplina prevista *ad hoc*, ed in particolare gli artt. 1, lett. v-bis, e 21, comma secondo, (e con la rilevanza ex art. 2702 c.c.), avendo così la menzionata garanzia dell'identificazione dell'autore e della certezza dell'appartenenza del testo scritto al medesimo autore.

Senonché la categoria degli atti supportati da firma elettronica non debole fa perdere al documento quella genuinità propria del testamento privato in forma olografa, mentre la fattispecie prospettata si presenta esattamente conforme all'autografia; è come se il testo e la sottoscrizione fossero stati apposti su un documento analogo a quello cartaceo.

È vero che il testamento olografo, scritto elettronicamente e supportato da una firma debole, non è in grado di fornire sicurezze giuridiche così come si riscontra in un documento supportato dagli altri tipi di firme, ma ciò corrisponde esattamente a quanto accade nella fattispecie di tipo cartaceo. Si riscontra, infatti, che nell'ipotesi dell'utilizzazione di un supporto elettronico idoneo a recepire i tratti della scrittura elettronicamente espressa, questa si presenta conforme ai tratti della scrittura propria del *de cuius*.

Sussiste, in sintesi, la presenza di uno stile grafico registrato sul *display* elettronico nella stessa misura in cui lo stesso stile grafico viene registrato su un foglio di carta, su un pezzo di legno o su di un muro ecc.

Consegue che l'attendibilità dell'appartenenza del testo all'autore dello scritto deriva dalle modalità espressive della "scrittura manuale" che di regola vengono utilizzate dall'autore come espressione della sua personalità, per cui, come per il documento cartaceo, è possibile un riscontro comparativo con altri testi scritti dallo stesso autore.

In concreto, in sede di comparazione di un testo scritto su un *computer*, per mezzo di una penna elettronica, con un testo diverso scritto dallo stesso autore su mate-

riale cartaceo, è possibile già *de visu* riscontrare se sussistano o meno i requisiti della individualità, normalità e abitualità e se le due scritture (compresa, ovviamente, quella afferente la firma) corrispondano fra loro.

Alla luce di queste riflessioni sarebbe opportuno un chiarimento normativo in materia, che rimuova ogni perplessità sull'utilizzabilità di una scrittura debole, partendo dai presupposti normativi segnalati in precedenza e nell'ottica di una sicura rilevanza giuridica dello strumento informatico per la redazione di un testamento olografo in forma elettronica, e tanto in conformità di un indirizzo normativo già sperimentato dal legislatore con la modifica dell'art. 2712 c.c.<sup>91</sup>.

Sulla base delle riflessioni precedentemente formulate, appare plausibile utilizzare il percorso tracciato dall'art. 602 c.c. relativo alla pubblicazione del testamento olografo ai sensi dell'art. 620 c.c. sussistendo, in un caso e nell'altro, gli stessi requisiti ed i medesimi presupposti di legge contemplati per la disciplina dei supporti cartacei e riscontrabili anche per i supporti elettronici-informatici.

---

<sup>91</sup> cfr. S. PATTI, *op. cit.*, 1008-1009.



# Clausole ricognitive dell'intervenuta negoziazione tra le parti delle clausole concordate

di Benedetta Sirgiovanni\*

*SOMMARIO: 1. Nozione. – 2. Funzione. – 3. Il ruolo della trattativa individuale. – 4. Effetti.*

1. Per clausole ricognitive dell'intervenuta negoziazione tra le parti delle clausole concordate si intendono quelle clausole con cui le parti riconoscono che sia avvenuta tra loro una negoziazione di una o più clausole del contratto.

Le diverse formule presenti nei testi contrattuali possono essere ridotte sostanzialmente a due modelli: a) le parti riconoscono ovvero una delle parti riconosce che sia intervenuta una negoziazione delle clausole x, y, z; b) le parti indicano ovvero una delle parti indica precipuamente gli atti (ad esempio, lo scambio di corrispondenza via email) dai quali si evince che le clausole x, y, z siano state il frutto di una negoziazione intervenuta tra loro prima della conclusione del contratto.

In via stipulativa, si potrebbero definire le prime clausole ricognitive generiche e le seconde clausole ricognitive specifiche.

La nozione di clausola ricognitiva impone all'interprete l'interrogativo se essa sia riconducibile alla nozione stessa di clausola.

Richiamando, seppur sinteticamente, quanto osservato da autorevole dottrina<sup>1</sup>, sono tre i significati ascrivibili al lemma clausola.

Per clausola può intendersi 1) ciascuna delle proposizioni di cui consta il negozio e, in tal senso, essa è intesa nell'art. 1363 c.c.; 2) un precetto negoziale autonomo che costituisce un imperativo, ricavabile da una o più proposizioni presenti nel contratto; 3) un precetto che la legge inserisce nel negozio anche contro la volontà delle parti (cfr. art. 1339 c.c.) ovvero in mancanza della volontà delle parti (art. 1340 c.c.).

Qualora si opti per il significato di clausola quale precetto<sup>2</sup>, la mera ricognizione dell'intervenuta negoziazione tra le parti delle clausole concordate non potrebbe essere qualificata quale clausola contrattuale, in quanto essa non dispone alcunché, ma guarda al passato, descrivendo quanto è accaduto prima della stipulazione.

\* Ricercatore confermato di Diritto privato, Università degli Studi di Roma "Tor Vergata".

<sup>1</sup> Cfr. Grasseti, *Clausola del negozio*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 184.

<sup>2</sup> Cfr. Fragali, *Clausole, frammenti di clausole, rapporti fra clausole e negozio*, in *Giust. civ.*, 1959, I, p. 315. Secondo l'a. le dichiarazioni meramente rappresentative rimangono fuori dal concetto di clausola perché esprimono l'essere e non sono formulate in quei termini di dover essere che rivelano il contenuto negoziale, il quale è costituito da valutazioni prefissanti un assetto che opera in modo impegnativo nel futuro.

Nel caso in cui si scelga il primo più ampio significato ascrivibile al lemma clausola, la proposizione con la quale le parti riconoscono che tra loro è intervenuta una negoziazione delle clausole concordate è una clausola negoziale.

Questa seconda scelta ermeneutica comporta che, all'interno del contratto, si possono distinguere clausole enunciative e clausole precettive, secondo una classificazione simile a quella delle dichiarazioni. Come si distinguono, infatti, dichiarazioni descrittive e dichiarazioni dispositive, del pari si potrebbero distinguere clausole negoziali precettive e clausole negoziali enunciative<sup>3</sup>. Nell'alveo di queste ultime potrebbero essere inserite le clausole ricognitive, in quanto clausole che descrivono quanto accaduto prima della stipulazione del contratto.

Del resto, è ormai un dato acquisito che, nei testi contrattuali, le parti non si limitano a costituire, modificare o estinguere situazioni giuridiche, ma descrivono anche quanto accaduto prima e fuori la stipulazione del contratto, come per esempio accade nelle premesse contrattuali<sup>4</sup>.

A questo punto si impone all'interprete l'interrogativo sulla funzione che svolgono le clausole ricognitive dell'intervenuta negoziazione tra le parti delle clausole concordate.

**2.** Per comprendere detta funzione sembra opportuno muovere dalla scopo che spinge la parte o le parti del contratto ad introdurre siffatte clausole.

Queste ultime, nel riconoscere che sia intervenuta una negoziazione tra le parti delle clausole concordate, tendono a superare il rischio della prova della trattativa<sup>5</sup>.

Da qui si scorge che il tema delle clausole ricognitive dell'intervenuta negoziazione tra le parti delle clausole concordate coinvolge il contratto quale strumento di prova: siffatte clausole predispongono, infatti, una regola per la prova futura<sup>6</sup>.

Prima di analizzare gli effetti che potrebbero produrre tali clausole, sembra opportuno distinguere le clausole ricognitive dell'intervenuta negoziazione tra le parti delle clausole concordate inserite nei contratti stipulati tra due soggetti che si pongono sul medesimo piano contrattuale e che hanno negoziato il contenuto del contratto, da quelle inserite nei contratti predisposti unilateralmente da una parte contrattuale e, infine, da quelle contenute nei contratti stipulati tra un professionista e un consumatore.

Tale distinzione è funzionale anche per comprendere il ruolo che svolge la trattativa individuale e, quindi, la prospettiva dalla quale esaminare dette clausole.

<sup>3</sup> Sul criterio di distinzione tra dichiarazioni descrittive e dichiarazioni dispositive si rinvia a Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 2002, p. 148.

<sup>4</sup> Sulla funzione delle premesse contrattuali richiamate o meno all'interno del testo contrattuale v. Ferro Luzzi, *Del preambolo del contratto*, Milano, 2004, *passim*, Carresi, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Milano, 1987, p. 213.

<sup>5</sup> Sul rischio della prova v. De Stefano, *Studi sugli accordi processuali*, Milano, 1959, pp. 51, 53.

<sup>6</sup> Cfr. De Stefano, *Onere (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 124.

3. Il legislatore ha tratteggiato un'area dell'autonomia privata diversa a seconda della modalità di formazione dell'accordo nonché a seconda della qualità soggettiva dei contraenti, nel presupposto che le parti sono libere di determinare il contenuto del contratto se sono state nella condizione di poterlo effettivamente determinare.

Qualora, invece, una parte contrattuale sia stata soggetta alla determinazione unilaterale dell'altra, interviene il legislatore, il quale detta delle disposizioni volte a riequilibrare il rapporto tra i due contraenti, in nome della stessa autonomia contrattuale<sup>7</sup>.

In quest'ottica vanno, dunque, letti l'art. 1341 c.c. sulle condizioni generali di contratto e, in particolare, il secondo comma avente ad oggetto la disciplina delle clausole vessatorie, nonché gli artt. 33, 34, 35 cod. cons., che dettano la disciplina delle clausole abusive inserite nei contratti stipulati tra un professionista e un consumatore.

In particolare, dalla lettura dell'art. 1341, II comma, c.c. si evince che “*le condizioni che stabiliscono, a favore di colui che le ha predisposte, limitazioni di responsabilità, facoltà di recedere dal contratto, o di sospenderne l'esecuzione, ovvero sanciscono a carico dell'altro contraente decadenze, limitazioni alla facoltà di opporre eccezioni, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti con i terzi, tacita proroga o rinnovazione del contratto, clausole compromissorie o deroghe alla competenza giudiziaria*”, per essere efficaci, devono essere approvate specificamente per iscritto, laddove esse siano inserite in contratti predisposti unilateralmente da uno dei due contraenti.

Di conseguenza, come anche la giurisprudenza ha avuto modo di rilevare, il requisito della specifica approvazione per iscritto delle clausole vessatorie di cui al secondo comma dell'art. 1341 c.c. non è necessario per le clausole del contratto che siano state oggetto di specifiche trattative tra le parti; al contrario, tale requisito è richiesto per le altre clausole vessatorie contenute nello stesso contratto alle quali la parte abbia aderito senza alcuna discussione<sup>8</sup>. La negoziazione di una o più clausole vessatorie inserite nei contratti tra soggetti aventi pari forza contrattuale fa, dunque, venir meno il requisito della specifica approvazione per iscritto per quella singola clausola oggetto di negoziazione<sup>9</sup>.

Pertanto, nella ripartizione dell'onere della prova, chi vuole far valere l'inefficacia della clausola vessatoria ha l'onere di allegare le ragioni della vessatorietà e l'assenza di sottoscrizione specifica della clausola; chi, invece, ha interesse a sostenere l'efficacia della clausola vessatoria non sottoscritta ovvero ad impedire l'inefficacia della clausola vessatoria non sottoscritta ha l'onere di dimostrare che sia intervenuta una negoziazione individuale, seria ed effettiva della stessa.

<sup>7</sup> Sulla disciplina del consumatore quale disciplina a tutela dell'autonomia privata v. Benedetti, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Riv. trim.*, 1998, p. 26.

<sup>8</sup> Cfr. Cass. 1.12.2000, n. 15385, in *Rep. Foro. it.*, 2000 [contratto in genere, 356], p. 866.

<sup>9</sup> Sullo svolgimento delle trattative quale elemento impeditivo per l'applicazione dell'art. 1341 c.c. v. Patti, *Condizioni generali di contratto*, in *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 1993, p. 307.

Peraltro, è opportuno ricordare che, per i contratti stipulati tra un professionista e un consumatore, non è sufficiente la specifica sottoscrizione per rendere efficace una clausola vessatoria (cfr. art. 33 cod. cons.)<sup>10</sup>. Il legislatore italiano, mosso da quello europeo, ha, infatti, inserito una disciplina sostanziale per i contratti soggettivamente equilibrati, prevedendo che, per impedire la declaratoria di vessatorietà della clausola, è onere del professionista provare la trattativa individuale<sup>11</sup>; inoltre, in alcuni casi, ha escluso qualunque tipo di prova contraria o, quanto meno, la trattativa individuale tra le prove contrarie (c.d. *black list*)<sup>12</sup>.

Giova, tra l'altro, osservare che la giurisprudenza, nell'interpretare l'espressione "trattativa individuale", ha aggiunto al requisito dell'individualità quello della serietà e dell'effettività della trattativa, la cui prova il professionista ha l'onere di fornire in giudizio<sup>13</sup>. Pertanto, chi vuol far valere l'inefficacia della clausola vessatoria ha soltanto l'onere di allegare le ragioni della vessatorietà; chi, invece, invoca l'efficacia della clausola vessatoria ovvero vuole impedirne l'inefficacia ha l'onere di dimostrare che la stessa sia stata oggetto di una trattativa individuale, seria ed effettiva<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> Sul passaggio dalla tutela di cui agli artt. 1341, 1342 c. c. a quella di cui all'art. 1469 *bis* c.c. (il cui contenuto è confluito nell'art. 33 cod. cons.) v. Calvo, *I contratti del consumatore*, Padova, 2005, p. 69.

<sup>11</sup> Sulla trattativa individuale quale presupposto di esclusione dell'applicazione della disciplina di protezione del consumatore v. Troiano, *L'ambito oggettivo di applicazione della direttiva CEE del 5 aprile 1993: la nozione di clausola "non oggetto di negoziato individuale"*, in *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, a cura di Alpa e Bianca, Padova, 1996, p. 600; Scarano, *Sub art. 1469 ter, 4° comma*, in *Clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, a cura di Alpa e Patti, Milano, 1997, p. 612. Sulla configurazione nella disciplina italiana della trattativa individuale quale elemento impeditivo della vessatorietà v. Roppo, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie: spunti critici*, in *Eur. e dir. priv.*, 1998, p. 68. Sulla trattativa quale criterio di valutazione della vessatorietà v. Minervini, *Dei contratti del consumatore in generale*, Torino, 2010, p. 49. Sul ruolo significativo della trattativa, v. Gabrielli, Orestano, *Contratti del consumatore*, Torino, 2000, p. 11, Gabrielli, *Il consumatore e il professionista*, in *I contratti dei consumatori*, t. 1, a cura di Gabrielli, Minervini, Torino, 2005, p. 15. Per una sintesi delle posizioni dottrinali si rinvia a Achille, *Le clausole vessatorie nei contratti tra professionista e consumatore*, in *Diritti e tutele dei consumatori*, a cura di Recinto, Mezzasoma, Cherti, Napoli, 2014, p. 133, Catricalà, *Il contratto del consumatore*, in *Manuale del diritto dei consumatori*, a cura di Catricalà, Pignalosa, Roma, 2013, p. 95.

<sup>12</sup> Cfr. Gabrielli, Orestano, *Contratti del consumatore*, cit., p. 70. Secondo questi ultimi le clausole contenute nella *black list* sono presuntivamente vessatorie fino a prova contraria; la vessatorietà, tuttavia, può essere dichiarata qualunque abbiano costituito oggetto di trattativa individuale.

Tale lettura garantirebbe, tra l'altro, il c.d. principio del diritto alla prova. Cfr., su quest'ultimo punto, Taruffo, *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, in *Riv. trim.*, 1992, p. 755.

<sup>13</sup> Cfr. Cass. 26.09.2008, n. 24262, in *Obbl. e Contr.*, 2008, 11, p. 867, con nota di Rubino; Cass. 20.3.2010, n. 6802, in *Giur. it.*, 2011, p. 802; Cass. 20.08.2010, n. 18785, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, p. 107, con nota di Farneti; Cass. 27.11.2012, n. 21070, in *Giur. it.*, 2013, p. 2107, con nota di Russo.

<sup>14</sup> Sui caratteri della trattativa individuale si rinvia a Scarano, *sub art. 1469 ter, 4° comma*, cit., p. 625 e ss.; Nuzzo, *sub art. 1469 ter, 4° comma*, in *Commentario al capo XIV-bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, a cura di Bianca, Busnelli, Padova, 1999, p. 1168. Sulla mancata riproduzione della normativa italiana dell'art. 3, par. 2, della direttiva 93/13, secondo il quale "si considera che una clausola non sia stata oggetto di negoziato individuale quando è stata redatta preventivamente, in particolare nell'ambito di un contratto per adesione, e il consumatore non ha di conseguenza potuto esercitare alcuna influenza sul suo contenuto" v. Minervini, *Dei contratti del consumatore*, cit., p. 51.

4. A questo punto si impongono all'interprete due domande: quali effetti produce una clausola ricognitiva dell'intervenuta negoziazione tra le parti delle clausole concordate inserita nel contratto?

Apporre questa clausola significa aver provato la trattativa individuale?

Per rispondere a queste domande, occorre qualificare le dichiarazioni oggetto di tali clausole.

Quattro le ipotesi ricostruttive:

- a) esse sono riconducibili nell'alveo dell'art. 1988 c.c., che disciplina il riconoscimento del debito;
- b) esse sono riconducibili nell'alveo degli atti di ricognizione ai sensi dell'art. 2720 c.c.;
- c) esse, atteggiandosi a confessioni stragiudiziali, costituiscono prova dell'avvenuta negoziazione;
- d) esse integrano gli estremi di un patto sulla prova con cui le parti, fissando cosa debba ritenersi provato, modificano l'onere della prova.

L'aggettivo ricognitivo evoca, direi intuitivamente, nell'interprete l'istituto del riconoscimento del debito disciplinato dall'art. 1988 c.c.

Tuttavia, a ben riflettere, in quest'ultimo istituto il riconoscimento ha ad oggetto la rappresentazione di una fonte dell'obbligazione, il titolo da cui sorge l'obbligo, mentre la clausola ricognitiva documenta<sup>15</sup> l'accadimento di un fatto trascorso, e cioè che tra le parti sia intervenuta una trattativa. Pertanto, considerata la diversità d'oggetto<sup>16</sup>, la clausola ricognitiva non può essere ricondotta nell'alveo dell'art. 1988 c.c.

Del pari, non può essere ricondotta all'interno della categoria degli atti di ricognizione di cui all'art. 2720 c.c., in quanto questi ultimi hanno ad oggetto dichiarazioni contenute nel documento originale<sup>17</sup>, mentre, giova ripetere, la clausola ricognitiva riconosce che sia intercorsa una negoziazione.

Si potrebbe avanzare l'ipotesi che una siffatta clausola contenga una dichiarazione confessoria stragiudiziale<sup>18</sup> e, come tale, costituisca prova dell'avvenuta trattativa<sup>19</sup>.

<sup>15</sup> Sulla funzione del documentare v. Carnelutti, *Sistema del diritto processuale*, I, Padova, 1936, pp. 685, 691. Sulla differenza tra documento e documentazione v. Irti, *Studi sul formalismo giuridico*, Padova, 1997, pp. 171, 172, 173.

<sup>16</sup> Sulle differenze di oggetto della confessione rispetto al riconoscimento, sebbene siano entrambe dichiarazioni descrittive, v. Granelli, *Confessione e ricognizione nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., III, Torino, 1988, pp. 432, 444.

<sup>17</sup> Sul documento ricognitivo v. Carnelutti, *Documento ricognitivo o rinnovativo*, in *Note in margine alle nuove leggi processuali*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1942, p. 233.

<sup>18</sup> Sulla confessione stragiudiziale v. Panuccio, *La confessione stragiudiziale*, Milano, 1960, passim.

<sup>19</sup> Così Sicchiero, *La clausola negoziale*, Padova, 2003, pp. 21, 407, 408, Id., *Brevi considerazioni in tema di clausole abusive*, in *Foro pad.*, 1996, I, p. 405, Id., *Il riconoscimento di aver trattato specificamente una clausola vessatoria*, in *Contr. impr.*, 2003, pp. 1, 6. In particolare, in quest'ultimo contributo, l'a. indica le ragioni a sostegno della qualifica della dichiarazione di aver specificamente trattato la clausola vessatoria quale confessione, soggetta alla revoca da parte dell'autore ove essa sia frutto di errore di fatto o di violenza ai sensi dell'art. 2732 c.c.

A tal fine occorre interrogarsi sui caratteri della confessione stragiudiziale e verificare se la nostra clausola possa essere ricondotta nell'alveo della fattispecie evocata.

La dichiarazione stragiudiziale è un atto unilaterale<sup>20</sup>, con il quale un soggetto dichiara fatti a sé sfavorevoli e favorevoli all'altra parte, che si forma fuori dal giudizio<sup>21</sup>. Per quest'ultima ragione esige un mezzo che la rilevi e la dimostri al giudice<sup>22</sup>.

Essa ha, dunque, ad oggetto fatti e, al pari di quanto avviene per la confessione giudiziale, nel nostro ordinamento fa piena prova contro colui che l'ha resa.

La qualifica di confessione stragiudiziale può essere, quindi, attribuita soltanto a quelle clausole che abbiano ad oggetto la dichiarazione di una parte, in quanto la confessione ha ad oggetto una dichiarazione unilaterale.

Inoltre, ad una delimitazione oggettiva ne va aggiunta una soggettiva, in quanto, perché siano integrati gli estremi della confessione, occorre che sia dimostrato l'*animus confitendi*, che, come ha avuto modo anche la giurisprudenza di osservare, è la volontà e consapevolezza di riconoscere la verità del fatto dichiarato<sup>23</sup>. Questa consapevolezza non sembra possa predicarsi qualora il contenuto del contratto non sia stato il frutto della negoziazione di due parti aventi pari forza contrattuale, ma sia stato predisposto unilateralmente da una parte ovvero sia stato oggetto di un contratto stipulato tra professionista e consumatore.

Pertanto, la clausola ricognitiva dell'intervenuta negoziazione tra le parti delle clausole concordate potrebbe essere ricondotta nell'alveo della confessione stragiudiziale soltanto qualora ricorrano, cumulativamente, le seguenti due condizioni: a) contenga una dichiarazione unilaterale con la quale una parte dichiara che la clausola "x" sia stata oggetto di trattativa individuale nonché b) sia inserita nei contratti negoziati tra due parti che si pongono sul medesimo piano contrattuale.

In mancanza della condizione di cui al punto b), la dichiarazione dell'aderente ovvero del consumatore con la quale questi riconosca che sia intervenuta una nego-

---

Nega, invece, che la dichiarazione con la quale viene dato atto che una determinata clausola è stata negoziata sia una confessione stragiudiziale, in quanto essa non ha ad oggetto dei fatti in senso stretto, ma una qualificazione giuridica delle circostanze che hanno accompagnato la conclusione del contratto in termini di trattativa Minervini, *Dei contratti del consumatore*, cit., p. 57.

<sup>20</sup> Sulle ragioni del carattere non bilaterale della confessione stragiudiziale si rinvia a Pezzani, *Il regime convenzionale delle prove*, Milano, 2009, p. 38.

<sup>21</sup> Sui caratteri della confessione stragiudiziale si rinvia a Comoglio, *Le prove civili*, Torino, 2010, p. 705. Sulla contrarietà del fatto all'interesse del confitente quale dato caratterizzante della confessione v. Furno, *Confessione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 878. L'a. osserva che il fatto è contrario all'interesse del confitente quando ne discendono conseguenze giuridiche negative a carico di costui e a favore del suo avversario.

<sup>22</sup> Così Furno, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, Firenze, 1948, p. 272.

<sup>23</sup> Sull'elemento soggettivo vedi Comoglio, *Le prove civili*, cit., p. 688; Cass. 9.4.2013, n. 8611, in *Giur. it.*, 2014, 2, p. 327, con nota di Anania.



ziazione di una o più clausole del contratto integra gli estremi di un mero indizio della trattativa intercorsa tra le parti <sup>24</sup>.

In mancanza della condizione di cui al punto a) e, quindi, nel caso in cui la clausola sia costruita come un patto con cui le parti riconoscono che sia intervenuta una negoziazione, essa integra gli estremi di un patto relativo all'onere della prova, chiamato anche patto sulla prova, ossia quel patto con cui le parti, fissando cosa debba considerarsi provato e cioè che sia avvenuta una trattativa individuale, invertono l'onere della prova, facendo gravare su chi vuole far valere l'inefficacia della clausola vessatoria la prova dell'assenza della trattativa<sup>25</sup>.

Il patto sulla prova è disciplinato dall'art. 2698 c.c., che statuisce la nullità dei patti con i quali è invertito ovvero è modificato l'onere della prova, quando si tratta di diritti indisponibili ovvero quando l'inversione o la modificazione ha per effetto di rendere a una delle parti eccessivamente difficile l'esercizio del diritto<sup>26</sup>.

Pertanto, innanzitutto, siffatta clausola potrebbe essere tacciata di nullità ai sensi dell'art. 2698 c.c., in quanto la prova del fatto negativo consistente nell'assenza della trattativa potrebbe integrare gli estremi di una delimitazione grave dell'esercizio del diritto del consumatore<sup>27</sup>. La *ratio* della disposizione, infatti, è proprio quella di evitare che la parte che abbia una maggiore forza economica e contrattuale possa prevaricare sulla parte contrattualmente ed economicamente più debole<sup>28</sup>.

<sup>24</sup> Sulla irrilevanza di tale dichiarazione nei contratti tra professionista e consumatore v. Troiano, *L'ambito oggettivo di applicazione della direttiva CEE del 5 aprile 1993: la nozione di clausola "non oggetto di negoziato individuale"*, cit., p. 612. Sull'impossibilità di attribuire valore "confessorio" alla dichiarazione del consumatore di aver specificamente trattato con il professionista, in ragione della esigenza di una protezione sostanziale del consumatore, v. Meucci, *L'accertamento della vessatorietà delle clausole nei contratti del consumatore*, in *Contratto e Responsabilità, Il contratto dei consumatori, dei turisti, dei clienti, degli investitori e delle imprese deboli*, t. 1, Padova, 2013, p. 482, secondo la quale tale dichiarazione potrebbe costituire elemento indiziario dell'effettività della trattativa. Anche la giurisprudenza si è pronunciata nel senso dell'ininfluenza di siffatta clausola: Giudice di pace Perugia, 25.03.2002, in *Foro it.*, 2002, I, c. 2831, con nota di De Rosas, Palmieri, Trib. Bologna, 14.6.2000, in *Corr. giur.*, 2001, p. 527, con nota di Conti.

<sup>25</sup> Sul merito del Chiovenda di aver distinto le convenzioni sull'onere della prova (cosiddette inversioni convenzionali) dai contratti relativi alla prova v. De Stefano, *Onere della prova (dir. proc. civ.)*, cit., p. 124. Sul patto sulla prova quale strumento diretto a creare un nuovo regime probatorio, senza pregiudicare l'accertamento del fatto, v. De Stefano, *Studi sugli accordi processuali*, cit., p. 37. Sui patti probatori si rinvia a Pezzani, *Il regime convenzionale delle prove*, cit., *passim*.

<sup>26</sup> Sulle deroghe convenzionali alle regole sull'onere della prova cfr. Comoglio, *Le prove civili*, cit., p. 405. Sul patto sulla prova, quale espressione dell'autonomia privata (nel ruolo che il contratto assume quale strumento di prova), nei limiti imposti dalla legge, al fine di evitare l'abuso della parte più forte, cfr. Patti, *Le prove*, Milano, 2010, pp. 255, 258, 259, 270, 271.

<sup>27</sup> Sulla prova dei fatti negativi v. Taruffo, *Onere della prova*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XIII, Torino, 1995, p. 71, Taruffo, *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, cit., p. 749.

<sup>28</sup> Sulla *ratio* della disposizione diretta a scongiurare ogni rischio di prevaricazione di una parte economicamente più forte nei confronti della controparte dotata di un minor potere contrattuale od economico si rinvia a Comoglio, *Le prove civili*, cit., pp. 405, 406, Cendon, Ziviz, *L'inversione dell'onere della prova nel diritto civile*, in *Riv. trim.*, 1992, pp. 778, 779.



Tra l'altro, anche nel caso in cui la clausola superasse il vaglio di validità ai sensi dell'art. 2698 c.v., qualora fosse inserita in contratti predisposti dal professionista, essa potrebbe essere considerata vessatoria *ex art.* 1341, comma 2, c.c. ovvero, se inserita nei contratti stipulati tra professionista e consumatore, vessatoria *ex art.* 33, comma 2, lett. t) cod. cons.

Anche se, infatti, è vero che l'art. 1341, comma 2, c.c. non contempla espressamente tra le clausole vessatorie quelle con cui le parti invertono o modificano l'onere della prova, potrebbe concludersi che essa sia riconducibile nell'alveo di quelle che limitano la facoltà di opporre eccezioni<sup>29</sup>. Pertanto, la clausola dovrebbe essere specificamente approvata per iscritto. In assenza di specifica sottoscrizione, si dovrebbe concludere per la nullità della stessa.

Qualora, poi, essa fosse inserita nei contratti stipulati tra professionista e consumatore, la formalità della specifica sottoscrizione non sarebbe sufficiente, essendo necessario provare la trattativa individuale.

Ne consegue che per rendere efficace la clausola ricognitiva dell'intervenuta negoziazione tra le parti delle clausole concordate inserite nei contratti tra professionista e consumatore occorrerebbe provare, una volta superato il giudizio di validità ai sensi dell'art. 2698 c.c., che essa sia stata a sua volta frutto di trattativa individuale<sup>30</sup>.

In mancanza della prova di quest'ultima, si dovrebbe concludere per la vessatorietà della clausola e, quindi per la sua nullità, dal momento che essa è riconducibile nell'alveo di quelle clausole che, ai sensi dell'art. 33, comma 2, lett. t), "*sanciscono a carico del consumatore (...) inversioni o modificazioni dell'onere della prova*"<sup>31</sup>.

Per quanto attiene, infine, al rapporto tra la clausola ricognitiva e il contratto cui inerisce, giova osservare che, tanto nel caso in cui la clausola ricognitiva integri gli estremi di una confessione stragiudiziale<sup>32</sup> quanto nell'ipotesi in cui essa sia ricondu-

<sup>29</sup> Cfr. De Stefano, *Studi sugli accordi processuali*, cit., p. 103. L'a. osserva che la preoccupazione del legislatore nell'ammettere patti sulla prova è quella di ovviare al pericolo di utilizzazione illecita di una situazione di potenza. Inoltre, l'a. reputa che il patto sulla prova debba farsi rientrare nell'art. 1341, comma 2, c.c., prevedendo, pertanto, la approvazione specifica di tale pattuizione. Cfr. Patti, *Le prove*, cit., p. 280. L'a. osserva che le clausole di inversione dell'onere, sebbene non siano espressamente annoverate tra le clausole vessatorie *ex art.* 1341 c.c., dovrebbero rientrare tra quelle che sanciscono a carico dell'aderente limitazioni alla facoltà di opporre eccezioni. Questa conclusione viene motivata anche alla luce di leggi presenti in altri Paesi cfr. S. Patti, *Le clausole vessatorie*, in *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, a cura di G. Patti, S. Patti, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 1993, p. 384. Sull'applicabilità dell'art. 1341 c.c. ai patti sulla prova v. Pezzani, *Il regime convenzionale delle prove*, cit., pp. 95, 96, 97.

<sup>30</sup> Così Tommaseo, *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 2003, p. 626

<sup>31</sup> Sull'applicabilità dell'art. 33 cod. cons. agli accordi di prova, laddove siano previsti in contratti conclusi tra consumatore e professionista, v. Pezzani, *Il regime convenzionale delle prove*, cit., p. 99. Sulla difficoltà di prevedere quali patti, che comportino un'inversione dell'onere della prova, ricadano nell'ambito della disciplina di cui all'attuale art. 33, comma 2, lett. t), e quali siano riconducibili nell'alveo dell'art. 2698 c.c. v. Lucchini Guastalla, *Sub art. 1469 bis, comma 3°, nn. 18, 19*, in *Nuove leggi civili commentate*, 1997, II, p. 1005.

<sup>32</sup> Sulla confessione stragiudiziale quale atto giuridico in senso stretto v. Furno, *Confessione (dir. proc. civ)*, cit., p. 899, il quale esclude che essa abbia natura negoziale, in quanto l'effetto vincolante deriva dalla

cibile ad un patto sulla prova, si aderisce a quella parte della dottrina che sostiene la sua autonomia<sup>33</sup>, in quanto essa svolge una sua precipua funzione, che è appunto quella probatoria, e non sembra far parte dell'assetto di interessi costruito dalle parti nel regolamento contrattuale. A questa conclusione si può giungere sia nel caso in cui la dichiarazione ovvero la pattuizione siano contenute nel medesimo documento che nell'ipotesi in cui esse siano oggetto di due distinti documenti; ne consegue che l'eventuale causa di invalidità del contratto non viene comunicata alla clausola ricognitiva dell'intervenuta negoziazione tra le parti delle clausole concordate e viceversa.

---

legge e non dall'atto.

Sulla dichiarazione di aver trattato specificamente le clausole abusive quale dichiarazione esterna, dal profilo strutturale, al contratto v. Sicchiero, *Il riconoscimento di aver trattato specificamente una clausola vessatoria*, cit., p. 7.

<sup>33</sup> Sull'autonomia del patto di prova rispetto al negozio cui inerisce cfr. De Stefano, *Studi sugli accordi processuali*, cit., p. 111. E più in generale, sul principio di autonomia delle clausole compromissorie, chiamate anche clausole – negozi, per la loro causa del tutto diversa rispetto a quella contrattuale v. Fragali, *Clausole, frammenti di clausole, rapporti fra clausole e negozio*, cit., pp. 313, 314, Tamponi, *Contributo all'esegesi dell'art. 1419 c.c. parte I e parte II*, in *Riv. trim.*, 1978, p. 483.

Sulla differenza di funzione e di struttura tra il contratto e la clausola compromissoria v. Carnelutti, *Clausola compromissoria e competenza degli arbitri*, in *Riv. dir. comm.* 1921, II, p. 330. In particolare, l'a. osserva che con il contratto le parti regolano un loro conflitto di interessi, segnando un punto di equilibrio, nel quale il conflitto si compone; sotto la clausola compromissoria non vi sono affatto due interessi antitetici delle parti, i quali trovino in essa il loro equilibrio, ma invece un interesse identico dell'una e dell'altra, rivolto a cercare il miglior giudice per la decisione di una certa categoria di liti.

Sul passaggio dalla natura accessoria alla autonomia della clausola compromissoria v. Zaccheo, *Contratto e clausola compromissoria*, in *Riv. trim.*, 1987, pp. 424, 425. Sul principio di autonomia della clausola compromissoria v. Confortini, *Clausola compromissoria*, in *Dizionario dell'arbitrato*, a cura di N. Irti, Torino, 1997, p. 195.



# Collazione, divisione del testatore e preterizione

di Giovanni Schiavone\*

*SOMMARIO: 1. Premessa: collazione e procedimento divisorio. – 2. La struttura soggettiva della collazione: la qualità di “coerede”. – 3. (Segue:) Compatibilità della collazione con l’assenza di “relictum”. – 4. (Segue:) Irrilevanza della sussistenza di una “contitolarità” tra i coeredi. – 5. Collazione e divisione operata dal testatore. – 6. Il problema del legittimario pretermesso. – 7. (Segue:) La preterizione “divisoria”. – 8. Collazione e azione di riduzione.*

1. Che l’istituto della collazione sia connesso al più ampio fenomeno successorio<sup>1</sup> è rivelato dall’*incipit* della relativa disciplina: l’art. 737, primo co., c.c. prevede che sono tenuti alla collazione i figli, i loro discendenti e il coniuge, in quanto “concorrono alla successione”, vale a dire siano divenuti eredi per il concomitante operare di una delazione ereditaria e della relativa accettazione<sup>2</sup>.

\* Ricercatore di Diritto civile, Università Cattolica del Sacro Cuore.

<sup>1</sup> Il dato è valorizzato da quella parte della dottrina che parla di *vis attractiva* esercitata dalla successione sulle liberalità *inter vivos* (L. Cariota Ferrara, *La successione per causa di morte. Parte generale. I, Principi. Problemi fondamentali*, Napoli, 1955, § 17; V. R. Casulli, voce *Collazioni delle donazioni*, in *Nuoviss. Dig. it.*, Torino, 1959, 457 s.; Id., *Fondamento, funzione e struttura della collazione: l’avocazione allo stato dei beni donati*, in *Foro it.*, 1971, I, 2360 s.). In tale ottica, se l’apertura della successione costituisce il presupposto di un “raccordo” tra le disposizioni *donationis causa* e quelle a causa di morte, il risvolto concreto della forza attrattiva sta nel fatto che, in mancanza di un’espressa manifestazione di volontà del donante, gli atti di liberalità nei confronti del coniuge e dei figli non devono alterare la misura della quota ereditaria di pertinenza di ognuno. Detto in altri termini, l’operatività della collazione fa sì che la successione del coniuge e dei discendenti avvenga sull’intero patrimonio dell’ereditando, comprensivo dei beni donati. Si avverte subito però che l’affermazione si può condividere a patto che si tenga in debito conto di come operi il meccanismo effettuale della collazione, dato che il conferimento per imputazione – che costituisce la modalità prevalente – è tale che la massa ereditaria non si incrementa dei beni donati, bensì dei corrispondenti valori economici.

Tra i contributi dedicati specificamente al fondamento razionale dell’istituto, si vedano: M. Andreoli, *Contributo alla teoria della collazione delle donazioni*, Milano, 1943; A. Burdese, *Nuove prospettive sul fondamento e sulla natura giuridica della collazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, II, 558, ss. Un’efficace rassegna critica delle varie teoriche, è stata svolta, più recentemente, da G. Amadio, *La collazione delle liberalità*, in *Le successioni e le donazioni*, Milano, 2009, 308 ss.

<sup>2</sup> È quasi superfluo evidenziare come, pur trattandosi di soggetti che rivestono *anche* la qualità di legittimari, la vocazione rilevante ai fini della collazione è quella a titolo universale, per cui, in conformità ai principi generali, non sarà interessato il legittimario destinatario di un legato sostitutivo (cfr. G. Schiavone, *Le disposizioni testamentarie dirette ai legittimari*, Milano, 2012, *passim*). Sotto altro profilo, non è necessario che venga in rilievo una vocazione *ab intestato*, ben potendo operare la collazione anche in caso di istituzione testamentaria (Cass., 10 febbraio 2006, n. 3013, in *Notariato*, 2007, 253). E’ stato osservato peraltro come l’obbligo di conferimento persista se il donatario muoia dopo essere stato chiamato e prima che abbia accet-

La collocazione della figura sullo sfondo della successione *mortis causa* autorizza ad applicare, sia pure in via ipotetica, i criteri di analisi propri del fenomeno successorio<sup>3</sup>. In tale prospettiva, se da un lato non è implausibile l'idea che la collazione sia fondata sulla "volontà presunta" del *de cuius*, dall'altro la disciplina positiva dell'istituto fa emergere come preminente l'interesse dell'ereditando a realizzare una "sistemazione" delle proprie sostanze secondo la sua personale preferenza, dal momento che è riconosciuta allo stesso la facoltà di dispensare il donatario dall'obbligo di conferimento (art. 737, 1° co., c.c.)<sup>4</sup>.

---

tato l'eredità, trasmettendosi l'obbligo in capo a chi subentra nella vocazione (A. Cicu, *Successioni a causa di morte. Parte generale*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1961 511).

<sup>3</sup> Ci si riferisce all'analisi del fenomeno successorio operata alla stregua dell'interesse protetto, condotta da P. Schlesinger, voce *Successioni (Diritto civile). Parte generale*, in *Noviss. Dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, 749, secondo cui l'apertura della successione determina la compresenza di quattro interessi giuridicamente rilevanti: l'interesse del *de cuius* di disporre come meglio ritiene opportuno la collocazione delle proprie sostanze; l'interesse dei suoi familiari a conseguire quanto la legge riconosce loro in qualità di eredi *necessari*; l'interesse dei creditori a vedere soddisfatte le loro posizioni, a fronte dell'eventualità che il patrimonio ereditario non sia capiente, o si verifichi la confusione del patrimonio ereditario con il patrimonio degli eredi; l'interesse dello Stato ad apprendere il patrimonio ereditario o una parte di esso a vantaggio della collettività.

<sup>4</sup> In argomento, da ultimo, V. Barba, *La dispensa da collazione*, in *Dir. Succ. Fam.*, 2016, 1, 1 ss., il quale, all'esito della sua indagine, afferma conclusivamente che "L'interesse che l'ordinamento protegge e tutela nella dispensa da collazione non è quello del dispensato, bensì quello del dispensante, al quale l'ordinamento conferisce il potere di regolare il profilo divisorio della propria successione, incidendo sulla misura delle porzioni dei propri eredi e stabilendo, nei limiti della quota disponibile, se, e in che misura, il donatario debba conferire agli altri coeredi quanto ricevuto per donazione" (42 s.). L'indubbia valenza sul piano interpretativo della previsione relativa alla facoltà di dispensa può indurre a ritenere che la disciplina della collazione sia tendenzialmente derogabile. Si deve rammentare, tuttavia, come la libertà del testatore resti segnata da un duplice ordine di limitazioni: da una parte, non viene meno il presidio costituito dal sistema della successione necessaria, discutibile *de iure condendo* nella sua attuale portata, ma che, nella *subiecta* materia è confermata dall'art. 737, cpv., c.c., per il quale "la dispensa da collazione non produce effetto se non nei limiti della quota disponibile"; dall'altra il *corpus* di norme relativo alle modalità di attuazione dell'obbligo di conferimento. Tale disciplina, avendo carattere strumentale, resta indisponibile – in linea di principio – per l'ereditando; infatti dal tenore letterale delle disposizioni si evince come un potere di scelta, là dove è contemplato, spetta soltanto al soggetto che è tenuto al conferimento (art. 746, primo comma, c.c.).

Tuttavia, sotto altro versante, sembra che l'autonomia del testatore possa estendersi oltre la facoltà di dispensa, determinando l'oggetto dell'obbligo di conferimento diversamente da come risulta fissato dagli artt. 738 ss., c.c.: è la figura della cosiddetta "collazione volontaria", per la quale si veda la recente analisi di R. Siclari, *Il fenomeno collazione tra legge e volontà. A proposito della collazione c.d. volontaria*, Torino, 2005. In giurisprudenza Cass., 2 gennaio 1997, n. 1, in *Riv. giur. sarda*, 1997, 605 ss., con nota di V. Caredda, *Collazione "volontaria": ammissibilità e limiti*; in *Giust. civ.*, 1997, I, 1321 ss., con nota di N. Di Mauro, *Collazione volontaria e condizione di non impugnare il testamento*; da ultimo, Cass., 10 febbraio 2006, n. 3013, cit., 253, con nota di R. Scotti, *Volontà testamentaria e obbligo di collazione*.

Per un approfondimento dei profili generali dell'autonomia privata nell'ambito del diritto ereditario: G. Amadio, *Lecture sull'autonomia privata*, Padova, 2005, 3 ss.; A. Maniaci, *Autonomia privata e successioni mortis causa*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, 752 ss.; A. Natale, *Autonomia privata e diritto ereditario*, Padova, 2009, 1 ss.

L'altra prospettiva è data dall'interesse dei più stretti congiunti a vedere attuata l'"aspettativa" a conseguire determinate utilità patrimoniali, in conseguenza dell'apertura della successione; aspettativa giustificata dallo stretto legame con il *de cuius* e dalla correlata previsione di obblighi giuridici, oltre che morali. Sotto tale profilo viene in rilievo l'indice testuale che stabilisce la coincidenza dei soggetti interessati alla collazione con il coniuge e con i figli e i loro discendenti, ossia con le principali categorie di legittimari contemplate dall'art. 536, primo co., c.c. Si potrebbe ipotizzare, dunque, che rispetto al novero dei riservatari – che vede compresi anche gli ascendenti – ai figli e al coniuge, in quanto appartenenti alla famiglia ristretta del defunto, il legislatore offra una forma di tutela complementare rispetto a quella che si attua con l'azione di riduzione, e per certi versi più incisiva e immediata. L'assunto trova da una parte delle conferme e dall'altra delle smentite. Infatti, in mancanza di una volontà del donante che escluda l'obbligo di conferimento, l'operatività della collazione permette di far conseguire ai soggetti sopra individuati più del trattamento successorio minimo<sup>5</sup>, essendo evidente che non si farà questione di quota riservata e di quota disponibile, e che l'intero patrimonio del *de cuius*, così come risulta incrementato dai valori delle donazioni, andrà ripartito tra gli eredi<sup>6</sup>. D'altra parte, una tutela più incisiva dei legittimari, dovrebbe coerentemente prescindere dalla qualità di erede di coloro che risultano tenuti al conferimento. Ciò non accade, poiché il disposto dell'art. 737, 1° co., c.c. stabilisce un preciso criterio in ordine alla legittimazione passiva, ossia la qualità di "coerede". È di tutta evidenza che il chiamato all'eredità che sia stato beneficiario con donazioni quantitativamente rilevanti non riterrà per lui conveniente accettare la delazione: in tal modo, rimanendo estraneo alla successione si sottrarrebbe anche alla collazione.

Sotto il profilo della legittimazione attiva, la richiesta qualità di erede vede escluso dalla possibilità di chiedere la collazione proprio quello dei legittimari al quale sia stato riservato il trattamento peggiore, perché totalmente preterito da parte del *de cuius*; situazione che lo costringerebbe a reclamare i propri diritti con l'azione di riduzione. Più in generale, poiché i presupposti soggettivi e oggettivi della collazione risultano qualitativamente diversi da quelli operanti per l'azione di riduzione, sembra difficile concepire l'istituto collazionario come una forma di tutela complementare della posizione dei legittimari<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Tale risultato non va però enfatizzato, in quanto esso vale sicuramente in concomitanza con l'apertura della successione legale *ab intestato*, mentre in presenza di una vocazione testamentaria, il risultato potrebbe essere variamente articolato a seconda della presenza di legatari, e di eredi istituiti diversi dai legittimari, i quali resterebbero estranei alla collazione e potrebbero erodere tutta la quota disponibile.

<sup>6</sup> L. Mengoni, *Successioni per causa di morte. Successione necessaria*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu – Messineo*, continuato da Mengoni, IV ed., Milano, 2000, 140 s.

<sup>7</sup> Ci si riferisce specialmente al contributo di N. Visalli, *La collazione*, Padova, 1988, 26 ss. e, in qualche misura, a quello di M. C. Andriani, *La collazione*, in *Successioni e donazioni*, a cura di P. Rescigno, II, Padova, 1994, 130 ss. In giurisprudenza, in senso contrario, Cass., 10 febbraio 2006, n. 3013, in *Vita not.*, 2006, II, 1, 791. In ogni caso non va dimenticato che, in concomitanza con la dichiarazione di dispensa da parte del *de cuius*, il beneficio derivante dalla collazione si riduce al conseguimento di null'altro che dei valori corrispondenti alla quota di riserva, dato che – per il già citato art. 737, cpv., c.c. – la dispensa sottrarrà dall'obbligo di conferimento le liberalità imputabili alla quota disponibile.

Con ciò non si vuole negare che la collazione determini pur sempre un rafforzamento della posizione successoria dei componenti della famiglia ristretta del *de cuius*. È opportuno precisare però che tale potenziamento avviene in maniera indiretta, ossia stabilendo delle regole, che in quanto rivolte in senso reciproco ai coeredi appartenenti alle categorie sopra già citate, mirano a realizzare in sede di divisione una completa redistribuzione dei valori corrispondenti ai beni appartenuti al *de cuius*, inclusi quelli derivanti dalle liberalità *inter vivos*<sup>8</sup>.

Sembra allora che l'obbligo di collazione possa essere posto in relazione con l'interesse degli eredi – si intende, di quelli *ex professo* legittimati a farlo valere – ma questo si atteggia più che altro come interesse endofamiliare a vedere realizzata una finalità *lato sensu* distributiva. Si rifletta soltanto sul fatto che il meccanismo effettuale del conferimento non modifica direttamente la sfera patrimoniale del beneficiario: esso consiste in un incremento della massa da dividere, di cui beneficiano proporzionalmente tutti gli aventi diritto, e financo i creditori. Tanto ciò vero che, se non si procedesse contestualmente alla divisione, la collazione non sortirebbe alcun effetto<sup>9</sup>, non almeno quello tipico della collazione *ex lege*. Ed è proprio il primo dato morfologico della figura a suffragare tale idea, in quanto l'obbligo di collazione opera tra i coeredi interessati *in senso reciproco*; ciò rivela appunto che la modalità di soddisfacimento dell'interesse consiste in un tipico meccanismo di *riequilibrio* o, se si preferisce, di *compensazione*<sup>10</sup>.

Oltre tutto, la collocazione dell'istituto all'interno del Titolo IV del Libro II, dedicato *ex professo* alla divisione rivela già la relativa autonomia dello stesso rispetto ai rimedi posti a tutela dei legittimari<sup>11</sup>. Se è vero che il dato non può essere sovradi-

<sup>8</sup> Così A. Burdese, *La divisione ereditaria*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da F. Vassalli, XII, V, Torino, 1980, 302 s.; G. Amadio, *Comunione e coeredità (Sul presupposto della collazione)*, in *Diritto privato*, 1999, 319; L. Mengoni, *Successioni per causa di morte. Successione necessaria*, cit., 140.

Del resto, se così non fosse, sarebbe legittimo chiedersi perché quello dell'obbligo di conferimento non sia stato assunto quale momento assiologico del procedimento divisionale, operante indipendentemente dall'appartenenza dei soggetti interessati a una precisa categoria di successibili. Si dovrebbe dare conto cioè dell'esclusione degli ascendenti, e soprattutto della disparità di trattamento con la successione testamentaria, la quale potrebbe vedere quali chiamati all'eredità parenti diversi dai legittimari.

<sup>9</sup> Sull'autonomia proponibilità di un accertamento giudiziale relativo alla collazione si veda *infra* all'ultimo capoverso del § 1.

<sup>10</sup> Le esposte considerazioni autorizzano a vedere, con un certa approssimazione, nel fenomeno collazionario un momento di "ricordo" tra la successione *mortis causa* in senso stretto e il conseguimento definitivo da parte di taluni eredi delle utilità economiche in cui consistono le loro quote di eredità. Il naturale epilogo della fattispecie successoria *mortis causa* è dato dalla divisione: all'interno di essa la collazione permette di operare un "ricordo" tra l'oggetto immediato della delazione – i beni relitti – e le liberalità disposte in vita. A differenza dell'azione di riduzione, l'atteggiarsi concreto della collazione non resta insensibile alle istanze del *de cuius*, il quale può escluderne l'operatività limitatamente alla quota disponibile.

<sup>11</sup> Il Codice del 1865, come già rilevato dalla dottrina dell'epoca, non distingueva chiaramente tra collazione, azione di riduzione, ed imputazione. Si veda, per tutti, P. Melucci, *Trattato teorico – pratico della collazioni ed imputazioni*, Napoli, 1880, I, 6 s., II, 393 ss., il quale nel disegno della sua opera sente l'esigenza di chiarire in primo luogo la distinzione tra collazione e gli istituti a tutela dei legittimari. La maggiore chiarezza del legislatore del '42 nel mantenere distinte le due forme di tutela, e il diverso atteggiarsi del profilo della



mensionato, si osservi però come a richiamare, in maniera diretta o indiretta, gli artt. 737 ss. c.c. sono le altre norme dettate in materia di divisione, e più precisamente gli artt. 724 e 725 c.c., relativi alla formazione della massa dividenda e ai prelevamenti<sup>12</sup>.

Del resto, che la collazione si qualifichi immediatamente come operazione divisionale è provato dal fatto che essa non potrebbe far conseguire alcun effetto concreto ai beneficiari se non in presenza dell'interesse attuale di tutti i partecipanti alla comunione a far valere il loro diritto a domandare la divisione, *ex art.* 713 c.c.<sup>13</sup>. La qualificazione nei termini suddetti dell'istituto non è priva di risvolti processuali: infatti, nella proposizione della domanda di divisione dovrebbe considerarsi implicitamente contenuta quella relativa alla collazione<sup>14</sup>, allorquando dall'atto introduttivo del giudizio risultino i presupposti soggettivi e oggettivi di cui all'art. 737 c.c.<sup>15</sup>.

Ciò nondimeno, è opportuno chiedersi se sia ammissibile una domanda volta a far valere la collazione a prescindere dall'instaurazione del giudizio divisorio. La risposta è sicuramente positiva, se si riflette sul fatto che è ben possibile, in taluni casi,

---

legittimazione e di quello relativo all'oggetto, non dicono tuttavia in maniera univoca come si pone il rapporto tra le due forme di tutela, avuto riguardo al concreto interesse dell'erede.

<sup>12</sup> Nell'ottica propria del procedimento divisorio, il conseguimento della titolarità esclusiva sulla *pars bonorum* spettante a ciascun coerede, si verifica solo quando tutte le fasi del procedimento siano state espletate. Ebbene, si può rinvenire un certo ordine – ancorché non tassativo – delle diverse operazioni, necessarie affinché si formino correttamente le porzioni: dopo la formazione dello stato attivo e passivo dell'eredità e prima che siano compiuti i prelevamenti, i coeredi tenuti a collazione (...) conferiscano tutto ciò che è stato loro donato (art. 724, 1° co., c.c.). L'art. 725 c.c. specifica poi che il prelevamento avviene – oltre che nell'ipotesi in cui vi siano debiti del coerede verso il defunto o verso gli altri coeredi in dipendenza dei rapporti di comunione – allorquando chi è tenuto alla collazione non abbia conferito in natura i beni donati. La disposizione si spiega agevolmente: poiché il prelevamento ha per così dire una funzione compensativa, nel senso di attribuire anche agli altri coeredi beni in proprietà facenti parte della massa ereditaria, la scelta del coerede donatario di conferire in natura il bene ricevuto in vita da *de cuius* fa venir meno la ragione stessa dei prelevamenti.

<sup>13</sup> Riconosce implicitamente tale funzione, pur non richiamando la disciplina della divisione, C. M. Bianca, *Diritto civile*, II, 2, *Le successioni*, Milano, 2015, V ed., 393 ss., spec. 394: "In definitiva, la collazione risponde ad una funzione di pareggiamento delle posizioni ereditarie del coniuge e dei discendenti, nel senso di non creare situazioni di disparità tra i coeredi in dipendenza delle donazioni ad essi fatte dal defunto, se questi non abbia manifestato una diversa volontà".

<sup>14</sup> Lo precisa in termini inequivoci Cass., 1° febbraio 1995, n. 1159, in *Giur. it. Mass.*, 1995, 162, la quale sulla base della premessa secondo cui la collazione ereditaria rappresenta, in entrambe le forme previste dalla legge (in natura o per imputazione), "un mezzo giuridico preordinato alla formazione della massa ereditaria da dividere, di guisa che, nei reciproci rapporti fra determinati coeredi, siano assicurati, in senso relativo, l'equilibrio e la parità di trattamento", ne fa derivare che, in presenza di donazioni fatte in vita dal *de cuius*, essendo la collazione un'operazione necessaria del procedimento divisionale, l'obbligo di conferimento sussiste indipendentemente da un'espressa domanda dei dividendi.

<sup>15</sup> Ugualmente deve dirsi per l'ipotesi prevista dall'art. 730 c.c., allorquando, con il consenso di tutti gli eredi, si deferiscono a un notaio tutte le operazioni divisionali. In tal caso però la norma precisa espressamente che sorgendo contestazioni queste sono rimesse all'autorità giudiziaria competente. Il pubblico ufficiale investito quindi potrebbe sicuramente tener presente, nello svolgimento delle operazioni, dell'esistenza di donazioni soggette a collazione, ma un eventuale disaccordo tra i coeredi su tale punto provocherebbe la rimessione al giudice della questione.

individuare un interesse dei soggetti attivi a richiedere in apposito giudizio l'accertamento della sola collazione<sup>16</sup>.

2. Una prima conferma della configurazione dell'istituto collazionario come segmento, sia pure eventuale, del procedimento divisionale deriva dal confronto dei presupposti soggettivi della divisione *tout court* e della collazione. Come è noto, la divisione ereditaria si caratterizza, a differenza di quella ordinaria, per il suo carattere necessariamente universale. In senso oggettivo, il principio di universalità comporta che, salvo le deroghe previste dalla legge e l'ipotesi di un consenso unanime dei dividendi, non sono ammesse divisioni parziali: la totalità dei beni che cade in comunione deve essere compresa nell'oggetto della divisione<sup>17</sup>. Il risvolto soggettivo del medesimo principio consiste nella necessaria partecipazione alla divisione di tutti i coeredi<sup>18</sup>. Ne segue il corollario per cui l'instaurazione di un litisconsorzio incompleto porterà a una sentenza *inutiliter data*, nel senso che essa non sarà opponibile al dividendo pretermesso; mentre il contratto di divisione concluso senza la partecipazione di un avente diritto sarà radicalmente nullo.

Tali principi appaiono letteralmente riprodotti nella delineazione del nucleo essenziale della collazione: l'art. 737 c.c. precisa che il coniuge, i figli e i loro discendenti<sup>19</sup> che *concorrono alla successione* sono tenuti a conferire ai *coeredi* i beni ricevuti in donazione dall'ereditando. Le locuzioni adoperate per descrivere la situazione soggettiva di chi è tenuto alla collazione e di coloro che ne possono beneficiare non sono identiche: la seconda sembra presupporre inequivocabilmente l'instaurarsi della comunione (incidentale) tra i diversi eredi; la prima espressione fa riferimento alla sussistenza di un "concorso" nella successione. Tuttavia, al di là della diversa terminologia adoperata, è indubbio che la collazione non operi automaticamente con l'aper-

<sup>16</sup> Si può pensare, ad esempio, che la materia del contendere tra i coeredi sussista solo relativamente al carattere donativo di un negozio o alla sussistenza di una valida dichiarazione di dispensa. Risolta giudizialmente la questione in essere, l'effetto divisorio vero e proprio si potrebbe conseguire anche con una divisione contrattuale o una transazione.

<sup>17</sup> Cfr. G. Bonilini, voce *Divisione*, in *Dig. Disc. priv. Sez. civ.*, VI, Torino, 1990, 488; più recentemente, A. Mora, *I soggetti e l'oggetto della divisione ereditaria*, in *Tratt. succ. don.* diretto da G. Bonilini, IV, II, III, Milano, 2009, 191. In giurisprudenza v. Cass., 29 novembre 1994, n. 10220, in *Gur. it. Rep.*, 1994, voce *Divisione*, n. 34, ove si ammette la possibilità di una divisione parziale solo per accordo tra le parti.

<sup>18</sup> P. Forchielli – F. Angeloni, *Della divisione, Artt. 713 – 768*, in *Comm. Scialoja – Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna – Roma, II ed., 2000, 44 ss. In ordine alle conseguenze del principio sul piano processuale o su quello della validità della divisione contrattuale si vedano, rispettivamente, C. Miraglia, *La divisione ereditaria*, Padova, 2006, 55 e A. Mora, *Il contratto di divisione*, Milano, 1995, 217.

<sup>19</sup> È opportuno ricordare come la norma in questione sia stata modificata dall'art. 87, D. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, che ha espunto dalla formulazione letterale della disposizione il riferimento all'origine "legittima" o "naturale" della filiazione o del rapporto di discendenza. A seguito della modifica del concetto di parentela e in virtù della portata complessiva della L. 10 dicembre 2012, n. 219, e del decreto legislativo sopra citato, si propende a comprendere tra i soggetti interessati, oltre ai figli adottivi in senso pieno anche coloro che siano stati adottati ai sensi dell'art. 44 della legge sull'adozione. Si veda sul punto G. Schiavone, *Status di filiazione, nuovo concetto di parentela ed effetti successori: gli strumenti di protezione*, in *Jus*, 3, 2014, 511 ss., spec. 515 ss.

tura della successione, sia essa *ab intestato* o testamentaria<sup>20</sup>, essendo necessaria l'accettazione o la ricorrenza di una delle condizioni di cui all'art. 485 c.c.<sup>21</sup>. Ciò comporta che, in assenza di una qualsiasi forma di accettazione dell'eredità e in mancanza di una espressa rinuncia, il coerede che voglia essere certo dell'operatività della collazione, dovrà proporre l'*actio interrogatoria* ex art. 481 c.c. verso i chiamati che non si siano ancora espressi. La mancanza della qualità di erede nel discendente o nel coniuge donatario sottrarrà questi ultimi dall'operatività della collazione, obbligando gli altri legittimari ad esperire l'azione di riduzione e a conseguire la sola legittima.

Tornando al confronto con i principi della divisione, una volta appurato che la collazione opera sul presupposto specifico che vi siano donazioni fatte ai discendenti o al coniuge, il richiedere la qualità di coerede nei soggetti tenuti al conferimento ma anche in quelli beneficiari, non è che un riflesso del principio di universalità: la collazione opera *in senso reciproco* tra tutti i soggetti menzionati dall'art. 737 c.c., in quanto vi sia una vocazione a loro favore e questa sia stata accettata<sup>22</sup>. Così, se è vero che il *de cuius* può dispensare dall'obbligo taluni donatari, la rinuncia a far valere la collazione da parte di taluni dei soggetti beneficiari non può sortire alcun effetto senza il consenso unanime degli altri coeredi, in quanto il mancato conferimento riduce la massa ereditaria da dividere, e ciò si riflette in negativo sugli apporzionamenti degli altri dividendi. Questa ipotesi evidenzia peraltro una simmetria con il divieto di divisioni parziali, superabile, come sopra accennato, soltanto con il consenso degli altri partecipanti alla comunione incidentale.

La simmetria con i profili soggettivi della divisione solo apparentemente è contraddetta dal fatto che i soggetti interessati alla collazione potrebbero non coincidere con coloro che assumono in concreto il titolo di coerede. Una volta, infatti, che si ritenga pacifica l'operatività della collazione anche in ipotesi di successione testamentaria, ben si potrebbe costituire una comunione incidentale con altri parenti o estranei istituiti eredi dal *de cuius*. In realtà, la possibile non coincidenza tra i soggetti della comunione ereditaria e quelli interessati alla collazione si supera agevolmente prevedendo due riparti distinti: il primo verterà sul solo *relictum* e vedrà interessati tutti gli eredi, anche non legittimari; il secondo sarà costituito dai beni conferiti in natura o dai valori economici corrispondenti alle donazioni conferite per imputazione e vedrà coinvolti i soli coeredi di cui all'art. 737 c.c.

<sup>20</sup> L'irrelevanza del titolo successorio è stata confermata da Cass., 10 febbraio 2006, n. 3013, cit.

<sup>21</sup> Il dato è assolutamente pacifico. Si veda, tra gli altri, A. Burdese, *La divisione ereditaria*, cit., 283 s.; P. Forchielli – F. Angeloni, *Della divisione*, cit., 489; G. Amadio, *La collazione delle liberalità*, cit., 310; A. Albanese, *La collazione*, in *Tratt. succ. don.* diretto da G. Bonilini, IV, III, II, 1, 453 ss. In giurisprudenza, a titolo esemplificativo, Cass., 30 ottobre 1992, n. 11831, in *Giust. civ. Mass.*, 1992.

<sup>22</sup> Il punto è ben evidenziato da Cass., 30 ottobre 1992, n. 11831, cit., secondo cui “il diritto dei coeredi di chiedere in ogni tempo la divisione ed il connesso diritto alla collazione postulano l'assunzione della qualità di erede e pertanto che sia intervenuta l'accettazione (espressa o tacita) dell'eredità da parte del chiamato entro il termine di prescrizione di cui all'art. 480 cod. civ.”.

3. L'ereditando può manifestare in diversi modi il proprio intento di impedire la situazione di contitolarità tra gli eredi. Tale risultato, al di là dell'ulteriore questione che sia stato del tutto pretermesso un legittimario, può avvenire perché il *de cuius* abbia disposto in vita di tutti i beni mediante donazione o perché abbia esaurito i beni relitti con disposizioni *mortis causa* a titolo particolare<sup>23</sup> o di carattere divisorio<sup>24</sup>. In tal caso, è indubbio che non potrà aver luogo l'ordinario procedimento divisorio.

Parte della dottrina<sup>25</sup> e la giurisprudenza prevalente<sup>26</sup> giungono ad un'ulteriore conclusione: che non sia applicabile l'istituto della collazione sia in caso di divisione del testatore<sup>27</sup> – giacché questa impedirebbe il formarsi di una comunione – sia in assenza di un *relictum* che funga da oggetto della comunione ereditaria<sup>28</sup>. L'opinione tradizionale muove da un'idea della collazione che non solo la vede intrinsecamente legata alle operazioni divisorie, come in effetti non si può seriamente dubitare, ma che la concepisce operante solo allorquando tutte le fasi endoprocedimentali si realizzano compiutamente, come appunto l'esistenza di una massa da dividere contestualmente all'apertura della successione, la realizzazione del diritto ai prelevamenti, e così via. Se così fosse, l'applicazione dell'istituto sarebbe esclusa anche quando dallo stato attivo e passivo

<sup>23</sup> Sull'incompatibilità tra legatari e comunione ereditaria, si veda G. Bonilini, *I legati*, in *Cod. civ. Comm.* fondato da Schlesinger e continuato da Busnelli, Milano, 2006, II ed., 88. Ribadisce che il legato non può avere per oggetto una quota del patrimonio ereditario preso in considerazione come totalità G. Basini, *L'oggetto del legato, e alcune sue specie*, in G. Bonilini – G. Basini, *I legati*, in *Tratt. dir. civ. Cons. naz. Notariato*, diretto da Perlingieri, Napoli, 2003, 91. Verrà ad instaurarsi invece una comunione ordinaria e non ereditaria allorquando lo stesso oggetto sia stato disposto a favore di più legatari (art. 675), o venga a crearsi una contitolarità tra legatario e un erede (cfr. A. Burdese, *La divisione ereditaria*, cit., 3).

<sup>24</sup> In tal senso, tra gli altri, P. Schlesinger, voce *Successioni (diritto civile): parte generale*, cit., 762; G. Iudica, *Impugnative contrattuali e pluralità di interessati*, Padova, 1973, 222; G. Basini, *La comunione ordinaria*, in *Tratt. succ. don.* diretto da G. Bonilini, IV, I, I, 1, 4. L'assunto vale però per la divisione del testatore vera e propria, esclusa l'ipotesi di cui all'art. 733 c.c., che ha, come è noto, efficacia solo obbligatoria.

<sup>25</sup> In tal senso V. R. Casulli, voce *Collazione delle donazioni*, in *Nss. Dig. it.*, III, Torino, 1959, 461 ss.; Gius. Azzariti, *Le successioni e le donazioni*, Napoli, 1990, 738; A. Palazzo, *Le successioni*, II, in *Tratt. dir. priv.* a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2000, 1010; V. Carbone, voce *Riduzione delle donazioni e delle disposizioni testamentarie lesive della legittima*, in *Dig. disc. priv. Sez. civ.*, XVII, Torino, 1998, 623.

<sup>26</sup> Cass., 5 marzo 1970, n. 543, in *Giur. it.*, 1970, I, 1, 1422; Cass., 1 aprile 1974, n. 913, in *Mass. Giust. civ.*, 1974, 424; Cass., 5 marzo 1975, n. 2704, in *Mass. Giust. civ.*, 1975, 1266; Cass., 25 novembre 1975, n. 3935, in *Mass. Giur. it.*, 1975, 1122; Cass., 17 novembre 1979, n. 5982, in *Mass. Giur. it.*, 1979, 1488; Cass., 7 giugno 1993, n. 6358, in *Giur. it. Mass.*, 1993, 628; Trib. Roma, 28 febbraio 2003, in *Giur. mer.*, 2003, 1974; Trib. Pavia, 20 gennaio 1989, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, 915.

<sup>27</sup> Da ultimo, Cass., 23 maggio 2013, n. 12830, in *Giur. it.*, 2013, 2239 ss. con nota di A. Ciatti, *Divisione testamentaria e collazione*, secondo la quale è da escludersi "che nella *divisio inter liberos* possa trovare applicazione l'istituto della collazione, considerato che lo stesso, essendo diretto ad accrescere la massa che deve effettivamente dividersi tra gli eredi, può operare soltanto nei rapporti in cui tra i coeredi si instauri una comunione; il che non si verifica nella divisione suddetta, con la quale il testatore abbia già provveduto, a propria discrezione, tenendo conto dei bisogni e delle attitudini di ciascun erede, a determinare le quote loro spettanti".

<sup>28</sup> In tal senso, Cass., 14 giugno 2013, n. 15026, ove anche la precisazione che nemmeno la sussistenza di un *relictum* esiguo sarebbe elemento idoneo per far ritenere operante l'obbligo di conferimento. Così anche Cass., 25 novembre 1975, n. 3935, in *Giur. it. Mass.*, 1975, 1122. Ma il criterio così enunciato risulta assolutamente preterlegale, oltre che di incerta applicazione.

emergesse, per la presenza di ingenti debiti, che l'eredità è "negativa"; oppure nell'ipotesi in cui - come può accadere nella divisione testamentaria - non sia possibile dar seguito al diritto ai prelevamenti. A parte la realistica considerazione che difficilmente un soggetto termini la sua esistenza senza essere titolare in assoluto di alcun bene, anche mobile o di modico valore, la giurisprudenza che si è posta in contrasto con l'opinione tradizionale ha evidenziato come, pure in assenza di un *relictum* ereditario da dividere, ben può costituirsi la comunione con i beni donati soggetti a conferimento<sup>29</sup>, con ciò ammettendo che la collazione, pur essendo funzionale alla realizzazione di un principio distributivo, proprio della divisione, opera anche quando non sia possibile dar seguito a tutta la sequenza descritta agli artt. 713 ss. In effetti, se si riflette sul fatto che il donatario ha diritto a eseguire il conferimento per imputazione, potrebbe accadere che una contitolarità vera e propria non abbia mai luogo, risolvendosi in tal caso l'effetto collazionario nella redistribuzione di valori economici - corrispondenti alle quote astratte applicabili al caso di specie - a prescindere dalla sussistenza di una comunione incidentale<sup>30</sup>.

Per quanto apprezzabile nel tentativo di superare l'*impasse*, la giurisprudenza ora esaminata non sfugge alla critica di ricorrere di fatto a una finzione allorquando, ribadendo la necessità che vi sia una contitolarità da sciogliere perché operi l'istituto in questione, ammette che la comunione possa essere costituita non con i beni relitti (inesistenti) bensì con quelli donati soggetti alla collazione, in tal modo considerando integrato un presunto elemento della fattispecie mediante il riferimento al suo effetto, ossia il conferimento del *donatum*.

4. Il problema è stato diversamente superato da attenta dottrina, soprattutto mettendo in luce le peculiarità della divisione ereditaria, rispetto a quella ordinaria<sup>31</sup>. L'osservazione iniziale da cui la revisione critica prende avvio è che l'art. 737 c.c. non richiede letteralmente la sussistenza di una comunione ereditaria, bensì che i soggetti qualificati siano *coeredi*, ossia che sussista un concorso di più delazioni ereditarie accettate dai destinatari. Senonché, per la visione tradizionale non era possibile scindere l'esistenza di coeredi dal concetto di comunione, e di conseguenza la mancanza di quest'ultima - ossia l'esaurimento con atti dispositivi a titolo partico-

<sup>29</sup> Cass., 12 febbraio 1981, n. 2704, in *Rep. Foro it.*, 1975, voce *Successione ereditaria*, 2739, n. 86; Cass., 6 giugno 1969, n. 1988, in *Foro it.*, 1969, I, 3147; Trib. Genova, 17 maggio 1993, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, 434.

<sup>30</sup> Parzialmente diversa l'opinione di A. Albanese, *La collazione*, cit., 441, il quale ammette l'operatività della collazione in assenza di "relictum", ma ritiene che in tal caso il conferimento debba effettuarsi necessariamente in natura, pur ammettendo che l'automatismo della collazione al momento dell'apertura della successione "non riguarda una modificazione reale, bensì l'obbligazione di conferimento tra i coeredi". Si esprimono per la non essenzialità della sussistenza di beni relitti, L. Mengoni, *La divisione testamentaria*, Milano, 1950, 128; A. Burdese, *La divisione ereditaria*, cit., 328; P. Forchielli, voce *Collazione*, in *Enc. giur. Treccani*, VI, Roma, 1988, 3; Id., *Rilevanza della collazione senza relictum*, in *Giur. it.*, 1970, I, 2, 328; A. Cataudella, *Successioni e donazioni. La donazione*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da Bessone, V, Torino, 2007, 165.

<sup>31</sup> Il riferimento è al contributo di G. Amadio, *Comunione e coeredità (Sul presupposto della collazione)*, in *Diritto privato*, IV, Padova, 1998, 279 ss.

lare dei beni ereditari – impediva la stessa delazione, onde la necessità in tutti i casi in cui ciò si verificava, di agire con l'azione di riduzione.

La premessa teorica che permette di superare la supposta “biunivocità” dei due concetti consiste nel tenere distinti l'ambito della *vicenda* o della *circolazione* della titolarità da quello della *situazione* che ne consegue. La “coeredità” si avrebbe dunque quando più soggetti succedono alla stessa persona in virtù di una vocazione a titolo universale, che viene accettata. La comunione ereditaria indica la *situazione* che ne consegue, intesa come oggetto dell'acquisto, e alla quale è connesso il profilo *distributivo* del fenomeno successorio<sup>32</sup>. Tuttavia, a differenza di quello che accade nella divisione ordinaria, dove la massa comune da dividere non può mancare, nella vicenda successoria si può conseguire l'effetto distributivo anche in difetto della massa di beni ereditari da dividere<sup>33</sup>. Concepire una siffatta distinzione è possibile approfondendo il concetto di “quota” e quello, conseguente, di *apporzionamento*. Se è vero che, in generale, l'idea di quota esprime il rapporto con l'intero, essa assume significati diversi nell'ambito della comunione ordinaria e in quello successorio. Nella prima la quota indica la misura e il limite della contitolarità, e quindi la porzione che spetterà al compartecipe al momento della divisione. In ambito successorio, come è confermato dal disposto di cui all'art. 588 c.c., la “quota” costituisce l'oggetto della vocazione ereditaria ed esprime la *potenziale illimitatezza* della vocazione, nel senso che essa è idonea a ricomprendere l'*universum ius defuncti*. Allorquando tale vocazione sussista nei confronti di più chiamati, l'accettazione fa sì che questi diventino *coeredi*, senza tuttavia che vi sia necessariamente una comunione da sciogliere. Ciò è quanto accade nell'*institutio ex re certa*, dove sul presupposto del concetto di quota come sopra delineato, l'attribuzione di beni determinati non impedisce di considerare gli aventi causa come coeredi.

Nella medesima situazione, come si vedrà, vengono a trovarsi gli assegnatari in ipotesi di “divisione” fatta dal testatore, specie quando non sussistono altri beni relictivi<sup>34</sup>. È indiscutibile in tal caso sia la qualità di coeredi degli assegnatari sia il fatto che tale qualifica prescindendo dalla sussistenza di una comunione da sciogliere. In queste fattispecie, che pure mirano a realizzare l'effetto distributivo e che, per tale ragione, possono qualificarsi come “funzionalmente divisorie”, il concetto essenziale è in realtà quello di *apporzionamento*<sup>35</sup>, inteso come assegnazione in titolarità esclusiva di beni il cui valore è proporzionale alla quota, sia essa determinata dal testatore

<sup>32</sup> G. Amadio, *Op. ult. cit.*, 292 ss.

<sup>33</sup> La divisione operata dal testatore ne costituisce un esempio, ove alla vocazione plurima a titolo universale consegue direttamente l'attribuzione della *pars bonorum* assegnata e ovviamente accettata, senza passare per il *medium* di una massa indivisa. Del resto si possono immaginare altri casi in cui alla vocazione universale plurima non segua l'instaurazione di una comunione ereditaria: quando in presenza di un solo cespite si proceda all'istituzione testamentaria dei due eredi, di cui uno solo *ex certa re*.

<sup>34</sup> Relativamente all'ipotesi di divisione operata dal testatore, nel senso di cui nel testo si esprimeva già A. Cicu, *Successioni per causa di morte. Parte generale. Divisione ereditaria*, cit., 433, richiamato anche dalla dottrina in esame.

<sup>35</sup> G. Amadio, *Op. ult. cit.*, 313 ss.



o coincidente con quella *ab intestato*. Ammessa dunque “l’idea di una *divisione senza comunione*, fondata esclusivamente sull’apportionamento, ma non implicante scioglimento di una comunione tra i destinatari delle assegnazioni (...) sarà possibile attrarre al fenomeno divisorio fattispecie in cui, pur in difetto di contitolarità, sia comunque riconoscibile *l’apportionamento in senso tecnico*”<sup>36</sup>.

La ricostruzione del presupposto *de quo* nei termini sopra riferiti risulta, peraltro, la più coerente con la disciplina del meccanismo effettuale della stessa collazione. Non c’è dubbio infatti che la preferenza del legislatore per il conferimento per imputazione – manifestata dal carattere esclusivo della modalità per le cose mobili e dalla facoltà di scelta attribuita al donatario per gli immobili – rende evidente la propensione dell’istituto a soddisfare l’interesse dei discendenti e del coniuge a conseguire valori economici corrispondenti alla loro rispettiva quota e non a vedersi attribuiti beni determinati, che potrebbero per l’appunto non essere più presenti nell’asse ereditario. Così intesa, la disposizione concernente il presupposto della collazione conferma, su un piano più generale, il significato peculiare della funzione divisoria attribuita alla collazione, ossia quello di realizzare sì un effetto distributivo tra gli eredi, ma inteso esclusivamente come diritto a conseguire i valori corrispondenti alla quota spettante a ciascuno.

5. Le premesse teoriche sopra esposte valgono per affermare l’operatività della collazione nell’ipotesi della divisione fatta dal testatore, quand’anche questa abbia esaurito i beni ereditari. Ciò è possibile, appunto, solo che si consideri sufficiente affinché sia integrata la fattispecie che i soggetti di cui all’art. 737 c.c. siano destinatari di una vocazione universale e che, accettandola, siano divenuti “coeredi”. Tuttavia, il discorso va diversamente articolato a seconda del differente atteggiarsi dell’istituto in questione, essendo noto come, nella scansione normativa degli artt. 733-735 c.c. si rinvengono tre distinte ipotesi, ciascuna peculiarmente connotata<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> G. Amadio, *Op. ult. cit.*, 332 ss. Il medesimo Autore è tornato sull’argomento in *Patto di famiglia e funzione divisionale*, in *Riv. not.*, 2006, 867, e in *Comunione e apportionamento nella divisione ereditaria*, in *Tradizione e modernità nel diritto successorio*, a cura di S. Delle Monache, Padova, 2007, 227. In quest’ultimo scritto, portando alle estreme conseguenze la propria tesi in tema di presupposto della collazione, e assumendo una concezione funzionale delle diverse ipotesi di divisione ereditaria, l’Autore afferma che lo scioglimento della comunione – e quindi l’esistenza di una contitolarità – non rientra tra gli indici di riconoscimento della divisione ereditaria *tout court*. In senso parzialmente critico, da ultimo, A. Luminoso, *Divisione e sistema dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2009, 22 ss., il quale, pur ammettendo la categoria dell’atto funzionalmente divisorio, resta scettico sul fatto che da ipotesi particolari quali la collazione o la divisione operata dal testatore possa evincersi la non essenzialità della comunione quale presupposto della divisione ereditaria.

<sup>37</sup> Oltre alla letteratura che si occupa di divisione ereditaria, sul tema si veda L. Mengoni, *La divisione testamentaria*, cit.; G. Bombarda, *Osservazioni in tema di norme date dal testatore per la divisione, divisione fatta dal testatore e disposizione di conguagli*, in *Giust. civ.*, 1975, IV, 109 ss.; G. Amadio, *La divisione del testatore senza predeterminazione di quote*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, 262; Id., *La divisione del testatore*, in *Successioni e donazioni* a cura di Rescigno, Padova, II, 1994, 71 ss.; Id., *L’intervento del testatore nella divisione*, in *Diritto civile*, II, I, *Le successioni e le donazioni*, Milano, 2009, 289 ss.; A. Burdese, *Institutio ex re certa e divisione testamentaria (sulla natura dell’atto divisorio)*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, II, 467; A. Mora, *La divisione disposta dal testatore*, in *Tratt. succ. don.* diretto da G. Bonilini, IV, II, IX, 315 ss.; E. Bilotti, *Appunti sulla divisione*



Al primo comma dell'art. 733 c.c. è attribuito al testatore il potere di stabilire particolari "norme" – ossia criteri di composizione quantitativa e qualitativa – per addivenire agli apporzionamenti. Al di là dell'esatta individuazione della natura giuridica degli "assembri divisionali semplici", è pacifico, secondo la dottrina e la giurisprudenza, che rispetto alla figura prevista all'articolo successivo, queste disposizioni si caratterizzano per la loro efficacia meramente obbligatoria<sup>38</sup>, con la conseguenza che a seguito dell'accettazione dei chiamati, si instaura la comunione ereditaria. Si può affermare, di conseguenza che, in linea di principio, opererà nell'ambito dell'ordinario procedimento divisionale anche la collazione, se e in quanto sussistano donazioni a beneficio dei soggetti passivamente legittimati. Rilevata la normale operatività dell'istituto, si deve verificare se però gli effetti della previsione divisionale possano in qualche modo collidere con la disciplina della collazione. A tal proposito, è facilmente constatabile come all'esercizio della facoltà attribuita al testatore dall'art. 733 c.c. consegua il diritto del coerede, in sede divisoria, di vedere incluso nella propria porzione il bene attribuitogli dal *de cuius*. Sebbene l'ereditando non sia soggetto ai limiti fissati per la divisione ordinaria, e sia libero di comporre le porzioni come meglio gli aggrada, anche derogando al principio della divisione in natura dei beni ereditari e alla omogeneità qualitativa delle porzioni, non potrà prevedere però che in una data porzione sia compreso un bene – già donato in vita – soggetto a collazione. Tale limite deriva dal fatto che pur avendo l'ereditando la facoltà di dispensare il donatario dalla collazione, non ha però il potere di imporre la modalità del conferimento, in natura o per imputazione. La prevalenza, in tal caso, della disciplina della collazione, riduce di fatto l'ambito della previsione divisionale ai soli beni relitti<sup>39</sup>. Anche su tali beni tuttavia potrebbe riflettersi l'operatività della collazione. Se infatti il donatario coerede scegliesse di ottemperare all'obbligo di conferimento mediante imputazione, il conseguente diritto dei coeredi ai prelevamenti potrebbe risultare incompatibile con la previsione di un bene determinato in una delle porzioni stabilite. In tal caso la previsione divisionale del testatore resterebbe senza effetto<sup>40</sup>.

Considerazioni analoghe a quelle ora espresse valgono per l'ipotesi di cui al secondo comma dell'art. 733 c.c., allorché il testatore affidi ad un terzo la stima dei beni. In tal caso il terzo assume la veste di arbitratore, e l'esito del suo operato,

---

testamentaria (Artt. 734 e 735 c.c.), in *Riv. Not.*, 2002, 687 ss. (Sezione prima), 903 ss. (Sezione seconda e terza).

<sup>38</sup> Per la precisione la dottrina ha visto nelle disposizioni *de quibus* un'ipotesi di legato obbligatorio (L. Mengoni, *La divisione testamentaria*, cit., 71 ss.; P. Forchielli – F. Angeloni, *Della divisione*, Artt. 713 – 768, cit., 287); o di *modus* (A. Palazzo, *Le successioni*, II, cit., 956; G. Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., 329). Altri Autori le hanno qualificate come disposizioni a contenuto normativo per la pre-disposizione del riparto divisionale (G. Bombarda, *Osservazioni*, cit., 122, nota 40; A. Burdese, *La divisione ereditaria*, cit., 133; G. Amadio, *La divisione del testatore*, cit., 103).

<sup>39</sup> In tal senso si è espresso M. R. Morelli, *La comunione e la divisione ereditaria*, in *Giur. sist.*, Torino, 1986, 299. In giurisprudenza, Cass., 9 marzo 1979, n. 1481, in *Mass. Giust. civ.*, 1979; Cass., 6 marzo 1980, n. 1521, in *Giur. it. Mass.*, 1980.

<sup>40</sup> Resta il dubbio, tuttavia, se in tal caso prevalgano le disposizioni del testatore, come sostenuto in dottrina per le norme di cui agli artt. 718, 727 e 729 c.c. (per tutti, A. Burdese, *La divisione ereditaria*, cit., 133).

qualificato come *arbitrium boni viri*, può essere impugnato innanzi all'autorità giudiziaria, qualora risulti contrario alla volontà del testatore o manifestamente iniquo. Tuttavia, se l'affidamento a un terzo della stima dei beni non si accompagna all'enucleazione di altre disposizioni a contenuto divisionale del testatore, l'arbitratore non potrebbe discostarsi dai criteri legali di formazione dei lotti. In presenza di donazioni sarà dunque operante la collazione, così come l'attuazione non in natura dei conferimenti comporterà il diritto degli altri coeredi ai prelevamenti. Del resto, la norma è sufficientemente chiara nel limitare l'intervento del terzo alla "stima dei beni". Il prevedere attività ulteriori affidate al terzo non può che concepirsi quale attività "delegata" e rientrante nell'ipotesi di cui al primo comma dell'art. 733 c.c., con la conseguenza che varranno – in relazione alle esigenze derivanti dalla disciplina della collazione – gli stessi limiti sopra evidenziati<sup>41</sup>.

Venendo alla divisione testamentaria in senso stretto, il preliminare riferimento del primo comma dell'art. 734 c.c. ai beni costituenti l'asse ereditario anziché alla quota o alle modalità di formazione delle porzioni fa cogliere immediatamente la differenza con le ipotesi precedenti, venendo qui in rilievo assegnazioni di singoli beni con efficacia reale contestuale all'apertura della successione e alle relative accettazioni<sup>42</sup>. La principale variabile della divisione testamentaria consiste nella presenza o meno, contestualmente agli assegni qualificati, di una istituzione a titolo di erede dei medesimi assegnatari. L'ipotesi tipica è data dalla divisione *ex partibus scriptos*, caratterizzata dal momento istitutivo secondo quote astratte, e dall'attribuzione di porzioni concrete corrispondenti alle prime. Si è posto in luce tuttavia come un'espressa *heredis institutio* non sia essenziale alla figura, ben potendo il testatore limitare il suo intervento all'assegnazione di beni determinati (divisione *sine partibus scriptos*). In tale ipotesi si pone una questione di interpretazione della volontà del *de cuius*. Allorquando ricorrano elementi per ritenere integrata la fattispecie di cui all'art. 588, cpv., c.c., alla determinazione delle quote astratte si potrà pervenire *a posteriori* attraverso il rapporto tra l'entità dell'assegnazione e la massa complessiva venuta in rilievo, secondo il meccanismo tipico dell'istituzione *ex certa re*<sup>43</sup>. In alternativa troveranno applicazione le quote astratte della successione *ab intestato*, essendo possibile ovviamente un concorso di quest'ultima e della successione

<sup>41</sup> Ritiene invece che il testatore possa "delegare" al terzo anche la divisione in senso stretto *ex art. 734 c.c.* M. R. Morelli, *La comunione e la divisione ereditaria*, cit., 300.

<sup>42</sup> L'assunto è pressoché pacifico: L. Mengoni, *La divisione testamentaria*, cit., 80 ss.; P. Forchielli – F. Angeloni, *Della divisione, Artt. 713 – 768*, cit., 308; G. Bonilini, voce *Retratto successorio*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, XVII, Torino, 1998, 496; A. Burdese, *La divisione ereditaria*, cit., 255; G. Amadio, *La divisione del testatore*, cit., 74.

In giurisprudenza: Cass., 28 gennaio 1995, n. 1036, in *Giur. it.* 1996, I, 1, 266; Cass., 15 ottobre 1992, n. 11290, in *Vita notarile*, 1993, 274; Cass., 8 agosto 1990, n. 8049; Cass., 5 dicembre 1988, n. 6595; Cass., 15 novembre 1986, n. 6745; Cass., 4 luglio 1983, n. 4826; Cass., 18 novembre 1981, n. 6110; Cass., 7 novembre 1978, n. 5075.

<sup>43</sup> In tal senso L. Mengoni, *La divisione testamentaria*, cit., 20, 22, 27 ss.; P. Forchielli – F. Angeloni, *Della divisione, Artt. 713 – 768*, cit., 305; G. Bonilini, voce *Retratto successorio*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, XVII, Torino, 1998, 496; A. Burdese, *La divisione ereditaria*, cit., 255; G. Amadio, *La divisione del testatore*, cit., 73. In giurisprudenza: Cass., 18 novembre 1981, n. 6110; Cass., 6 ottobre 1972, n. 2870. Opinione con-

testamentaria allorché il testatore abbia determinato la quota astratta solo di alcuni assegnatari o si rinvenga una sola *institutio ex certa re*<sup>44</sup>.

In entrambe le ipotesi il fatto che con la disposizione divisoria si sia provveduto ad assegnare tutti i beni relitti non è di ostacolo all'operatività della collazione se, come dimostrato al paragrafo precedente, il presupposto soggettivo richiesto dall'art. 737 c.c. non è l'esistenza di una contolarità sulla massa bensì il titolo di erede, qualifica che non si può seriamente negare all'assegnatario dei beni che abbia accettato la disposizione a suo favore. L'unica particolarità risiede nel fatto che nella prima ipotesi le quote astratte di riferimento saranno quelle determinate dallo stesso testatore. Nella divisione senza predeterminazione di quote troveranno applicazione le quote della vocazione *ab intestato*. La divisione operata dal testatore che esaurisca il patrimonio relitto impedirà invece l'attuazione del diritto ai prelevamenti. Questa deroga all'ordine del procedimento divisionale risulterà poco grave se, dal punto di vista soggettivo, tutti i coeredi siano stati già assegnatari di beni determinati in virtù delle disposizioni divisorie del testatore.

Il quadro risulta più complesso in caso di divisione parziale. Il carattere incompleto della disposizione divisoria può riguardare innanzitutto l'oggetto, nel senso che sono assegnati dal testatore non la totalità ma solo una parte dei beni relitti. Lo si evince chiaramente dal secondo comma dell'art. 734 c.c., a norma del quale "se nella divisione fatta dal testatore non sono compresi tutti i beni lasciati al tempo della morte, i beni in essa non compresi sono attribuiti conformemente alla legge, se non risulta una diversa volontà del testatore". La norma, nella sua formulazione letterale, sembrerebbe alludere a una "parzialità" solo divisoria<sup>45</sup>, disinteressandosi dell'aspetto istitutivo, in relazione al quale è presupposta la ricorrenza di una vocazione testamentaria universale<sup>46</sup>. Tuttavia, può venire in rilievo anche una "parzialità" istitutiva, facilmente individuabile nella divisione con predeterminazione di quote, allorché le quote frazionarie non esauriscano l'intero; ma rinvenibile anche nella divisione senza predeterminazione di quote, allorché gli apporzionamenti, dai quali si deduca anche una volontà istitutiva secondo il modello dell'*institutio ex re certa*, investano solo una parte dei beni relitti. La divisione parzialmente istitutiva provocherà senz'altro l'apertura della successione *ab intestato* relativamente ai beni residui<sup>47</sup>.

---

traria è sostenuta da G. Bombarda, *Osservazioni*, cit., 109 ss.; M. R. Morelli, *La comunione e la divisione ereditaria*, cit., 281; A. Palazzo, *Le successioni*, cit., 1005.

<sup>44</sup> È stato sostenuto tuttavia da G. Amadio, *L'intervento del testatore nella divisione*, in *Diritto civile*, cit., II, I, 295, che anche in tale ipotesi ci si dovrebbe chiedere "se la predeterminazione di quote, testualmente assente, non possa considerarsi implicitamente effettuata *per relationem* alle quote *ab intestato*". L'opinione prevalente ritiene comunque che l'operatività di una vocazione legittima costituisca l'unica ipotesi di divisione testamentaria senza predeterminazione di quote (oltre allo stesso G. Amadio, *La divisione del testatore senza predeterminazione di quote*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, 268, cfr. A. Burdese, *La divisione ereditaria*, cit., 254; P. Forchielli – F. Angeloni, *Della divisione*, Artt. 713 – 768, cit., 306 ss.).

<sup>45</sup> Così Cass., 7 giugno 1993, n. 6358, cit.

<sup>46</sup> M. R. Morelli, *La comunione e la divisione ereditaria*, cit., 290; G. Amadio, *L'intervento del testatore nella divisione*, cit., 299.

<sup>47</sup> Si è altresì precisato che la vocazione *ab intestato* avrà luogo se e in quanto in maniera consapevole il testatore abbia ommesso di assegnare alcuni beni, poiché se risulta "che essi non sono stati compresi nel riparto

Pur nel silenzio della legge, si ammette che la divisione operata dal testatore possa essere soggettivamente parziale<sup>48</sup>. È possibile infatti che il testatore istituisca previamente in quota tutti i suoi eredi e poi proceda all'apportionamento solo di alcuni<sup>49</sup>. Tale ipotesi è ammessa purché non integri la figura patologica della preterizione, e ciò è possibile solo quando il riparto sia al contempo oggettivamente parziale, in modo da potersi individuare dei beni con i quali formare la porzione degli eredi esclusi.

Per tutte le ipotesi sopra analizzate vale quanto disposto dall'ultimo inciso dell'art. 734, cpv., c.c., il quale facendo riferimento all'attribuzione secondo "la legge", permette di ritenere assoggettato il *relictum* non assegnato – sul quale si instaura la comunione incidentale – al normale procedimento divisorio. L'operatività della collazione è in *re ipsa*. L'unica possibile deviazione dal normale *iter* della divisione potrà riguardare la prerogativa di cui all'art. 725 c.c., poiché in relazione ai beni caduti in comunione dovrà attuarsi con priorità, se non altro per ragioni equitative, il diritto al prelevamento del coerede non assegnatario.

**6.** Aver chiarito come la qualità di "coerede" richiesta dall'art. 737 c.c. non implichi necessariamente la sussistenza di una comunione incidentale sui beni relitti, se costituisce un passaggio decisivo per ammettere la rilevanza della collazione in assenza di *relictum* e nell'ipotesi peculiare dell'assegnazione operata dal testatore, non fa superare in alcun modo il problema del legittimario totalmente preterito. Questi infatti sino a quando non assuma il titolo di erede resta escluso in quanto tale dalle vicende successorie, e quindi dalla possibilità di far valere la collazione<sup>50</sup>.

È opportuno precisare – sebbene ai limitati fini del discorso che si andrà svolgendo – quale sia esattamente la situazione che integra la preterizione di un legittimario, dovendo concorrere quanto meno il fatto che il *de cuius* abbia nominato erede testamentario altro soggetto e che abbia realizzato al contempo un azzeramento della massa relitta, in modo tale da impedire l'operatività della vocazione intestata. Può giovare, a tal fine, individuare due distinti profili: l'esclusione del legittimario dal conseguimento di ogni vantaggio connesso al patrimonio del *de cuius*; il fatto

---

solo perché ignorati o acquisiti successivamente (...), il carattere universale della vocazione farà sì che anche i beni residui vengano ripartiti secondo le quote, pur non predeterminate, ma risultanti dal rapporto tra valore delle singole assegnazioni e valore della massa patrimoniale presa in considerazione dal disponente", secondo appunto il modello di cui all'art. 588 c. (G. Amadio, *La divisione del testatore senza predeterminazione di quote*, cit., 258; nel medesimo senso A. Burdese, *La divisione ereditaria*, cit., 467; P. Forchielli – F. Angeloni, *Della divisione*, Artt. 713 – 768, cit., 312 ss.).

<sup>48</sup> L. Mengoni, *La divisione testamentaria*, cit., 152 ss.; P. Forchielli – F. Angeloni, *Della divisione*, Artt. 713 – 768, cit., 318; A. Burdese, *La divisione ereditaria*, cit., 132; G. Amadio, *La divisione del testatore*, cit., 88.

<sup>49</sup> La figura non si concepisce invece nella divisione senza predeterminazione di quote, mancando appunto un momento istitutivo distinto da quello divisorio in senso stretto. Per tale osservazione G. Amadio, *La divisione del testatore*, cit., 88.

<sup>50</sup> Per un primo inquadramento delle diverse problematiche, oltre alle trattazioni generali, cfr. M. R. Morelli, *Comunione ereditaria e legittimario pretermesso. Orientamenti di giurisprudenza e di dottrina*, in *Giust. civ.*, 1984, II, 369 ss.; Id., *Problemi vecchi e nuovi in tema di pretermissione del legittimario*, in *Corr. giur.*, 1996, 1140 ss.; R. Criscuoli, *La posizione giuridica del legittimario*, in *Vita notarile*, 2001, 87 ss.

che operi oppure no una vocazione in suo favore, dalla quale dipenda la possibilità di conseguire la qualità di erede. La volontà del *de cuius* può manifestarsi in modo tale che ricorrano entrambe le circostanze o soltanto una delle due. Così, se l'ereditando abbia attribuito tutto il suo patrimonio a titolo di legato<sup>51</sup> o abbia disposto della totalità dei beni mediante donazioni<sup>52</sup>, senza tuttavia nominare un erede testamentario, il legittimario escluso dagli atti dispositivi, sebbene sostanzialmente privato della *pars bonorum*, sarà destinatario di una vocazione *ex lege* e potrà acquistare il titolo di erede. In senso inverso, può accadere che il legittimario consegua un vantaggio economico, essendo destinatario di un legato o di una donazione, e risulti però – con il concomitante esaurimento dell'asse e la nomina di un erede testamentario *in universum ius* – escluso da novero dei chiamati. Quanto sino ad ora osservato permette di stabilire, in definitiva, che l'azzeramento dell'asse non è condizione sufficiente perché si abbia preterizione, ben potendo divenire erede *ab intestato* il legittimario non preso in considerazione dall'ereditando nei suoi atti dispositivi. D'altro canto, l'istituzione di un erede testamentario per una quota non totalitaria non vale a integrare la preterizione se residuano beni dell'asse ereditario su cui si apra la successione legittima.

Le considerazioni ora svolte permettono di precisare, in relazione ai profili soggettivi di cui all'art. 737 c.c., che ad essere lasciato fuori dall'obbligo e dal beneficio della collazione non è il legittimario escluso da una qualsiasi disposizione – *moritis causa* o *inter vivos* – dell'ereditando, bensì colui che sia privato di fatto della vocazione e quindi non possa divenire erede. Si pensi, ad esempio, al legittimario che sia stato beneficiato dal *de cuius* con una cospicua donazione e poi non sia stato affatto menzionato nel testamento. In mancanza dell'azzeramento dell'asse egli potrebbe divenire erede *ab intestato* – in caso di accettazione – e perciò essere interessato all'operatività della collazione. Se invece non residuasse alcun bene e vi fosse un erede testamentario, lo stesso soggetto sarebbe preterito in senso tecnico, nonostante il beneficio ricevuto; mancando la qualità di erede, non sarebbe passivamente legittimato alla collazione<sup>53</sup>.

Prendendo in considerazione invece la legittimazione attiva alla collazione, l'aver distinto l'aspetto meramente economico dall'assunzione del titolo di erede, permette di affermare l'operatività della collazione anche quando il legittimario sia stato di fatto escluso dall'assegnazione di beni ma, in assenza di una successione testamentaria o in concorso con essa, si apra la successione *ab intestato*. L'esempio pertinente

<sup>51</sup> L'esempio ipotizzato, in cui si realizzi altresì l'esaurimento dell'asse, è stato oggetto di Trib. Pavia, 21 maggio 1992, in *Giur. merito*, 1992, 1085, con nota di C. Zhara Buda, *Aspetti problematici dell'interpretazione del testamento*. Si realizzava invece l'esaurimento dell'asse mediante legati nella fattispecie presa in esame da Cass., 7 aprile 1997, n. 2968, in *Mass. Giur. it.*, 1997.

<sup>52</sup> Ritiene invece che la disposizione mediante donazioni di tutto il patrimonio ereditario realizzi un caso di preterizione M. Proto, *I soggetti della comunione*, in *Tratt. succ. don.* diretto da Bonilini, IV, I, II, Milano, 2009, 21, nota 23

<sup>53</sup> In questo caso, si può immaginare che il legittimario donatario si asterrebbe comunque dall'accettazione dell'eredità, proprio al fine di sottrarsi all'obbligo del conferimento.

potrebbe essere quello di un testamento contenente solo legati o di un insieme di donazioni che esauriscano il patrimonio del futuro *de cuius*. In entrambi i casi il legittimario escluso diverrebbe erede *ex lege*, sebbene, come è stato osservato<sup>54</sup>, con la funzione di mero liquidatore delle sostanze ereditarie. L'interesse ad accettare una vocazione che si riveli oggettivamente inconsistente può risiedere proprio nel voler in tal modo acquisire la legittimazione a far valere la collazione. È pur vero che si tratta di una situazione rara a verificarsi. Essa tuttavia va tenuta distinta dalla preterizione in senso tecnico, il cui concetto, come sopra delineato, non è altro che un corollario della regola enunciata all'art. 457, cpv., c.c., alla stregua della quale "non si fa luogo alla successione legittima se non quando manca, in tutto o in parte, quella testamentaria"<sup>55</sup>. È stato chiarito, infatti, che la mancanza "in parte" della successione testamentaria non si ha unicamente quando il defunto abbia attribuito agli eredi istituiti solo una parte del suo patrimonio, ma altresì allorché il testamento contenga solo disposizioni a titolo particolare. Ne deriva che se il *de cuius* non ha nominato eredi e ha disposto di tutti i suoi beni mediante donazioni o legati, risulteranno chiamati gli eredi legittimi, ancorché questi non conseguano immediatamente alcun vantaggio economico, e persino se i debiti ereditari superino l'attivo<sup>56</sup>.

Venendo alla posizione del legittimario preterito in senso stretto, come è noto, la dottrina ha lungamente discusso sulla sua posizione giuridica, sollecitata da opinioni autorevoli che oscillavano – per citare le posizioni estreme – tra il considerare il legittimario erede *ope legis* per effetto dell'apertura della successione<sup>57</sup>, e il negare la

<sup>54</sup> G. Bonilini, *La successione a causa di morte*, in *Tratt. succ. don.* diretto da Bonilini, I, I, I, Milano, 2009, 13; nel medesimo senso M. Dossetti, *La successione legittima. Principi generali*, in *Tratt. succ. don.* diretto da Bonilini, III, VIII, I, Milano, 2009, 766; G. Cattaneo, *La vocazione necessaria e la vocazione legittima*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da Rescigno, Torino, 5, I, 1997, II ed., 483.

<sup>55</sup> Sull'argomento si vedano, da ultimo, le riflessioni di U. La Porta, *I rapporti tra la successione legittima e la testamentaria*, in *Tratt. dir. succ. don.* diretto da Bonilini, III, VI, I, Milano, 2009, 705 ss.

<sup>56</sup> Sul punto L. Mengoni, *Successioni per causa di morte. Successione legittima*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, già diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, Milano, 1999, VI ed., 37, il quale precisa che "il conseguimento di un utile economico (acquisto di beni) non è un elemento essenziale della successione ereditaria", ricordando il principio romanistico secondo cui l'eredità "*etiam sine ullo corpore iuris intellectum habet*".

<sup>57</sup> A. Cicu, *Le successioni*, Milano, 1947, 214 ss.; L. Barassi, *Le successioni a causa di morte*, Milano, 1944, 254 ss.; A. Porcella, *La tutela dei legittimari*, Milano, 1966, 162 ss.; G. Stolfi, *Art. 536*, in *Comm. riforma dir. fam.*, a cura di Carraro, Oppo, Trabucchi, Padova, 1977, I, 2, 822 ss. La tesi, come è noto, opera una distinzione tra quota di eredità, calcolata sul solo *relictum* e devoluta *ipso iure* al legittimario, e quota di legittima, che sarebbe costituita dall'utile netto calcolato sulla massa ai sensi dell'art. 556 c.c., e al cui conseguimento sarebbe finalizzata l'azione di riduzione. Per una riproposizione della tesi in tempi più recenti si veda L. Bigliuzzi Geri – U. Breccia – F. D. Busnelli – U. Natoli, *Diritto civile*, 4, *Le successioni a causa di morte*, Torino, 1996, 234 ss., secondo cui il legittimario pretermesso sarebbe destinatario di una speciale vocazione *ex lege*, in ragione della quale sarebbe "legittimato" all'azione di riduzione.



qualità di erede pur dopo aver conseguito la legittima<sup>58</sup>. La dottrina prevalente<sup>59</sup> – e con essa la giurisprudenza<sup>60</sup> – è decisamente orientata a ritenere che il legittimario pretermesso acquisti la qualità di erede con il vittorioso esperimento dell'azione di riduzione. Ai fini del nostro istituto, dunque, anche quando il legittimario non sia interessato alle azioni recuperatorie, dovrebbe prima esperire l'azione di riduzione, e quindi, divenuto erede, far valere la collazione<sup>61</sup>.

7. La soluzione ora indicata non sembra però che possa valere per una particolare ipotesi di preterizione, ossia quella che può realizzarsi con la divisione in senso stretto operata dal testatore<sup>62</sup>. A venire in rilievo è il dato normativo di cui all'art. 735, primo co., c.c., secondo cui “la divisione nella quale il testatore non abbia compreso qualcuno dei legittimari o degli eredi istituiti è nulla”. Per esigenze di chiarezza, è opportuno considerare in maniera distinta le due modalità di divisione testamentaria, cui fa anche riferimento la norma, ossia la divisione con predeterminazione di quota, caratterizzata dalla previa istituzione *ex asse*<sup>63</sup>, e quella senza determinazione di quote.

<sup>58</sup> Gius. Azzariti (con aggiornamento di A. Iannaccone), *Successione dei legittimari e successione dei legittimi*, in *Giur. sist. civ. e comm.*, fondata da Bigiavi, Torino, 1997, III ed., 60 ss.; L. Ferri, *Dei legittimari*, 7 ss., la cui posizione, in estrema sintesi, consiste nel considerare il legittimario, che pure abbia conseguito dei beni ereditari con l'azione di riduzione, quale successore a titolo particolare.

<sup>59</sup> Tra gli altri, F. Santoro Passarelli, *Legato privativo di legittima*, in *Riv. dir. civ.*, 1935, 282 s.; L. Cariota Ferrara, *Le successioni per causa di morte. Parte generale*, Napoli, 1977, 176 ss.; G. Grosso – A. Burdese, *Le successioni. Parte generale*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da Vassalli, Torino, 1977, 89; G. Cattaneo, *La vocazione necessaria e la vocazione legittima*, cit., 459; L. Mengoni, *Successioni per causa di morte. Successione necessaria*, cit., 60 ss.; C. M. Bianca, *Diritto civile*, II, *La famiglia. Le successioni*, cit., 668; M. R. Morelli, voce *Vocazione ereditaria*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, 1028 ss.

<sup>60</sup> Limitandoci a quelle più recenti Cass., 9 dicembre 1995, n. 12632, in *Corr. giur.*, 1997, 1138; Cass., 19 ottobre 1993, n. 10333, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 918; Cass., 4 aprile 1992, n. 4140, in *Mass. Giur. it.*, 1992; Cass., 6 agosto 1990, n. 7899, in *Mass. Giur. it.*, 1990; Cass., 7 aprile 1990, 2923, in *Giust. civ.*, 1991, I, 707. Altra questione è se, anche a seguito dell'esito positivo dell'esperimento dell'azione di riduzione, sia necessaria l'accettazione da parte del legittimario pretermesso. Per la negativa si esprimono tutte le pronunce sopra citate. Si discostano dall'orientamento dominante Cass., 3 dicembre 1996, n. 10775, in *Riv. not.*, 1997, II, 1302; App. Roma, 12 luglio 2000, in *Vita not.*, 2001, 87, con nota di R. Crisculi, *La posizione del legittimario*, cit.

<sup>61</sup> Per tutti, A. Burdese, *La divisione ereditaria*, cit., 284; U. Carnevali, voce *Collazione*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, Torino, IV ed., 472; G. Amadio, *La collazione delle liberalità*, cit., 310 s. Ovviamente, come si vedrà in seguito, l'operazione ha un senso se, per il meccanismo dell'imputazione *ex se* operante nell'ambito dell'accertamento della lesione, il legittimario in questione consegua con la collazione più di quanto riservatogli in sede di successione necessaria, considerata anche l'eventualità che gli altri donatari possano essere stati dispensati dalla collazione.

<sup>62</sup> Su cui si veda *sub* § 5.

<sup>63</sup> L'ipotesi può atteggiarsi ulteriormente come “preterizione” anche istitutiva, o solo “divisoria”, ben potendo il testatore contemplare nella parte istitutiva tutti i legittimari, per poi predisporre un riparto incompleto rispetto al quadro degli istituiti; oppure omettere già nella parte istitutiva la considerazione di taluno dei legittimari.



Nella prima ipotesi il legittimario che sia stato istituito in una quota e tuttavia non risulti assegnatario di beni, divenendo comunque erede – a seguito dell'accettazione della vocazione testamentaria – potrà senz'altro esperire l'azione di nullità della "divisione"<sup>64</sup>. Venendo a caducarsi le sole disposizioni attributive si instaurerà una ordinaria comunione incidentale, e in sede di divisione potrà essere chiesto il conferimento dei beni donati.

Diversamente sembra potersi dire invece per la divisione testamentaria senza determinazione di quote, ossia meramente distributiva dei beni. In tal caso l'esclusione del legittimario varrebbe di fatto a privarlo della vocazione, se l'asse ereditario sia esaurito e perciò non possa aver luogo, neanche in via residuale, la successione *ab intestato*. In relazione a tale ipotesi la dottrina dominante ritiene che il legittimario escluso dal riparto non possa esperire *illico et immediate* l'azione di nullità, dovendo prima acquistare la qualità di erede con il vittorioso esercizio dell'azione di riduzione<sup>65</sup>. A tale opinione si contrappone, come è noto, una voce autorevole della dottrina, secondo cui anche nella fattispecie ora descritta il legittimario preterito può agire con l'azione di nullità *ex art. 735, co. 1, c.c.*, senza che a tal fine debba esperire l'azione di riduzione<sup>66</sup>. La tesi di Cicu è così riassumibile: poiché la nullità di cui si parla poggia sul principio dell'inammissibilità della divisione in cui non siano compresi tutti gli aventi diritto, si deve ritenere che la norma presupponga che il legittimario escluso dal riparto sia chiamato *ipso iure* alla quota di eredità riservata, la quale dunque si devolve a prescindere dall'esperimento dell'azione di riduzione. A tale opinione si è obiettato che la previsione di cui all'art. 735 c.c. è radicalmente diversa dalla "divisione dell'ascendente" dell'abrogato codice, ove la nullità era fondata sulla omessa considerazione del discendente in quanto successibile *ab intestato*, e non, come risulta invece dall'attuale previsione, sulla preterizione del legittimario<sup>67</sup>. Al di là delle ulteriori implicazioni della critica svolta da Mengoni, sulle quali si tornerà in seguito, nella ricostruzione operata da Cicu sembra potersi scorgere

<sup>64</sup> È da condividere l'opinione secondo cui l'azione di nullità sarebbe esercitabile solo se il *relictum* non sia esaurito e in esso si possano reperire beni sufficienti a formare la porzione di coloro che sono stati esclusi (L. Mengoni, *La divisione testamentaria*, cit., 149; M. R. Morelli, *La comunione e la divisione ereditaria*, cit., 287; G. Amadio, *La divisione del testatore*, cit., 93 ss.; A. Mora, *La divisione disposta dal testatore*, cit., 312; da ultimo, V. Barba, *Istituzione ex certa re e divisione fatta dal testatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 1, 53 ss.

<sup>65</sup> Oltre agli autori citati alla nota 60, si vedano, nell'ambito degli studi dedicati alla divisione A. Burdese, *La divisione ereditaria*, cit., 260 ss.; G. Amadio, *La divisione del testatore*, cit., 93 ss.; A. Mora, *La divisione disposta dal testatore*, cit., 311 ss.

<sup>66</sup> A. Cicu, *Successione necessaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1947, 133; Id. *Successioni per causa di morte. Parte generale*, in *Tratt. dir. civ. comm* diretto da Cicu e Messineo, II ed., Milano, 1962, 464.

<sup>67</sup> Così L. Mengoni, *Successioni per causa di morte. Successione necessaria*, cit., 73 s., il quale precisa che "poiché la nullità è fondata sulla preterizione del legittimario in quanto tale (e non in quanto successibile *ab intestato*), la questione circa i presupposti della vocazione necessaria diventa pregiudiziale per l'interpretazione della norma in ordine alle condizioni di operatività della sanzione. Risolta tale questione nel senso che il legittimario preterito ottiene la quota di riserva e, con essa, la qualità di erede mediante l'azione di riduzione, consegue che, congiuntamente con la domanda di nullità della divisione, egli deve reclamare in via pregiudiziale la quota ereditaria di riserva, sulla quale la nullità si fonda" (74 s.).

un'incoerenza di fondo tra la premessa del suo ragionamento, che vede immediatamente legittimato all'azione di nullità l'escluso dal riparto, in quanto questi sarebbe chiamato *ipso iure* alla quota di riserva, e la conclusione dell'*iter* argomentativo, che vede attribuito al medesimo soggetto, a seguito della nuova divisione, la quota virile *ab intestato*<sup>68</sup>. Per quanto tale conclusione risulti la naturale conseguenza della caducazione della disposizione testamentaria e dell'apertura della successione legittima intestata, essa mal si concilia con l'affermazione iniziale.

In realtà, si potrebbe dubitare che abbia valore assoluto la premessa secondo cui la divisione senza predeterminazione di quote realizzi in ogni caso un'istituzione implicita degli assegnatari; tale affermazione, come già riferito, poggia sulla qualificazione delle disposizioni in parola come istituzioni *ex re certa*<sup>69</sup>. Nel caso di specie infatti proprio il carattere soggettivamente parziale delle attribuzioni "divisorie" potrebbe costituire un ostacolo all'interpretazione della scheda testamentaria nel senso di un'istituzione di erede degli assegnatari. Senza voler entrare ora nel merito della complessa questione relativa all'art. 588, cpv., c.c.<sup>70</sup>, è plausibile ritenere che qualora il *de cuius* abbia proceduto alle assegnazioni accompagnandole da una dichiarazione mirante a "unificare" e qualificare le stesse come "divisorie", l'esclusione di uno dei legittimari sarebbe in aperta contraddizione con tale qualifica, giacché l'intento divisorio presupporrebbe che si prendano in considerazione tutti gli aventi diritto. Non è escluso dunque che in tali circostanze le attribuzioni vadano qualificate come legati e che, mancando una successione testamentaria a titolo universale, abbia luogo la successione *ab intestato*. In tal modo il legittimario escluso dal riparto diverrebbe pur sempre erede, ancorché al momento *sine ullo corpore*, ma la nullità della divisione – che egli potrebbe chiedere istantaneamente – gli farebbe conseguire la sua quota di eredità<sup>71</sup>.

<sup>68</sup> Cfr. L. Mengoni, *Op. ult. cit.*, 73, nota 81.

<sup>69</sup> Per tutti, A. Burdese, *Institutio ex re certa e divisione testamentaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, II, 467 ss.; G. Amadio, *La divisione del testatore senza predeterminazione di quote*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, 262.

<sup>70</sup> Basti ricordare come parte della dottrina ritiene che sussista una presunzione *iuris tantum* a favore della qualificazione del lascito come a titolo particolare, che potrà essere superata solo nel caso in cui la volontà del testatore di assegnare i beni determinati come quota del patrimonio emerga con certezza dall'interpretazione oggettiva e soggettiva della disposizione testamentaria (G. Basini, *Lasciti di beni determinati ed istituzione di erede ex re certa*, in *Fam. Pers. succ.*, 2007, 3). Secondo L. Mengoni, *L'istituzione di erede ex re certa secondo l'art. 588, comma 2°, c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1947, 758, "il problema se, nel dubbio, la *res certa* debba ritenersi attribuita a titolo universale o particolare deve certamente risolversi in ogni caso, nel secondo senso". Per una disamina del problema, sulla premessa che l'art. 588, comma 2, c.c. costituisca essenzialmente una regola ermeneutica, V. Barba, *Istituzione ex certa re e divisione fatta dal testatore*, cit., 53 ss., il quale disconosce che l'*institutio ex certa re* assuma necessariamente una funzione distributiva. In argomento si vedano altresì, S. D'Andrea, *La heredis institutio ex certa re*, in *Tratt. succ. don.* diretto da Bonilini, II, IV, III, Milano, 2009, 223 ss.; G. Bonilini, *Institutio ex re certa e acquisto, per virtù espansiva, dei beni non contemplati nel testamento*, II, IV, IV, 239 ss.

<sup>71</sup> Ci si potrebbe chiedere a questo punto se, in una fattispecie con tali contorni, sia ancora corretto parlare di "divisione operata dal testatore", e non debba prevalere invece una diversa lettura della scheda testamentaria, che la vede contenere più semplicemente un insieme di legati, con la conseguenza però che sarà esclusa la comminatoria della nullità di cui all'art. 735 c.c. Considerando che quella del testatore è una figura *sui ge-*

La ricostruzione ora ipotizzata non è tale però da escludere in tutti i casi il verificarsi di una preterizione divisoria in senso stretto. La qualificazione come legati delle assegnazioni dipende infatti da un'indagine interpretativa della scheda testamentaria che potrebbe condurre, anche per la sussistenza di una volontà inequivoca del testatore, a qualificare le disposizioni come istituzioni *ex re certa*. Oltre a tale possibilità, rimane pur sempre da considerare come sia preterito in senso tecnico il legittimario che sia escluso anche dall'istituzione in una divisione con predeterminazione di quote<sup>72</sup>. È per tale motivo che l'attenzione va rivolta propriamente all'art. 735 c.c. e ai profili strumentali dell'azione di nullità ivi contemplata.

Per quanto non sia da escludere che la *ratio* della disposizione sia da rinvenire nel principio della necessaria nullità della divisione in cui non siano stati compresi tutti i coeredi, la corretta interpretazione della stessa richiede che si tenga presente da un lato la funzione *lato sensu* divisoria della fattispecie in esame, dall'altro il fatto che si tratti pur sempre di una volontà testamentaria. Nella divisione del testatore, dunque, mancando ancora una massa da dividere, i soggetti portatori di un interesse a partecipare alla "divisione" non sono i "contitolari" – inesistenti – ma tutti coloro che avrebbero diritto a conseguire una porzione di eredità secondo la legge, ossia, come recita letteralmente la norma, i legittimari e gli eredi istituiti. Per quanto dunque il legittimario preterito non sia ancora erede, egli ha l'attitudine a divenirlo; tale sua qualità lo rende immediatamente portatore di un interesse: quello di impedire che si radichino gli effetti di un'assegnazione divisoria che lo vede escluso. Tale interesse fonda la sua legittimazione all'azione di nullità.

Peraltro, non si vede per quale motivo non debba trovare applicazione la disciplina strumentale di cui all'art. 1421 c.c., che vede legittimato a far valere la nullità chiunque vi abbia interesse, cioè a dire - nell'applicazione corrente della norma alla nullità del testamento - chiunque "possa vantare un diritto successorio in caso di accertamento della nullità del testamento"<sup>73</sup>. In tale prospettiva, giova ricordare come

---

*neris* di divisione, il cui dato peculiare è dato dalla realizzazione di una finalità distributiva, senza tuttavia provocare in alcun momento la caduta dei beni relitti in una situazione di contitolarità, non si vede quale ostacolo possa sussistere a che tale intento si veda realizzato mediante disposizioni a titolo particolare. L'esito della ricostruzione ipotizzata è dunque il seguente: il legittimario escluso dal riparto, in quanto comunque chiamato *ex lege*, può esperire l'azione di nullità. Le disposizioni del testatore, in virtù del meccanismo di conversione in uno con il principio del *favor testamenti*, si mantengono quali disposizioni divisorie "obbligatorie", fermo restando che si aprirà la successione legale *ab intestato* e, nell'ambito della divisione ordinaria, potrà procedersi anche all'eventuale collazione dei beni donati. In più, la volontà del *de cuius* di beneficiare anche un *extraneus* potrà persistere quale legato, come in effetti era sin dall'origine, con il limite derivante dalla capienza della quota disponibile.

<sup>72</sup> Ovviamente, sempre sul presupposto che non residuino beni da destinare alla formazione della quota dell'escluso.

<sup>73</sup> G. Corapi, *Nullità, e inesistenza del testamento*, in *Tratt. dir. succ. don.* diretto da Bonilini, II, XI, I, Milano, 2009, 1564. Si è consapevoli del fatto che le norme dettate in materia di contratto non trovino un'applicazione diretta al testamento, ma solo nei limiti della compatibilità (G. Bonilini, *Il testamento. Lineamenti*, Padova, 1995, 77). Tuttavia, proprio per la regolazione del profilo *de quo* non sembra che sussista una valida ragione per discostarsi dalla regola generale in punto di legittimazione. Semmai la possibilità di una "con-

sia propriamente la disciplina dettata per il testamento a mostrare una tendenza ad estendere la legittimazione di quelle impugnative che altrimenti risultano soggettivamente più ristrette<sup>74</sup>. Sembra fondata l'idea secondo cui tale estensione si spiega "con l'efficacia riflessa del testamento e con l'avvertita opportunità di tener conto della posizione di coloro che, come i successibili *ex lege*, sono stati esclusi dalla successione in virtù di un testamento che essi hanno tutto l'interesse ad impugnare"<sup>75</sup>.

L'altro aspetto di rilievo è dato dall'estensione o meno della nullità anche alla parte istitutiva della previsione testamentaria. Secondo l'opinione dominante il principio del *favor testamenti* comporterebbe la salvezza dell'*heredis institutio* e la caducazione delle sole previsioni concernenti il riparto<sup>76</sup>. Tale conclusione è condivisibile limitatamente all'ipotesi in cui, a fronte di un'istituzione testamentaria "completa" dal punto di vista dei soggetti che avrebbero diritto a una quota di eredità, segua poi un riparto che non contempli qualcuno degli eredi istituiti. Infatti, la nullità della sola parte concernente le assegnazioni sarebbe sufficiente - con la caduta in comunione dei beni - a soddisfare i diritti di tutti i chiamati. Lo stesso non può dirsi per una preterizione che sia anche istitutiva<sup>77</sup>, ove la persistenza degli eredi testamentari e il concomitante esaurimento dell'asse impedirebbe l'apertura della successione *ab intestato*. Non si può non rilevare come un congegno così connotato vanificherebbe la stessa comminatoria della nullità, poiché esso, mentre farebbe cadere in comunione i beni assegnati - ma sempre tra gli eredi istituiti - continuerebbe a mantenere il legittimario fuori dal novero degli eredi, con la conseguenza che quest'ultimo, nonostante la nullità, per conseguire effettivamente la sua legittima dovrebbe esperire l'azione di riduzione. In altri termini, il risultato di una nullità solo parziale del testamento farebbe sì che il rimedio risulterebbe inidoneo a soddisfare l'interesse del soggetto escluso.

Del resto, nella visione che ritiene necessario un esperimento contestuale dal parte del legittimario preterito dell'azione di riduzione e dell'azione di nullità, la prima sarebbe finalizzata a veder riconosciuta la propria qualità di erede limitatamente alla legittima; ne discenderebbe che la domanda di nullità involgente una caducazione solo parziale della disposizione testamentaria sarebbe del tutto inutile, in quanto la

---

ferma" della disposizione invalida da parte dell'erede dovrebbe far porgere l'attenzione sui casi in cui è possibile una rilevanza d'ufficio da parte del giudice della causa di nullità. Sul rapporto fra la disciplina del contratto in generale e il testamento si veda altresì L. Bigliazzi Geri, *Il testamento*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da Rescigno, 6, II, Torino, 1982, 3 ss.

<sup>74</sup> Ci si riferisce in particolare alle norme di cui agli artt. 591 ult. comma e 606, cpv., c.c., alla stregua delle quali le relative azioni, di nullità e di annullamento, sono esperibili da "chiunque vi ha interesse" e non solo da coloro "nel cui interesse è stabilita dalla legge", come dispone l'art. 1441, co. 1°, c.c.

<sup>75</sup> F. Panza, *L'autonomia testamentaria tra libertà e controllo*, Bari, 2005, 194, che condivide sul punto l'opinione di L. Bigliazzi Geri - U. Breccia - F. D. Busnelli - U. Natoli, *Diritto civile*, 4, *Le successioni a causa di morte*, 142.

<sup>76</sup> Tra gli altri, L. Mengoni, *La divisione testamentaria*, cit., 112; A. Burdese, *La divisione ereditaria*, cit., 262 s.; G. Amadio, *La divisione del testatore*, cit., 97.

<sup>77</sup> Lo stesso dicasi per l'ipotesi di divisione senza predeterminazione di quote, in cui all'istituzione si arrivi mediante il meccanismo di cui all'art. 588, cpv., c.c.

caduta in comunione dei beni assegnati, conseguente alla nullità del riparto, non aggiungerebbe nulla a quanto già reclamabile con l'azione di riduzione<sup>78</sup>.

Si consideri inoltre che l'attuale sistema di tutela dei legittimari, per quanto assegni un ruolo centrale all'azione di riduzione, stabilisce anche un piano, quello segnato dall'art. 549 c.c., in cui lo sconfinamento dell'autonomia testamentaria oltre i limiti segnati dall'ordinamento, è sanzionato proprio con la comminatoria della nullità. Con ciò non si vuol dire che la sanzione di cui all'art. 735 c.c. sia espressione del principio di intangibilità della legittima, ma più semplicemente che, al di là della specifica *ratio* sottostante all'art. 735 c.c., non risulta in contraddizione con la razionalità complessiva del sistema successorio, attribuire al legittimario – non ancora erede – il potere di far dichiarare nulla una disposizione testamentaria. Oltre tutto il contenuto di carattere divisorio di quest'ultima è ammesso dall'ordinamento in quanto si caratterizza per la distribuzione del patrimonio ereditario tra coloro che, nell'ipotesi ordinaria, sarebbero tutti i coeredi: l'omessa considerazione di uno dei legittimari rende inidonea la previsione a svolgere tale funzione, e ciò spiega l'enunciata conseguenza della nullità<sup>79</sup>.

I benefici concreti della ricostruzione avanzata sono evidenti. Svincolare l'azione di nullità dal preventivo esperimento dell'azione di riduzione comporterebbe innanzitutto che la prima non sarebbe più indirettamente soggetta al termine di prescrizione decennale che caratterizza l'azione di riduzione. La tutela offerta al legittimario sarebbe in ogni caso immediata e più incisiva proprio a motivo dello svincolarsi dall'azione di riduzione. La nullità della disposizione anche nella sua parte istitutiva comporterebbe l'apertura della successione *ab intestato*, da cui seguirebbe la possibilità di chiedere la collazione dei beni donati, senza dover procedere all'imputazione *ex se*, come sarebbe richiesto nell'ambito dell'azione di riduzione<sup>80</sup>.

<sup>78</sup> Nel sostenere la propria tesi in posizione dialettica con il pensiero di Cicu, Mengoni argomenta tra l'altro dalla differenza strutturale dell'attuale art. 734 c.c. con la "divisone dell'ascendente" di cui all'art. 1047 del Codice del 1865. Ma se è pur vero che il contesto sistematico di quella previsione è diverso da quello del Codice vigente, si osserva però che il riferimento ai figli e ai suoi discendenti nella norma previgente si spiega con il fatto che tali soggetti coincidono di fatto con la prima categoria di legittimari, la cui presenza esclude ogni ipotesi di concorso.

<sup>79</sup> Peraltro, è dato osservare come sempre nell'ambito successorio accada che al legittimario siano attribuiti poteri o prerogative che prescindono dalla sua attuale qualità di erede. Si pensi, ad esempio, al novellato art. 563 c.c. che attribuisce ai futuri legittimari – precisamente il coniuge e i parenti in linea retta - del donante il potere di manifestare con atto stragiudiziale la propria opposizione alla donazione. Oppure ancora all'art. 768-*quater*, primo co., c.c. che vede tra i necessari partecipanti alla stipulazione del patto di famiglia coloro che avrebbero la qualità di "legittimari, ove in quel momento si aprisse la successione nel patrimonio dell'imprenditore". Per la considerazione di queste due fattispecie normative al fine stabilire il contenuto della posizione giuridica del legittimario si veda, da ultimo, M. Dossetti, *Concetto e fondamento della successione necessaria*, in *Tratt. succ. don.* diretto da Bonilini, III, I, I, Milano, 2009, 22 s.

<sup>80</sup> Si potrebbe obiettare che l'effetto più grave della nullità si rifletterebbe verso eventuali assegnatari *extranei*, che resterebbero esclusi dall'operatività della successione intestata. In realtà, come già osservato, l'assegnazione al non legittimario potrebbe essere recuperata mediante lo strumento di conversione, nei termini di un legato, il quale sarà attribuito all'*extraneus* nei limiti in cui esso non provochi una lesione della legittima.

La giurisprudenza si è espressa prevalentemente nei medesimi termini dell'opinione qui criticata<sup>81</sup>. Più recentemente però si è sostenuto che la nullità di cui all'art. 735, co. 1, c.c. per l'ipotesi di preterizione di un legittimario non lascia spazio alcuno all'esperimento dell'azione di riduzione<sup>82</sup>. L'affermazione, pur costituendo un *obiter dictum*, lascia intendere che i diritti del legittimario preterito vengono soddisfatti con la medesima azione di nullità, alla quale seguirà l'apertura della successione *ab intestato*.

Si può conclusivamente affermare – circa il rapporto tra collazione e preterizione – che la necessaria qualità di erede, ai sensi dell'art. 737 c.c., non solo in capo al soggetto passivo ma anche in chi vuol far valere l'obbligo di conferimento, fa sì che, in linea di principio, il legittimario pretermesso debba prima veder riconosciuta la sua qualità di erede con l'azione di riduzione, per far valere la collazione. Tuttavia, nell'ipotesi di preterizione divisoria, come in ogni altro caso in cui il testamento risulti nullo o annullabile, ciò non sarà necessario in quanto alla caducazione dell'atto *mortis causa* seguirà la vocazione intestata.

**8.** L'aver delineato nei termini sopra precisati i presupposti di operatività della collazione può essere di ausilio a una migliore comprensione del rapporto tra quest'ultima e l'azione di riduzione<sup>83</sup>, nonché del ruolo che la riunione fittizia può avere anche nell'attuazione dell'istituto collazionario.

Il dato che accomuna la riunione fittizia e la collazione è dato dalla tipologia oggettiva delle liberalità interessate rispettivamente dall'uno e dall'altro istituto. Infatti, relativamente alla riunione fittizia l'art. 556 c.c. opera un rinvio alle norme in tema di collazione; mentre l'art. 564, ult. co., c.c. prevede espressamente che tutto ciò che "è esente da collazione, è pure esente da imputazione". Dal combinato disposto di queste norme ne deriva che sono oggetto di riunione fittizia tutte le liberalità di cui agli artt. 741 e 742 c.c., ancorché rese oggetto di dispensa da collazione o da impu-

<sup>81</sup> Cass., 23 marzo 1992, n. 3599, in *Rass. dir. civ.*, 1994, 819.

<sup>82</sup> Cass. Sez. Un., 25 ottobre 2004, n. 20644, in *Giust. civ.*, 2005, I, 351.

<sup>83</sup> Come accennato, non raramente si è associata alla collazione una finalità di tutela dei legittimari, in ciò forse continuando ad essere condizionati dalla configurazione che l'istituto aveva nel codice previgente. Infatti, il Codice del 1865 non distingueva chiaramente la collazione dall'azione di riduzione; e confondeva l'imputazione, intesa come modalità di conferimento, con l'imputazione *ex se*, operazione, come è noto, finalizzata all'accertamento della lesione di legittima. Solo per completezza del discorso, e onde evitare ulteriori confusioni terminologiche, si ricorda che anche nell'ambito della divisione si parla di imputazione, ma in un senso diverso. Secondo l'art. 724 c.c., il coerede che abbia contratto un debito con il *de cuius*, o nei confronti di altri coeredi, relativamente al rapporto di comunione, deve imputare alla sua quota le somme di cui era debitore. In altri termini, anziché estinguere il debito ed incrementare la massa ereditaria, il coerede debitore ottiene, in sede di divisione, una porzione dal cui valore è detratto l'ammontare del debito. La principale questione sul punto è data dal criterio temporale di valutazione dei debiti. Secondo Cass., 28 giugno 1976, n. 2453, in *Giur. it.*, 1978, I, 1, 648 i debiti vanno valutati al momento dell'apertura della successione. Ritengono invece che i debiti vanno imputati secondo il valore nominale della divisione Corte cost., 21 gennaio 1988, n. 64, in *Giur. cost.*, 1988, I, 181; Cass., 26 gennaio 1985, n. 398, in *Giur. it. Rep.*, 1985, voce *Divisione*, 20.



tazione *ex se*<sup>84</sup>. Quando però dall'operazione di calcolo prodromica si passa all'accertamento in concreto della lesione, quest'ultimo risulta influenzato dall'onere dell'imputazione *ex se*, il quale non è riferito solo alle donazioni, ma comprende altresì i legati, ai sensi dell'art. 564, cpv., c.c. e, secondo l'opinione unanime degli interpreti, tutti i beni ricevuti dall'ereditando, anche quelli appresi a titolo di erede<sup>85</sup>.

Diversamente si atteggia invece la legittimazione attiva e quella passiva. Al di là del fatto che in entrambi i casi i soggetti interessati risultino avere la qualità di legittimario, è noto come l'azione di riduzione possa essere domandata, ai sensi dell'art. 557 c.c., da tutti i legittimari indistintamente<sup>86</sup>, e altresì da quello totalmente preterito; la collazione vede come beneficiari determinate categorie di soggetti, purché siano divenuti effettivamente eredi del donante. Il fatto che abbiano *anche* la qualità di legittimari non ha immediatamente alcuna incidenza, tanto è vero che il discendente o il coniuge che siano stati totalmente esclusi non possono chiedere la collazione, se non dopo il riconoscimento della loro qualità di erede con l'azione di riduzione.

Il differente profilo soggettivo dei due istituti emerge ancora più nitidamente allorché si considera la legittimazione passiva. La collazione vede coinvolti gli stessi soggetti che ne sono anche beneficiari, in quanto risultino aventi causa dall'ereditando a titolo di donazione<sup>87</sup>. L'azione di riduzione vede coinvolti tutti coloro che abbiano ricevuto dall'ereditando donazioni e/o attribuzioni testamentarie a titol-

<sup>84</sup> L'unica differenza si rinviene quanto alle donazioni *cum onere*, poiché il valore dell'obbligazione modale va sempre detratto dalla donazione oggetto di conferimento, mentre va detratta in sede di riunione fittizia solo se era apposta a vantaggio dello stesso donante. Ma il quadro è più complesso di quanto ora schematicamente riferito: ad esempio, l'obbligazione modale può costituire una liberalità anche per il terzo creditore. Si veda, per un efficace approfondimento, A. Restuccia, *Donazione modale e rapporto obbligatorio*, in *Riv. not.*, 5, 2011, 1173 ss.

<sup>85</sup> A. Palazzo, *Le successioni*, I, cit., 575. È stato precisato, inoltre che "la consistenza oggettiva dei beni donati deve essere determinata al momento della donazione, mentre rileva il valore che i beni avevano al momento dell'apertura della successione" (A. Tullio, *La tutela dei diritti dei legittimari*, cit., 604). In tal senso si esprime anche Cass, 22 ottobre 1984, n. 6011, in *Giust. civ. Mass.*, 1984.

<sup>86</sup> È stato precisato, peraltro, che il legittimario potrà chiedere la reintegrazione soltanto della propria quota, ad esclusione di quella di coloro che non hanno partecipato al giudizio e potrà ridurre la liberalità impugnata soltanto proporzionalmente alla lesione dei suoi diritti di riserva (così A. Tullio, *La tutela dei diritti dei legittimari*, in *Tratt. succ. don.* diretto da Bonilini, III, IV, V, Milano, 2009, 549, condividendo Cass., 12 maggio 1999, n. 4648, in *Giur. it.*, 2000, I, 1, 722). Sulla legittimazione attiva all'azione di riduzione si veda altresì A. Albanese, *I soggetti che possono chiedere la riduzione*, in *Famiglia, Persone e Successioni*, 2006, 740 ss., il quale però si chiede (in *La collazione*, cit., 388) quale senso abbia l'affermazione secondo cui la tutela collazionaria rafforzerebbe la posizione di taluni legittimari, quando poi l'istituto resta autonomo dalla regolamentazione della successione necessaria.

<sup>87</sup> La regola della *reciprocità* è tale che solo il consenso unanime di tutti i legittimati possa escludere taluno dei donatari dall'obbligo di conferimento: l'intento di un solo erede di "esonerare" l'altro non è sufficiente a rendere non operativa la collazione. La regola può essere vista come un'emanazione del medesimo principio valevole per la divisione, la quale può atteggiarsi come soggettivamente parziale solo con il consenso di tutti i partecipanti alla comunione incidentale.



lo universale o a titolo particolare<sup>88</sup>: si prescinde, come è noto, sia dalla qualità di erede – potendo essere convenuti anche donatari o legatari<sup>89</sup> – sia dal rapporto di consanguineità con il *de cuius*, giacché l'attribuzione lesiva potrebbe essere anche quella destinata ad un *extraneus*. Una volta stabilita la quota disponibile e quella indisponibile e individuata quale liberalità risulti tale da incidere sulla legittima, a motivo della sua collocazione temporale, il legittimario leso è libero di proseguire nell'intento recuperatorio, potendo anche rinunciare a far valere il suo diritto verso quel dato soggetto beneficiario dal *de cuius*.<sup>90</sup>

Sotto altro profilo, è opportuno ricordare come nell'operazione di calcolo della riunione fittizia il *de cuius* non abbia alcuna possibilità di influire, dovendosi considerare anche le donazioni fatte con dispense da collazione, e altresì quelle fatte con dispensa da *imputazione ex se*<sup>91</sup>. Quando però dalla determinazione astratta della quota legittima si passa all'accertamento in concreto della lesione, sull'onere dell'imputazione *ex se* – relativo alle liberalità effettuate in favore del legittimario, attore in riduzione – il *de cuius* ha il potere di incidere prevedendo espressamente la dispensa. L'esercizio di tale potere produce un effetto di espansione della quota spettante al legittimario e, correlativamente, di “restrizione” della disponibile<sup>92</sup>, dimodoché, en-

<sup>88</sup> In conseguenza della natura “divisibile” dell'azione, la giurisprudenza ha escluso che venga in rilievo un'ipotesi di litisconsorzio necessario nei confronti di tutti i beneficiari delle liberalità; tra le tante: Cass., 21 marzo 1983, n. 1979, in *Giust. civ. Mass.*, 1983; Cass., 22 ottobre 1975, n. 3500, in *Foro it.*, I, 1976, 1952; Cass., 9 luglio 1971, n. 2200, in *Giust. civ.*, 1972, I, 164.

<sup>89</sup> Si precisa anzi che l'art. 554 c.c. prevede la riduzione delle disposizioni testamentarie, senza menzionare espressamente gli eredi. Ma è pacifico che anche le disposizioni a titolo universale sono soggette a riduzione, come si arguisce dall'art. 558 c.c., a norma del quale “la riduzione delle disposizioni testamentarie avviene proporzionalmente, senza distinguere tra eredi e legatari”. Cfr. A. Tullio, *La tutela dei diritti dei legittimari*, cit., 554; L. Mengoni, *Successione necessaria*, cit., 269 ss., il quale precisa che se l'azione di riduzione si rivolge contro disposizioni a titolo universale, essa comporta l'acquisto, da parte del legittimario, non già di beni determinati, bensì di una quota di eredità, per cui l'effettivo conseguimento dei beni avverrà con l'azione di divisione.

<sup>90</sup> L'affermazione di cui nel testo non è in contraddizione con l'altro principio, secondo cui, ferma la possibilità di rinunciare all'azione di riduzione, non è ammesso che il legittimario che abbia vittoriosamente agito in riduzione possa poi rinunciare alla chiamata e al conseguente acquisto delle liberalità. Un conto, infatti, è l'esercizio dell'azione di riduzione, la quale presuppone la volontà di accettare (L. Mengoni, *Successione necessaria*, cit., 263; in giurisprudenza Cass., 10 febbraio 1987, n. 1407, in *Giust. civ. Mass.*) e i cui effetti sono retroattivi; un conto è reclamare il bene oggetto della disposizione lesiva con l'azione restitutoria. È appena il caso di precisare che un'apposita domanda restitutoria sarà necessaria quando la disposizione lesiva consisterà in un legato o in una donazione, procedendosi diversamente in caso di istituzione di erede. L'approfondimento di talune questioni si trova in A. Natale, *Le rinunzie a diritti ereditari*, in *Famiglia, Persone e Successioni*, 2007, 332. Cfr. anche A. Tullio, *La tutela dei diritti dei legittimari*, cit., 561 ss.

<sup>91</sup> L. Mengoni, *Successione necessaria*, cit., 175 ss.; L. Ferri, *Disposizioni generali sulle successioni. Art. 456 – 511*, in *Comm. cod. civ. Scialoja – Branca*, a cura di Galgano, Bologna – Roma, 1997, III ed., 183; A. Palazzo, *Le successioni*, I, in *Tratt. dir. priv.* a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2000, 520 ss.; A. Tullio, *La tutela dei diritti dei legittimari*, cit., 401 ss.

<sup>92</sup> G. Ferri, *Dei legittimari*, cit., 255; G. Cattaneo, voce *Imputazione del legittimario*, in *Digesto Disc. Priv. Sez. civ.*, IX, Torino, 1999, 360; G. Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., 359; A. Tullio, *La tutela dei diritti dei legittimari*, cit., 612 ss.

tro i limiti in cui la quota di cui il testatore poteva disporre sarà capiente, l'attribuzione stessa costituirà un *quid pluris* rispetto alla riserva che sarebbe spettata al legittimario in mancanza di dispensa<sup>93</sup>.

Nella collazione non si fa questione di quota disponibile e di quota indisponibile<sup>94</sup>, collocandosi l'obbligo di conferimento all'interno del procedimento divisorio. Essa non necessita di altre operazioni prodromiche se non di quelle proprie dell'azione di divisione: redazione dello stato attivo e passivo e, in via eventuale, attuazione dei prelevamenti. Essendo indubbio che effetto imprescindibile della collazione sia quello di aumentare la massa ereditaria da dividere, la principale differenza con la riunione fittizia è data dal suo carattere "reale"<sup>95</sup>.

È appena il caso di evidenziare come l'imputazione *ex se*, e precisamente la dispensa dall'onere, non incida affatto sulla collazione. Come risulta anche dalla prassi, la volontà del *de cuius* di assicurare a uno dei suoi legittimari un trattamento preferenziale rispetto agli altri, si concretizza dispensando il beneficiario sia dall'imputazione *ex se* sia dalla collazione. Le due facoltà restano però distinte<sup>96</sup>, e la presenza di una non ha alcuna incidenza sull'operatività dell'altra, onde il legittimario che sia stato dispensato dalla collazione, volendo agire in riduzione, deve imputare il valore della donazione, senza che sia tenuto – proprio perché dispensato – a conferirla in sede di divisione<sup>97</sup>.

<sup>93</sup> In assenza di una diversa volontà del *de cuius*, quella dell'imputazione *ex se* costituisce un onere per il legittimario che voglia reclamare la propria legittima, avente la finalità di determinare il valore concreto del diritto a lui spettante. Per tutti, L. Mengoni, *Successione necessaria*, cit., 130; V. R. Casulli, voce *Imputazione dei legittimari*, in *Noviss. Dig. it. Appendice*, IV, Torino, 1983, 125.

<sup>94</sup> L. Mengoni, *Successioni per causa di morte. Successione necessaria*, cit., 140 s., il quale, a proposito del rapporto tra imputazione *ex se* e collazione, afferma che quest'ultima "essendo destinata ad assicurare l'uguaglianza proporzionale di trattamento dei coeredi in relazione all'intero patrimonio del defunto, è indipendente dalla distinzione tra quota disponibile e quota indisponibile e non ha nulla a che fare con la questione su quale delle due quote dovrà essere imputata la donazione ricevuta da uno dei discendenti (o dal coniuge) per stabilire se il donatario abbia diritto di domandare la riduzione di liberalità disposte in favore di altri".

<sup>95</sup> Tale peculiarità è una costante della collazione anche quando il conferimento, per volontà della legge o per scelta dell'obligato, avvenga non in natura ma per imputazione. In tal caso, la massa da dividere sarà incrementata effettivamente dei valori corrispondenti; e, come già accennato, ai sensi dell'art. 725 c.c., gli altri eredi potranno prelevare dalla massa ereditaria beni in proporzione delle loro rispettive quote.

<sup>96</sup> Emblematica in tal senso una risalente pronuncia di legittimità, Cass., 16 luglio 1969, n. 2633, in *Foro it.*, 1970, I, secondo la quale, presente la dispensa da collazione, quest'ultima non opererà, in sede di divisione, sino al limite determinato dalla intangibilità della quota di riserva dei legittimari; diversi sono invece gli effetti della dispensa stessa nella ipotesi che il legittimario donatario esperisca l'azione di riduzione, a salvaguardia della sua quota di riserva. In tale ipotesi, infatti, egli ha l'onere di imputare la donazione, dispensata dalla collazione, nella propria quota di legittima (imputazione *ex se*), a meno che non sia stato espressamente dispensato anche dall'imputazione stessa, ma tale ultima dispensa deve essere espressa, nel senso che la volontà di dispensare deve trarsi dalla dichiarazione e non da fatti concludenti o per implicito, come è possibile invece per la dispensa dalla collazione.

<sup>97</sup> Come si può intuire, il risultato di massimo beneficio a favore di uno dei legittimari si otterrà prevedendo la dispensa da collazione e da imputazione *ex se* nei confronti di chi si voglia preferire e facendo persistere l'onere di imputazione in capo agli altri. In un ipotetico giudizio di riduzione – che verosimilmente sarà preferito alla collazione, proprio perché in presenza di una dispensa – l'attore dovrà imputare tutto quanto

A fronte delle peculiarità sopra evidenziate, è opportuno chiedersi in quale misura le due forme di tutela risultino complementari. Senza alcun dubbio, il sistema di tutela della legittima costituisce un presidio per i discendenti e il coniuge allorquando il *de cuius*, avendo previsto la dispensa, incida negativamente sull'operatività della collazione. Il diverso risultato concreto cui giungerebbe in tal caso il coerede astrattamente legittimato a far valere la collazione, induce alla conclusione che i due istituti conservano una finalità diversa<sup>98</sup>. Non v'è dubbio che, in presenza dei relativi presupposti, la collazione permette al coerede di conseguire un valore economico maggiore di quello reclamabile con l'azione di riduzione, mirando quest'ultima, come è noto, a garantire soltanto il *minimum* dei diritti successori conseguibili. È bene chiarire però che l'alternativa non si pone esclusivamente tra il conseguimento della "legittima" e l'operatività della successione legale *ab intestato*, secondo le quote di cui agli artt. 566 ss., c.c., ben potendo venire in rilievo una vocazione testamentaria di portata superiore o inferiore a quella legale, in relazione alla quale l'operatività della collazione conserva un senso. Resta fermo che solo l'azione di riduzione permette di far conseguire "beni ereditari", secondo il principio di intangibilità della legittima<sup>99</sup>. Nella collazione, invece, spettando al soggetto obbligato la scelta della modalità di conferimento, è garantita soltanto la realizzazione dei valori economici corrispondenti alle quote della vocazione venuta concretamente in rilievo, salva la possibilità di attuare il diritto ai prelevamenti da parte degli altri coeredi.

È legittimo chiedersi allora quale senso sia da attribuire ad alcune massime della Corte di legittimità, secondo cui la riunione fittizia costituisce in ogni caso "un *prius* indispensabile alle operazioni divisionali, quando vi sia un concorso tra eredi legittimari"<sup>100</sup>.

---

ricevuto ai fini dell'accertamento della lesione, mentre il convenuto vedrà fatte salve le liberalità ricevute sino a concorrenza della disponibile. Sul rapporto tra i due istituti, da ultimo, G. Tedesco, *Rapporti tra azione di riduzione e collazione*, in *Successioni per causa di morte. Esperienze e argomenti*, a cura di Cuffaro, Torino, 2015, 265 ss. In giurisprudenza, Cass., 29 ottobre 2015, n. 22097, in *Giur. it.*, 1092 ss., con nota di I. Riva, *Sulla possibile coesistenza tra collazione e azione di riduzione*.

<sup>98</sup> È stato tentato di delineare un rapporto tra le due forme di tutela, guardando al legittimario ora come "singolo" – nella collazione – ora come "membro del gruppo familiare" – nella successione necessaria. Il riferimento è al contributo di M. C. Andrini, *La collazione*, in *Successioni e donazioni*, a cura di Rescigno, II, Padova, 1994, 130 ss., secondo cui "la successione necessaria garantisce la tutela del gruppo parentale del *de cuius* in nome di quello che è stato felicemente definito *l'ordinamento primario della famiglia*. La collazione invece garantisce la tutela delle aspettative del singolo, discendente o coniuge del defunto, nei rapporti con gli altri coeredi, legittimari donatari". Tuttavia, se è vero che l'appartenenza al gruppo dei più stretti parenti è alla base dell'individuazione dei soggetti che hanno diritto alla legittima, è anche vero che la loro tutela si esplica a prescindere da una considerazione dell'"insieme", poiché resta nella disponibilità del singolo far valere o meno il proprio diritto. Al contrario, la collazione, per quanto "rinunciabile" dal singolo legittimato, mira di per sé a realizzare un interesse "comune": ossia quello di tutti i partecipanti alla divisione a vedere integrata la formazione dell'attivo.

<sup>99</sup> La regola tuttavia non va sovradimensionata, attese le diverse ipotesi normative che vi fanno eccezione. Sul punto, da ultimo, G. Proto, *Sulla soddisfazione del legittimario con beni estranei alla massa ereditaria*, in *Dir. Succ. Fam.*, 2016, 152.

<sup>100</sup> Così Cass., 10 febbraio 1986, n. 837, in *Mass. Foro it.*, 1986, 159; Cass., 6 marzo 1980, n. 1521, in *Mass. Foro it.*, 1980, 298.

In realtà, così come l'*actio communi dividendi* prescinde dalla riunione fittizia, anche l'operatività della collazione non è di per sé legata ai calcoli di cui all'art. 556 c.c.<sup>101</sup>. Ciò nondimeno la preventiva domanda relativa all'accertamento della porzione disponibile e di quella indisponibile può avere in alcuni casi un'indubbia utilità. Allorquando sia intervenuta una donazione con dispensa da collazione, poiché questa, ai sensi dell'art. 737, co. 2, c.c., ha effetto solo nei limiti della quota disponibile, è nell'interesse dei soggetti legittimati a far valere la collazione conseguire un preventivo accertamento circa la capienza della disponibile in relazione alla donazione oggetto di dispensa. Ugualmente è a dirsi, ovviamente, quando pur in presenza di donazioni soggette a collazione, ve ne siano altre rese oggetto di dispensa, o addirittura fatte a soggetti non tenuti alla collazione (estranei o eredi legittimi, diversi da quelli indicati all'art. 737 c.c.).

Altra ipotesi in cui emerge la necessità di esperire previamente l'azione di riduzione è quello di una donazione dissimulata. Ammesso, infatti, che tale ipotesi riceva un diverso trattamento – quanto alla facoltà di prova – rispettivamente nell'ambito dell'azione di riduzione e nella collazione, solo facendo valere la propria qualità di legittimario, almeno secondo l'opinione prevalente<sup>102</sup>, si potrà ottenere con libertà di prova l'accertamento del carattere fittizio del negozio a titolo oneroso e il conseguente aumento della massa ereditaria.

Le considerazioni svolte da ultimo spiegano perché, pur in presenza di tutti i requisiti legali della collazione, il soggetto attivo possa avere interesse a chiedere la riunione fittizia e ad esperire l'azione di riduzione<sup>103</sup>. Non si può convenire, tuttavia,

<sup>101</sup> Cass., 6 dicembre 1972, n. 3522, in *Giust. civ. Mass.*, 1972, 1905.

<sup>102</sup> *Ex multis*, Cass., 28 aprile 1980, n. 471, in *Rass. dir. civ.*, 1981, 1136, con nota di G. Tatarano, *Atti simulati dal defunto e tutela del legittimario*; Cass., 29 marzo 2000, n. 3281, in *Gius. civ.*, 2001, I, 3059, con nota di R. Bernardoni, *Divisione ereditaria. Collazione delle donazioni dissimulate. Limiti probatori*; da ultimo, Cass., 12 giugno 2007, n. 13706, in *www.ricercagiuridica.com*. L'orientamento dominante è stato criticato con dovizia di argomenti da V. Barba, *Azione di simulazione proposta dai legittimari*, in *Fam. Pers. e Succ.*, 2010, 443.

<sup>103</sup> Si potrebbero prospettare sinteticamente i seguenti casi: 1) Vi sia una dispensa da collazione, e vi è incertezza sul rapporto di valore tra donazione e quota disponibile; 2) Vi siano più donazioni, di cui solo alcune oggetto di collazione, e altre dispensate; 3) Le donazioni effettuate ai coeredi siano simulate; 4) Il soggetto legittimato a far valere la collazione risulti privo del titolo di erede perché preterito; 5) Il soggetto tenuto alla collazione abbia rinunciato all'eredità o abbia fatto prescrivere il termine per accettarla; 6) Il soggetto tenuto alla collazione sia stato beneficiario sia con donazioni sia con legati.

Più complesso risulta il rapporto tra collazione e azione di riduzione quanto alla possibile rilevanza dell'imputazione *ex se*. È stato osservato, infatti, che “quando manchino entrambe le dispense e la domanda di riduzione sia proposta dal donatario, pretermesso nel testamento, contro i medesimi soggetti che hanno diritto alla collazione, l'imputazione *ex se*, in quanto assolve una funzione di apporcionamiento della quota di riserva, assorbe e surroga in tale funzione la collazione, fermo restando l'altro effetto di questa, cioè il diritto dei coeredi di prelevare dal *relictum* beni della medesima natura e qualità in proporzione delle rispettive quote” (L. Mengoni, *Successioni per causa di morte. Successione necessaria*, cit., 141) Peraltro, la posizione dell'illustre Autore è stata parzialmente modificata nell'ultima edizione dello scritto citato, a seguito dell'adesione all'opinione di A. Burdese, *Divisione ereditaria*, cit., 285 e di G. Amadio, *Comunione e coeredità. Sul presupposto della collazione*, cit., 327, relativamente all'effetto ulteriore della collazione rispetto all'imputazione *ex se*, dato dal diritto ai prelevamenti riconosciuto in capo ai coeredi.

con l'opinione che riconosce nei due istituti l'*eadem ratio* consistente nella tutela del legittimario<sup>104</sup>. La collazione presuppone pur sempre la domanda di divisione ed è finalizzata ad operare un incremento della massa ereditaria<sup>105</sup>. Essa farà conseguire ai discendenti e al coniuge i diritti sull'eredità loro spettanti, sulla base della vocazione venuta concretamente in rilievo<sup>106</sup>. L'azione di riduzione è diretta al conseguimento della sola legittima, indipendentemente dalla divisione<sup>107</sup>. In conformità alle regole concernenti le modalità di riduzione delle disposizioni lesive, l'unica ipotesi in cui all'azione di riduzione seguirà la divisione (ereditaria) sarà quella in cui venga in rilievo una riduzione solo parziale di disposizioni a titolo di erede. In tal caso infatti il beneficiario della disposizione testamentaria, proprio a motivo del carattere parziale della riduzione, non perderà la proprietà dei relativi beni, né diverrà legittimato passivo dell'azione restitutoria. Quale effetto della pronuncia di riduzione il legittimario attore diverrà partecipe della comunione ereditaria e potrà chiedere, appunto, lo scioglimento della stessa<sup>108</sup>.

<sup>104</sup> Ci si riferisce a Cass., 9 luglio 1975, n. 2704, il cui nucleo essenziale è condiviso da M. C. Andrini, *La collazione*, cit., 132.

<sup>105</sup> Cfr. Cass., 22 marzo 2001, n. 4130, in *Riv. not.*, 2001, 1503 e, da ultimo, Cass., 18 luglio 2005, n. 15131, in *Vita not.*, 2005, I, 1515, secondo cui la collazione "è uno strumento giuridico volto alla formazione della massa ereditaria da dividere al fine di assicurare l'equilibrio e la parità di trattamento tra i vari conviventi, così da non alterare il rapporto di valore tra le varie quote, da determinarsi, in relazione alla misura del diritto di ciascun convivente, sulla base della sommatoria del *relictum* e del *donatum* al momento dell'apertura della successione, e quindi garantire a ciascuno degli eredi la possibilità di conseguire una quantità di beni proporzionata alla propria quota".

<sup>106</sup> Così, da ultimo, Cass., 19 dicembre 2004, n. 21897, in *Guida dir.*, 50, 2004, 54.

<sup>107</sup> Così Cass., 24 febbraio 2000, n. 2093, in *Giur. it.*, 2000, 1355, condivisa da A. Albanese, *La collazione*, cit., 442. Coerentemente, la giurisprudenza nega che la domanda di reintegra della quota di riserva possa ritenersi implicitamente contenuta in quella di divisione: Cass., 29 marzo 2000, n. 3821, in *Giust. civ.*, 2001, 3059.

<sup>108</sup> Si veda, per tutti, V. Carbone, *Riduzione delle donazioni e delle disposizioni testamentarie lesive della legittima*, cit., 617; A. Tullio, *L'azione di riduzione. L'imputazione ex se*, in *Tratt. succ. don.*, cit., 575.

# Circolazione dei crediti risarcitori tra interesse speculativo ed esigenze di sistema.

di Antonio Davola\*

*SOMMARIO: 1. Premessa: il fenomeno statunitense del Litigation Financing, il caso Carhart c. Halaska e le osservazioni di Richard Posner sulle implicazioni sistemiche del litigation trolling. – 2. Patent troll, litigation troll: fondamenti per un'indagine del problema. – 3. I principali timori relativi all'attività di litigation trolling. – 4. Le opportunità connesse al litigation trolling. – 5. L'astratta ammissibilità del litigation trolling nell'UE e in Italia. – 5.1 Le criticità sostanziali: in particolare, l'incidenza dei litigation troll sul ruolo della responsabilità civile. – 5.2 Gli ostacoli procedurali al litigation trolling. In particolare: le problematiche riscontrabili nell'ordinamento italiano. – 6. Conclusioni: prospettive d'azione di fronte ai litigation troll*

1. “*Desperate people make great customers*”: è questa una massima che spesso si ritrova nelle analisi condotte sullo sviluppo del fenomeno del *litigation financing*<sup>1</sup>. Il termine, in particolare, fa riferimento alla pratica consistente nell'acquisto e nel finanziamento di azioni di risarcimento del danno da parte di terzi estranei rispetto ai danneggiati, al fine di ottenere il profitto da una percentuale (nel caso del finanziamento) ovvero dalla totalità (nel caso di acquisto) del risarcimento accordato in caso di fruttuoso esperimento della pretesa risarcitoria.

Tale pratica, la quale si era affermata originariamente in alcuni specifici settori di mercato,<sup>2</sup> ha ormai assunto il carattere di un fenomeno consolidato negli Stati Uniti.<sup>3</sup> A pari passo con l'affermarsi del fenomeno, però, si è sviluppata un'acuta sensibilità ai rischi che l'incondizionato svolgimento di simili attività può comportare: in tal senso suscita interesse un recente giudizio reso dal giudice Richard Posner nel

\* Allievo Perfezionando (PhD), Scuola Superiore di Studi Universitari e di Perfezionamento Sant'Anna.

<sup>1</sup> In particolare, si fa qui riferimento a BROOK D., *Litigation By Loan Shark*, in *Legal Affairs*, 2004, consultabile al link: [http://www.legalaffairs.org/issues/September-October-2004/feature\\_brook\\_sepoct04.msp](http://www.legalaffairs.org/issues/September-October-2004/feature_brook_sepoct04.msp).

<sup>2</sup> Si fa riferimento, in particolare, alle prime esperienze di finanziamento delle azioni di risarcimento del danno promosse nel settore del diritto della navigazione. GARD V., *Insight: High Rollers in the Courtroom Casino – Champerty and the Rise of Litigation Finance*, 2014, disponibile al link: <http://www.gard.no/web/updates/content/20740525/high-rollers-in-the-courtroom-casino-champerty-and-the-rise-of-litigation-finance>.

<sup>3</sup> MARTIN S., *The Litigation Financing Industry: the Wild West of finance should be tamed not outlawed*, in *Fordham Journal of Corporate & Financial Law*, 2004, Vol. 10, Iss. 1, 55 ss.; RIBSTEIN L., *The Death of Big Law*, in *Wisconsin Law Review*, 2010, vol. 10, Iss. 3, 749, 754-59, 788-97.



giugno 2015, in occasione della decisione nel giudizio *Carhart c. Halaska*.<sup>4</sup>

Posner, nel valutare il caso di specie, coglie l'occasione per soffermarsi sul fenomeno dell'acquisto delle azioni di risarcimento del danno da parte di terzi, evidenziando come tale operazione rivesta – in virtù dell'impossibilità di calcolare anticipatamente l'entità del risarcimento ottenibile alla conclusione di un'azione di giudizio – natura eminentemente speculativa, sì che l'acritica accettazione di simili attività all'interno dell'ordinamento statunitense implicherebbe l'introduzione, all'interno del sistema giudiziario, di interessi egoistici di terzi estranei alla vicenda *de qua*, volti ad incentivare la proposizione di liti in giudizio – dopo averne acquisito la titolarità – al fine di ottenere un profitto dall'eventuale risarcimento del danno accordato. Quest'attività di “gioco d'azzardo” sull'esito delle cause opererebbe, ad avviso di Posner, a detrimento del naturale sviluppo dell'attività giudiziaria, nonché dei valori ad essa sottostanti: in particolare, il giudice prospetta – nello svilupparsi della pratica consistente nell'attività di acquisto, da parte di un terzo estraneo al contenzioso, del diritto di un potenziale danneggiato da un sinistro di proporre azione di risarcimento in processo a fini di profitto – la nascita di una vera e propria “*Trolldom*”, ed etichetta coloro che in tale attività si producano con la locuzione “*litigation troll*”, al fine di evocare un parallelo con la più nota figura dei *patent troll*.<sup>5</sup>

Al di là delle considerazioni relative al caso di specie, le parole di Posner appaiono significative in vista dell'affermarsi della pratica del *litigation trolling* negli Stati Uniti e non solo: a fronte della prospettiva della conduzione di tali attività anche all'interno del territorio dell'Unione, si pone la necessità di interrogarsi sull'eventuale liceità del fenomeno, su vantaggi e svantaggi che ne derivano, nonché sulle implicazioni sistemiche nell'ambito del naturale svilupparsi dell'attività giudiziaria.

2. Il primo profilo sul quale appare opportuno interrogarsi riguarda proprio il parallelo – tracciato dalla valutazione di Posner – tra l'attività dei *litigation troll* e quella, più nota, condotta dai *patent troll* in materia di contenzioso brevettuale.

Le ragioni alla base del paragone sono chiare: l'attività dei *patent troll* (consistente

<sup>4</sup> United States Court of Appeals, VII, Circuit, 8 giugno 2015, no. 14-2968, *Carhart-Halaska International, LLC, c. Christopher G. Halaska and Halaska International, Inc.* Il caso di specie aveva ad oggetto il contenzioso istauratosi tra la società *Carhart-Halaska International LLC (CHI)* e la compagnia *MRO Industrial Sales*, la quale agiva come agente di commercio della prima. In occasione della conclusione dei rapporti commerciali tra le due società, Christopher Halaska – uno dei due proprietari di *CHI* – aveva acquistato il diritto di *MRO* di proporre azione per *breach of contract* nei confronti di *CHI*, per poi esercitarlo contro la propria stessa società e il suo co-proprietario, Chris Carhart.

<sup>5</sup> Per alcune definizioni del fenomeno *ex multis*. GOLDEN J., *Patent Trolls' and Patent Remedies*, in *Texas Law Review*, 2007, vol. 85, 2111 ss.; McDONOUGH J.F., *The Myth of Patent Troll: An Alternative View of the Function of Patent Dealers in an Idea Economy*, in *Emory Law Journal*, 2007, vol. 56, 189; ADDY G., DOUGLAS E., *Mind the gap: economic costs and innovation perils in the space between patent and competition law*, 2012, 7, consultabile al link [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2208654](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2208654).



nell'acquisto di un ampio novero di brevetti all'esclusivo fine di trarre un profitto dalla possibile vendita degli stessi, senza avere alcuna relazione con gli individui o le entità che hanno sviluppato il prodotto - o il processo - soggetto a brevetto) appare agli occhi di Posner non dissimile da quella condotta dai *litigation trolls*, i quali opererebbero allo stesso modo con riferimento al diritto di proporre azione in processo. Ne deriva un giudizio profondamente negativo: i *patent trolls* operano, difatti, in contrasto con gli stessi presupposti concettuali dell'istituto del brevetto, il quale – sorto al fine di garantire all'inventore un periodo di profitto monopolistico sul prodotto del proprio ingegno assicurando contestualmente alla collettività, da una parte, l'acquisizione stabile dell'invenzione al patrimonio collettivo alla scadenza del brevetto e, dall'altra la trasparenza della struttura dell'invenzione anche durante la fase di "copertura"<sup>6</sup> – viene dall'attività di costoro privato dei suoi presupposti funzionali: i *patent trolls* utilizzano lo strumento del brevetto esclusivamente per assicurarsi un potere contrattuale avverso potenziali centri di innovazione a fini di profitto, senza alcuna fase "inventiva"; in conseguenza di ciò, il libero dispiegarsi del sistema competitivo è ostacolato e sono vanificati gli incentivi allo sviluppo tecnologico che costituiscono la base stessa dell'istituto.<sup>7</sup> Laddove, infatti, gli inventori e gli operatori legittimati a proporre un brevetto, contribuiscono attraverso il proprio interesse egoistico al progresso tecnologico, i *patent troll* "rastrellano" brevetti in pura logica speculativa, senza produrre alcun beneficio pubblico legato all'innovazione.<sup>8</sup>

Posto che sia i *patent*, sia i *litigation troll* possono essere ricompresi nella più ampia categoria delle cd. *non-practicing entities*,<sup>9</sup> sulla fondatezza di un'equiparazione tra le due figure e sul derivante giudizio di riprovevolezza appare tuttavia opportuno condurre qualche ulteriore riflessione.

<sup>6</sup> Sui presupposti concettuali alla base dei brevetti – e sui caratteri del rapporto tra tutela della proprietà intellettuale e sviluppo concorrenziale del mercato – la letteratura è, naturalmente, vastissima. A titolo esemplificativo cfr. VANZETTI A., DI CATALDO V., *Manuale di Diritto Industriale*, 2012, 7 ed., Milano, 375-377; CHEUNG N., *Property Rights and Invention*, in *Research in Law & Economics Paper Series*, 1986, vol. 5, iss. 6; FISHER M., *Classical Economics and Philosophy of the Patent System*, in *Intellectual Property Quarterly Review*, 2005, vol. 1, 6 ss.; SHERMAN B., BENTLY L., *The Making of Modern Intellectual Property Law*, 1999, Cambridge University Press, 15-24; DAM K., *The Economic Underpinnings of Patent Law*, in *Journal of Legal Studies*, 1994, vol. 23, iss. 247; ULLRICH H., *Intellectual Property: Exclusive Rights of a Purpose – The Case of Technology Protection by Patents and Copyright*, Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law, 2001, Research Paper No 13, 8 ss.

<sup>7</sup> HARHOFF D., HALL B., VON GRAEVENITZ G., HOISL K., WAGNER S., *The strategic use of patents and its implications for enterprise and competition policies*, Tender for No ENTR/05/82, 2007, Laboratorio di Economia e Management (LEM), Scuola Superiore Sant'Anna; LIANOS I., *A Regulatory Theory of IP: Implications for Competition Law*, in *CLES Working Paper Series*, 2008, 1; DIXON P., GREENHALGH C., *The Economics of Intellectual Property: A Review to Identify Themes for Future Research*, 2002, University of Oxford Department of Economics Discussion Paper Series, 4-7 e dottrina *ivi* citata.

<sup>8</sup> BRADLEY WENDEL W., *Litigation Trolls*, in *Cornell Law Faculty Working Papers*, 2015, disponibile al link [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2702024](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2702024).

<sup>9</sup> SHRESTHA S., *Trolls or Market-Makers? An Empirical Analysis of Nonpracticing Entities*, in *Columbia Law Review*, 2010, iss 114, 119-131 e letteratura *ivi* citata.

La stigmatizzazione del fenomeno del *patent trolling* sorge dal fatto che, come si è detto, chi si produce in tale attività sfrutterebbe uno strumento – il brevetto – creato dall’ordinamento per un determinato fine (proteggere l’innovazione) in modo da ostacolare quel medesimo fine, imponendo un aumento dei costi transattivi sugli operatori del settore.<sup>10</sup> Affinché lo stesso si possa dire del *litigation trolling* occorrerà, dunque, non soltanto riscontrare il carattere speculativo dell’attività condotta, ma anche (e soprattutto) che questa operi in contrasto con i presupposti concettuali alla base dell’istituto di cui essa si serve. Sebbene siano state espresse posizioni di forte condanna all’attività di *litigation trolling*,<sup>11</sup> il fatto che essa abbia carattere eminentemente speculativo certamente non appare elemento sufficiente a fondare un giudizio negativo sulla stessa. Sono, infatti, diversi gli istituti – accettati e necessari al dispiegarsi dei rapporti sociali – che si caratterizzano per profili eminentemente speculativi. L’esempio più noto è quello del contratto di assicurazione sulla vita: l’istituto, condannato in origine da quanti vi vedevano una forma di “scommessa” sulla possibile morte dell’assicurato,<sup>12</sup> è ormai acquisito al panorama consolidato delle dinamiche negoziali. Ciò, tuttavia, non perché esso abbia in quale modo perduto la propria aleatorietà<sup>13</sup> – e, dunque, il proprio potenziale carattere speculativo –, bensì in virtù della raggiunta consapevolezza circa la funzione previdenziale dell’istituto e della sua rilevanza in termini di gestione ed allocazione dei rischi relativi agli eventi della vita.<sup>14</sup>

Parimenti insostenibile è la tesi per la quale l’azione processuale non dovrebbe ritenersi suscettibile *tout court* di attività speculative: a dirimere tale tesi basta un

<sup>10</sup> SICHELMAN T., *Commercializing Patents*, in *Stanford Law Review*, 2010, iss. 62, 341-368; Appare opportuno tuttavia osservare come anche in riferimento al fenomeno dei *patent troll* queste posizioni siano ormai messe in discussione da parte della dottrina: v. MAGLIOCCA G., *Blackberries and Barnyards: Patent Trolls and the Perils of Innovation*, in *Notre Dame Law Review*, 2007, iss. 82, 1809-1810; RISCH M., *Patent Troll Myths*, in *Seton Hall Law Review*, 2012, vo. 42, 456-467.

<sup>11</sup> FISHER D., *IBM GC Says: Beware of Lenders Offering To Finance Your Lawsuit*, in *Forbes*, 13 feb. 2013.

<sup>12</sup> MERKIN R., *Gambling By Insurance. A Study of the Life Insurance Act 1774*, in *Anglo American Law Review*, 1980, iss. 9, 331; cfr. altresì SANDEL M., *What Money Can't Buy: The Moral Limits of Markets*, 2012, 144-148 e riferimenti *ivi* citati. Per una complessiva ricostruzione dell’istituto si veda, inoltre, Rossetti M., *Il diritto delle assicurazioni*, Vol. III, *L'assicurazione della responsabilità civile, assicurazione sulla vita, assicurazione e prescrizione, assicurazione e processo*, Padova, 2013, 787 ss.

<sup>13</sup> Sui caratteri dell’alea contrattuale nell’assicurazione sulla vita v. BARISON S., GAGLIARDI M., *Dell'assicurazione sulla vita. Artt. 1919-1927*, in *Il codice Civile. Commentario*, Milano, ed. 2013, 14 ss.

<sup>14</sup> Anche in questo caso la dottrina è estremamente vasta. *Ex multis*, BRACCIODIETA A., *Il Contratto di Assicurazione. Disposizioni Generali. Artt. 1882-1903*, in *Il Codice Civile. Commentario*, Giuffrè, ed. 2012, 6 ss.; CORRIAS P., *Previdenza risparmio ed investimento nei contratti di assicurazione sulla vita*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2009, I, 90.91; POLOTTI DI ZUMAGLIA A., voce “Vita (Assicurazione sulla)”, in *Digesto Comm.*, XVI, Torino, 1999, 429; PECCENINI F., *L'assicurazione*, in *Tratt. Dir. Priv.* a cura di Rescigno, XIII, 2007, 94 e segg.; COTTINO G., IRRERA M., *Il contratto di assicurazione in generale*, in CAGNASSO O., COTTINO G., IRRERA M., *L'assicurazione: l'impresa e il contratto*, in *Tratt. Dir. Comm.* a cura di Cottino, X, Padova, 2001, 70; BIGLIAZZI GERI L., BRECCIA U., BUSNELLI F.D., NATOLI U., *Diritto civile*, Torino, 1992, III, 621; SCALFI G., voce “Assicurazione”, in *Digesto Comm.*, I, Torino, 1987, 339 ss.; SALANDRA V., *Assicurazione*, in *Commentario al Codice Civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna, 1966, 185 ss.

riferimento a soluzioni atte a subordinare il compenso degli avvocati all' esito dell'azione in giudizio, quali le *contingency* e le *success fees*, ovvero al patto di quota lite.<sup>15</sup>

Essenziale ai fini della valutazione del fenomeno del *litigation trolling* è, dunque, non soltanto una riflessione sugli obiettivi perseguiti da coloro che in tale attività si producono, ma altresì un'analisi degli effetti complessivi che simili condotte implicano per la società; non è possibile escludere *a priori* che, al di là della sua funzione speculativa, il *litigation trolling* possa dispiegare sul mercato effetti positivi, tali da determinarne un giudizio favorevole in termini di opportunità.

3. Al fine di operare una valutazione dell'attività dei *litigation troll* è dunque opportuno interrogarsi sui rischi che tale attività, ove praticata su larga scala, potrebbe implicare per il sistema giuridico e, in particolare, sulle dinamiche relative al contenzioso.

Il primo profilo a venire il rilievo in questo frangente riguarda la possibilità che questa attività possa condurre ad una esasperazione dei contenziosi, attraverso la proposizione di liti non meritorie in giudizio da parte di soggetti terzi alla vicenda concreta, interessati esclusivamente a trarre profitto dall'eventuale risarcimento accordato.<sup>16</sup> A ben vedere, una simile preoccupazione ha rilevanza trasversale negli ordinamenti nazionali: della medesima esigenza di evitare lo svilupparsi di liti non meritorie si ha, ad esempio, evidenza nell'ambito del dibattito relativo al *tort of champerty*, consistente, come è noto, nel divieto di pattuire la consegna di una percentuale del risarcimento assegnato in giudizio quale "premio" per l'avvocato che avesse condotto fruttuosamente la causa.<sup>17</sup> Purtuttavia, nel corso degli ultimi anni un ampio numero di giurisdizioni di *common law* ha iniziato a riconsiderare le proprie discipline nazionali: spiccano gli esempi del Regno Unito e dell'ordinamento australiano, ove le previsioni normative in materia di *champerty* sono state progressivamente abolite;<sup>18</sup> e ciò a dispetto della constatazione che il reato di *champerty* sia potenzialmente più problematico del *litigation trolling*, potendo astrattamente integrare fattispecie complesse laddove il premio pattuito soddisfi, ad esempio, gli estremi del reato di usura.<sup>19</sup>

Non solo: a ben vedere, il rischio dello svilupparsi di procedimenti non meritori

<sup>15</sup> Cfr. DANOVÌ R. (a cura di), *Compenso professionale e patto di quota lite*, Milano, 2009.

<sup>16</sup> STEINITZ M., *Whose Claim Is This Anyway? Third-Party Litigation Funding*, in *Minnesota Law Review*, 2011, iss. 95, 1286-87; MOLITERNO J., *Broad Prohibition, Thin Rationale: The "Acquisition of an Interest and Financial Assistance in Litigation Rules"*, in *Georgia Journal of Legal Ethics*, 2003, 223-228; MOLOT J., *Litigation Finance: A Market Solution to a Procedural Problem*, in *Georgia Law Journal*, 2010, iss. 99, 102 ss.

<sup>17</sup> Dei profili di analogia tra tale istituto e il *litigation trolling* si dirà più diffusamente in seguito. Sia sufficiente qui un rinvio a MOLITERNO J., *op. ult. cit.*, 250-251.

<sup>18</sup> V. AITKEN L., *Before the High Court: 'Litigation Lending' After Fostif*, in *Sydney Law Review*, 1006, 171; CHEN, D., *Can market stimulate rights? On the alienability of legal claims*, in *The RAND Journal of Economics*, 2015, Vol. 46, iss. 1, 26; REGAN M.C., HEENAN P.T., *Supply Chains and Porous Boundaries: The Disaggregation of Legal Services*, in *Fordham Law Review*, 2010, Vol. 78, 2137-2191.

<sup>19</sup> MARTIN S., *Financing Plaintiffs' Lawsuits: An Increasingly Popular (and Legal) Business*, in *University of Michigan Journal of Law Reform*, 2000, iss. 33, 59-71.

è un profilo comune a tutti i fenomeni di contenzioso di massa,<sup>20</sup> non ultimo quello della *class action*;<sup>21</sup> in questo senso una simile prospettiva sembra idonea a concentrare il dibattito non tanto sull'opportunità o meno dell'attività dei *litigation troll*, quanto piuttosto sulla presenza – all'interno dei diversi sistemi normativi – di strumenti idonei a gestire e prevenire le liti bagatellari (per quanto riguarda l'Italia, è possibile far riferimento alle disposizioni in materia di lite temeraria<sup>22</sup> e di ripartizione delle spese processuali, ma il discorso potrebbe ben estendersi in via generale a tutte le forme di sanzione a carico di colui che decida di condurre in processo una pretesa palesemente infondata)<sup>23</sup> e sull'efficacia empirica che tali rimedi possono avere a fini deflattivi del contenzioso.

Anche laddove, inoltre, il *litigation trolling* comporti effettivamente un aumento del "tasso di litigiosità", ciò potrebbe non necessariamente condurre ad un'esasperazione del sistema; anzi, a certe condizioni non può escludersi che una simile attività abbia un'efficacia deflattiva del carico giurisdizionale: ad es. qualora i soggetti titolati a proporre azione in giudizio optino per una soluzione a carattere non contenzioso, quale la mediazione o l'arbitrato; in quest'ultimo caso, inoltre, sarebbe persino possibile "sganciarsi" dalla giurisdizione dell'ordinamento statale nel quale la controversia sia sorta, attraverso la scelta del foro di maggiore convenienza per le parti.<sup>24</sup>

Persino una simile evenienza prospetta, tuttavia, potenziali profili critici meritevoli di considerazione: ipotizzando che l'attore (acquirente dell'azione in processo dal terzo danneggiato) abbia sufficienti risorse per promuovere cause anche futili, egli potrà – attraverso il ricorso allo strumento della mediazione – proporre all'eventuale controparte condizioni di accordo sub-ottimali, sfruttando a proprio vantaggio il fatto che l'eventuale fallimento della fase di mediazione e il conseguente inizio della fase contenziosa comportano complessivamente spese che essa potrebbe non essere in grado di sostenere, posto che dette spese non sono mai rimborsate nella loro interezza neanche in caso di vittoria.

Sullo sfondo di questa problematica si agita quello che probabilmente è il mag-

<sup>20</sup> Non a caso lo stesso Posner, in occasione del giudizio reso dal 7th *Circuit* della *Federal Court* nel contenzioso *Rhone c. Poulene Rorer Inc.*, 1995, si era espresso evidenziando notando «a great likelihood that the plaintiff's claims, despite their human appeal, lack legal merit».

<sup>21</sup> BONE R., *Class Action*, in *University of Texas Law, Law and Economic Research Paper* No. 209, 2011.

<sup>22</sup> In particolare si fa riferimento all'art. 96 comma 3 c.p.c., il quale presenta quale suo tratto caratteristico una precipua funzione sanzionatoria, atta a colpire i promotori di iniziative processuali pretestuose. Sul tema, in dottrina, v. BUSNELLI F.D., *L'enigmatico ultimo comma dell'art. 96 c.p.c.: responsabilità aggravata o "condanna punitiva"?*, in *Danno e responsabilità*, 2012, 985 ss.; DALLA MASSARA T., *Terzo comma dell'art. 96 c.p.c.: quando, quanto e perché?*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2011, 55 ss.

<sup>23</sup> Cfr. GUERRERO R., *Reevaluating Proposals for Tort Claims Markets in a World of Mass Tort Litigation*, in *The Review of Litigation*, Vol. 39, iss. 299, 2013.

<sup>24</sup> GROSS S., *We Could Pass a Law... What Might Happen if Contingent Legal Fees Were Banned*, in *DePaul Law Review*, 1998 47, 325 ss.;

giore scoglio nell'accettazione di una pratica come il *litigation trolling*, ossia il disallineamento – provocato dall'acquisto di un'azione da parte di un terzo – tra il danneggiato (e i suoi interessi) e l'evento dannoso, in favore della funzionalizzazione del medesimo evento agli scopi di un terzo investitore, portatore di un differente interesse: la vendita del diritto a proporre azione in giudizio sembra, in prima analisi, confliggere con la tradizionale concezione dell'obiettivo stesso del sistema delle cause, ossia garantire alle vittime di una condotta illecita la possibilità di ottenere la ricostituzione dei propri diritti (patrimoniali e non patrimoniali) lesi.

Al riguardo si è osservato che con lo sviluppo di un'attività stabile di compravendita delle azioni giudiziali, queste verrebbero equiparate a beni, perdendo la loro natura personalistica (il problema si apprezza, con particolare incidenza, ipotizzando la circolazione delle azioni di risarcimento del danno non patrimoniale); si aggiunga, inoltre, che la circolazione delle azioni giudiziali potrebbe tradursi – essendo l'azione in giudizio svincolata dall'effettiva esigenza di riparazione – in un calo di richiesta per rimedi socialmente desiderabili, quali le ingiunzioni o i risarcimenti in forma specifica.<sup>25</sup>

4. A fronte delle summenzionate perplessità riguardo l'attività di compravendita delle azioni giudiziarie, è tuttavia necessario evidenziare come lo sviluppo di simili condotte presenti altresì significative potenzialità positive – non soltanto in favore dei *troll* stessi – che dovrebbero essere tenute in considerazione al fine di operare una valutazione complessiva del fenomeno.

Il primo profilo: attraverso la vendita della propria azione il danneggiato può recuperare una somma (pattuita con l'acquirente) a titolo di risarcimento, immediatamente ed indipendentemente dall'esito del contenzioso, posto che il rischio di ottenere un risarcimento inferiore alla somma corrisposta (ovvero, persino, di non ottenere alcun risarcimento) incomberà esclusivamente sul terzo acquirente.

Da tale constatazione discendono alcune implicazioni di rilievo, posto che il *litigation trolling* è inscindibilmente legato all'effettivo esercizio dell'azione, indipendentemente dal fatto che ciò avvenga in sede processuale ovvero attraverso l'utilizzo di un metodo di risoluzione non contenzioso: il ricorso ad una simile soluzione permetterebbe, da una parte, di scongiurare la possibilità, per i danneggianti, di profittare del danneggiato attraverso la messa in atto di comportamenti ostruzionistici volti a prolungare e a differire quanto più possibile l'esito del giudizio,<sup>26</sup> e, dall'altra, potrebbe stimolare il contenzioso in tutti i settori nei quali attualmente la presenza di fattori collaterali – legati, ad esempio, alle difficoltà di ordine probatorio, ovvero al grande potere contrattuale dei danneggianti – scoraggia la proposizio-

<sup>25</sup> ABRAMOWICZ M., *On the Alienability of Legal Claims*, in *Yale Law Journal*, 2004, 114.

<sup>26</sup> MARTIN S., *The Litigation Financing Industry: the Wild West of finance should be tamed not outlawed*, in *Fordham Journal of Corporate & Financial Law*, 2004, Vol. 10, Iss. 1, 75.

ne di azioni in giudizio da parte di individui privi di sufficienti risorse.<sup>27</sup>

Il principale vantaggio offerto dai *litigation trolls* è, dunque, quello di fornire un'opzione – alternativa al contenzioso – ai danneggiati dai comportamenti illeciti, i quali non abbiano le risorse finanziarie per poter condurre la controversia in sede giudiziale. Costoro, difatti, potranno scegliere di vendere il proprio diritto di proporre azione in giudizio, liberandosi immediatamente dei rischi (e dei costi) connessi all'esercizio di tale azione. Si ricordi, infatti, che la vendita dell'azione in giudizio non rappresenta un obbligo per il danneggiato, ma è solo una possibilità che si aggiunge al novero dei rimedi a sua disposizione: pur potendo egli ben scegliere di iniziare personalmente l'azione in giudizio, la cessione della pretesa creditoria gli garantirà altresì la possibilità di evitare l'esborso di somme di denaro al fine di condurre l'azione in giudizio, allocando l'onere di recuperare la posta risarcitoria in capo a terzi.<sup>28</sup> Una simile possibilità assume significativa rilevanza laddove si consideri che, in ragione della perdurante crisi economica, non sembra infrequente l'ipotesi nella quale un soggetto danneggiato non abbia sufficienti risorse per anticipare le spese del giudizio e, di conseguenza, in assenza di alternative si trovi impossibilitato a far valere i propri diritti di fronte ad un sinistro.

Non solo: i margini di profittabilità offerti dalla possibile speculazione - da parte dei *litigation troll* - tra il costo necessario all'acquisto dell'azione e il risarcimento accordato in giudizio, si prestano altresì ad incentivare in via generale la proposizione di azioni in caso di sinistro, con una conseguente funzione deterrente verso i danneggianti, i quali vedrebbero crescere il rischio di andare incontro a procedimenti giudiziali in caso di comportamenti negligenti ovvero illeciti.<sup>29</sup>

L'affermarsi dell'attività di compravendita delle azioni giudiziali potrebbe, infine, ridurre la complessiva incertezza del sistema giudiziale: l'analisi delle cause operata dai *litigation troll* in sede di valutazione di convenienza per l'acquisto delle azioni e l'affidamento (dopo la vendita) della causa a soggetti dotati di specifiche *expertise* nella gestione di un simile *business*, nonché in generale i profili di studio in fase di pianificazione dell'investimento, offrirebbero significativi elementi per valutare la probabilità di successo dei diversi tipi di azione e, dunque, il tasso di rischio per coloro che si rendano artefici di determinati comportamenti illeciti; oltre all'incidenza sotto il profilo della deterrenza, dunque, si avrà in generale un incremento della conoscenza circa le relazioni di causalità tra determinati comportamenti e l'efficacia del sistema giudiziario.

A fronte della pluralità di elementi evidenziati si potrebbe, a questo punto, porre una domanda di fondo: permettere (o persino promuovere) l'attività dei *litigation*

<sup>27</sup> Simili problematiche si rinvencono, ad esempio, nelle cause relative al risarcimento del danno da illecito antitrust. Sul tema sia consentito un rinvio a DAVOLA A., *Oltre il private enforcement: l'ipotesi di un mercato delle azioni di risarcimento del danno antitrust*, in *Danno e responsabilità*, 2015, 7, 677 ss.

<sup>28</sup> CHOCHARIS P., *Creating a Market for Tort Claims*, in *Yale Journal on Regulation*, 1995, n. 4, 481-482.

<sup>29</sup> Cfr. SUGARMAN P., YARASHUS V., *If You Like Enron, You'll Love Tort Reform*, in *Boston Bar Journal*, 2004, 46, 26-27.



*troll* opererebbe in contrasto, come ritiene Posner, ovvero in favore del principio di accesso alla giustizia? Al quesito non è possibile dare una risposta *a priori*, dal momento che l'incidenza dei diversi *pro* e *contra* di una simile soluzione – da cui dipende in maniera determinante la valutazione del *litigation trolling* in termini positivi o negativi – potrebbe essere valutata soltanto attraverso un'analisi empirica dell'ipotetico mercato che l'affermarsi di tale pratica potrebbe creare.

Occorre, dunque, domandarsi in primo luogo se l'attività di *litigation trolling* possa considerarsi ammissibile all'interno del territorio dell'Unione e, ove si dia risposta positiva, comprendere se sussistano sufficienti incentivi (non in un'ottica generale, bensì) in termini di profittabilità individuale da far ritenere che, qualora tale attività fosse considerata lecita nel territorio dell'Unione Europea, sia effettivamente verosimile l'affermarsi di un mercato delle azioni in giudizio.

Con riferimento a quest'ultimo aspetto, la risposta si presenta in verità più semplice rispetto alla problematica relativa alla praticabilità di una simile soluzione all'interno dell'Unione (la quale richiede invero un discorso più ampio, investendo profili di tipo sia processuale, sia sostanziale):<sup>30</sup> in particolare, per valutare il potenziale interesse ad investire nell'acquisto di azioni processuali, è possibile utilizzare in via estensiva i dati economici raccolti in occasione degli studi condotti in materia di *litigation funding*;<sup>31</sup> tale disciplina condivide, infatti, con il *litigation trolling* alcuni assunti operativi fondamentali, primo fra tutti l'obiettivo (da parte, in questo caso, del *funder*) di garantirsi un profitto tramite una speculazione tra quanto investito per condurre in giudizio la controversia e quanto ottenuto in sede di risarcimento.

In questo senso, studi empirici<sup>32</sup> (nonché lo stesso sviluppo di un mercato strutturato al riguardo) hanno ampiamente dimostrato i profili vantaggiosi della conduzione del *litigation funding*. Di conseguenza, essendo economicamente proficuo condurre un'attività concretizzantesi nel conferimento a terzi delle risorse necessarie a proporre – in proprio nome – cause in giudizio in cambio di una percentuale dell'eventuale risarcimento accordato, si ritiene ragionevole che la medesima profittabilità possa rinvenirsi altresì nella pratica di *litigation trolling*.

5. Verificata la convenienza economica del *litigation trolling* per il mercato, è necessario interrogarsi sulla possibile implementazione a livello regolamentare di tale attività all'interno del sistema dell'Unione; sebbene, infatti, i *litigation troll* sia-

<sup>30</sup> V. *infra* par. 5.

<sup>31</sup> Per un'analisi generale del tema v. HODGES C., VOGENAUER S., TULIBACKA M., *Costs and Funding of Civil Litigation: A Comparative Study*, University of Oxford, *Legal Research Paper Series*, 2009, 24-30, consultabile al link <http://ssrn.com/abstract=1511714>.

<sup>32</sup> ABRAMS D., CHEN D., *A Market for Justice: A First Empirical Look at Third Party Litigation Funding*, 2013, in 15 *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, 1075 ss.; Available at: <http://scholarship.law.upenn.edu/jbl/vol15/iss4/4>



no ormai entità diffuse nel sistema giuridico americano, il fenomeno è essenzialmente sconosciuto in Europa, e conseguentemente non esiste una riflessione compiuta in dottrina e in giurisprudenza sui possibili profili critici di una tale realtà all'interno del territorio comunitario.

L'implementazione di una simile pratica nell'Unione solleva, invero, dubbi di natura sia dogmatico-sostanziale, sia procedurale, i quali debbono essere affrontati separatamente al fine di impostare una riflessione compiuta sul tema.

5.1 Il primo elemento di riflessione attiene, in via generale, al ruolo della responsabilità civile nel sistema dell'Unione. In particolare, bisogna chiedersi se la separazione tra le figure di danneggiato e risarcito possa snaturare la natura compensativa del risarcimento del danno così come delineata nelle legislazioni degli Stati Membri.

È questo un problema che attiene squisitamente al panorama europeo, posto che negli Stati Uniti la presenza dei *punitive damages* permette – quantomeno a livello concettuale – di aggirare con facilità l'ostacolo: nel momento in cui si individui un'essenziale esigenza nel garantire la repressione della condotta illecita attraverso l'imposizione di oneri (anche indipendenti e maggiori) rispetto al danno causato, appare evidente come una simile opzione interpretativa si presenti altresì idonea a giustificare la presenza di un meccanismo di sostituzione del danneggiato qualora l'intervento di un terzo possa – in ottica sistemica – garantire con maggiore probabilità la repressione delle condotte illecite all'interno del sistema giuridico.

Non così semplice, invece, è il discorso all'interno del sistema dell'Unione, dove ben più significativo appare il tema del rapporto – e della ricerca di un equilibrio – tra riparazione e punizione.<sup>33</sup>

La giurisprudenza – e, facendo particolare riferimento all'esperienza italiana, la Corte di cassazione<sup>34</sup> – ha avuto più volte modo di esprimersi in condanna del sistema dei danni punitivi, evidenziando come «una punizione non strumentale alla riparazione sarebbe una mera *petitio principis*»,<sup>35</sup> escludendo conseguentemente la compatibilità di pronunce a tale tipologia di danno con le disposizioni interne degli Stati Membri. A fronte di una posizione sì netta, volta a rimarcare come nel nostro ordinamento compito precipuo del sistema del risarcimento del danno sia ripristinare la sfera patrimoniale del danneggiato,<sup>36</sup> potrebbe dunque dubitarsi della liceità della separazione tra il danneggiato effettivo e il destinatario del risarcimento in caso

<sup>33</sup> BUSNELLI F. D., *L'illecito civile nella stagione europea delle riforme del diritto delle obbligazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 6, 444.

<sup>34</sup> *Ex mutis* v. Cass., 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Foro it.*, 2007, I, 1460, con nota di PONZANELLI G., *Danni punitivi: no grazie*, e in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2007, 981 ss., con nota di SPOTO G., *I punitive damages, al vaglio della giurisprudenza italiana*.

<sup>35</sup> SCALISI V., *Il nostro compito nella nuova Europa*, in *Europa e diritto privato*, 2007, 2, 250.

<sup>36</sup> VETTORI G., *La responsabilità civile fra funzione compensativa e deterrente*, in [www.personaemercato.it](http://www.personaemercato.it), 2008.

di acquisto del diritto a proporre l'azione in processo da parte di un *litigation troll*.

Si ritiene, tuttavia, che tale posizione possa essere confutata sulla base di due ordini di valutazioni.

Il primo elemento a venire in rilievo – invero essenziale – riguarda il fatto che accanto alla funzione riparatoria, la responsabilità civile è chiamata negli ordinamenti europei a svolgere una imprescindibile funzione di carattere general-preventivo, la quale prenda in considerazione la posizione del danneggiante e l'idoneità del giudizio ad incidere sulla condotta futura di quest'ultimo.<sup>37</sup>

In virtù di tale constatazione potrebbe dunque porsi in dubbio che l'acquisto da parte di un *litigation troll* del diritto di proporre azione in processo sia, *in toto*, incompatibile con gli obiettivi perseguiti dal sistema della responsabilità civile, specialmente laddove una simile pratica abbia l'effetto concreto di dissuadere – attraverso il maggior rischio di contenziosi – i danneggianti dal compiere atti illeciti.

Una simile opzione interpretativa trova altresì conforto nel processo di ripensamento che – promosso dall'azione della Corte di cassazione – sta caratterizzando il dibattito sulla natura della responsabilità civile. A fronte della tradizionale chiusura ad una coesistenza tra risarcimento del danno e carattere non riparatorio dello stesso,<sup>38</sup> recenti pronunce della Cassazione sembrano infatti suggerire l'ammissibilità nel nostro ordinamento di forme risarcitorie che, pur mantenendo integra la propria natura compensativa, evidenzino anche ulteriori finalità: spicca in quest'ottica la recente pronuncia della Corte<sup>39</sup> sulla compatibilità con l'ordine pubblico italiano delle *astreintes* previste nell'ordinamento belga.<sup>40</sup> In tale occasione la Cassazione, ha prospettato un'interpretazione evolutiva del sistema della responsabilità civile, suscettibile di superare il modello meramente riparatorio del risarcimento: ciò è avvenuto, in particolare, valorizzando la possibilità di deviare dal modello risarcitorio tradizionale del danno-conseguenza in favore di soluzioni atte a ristorare il danno-evento (ossia la lesione), senza che per ciò solo si debba ritenere integrata una misura a carattere punitivo.

Vi è tuttavia anche un secondo profilo meritevole di considerazione: a ben vedere, alla luce dei caratteri del dibattito sui danni punitivi, appare ragionevole ritenere che il profilo della connotazione del risarcimento del danno attenga essenzialmente

<sup>37</sup> FRANCESCO P. *La responsabilità civile*, Maggioli, 2009, 19 ss. e riferimenti *ivi* contenuti.

<sup>38</sup> Cfr. altresì Cass., 8 febbraio 2012, n. 1781, in *Danno e responsabilità*, 2012, 609 ss., con nota di PONZANELLI G., *La Cassazione bloccata dalla paura di un risarcimento riparatorio*, e in *Corriere giuridico*, 2012, 1068 ss., con nota di PARDOLESI P., *La Cassazione, i danni punitivi e la natura polifunzionale della responsabilità civile: il triangolo no!*.

<sup>39</sup> Cass., 15 aprile 2015, n. 7613, in *Diritto civile contemporaneo*, 7 luglio 2015, con nota di SCIARRATTA N., *La Cassazione su astreinte, danni punitivi e (funzione della) responsabilità civile*.

<sup>40</sup> Sui caratteri di tale figura cfr. DE STEFANO F., *L'esecuzione indiretta: la coercitoria, via italiana alle "astreintes"*, in *Corriere merito*, 2009, 1181 ss., CAPPONI B., *Astreintes nel processo civile italiano?*, in *Giust. civ.*, 1999, II, 157 ss., PATTI S., *Pena privata*, in *Dig. disc. priv.*, 1995, Torino, 349 ss.

al momento della *quantificazione* dello stesso, senza che a tal fine rilevino valutazioni relative al destinatario del risarcimento. In altre parole: la scelta circa il carattere compensativo ovvero punitivo del risarcimento assume rilevanza esclusivamente quale parametro in base al quale operare la quantificazione, senza che a tal fine concorrano valutazioni circa l'effettiva destinazione del risarcimento al danneggiato.

È questa una posizione che trova supporto – seppur indirettamente – nelle valutazioni operate dalla giurisprudenza in merito alla cedibilità del credito da risarcimento del danno, sia patrimoniale che non patrimoniale, per atto *mortis causa* ovvero *inter vivos*:<sup>41</sup> in caso di sinistro stradale, ad esempio, è stato osservato come l'obbligazione risarcitoria sia elemento autonomo rispetto al titolo da cui essa scaturisce, e che conseguentemente la determinazione in giudizio del risarcimento dei danni subiti la relativa quantificazione dell'ammontare, determini la trasformazione del diritto personale (nel caso specifico, il diritto all'integrità fisica) in un diritto patrimoniale sulla somma il quale, non avendo carattere strettamente personale,<sup>42</sup> non deve ritenersi rientrante nel divieto posto all'art. 1260 c.c. e ben può allora costituire oggetto di cessione, a titolo oneroso o gratuito.<sup>43</sup>

Una simile valutazione non sembra scalfita dalle considerazioni di parte della dottrina, la quale ha ipotizzato che l'affermarsi di un «mercato dei crediti risarcitori»<sup>44</sup> possa operare in detrimento alle posizioni di eventuali debitori, configurando – attraverso la circolazione del credito – un frazionamento dello stesso tra una pluralità dei creditori, e conseguentemente un abuso del processo<sup>45</sup> stesso suscettibile di rendere eccessivamente gravoso l'adempimento dell'obbligazione debitoria,<sup>46</sup> nonché di condurre a giudicati potenzialmente contraddittori. Tale posizione appare, invero, destituita di fondamento laddove si osservi che la cessione (ed eventualmente altresì il frazionamento) del credito derivante da una condanna al risarcimento del danno – così come la cessione del diritto a proporre azione in giudizio – non incide in alcun modo sul profilo processuale: indipendentemente dalle vicende verificatesi a valle (nel caso della cessione del credito) ovvero a monte (nel caso di cessione del diritto a proporre azione in giudizio) della promozione dell'azione in giudizio, l'azione pro-

<sup>41</sup> *Ex multis* Cass. civ., 10 gennaio, 2012, n. 52, in *Foro it.* 2012, 2, 429. Cfr. altresì Cass. civ., 22 febbraio 2012, n. 2564 in *La resp. civ.*, 2012, 847; Cass. civ., 20 settembre 2011, n. 19133 in *Arch. circ.*, 2012, 335; Cass. civ., 13 maggio 2009, n. 11095 in *Arch. circ.*, 2012, 936; Cass. civ., 21 aprile 1986, n. 2812 in *Rep. Foro it.*, 1586, n. 39. In dottrina cfr. QUADRI F., *La cessione del credito risarcitorio ed il relativo esercizio dell'azione diretta*, in *Altalex, Quotidiano di informazione giuridica*, n. 2458 del 6 aprile 2009.

<sup>42</sup> In questo senso già in passato Cass. civ., 4 febbraio 1992 in *Dir. Fallim.*, 1992, II, 955.

<sup>43</sup> Da ultimo Cassazione civ., 03 ottobre 2013, n. 22601 in *Corriere Giur.*, 2014, 1232 ss.

<sup>44</sup> MIOTTO G., *Cessione dei crediti risarcitori e disciplina delle attività finanziarie*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2013, 553.

<sup>45</sup> Sull'istituto in oggetto v. GHIRGA M. F., *Recenti sviluppi giurisprudenziali e normativi in tema di abuso del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 445 ss.

<sup>46</sup> ARGINE S., MIOTTO G., *L'abuso della cessione del credito risarcitorio*, commento a Trib. Milano, 14 maggio 2015, n. 6099 e a G.d.P. Milano, 13 gennaio 2016, n. 227, in *Danno e Responsabilità* (in corso di pubblicazione).

cessuale rimane infatti strutturalmente unitaria, e altresì unitaria e completa rimane la richiesta di risarcimento, la quale verrà qualificata dal giudice nella sua interezza.

Se, infatti, non è consentito al danneggiato – in presenza di un unico fatto illecito – frazionare la tutela giurisdizionale,<sup>47</sup> è ragionevole ritenere che, una volta quantificata (unitariamente) l'obbligazione risarcitoria, la stessa sarà naturalmente suscettibile di circolazione e frazionamento al pari di qualsiasi altro credito, in conformità con le disposizioni previste dal codice civile in tema di cessione del credito. Di conseguenza, non si produrrà in capo al debitore alcun aggravio ulteriore rispetto a quello che l'ordinamento già prevede, regola e consente, attraverso la disciplina delle modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio.<sup>48</sup>

Anche laddove, infine, si volesse dar credito alla (invero labile) posizione di coloro i quali hanno sostenuto che la frammentazione del credito sarebbe suscettibile di provocare, in capo al debitore un onere tale poter configurare un abuso del diritto da parte del creditore,<sup>49</sup> non si comprende come tale posizione potrebbe incidere sulla disciplina della cessione del credito risarcitorio: i profili della disponibilità e della divisibilità dell'obbligazione individuano, in verità, due caratteristiche indipendenti; di conseguenza, postulare la potenziale illiceità di un atto di frazionamento del credito non incide in alcun modo sulla possibilità di cessione – nella sua integralità - del credito stesso.

Sgomberato il campo da tali riserve, è possibile dunque osservare che se – come appare ragionevole – il diritto al risarcimento del danno, una volta quantificato (ed indipendentemente dalla sua natura compensativa ovvero punitiva), assume carattere meramente patrimoniale, e dunque perde il suo legame – e fondamento ontologico – con la figura del danneggiato, allora non si vede perché l'azione in risarcimento non possa essere *ab origine* oggetto di circolazione, fondando di fatto il presupposto operativo per l'attività dei *litigation troll*.

Il problema assume, se mai, una dimensione differente: il vero profilo critico in relazione all'attività dei *litigation troll* non concerne l'alienabilità del diritto a proporre azione in giudizio, ma il sistema di valori sotteso all'accesso alla giustizia. Parte della dottrina<sup>50</sup> ha infatti osservato come il diritto di azione, sebbene disponibile, non possa qualificarsi come un bene puramente privato: la società nella sua interezza trae beneficio dal fatto che la risoluzione delle dispute avvenga in conformità a valori pubblici, così come l'articolazione – da parte degli organi giudicanti – delle ragioni alla base delle sentenze fornisce strumenti per comprendere, criticare e riformare il diritto positivo; in questo senso, il fenomeno del *litigation trolling*

<sup>47</sup> In questo senso Trib. Milano, 14 maggio 2015, n. 6099 in *Danno e Responsabilità*, 8-9, 2016, 885.

<sup>48</sup> In particolare, art. 1260 c.c. Sia qui sufficiente un riferimento generale a GALGANO F., *Trattato di diritto civile*, Vol I, Padova, 2010, 74 ss.

<sup>49</sup> ARGINE S., *Il fenomeno del frazionamento quale manifestazione abusiva del diritto*, in *Foro pad.*, 2015, 17 ss.

<sup>50</sup> BRADLEY WENDEL W., *Litigation Trolls*, in *Cornell Law Faculty Working Papers*, 2015, 14.

sconfesserebbe le finalità del sistema nel momento in cui uno strumento essenziale per garantire istanze generali di giustizia sostanziale (ossia l'istituto del processo) venga strumentalizzato al fine di perseguire l'interesse privato del profitto.

5.2 Il secondo profilo d'indagine concerne le criticità che l'attività dei *litigation troll* può sollevare sotto il profilo della compatibilità con la disciplina processualistica degli Stati Membri.

Nell'analizzare la possibile esistenza di vincoli normativi suscettibili di regolare – o di proibire – il *litigation trolling*, emerge innanzitutto l'impossibilità di operare una valutazione unitaria all'interno del territorio dell'Unione. Sebbene, infatti, significativi siano stati i processi di armonizzazione che hanno caratterizzato lo sviluppo del diritto privato europeo nel corso degli anni, la disciplina processualistica mantiene ancora intatto il proprio legame con la sovranità nazionale; in particolare, la preponderanza del principio di autonomia processuale – così come riconosciuto dalla Corte di giustizia<sup>51</sup> – evidenzia come ancora complessa si presenti la strada verso la creazione di un diritto processuale europeo.<sup>52</sup> Di conseguenza, un'analisi volta ad evidenziare le criticità di ordine processuale all'attività dei *litigation troll* non potrà che assumere una prospettiva eminentemente nazionale.

In questo senso, volgendo lo sguardo all'ordinamento italiano, occorre considerare come gli eventuali ostacoli normativi appaiano – ad una compiuta riflessione – più apparenti che altro; si ritiene in questa sede di potersi soffermare sulle due disposizioni del codice di procedura civile che, con maggiore evidenza, potrebbero ostare ad un sistema di compravendita delle azioni processuali all'interno dell'ordinamento italiano, ossia gli articoli 111 e 81 c.p.c., disciplinanti rispettivamente la successione a titolo particolare nel diritto controverso e la sostituzione processuale (il quale sottende la più ampia tematica della legittimazione processuale ad agire).

Entrambe le norme, che potrebbero astrattamente ostare alla circolazione delle azioni tra privati, si rivelano alla prova dei fatti inidonee a costituire un ostacolo al *litigation trolling*.

Per quanto riguarda l'art. 111 c.p.c., bisogna osservare come la disposizione in parola – la quale prevede che, “se nel corso del processo si trasferisce il diritto controverso per atto tra vivi a titolo particolare, il processo prosegue tra le parti originarie” – non sembra assumere alcun rilievo nel caso dell'acquisto da parte di un terzo del diritto a promuovere un'azione processuale. Ciò perché, come si evince dal di-

<sup>51</sup> V., per la prima elaborazione del principio, Corte Giust. 16 dicembre 1976, causa 33/76, *Rewe*, in *Racc.*, p. 1989, e 9 novembre 1983, causa 199/82, *San Giorgio*, in *Racc.*, p. 3595.

<sup>52</sup> V. TROCKER N., *Civil law e common law nella formazione del diritto processuale europeo*, in *Riv. it. dir. pubb. comp.*, 2007, 421; CANNIZZARO E., *Effettività del diritto dell'Unione e rimedi processuali nazionali*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2013, p. 659; ID., *Sui rapporti fra sistemi processuali nazionali e diritto dell'Unione europea*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2008, fasc. 3, 447 ss.

sposto della norma, questa ha quale obiettivo la disciplina di vicende dispositive del diritto che si verifichino *in pendenza* di processo: il nesso di dipendenza giuridica fra il diritto del dante causa e quello dell'avente causa sussiste esclusivamente una volta che il processo ha iniziato il proprio decorso; tale posizione trova fondamento nel fatto che l'interesse collettivo alla libertà del traffico giuridico, nonché quello del titolare del diritto a disporre dei propri diritti, trova un limite nella tutela dell'affidamento della controparte del dante causa a non veder mutati i propri interlocutori *lite pendente* e, in generale, nell'interesse dell'ordinamento alla stabilità soggettiva del contenzioso processuale, affinché un mutamento dei soggetti coinvolti nel processo non influisca in maniera determinante sul *thema decidendum*.<sup>53</sup>

Se, dunque, la necessaria stabilità della situazione processuale impedisce il susseguirsi di titolari nel diritto controverso in corso di procedimento, appare ragionevole *a contrario* sostenere che prima dell'inizio della vicenda processuale ben possa verificarsi una successione attorea in virtù del trasferimento della situazione giuridica oggetto della disputa; situazione che potrebbe essere costituita proprio dal diritto a proporre azione giudiziale, il quale in nessun modo si differenzerebbe dagli altri diritti disponibili riconosciuti dall'ordinamento.<sup>54</sup>

Una simile lettura appare oltretutto confortata dalla considerazione per la quale, nel caso del *litigation trolling*, l'oggetto della cessione (il diritto a proporre azione in giudizio) non coincide con il diritto dedotto in processo, ossia il diritto al risarcimento; da tale scissione si dovrebbe, dunque, dedurre la non assoggettabilità della cessione alla disciplina della successione a titolo particolare nel diritto controverso, coerentemente con riflessioni giurisprudenziali e dottrinali che – maturate dall'analisi circa l'applicabilità dell'art. 111 c.p.c al trasferimento di azienda – sembrano oggi aver acquisito respiro generale.<sup>55</sup>

Del pari, la possibile contrarietà del *litigation trolling* all'art. 81 c.p.c. si rivela meramente ipotetica: sebbene la disposizione<sup>56</sup> sembri porre una condizione di inscindibilità tra la titolarità della situazione giuridica dedotta in giudizio (in particolare, per quanto qui interessa, la condizione di danneggiato) e la titolarità del diritto ad agire in processo, una simile lettura offrirebbe un'interpretazione erronea degli

<sup>53</sup> CONSOLO C., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, 2015 (ed. X), col. II, 458; CARNELUTTI F., *Appunti sulla successione nella lite*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1932, I, 6-7.

<sup>54</sup> OSSERVA REDENTI E., *Sui trasferimenti delle azioni civili*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1955, cit. 80. che le azioni civili dovrebbero «ritenersi suscettibili, almeno in linea di principio, di trasferimento, come lo sono gli altri diritti in generale, in quanto, ben s'intende, ciò sia compatibile con quei loro caratteri e sempreché la legge non disponga eccezionalmente il contrario».

<sup>55</sup> Da ultimo, v. Trib. Reggio Emilia, 16 giugno 2015, in *Foro it.*, 2015, 11, 3726 – 3732, con nota di DALFINO D. e PARDOLESI R. Cfr. altresì DALFINO D., *Successione nel processo* (voce), in *Digesto civ.*, *Aggiornamento*, 2007, Torino, 533 ss.

<sup>56</sup> Si prevede, in particolare, che “fuori dei casi espressamente previsti dalla nessuno può far valere nel processo in nome proprio un diritto altrui”.



obiettivi della norma. L'art. 81 c.p.c., infatti, non si propone di rappresentare un parametro di analisi della realtà sostanziale – ossia dell'effettiva titolarità del diritto dedotto in giudizio dall'attore –, ma al contrario opera sul piano della legittimazione processuale, disponendo una verifica sulle *affermazioni* delle parti, affinché il processo non possa svolgersi in presenza di un soggetto che si dichiara interessato a far valere in sede di contenzioso un diritto non proprio. La *legitimatio ad causam* (attiva, così come quella passiva) è da ricollegare esclusivamente alle affermazioni delle parti – ed in questo senso deve leggersi la previsione dell'art. 81 c.p.c. –, mentre la titolarità effettiva delle posizioni potrà essere affermata esclusivamente all'esito dell'accertamento giurisdizionale.<sup>57</sup>

Superate le perplessità in relazione ad entrambi gli indici normativi, più fondata – e più complessa nella sua risoluzione – si presenta invece la tematica (invero priva di una soluzione effettiva, stante l'assenza di una casistica concreta nel nostro ordinamento) degli eventuali diritti di opposizione spettanti alla controparte in relazione alla cessione del diritto di proporre azione in giudizio.

Tale aspetto, sebbene non direttamente incidente sul problema sostanziale della liceità del compravendere il proprio diritto di azione processuale, assume tuttavia significativa rilevanza nella prospettiva dell'effettivo esercizio di tale diritto da parte del terzo acquirente: se, infatti, una tale vicenda fosse qualificabile secondo i medesimi canoni previsti per la cessione del credito, sarebbe sufficiente la comunicazione da parte del cedente l'azione alla controparte (con la possibilità per quest'ultimo di opporre solamente le eccezioni personali); qualora, invece, si ritenesse – come forse più ragionevole in questo caso – di valutare la questione in termini di cessione di un diritto, sarebbe allora possibile per la controparte proporre in via generale eccezioni qualora tale cessione venga considerata a lui sfavorevole. È questa una problematica ancora aperta, sulla quale certamente sarà opportuno interrogarsi qualora il fenomeno del *litigation trolling* si affermi all'interno dell'ordinamento comunitario e italiano.

**6.** Una volta operate le valutazioni in relazione ai *pro* e ai *contra* dell'attività dei *litigation troll*, e avendo esaminato i problemi sostanziali e procedurali che l'esercizio di tale attività è suscettibile di sollevare all'interno dell'Unione, è opportuno cercare di fornire una lettura d'insieme al fine di formulare un giudizio complessivo sul fenomeno ed ipotizzare eventuali modalità di regolamentazione dello stesso.

<sup>57</sup> MONTELEONE G., *Manuale di diritto processuale civile, vol.I, Disposizioni generali. I processi di cognizione di primo grado. Le impugnazioni*, Padova, 2012, 193. In senso conforme; Cass. civ., 13 aprile 1989 n. 1751 in *Foro it.*, 1989, I, 2494; Cass. civ., 18 febbraio 1986 n. 957 in *Rep. Foro it.*, 1986, n. 77. Cfr. altresì Russo F., *Il regime processuale delle eccezioni di difetto di legittimazione attiva e passiva e di difetto di titolarità del rapporto. A proposito dell'ordinanza di rimessione alle sezioni unite 13 febbraio 2015 n. 2977*, in *Diritto Civile Contemporaneo*, 2015, II, consultabile al link <http://dirittocivilecontemporaneo.com/2015/05/il-regime-processuale-delle-eccezioni-di-difetto-di-legittimazione-attiva-e-passiva-e-di-difetto-di-titolarita-del-rapporto-la-parola-alle-sezioni-unite-cass-ord-13-febbraio-2015-n-2977/>.



Per fare ciò è tuttavia necessario, ancora una volta, un passo indietro: bisogna, in particolare, interrogarsi sulla logica di fondo del *litigation trolling* e comprendere le ragioni che hanno portato all'affermarsi di tale pratica negli USA.

Ad avviso di chi scrive, la *raison d'être* dietro il mercato delle azioni in giudizio – e, dunque, dietro i *litigation troll* - deve individuarsi nelle carenze sistemiche della tutela che il sistema giudiziario offre ai danneggiati da sinistri, sia dal punto di vista economico, sia dal punto di vista del rapporto tra l'effettività dei rimedi e gli oneri che essi importano sotto il profilo legal-probatorio.<sup>58</sup> A fronte di tale constatazione abbiamo infatti avuto modo di osservare come il *litigation trolling* possa offrire ai danneggiati – affiancandosi ai rimedi già esperibili – una soluzione differente rispetto al panorama consolidato al fine di ottenere immediatamente un risarcimento per il danno subito a seguito di attività illecite.

Cionondimeno, a fronte dell'esigenza di un bilanciamento tra i vantaggi che i danneggiati potrebbero trarre dal *litigation trolling* ed i rischi che l'esercizio di una simile attività speculativa potrebbe comportare, l'interprete è chiamato ad interrogarsi sulle possibili forme di regolamentazione del fenomeno al fine di ipotizzare un regime giuridico atto a permetterne lo svolgimento pur garantendo il rispetto dei valori fondanti l'ordinamento.

Un primo approccio – per quanto complesso – potrebbe essere quello volto a permettere l'esercizio di attività di *litigation trolling* soltanto in relazione ad alcune tipologie di cause.

In particolare, al fine di massimizzare i benefici dell'attività di *litigation trolling*, questa potrebbe essere limitata alle cause in cui il costo dell'esercizio dell'azione appaia sproporzionato rispetto al risarcimento atteso (come nel già menzionato caso del risarcimento del danno al consumatore per illecito antitrust) ovvero nelle ipotesi in cui l'onere probatorio sia troppo gravoso e complesso da soddisfare per il consumatore individuale, come i casi di *medical negligence*, i quali richiedono un significativo grado di competenza nella valutazione dei profili tecnici e hanno di conseguenza costi medi elevati nel territorio dell'Unione.<sup>59</sup>

Sempre in riferimento all'esigenza di mitigare i profili speculativi dell'attività in favore di esigenze di giustizia sostanziale, è possibile altresì ipotizzare l'autorizzazione del *litigation trolling* in via generale in relazione alle cause che rivestano un ridotto profilo di interesse per il singolo, ma dalle quali dipenda la tutela di interessi generali della collettività in virtù delle significative esternalità implicate, come i

<sup>58</sup> CHEN, D., *Can market stimulate rights? On the alienability of legal claims*, in *The RAND Journal of Economics*, 2015, Vol. 46, iss. 1, 52.

<sup>59</sup> HODGES C., VOGENAUER S., TULIBACKA M., *Costs and Funding of Civil Litigation: A Comparative Study*, University of Oxford, *Legal Research Paper Series*, 2009, 24-30, consultabile al link <http://ssrn.com/abstract=1511714>, 111.

contenziosi in materia di inquinamento e danno ambientale.<sup>60</sup> Sono, questi, casi nei quali è ben nota la difficoltà del contenzioso individuale a fornire soluzioni efficaci per i danneggiati, e per i quali non a caso erano state ipotizzate forme di tutela collettiva implementate negli ultimi anni nell'ordinamento comunitario, le quali tuttavia si sono rilevate – per una pluralità di ragioni che non è possibile qui ripercorrere nella loro interezza – al momento inefficaci.<sup>61</sup>

Un'altra soluzione praticabile – invero coerente con la natura compensativa del nostro sistema di responsabilità civile – potrebbe essere poi quella di permettere in via generale l'attività di *litigation trolling*, ma di predisporre strumenti per limitarne l'attitudine speculativa sul versante della quantificazione del risarcimento<sup>62</sup> prevedendo, ad esempio, dei massimali di risarcimento per il danno non patrimoniale in tutte quelle ipotesi in cui l'attore non coincida con il danneggiato.

Al di là delle strategie che in concreto si possano ipotizzare, un elemento rimane essenziale al fine di affrontare in modo criticamente adeguato la problematica in oggetto: l'attività dei *litigation troll* è, nei suoi effetti, caleidoscopica, affiancando al profilo eminentemente speculativo – a differenza di ciò che accade nel caso dei *patent troll*, come invece prospettava la lettura data dal giudice Posner – potenzialità dissuasive di comportamenti negligenti da parte di potenziali danneggianti e compensative in termini di immediata accessibilità del risarcimento per i danneggiati, operando in ultima analisi altresì in tutela di un generale interesse alla sicurezza.

Il *litigation trolling*, di conseguenza, offre l'opportunità di migliorare le possibilità di accesso al risarcimento per gli individui, che rappresenta il fine ultimo del sistema della responsabilità civile; a tale opportunità si contrappongono i rischi – insiti, in verità, in ogni mercato – derivanti dalle attività di coloro che, perseguendo il proprio interesse egoistico, possano minare l'efficienza del sistema nel suo complesso.

Ridurre tale rischio regolando le condotte dei consociati è, tuttavia, proprio il compito al quale è chiamato il legislatore, il quale, di fronte ad un nuovo fenomeno, deve interrogarsi sulle soluzioni ottimali al fine di ridurne i possibili profili d'illiceità senza giungere alla frustrazione delle potenzialità virtuose che esso presenta.

<sup>60</sup> FISHER D., *IBM GC Says: Beware of Lenders Offering To Finance Your Lawsuit*, in *Forbes*, 13 feb. 2013, 13.

<sup>61</sup> Per un'analisi compiuta del tema v., *ex multis*, BERGH D., *The preventive function of collective actions for damages in consumer law*, in *Erasmus Law Review*, 2008, 1, 2; STADLER A., *Group actions as a remedy to enforce consumer interests*, in *New frontiers of consumer protection: the interplay between private and public enforcement*, Intersentia, 2009.

<sup>62</sup> Cfr., seppur in un'ottica parzialmente differente, MARTIN S., *The Litigation Financing Industry: the Wild West of finance should be tamed not outlawed*, in *Fordham Journal of Corporate & Financial Law*, 2004, Vol. 10, Iss. 1, 75.

# *Difese e decisioni*

---



**CORTE DI CASSAZIONE**, sezione I civile; sentenza 15 aprile 2015, n. 7613; Pres. LUCCIOLI, Est. NAZZICONE, P.M. CAPASSO (Diff.) - Castellucci (Avv. ALGOZINI) c. Castellucci ed altri (Avv. CULMONE ED ALTRO). *Conferma App. Palermo 26 settembre 2012, n. 1332*.

**Deliberazione di sentenze straniere ed esecuzione di atti di autorità straniere - “Astreintes” previste da altri ordinamenti - Natura - Misure coercitive funzionali all’adempimento - Compatibilità con l’ordine pubblico italiano** (Regolamento (CE) n. 44/2001 del consiglio del 22 dicembre 2000 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l’esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, artt. 34,45,49).

*In quanto strumenti volti a coartare il debitore affinché adempia, le ‘astreintes’ previste in altri ordinamenti (nella specie, quello belga) non contrastano con l’ordine pubblico (1).*

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE  
SEZIONE PRIMA

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. LUCCIOLI Maria Gabriella - Presidente -

Dott. GIANCOLA Maria Cristina - Consigliere -

Dott. CAMPANILE Pietro - Consigliere -

Dott. DE CHIARA Carlo - Consigliere -

Dott. NAZZICONE Loredana - rel. Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso 9372/2013 proposto da:

CASTELLUCCI MAURO (c.f. CSTMRA59E01G273F), CASTELLUCCI MARIO (c.f. CSTMRA59E01G273V), elettivamente domiciliati in ROMA, VIA MONTE ZEBIO 37, presso l’avvocato MARCELLO FURITANO, rappresentati e difesi dall’avvocato ALGOZINI ALESSANDRO, giusta procura in calce al ricorso;

- ricorrenti – contro CASTELLUCCI GIOVANNI, CURCIO ROBERTA, CURCIO FIAMMETTA, carstensen Hanne, CURCIO GIANNA, CURCIO SAVERIO, CASTELLUCI GIUSEPPE, elettivamente domiciliati in ROMA, VIA A. BAFILE 5, presso l'avvocato FIORMONTE LUCA, che li rappresenta e difende unitamente all'avvocato RENATO CULMONE, giusta procura in calce al controricorso;

- controricorrenti -avverso la sentenza n. 1332/2012 della CORTE D'APPELLO di PALERMO, depositata il 26/09/2012;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 23/02/2015 dal Consigliere Dott. LOREDANA NAZZICONE;

udito, per i controricorrenti, l'Avvocato LUCA FIORMONTE che ha chiesto l'inammissibilità o il rigetto del ricorso;

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. CAPASSO Lucio, che ha concluso per il rigetto dei primi due motivi di ricorso, per l'accoglimento del terzo motivo e per l'assorbimento.

### SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

La Corte d'appello di Palermo, con la sentenza del 26 settembre 2012, ha respinto l'opposizione avverso il decreto del 30 marzo 2010, relativo all'esecutività in Italia dell'ordinanza emessa dal Giudice del sequestro di prima istanza di Bruxelles il 15 aprile 2009, che aveva dichiarato dovuto, per il numero di giorni intercorso tra il 17 luglio 2008 e il 20 ottobre 2008, l'importo giornaliero determinato dal Presidente del Tribunale di Commercio di Bruxelles del 5 marzo 2008, concernente il ritardo nella consegna al sequestratario nominato dal giudice di azioni rappresentative del capitale sociale della Mondello Immobiliare Italo-Belge s. a.

La corte d'appello ha ritenuto che: a) sebbene il provvedimento straniero non sia stato tempestivamente notificato ad uno degli opposenti, egli ha presentato dettagliato ricorso in opposizione, così dimostrando di essere a piena conoscenza del provvedimento, ritualmente notificato all'altro opponente; b) il provvedimento del giudice straniero, pur non definitivo al momento della proposizione del ricorso in exequatur, lo è divenuto nel corso del giudizio d'opposizione, onde il sostanziale rispetto dell'art. 49 del Regol. 44/2001/CE; c) l'ordinanza di condanna all'astriate non è contraria all'ordine pubblico interno, dal momento che esiste nel nostro ordinamento l'art. 614 bis c.p.c., introdotto dalla L. n. 69 del 2009, art. 49, il quale prevede un istituto del tutto simile; d) l'allegata sproporzione della penalità stabilita dal giudice straniero è questione di merito, preclusa al giudice italiano ex art. 45 del citato regolamento.

Per la cassazione di questa sentenza viene proposto ricorso sulla base di quattro motivi, illustrati da memoria; resistono con controricorso gli intimati.

## MOTIVI DELLA DECISIONE

1. - Con il primo motivo, i ricorrenti censurano la violazione dell'art. 38 Regol. 44/2001/CE, art. 2697 c.c., e art. 112 c.p.c., con nullità della sentenza, oltre al vizio di omessa motivazione, per avere la corte del merito trascurato di valutare i profili concernenti la qualità di parte interessata dei soggetti richiedenti l'exequatur (dal momento che non risultava che l'ammenda fosse dovuta ad essi, e non invece allo Stato o al custode giudiziario) e la natura esecutiva del provvedimento, dalle controparti non dimostrati e sui quali gli oppositori avevano sollecitato una pronuncia.

Con il secondo motivo, deducono la violazione dell'art. 42 Regol. 44/2001/CE, la nullità della sentenza e del procedimento e la motivazione insufficiente, perché controparte ha notificato tardivamente a Castellucci Mario la decisione straniera dichiarata esecutiva, mentre la corte territoriale ha ritenuto la circostanza irrilevante in quanto la parte era a conoscenza del ricorso cui si era opposta, dovendosi tuttavia la norma menzionata interpretare restrittivamente, quanto al rispetto delle forme previste.

Con il terzo motivo, censurano la violazione degli art. 49 Regol. 44/2001/CE e art. 2697 c.c., la nullità della sentenza e del procedimento e la motivazione insufficiente, posto che detta norma permette l'esecutività delle decisioni straniere che applicano una penalità soltanto ove definitive: mentre quella di specie era ancora non definitiva al momento della proposizione dell'istanza di esecutività alla corte d'appello.

Con il quarto motivo, lamentano la violazione degli artt. 34 e 45 Regol. 44/2001/CE, L. n. 218 del 1995, art. 15, artt. 11 e 12 preleggi, L. n. 69 del 2009, art. 58, oltre alla motivazione insufficiente, per essere la decisione riconosciuta contraria all'ordine pubblico interno, contrastando con esso l'istituto belga delle *astreintes*, posto che per l'ordinamento italiano il sistema della responsabilità civile ha unicamente funzione reintegratoria, non punitiva e che l'art. 614 bis c.p.c., non era ancora stato emanato allorché il giudice belga comminò il danno punitivo in discorso.

2. - Il primo motivo è in parte infondato ed in parte inammissibile. La questione in esso illustrata non fu, invero, proposta con il ricorso in opposizione, come palesa il riferimento degli stessi ricorrenti all'atto in cui affermano di averla introdotta, vale a dire la memoria di replica innanzi alla corte d'appello: laddove, secondo il costante orientamento di questa Corte (e plurimis, Cass. 7 dicembre 2004, n. 22970), con tale memoria le parti possono solo replicare alle deduzioni avversarie ed illustrare ulteriormente le tesi difensive già enunciate nelle comparse conclusionali, ma non esporre questioni nuove o formulare nuove conclusioni; pertanto, ove sia prospettata per la prima volta una questione nuova con tale atto, il giudice non può e non



deve pronunciarsi al riguardo. Il motivo è inammissibile, invece, quanto al dedotto vizio di motivazione - dovendo le osservazioni che seguono valere anche per i vizi motivazionali denunciati con i restanti motivi - perché in netta dissonanza con l'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, come riformato dal D.L. n. 83 del 2012, art. 54, comma 1, lett. b), convertito in legge n. 134 del 2012, che prevede l'esclusiva deducibilità dell'"omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti". Tale disposizione - applicabile *ratione temporis* alla fattispecie, in cui l'impugnazione riguarda una sentenza depositata il 26 settembre 2012, successivamente alla data (12 settembre 2012) di entrata in vigore della novella (cfr. il comma 3 dell'articolo citato) - ha, infatti, circoscritto il sindacato sulla motivazione, in sede di giudizio di legittimità, alla sola anomalia motivazionale che, concretandosi in violazione di legge costituzionalmente rilevante, incida sull'esistenza stessa della motivazione (risolvendosi nella mancanza assoluta di motivi sotto l'aspetto materiale e grafico, nella motivazione apparente, nel contrasto irriducibile fra affermazioni inconciliabili, nella motivazione perplessa ed obiettivamente incomprensibile) ed ha deprivato di ogni rilevanza l'insufficienza motivazionale, che non si risolveva in omesso esame di un fatto storico, principale o secondario, la cui esistenza risulti dal testo della sentenza o dagli atti processuali e che abbia costituito oggetto di discussione tra le parti e presenti carattere di decisività (cfr. Cass., sez. un., 7 aprile 2014, nn. 8053 e 8054).

3. - Il secondo motivo è infondato.

La sentenza impugnata ha rilevato che l'art. 42 Regol. 44/2001/CE dispone la notifica alla parte contro cui è chiesta l'esecuzione, attribuendo a quest'ultima il diritto di opposizione. Ne ha ricavato che nessun pregiudizio si è verificato nella specie al diritto dell'istante, che si è puntualmente e diffusamente difeso opponendosi alla concessione dell'esecutività medesima. Come questa Corte ha avuto modo di precisare (Cass. 20 novembre 2012, n. 20382), le decisioni emesse in uno Stato membro ed ivi esecutive sono automaticamente riconosciute per tali anche negli altri Stati membri (art. 38, 41 Regol. 44/2001/CE) e la parte contro cui è chiesta l'esecuzione può proporre apposito ricorso (art. 43 del citato regolamento), avendo dunque il legislatore comunitario delineato un sistema incentrato sulla diretta efficacia negli Stati membri dei provvedimenti giudiziari emessi in uno di essi, salva la possibilità di contestazioni da parte del potenziale esecutato, onde rileva soltanto la concreta lesione del diritto di difesa. In particolare, il procedimento delineato dal citato regolamento comunitario è un giudizio di cognizione di tipo monitorio, ispirato ad esigenze di celerità, mirando la norma suddetta a consentire al destinatario l'esercizio del suo diritto ad opporsi all'esecuzione. La decisione si è uniformata ai principi enunciati, avendo accertato che il diritto di difesa era stato esercitato con pienezza di tutela.

4. - Il terzo motivo è infondato.

La sentenza impugnata ha considerato la circostanza, dalla medesima accertata, che, al momento della decisione, il provvedimento straniero era passato in giudicato, onde non sussiste violazione alcuna dell'art. 49 Regol. 44/2001/CE.

Infatti, deve ritenersi irrilevante, per quanto esposto al p.3, la dedotta mancanza del presupposto della declaratoria d'esecutività al momento dell'emissione del decreto (nella specie, per non essere ancora definitiva la decisione straniera), rilevando invece il momento della definizione dell'opposizione da parte della corte d'appello.

5. - Il quarto motivo è infondato.

I ricorrenti invocano l'art. 34 Regol. 44/2001/CE, richiamato dall'art. 45, secondo cui le decisioni non sono riconosciute "1) se il riconoscimento è manifestamente contrario all'ordine pubblico dello Stato membro richiesto".

Il precetto è stato ribadito dall'art. 45 Regol. 1215/2012/UE, pur non applicabile al caso di specie, entrato in vigore lo scorso mese di gennaio.

La corte del merito ha qualificato la misura comminata, disposta in applicazione dell'art. 1385 bis, comma 1, del code judiciaire belga, quale astreinte, affermando che l'istituto è "posto a fondamento del provvedimento del giudice belga" e reputandolo non contrario agli schemi legali del nostro ordinamento, data l'introduzione nel 2009 dell'art. 614 bis c.p.c., contenente proprio una misura coercitiva indiretta finalizzata all'attuazione degli obblighi di fare infungibile e di non fare.

Reputa il Collegio che tale decisione non incorra nel vizio dai ricorrenti denunciato.

5.1. - La clausola dell'ordine pubblico mira a proteggere la coerenza interna dell'ordinamento; ma l'alta discrezionalità che comporta l'applicazione di tale limite deve indurre a farvi prudente ricorso, come è evidenziato dallo stesso avverbio utilizzato. Non si chiede, infatti, al giudice, chiamato al riconoscimento, di constatare la diversità della disciplina posta alla base della sentenza straniera rispetto al nostro ordinamento, ma di verificare se gli effetti della sua applicazione superino il vaglio di liceità alla luce dei principi di ordine pubblico. Ciò atteso il carattere di straordinarietà che il diniego di esecutività ha assunto con il regolamento n. 44/2001, ma che già caratterizzava la Convenzione di Bruxelles, il quale trova riscontro nella giurisprudenza di questa Corte di legittimità e in quella della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Tale Corte ha chiarito (Corte di giustizia, 6 settembre 2012, C- 619/10, Trade Agency Ltd, punti 48 e 51; in *Foro it. anno 2012, parte IV, col. 556*) che, poiché l'art. 34, punto 1, del regolamento 44/2001 deve essere interpretato restrittivamente, in quanto costituisce un ostacolo alla realizzazione di uno degli obiettivi fondamentali del regolamento, il ricorso alla clausola relativa all'ordine pubblico "può avvenire soltanto in casi eccezionali", così puntualizzando: "È quindi ipotizzabile ricorrere alla clausola relativa all'ordine pubblico di cui all'art. 34, punto 1, del regolamento 44/2001 solo ove il riconoscimento o l'esecuzione della decisione emessa in un altro

Stato membro contrasti in modo inaccettabile con l'ordinamento giuridico dello Stato membro richiesto, in quanto lesiva di un principio fondamentale. La lesione dovrebbe costituire una manifesta violazione di una norma considerata essenziale nell'ordinamento giuridico dello Stato membro richiesto o di un diritto riconosciuto come fondamentale nello stesso ordinamento giuridico (v. citate sentenze Krombach, punto 37, -Corte giust. 28 marzo 2000, causa C-7/98, Krombach, in Foro it., Rep. 2000, voce Unione europea, n. 860; Renault, punto 30 - ; Corte giust. 11 maggio 2000, causa C-38/98, Renault, in Foro it., 2000, IV, 417- e Apostolides, punto 59 -; Corte giust. 28 aprile 2009, causa C-420/07, Apostolides, id., Rep. 2010, voce cit., nn. 1144, 1150, 1153-). Questa Corte di legittimità, a sezioni unite, ha dal suo canto ancor di recente affermato che l'inderogabile tutela dell'ordine pubblico - e cioè delle "regole fondamentali poste dalla Costituzione e dalle leggi a base degli istituti giuridici in cui si articola l'ordinamento positivo nel suo perenne adeguarsi all'evoluzione della società" - è imposta a presidio della sovranità dello Stato, quale affermata nell'art. 1 Cost., comma 2, principio supremo dell'ordinamento costituzionale (Cass., sez. un., 17 luglio 2014, n. 16379, in Foro it. anno 2015, parte I, col. 588, e n. 16380).

Il concetto di ordine pubblico italiano, cui la sentenza straniera deve conformarsi per poter essere delibata, consiste dunque nel complesso dei principi cardine dell'ordinamento giuridico, i quali caratterizzano la stessa struttura etico-sociale della comunità nazionale in un determinato momento storico, conferendole una individuata ed inconfondibile fisionomia, nonché nelle regole inderogabili, provviste del connotato della fundamentalità, che le distinguono dal più ampio genere delle norme imperative, immanenti ai più importanti istituti giuridici, ivi compresi i principi desumibili dalla Carta costituzionale (Cass. 13 dicembre 1999, n. 13928, in Foro it. anno 2000, parte I, col. 3571; più di recente, cfr. Cass. 18 aprile 2013, n. 9483, in Foro it. Archivio Cassazione Civile, Voce: Delibazione [2080]; 19 luglio 2007, n. 16017, in Foro it. Archivio Cassazione Civile, voce: Diritto internazionale privato [2290]; 4 maggio 2007, n. 10215, In Foro it. Archivio Cassazione Civile, Voce: Diritto internazionale privato [2290]; 26 novembre 2004, n. 22332, in Foro it. Archivio Cassazione Civile, Voce: Lavoro (rapporto) [3890]; 6 dicembre 2002, n. 17349, in Foro it. Archivio Cassazione Civile, Voce: Delibazione [2080]). Ciò, tenuto conto del contesto Europeo, internazionale e convenzionale nel quali tali principi cardine etico- giuridici sono da collocare (Cass. 26 novembre 2004, n. 22332). Non può prescindere, dunque, da una valutazione complessiva della materia all'esame.

5.2. - Non constano pronunce della Corte che, nell'ambito del riconoscimento ed esecuzione di sentenze straniere, abbiano affrontato il tema della compatibilità delle astreintes di diritto francese (e di altri ordinamenti, come quello belga di specie) con l'ordine pubblico.

Peraltro, l'istituto viene dai ricorrenti insistentemente accostato a quello dei danni punitivi di derivazione anglosassone. Ne consegue che occorre dar conto dei precedenti che, in due occasioni, hanno escluso la compatibilità dei c.d. punitive damages con l'ordine pubblico.

Nel primo caso esaminato (Cass. 19 gennaio 2007, n. 1183), una corte statunitense aveva condannato, a seguito della caduta letale da un motociclo, la società produttrice del casco indossato dal conducente, e sganciatosi a causa della fibbia difettosa, al risarcimento del danno nella misura di Dollari 1.000.000,00. Argomentando anche dalla non riconducibilità della clausola penale e del risarcimento del danno morale alla categoria dei danni punitivi con finalità sanzionatorio-afflittiva, la sentenza ha concluso che “nel vigente ordinamento l'idea della punizione e della sanzione è estranea al risarcimento del danno, così come è indifferente la condotta del danneggiante”.

In continuità con tale decisione, è stata cassata con rinvio la sentenza d'appello di riconoscimento della sentenza emessa da un'altra corte statunitense, la quale aveva condannato la società produttrice di un macchinario a pagare la somma di Dollari 5.000.000,00, oltre interessi, relativamente ai danni subiti da un lavoratore, e ciò per il fatto che “nel vigente ordinamento il diritto al risarcimento del danno conseguente alla lesione di un diritto soggettivo non è riconosciuto con caratteristiche e finalità punitive, ma in relazione all'effettivo pregiudizio subito” (Cass. 8 febbraio 2012, n. 1781).

In entrambi i casi, si trattava del riconoscimento di sentenze straniere di condanna per responsabilità extracontrattuale, in cui è stato ravvisato anche un importo liquidato a fini di danno punitivo.

Laddove, nel caso in esame, il giudice belga ha invece corredato la condanna di consegna con l'obbligo di pagare una somma per ogni giorno della sua mancata esecuzione: tale specifica statuizione occorre dunque valutare.

5.3. - Anche l'ordinamento italiano conosce, a fronte dell'inadempimento di obblighi non coercibili in forma specifica, misure generali e speciali volte ad ottenere l'adempimento mediante la pressione esercitata sulla volontà dell'inadempiente a mezzo della minaccia di una sanzione pecuniaria, che si accresce con il protrarsi o il reiterarsi della condotta indesiderata. Senza pretese di completezza, si ricordano quelle norme secondo cui il provvedimento che accerta la violazione fissa una somma per ogni inosservanza o violazione successiva o per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione dei comandi in esso contenuti: così, in tema di brevetto e marchio, il R.D. 29 giugno 1127, n. 1939, art. 86, e R.D. 21 giugno 1942, n. 929, art. 66, abrogati dal D.Lgs. 10 febbraio 2005, n. 30, che ha dettato a tal fine le misure dell'art. 124, comma 2, e art. 131, comma 2; il D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, art. 140, comma 7, c.d. codice del consumo, dove si tiene conto della “gravità del fatto”; secondo alcuni, l'art. 709 ter c.p.c., nn. 2 e 3, introdotto dalla L. 8 febbraio 2006, n. 54, per le inadempienze agli obblighi di affidamento della prole; l'art. 614 bis c.p.c., intro-

dotto dalla L. 18 giugno 2009, n. 69, art. 49, il quale contempla il potere del giudice di fissare una somma pecuniaria per ogni violazione ulteriore o ritardo nell'esecuzione del provvedimento, "tenuto conto del valore della controversia, della natura della prestazione, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza utile"; il D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, art. 114, redatto sulla falsariga della norma appena ricordata, che attribuisce analogo potere al giudice amministrativo dell'ottemperanza.

In altri casi, è il giudice che commina la condanna, ma con riferimento ad un importo determinato in modo globale una tantum: si menzionano la L. 8 febbraio 1948, n. 47, art. 12, che prevede una somma aggiuntiva a titolo riparatorio nella diffamazione a mezzo stampa (cfr. Cass. 17 marzo 2010, n. 6490; 26 giugno 2007, n. 14761) e l'art. 96 c.p.c., comma 3, introdotto dalla L. 18 giugno 2009, n. 69.

Si tratta, nelle suddette disposizioni, di una condanna comminata direttamente dal giudice civile che fissa la norma del caso concreto; onde parzialmente diverse sono le ipotesi in cui è la legge che direttamente commina una determinata pena per il trasgressore: come - accanto alle disposizioni penali degli artt. 388 e 650 c.p. - l'art. 18, comma 14, dello statuto dei lavoratori, ove, a fronte dell'accertamento dell'illegittimità di un licenziamento di particolare gravità, la mancata reintegrazione è scoraggiata da una sanzione aggiuntiva; la L. 27 luglio 1978, n. 392, art. 31, comma 2, per il quale il locatore pagherà una somma in caso di recesso per una ragione poi non riscontrata; l'art. 709 ter c.p.c., n. 4, che attribuisce al giudice il potere di infliggere una sanzione pecuniaria aggiuntiva per le violazioni sull'affidamento della prole; o ancora il D.L. 22 settembre 2006, n. 259, art. 4, convertito in L. 20 novembre 2006, n. 281, in tema di pubblicazione di intercettazioni illegali, che dispone la riparazione consistente in una somma di denaro determinata in ragione di ogni copia stampata o con riguardo al bacino di utenza della diffusione avvenuta con mezzo radiofonico, televisivo o telematico (anche se il giudice dovrà tenere conto, in caso di azione risarcitoria, di quanto così corrisposto).

Deve constatarsi, dunque, che lo strumento di coercizione del comportamento desiderato mediante condanna giudiziaria ad una somma progressiva a ciò rivolta - nel perseguimento di fini privati, ma a volte anche superindividuali o generali - è presente nel nostro ordinamento, ed anzi l'area dei diritti presidiati dallo stesso è venuta man mano ad estendersi.

5.4. - È noto come allo strumento del risarcimento del danno, cui resta affidato il fine primario di riparare il pregiudizio patito dal danneggiato, vengano ricondotti altri fini con questo eterogenei, quali la deterrenza o prevenzione generale dei fatti illeciti (posto che la minaccia del futuro risarcimento scoraggia dal tenere una condotta illecita, anche se, secondo gli approdi dell'analisi economica del diritto, l'obiettivo di optimal deterrence è raggiunto solo se la misura del risarcimento superi

il profitto sperato) e la sanzione (l'obbligo di risarcire costituisce una pena per il danneggiante).

Si riscontra, dunque, l'evoluzione della tecnica di tutela della responsabilità civile verso una funzione anche sanzionatoria e deterrente, sulla base di vari indici normativi (quali, ad esempio, il D.Lgs. 10 febbraio 2005, n. 30, art. 125, sulla violazione di un diritto di proprietà industriale, o la L. 22 aprile 1941, n. 633, art. 158, come sostituito dal D.Lgs. n. 140 del 2006, art. 5, sulla protezione del diritto d'autore, che determinano il danno anche tenuto conto degli utili realizzati in violazione del diritto), specialmente a fronte di un *animus nocendi*; pur restando la funzione risarcitoria quella immediata e diretta cui l'istituto è teso, tanto da restare imprescindibile il parametro del danno cagionato.

5.5. - Risarcimento del danno ed astreinte costituiscono misure fra loro diverse, con funzione l'uno reintegrativa e l'altra coercitiva al di fuori del processo esecutivo, volta a propiziare l'induzione all'adempimento.

Parimenti, il danno punitivo ha struttura e funzione non coincidenti con l'astreinte.

A voler individuare, tra questi ultimi, dei tratti comuni, si può pur considerare che entrambi mirano (a coartare) all'adempimento:

l'astreinte di un obbligo ormai posto all'interno della relazione diretta tra le parti, in quanto derivante dal provvedimento giudiziale (anche qualora in origine si trattasse di illecito *extracontrattuale*) e da adempiersi in futuro; il danno punitivo - ma solo se riguardato come previsione normativa astratta fra gli strumenti a disposizione del giudice adito - all'adempimento futuro dell'obbligo generale del *neminem laedere* o dell'obbligazione contrattuale principale, restando però il contenuto suo proprio quello di sanzione per il responsabile, così che il profilo della coazione ad adempiere si configura con riguardo ad altri potenziali danneggianti o danneggiati.

Insomma, a voler ravvisare in entrambi gli istituti il fine di coartazione della volontà, si dovrà parlare, da una parte, di funzione deterrente propria, e, dall'altra parte, di una funzione deterrente solo indiretta.

Il parallelismo si estende in senso inverso, perché l'astreinte, se mira a convincere all'adempimento, *ex post* funziona anche come sanzione per il suo contrario.

E, dunque, può pur dirsi che le astreintes e i danni punitivi, già negli ordinamenti di derivazione, operano sia come strumenti sanzionatori e sia come forme di coazione indiretta all'adempimento.

Eppure, le differenze restano fondamentali: permane il fatto che l'astreinte non ripara il danno in favore di chi l'ha subito, ma minaccia un danno nei confronti di chi si comporterà nel modo indesiderato.

Allorché la misura pecuniaria sia comminata in aggiunta non alla condanna risarcitoria, ma a quella a consegnare un bene determinato (come, nella specie, le azioni rappresentative del capitale sociale), l'astreinte si allontana dalla liquidazione del danno punitivo, presentando i caratteri di una tecnica di tutela di altro tipo, ossia d'induzione all'adempimento mediante una pressione (indiretta nel senso che non ricorre agli organi dello Stato, ma diretta per il fine perseguito) a tenere il comportamento dovuto.

5.6. - Se la funzione sua propria è quella di coartare

all'adempimento, a tutela del creditore e dell'interesse generale all'esecuzione dei provvedimenti giudiziari, allora l'astreinte comminata nel provvedimento del giudice belga non contrasta con l'ordine pubblico italiano.

Non si può considerare invero in contrasto con un principio fondamentale, desumibile dalla Costituzione o da fonti equiparate, il provvedimento di condanna al pagamento di una somma che si accresce con il protrarsi dell'inadempimento, impartito da un giudice al fine di coazione all'adempimento di un obbligo infungibile. Al contrario, la misura comminata tutela il diritto del creditore alla prestazione principale accertata con provvedimento giudiziale, dunque mira ad assicurare il rispetto di fondamentali e condivisi principi, quali il giusto processo civile, inteso come attuazione in tempi ragionevoli e con effettività delle situazioni di vantaggio, ed il diritto alla libera iniziativa economica.

Nè rileva che l'art. 614 bis c.p.c., secondo quanto deducono i ricorrenti, non esistesse quando il giudice belga ha comminato la condanna: a parte il rilievo che la compatibilità con l'ordine pubblico va delibata al momento della definizione del giudizio di opposizione all'exequatur (cfr. Cass. n. 1782 del 2012), altri indici normativi nell'ordinamento erano comunque preesistenti (cfr. Cass. 23 settembre 2011, n. 19454).

Sotto il profilo della proporzionalità della misura, pure menzionato dai ricorrenti, basti infine rilevare che l'astreinte per sua natura lievita in ragione del ritardo nell'adempimento, in quanto la caratteristica della tecnica di tutela è appunto che più tarda l'attuazione della condotta dovuta, più grande è la sanzione: onde basta adempiere per evitare l'evento, con la conseguente non contrarietà all'ordine pubblico anche sotto tale aspetto (omissis).



# DNA polifunzionale della responsabilità civile: recenti apporti della Cassazione

di Paolo Pardolesi\*

*SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Diritto di cittadinanza per una ‘inclinazione’ punitivo/sanzionatoria della responsabilità civile?. – 2.1. Nulla è per sempre: un insperato mutamento di orizzonte. – 3. Una lettura in chiave di EAL: l’optimal deterrence. – 3.1. La complete deterrence. – 4. Dietro l’angolo.*

1. La chiosa finale di un precedente lavoro (pubblicato su questa rivista), concernente la cd. retroversione degli utili<sup>1</sup>, ruotava intorno all’idea, in precedenza semplicemente prospettata in dottrina<sup>2</sup> (e, successivamente, avallata, sia pure di scorcio, dal legislatore)<sup>3</sup>, che l’arco dei rimedi disponibili in materia di risarcimento del danno potesse estendersi, sulla base delle suggestioni provenienti dall’esperienza di *common law*, sino a ricomprendere una ‘vena’ punitivo/sanzionatoria. Ciò nonostante, in quella sede, era parso doveroso osservare come l’esigenza di assicurare una coerenza sistematica avrebbe richiesto un drastico cambiamento del modo di ‘pensare’ la materia della responsabilità civile valorizzandone l’indole polifunzionale, da sempre radicata nel suo DNA, ma, nell’ultimo mezzo secolo, mortificata dal predominio del ‘mantra’ della compensazione.

Superfluo ricordare che le maggiori incertezze, circa la possibilità che l’apparato rimediale nostrano possa svolgere il ruolo di *legal response* che nei sistemi di *common*

\* Professore Associato di Diritto privato comparato, Università degli Studi di Bari Aldo Moro.

<sup>1</sup> P. PARDOLESI, *Riflessioni in tema di retroversione degli utili*, in *Riv. dir. priv.*, 2014, n.2, 261.

<sup>2</sup> A tale proposito si rinvia alle riflessioni riguardanti gli istituti dell’arricchimento ingiustificato (P. TRIMARCHI, *L’arricchimento senza causa*, Milano, 1962, 54; O. TROIANO, *La tutela del diritto di autore attraverso la disciplina dell’arricchimento ingiustificato*, in *AIDA*, 2000, 207), della gestione d’affari altrui (P. SIRENA, *La gestione di affari altrui – Ingerenze altruistiche, ingerenze egoistiche e restituzione del profitto*, Torino, 2000; G. GUGLIELMETTI, *op. cit.*, 174; R. SACCO, *L’arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino, 1959, 114 ss.), della restituzione dei frutti (P. BARCELLONA, *Frutti e profitto d’impresa*, Milano, 1970, 80; G. GITTI, *Il “possesso di beni immateriali” e la riverzione dei frutti*, in *AIDA*, 2000, 152) e – versione estrema della precedente – dei modi d’acquisto della proprietà a titolo originario (P. BARCELLONA, *La lesione della proprietà intellettuale come conflitto non aquiliano*, relazione tenuta a Palermo, il giorno 7 febbraio 2002, nell’ambito del corso di diritto privato generale).

<sup>3</sup> Per un’attenta analisi delle peculiarità sottese agli indici nomativi in oggetto (tra cui l’art. 125 C.P.I., l’art. 158 l.a., art. 709 *ter* c.p.c., l’art. 1224 c.c.) v., da ultimo, P. PARDOLESI, *An italian way to disgorgement of profits? in Disgorgement of profits. Gain-based remedies throughout the world*, a cura di E. Hondius – A. Janssen, 2015, Springer, 139.

*law* viene implementato da strumenti quali i *punitive* e i *disgorgement damages*<sup>4</sup>, veniva proprio dalla giurisprudenza. Ecco, allora, che la sentenza in commento (nelle pieghe della quale il giudice di legittimità si pronuncia in termini favorevoli circa l'esecutività di un'*astreinte*<sup>5</sup>, posta in essere dal giudice belga, per il ritardo accumulato dall'opponente nell'adempire l'obbligo di consegnare determinati titoli azionari al soggetto nominatone sequestratario)<sup>6</sup> offre spunti di particolare interesse, sino a lasciare trasparire, sia pure per implicito, nuove consapevolezze.

2. La Corte di cassazione ha avuto diverse opportunità di misurarsi, in tempi recenti, con la difficoltà di prospettare nel nostro sistema rimediale una natura funzionale differente da quella compensativa. Ne è risultata una traiettoria ondivaga.

La ricognizione sul punto non può non prender le mosse dalla netta decisione (assunta nel 2007 e fortemente criticata dalla dottrina)<sup>7</sup> con cui il giudice di legittimità – contravvenendo, si direbbe, alla volontà del legislatore di aprire a soluzioni rimediali di chiara vocazione punitiva/sanzionatoria – aveva negato la delibazione di una sentenza (nella quale veniva richiesto un risarcimento per danni puntivi di un milione di dollari nei confronti del produttore italiano del casco protettivo che nel momento della collisione, per un difetto di progettazione e costruzione della fibbia di chiusura, si era staccato dal capo della vittima) pronunciata dalla Corte distrettuale della contea di Jefferson. In particolare, l'*exequatur* veniva confutato statuendo in maniera perentoria che la matrice *punitive* di un siffatto risarcimento era da considerarsi in palese contrasto con l'ordine pubblico (posto che i principi regolatori del nostro sistema civilistico in tema di responsabilità civile da illecito extracontrattuale

<sup>4</sup> Per un'analisi comparata degli strumenti in oggetto v., per tutti, P. PARDOLESI, *Contratto e nuove frontiere rimediali*. Disgorgement v. punitive damages, Bari, 2012.

<sup>5</sup> Per un'analisi concernente le misure coercitive previste dalla legge processuale belga v. orientativamente M. STORME, *L'astreinte nel diritto belga: sei anni di applicazione*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1986, 602 ss.; M. VITALI, *L'introduzione delle astreintes in Belgio*, in *Riv. dir. proc.*, 1983, 272 ss.; A. MONDINI, *Attuazione degli obblighi infungibili*, Milano, 2014, 30 ss. Nella letteratura straniera v., orientativamente, Y. DESDEVICES, *Astreintes – Introduction*, in *Juris Classeur Procédure civile*, 2120 (2004), par. 10 e segg.; S. GIUNCHARD-T. MOUSSA, *Droit et pratique des voies d'exécution*, Paris, 2000; R. PERROT, *La coercizione per dissuasione nel diritto francese*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, 658; per la letteratura italiana, E. VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, 727; F. DE STEFANO, *Note a prima lettura della riforma del 2009 delle norme sul processo esecutivo ed in particolare dell'art. 614-bis c.p.c.*, in *Riv. esecuz. forz.* 2009, 520; M. TARUFFO, *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1988, 161 ss.

<sup>6</sup> La sentenza in epigrafe (Cass., 15 aprile 2015, n. 7613) è stata commentata da A. MONDINI, *Astreintes, ordine pubblico interno e danno punitivo*, in *Foro it.*, 2015, I, 3960; G. CORSI, *Il sì della suprema corte all'astreinte straniera*, in *Danno e resp.*, 1155; N. SCIARRATTA, *Astreinte, danni punitivi e (funzione della) responsabilità civile*, in [www.dirittocivilecontemporaneo.com](http://www.dirittocivilecontemporaneo.com).

<sup>7</sup> Cass., 19 gennaio 2007, n. 1183, *Foro it.*, 2007, I, 1460 (con nota fortemente critica di G. PONZANELLI, *Danni punitivi: no grazie*). Per un'analisi d'insieme del vigoroso dibattito intorno ai *punitive damages* mi permetto di rinviare riassuntivamente al mio contributo dal titolo "*I punitive damages nell'ordinamento italiano*" (in *Seminari di diritto privato comparato*, a cura di P. PARDOLESI, Bari, 2011, 59 ss.).

– a partire da quello dell’integralità del ristoro, che deve riportare la vittima sulla curva d’indifferenza in cui si sarebbe assestata se non si fosse materializzato l’illecito: nulla di meno, ma neppure nulla di più – configurano il risarcimento dovuto al danneggiante quale riparazione del pregiudizio arrecato al danneggiato)<sup>8</sup>.

Nondimeno, un inaspettato (quanto forse, almeno per certi versi, inconsapevole) cambio di rotta rispetto alla lettura restrittiva della nostra responsabilità civile in chiave esclusivamente compensativa si è delineato con due decisioni ravvicinate nel tempo, concernenti rispettivamente un caso di illecito sfruttamento del diritto d’immagine<sup>9</sup> e un’ipotesi di violazione del diritto d’autore<sup>10</sup>.

In margine alla prima controversia, la Suprema corte ebbe a stabilire che, prospettandosi un danno da illecito sfruttamento dell’immagine di un giovane e sconosciuto ballerino (posto in essere a scopo di lucro dalla scuola di ballo presso cui era stato allievo per alcuni anni), la liquidazione avrebbe potuto essere determinata “con riferimento agli utili presumibilmente conseguiti dall’autore dell’illecito”<sup>11</sup>. Quanto dire che, facendo tesoro delle modifiche introdotte dall’art. 5 del decreto *enforcement* all’art. 158 l.a., la Corte di legittimità optava per l’applicazione dello strumento della retroversione degli utili in un’accezione parasanzionatoria, in grado di ricalcare le orme dello strumento ‘*quasi punitive*’ dei *disgorgement damages*<sup>12</sup>.

Tale orientamento (favorevole, nello specifico, all’applicabilità della retroversione degli utili per contrastare le criticità sottese alle cd. ipotesi di arricchimento da fatto illecito e, più in generale, ad un ‘recupero’ in senso polifunzionale della nostra responsabilità civile) è stato confermato, a distanza di pochi mesi, dal nostro Supremo collegio in una decisione assunta in tema di quantificazione del danno da violazione

<sup>8</sup> “[N]el vigente ordinamento l’idea della punizione e della sanzione è estranea al risarcimento del danno, così come è indifferente la condotta del danneggiante. Alla responsabilità civile è assegnato il compito precipuo di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, mediante il pagamento di una somma di denaro che tenda ad eliminare le conseguenze del danno arrecato. E ciò vale per qualsiasi danno, compreso il danno non patrimoniale o morale, per il cui risarcimento, proprio perché non possono ad esso riconoscersi finalità punitive, non solo sono irrilevanti lo stato di bisogno del danneggiato e la capacità patrimoniale dell’obbligato, ma occorre altresì la prova dell’esistenza della sofferenza determinata dall’illecito, mediante l’allegazione di concrete circostanze di fatto da cui presumerlo, restando escluso che tale prova possa considerarsi *in re ipsa*”: Cass. 1183/2007 cit., 1460.

<sup>9</sup> Cass., 11 maggio 2010, n. 11353, in *Foro it.*, 2011, I, 540 (con nota di P. PARDOLESI, *Abusivo sfruttamento d’immagine e danni punitivi*).

<sup>10</sup> Cass., 15 aprile 2011, n. 8730, in *Foro it.*, 2011, I, 3073 (con nota di P. PARDOLESI, *Violazione del diritto d’autore e risarcimento punitivo/sanzionatorio*).

<sup>11</sup> Cass. 11353/2010 cit., 540.

<sup>12</sup> Prova ne sia il fatto che, di là dalle tradizionali tecniche di quantificazione (quali il prezzo del consenso, la *dilution* dell’immagine e i danni morali), la Corte di Cassazione ha statuito che alla vittima della condotta illecita, poteva essere offerta l’opportunità di ottenere un risarcimento idoneo ad assicurare, per un verso, una semplificazione delle criticità connesse alla determinazione del ristoro e, per l’altro, il superamento dei rischi sottesi all’idea tradizionale in forza del quale l’autore dell’illecito è obbligato esclusivamente a compensare la vittima per il danno.

del diritto d'autore<sup>13</sup>. A ben vedere, infatti, perseguendo l'obiettivo "di evitare che l'utilizzatore abusivo si possa avvantaggiare del suo comportamento illecito, trattenendone gli utili invece e in luogo di chi avrebbe avuto il legittimo diritto di appropriazione", la Cassazione ha prospettato il superamento della 'monotonica' lettura rimediale in chiave compensativa "piegando l'istituto del risarcimento dei danni ad una funzione in parte sanzionatoria, (...), più che ripristinatoria di effettive perdite patrimoniali"<sup>14</sup>.

È parso, dunque, che le cennate pronunce potessero fungere da apripista per l'accreditarsi di una lettura 'aggiornata' (ma non davvero innovativa, in quanto già presente nel suo DNA) della natura polifunzionale della nostra responsabilità civile. Ma le aspettative sono andate deluse; il nostro Supremo collegio si è reso protagonista di un drastico dietrofront. Più in chiaro, adito per vagliare *l'exequatur* di una sentenza pronunciata dalla Corte Suprema del Massachussets (nella quale veniva statuito un risarcimento di cinque milioni di dollari, con tanto di avallo della Corte di appello di Torino, nei confronti di una società italiana produttrice di un macchinario difettoso per i danni arrecati ad un lavoratore), il giudice di legittimità ha scartato la soluzione sabauda profondamente errata<sup>15</sup>. Attraverso una motivazione a dir poco 'discutibile'<sup>16</sup>, la corte – riaffermando il principio in forza del quale la responsabilità civile risponde unicamente a finalità riparatorie – escludeva in radice la praticabilità di qualsivoglia sfumatura punitivo/deterrente (ancorché di carattere meramente presuntivo), denunciandone l'inconciliabilità con l'ordine pubblico (in quanto, per guardare unicamente alla posizione del danneggiante e non possedere alcuna relazione con il danno effettivo patito dal danneggiato, tali finalità non rientrano assolutamente nei suoi compiti funzionali).

2.1. La dotta sentenza in commento segna, dunque, una novità di tutto rilievo. Pronunciandosi in termini favorevoli circa l'esecutività di un'*astreinte* (ex art. 1385 *bis* del *Code judiciaire* belga), essa promuove un evidente ripensamento in merito all'inammissibilità in Italia dei risarcimenti ultracompensativi (e, più in generale, sulla natura polifunzionale ascrivibile alla nostra responsabilità civile).

<sup>13</sup> Nello specifico, la controversia in oggetto consisteva nell'abusiva diffusione di una serie televisiva posta in essere dalle società convenute a scapito della parte attrice che ne aveva acquistato i diritti di utilizzazione economica esclusiva sull'intero territorio nazionale (v. Cass. 8730/2011 cit., 3073).

<sup>14</sup> Cass. 8730/2011 cit., 3073.

<sup>15</sup> Cass., 17 febbraio 2012, n. 1781, in *Corriere giur.*, 2012, 1068 (con nota di P. PARDOLESI, *La Cassazione, i danni punitivi e la natura polifunzionale della responsabilità civile: il trinagolo no!*).

<sup>16</sup> In particolare, a sollevare non poche perplessità è l'idea che, di là dalla mancanza di qualunque riferimento alla figura dei danni punitivi, la concessione di una somma così elevata tradisca in ogni caso un'inclinazione punitiva estranea all'ordinamento giuridico italiano (senza trascurare, inoltre, che l'assenza di ogni indicazione circa i criteri adottati per raggiungere il risarcimento concesso nella decisione nordamericana impediva di verificare se la sentenza desse, o non, ingresso a voci di danno non ammesse dal sistema italiano). Per un'incisiva ricognizione dei profili critici della sentenza in oggetto v. G. PONZANELLI, *La Cassazione bloccata da un risarcimento non riparatorio*, in *Danno e resp.*, 2012, 609, 613.

Vale la pena di sintetizzare i passaggi fondamentali della decisione:

1) richiamando i principali strumenti normativi nei quali viene fissata una somma per ogni violazione/inosservanza o quelli in cui questa viene individuata dal giudice (“ma con riferimento ad un importo determinato in modo globale una *tantum*”), la Cassazione evidenzia come il nostro ordinamento giuridico conosca, “a fronte dell’inadempimento di obblighi non coercibili in forma specifica, misure generali e speciali volte ad ottenerne l’adempimento mediante la pressione esercitata sulla volontà dell’inadempiente a mezzo della minaccia di una sanzione pecuniaria, che si accresce con il protrarsi o il reiterarsi della condotta indesiderata”<sup>17</sup>.

2) ponendo l’accento sulla predominante finalità compensativa sottesa al risarcimento del danno, il giudice di legittimità rileva come ad esso debbano necessariamente essere ascrivibili “altri fini (...) eterogenei, quali la deterrenza o prevenzione generale dei fatti illeciti (posto che la minaccia del futuro risarcimento scoraggia dal tenere una condotta illecita, anche se, secondo gli approdi dell’analisi economica del diritto, l’obiettivo di *optimal deterrence* è raggiunto solo se la misura del risarcimento superi il profitto sperato) e la sanzione (l’obbligo di risarcire costituisce una pena per il danneggiante)”. Ne deriva che la stessa Suprema corte provvede a statuire in maniera nitida come, “pur restando la funzione risarcitoria quella immediata e diretta cui l’istituto è teso”, si debba riscontrare “l’evoluzione della tecnica di tutela della responsabilità civile verso una funzione anche sanzionatoria e deterrente, sulla base dei vari indici normativi (quali, ad esempio, il D. Lgs 10 febbraio 2005, n. 30, art. 125, sulla violazione di un diritto di proprietà industriale, o la L. 22 aprile 1941, n. 633, art. 158, come sostituito dal D. Lgs. n. 140 del 2006, che determinano il danno anche tenuto conto degli utili realizzati in violazione del diritto), specialmente a fronte di un *animus nocendi*”<sup>18</sup>.

3) infine, alla luce di tali considerazioni e al fine di evidenziare la compatibilità con l’ordine pubblico italiano della misura risarcitoria comminata dalla corte belga<sup>19</sup>, la Corte di legittimità pone in essere un’approfondita analisi in merito alla natura ‘coercitiva’ connessa alla *astreinte*. Se si conviene, come di dovere, che la funzione di siffatto strumento rimediabile è quella di coartare all’adempimento (a tutela del creditore e dell’interesse generale all’esecuzione dei provvedimenti giudiziari), la sua contrarietà all’ordine pubblico sarebbe da escludere in virtù della constatazione che “la misura comminata tutela il diritto del creditore alla prestazione principale accertata con provvedimento giudiziale, dunque mira ad assicurare il rispetto di fondamentali e condivisi principi, quali il giusto processo civile, inteso come attuazione in tempi ragionevoli e con effettività delle situazioni di vantaggi, ed il diritto alla libera iniziativa economica”<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> Cass. 7613/2015 cit.

<sup>18</sup> Cass. 7613/2015 cit.

<sup>19</sup> Per una attenta ricognizione sul punto v. A. MONDINI, *Astreintes, ordine pubblico interno*, cit., 3960 ss.

<sup>20</sup> Cass. 7613/2015 cit.

In quest'ordine di idee, merita attenzione l'incisiva opera di comparazione realizzata dalla Cassazione con lo strumento dei *punitive damages* (chiamati in causa dall'opponente e, soprattutto, come *supra* cennato, già oggetto di netti dinieghi di *exequatur* di sentenze straniere). A ben vedere – di là dalle indiscutibili differenze di carattere strutturale e, in parte, funzionale, ben messe in evidenza dalla Suprema corte<sup>21</sup> –, ciò che rileva ai fini della riflessione è la possibilità di rinvenire una comune matrice coercitivo/sanzionatoria. Quanto dire che, sebbene l'*astreinte* si allontani dalla liquidazione del danno punitivo (concernendo un'induzione all'adempimento mediante una pressione “indiretta nel senso che non ricorre agli organi dello Stato, ma diretta per il fine perseguito”), entrambi gli istituti, “negli ordinamenti di derivazione, operano sia come strumenti sanzionatori e sia come forme di coazione indiretta all'adempimento”<sup>22</sup>.

Per questa via si fa evidente il cambiamento di rotta statuito dalla Cassazione. Piuttosto che cristallizzarsi sulle difficoltà connesse alla metabolizzazione di un *punishment rationale* (caro ai sistemi di *common law*), la Suprema corte ne rileva l'efficacia funzionale sottolineando come il riconoscimento di una inclinazione sanzionatoria sia imprescindibile in tutte le ipotesi in cui l'*under-detection* dei danni comporti una responsabilità attesa inefficiente perché non in grado di indurre un *optimal care*. Prende così corpo un modo diverso di valutare gli strumenti rimediali punitivo/sanzionatori: piuttosto che al cd. *punishment rationale*, si guarda alla forza dell'*economic deterrence*.

3. Al fine di meglio comprendere le implicazioni sottese ad una ricostruzione secondo le linee testé indicate, il solo approccio che promette di dare indicazioni utili al riguardo è quello che va sotto il nome di *comparative law & economics* (col sicuro vantaggio di impiegare il bagaglio analitico di stampo microeconomico non già ad un singolo istituto nel vuoto, ma ad un ventaglio di ipotesi previamente omologato in base ad attento esame comparativo): del resto, come osservato da autorevole dottrina, l'impostazione ortodossa (beninteso, in chiave giuridica) ignora “il principale fondamento economico sotteso ai danni sopra-compensativi”, ovvero la possibilità che – quando i *compensatory damages* non sono in grado di indurre il soggetto agente ad assumere i *cost-justified precautions* – gli strumenti ad inclinazio-

<sup>21</sup> “L'*astreinte* di un obbligo ormai posto all'interno della relazione diretta tra le parti, in quanto derivante dal provvedimento giudiziale (anche qualora in origine si trattasse di illecito extracontrattuale) e da adempiersi in futuro; il danno punitivo – ma solo se riguardato come previsione normativa astratta fra gli strumenti a disposizione del giudice adito – all'adempimento futuro dell'obbligo generale del *neminem laedere* o dell'obbligazione contrattuale principale, restando però il contenuto suo proprio quello di sanzione per il responsabile, così che il profilo della coazione ad adempiere si configura con riguardo ad altri potenziali danneggianti o danneggiati”: così Cass. 7613/2015 cit.

<sup>22</sup> Cass. 7613/2015 cit.



ne punitivo/sanzionatoria siano necessari “per obbligare il soggetto agente a internalizzare l'intera gamma di pregiudizi causati dalle sue azioni”<sup>23</sup>.

La spinta rinviene qui dalla cd. *optimal deterrence theory*: a partire, nemmeno a dirlo, dall'analisi della celebre *Learned Hand formula of negligence*, elaborata nel caso *United States v. Carrol Towing*<sup>24</sup>. Affrontando le difficoltà legate all'accertamento della colpa nella responsabilità civile, il giudice Hand stabiliva che la condotta si sarebbe dovuta ritenere negligente qualora gli investimenti in precauzioni necessari ad eludere il pregiudizio (B) fossero risultati minori rispetto all'ammontare possibile del danno (L) moltiplicato per la probabilità della sua realizzazione (P): in altre parole,  $(B) < (P * L)$ <sup>25</sup>. Ne deriva che un comportamento potrà considerarsi efficiente allorché la condotta di un soggetto razionale sia orientata ad assorbire gli effetti dei costi sociali da lui prodotti: sicché, “al fine di indurre i convenuti ad agire in maniera efficiente, i danni compensativi dovrebbero eguagliare la perdita, e metter capo a una responsabilità attesa pari a  $P * L$ ”<sup>26</sup>.

Tuttavia, tale soluzione (ossia il raggiungimento dell'*optimal care*) viene messa seriamente in discussione quante volte chi ha agito negligenzemente abbia la possibilità di eludere la responsabilità relativa ai danni causati (per ragioni quali: l'*under-detection*, l'*under-compensation* o le imperfezioni nel sistema processuale)<sup>27</sup>. Mettendo in circolo tale presupposto, il ricorso a strumenti rimediali che (in virtù della loro attitudine punitivo/sanzionatoria) siano in grado di assicurare un risarcimento più elevato del valore netto del pregiudizio diventa imprescindibile al fine di assicurare che la responsabilità, attesa o preventivata, dell'autore del danno eguagli (o, meglio, internalizzi) i costi sociali da lui prodotti (ovviando, così, al rischio concreto dell'*under-enforcement*)<sup>28</sup>. In quest'ottica, Robert Cooter ha posto l'accento sull'opportuni-

<sup>23</sup> Sul punto, C.M. SHARKEY, *Economic analysis of punitive damages: theory, empirics and doctrine*, disponibile su: <http://ssrn.com/abstract=1990336>, 1, 4 ss., osserva come l'*economic rational* dei *supra-compensatory damages* – sebbene non formalizzato nello specifico contesto dei danni punitive “until recent decades” – sia “itself traceable back more than a century to Jeremy Bentham [*Principles of penal law*, in 1 *The works of Jeremy Bentham* 364 (1843), 401 s.]”.

<sup>24</sup> *United States v. Carrol Towing*, 159 F.2d 169 (2d Cir 1947). Sul punto si rinvia a R. A. POSNER, *A theory of negligence*, 1 *J. Legal Stud.* 29 (1972), 32 s.

<sup>25</sup> L.A. FRANZONI, *Introduzione all'economia del diritto*, Bologna, 2003, 100 ss.; G. FREZZA – F. PARISI, *Responsabilità civile e analisi economica*, Milano, 2006, 40 ss.

<sup>26</sup> A tale proposito, C.M. SHARKEY, *op. cit.*, 7, rimarca come il successo dell'*optimal deterrence model* dipenda dalla validità di due presupposti: “1) actors will in fact pay compensatory damages in each instance in which they take unreasonable risks and cause harm to others, and 2) compensatory damages can be set accurately to reflect the social cost of the harms inflicted”. Per l'impianto teorico di base dell'*optimal deterrence theory* v. S. SHAVELL, *Strict liability versus negligence*, 9 *J. Legal Stud.* 1 (1980).

<sup>27</sup> “Under-enforcement results from a variety of factors including under-detection of wrongful conduct, failure to sue, plaintiffs' inability to prove negligence and causation, and error”: C.M. SHARKEY, *op. cit.*, 7.

<sup>28</sup> Tale soluzione (ossia: *punitive damages* impiegati per mitigare l'*enforcement error*) viene prospettata da R. D. COOTER, *Economic analysis of punitive damages*, 56 *S. Cal. L. Rev.* 79 (1982), 84; D. ELLIS, *Fairness and efficiency in the law of punitive damages*, 56 *S. Cal. L. Rev.* 1 (1982), 25 ss.; R. D. COOTER, *Punitive damages for deterrence: when and how much?*, 40 *Ala. L. Rev.* 1143 (1989), 1148 ss.



tà che tali tipologie di rimedi (segnatamente l'A si riferiva ai danni punitivi) siano determinati in un multiplo dell'*enforcement error* (cd. *rule of reciprocal*)<sup>29</sup>: “in caso di consistente *enforcement error*, impiegando la Hand formula, il potenziale autore della condotta illecita potrebbe arrivare alla conclusione che sia per lui più fruttuoso esporre intenzionalmente i terzi al rischio delle conseguenze dannose in quanto il risparmio relativo ai costi di precauzione sarebbe maggiore rispetto ai costi connessi alla responsabilità preventivata”<sup>30</sup>. Per conseguenza, i danni punitivi dovrebbero essere concessi, da un lato, in presenza sia di un atto intenzionale che di un sostanziale *enforcement error* e, dall'altro, nel caso in cui la condotta illecita consenta al soggetto agente di trarre un beneficio materiale atto a “più-che-compensare il rischio di responsabilità per i soli danni compensativi”<sup>31</sup>.

Nel 1998, la soluzione sviluppata da Cooter venne rivisitata da Polinsky e Shavell attraverso l'elaborazione di una semplice formula (il cd. *punitive damages multiplier*), volta ad assicurare che l'autore della condotta illecita risponda per i danni causati: “il risarcimento complessivo, ossia danni compensativi più danni punitivi, imposti all'autore dell'illecito dovrebbero corrispondere al pregiudizio moltiplicato per il reciproco della probabilità che egli sia riconosciuto responsabile quando lo dovrebbe essere”<sup>32</sup>. In altre parole, la proposizione di un *multiplier approach* diretto a quantificare i danni punitivi sulla base della probabilità della *detection* parrebbe pretermettere il tradizionale legame dello strumento punitivo/sanzionatorio con l'elemento soggettivo (ovvero con la necessità che sussista l'intenzione di attuare una “malicious conduct”): “benefits derived from socially illicit conduct do not count towards social welfare”<sup>33</sup>.

3.1. Avvalendoci delle considerazioni testé formulate sulla teoria della deterrenza ottimale, il contrasto con la *ratio* gius-economica concernente la teoria della *complete deterrence* (sottesa a categorie rimediali quali i *disgorgement damages*) parrebbe assumere contorni inattesi quanto accattivanti. A ben vedere, infatti, nella prospettiva dell'EAL, tale categoria rimediale, piuttosto che guardare all'*optimal deterrence*, individua il suo fine principale nell'assicurare la *complete deterrence* delle attività social-

<sup>29</sup> R.D. COOTER, *Punitive damages*, cit., 1149 ss. Tuttavia, nell'ipotesi in cui l'*enforcement error* fosse di difficile determinazione, l'A. suggerisce la cd. “rule of thumb” consistente nel “costo della precauzione diviso per il danno atteso derivante dalla sua assenza”.

<sup>30</sup> Così C.M. SHARKEY, *op. cit.*, 8.

<sup>31</sup> R.D. COOTER, *Punitive damages*, cit., 1190.

<sup>32</sup> A.M. POLINSKY - S. SHAVELL, *Punitive damages: an economic analysis*, 111 *Harv. L. Rev.* 869 (1998), 889.

<sup>33</sup> “Though they do not employ the terminology, they insert a lone property rule amidst the loss-internalization liability rule domain”: C.M. SHARKEY, *op. cit.*, 9. Mette conto rimarcare come il *multiplier model* disegnato da Polinsky-Shavell abbia incontrato numerose critiche, tra cui spicca quella di Hersch - Viscusi (*Saving life through punitive damages*, 83 *S. Cal. L. Rev.* 229, 231) che –ritenendo insufficiente il livello di *deterrence* ad esso sotteso – propongono che i *punitive damages* siano collegati non già al valore dei *compensatory damages* bensì a quello della *statistical life*.

mente improduttive (nelle pieghe delle quali sia possibile riscontrare la volontà deliberata di realizzare l'illecito)<sup>34</sup>. Muovendo in tale direzione, si arriva alla (solo apparentemente paradossale) conclusione che, sebbene la teoria della deterrenza ottimale “possa avere una considerevole forza come teoria gius-economica prescrittiva, nella prospettiva di un'analisi gius-economica positiva (descrittiva), l'alternativa rappresentata dalla retroversione degli utili (...) ha il coltello dalla parte del manico”<sup>35</sup>. L'apparente paradosso si spiega agevolmente. Facendo tesoro di quanto rilevato in relazione alla teoria dell'*optimal deterrence*, i danni punitivi dovrebbero essere fissati in un multiplo (dell'*enforcement error* o della probabilità di *detection*) tale da spingere l'autore della condotta illecita ad assumere le opportune precauzioni onde evitare di incorrere in una 'ragguardevole' sanzione economica. Date le premesse, però, nulla vieta che quest'ultimo – ove abbia tratto dalla stessa un profitto che gli consenta di 'soddisfare' la sanzione prevista dai danni punitivi – possa ugualmente conseguire un rilevante vantaggio: in buona sostanza, per fare un esempio, se il titolare di una impresa riuscisse, attraverso un'accurata azione di spionaggio industriale, a impadronirsi di un brevetto altrui e a impiegarlo nel proprio *core business* realizzando guadagni formidabili, non troverebbe particolarmente disincentivante il dover corrispondere (a titolo di danni punitivi) la somma pari a un terzo.

Le cose cambiano notevolmente impiegando la logica (di matrice gius-economica) sottesa ai *disgorgement damages*. Essendo finalizzata alla completa *deterrence* della condotta *contra legem*, tale strumento rimediale obbligherebbe l'autore dell'illecito a provvedere alla restituzione dell'intera locupletazione realizzata illegalmente. Quanto dire che, secondo questa linea di pensiero, la maggiore incidenza punitivo/sanzionatoria dovrebbe ascriversi non già ai *punitive damages* (in relazione ai quali, anzi, l'intenzionalità dell'agire perderebbe qualsivoglia rilevanza)<sup>36</sup>, bensì alla categoria rimediale dei *disgorgement damages* (l'applicazione della quale, come rilevato in precedenza, dovrebbe richiedere la sussistenza dell'intenzione di compiere la condotta illecita): “la storica e convenzionale esigenza che per accordare danni punitivi ricorrano l'intenzione dolosa o la grave negligenza si adegua maggiormente alla teoria del *disgorgement*”<sup>37</sup>.

4. Una cosa appare certa: quando si travalica il riferimento alla misura puramente compensatoria, nell'ambito stretto della *corrective justice*, le coordinate si fanno alquanto indistinte e si lasciano influenzare da impressioni, se non emotive, certamente parziali. L'approccio giuridico prevalente sembra sotteraneamente impres-

<sup>34</sup> Per un'incisiva analisi di tale orientamento dottrinale v., orientativamente, K.N. HYLTON, *Punitive damages and economic theory of penalties*, 87 *Geo. L. J.* 421 (1998).

<sup>35</sup> C.M. SHARKEY, *op. cit.*, 7.

<sup>36</sup> “Punitive damages are warranted in all cases where under-enforcement is an issue; there is no reason to distinguish between intentional and purely negligent harms”: C.M. SHARKEY, *op. cit.*, 6.

<sup>37</sup> C.M. SHARKEY, *op. cit.*, 6 s.

sionato dalla possibilità che la retroversione degli utili comporti un esborso minore del danno complessivo subito dalla vittima, con la conseguenza di risultare insufficientemente affittiva; l'approccio economico prevalente, inseguendo il mito della deterrenza ottimale, accetta l'idea che, pagato il fio (moltiplicato per un qualche fattore), l'autore dell'illecito proceda per la sua strada, sì che la dimensione autenticamente punitiva si coglie solo là dove l'opportunità di profitto viene totalmente sterilizzata.

Ai nostri fini, comunque, è necessario rilevare come negli ambienti di *common law* la prospettiva gius-economica non sia mai riuscita a travalicare lo stadio di mera suggestione teorica, lasciando alla cd. *procedural objection* [articolata sulle diversità esistenti tra *remedies* (rivolti a tutelare l'interesse privato dell'attore all'adempimento dell'obbligo assunto dal *defendant* ponendolo nella stessa situazione in cui si sarebbe venuto a trovare se tale obbligo fosse stato correttamente e tempestivamente posto in essere) e *punishment* (inteso come l'insieme degli strumenti posti a sostegno dell'interesse della comunità all'esecuzione dell'obbligo violato)]<sup>38</sup> la completa influenza e incidenza pratica sull'evoluzione degli strumenti rimediali a matrice punitiva/sanzionatoria (quali i *punitive* e i *disgorgement damages*)<sup>39</sup>.

La sentenza in epigrafe non si spinge, va da sé, fino a questi estremi. Ma intavola un discorso là dove, in precedenza, si era soliti rifiutare qualsiasi confronto.

---

<sup>38</sup> Da ciò, l'opportunità di guardare con grande attenzione alla *summa divisio* tra *criminal* e *civil proceedings* (questi ultimi sono promossi dall'attore, laddove i primi rispondono alla finalità di punire il convenuto per conto e nell'interesse dello Stato) e, in particolare, alle notevoli differenze sottese tanto alle forme quanto alle modalità adottate per l'attuazione delle due categorie di procedimenti [sul punto v. P. JAFFEY, *The nature and scope of restitution*, Oxford –Portland, 2000, 377; nonché, *Restitutory damages and disgorgement*, (1995) *RLR* 30]. Più in chiaro: prendendo le mosse dalla considerazione che il livello di protezione garantito al *defendant* nel processo penale è sicuramente più elevato di quello offerto in quello civile, sembrerebbe di dover toglier dal giro del contenzioso tra privati l'applicazione – per il caso in cui il *defendant* abbia realizzato un profitto a seguito del compimento di un atto illecito – dell'istituto del *disgorgement* (oltre che del *punishment*): “[t]his is the main aspect of the ‘procedural objection’ to punishment or disgorgement in civil proceedings” (P. JAFFEY, *The nature* cit., 377). In tali procedimenti, infatti, i diritti del *defendant* non sarebbero garantiti da un adeguato livello di protezione (pienamente assicurato, invece, nei *criminal proceedings*).

<sup>39</sup> A tale proposito, C.M. SHARKEY, *op. cit.*, 4 s., rileva come “[n]otwithstanding its academic prominence, the economic deterrence rationale has not dominated doctrine. In fact, the U.S. Supreme Court has all but rejected economic deterrence, by instead placing increasing emphasis on a competing retributive punishment rationale. But, since punitive damages lie squarely within the purview of state law, state legislatures and courts possess a degree of freedom to articulate state-based goals of punitive damages – such as an economic deterrence – even in the face of heavy-handed federal constitutional review imposed by the U.S. Supreme Court”.



# CACUCCI EDITORE BARI

Fondata nel 1929

Amministrazione e redazione

Via D. Nicolai 39

70122 Bari

Tel. 080 5214220

Fax 080 5234777

[info@cacucci.it](mailto:info@cacucci.it)

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

Librerie

Via B. Cairoli 140 - 70122 Bari

Tel. 080 5212550

Via S. Matarrese 2/d - 70124 Bari

Tel. 080 5617175



# *rivista di diritto privato*

**CACUCCI EDITORE**

Via Nicolai, 39 - 70122 Bari

INTERESTAZIONE 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 2016	<input type="checkbox"/> abbonamento in versione PDF	<input type="checkbox"/> abbonamento annuale 2016	<input type="checkbox"/> abbonamento in versione PDF
	€ 135,00	€ 67,50	€ 270,00	€ 67,50

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

## *Magistrati e Uditori giudiziari*

Sconto del 30% sull'acquisto dell'abbonamento annuale alla rivista, applicabile rivolgendosi alla Cacucci Editore S.a.s., Via Nicolai, 39 - 70122 Bari, o via Fax al n. 080/5234777 o rivolgendosi al Servizio clienti al n. 080/62030890, o via e-mail [riviste@cacuccieditore.it](mailto:riviste@cacuccieditore.it). Nell'ordine d'acquisto i magistrati dovranno allegare fotocopia del proprio tesserino identificativo attestante l'appartenenza alla magistratura e dichiarare di essere iscritti all'Associazione Nazionale Magistrati.

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

## *Arretrati, cambi d'indirizzo, ecc.*

Cacucci Editore S.a.s. – Servizio clienti, Via Nicolai, 39 - 70122 Bari  
Tel. 080/62030890, Fax 080/5234777, e-mail: [riviste@cacuccieditore.it](mailto:riviste@cacuccieditore.it)

Egregio abbonato, ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, La informiamo che i Suoi dati saranno conservati nel database informatico del titolare del trattamento Cacucci Editore Sas. I Suoi dati saranno utilizzati dalla nostra società, da enti e società esterne ad essa collegati, nonché da soggetti terzi, titolari autonomi del trattamento, solo per l'invio di materiale amministrativo-contabile, commerciale e promozionale. Ai sensi dell'art. 7 del citato D.Lgs., Lei ha diritto di conoscere, aggiornare, rettificare, cancellare i Suoi dati, nonché di esercitare tutti i restanti diritti ivi previsti, mediante comunicazione scritta a Cacucci Editore Sas, Via Nicolai, 39 - 70122 Bari.

DATA

FIRMA

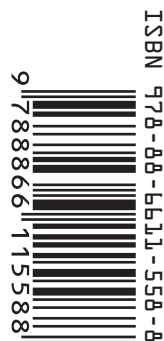




# UN LEGAME INDISSOLUBILE.



Cosa ci lega alla terra in cui nasciamo? La solidità delle nostre radici, per esempio, che ci fanno crescere e guardare sempre a nuovi orizzonti. Così facciamo noi di Banca Carime, instaurando un rapporto fondamentale con il territorio in cui operiamo e sostenendone le iniziative culturali e sociali.



€ 38,00

**UBI**  **Banca Carime**