

# *rivista di* diritto privato

3 anno XXIV - luglio/settembre 2019

## **Comitato scientifico**

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

## **Direzione**

Giorgio De Nova  
Mario Cicala  
Massimo Franzoni  
Enrico Gabrielli  
Raffaele Lener  
Edoardo Marcenaro  
Giuseppe Minniti  
Vincenzo Roppo  
Giuliana Scognamiglio  
Giuseppe Vettori



**CACUCCI  
EDITORE**

# rivista di diritto privato

## Publicazione trimestrale

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

Via D. Nicolai, 39 – 70122 Bari (BA)

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

Telefono 080/5214220 – Fax 080/5234777

**Direttore responsabile:** Nicola Cacucci

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

**Direttore:** Giorgio De Nova

**Direzione:** Giorgio De Nova, Mario Cicala, Massimo Franzoni, Enrico Gabrielli, Raffaele Lener, Edoardo Marcenaro, Giuseppe Minniti, Vincenzo Roppo, Giuliana Scognamiglio, Giuseppe Vettori

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

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

## Redazioni

**Roma:** Maria Barela, Marco Nicolai, Benedetta Sirgiovanni

**Bari:** Adriana Addante, Claudia Morgana Cascione

Autorizzazione Tribunale di Bari n. 16 Reg. Stampa del 16/04/2009. Num. R.G. 1500/2009 Tariffa R.O.C.: Poste Italiane S.p.A. – Spedizione in abbonamento postale – D.L. 335/2003 (conv. in L. 27 febbraio 2004, n. 46) art. 1, comma 1.

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

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

**Prezzo singola copia:** € 38,00.

**Arretrati:** prezzo dell'anno in corso all'atto della richiesta.

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

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

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

Cacucci Editore S.a.s. – Servizio clienti,

Via Nicolai, 39, 70122 Bari.

Tel. 080/5214220, Fax 080/5234777,

e-mail: riviste@cacuccieditore.it

## INFORMATIVA SULLA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI

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

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

### CRITERI DI SELEZIONE DEI CONTRIBUTI PUBBLICATI

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### CODICE ETICO

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

# *rivista di* diritto privato

---

2019

**Comitato scientifico**

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

**Direzione**

Giorgio De Nova  
Mario Cicala  
Massimo Franzoni  
Enrico Gabrielli  
Raffaele Lener  
Edoardo Marcenaro  
Giuseppe Minniti  
Vincenzo Roppo  
Giuliana Scognamiglio  
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 3/2019

---

### Saggi e pareri

---

- Dall'impresa-organo alla fondazione di partecipazione: modelli vecchi e nuovi dell'iniziativa economica pubblica**  
*di Carlo Ibba* 327
- I contratti aleatori nel codice civile italiano e nel codice civile e commerciale argentino e la assicurazione della responsabilità civile professionale**  
*di Francesco Delfini* 341
- La forma del contratto di investimento tra "funzione informativa" e requisito *ad substantiam actus***  
*di Cristina Dalia* 365
- Antagonismi socio-economici e conformazione normativa dell'autonomia contrattuale**  
*di Rosanna De Meo* 387
- L'art. 1416 c.c.: i conflitti con (e tra) i creditori**  
*di Silvia Brandani* 409
- Riconoscimento e determinazione dell'assegno *post-matrimoniale*: il ritrovato equilibrio ermeneutico**  
*di Giancarlo Savi* 425
- L'impresa "civile" nella solidarietà sociale**  
*di Vincenzo Bancone* 453
- L'effettiva natura della sentenza (?) di liquidazione giudiziale e l'evidenza del singolare potere amministrativo del Tribunale ordinario concorsuale**  
*di Irene Coppola* 465



## *Saggi e pareri*

---





# Dall'impresa-organo alla fondazione di partecipazione: modelli vecchi e nuovi dell'iniziativa economica pubblica\*

di Carlo Ibba\*

---

*SOMMARIO: 1. Impresa-organo, ente pubblico economico e società in mano pubblica, dagli anni '50 al Testo unico sulle società a partecipazione pubblica. – 2. Le società in house fra alterità soggettiva e separazione patrimoniale. – 3. Gli enti non societari a partecipazione pubblica. – 4. segue: Le fondazioni di partecipazione e la loro sfuggente disciplina.*

1. Poco più di sessanta anni fa, un celebre saggio di Massimo Severo Giannini tracciava magistralmente una tripartizione volta a classificare le varie tipologie di impresa pubblica a seconda che questa venisse esercitata da una struttura interna dello Stato o di un ente pubblico territoriale<sup>1</sup>, da un ente pubblico appositamente costituito e comunque avente l'esercizio dell'impresa quale oggetto esclusivo o principale, oppure da un ente privato (di forma societaria) nel quale un soggetto pubblico avesse una posizione determinante. Era la tripartizione, tuttora ben nota, fra i modelli della così detta impresa-organo, dell'ente pubblico economico e della società in mano pubblica<sup>2</sup>.

In quelle pagine erano delineati molto chiaramente anche i riflessi della distinzione sul piano della disciplina, nel primo caso avendosi la soggezione integrale alla legislazione amministrativa e alla contabilità pubblica; nel secondo l'applicazione

---

\* Il lavoro trae spunto dalla *Relazione* presentata, col titolo "L'impresa pubblica: modelli di gestione, poteri, responsabilità", al Convegno su *Terzo settore, impresa pubblica, cooperazione: gestione, poteri e opportunità nell'impresa con finalità "collettive"* (Bolzano, 30 novembre 2018) e da quella presentata, col titolo "Modelli vecchi e nuovi dell'iniziativa economica pubblica", al Convegno su *Le società partecipate dalle pubbliche amministrazioni. Il Testo unico alla prima applicazione. Esperienze e prospettive* (Trento, 5 aprile 2019). E' destinato agli *Scritti dedicati a Pietro Masi*.

\*\* Professore Ordinario di Diritto Commerciale nell'Università di Sassari.

<sup>1</sup> Volendo, potrebbe parlarsi di un'articolazione, in un significato non lontano da quello nel quale l'espressione è adoperata da MASI, *Articolazioni dell'iniziativa economica e unità dell'imputazione giuridica*, Napoli, 1985, *passim* e spec. pp. 19 ss., 26 ss. (e v. infatti oltre, testo e nt. 21), che peraltro motivatamente esclude dall'ambito della sua indagine le iniziative economiche pubbliche.

<sup>2</sup> GIANNINI, *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Riv. soc.*, 1958, p. 227 ss. (ove anche, alla p. 245, la distinzione, nell'ambito degli organi di enti che gestiscono imprese, fra organi ordinari e organi eccezionali); il discorso è ripreso e aggiornato dall'a. in *Id.*, *Diritto amministrativo*, I<sup>2</sup>, Milano, 1988, pp. 241 ss., 245 ss.; e in *Id.*, *Diritto pubblico dell'economia*<sup>3</sup>, Bologna 1989, p. 141 ss. e (al termine di una sintesi delle vicende dell'azionariato pubblico in Italia) p. 172 s.

del diritto pubblico per ciò che riguarda il rapporto fra lo Stato e l'ente pubblico economico e del diritto privato, invece, per ciò che riguarda l'attività imprenditoriale svolta con i terzi; nel terzo caso, infine, la sottoposizione integrale al diritto privato sia dei rapporti esterni che dei rapporti organizzativi interni<sup>3</sup>.

E' inevitabile un po' di nostalgia nel ricordare queste cose e nel tornare a quei tempi, quando i confini fra diritto privato e diritto pubblico erano o almeno sembravano nitidissimi; come pure erano ben chiari i confini fra metodo economico, proprio dell'impresa (e quindi degli enti pubblici economici), e scopo lucrativo, richiesto quando l'impresa è esercitata da una società (pur se a partecipazione pubblica)<sup>4</sup>.

Le conclusioni di Giannini, frequentemente richiamate negli anni '70 e '80 del secolo scorso<sup>5</sup>, non "fotografano" più la realtà dei giorni nostri e hanno oggi un valore essenzialmente storico; e ciò per almeno due ragioni. La prima è che sulla sua tripartizione hanno inciso, a partire dagli anni '90, a livello nazionale la privatizzazione formale di molti degli enti appartenenti alle prime due categorie, col passaggio (di gran parte) delle imprese-organo (aziende autonome e via dicendo) nella categoria degli enti pubblici economici e l'assunzione da parte di questi della veste societaria<sup>6</sup>; e a livello locale da un lato il subentrare alle vecchie aziende municipalizzate della figura dell'azienda speciale quale "ente strumentale dell'ente locale dotato di personalità giuridica", oltre che "di autonomia imprenditoriale"<sup>7</sup>, dall'altro la sempre più diffusa gestione dei servizi pubblici tramite affidamento a società a partecipazione pubblica<sup>8</sup>. Recenti iniziative parlamentari, che se perfezionate condurrebbe-

<sup>3</sup> Secondo un passo molto noto della *Relazione al cod. civ.* (§ 998), con l'assunzione di una partecipazione societaria è "lo Stato medesimo che si assoggetta alla legge della società per azioni per assicurare alla propria gestione maggiore snellezza e nuove possibilità realizzatrici. La disciplina comune della società per azioni deve pertanto applicarsi anche alla società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici senza eccezioni, in quanto norme speciali non dispongano diversamente".

<sup>4</sup> E v. per tutti OPPO, *Impresa e imprenditore*, in ID., *Scritti giuridici*, I, *Diritto dell'impresa*, Padova, 1992, p. 309 ss.

<sup>5</sup> Ad esempio da ROVERSI MONACO, *L'attività economica pubblica*, nel *Trattato di dir. comm.* diretto da Galgano, I, Padova, 1977, specie pp. 397 ss., 413 ss., 424 ss., 430 ss.; e da CIRENEI, *Le imprese pubbliche*, Milano, 1983, p. 36 s.; come pure, sostanzialmente, da GALGANO, *La società per azioni*<sup>2</sup>, nel *Trattato di dir. comm.* diretto dallo stesso, VII, Padova, 1988, p. 455 s.; ID., *Pubblico e privato nella regolazione dei rapporti economici*, *ivi*, I, cit., pp. 117, 119.

<sup>6</sup> Cfr. IRTI, *Dall'ente pubblico economico alla società per azioni (profilo storico-giuridico)*, in ID., *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998, p. 121 ss.; nonché *Trasformazione degli enti pubblici economici in società per azioni*, a cura di Ibba, in *Nuove leggi civ.*, 1994, p. 1207 ss.

<sup>7</sup> Cfr. gli artt. 22 e 23 l. 142/1990; e successivamente l'art. 114 d.lgs. 142/2000; nella manualistica CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*<sup>3</sup>, Bologna, 2017, p. 329 s.

<sup>8</sup> Com'è noto, il fenomeno ha iniziato a svilupparsi specie a partire dall'entrata in vigore dell'art. 22 l. 8 giugno 1990, n. 142; ed è ora regolato dagli artt. 113 e 113-bis d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267.

ro ad un *revival* del modello “azienda speciale”, non sembrano allo stato sufficienti a segnalare un’inversione di tendenza<sup>9</sup>.

La seconda ragione è che con l’andar del tempo si è avuta, anche in questo campo, una sempre maggiore ibridazione delle fattispecie, con la commistione nello stesso ente, quale che ne sia la natura, di momenti privatistici e momenti pubblicistici<sup>10</sup>.

La nitidezza delle distinzioni e la facile individuabilità dei regimi giuridici ad esse correlati, insomma, sono ormai solo un ricordo. Come risulta anche dalla manualistica<sup>11</sup>, chi oggi voglia cercare di cogliere la distinzione fra soggetti pubblici e soggetti privati non può più tracciare una linea di demarcazione netta, che lasci da una parte i soggetti pubblici e dall’altra quelli privati: i vari enti si collocano lungo una linea continua, a un estremo della quale troviamo lo Stato e gli enti pubblici territoriali, poi – senza soluzione di continuità – nell’ordine gli enti pubblici non economici, quelli economici, le società “legali” o comunque di diritto singolare, le società (e gli altri enti) *in house*, le società (e gli altri enti) a controllo pubblico, fino ad arrivare all’altro estremo, nel quale troviamo le società (e gli altri enti) semplicemente a partecipazione pubblica.

Questo è tanto vero che lo stesso Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175) – si è detto – non è un vero e proprio testo unico perché non ha potuto dettare e non contiene una disciplina comune a tutte le società partecipate<sup>12</sup>. Per tener conto della multiforme realtà, infatti, ha dovuto lasciar fuori le società di diritto singolare ed ha poi dovuto distinguere fra mera partecipazione, controllo e controllo analogo, con regimi differenziati per le tre categorie di società così individuate e per altre ulteriori figure; e in tutti questi regimi è sempre abbastanza evidente l’intreccio fra diritto privato e diritto pubblico<sup>13</sup>, an-

<sup>9</sup> Mi riferisco al disegno di legge n. 52, presentato alla Camera dei deputati il 23 marzo 2018 (“Disposizioni in materia di gestione pubblica e partecipativa del ciclo integrale delle acque”), attualmente in discussione, nel quale, dopo aver enunciato il principio secondo cui “la gestione e l’erogazione del servizio idrico integrato non possono essere separate e possono essere affidate esclusivamente a enti di diritto pubblico” (art. 10.2), si prevede fra l’altro che entro un anno dall’entrata in vigore della legge “tutte le forme di gestione del servizio idrico integrato a capitale interamente pubblico esistenti [...] sono trasformate in aziende speciali o in enti di diritto pubblico” (art. 10.8), e che “tutte le forme di gestione del servizio idrico integrato affidate a società a capitale misto pubblico e privato esistenti [...] sono trasformate [...] in aziende speciali o in società a capitale interamente pubblico” (art. 10.6), in quest’ultimo caso con “obbligo di trasformazione in azienda speciale o in ente di diritto pubblico entro sei mesi dalla data di costituzione della società medesima” (art. 10.7, lett. e).

<sup>10</sup> Da ultimo, in una prospettiva più ampia, ALPA, *Dal diritto pubblico al diritto privato*, Modena, 2017; con il quale dialoga CASSESE, *Diritto privato/diritto pubblico: tradizione, mito o realtà?*, nei *Dialoghi con Guido Alpa*, a cura di Conte, Fusaro, Somma, Zeno Zencovich, Roma, 2018, p. 51 ss.

<sup>11</sup> V. infatti CLARICH, *op. cit.*, p. 344.

<sup>12</sup> Così Giamp. ROSSI, *Le società partecipate fra diritto privato e diritto pubblico*, in *Le “nuove” società partecipate e in house providing*, a cura di Fortunato e Vessia, Milano, 2017, p. 32 ss.

<sup>13</sup> Intreccio di cui danno conto, ad esempio, la motivazione di Cons. Stato, sez. sesta, 26 maggio 2015, n. 2660; nonché, segnalando i pericoli della “contaminazione pubblicistica”, ovvero dell’“ibridazione della disciplina”, CINTIOLI, *Disciplina pubblicistica e corporate governance delle società partecipate da enti pubblici*,

che se man mano che si procede verso gli enti indicati per ultimi diminuisce il tasso di pubblicità – o, se vogliamo, di “specialità” – della disciplina.

Quel che è certo è che è ormai da tempo superato, e non rispondente allo stato della legislazione, il ragionamento di chi s’interrogasse sulla “reale natura” – pubblica o privata – di un determinato ente per poi ricavarne, sillogisticamente, la soggezione a tutto (e solo) il diritto pubblico ovvero a tutto (e solo) il diritto privato.

L’evoluzione tratteggiata ha avuto dei riflessi molto evidenti in ordine alle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori di società pubbliche, per decenni pacificamente collocate nell’ambito della giurisdizione civile<sup>14</sup>, ma negli ultimi quindici anni oggetto di un dibattito giurisprudenziale e dottrinale tuttora in corso. In particolare sono ben evidenti dapprima la tendenza espansiva della giurisdizione contabile, di cui nel 2004 viene affermata la sussistenza ogni qual volta il patrimonio danneggiato sia quello di una società a partecipazione pubblica<sup>15</sup>, successivamente un mutamento d’indirizzo, che dal 2009 riafferma la giurisdizione del giudice civile ammettendo la responsabilità erariale solo là dove ad essere leso sia il patrimonio di una società di diritto singolare<sup>16</sup> o, a partire dal 2013, di una società *in house*<sup>17</sup>, infine ulteriori oscillazioni – sul piano normativo come su quello della giurisprudenza

---

in *Le società a partecipazione pubblica*, a cura di Guerrero, Torino, 2010, p. 144 ss.; e DUGATO, *Considerazioni giuridiche sul tema delle società a partecipazione pubblica ad uso dell’economista*, in Munus, 2011, specie p. 505 ss.

<sup>14</sup> Così come per decenni, con riferimento agli amministratori ed e ai dipendenti di enti pubblici economici, la giurisprudenza ha attribuito al giudice ordinario il giudizio sugli illeciti realizzati nel compimento di atti d’impresa, come tali retti dal diritto privato, e al giudice contabile il giudizio sugli illeciti compiuti nell’esercizio di funzioni pubbliche, sulla base di una distinzione non sempre agevole e dai risultati non sempre condivisibili ma costantemente applicata fino al dicembre 2003, quando le Sezioni Unite per la prima volta affermarono la soggezione a responsabilità amministrativa degli amministratori di enti pubblici economici *anche in relazione all’attività puramente imprenditoriale* (Cass. 22.12.2003, n. 19667).

E’ sempre stata fuori discussione, invece, la giurisdizione della Corte dei conti sulle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori di enti pubblici non economici (fra i quali dovevano annoverarsi coloro che erano addetti ad una impresa-organo) che, violando i loro doveri, avessero arrecato un danno all’ente di appartenenza.

<sup>15</sup> Così Cass. 26.2.2004, n. 3899, sulla quale ampi rilievi critici in IBBA, *Azioni ordinarie di responsabilità e azione di responsabilità amministrativa nelle società in mano pubblica. Il rilievo della disciplina privatistica*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, p. 145 ss.

<sup>16</sup> Così Cass. 19.12.2009, n. 26806, che, sostanzialmente accogliendo indicazioni provenienti dalla dottrina commercialistica, introdusse la distinzione fra danno arrecato direttamente al socio pubblico, azionabile davanti alla Corte dei conti, e danno arrecato al patrimonio sociale, azionabile davanti al giudice civile con le ordinarie azioni di responsabilità societarie; e Cass. 22.12.2009, n. 27092, che fa eccezione per “singole società a partecipazione pubblica il cui statuto sia soggetto a regole legali *sui generis*, come nel caso della Rai”.

<sup>17</sup> Così Cass. 25.11.2013, n. 26283, in *Giur. comm.*, 2014, II, p. 5 ss., con nota critica di IBBA, *Responsabilità erariale e società in house*.

teorica e pratica<sup>18</sup> – nella ricerca di un difficile punto di equilibrio che ancora non mi pare sia stato trovato.

Quel che può osservarsi è che la commistione, nella stessa fattispecie, di interessi privatistici e interessi pubblicistici crea problemi che inducono a ricercare soluzioni disciplinari “miste”, nelle quali diritto privato e diritto pubblico abbiano ciascuno il suo spazio. L’ibridazione, insomma, non è solo delle fattispecie ma degli istituti, intesi come sintesi di fattispecie e disciplina.

2. Nella vicenda appena tratteggiata rivestono un ruolo importante le società *in house*, riguardo alle quali con una certa frequenza i tentativi di affermare la giurisdizione contabile sulle azioni di responsabilità sono passati attraverso la loro riqualificazione in senso pubblicistico<sup>19</sup>. La società *in house*, insomma, vista – malgrado la forma societaria – come persona giuridica di diritto pubblico, quasi alla stregua di un’azienda speciale.

Non è questa, tuttavia, la costruzione accolta dalle Sezioni Unite quando, nel novembre 2013, ritennero di introdurre un’eccezione rispetto al *revirement* in senso privatistico del 2009<sup>20</sup>. In quell’occasione, infatti, muovendo da una configurazione del fenomeno dell’*in house* particolarmente rigorosa e di lì a poco smentita dalla successiva evoluzione normativa interna e comunitaria, si affermò che le società *in house* “costituiscono delle articolazioni<sup>21</sup> della pubblica amministrazione da cui pro-manano e non dei soggetti giuridici ad essa esterni”, con la conseguenza che, non essendo “possibile configurare un rapporto di alterità tra l’ente pubblico partecipante e la società *in house* che ad esso fa capo, [...] la distinzione tra il patrimonio

<sup>18</sup> Cfr. l’art. 12 del citato d.lgs. 175/2016 (la cui genesi “sofferta” è descritta in IBBA, *Crisi dell’impresa a controllo pubblico e responsabilità degli organi sociali*, in *Le “nuove” società partecipate e in house providing*, cit., p. 65 ss.; nonché in ID., *La responsabilità*, in *Le società a partecipazione pubblica - Commentario tematico ai d.lgs. 175/2016 e 100/2017*, diretto da Ibba e Demuro, Bologna, 2018, p. 173 ss.), che avrebbe dovuto definire il regime della responsabilità ponendo fine all’incertezza giurisprudenziale ma che, con i suoi enunciati confusi e contraddittori, non ha fatto che rimettere in discussione i pochi punti fermi raggiunti; ne sono testimonianza le oscillazioni giurisprudenziali successive (di alcune delle quali si darà conto oltre, nel § 2, testo e nt. 30; e nel § 4, testo e nt. 44 ss.) e in dottrina, fra le altre, le letture di CERIONI, *Le responsabilità degli amministratori delle società e degli enti pubblici soci per danno erariale*, in *Le società pubbliche nel Testo Unico*, a cura dell’a., Milano, 2017, p. 149 ss.; IBBA, *Responsabilità e giurisdizione nelle società pubbliche dopo il Testo unico*, in *Dir. econ.*, 2017, p. 649 ss.; TORCHIA, *Socio e società di fronte alla responsabilità per danno erariale dopo il testo unico sulle società pubbliche*, di prossima pubblicazione in *Le società a partecipazione pubblica a tre anni dal Testo unico*, Milano, 2019.

<sup>19</sup> Finalizzata a individuare nel danno arrecato al loro patrimonio – il patrimonio di un soggetto (ri)qualificato come pubblico – un danno erariale.

<sup>20</sup> V. sopra, testo e nt. 17.

<sup>21</sup> Il passaggio richiama alla mente il citato studio di MASI, *Articolazioni dell’iniziativa economica e unità dell’imputazione giuridica*, p. 19, là dove è puntualizzata la nozione di “articolazione” quale “momento di attività e/o di organizzazione (risultato organizzativo) identificabile (e in uno o in altro senso “autonomo”) rispetto ad altri momenti anche se ad essi soggettivamente od oggettivamente collegato. Identificabile, anzitutto e naturalmente, rispetto ad attività e beni del soggetto estranei all’azione economica”.

dell'ente e quello della società si può porre in termini di separazione patrimoniale, ma non di distinta titolarità<sup>22</sup>.

Ora, negare alla società l'alterità soggettiva rispetto al socio pubblico, qualificando la sua costituzione in termini di mera separazione patrimoniale, significa porsi in aperto contrasto con la norma del codice civile – l'art. 2331 – secondo cui con l'iscrizione nel registro delle imprese “la società acquista la personalità giuridica”, andando incontro a numerosi problemi sistematici ed applicativi il cui esame analitico esula dagli obiettivi di questo scritto.

Uno di essi – colto da un'altra pronuncia della Suprema Corte – consiste in ciò che “l'annullamento ad ogni effetto della soggettività dell'esaminata società [...] procurerebbe [...] l'altro paradosso di un'azione dei creditori sociali della società *in house* che diverrebbero tutti creditori diretti dell'ente pubblico, con possibilità di azione esattamente invece scongiurata laddove l'ente pubblico abbia scelto [...] di delimitare la responsabilità per le obbligazioni assunte dalla società partecipata<sup>23</sup>”. In realtà, nella prospettiva delle Sezioni Unite non dovrebbe verificarsi una “confusione di patrimoni” fra ente pubblico e società, costruendosi il rapporto fra i due patrimoni, come abbiamo visto, “in termini di separazione patrimoniale”; espressione che ritengo venga adoperata in senso tecnico, alludendosi dunque non ad una separazione meramente contabile ma tale da individuare nel patrimonio dell'organismo *in house* un centro di imputazione connotato da rilevanza *bilaterale e perfetta* del vincolo di destinazione<sup>24</sup>.

Non è però ben chiaro quale sia il fondamento normativo sul quale basare la “dequalificazione” della società-persona giuridica nei termini appena descritti; né tanto meno come essa possa conciliarsi con la ritenuta ammissibilità del controllo analogo congiunto, che la pronuncia ribadisce apertamente<sup>25</sup> o con la presenza di soci privati, ormai anche normativamente ammessa.

<sup>22</sup> Così si legge in alcuni passaggi della motivazione di Cass. 26283/2013, cit.; ripresi da ultimo nella motivazione di Cass. 13.12.2018, n. 22406; e dai quali entrambe le pronunce ricavano la natura erariale del danno arrecato ad un patrimonio (separato, ma pur sempre) riconducibile all'ente pubblico socio.

<sup>23</sup> Le parole citate sono tratte dalla motivazione di Cass. 7.2.2017, n. 3196; e in effetti in alcune pronunce della magistratura contabile si legge che *sussiste una sostanziale coincidenza tra il patrimonio del Comune e quello della società in house* (così Corte conti Lazio 21.6/5.7.2011, n. 997, la quale da questa premessa ricava che ogni illecita riduzione del patrimonio sociale costituisce danno erariale).

<sup>24</sup> In virtù della quale il patrimonio separato sarebbe sottratto ai creditori del socio pubblico e riservato ai creditori “sociali”, i quali non potrebbero rivalersi sussidiariamente sul patrimonio “generale” dell'ente pubblico: cfr., per l'impostazione generale, A. D. SCANO, *Gli atti estranei allo specifico affare*, Torino, 2010, p. 39 ss.

<sup>25</sup> A quale degli enti pubblici soci sarebbe riconducibile il patrimonio separato, solo esteriormente imputato alla società? O si creerebbero tante masse patrimoniali separate quanti sono i soci pubblici? Ma chi e come ne determinerebbe la consistenza? Come andrebbero ripartiti, fra di esse, gli effetti degli atti compiuti in nome della – peraltro inesistente – persona giuridica societaria? E come potrebbe essere rispettato il criterio della “menzione del vincolo di destinazione” che parrebbe necessaria ai fini dell'imputazione (cfr., per i patrimoni destinati di società per azioni, l'art. 2447-*quinquies*, ult. co., c.c.):

Al di là di questi ed altri profili critici, ai nostri fini può notarsi che stando alla costruzione delle Sezioni Unite le società *in house* si porrebbero in sostanza come riproposizione (non già dell'azienda speciale bensì) dell'impresa-organo, sia pure dotata di autonomia patrimoniale. Con la differenza che l'impresa-organo descritta da Giannini si presenta(va) ai terzi come tale, mentre quella tratteggiata dalle Sezioni Unite è mascherata sotto un'etichetta societaria: "l'uso del vocabolo società – si legge ancora nella pronuncia citata – serve solo [...] a significare che, ove manchino più specifiche disposizioni di segno contrario, il paradigma organizzativo va desunto dal modello societario; ma di una società di capitali, intesa come persona giuridica autonoma, cui corrisponda un autonomo centro decisionale e di cui sia possibile individuare un interesse suo proprio, non è [...] possibile parlare".

Può tuttavia osservarsi che la costruzione riferita, e in virtù della quale la Suprema Corte in sostanza disapplica la disciplina societaria della responsabilità a beneficio di quella contabile, conduce a disattendere il legittimo affidamento dei terzi circa l'applicazione di un regime conforme all'etichetta societaria con la quale questi enti si presentano attraverso il sistema di pubblicità legale<sup>26</sup>.

Quella appena esposta è una prospettiva che la stessa Corte di Cassazione ha in altra occasione fatto propria, rimarcando appunto che "il sistema di pubblicità legale, mediante il registro delle imprese, determina [...] nei terzi un legittimo affidamento sull'applicabilità alle società ivi iscritte di un regime di disciplina conforme al *nomen juris* dichiarato, affidamento che, invece, verrebbe aggirato ed eluso qualora il diritto societario venisse disapplicato e sostituito da particolari disposizioni pubblicistiche"<sup>27</sup>. E se il ragionamento è condotto per escludere l'esonero dal fallimento di una società pubblica (asseritamente *in house*)<sup>28</sup>, non è escluso che si presti anche a contrastare o circoscrivere l'affermazione della giurisdizione contabile o quanto meno ad evitare che essa escluda la sussistenza della giurisdizione civile<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> V. già IBBA, "Generale" e "speciale" nel diritto dell'iniziativa economica, nel pensiero di Giorgio Oppo, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, p. 496; ID., *L'impresa pubblica in forma societaria fra diritto privato e diritto pubblico*, in *AGE*, 2015, p. 411; e, con maggior sviluppo dell'argomentazione, ID., *Diritto comune e diritto speciale nella disciplina delle società pubbliche*, in *Giur. comm.*, 2018, I, p. 972 ss. Spunti nello stesso senso anche in CINTIOLI, *Società in mano pubblica: interesse sociale e nuove qualificazioni nella giurisprudenza e nella riforma del d.lgs. 175 del 2016*, in *Le società a partecipazione pubblica tra diritto dell'impresa e diritto dell'amministrazione*, a cura di Cintioli e Massa Felsani, Bologna, 2017, p. 227 s.

<sup>27</sup> Così Cass. 3196/2017, cit., confermando la soggezione a fallimento di una società pubblica.

<sup>28</sup> Nella motivazione di Cass. 3196/2017, cit., si puntualizza fra l'altro che "anche l'intento di Cass. s.u. 26283/2013 (conf. 5491/2014) è solo quello di preservare l'erario dalla *mala gestio* degli organi sociali di società strumentali, in un'ottica selettiva e [...] di rafforzamento della responsabilità che ne investe gli organi".

<sup>29</sup> La Suprema Corte, viceversa, pare incline a riconoscere la società *in house* quale persona giuridica di diritto privato ai fini della soggezione alle procedure concorsuali, degradandola a mero patrimonio separato del socio o dei soci pubblici ai fini della giurisdizione sulle azioni di responsabilità (e v. anche il combinato – pur se non agevolmente coordinabile – disposto degli artt. 12 e 14 d.lgs. 175/2016).

Non è forse un caso, allora, se ancor più di recente – in una vicenda nella quale gli amministratori di una società *in house* fallita, convenuti in responsabilità dal curatore fallimentare, avevano invocato il sussistere della giurisdizione contabile – le Sezioni Unite hanno affermato che “la specifica attribuzione alla giurisdizione della Corte dei conti delle azioni relative al danno erariale lascia chiaramente intendere la configurabilità di un danno non erariale, al cui ristoro, soprattutto con riferimento alla posizione dei creditori sociali, non è idonea [...] l’azione concernente la responsabilità erariale”; hanno poi ritenuto “evidente l’attribuzione dell’azione esercitata dalla curatela fallimentare alla giurisdizione del giudice ordinario, attesa la natura prettamente civilistica delle norme azionate alle quali la società [...] non può sottrarsi”, così come “non può sottacersi la rilevanza dell’esigenza di tutela dei creditori insoddisfatti, pretermessa ove si accettasse la tesi prospettata dal ricorrente”; e hanno dunque dichiarato la giurisdizione del giudice ordinario, puntualizzando che il sussistere della giurisdizione contabile per il danno erariale non esclude la concorrenza della giurisdizione civile per il danno non erariale<sup>30</sup>.

Ora, io condivido la soluzione del caso concreto<sup>31</sup>, ma non so quanto la si possa considerare coerente con la costruzione della società *in house* quale articolazione interna del socio pubblico. Osservo poi che in ogni caso essa lascia aperto il problema della distinzione fra il danno erariale e quello non erariale, anche al fine di evitare una violazione del principio del *ne bis in idem*; e la mia sensazione è che qui sia stato considerato non erariale un danno che altre pronunce avrebbero, e avevano, qualificato come erariale.

**3.** La pagina di Giannini da cui sono partito menzionava fra i possibili enti a partecipazione pubblica, accanto alle società, gli enti privati non societari; si trattava però, se non ricordo male, di un fenomeno allora molto marginale dal punto di vista quantitativo.

Oggi le cose sono un po’ diverse. La relazione della Corte dei conti 2017 sugli organismi partecipati dagli enti territoriali segnalava che, all’11 settembre 2017, su 7.315 enti partecipati da Regioni, province, città metropolitane e comuni, 5.325 erano società (di cui 2.438 s.r.l., 1.806 s.p.a.) e 1.773 enti privati non societari, di cui 719 – ossia il 9,83% del totale – associazioni e fondazioni.

Quasi il 10% degli enti partecipati, dunque, era costituito da enti del libro I del codice civile, e se questa era la situazione a un anno dall’entrata in vigore del Testo unico, il fenomeno parrebbe in aumento nel periodo successivo. Al 9 ottobre 2018, infatti, le associazioni e fondazioni ammontavano al 10,42% del totale degli

<sup>30</sup> Cass. 13.9.2018, n. 22406.

<sup>31</sup> Avevo già rilevato, del resto, come l’art. 12 d.lgs. 175/2016, facendo salva la giurisdizione contabile, per le società *in house*, “per il danno erariale” da esse subito, lasci intendere che anche in relazione a queste società sia configurabile un danno non erariale, come tale al di fuori della giurisdizione contabile, in IBBA, *La responsabilità*, cit., p. 178; e in ID., *Responsabilità e giurisdizione nelle società pubbliche dopo il Testo unico*, cit., p. 661.



enti partecipati (739 su 7.090, di cui 5.130 società). Ed è vero che l'incremento è dovuto in gran parte alla riduzione del numero delle società verificatesi per effetto della razionalizzazione delle partecipazioni pubbliche promossa dal Testo unico; certo è però che nell'anno considerato il numero delle associazioni e delle fondazioni ha registrato non una diminuzione ma un aumento, sia pure limitato a venti unità<sup>32</sup>.

Sul piano normativo può osservarsi che la partecipazione a enti non societari resta fuori dal campo di applicazione del Testo unico<sup>33</sup>, e conseguentemente non soggiace alle norme che limitano l'assunzione e l'incremento delle partecipazioni pubbliche o pongono obblighi di dismissione, salvo domandarsi se di tali norme sia prospettabile un'applicazione analogica<sup>34</sup>. Ove dovesse affermarsi la risposta negativa, essendo venuto meno un preesistente divieto concernente l'istituzione da parte degli enti locali di "enti, agenzie e organismi comunque denominati e di qualsiasi natura giuridica"<sup>35</sup>, al contrarsi delle partecipazioni societarie farebbe sempre più spesso riscontro il proliferare di partecipazioni non societarie.

Al riguardo si pone tuttavia un altro problema: quello, per così dire, dell'irreversibilità dell'investimento discendente dalla natura dell'ente partecipato. Diversamente dalla partecipazione a società, infatti, la partecipazione ad enti non lucrativi non consente di recuperare l'investimento iniziale in caso di scioglimento del rapporto (cfr. l'art. 24, co. 1 e 4, c.c.) o dell'ente (art. 31 c.c.), conducendo quindi alla definitiva immobilizzazione delle risorse pubbliche impiegate, che vengono così sot-

<sup>32</sup> Così risulta dalla relazione della Corte dei conti 2018 sugli organismi partecipati dagli enti territoriali.

In termini generali, per una carrellata sulle varie forme organizzative privatistiche utilizzabili per la cura di interessi generali, si veda MANGANARO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica: fondazioni, associazioni e organizzazioni civiche*, in *Dir. amm.*, 2014, p. 45 ss.

<sup>33</sup> V. in particolare l'art. 1, co. 1 ("Le disposizioni del presente decreto hanno ad oggetto la costituzione di società da parte di amministrazioni pubbliche nonché l'acquisto, il mantenimento e la gestione di partecipazioni da parte di tali amministrazioni in società"); e l'art. 1, co. 4, lett. b (secondo cui "restano ferme [...] le disposizioni di legge riguardanti la partecipazione di amministrazioni pubbliche a enti associativi diversi dalle società e a fondazioni"), d.lgs. 175/2016. Un riferimento a partecipazioni in società detenute da un'amministrazione pubblica "per il tramite di società o altri organismi soggetti a controllo da parte della medesima amministrazione pubblica" è presente nell'art. 2, lett. g, unicamente ai fini della definizione della fattispecie di partecipazione pubblica indiretta.

<sup>34</sup> Come ipotizzavo in IBBA, *Introduzione*, in *Le società a partecipazione pubblica*, cit., p. 7, testo e nt. 21, osservando che in linea di principio anche le partecipazioni non societarie dovrebbero essere coinvolte in un disegno di efficiente gestione e di razionalizzazione della spesa pubblica. Pare escludere l'estensione analogica MARASÀ, *Considerazioni su riordino e riduzione delle partecipazioni pubbliche nel t.u. (d.lgs. 175/2016) integrato e corretto (d.lgs. 100/2017)*, in *Riv. soc.*, 2017, p. 805; inclini ad ammetterla, invece, CAPRARA, *Impresa pubblica e società a partecipazione pubblica*, Napoli, 2017, p. 297 ss., in virtù di un'interpretazione costituzionalmente orientata volta a evitare l'irragionevolezza di una diversità di trattamento, sotto il profilo considerato, fra partecipazioni societarie e non; e LIBERTINI, *Limiti e ruolo dell'iniziativa economica pubblica alla luce del Testo unico sulle società a partecipazione pubblica*, di prossima pubblicazione in *Le società a partecipazione pubblica a tre anni dal testo unico*, cit., § 7, dopo analitico esame delle varie soluzioni prospettabili.

<sup>35</sup> Mi riferisco all'art. 9, co. 6, d.l. 6 luglio 2012, n. 95, abrogato dall'art. 1, co. 562, lett. a, l. 27 dicembre 2013, n. 147.

tratte ad altri possibili impieghi. Da ciò l'esigenza che i profili appena evidenziati siano correttamente valutati prima dell'assunzione della partecipazione<sup>36</sup>.

4. L'ultimo decennio ha visto il diffondersi, nell'ambito degli enti non societari a partecipazione pubblica, delle fondazioni di partecipazione<sup>37</sup>, istituto di creazione notarile<sup>38</sup> di recente legittimato nell'ambito della riforma del terzo settore<sup>39</sup>.

Ora, io ho la sensazione che sotto questa etichetta – che fin dal nome si rivela come ennesimo esempio di “contaminazione” di istituti diversi<sup>40</sup> – si celino spesso associazioni mascherate da fondazioni, nelle quali ci si assoggetta al vincolo, proprio delle seconde, della predeterminazione e immodificabilità dello scopo al fine di superare alcuni principi ritenuti inderogabili per le prime (costituzione pluripersonale, parità di trattamento di tutti gli associati, principio del voto per teste e non per quote), fruendo per il resto di un'ampia autonomia statutaria e gestoria.

Per quel che qui interessa, comunque, vi si fa ricorso con una certa frequenza per regolare forme di partenariato pubblico-privato nelle quali di solito il pubblico si riserva una posizione di preminenza; altre volte si tratta di veri e propri organismi *in house*, ovvero di “entità strumentali” in cui “la persona giuridica privata [costituisce]

<sup>36</sup> Lo rileva PATRONI GRIFFI, *Gli enti del terzo settore a partecipazione pubblica, Relazione* al Convegno su “La nuova disciplina dell'impresa del terzo settore”, organizzato dall'Associazione Gian Franco Campobasso e dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Bari (Bari, 23-24 novembre 2018), ined., consultato grazie alla cortesia dell'a., § 6.1.

<sup>37</sup> Lo attestano anche i numerosi pareri resi dalle sezioni regionali della Corte dei conti relativamente a fondazioni partecipate da enti locali: cfr. fra gli altri Corte conti Emilia Romagna, 654/2010; Corte conti Lazio, 151/2013; Corte conti Liguria, 81/2013; Corte conti Lombardia 25/2013; Corte conti Basilicata, 52/2017. In dottrina già CHITI, *La presenza degli enti pubblici nelle fondazioni di partecipazione tra diritto nazionale e diritto comunitario*, in *Fondazioni di partecipazione*, nei *Quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, Milano, 2007, p. 32 ss.

<sup>38</sup> Cfr. BELLEZZA-FLORIAN, *Le fondazioni di partecipazione*, Piacenza, 2006.

<sup>39</sup> Mi riferisco al d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117, i cui artt. 23, co. 4, 24, co. 6, e 26, co. 8, estendono alle “fondazioni del Terzo settore il cui statuto preveda la costituzione di un organo assembleare o di indirizzo, comunque denominato”, “in quanto compatibili”, alcune norme dettate per gli enti del terzo settore a carattere associativo; ed il cui art. 25, co. 3, consente in tali fondazioni l'attribuzione statutaria di competenze deliberative proprie dell'assemblea delle associazioni del terzo settore, “nei limiti in cui ciò sia compatibile con la natura dell'ente quale fondazione e nel rispetto della volontà del fondatore”. Si veda inoltre la disciplina della Fondazione Italia Sociale, istituita dall'art. 10 l. 6 giugno 2016, n. 106, e retta dallo statuto approvato con il d.p.r. 28 luglio 2017, n. 114049, che la definisce quale “persona giuridica privata” che “risponde ai principi e allo schema giuridico della fondazione di partecipazione, nell'ambito del più vasto genere di fondazioni disciplinato dal codice civile e dalla legge 6 giugno 2016, n. 106”; in dottrina QUADRI, *Il terzo settore fra diritto speciale e diritto generale*, in *Nuova giur. civ.*, 2018, p. 714 s.

<sup>40</sup> E v. da ultimo TAMPONI, *Persone giuridiche*, nel *Codice civile - Commentario* Schlesinger-Busnelli, Milano, 2018, p. 154 ss., sottolineando nelle fondazioni di partecipazione la “combinazione di elementi associativi [...] e di elementi propri della tradizionale fondazione”, il loro essere “contrassegnate da caratteristiche rispondenti al *genus* (dotazione iniziale), combinate però con elementi propriamente associativi, in quanto proclivi all'adesione di nuovi soggetti”; in precedenza, fra gli altri, ZOPPINI, *Profili evolutivi della fondazione nella moderna prassi e nella legislazione speciale*, in *Fondazioni di partecipazione*, cit., p. 21 ss.; MALTONI, *La fondazione di partecipazione: natura giuridica e legittimità*, *ivi*, p. 25 ss.

un modulo organizzativo dell'ente pubblico"<sup>41</sup>; in entrambi i casi soggiacendo a una disciplina scarna e non ben definita, sia sul versante privatistico<sup>42</sup> che su quello pubblicistico<sup>43</sup>.

Il fenomeno ha già avuto qualche emersione giurisprudenziale, e almeno due vicende meritano di essere ricordate, l'una perché rivela un allontanamento delle Sezioni Unite dalla loro giurisprudenza in materia di responsabilità degli amministratori di organismi *in house*, l'altra perché evidenzia l'ambiguità disciplinare nella quale si collocano le fondazioni di partecipazione.

Nella prima – decisa da Cass. S.U. 2 febbraio 2018, n. 2584 – il Presidente della Fondazione Festival pucciniano di Viareggio<sup>44</sup>, che era stato condannato in sede contabile, sia in primo grado che in appello, previa qualificazione della Fondazione quale organismo *in house* del Comune di Viareggio, ricorre contestando in particolare la mancanza del requisito del controllo analogo, anche in considerazione della mancata preclusione statutaria dell'accesso dei privati; e le Sezioni Unite accolgono il ricorso, dichiarando il difetto di giurisdizione della Corte dei conti, senza nemmeno accertare la ricorrenza o meno dei requisiti dell'*in house*. Ciò in quanto, avendo la Fondazione "natura di persona giuridica privata", "essa ha [...] un proprio patrimonio, nel quale sono confluite anche risorse pubbliche, ma che ha assunto una propria autonomia", sicché "il pregiudizio economico che la Corte contabile imputa alla censurata gestione del ricorrente ridondava sul patrimonio della Fondazione Festival Pucciniano e non già su quello del Comune che originariamente l'aveva creata". La conclusione è che "a fronte di ciò appare superata la necessità della verifica della necessaria compresenza dei tre presupposti od indici sintomatici dell'*in house providing*"; ma il ragionamento mi pare viziato da un'inversione logica, se è vero che – stando alla giurisprudenza delle Sezioni Unite – l'eventuale ricorrenza di quei presupposti avrebbe escluso la natura di persona giuridica privata e l'autonomia del suo patrimonio rispetto a quello dell'ente pubblico fondatore<sup>45</sup>.

Non meno discutibile è la parte della motivazione in cui, *ad abundantiam*, si aggiunge che "la figura dell'affidamento *in house* trova la sua precipua collocazione

<sup>41</sup> Corte conti Lazio, parere 151/2013, cit.

<sup>42</sup> Alla ben nota stringatezza della disciplina dettata nel libro I del codice civile per le associazioni e per le fondazioni si aggiungono le incertezze circa l'identificazione, all'interno di quella disciplina, dello statuto normativo delle fondazioni di partecipazione.

<sup>43</sup> Come risulta dal tentativo di ricostruzione di PATRONI GRIFFI, *op. cit.*, § 6 ss.

<sup>44</sup> Fondazione che in ragione di quanto si dirà appresso, nel testo, potrebbe dirsi "di partecipazione" pur se la sentenza non la qualifica espressamente come tale.

<sup>45</sup> Non costituisce un precedente in termini, pertanto, Cass. 2.9.2013, n. 20075, che ha negato la giurisdizione contabile in una fattispecie relativa ad una fondazione di cui non venne invocata l'eventuale natura di organismo *in house* (del resto non ancora valorizzata dalla Suprema Corte ai fini del riparto di giurisdizione). Nella giurisprudenza contabile, per l'affermazione della responsabilità dell'amministratore che arrechi danno a una "fondazione di partecipazione con patrimonio integralmente pubblico", Corte conti Lazio 13.11.2013, n. 758.

nell'ambito di attività economiche da svolgersi con criteri imprenditoriali [...]: situazione questa che va del tutto esclusa, in ragione della statutaria previsione della Fondazione di non perseguire fini di lucro"; affermazione pure questa non condivisibile perché, anche ad accettare il riferimento alla necessaria imprenditorialità degli enti *in house*, è da tempo pacifico che gli enti del libro I possano svolgere attività d'impresa pur non perseguendo finalità lucrative, essendo all'impresa essenziale l'obiettivo economico e non lo scopo di lucro<sup>46</sup>.

L'altra vicenda – decisa dal Tribunale di Belluno<sup>47</sup> – ha ad oggetto la fondazione di partecipazione costituita nel marzo 2016 dal Comune di Cortina d'Ampezzo e da una società privata al fine di eseguire un ampliamento del campo da golf di Cortina che consentisse lo svolgimento di gare internazionali, con una dotazione iniziale di 50.000 euro *pro capite* e l'impegno dei due fondatori – inserito nell'atto costitutivo – di “versare alla Fondazione in parti eguali tra loro i fondi necessari all'attuazione dello scopo, in base allo stato di avanzamento dei lavori”, “fino ad un ammontare di euro 2.000.000 ciascuno”. Dopo soli sette mesi il Comune dichiarava di recedere dalla Fondazione e il Tribunale veniva chiamato a decidere dell'ammissibilità del recesso<sup>48</sup>.

Al quesito il Tribunale risponde positivamente, a mio avviso con una certa superficialità, ritenendo applicabile la disciplina codicistica in tema di recesso dell'associato (e in particolare l'art. 24, 2° co.) e giungendo perfino ad affermare che “nella disciplina della fondazione di partecipazione [...] deve ritenersi necessariamente connaturata la facoltà di recesso del fondatore”. Ciò senza nemmeno porsi il problema di come conciliare l'affermata libertà di recesso con il carattere permanente e irrevocabile dell'atto di destinazione dei beni; in altre parole, se permane il vincolo di destinazione allo scopo proprio della fondazione, come tale sottratto alla disponibilità dei fondatori, può ammettersi un recesso (quale potrebbe essere, nel caso di specie, quello di uno dei due fondatori promotori)<sup>49</sup> che renda non più perseguibile lo scopo o ne metta a rischio la realizzazione?<sup>50</sup>

<sup>46</sup> V. sopra, § 1, testo e nt. 4.

<sup>47</sup> Trib. Belluno 15.2.2018, pubblicata in *Nuova giur. civ.*, 2018, p. 1039 ss., con nota di MERLI, *Il recesso dalla fondazione di partecipazione: una disciplina sfuggente*; ed in *Corr. giur.*, 2/2019, p. 215 ss., con nota di D'AURIA, *Fondazione di partecipazione e recesso dell'ente pubblico: profili problematici*.

<sup>48</sup> Nonché, in caso affermativo, degli effetti dello stesso sugli obblighi statutari già assunti.

<sup>49</sup> Non è forse un caso se nella prassi statutaria non si rinviengano, per quanto di mia conoscenza, clausole disciplinanti il recesso dei fondatori promotori (o fondatori originari); e v. ad es. l'art. 14 dello statuto della Fondazione Durante noi Onlus (in *Fondazioni di partecipazione*, cit., p. 16), che ammette il recesso per le categorie di partecipanti diversi dai fondatori promotori, rispetto ai quali prevede solo che “non possono in alcun caso essere esclusi”; è invece diffusa una clausola secondo cui i partecipanti diversi dai fondatori promotori “possono, in ogni momento, recedere dalla Fondazione, fermo restando il dovere di adempiere alle obbligazioni assunte” (presente sempre nell'art. 14 della Fondazione appena cit.; nonché nell'art. 5 della citata Fondazione Italia Sociale).

<sup>50</sup> Quanto agli effetti del recesso, esclusa la possibilità di ottenere la restituzione delle somme già versate per la costituzione del fondo di dotazione, con riferimento ai versamenti successivi il Tribunale ritiene che nell'atto costitutivo i due fondatori non abbiano “assunto un'obbligazione” ma abbiano “enunciato un impegno

La vicenda, in conclusione, mi pare faccia emergere la necessità di trovare un soddisfacente punto di equilibrio fra la componente associativa e quella fondazionale della fattispecie, senza che il primo vada a scapito del secondo; ma è questo un problema che si pone con riferimento alla fondazione di partecipazione *tout court* e non solo a quella cui partecipino (anche o soltanto) soggetti pubblici.

---

generico e del tutto indeterminato” e “dunque inefficace, perché subordinato al verificarsi di eventi futuri (la stipula dei contratti di appalto e la verifica dello stato di avanzamento dei lavori), dei quali è pacifico il mancato avveramento all’epoca in cui il recesso è stato esercitato”; ma anche questa ricostruzione avrebbe meritato maggior approfondimento, se non altro al fine di valutare il comportamento del recedente, in pendenza della condizione sospensiva (il cui avveramento, com’è noto, ha efficacia retroattiva: art. 1360 c.c.) alla quale erano subordinati gli obblighi ulteriori dei fondatori, ai sensi degli artt. 1358 e 1359 c.c.



# I contratti aleatori nel codice civile italiano e nel codice civile e commerciale argentino e la assicurazione della responsabilità civile professionale

di Francesco Delfini\*

*SOMMARIO: 1. Le definizioni nel codice argentino. La contrattazione per adesione. – 1.1 Il contratto aleatorio nei codici di Argentina, Uruguay e Italia. – 2. Polizze claims made e deroga all'art. 1917, co. 1, cod. civ. it. – 3. Le prime decisioni della Corte Suprema italiana sulle claims made: le polizze claims made derogano all'art. 1917 cod. civ. e sono pertanto contratti atipici; il contratto di assicurazione claims made non è nullo per mancanza di rischio. – 4. Il primo intervento delle Sezioni Unite del 2016 e la successiva sentenza della terza Sezione della Cassazione del 2017. – 5. La successiva ordinanza interlocutoria n. 1465 del 2018, della terza Sezione della Cassazione. – 6. La recentissima seconda sentenza delle Sezioni Unite 22437/2018. – 7. Il principio di necessaria (tendenziale) simmetria qualitativa del rischio nell'assicurazione RC professionale. – 8. Il modello di "cobertura de reclamo" in Argentina e Uruguay e il contributo della giurisprudenza argentina sul tema. – 8.1 Il modello di assicurazione "de reclamo" in Uruguay. – 8.2 Il dibattito in Argentina sulla validità delle clausole claims made e la giurisprudenza sul punto. – 9. La necessaria valutazione della concreta operazione economica ed il ruolo delle deeming clauses.*

1. La codificazione argentina del 2015<sup>1</sup> è di particolare interesse per il giurista italiano sotto plurimi profili<sup>2</sup>, e non solo per la vicinanza antropologica e linguistica

\* Ordinario di Diritto civile nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Milano.

<sup>1</sup> Il nuovo Codice civile e commerciale della Repubblica Argentina (CccArg/2014) – il "Codigo Civil Y Comercial De La Nacion" – approvato con la l. 1-10-2014, n. 26994, è entrato in vigore l'1-8-2015. La scelta del nome del nuovo codice, che menziona entrambe le branche del diritto, "si potrebbe spiegare in relazione alla formula introdotta nella Costituzione argentina dalla riforma del 1994, con la quale si riconobbe espressamente al Congresso la prerogativa di emanare i Codici civile e commerciale "in testi unici o separati" (art. 75, 12° co.), e con riferimento alla quale si era cercato di evitare eventuali questioni di incostituzionalità che sarebbero potute emergere nei confronti dell'unificazione delle legislazioni civile e commerciale in relazione al dettato dell'originario testo costituzionale, secondo cui spettava al Potere legislativo argentino emanare "un Codice civile" e "un Codice commerciale" separatamente (art. 67, 11° co.)" (D. F. ESBORRAZ, "Nuovo Codice civile e commerciale della Repubblica Argentina (circolazione del modello giuridico italiano nel)", in *Digesto civ., Aggiornamento*, Torino, 567).

<sup>2</sup> Numerose e notevoli sono le concordanze tra la disciplina delle obbligazioni e dei contratti del Codice Civile e Commerciale Argentino (CCCA) e del Codice Civile Italiano (cod. civ.). L'attuale codificazione ar-

delle due nazioni o per la pur significativa ragione che il legislatore argentino ha accolto la medesima opzione di fondo, quella della unificazione in un unico codice del diritto civile e commerciale, già seguita dal codificatore italiano del 1942.

Il codice argentino non disdegna le definizioni, a differenza del nostro<sup>3</sup> ed esordisce in tal senso già nel *Titulo Preliminar*, più analitico delle nostre *Disposizioni sulla legge in generale*, perché si occupa, dedicandovi capitoli separati, non solo delle fonti del diritto, ma anche della giurisdizione (prevedendo, all'art. 3<sup>4</sup>, il divieto del *non liquet*, che l'ordinamento italiano affida ad una norma meno esplicita e di settore, l'art. 112 cod. proc. civ.), della legge e dell'esercizio dei diritti soggettivi.

Proprio nel capitolo destinato a quest'ultimo, il legislatore argentino codifica e definisce l'abuso del diritto (art. 10 co. 2 e 3)<sup>5</sup>, come quello che “*contrasta con le finalità dell'ordinamento giuridico o che eccede i limiti imposti dalla buona fede, dalla moralità e dal buon costume*”, inserendo nel codice una clausola generale che non trova alcun riconoscimento in termini generali nel nostro codice e sulla quale si è sviluppato di recente – muovendo dal settore specifico del diritto tributario – un rinnovato dibattito in Italia<sup>6</sup>.

Inoltre, di particolare rilievo per il tema delle polizze assicurative della responsabilità civile qui trattato, è la previsione, nel nuovo codice argentino, di un'intera sezione, nel capitolo sulla formazione dell'accordo, dedicata alla contrattazione per adesione “*a cláusulas generales predispuestas*”, e composta dagli artt. 984 – 989.

---

gentina ha poi potuto regolare fenomeni ignoti al legislatore italiano del 1942 – si pensi alla conclusione in via telematica del contratto – e ha potuto recepire soluzioni che la dottrina italiana ha tentato di ricostruire solo in via di interpretazione, nell'assenza di disciplina esplicita nel codice, come quella della rilevanza delle condotte omissive, o della manifestazione di volontà per fatti concludenti.

<sup>3</sup> A. BELVEDERE, *Il problema delle definizioni nel Codice civile*, Milano, 1977.

<sup>4</sup> Artículo 3º.- *Deber de resolver. El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada.*

<sup>5</sup> “Artículo 10.- *Abuso del derecho. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización*”: “*La legge non protegge l'esercizio abusivo dei diritti. È considerato tale quello che contrasta con le finalità dell'ordinamento giuridico o che eccede i limiti imposti dalla buona fede, dalla moralità e dal buon costume*”.

<sup>6</sup> Dall'ormai risalente saggio di RESCIGNO (*L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 205 ss.), scritto in un'epoca di diffuso scetticismo sull'impiego anche giurisprudenziale di clausole generali, si è passati ad un sindacato dell'esercizio del recesso *ad nutum* sotto il profilo dell'abuso del diritto (Cass. 18 giugno 2009, n. 20106 (Rep. Foro It. 2010, Contratto in genere [1740], n. 433, e, successivamente, Cass. 3 giugno 2013, n. 13905 (est. Rordorf), pubblicata su *Il Caso.it*).



La sezione, che contiene norme in tema di redazione chiara e comprensibile delle clausole<sup>7</sup>, di prevalenza delle clausole negoziate su quelle predisposte<sup>8</sup> e di interpretazione (*contra stipulatorem*) di esse<sup>9</sup>, si apre con la definizione del fenomeno regolato: “Art. 984.- *Definición. El contrato por adhesión es aquel mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predisuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción*”.

Come risulta, sia dalla collocazione della sezione, sia dal testo della norma, il fenomeno regolato prescinde dallo *status* di consumatore dell'aderente e costituisce disciplina generale del controllo della predisposizione unilaterale del contratto anche se concluso tra soggetti di eguale *status*, e dunque anche tra due professionisti. Tale fenomeno non è invece disciplinato in via generale dal nostro codice civile italiano e ciò ha portato larga parte della dottrina ad intravedere nell'art. 9, della legge 18 giugno 1998, n. 192, in tema di subfornitura, una norma di carattere generale di repressione dell'abuso nella predisposizione unilaterale del contenuto contrattuale, fonte di un potere giudiziale di sindacato dell'equilibrio giuridico del contratto, quando è unilateralmente predisposto<sup>10</sup>.

Il cuore della disciplina, volta ad evitare uno squilibrio, di tipo *giuridico* (e non economico), del contratto il cui contenuto sia unilateralmente predisposto, sta nell'art. 988 “*Cláusulas abusivas*”, che prevede: “*En los contratos previstos en esta sección, se deben tener por no escritas: a) las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del predisponente; b) las que importan renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplían derechos del predisponente que resultan de normas supletorias; c) las que por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles*”.

Il controllo giudiziale non è poi impedito dall'eventuale approvazione in via amministrativa delle condizioni generali, ed ampio potere di integrazione è lasciato al giudice in caso di nullità parziale, secondo quanto disposto dall'art. 989: “*Control judicial de las cláusulas abusivas. La aprobación administrativa de las cláusulas generales no obsta a su control judicial. Cuando el juez declara la nulidad parcial del contrato, simultáneamente lo debe integrar, si no puede subsistir sin comprometer su finalidad*”.

<sup>7</sup> Art. 985.- *Requisitos. Las cláusulas generales predisuestas deben ser comprensibles y autosuficientes. La redacción debe ser clara, completa y fácilmente legible. Se tienen por no convenidas aquellas que efectúan un reenvío a textos o documentos que no se facilitan a la contraparte del predisponente, previa o simultáneamente a la conclusión del contrato. La presente disposición es aplicable a la contratación telefónica, electrónica o similares.*

<sup>8</sup> Art. 986.- *Cláusulas particulares. Las cláusulas particulares son aquellas que, negociadas individualmente, amplían, limitan, suprimen o interpretan una cláusula general. En caso de incompatibilidad entre cláusulas generales y particulares, prevalecen estas últimas.*

<sup>9</sup> Art. 987.- *Interpretación. Las cláusulas ambiguas predisuestas por una de las partes se interpretan en sentido contrario a la parte predisponente.*

<sup>10</sup> Per tutti, cfr. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria del potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, 769 ss.; ID., *From Consumer Contracts to Asymmetric Contracts: a Trend in European Contract Law?*, in *European Review of Contract Law*, 2009, 304 ss., par. I.3 (nella trad. spagnola, *Del Contrato Con El Consumidor a Los Contratos Asimétricos: Perspectivas Del Derecho Contractual Europeo*, in *Revista de Derecho Privado*, 20, 2011, 177 ss., 222).

**1.1** Tra le definizioni di rilievo per il privatista si segnalano non solo quelle relative al recepimento, in Argentina, della risalente e tradizionale sequenza concettuale di *fatto, atto, negozio giuridico*<sup>11</sup>, ma anche quelle di contratti *commutativi ed aleatori*, definiti e distinti dall'art. 968<sup>12</sup>, mentre nell'attuale codice civile italiano non vi è alcuna definizione di essi, che tuttavia viene riproposta dalla dottrina: il contratto è *commutativo*, allorché i reciproci sacrifici della parti sono certi ed è *aleatorio*, qualora vi sia incertezza su tali sacrifici.<sup>13</sup>

L'art. 968 del codice argentino prevede dunque che i contratti “*Son aleatorios, cuando las ventajas o las pérdidas, para uno de ellos o para todos, dependen de un acontecimiento incierto*”.

L'abrogato codice civile italiano del 1865 si impegnava invece in una definizione, all'art. 1102<sup>14</sup>, che non è stata riproposta dal legislatore del 1942: “*E' contratto di sorte o aleatorio, quando per ambidue i contraenti o per l'uno di essi il vantaggio dipen-*

<sup>11</sup> Si tratta, per usare le parole di Rodolfo Sacco di “categorie ordinanti” adatte a “portare alla consapevolezza del giurista problemi d'insieme, abbandonati altrimenti all'empiria” – mentre il nostro codice ha, almeno nominalmente, sostituito il negozio giuridico con il contratto. Gli articoli 257, 258 e 259 del codice argentino definiscono dunque il fatto giuridico, il mero atto giuridico ed il negozio giuridico “*Artículo 257.- Hecho jurídico. El hecho jurídico es el acontecimiento que, conforme al ordenamiento jurídico, produce el nacimiento, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas*”. “**ARTICOLO 257.- Fatto giuridico.** Il fatto giuridico è l'evento che, in conformità con l'ordinamento giuridico, produce la nascita, la modifica o la cessazione di rapporti o situazioni giuridiche.”

“*Artículo 258.- Simple acto lícito. El simple acto lícito es la acción voluntaria no prohibida por la ley, de la que resulta alguna adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas*”: **ARTICOLO 258.- (Semplice) atto giuridico.** Il (semplice) atto giuridico (lecito) è l'azione volontaria non vietata dalla legge, da cui consegue qualsiasi acquisizione, modifica o scioglimento di rapporti o situazioni giuridiche.”

“*Artículo 259.- Acto jurídico. El acto jurídico es el acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas*”: . **ARTICOLO 259.- Negozio giuridico.** Il negozio giuridico è l'atto volontario lecito che ha per scopo immediato l'acquisizione, la modifica o l'estinzione di rapporti o situazioni giuridiche.”

<sup>12</sup> **Artículo 968.- Contratos conmutativos y aleatorios.** Los contratos a título oneroso son conmutativos cuando las ventajas para todos los contratantes son ciertas. Son aleatorios, cuando las ventajas o las pérdidas, para uno de ellos o para todos, dependen de un acontecimiento incierto.

<sup>13</sup> TORRENTE - SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, XII ed. Milano, Giuffrè, 1985, 511; secondo MESSINEO (*Il contratto in genere*, tomo primo, in *Tratt. Cicu Messineo*, Milano, Giuffrè, 1973, 774, 781): «E' contratto aleatorio (...) quello nel quale il rapporto fra l'entità del vantaggio e l'entità del rischio, al quale ciascuna parte, contraendo, si espone, non è noto, né certo, e quindi non valutabile, all'atto della stipulazione», mentre «E' commutativo (...) il contratto, nel quale la valutazione del rispettivo sacrificio, o vantaggio (cioè del rischio) possa farsi, da ciascuna delle parti, all'atto stesso, in cui il contratto si perfeziona, sì che ciascuna sappia, in anticipo, quale entità economica il contratto costituisca per essa: il contratto commutativo è, pertanto, l'antitesi del contratto aleatorio».

<sup>14</sup> Ricalcata su quella dell'art. 1964 del *code civil* francese: «*Le contract aléatoire est un convention réciproque dont les effets, quant aux avantages et aux pertes, soit pour toutes les parties, soit pour l'une ou plusieurs d'entre elles, dépendent d'un événement incertain. Tel sont: Le contract d'assurance; Le pret à grosse aventure; Le jeu et le pari; Le contract de rente viagère. Les deux premiers sont régis par le lois maritimes*».

de da un avvenimento incerto. Tali sono il contratto di assicurazione, il prestito a tutto rischio, il giuoco, la scommessa e il contratto vitalizio<sup>15</sup>.

Una definizione delle due categorie di contratti, commutativi ed aleatori, si ha anche nel codice civile dell'Uruguay, all'art. 1250: "*El contrato oneroso se llama conmutativo cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio*", mentre il successivo art. 2167 del medesimo codice uruguayano contiene una elencazione analoga a quella del previgente codice civile italiano del 1865: "*2167. Los principales contratos aleatorios son: 1º. El contrato de seguros. 2º. El préstamo a la gruesa. 3º. El juego, apuesta o suerte. 4º. La constitución de renta vitalicia. Los dos primeros pertenecen a la ley comercial*".

In Italia e in Argentina, l'assicurazione è anche oggetto di legge speciale, mentre l'Uruguay ha mantenuto la divisione tra codice civile e codice di commercio e le assicurazioni sono disciplinate in quest'ultimo, agli artt. 634 ss.

L'assenza, nel codice civile italiano, di una norma *ad hoc* che definisca il contratto aleatorio (e quello commutativo) e l'ampia formulazione dell'art. 1323 cod. civ. – che rende applicabili le norme generali sul contratto a tutti i contratti particolari – deporrebbero, in prima battuta, per una disciplina identica delle due categorie di contratti, commutativi ed aleatori, in punto di requisiti del contratto.

Si può tuttavia osservare che, per il tramite di una dilatazione del requisito della causa, di cui al n. 2 dell'art. 1325 cod. civ., dottrina e giurisprudenza italiane pervengono a ricostruire una ulteriore fattispecie di nullità, specifica per i contratti aleatori, quella della *mancaza di alea o rischio*<sup>16</sup>.

Ciò viene argomentato ricostruendo una sorta di parte generale del contratto aleatorio sulla scorta degli indici forniti dalla parte speciale del diritto dei contratti<sup>17</sup> ed in particolare dall'art. 1876 cod. civ., secondo cui "*il contratto è nullo se la rendita è costituita per la durata della vita di persona che, al tempo del contratto, aveva già cessato di vivere*" e soprattutto dall'art. 1895 cod. civ., secondo cui "*Il contratto è nullo se il rischio non è mai esistito o ha cessato di esistere prima della conclusione del contratto*".

Il tema dell'esistenza o mancanza del rischio alla conclusione del contratto e la speciale declinazione del concetto di *causa concreta* nel contratto di assicurazione sono centrali nella soluzione di problemi posti a livello globale in tutti i paesi in cui

<sup>15</sup> Nei singoli tipi tradizionalmente appartenenti alla categoria dei contratti aleatori tale qualificazione emerge implicitamente dalla disciplina: per la rendita vitalizia, ad es. l'art. 1879, 2° co., cod. civ., prevede che il debitore della rendita «è tenuto a pagare la rendita per tutto il tempo per il quale è stata costituita, *per quanto gravosa sia divenuta la sua prestazione*».

<sup>16</sup> NICOLO', voce *Alea*, in *Enc. dir.*, I, Milano, s.d. (ma 1958), 1031.

<sup>17</sup> Così confermando la sussidiarietà della parte generale rispetto a quella speciale, a dispetto della sistematica del codice: in questo senso DE NOVA, *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, in *Contratto e impr.*, 1988, 327 ss.

il modello assicurativo *claims made* – di derivazione anglosassone – ha trovato ingresso, e dunque anche in paesi di tradizione romanistica, come l'Italia ed il Sudamerica (ed in particolare l'Argentina e l'Uruguay).

2. Nel codice civile italiano, dopo le disposizioni generali sull'assicurazione (artt. 1882 – 1903), nella sezione II (che tratta dell'assicurazione contro i danni) è inserito l'art 1917, che disciplina il sottotipo della assicurazione della responsabilità civile.

Il primo comma della norma descrive oggetto e funzione di tale sottotipo come segue: “*Nell'assicurazione della responsabilità civile l'assicuratore è obbligato a tenere indenne l'assicurato di quanto questi, in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione, deve pagare a un terzo, in dipendenza della responsabilità dedotta nel contratto. Sono esclusi i danni derivanti da fatti dolosi.*”

Il successivo art. 1932 cod. civ., che chiude il capo XX dedicato all'assicurazione, prevede: “*Norme inderogabili. – 1. Le disposizioni degli articoli 1887, 1892, 1893, 1894, 1897, 1898, 1899, secondo comma, 1901, 1903, secondo comma, 1914, secondo comma, 1915, secondo comma, 1917, terzo e quarto comma e 1926 non possono essere derogate se non in senso più favorevole all'assicurato. 2.- Le clausole che derogano in senso meno favorevole all'assicurato sono sostituite di diritto dalle corrispondenti disposizioni di legge.*”

Siamo di fronte ad una dialettica di norme (art. 1917 co. 1 e 1932 co. 1 cod. civ.) presente anche nel sistema argentino, come vedremo (cfr. art. 109 e 158 della Ley de Seguros).

Come noto, le clausole *claims made* nei contratti di assicurazione della responsabilità civile configurano il contratto in modo che – per usare le parole delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione italiana (n. 9140/2016) – “*la copertura è condizionata alla circostanza che il sinistro venga denunciato nel periodo di vigenza della polizza (...) laddove, secondo lo schema denominato “loss occurrence” o “insorgenza del danno”, la copertura opera in relazione a tutte le condotte, generatrici di domande risarcitorie, insorte nel periodo di durata del contratto.*”

Tale modello, di derivazione anglosassone, fu concepito negli anni '80 per gestire responsabilità civili – quali quella ambientale o più in generale industriale – ove spesso era difficile identificare la condotta, commissiva o omissiva, generatrice di danni (c.d. *long tail losses*) che potevano verificarsi a distanza di moltissimi anni dalla loro causa (si pensi ai danni da esposizione all'amianto)<sup>18</sup>.

<sup>18</sup> Cfr. CESERANI, *Origine e sviluppi della clausola claims made nei mercati internazionali*, in *Dir. econ. ass.*, 2007, 799). Va considerato che il problema della c.d. lungo latenza del danno non si presenta nella responsabilità civile derivante dall'esercizio delle “professioni liberali”, ove la condotta professionalmente erroneda è di regola ben evidente e contestualizzabile nel tempo. Un sintetico *excursus* della genesi del modello *claims made* nel mondo anglosassone ed una elencazione dei suoi vantaggi per l'industria assicurativa è offerto dal *leading case* *Kidsons (A Firm) v Lloyds Underwriters*, deciso nel 2007 dalla *England and Wales High Court - Queen's Bench Division Commercial Court* ([2007] EWHC 1951 (Comm), reperibile all'indirizzo: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2007/1951.html>): «*It developed in the mid-1980s*

Le clausole *claims made* derogano alla determinazione dell'oggetto del contratto indicata dall'art. 1917, 1° co, cod. civ. laddove prevede che "l'assicuratore è obbligato a tenere indenne l'assicurato di quanto questi, in conseguenza del *fatto accaduto durante il tempo* dell'assicurazione, deve pagare ad un terzo, in dipendenza della responsabilità dedotta nel contratto".

Che la clausola *claims made* costituisca deroga all'art. 1917 primo comma è stato talvolta contestato, ma ciò è smentito dal secondo periodo del medesimo primo comma dell'articolo 1917, ove si prevede che "*sono esclusi i danni derivanti da fatti dolosi*" e poiché, da un lato, può predicarsi un dolo esclusivamente rispetto alla condotta del danneggiante (e non certo rispetto alla richiesta di risarcimento del danneggiato) e poiché, dall'altro, non può ipotizzarsi che il medesimo termine "fatto" sia usato con due significati diversi nello stesso comma, ne consegue che anche nella prima parte del primo comma il termine "fatto" è riferito alla condotta dell'assicurato danneggiante e non alla richiesta di risarcimento.

E' interessante notare che la medesima formulazione dell'art. 1917 cod. civ. it. – che esclude da copertura il fatto doloso – si ritrova nell'art. 114 delle legge sulle assicurazioni argentina: "*El asegurado no tiene derecho a ser indemnizado cuando provoque dolosamente o por culpa grave el hecho del que nace su responsabilidad*", così non lasciando alcun dubbio che il dolo si riferisca al fatto compiuto dall'assicurato e non certo alla richiesta di risarcimento avanzata dal terzo danneggiato.

Gli argomenti addotti nel senso della validità delle clausole *claims made* sono i seguenti:

- i) il codice civile, a differenza di quanto fatto dall'art. 1229 per le limitazioni di responsabilità, non presenta espressi limiti per la determinazione *convenzionale* dell'oggetto del contratto;
- ii) l'art. 1917, co. 1, cod. civ. non è dichiarato inderogabile in danno dell'assicurato dall'art. 1932 cod. civ.;
- iii) le clausole in questione sarebbero più favorevoli all'assicurato rispetto al regime ordinario (c.d. *loss occurrence*), perché gli garantirebbero una copertura anche per

---

*in response to the problems encountered by the insurance industry in dealing with long tail losses or liabilities under occurrence based policies. Because insurers under such policies covered events occurring during the policy period, they often found themselves obliged to respond to losses or liabilities arising years – often decades – after the expiry of the relevant policy period as a result of events that had not been known or appreciated at the time. Asbestos related claims are, perhaps, the paradigm example. The concept of occurrence occurring policies inevitably makes any attempt at evaluating long-tail liabilities extremely uncertain, if not impossible, and can prevent an insurer from effectively being able ever to close a policy year. (...) from the insurer's perspective, claims made policies: i) enable the insurer to know by the end of the claims made period, or very soon thereafter, what claims have been made against the assured during the policy period and what circumstances have become first known to the assured during the period of the policy that might mature into claims against him; ii) enable the insurer upon or very shortly after the expiry of the policy period to evaluate reported claims and circumstances for the purposes of making appropriate provision or reserves for his ultimate liabilities; iii) enable the insurer thus to avoid the undesirable uncertainty of long-tail future claims arising out of occurrences which are in many instances unreported».*

errori professionali posti in essere precedentemente alla conclusione del contratto, ma ancora non tradottisi in richieste di risarcimento<sup>19</sup>.

E' interessante notare che si tratta di argomenti che si trovano riproposti, a prescindere dagli specifici riferimenti normativi locali, sia in sistemi di *common law* (UK, Canada, Australia), famiglia entro la quale la tipologia di tipologia è nata, sia in sistemi di *civil law*, ove è stata importata (Italia, Argentina, Uruguay) a testimonianza della diffusione globale del modello di polizza *claims made*.

**3.** La giurisprudenza italiana della Cassazione sulle clausole *claims made*, precedente alla pronuncia a Sezioni Unite 6 maggio 2016, n. 9140, è stata spesso sbrigativamente letta nel senso di una incontestabile validità delle medesime, fermandosi alle sole massime delle sentenze richiamate.

Se però non ci si limita alle massime – sintesi non sempre fedele e completa delle sentenze - ci si avvede che i singoli concreti casi avevano fortemente condizionato le decisioni concrete, che non potevano dunque essere generalizzate come espressive di una validità in via di principio delle clausole *claims made* medesime.

In motivazione di Cass. 15 marzo 2005 n. 5624 - una delle sentenze spesso indicate in tal senso - si legge: “*In conclusione va enunciato il seguente principio di diritto: il contratto di assicurazione della responsabilità civile con la clausola claims mode non rientra nella fattispecie astratta tipica prevista dall’art. 1917 c.c., ma costituisce un contratto atipico (da ritenersi in linea generale lecito ex art. 1322 c.c.)*” (p. 6). Si trattava di affermazioni funzionali al rigetto della tesi dell’assicuratore, che sosteneva che l’assicurazione *claims made* non costituisse deroga all’art. 1917 co. 1, cod. civ. ma, al contrario, desse precisa attuazione a tale norma nella quale il termine “fatto” dovesse leggersi come “richiesta di risarcimento”: tesi rigettata dalla Cassazione anche sulla base di quanto ricordato *supra*, perché la seconda parte del primo comma dell’art. 1917 rende incontestabile che il termine “fatto” è riferito alla condotta dell’assicurato danneggiante e non alla richiesta di risarcimento.

Tale sentenza di Cassazione aveva poi affermato in astratto la liceità ex art. 1322 cod. civ. del contratto *atipico* di assicurazione R.C. *claims made*, ma aveva confermato la qualificazione della clausola, data in appello, come vessatoria perché limitativa della responsabilità.

<sup>19</sup> Argomento, quest’ultimo, suggestivo ma accidentale e contingente, perché predicabile nel solo caso, assai limitato (ed ormai inverosimile, data la risalenza nel tempo dell’introduzione di obblighi assicurativi per numerose categorie di professionisti), in cui per anni il professionista abbia operato privo di assicurazione. Inoltre tale argomento non opera se le polizze *claims made*, come quelle esaminate nelle due sentenze argentine di cui si dirà *infra*, sono di tipo “misto”, cioè prevedono copertura solo se sia il fatto dannoso sia il *claim* si verificano durante la vigenza della polizza: “*La cláusula claims made, establece una nueva condición para que el asegurado se encuentre protegido por la póliza del seguro, dado que no sólo requiere que el hecho generador de responsabilidad se produzca durante la vigencia de la póliza, sino que además, esta cláusula exige que el reclamo se realice durante la vigencia de la póliza, o durante el año subsiguiente*” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala FC. Nac. Civ., sala F, 03/03/2011- F. R., C. v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro”).

Si trattava tuttavia di una tesi non condivisibile, perché è difficile qualificare le *claims made* come patti di limitazione della responsabilità del predisponente, piuttosto che clausole di determinazione dell'oggetto del contratto: esse, infatti, riducono l'oggetto dell'obbligazione *primaria* dell'assicuratore, quella indennitaria, però il loro effetto è di incidere in senso sfavorevole sull'assicurato che aderisce alla polizza, con una riduzione dell'oggetto della prestazione del predisponente che non consente al contratto di assolvere alla sua funzione tipica, quella di trasferire in capo all'assicuratore il medesimo rischio cui è esposto verso il potenziale responsabile.

Una successiva sentenza della Cassazione, in data 17 febbraio 2014 n. 3622 aveva poi concluso nel senso della validità della clausola *claims made*, ma lo aveva fatto respingendo la tesi che riteneva nullo tale contratto aleatorio per inesistenza del rischio ex art. 1895 cod. civ., cioè per mancanza di alea come elemento essenziale del contratto aleatorio.

La tesi della nullità della polizza *claims made* era in tal caso stata sostenuta, contrariamente a quanto accade di solito, dalla compagnia assicuratrice che l'aveva predisposta: e ciò perché in concreto la polizza veniva a coprire fatti pregressi dell'assicurato, di cui questo non era a conoscenza e che non erano stati in alcun modo fatti valere in precedenza dai terzi danneggiati.

Tale sentenza implicitamente distingueva allora tra due operatività della clausola *claims made*.

- A) La prima, oggetto specifico della decisione, che possiamo etichettare come *claims made in funzione di copertura retroattiva* rispetto al modello *loss occurrence* dell'art. 1917 co. 1: con tale sentenza la Corte decideva che la clausola era valida perché era esistente un rischio, seppur "putativo".
- B) La seconda, quella più di frequente, ma che non era oggetto diretto della sentenza, in cui la clausola *claims made* opera come restrizione dell'oggetto del contratto quale emergente dall'art. 1917, co. 1, cod. civ.: a tale funzione faceva un fugace accenno la medesima sentenza, affermando che in tale caso potrebbe essere dubbio che permanga un "*rapporto di corrispettività fra il pagamento del premio e il diritto all'indennizzo*", vale a dire che sussista una *causa*, nella sua accezione di giustificazione dello spostamento patrimoniale, per il premio pagato dall'assicurato alla compagnia.

4. Nel 2016, successivamente a tali sentenze a sezioni semplici, la Suprema Corte si è pronunciata a Sezioni Unite - massimo livello di decisione della Corte per indirizzare in modo uniforme la applicazione del diritto (c.d. nomofilachia) – con la sentenza n. 9140/2016.

Tuttavia tale intervento delle Sezioni Unite non fu decisivo circa la contestata validità delle clausole *claims made*, avendo ritenuto la Corte che tale questione dovesse essere risolta in punto di meritevolezza in concreto del patto, come previsto dall'art. 1322 comma 2, cod. civ., con valutazione demandata, come tale, al giudice di merito.

Con *obiter dictum* - cioè con affermazione motivazionale “accessoria”, non destinata a sorreggere la decisione concreta - la Corte diede alcune indicazioni di massima, nel senso della non manifesta immeritevolezza delle *claims made* estensive della copertura rispetto al passato (c.d. “pure”) e della dubbia meritevolezza delle clausole c.d. impure<sup>20</sup>. Si osservava poi che il regime *claims made* induce un’asimmetria qualitativa tra il rischio per cui il professionista deve coprirsi (anche a beneficio del terzo potenzialmente danneggiato) e quello trasferito all’assicuratore, potendo causare pericolosi “*buchi di copertura*”<sup>21</sup>.

Seguiva poi, nel 2017, un’ulteriore sentenza di una Sezione semplice della Cassazione, la Terza (sent. 28 aprile 2017, n. 10506)<sup>22</sup> che, pur dichiarando di voler seguire il precedente insegnamento delle Sezioni Unite, non rinunciò a dare indicazioni di massima al giudice di merito e ad operare direttamente il giudizio di meritevolezza del contratto ex art. 1322 co. 2 cod. civ.

La motivazione di tale sentenza n. 10506/2017 affermava che la valutazione di meritevolezza ex art. 1322 cod. civ. della clausola *claims made* «*va compiuta in concreto e non in astratto, valutando: (c) se la clausola subordini l’indennizzo alla circostanza che sia il danno, sia la richiesta di risarcimento da parte del terzo avvengano nella vigenza del contratto; (c”) la qualità delle parti; (c”) la circostanza che la clausola possa esporre l’assicurato a “buchi di garanzia”*» (p. 10-11 sent.). Si diceva che “*La clausola claims made è un patto atipico (...) In quanto patto atipico, alle parti è consentito adottarla solo se intesa a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo il nostro ordinamento giuridico*” e che “*Affinché dunque un patto atipico possa dirsi “immeritevole”, ai sensi dell’art. 1322 c.c., non è necessario che contrasti con norme positive: in tale ipotesi sarebbe infatti di per sé nullo ai sensi dell’art. 1418 c.c.*”. La Corte aveva usato il termine “*norme positive*”, ma si riferiva a “*norme imperative*”, perché tale è la formula usata dall’art. 1418 cod. civ. richiamato: ne risultava che, secondo la Corte, anche la contrarietà a norme “*dispositive*” – spesso presenti nella disciplina

<sup>20</sup> Così Cass. S.U 9140/2016: “*la prospettazione dell’immeritevolezza è, in via di principio, infondata con riferimento alle clausole c.d. pure, che, non prevedendo limitazioni temporali alla loro retroattività, svalutano del tutto la rilevanza dell’epoca di commissione del fatto illecito, mentre l’esito dello scrutinio sembra assai più problematico con riferimento alle clausole c.d. impure, a partire da quella, particolarmente penalizzante, che limita la copertura alla sola ipotesi che, durante il tempo dell’assicurazione, intervengano sia il sinistro che la richiesta di risarcimento*”.

<sup>21</sup> La motivazione della sentenza 6 maggio 2016, n. 9140 evidenziava la necessità di un criterio di controllo dell’autonomia privata, volto a “*stabilire fino a che punto i paciscenti possano spingersi nella riconosciuta loro facoltà di variare il contenuto del contratto e quale sia il limite oltre il quale la manipolazione dello schema tipico sia in concreto idonea ad avvelenarne la causa*”: sul punto, DELFINI, *Clausole claims made e determinazione unilaterale dell’oggetto nel B2B: l’equilibrio giuridico del contratto negli obiter dicta della Cassazione*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.* 2016, 558; in tema, v. anche MAGNI, *Le Sezioni unite sul contratto di assicurazione per la responsabilità civile claims made: contratto valido (a meno che “la manipolazione dello schema tipico non ne avveleni la causa”)*, in *Giur. it.*, 2016, 2602, spec. nota 24.

<sup>22</sup> In *Contratti*, 2017, 383, con nota di CARNEVALI, *La clausola claims made e le sue alterne vicende nella giurisprudenza di legittimità*, e in *Foro it.*, 2017, I, c. 1927, con nota di PALMIERI-PARDOLESI, *Meritevoli e no: claims made senza rete*.



di parte speciale – può dar luogo ad un giudizio di immeritevolezza, per la contrarietà “*del risultato che il patto atipico intende perseguire con i principi di solidarietà, parità e non prevaricazione che il nostro ordinamento pone a fondamento dei rapporti privati*”<sup>23</sup>.

La *pars construens* della sentenza si impegnava poi nella delimitazione del concetto di “immeritevolezza” ex art. 1322, co. 2, cod. civ., che era delineato con metodo casistico per poi trarne, deduttivamente, tre indici di immeritevolezza<sup>24</sup>. La Corte aveva poi applicato il così ricostruito concetto alla polizza dedotta in causa, che “*escludeva la copertura della responsabilità dell’assicurata per i fatti commessi in costanza di contratto, ma per i quali la richiesta di risarcimento da parte del terzo danneggiato le fosse pervenuta dopo la scadenza del periodo assicurativo*” (p. 6-7 sent.): la decisione riguardava dunque una clausola *claims made* “pura”, ma con effetti, nella fattispecie in esame, restrittivi della copertura assicurativa e dunque dell’oggetto del contratto<sup>25</sup> e per tali motivi il patto non veniva ritenuto meritevole ex art. 1322 co. 2 cod. civ.<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> Per una panoramica sul significato che la immeritevolezza ex art. 1322, co. 2, cod. civ. può assumere, AL-LAVENA, *Meritevolezza delle claims made: il difficile compito dei giudici di merito dopo le Sezioni Unite*, in *Danno resp.*, 2016, 952, spec. 954 ss. e ALBANESE, *Contratto, mercato, responsabilità*, Giuffrè, Milano, 2008, 163. In generale, sul tema, tra gli altri, G.B. FERRI, *Meritevolezza dell’interesse e utilità sociale*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, 81; SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. Vassalli*, VI, 2, Torino, 1975, 571; GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, 52; G.B. FERRI, *Ancora in tema di meritevolezza dell’interesse*, in *Riv. dir. comm.*, 1979, 1; COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Contr. impr.*, 1987, 423; GUARNERI, *Meritevolezza dell’interesse e utilità sociale*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, 799 e ID., voce *Meritevolezza dell’interesse*, in *Dig. disc. priv.*, XI, Torino, 1994, 324; SICCHIERO, *La distinzione tra meritevolezza e liceità del contratto atipico*, in *Contr. impr.*, 2004, 545; GENTILI, *Senso e consenso: storia e tecnica dell’interpretazione dei contratti*, Torino, Giappichelli, 2015, II, 407, nota 27).

<sup>24</sup> Così si leggeva in Cass. 10506/2017: “*Riducendo a “sistema” le motivazioni dei precedenti appena ricordati, se ne ricava che sono stati ritenuti immeritevoli, ai sensi dell’art. 1322 c.c., comma 2, contratti o patti contrattuali che, pur formalmente rispettosi della legge, avevano per scopo o per effetto di: (a) attribuire ad una delle parti un vantaggio ingiusto e sproporzionato, senza contropartita per l’altra (sentenze 22950/15, cit.; 19559/15, cit.); (b) porre una delle parti in una posizione di indeterminata soggezione rispetto all’altra (sentenze 4222/17; 3080/13; 12454/09; 1898/00; 9975/95, cit.); (c) costringere una delle parti a tenere condotte contrastanti coi superiori doveri di solidarietà costituzionalmente imposti (sentenza 14343/09, cit.)*”.

<sup>25</sup> L’art. 23 della polizza prevedeva che: “*La garanzia esplica la sua operatività per tutte le richieste di risarcimento presentate all’Assicurato per la prima volta durante il periodo di efficacia della presente assicurazione*.” La fattispecie concreta era così sintetizzata nella decisione: “*E’ incontrovertito che quel contratto copriva il rischio di responsabilità civile, cui l’Azienda fosse rimasta esposta nell’esercizio della propria attività, ovvero lo svolgimento di prestazioni sanitarie. Come già detto, essa escludeva l’indennizzabilità delle richieste postume. E’, infine, incontrovertito che i sanitari dipendenti dell’Azienda causarono danno ad un paziente nel 2003; che il contratto di assicurazione scade il 31 dicembre 2003; che il terzo danneggiato rivolse la sua richiesta di risarcimento all’Azienda nel 2005*” (p. 14 sent.)

<sup>26</sup> Così decideva Cass. 10506/2017: “*Ritiene questa Corte che la clausola in esame non superi il vaglio di meritevolezza richiesto dall’art. 1322 c.c., e che pertanto corretto sia il dispositivo della sentenza impugnata, nella parte in cui ne ha escluso la validità*” (p. 10-11 sent. ns. enfasi).

5. Nel gennaio 2018, con ordinanza n. 1465 (19 gennaio 2018), la medesima III Sezione della Cassazione ha poi sollecitato un (nuovo) intervento delle Sezioni Unite per “*stabilire se siano corretti i seguenti principi: (a) nell’assicurazione contro i danni non è consentito alle parti elevare al rango di “sinistri” fatti diversi da quelli previsti dall’art. 1882 c.c. ovvero, nell’assicurazione della responsabilità civile, dall’art. 1917 c.c., comma 1; (b) nell’assicurazione della responsabilità civile deve ritenersi sempre e comunque immeritevole di tutela, ai sensi dell’art. 1322 c.c., la clausola la quale stabilisca che la spettanza, la misura ed i limiti dell’indennizzo [siano determinati] non già in base alle condizioni contrattuali vigenti al momento in cui l’assicurato ha causato il danno, ma in base alle condizioni contrattuali vigenti al momento in cui il terzo danneggiato ha chiesto all’assicurato di essere risarcito*”.

Tale ordinanza della terza Sezione della Cassazione riproponeva le seguenti conclusioni, prese nella precedente decisione 28 aprile 2017, n. 10506: “*In primo luogo, la clausola claims made che escluda le richieste postume appare immeritevole di tutela, in quanto attribuisce all’assicuratore un vantaggio ingiusto e sproporzionato, senza contropartita (...) In secondo luogo, la clausola claims made che escluda le richieste postume appare immeritevole di tutela, in quanto pone l’assicurato in una posizione di indeterminata soggezione rispetto all’altra. (...) In terzo luogo, la clausola claims made che escluda le richieste postume appare immeritevole di tutela, in quanto può costringere l’assicurato a tenere condotte contrastanti coi superiori doveri di solidarietà costituzionalmente imposti*”.

Si chiedeva la Corte: “*potrebbero le parti d’un contratto di assicurazione della responsabilità civile pattuire che il “sinistro”, ovvero il rischio avverato, possa consistere in un fatto diverso dalla commissione d’un illecito aquiliano da parte dell’assicurato, ed in particolare nella ricezione, da parte di questi, d’una richiesta di risarcimento?*” E, così impostato il quesito, la Corte aggiungeva: “*Non potrebbero farlo: perché se lo potessero, si produrrebbero sei conseguenze talmente paradossali, da risultare inaccettabili a qualsiasi ordinamento civile*”.

Infine la Corte superava il formale rilievo, che l’art. 1917 co. 1 non è previsto tra le norme qualificate come inderogabili dall’art. 1932 cod. civ., osservando: “*è del tutto irrilevante la circostanza che l’art. 1932 c.c., nell’elencare le norme inderogabili dalla volontà delle parti, non faccia cenno dell’art. 1917 c.c., comma 1. Di prevedere l’inderogabilità di quella norma non v’era infatti bisogno, per la semplice ragione che derogare all’art. 1917 c.c., comma 1, significa stipulare un contratto che non è un’assicurazione della responsabilità civile. Si consideri, del resto, che anche l’art. 1882 c.c. non compare tra le norme dichiarate “inderogabili” dall’art. 1932 c.c.: e certo nessuno vorrà sostenere che un contratto privo dei requisiti di cui all’art. 1882 c.c. possa qualificarsi un’assicurazione sì, ma “atipica”*”.

6. A seguito della nuova rimessione alle Sezioni Unite, conseguente a tale ordinanza interlocutoria, è stata di recente depositata, il 24 settembre 2018, una seconda sentenza della Cassazione a Sezioni Unite, n. 22437 in cui è stato enunciato il

seguinte principio di diritto, cui dovrà attenersi la Corte di appello in sede di rinvio della causa: “*Il modello dell’assicurazione della responsabilità civile con clausole “on claims made basis”, che è volto ad indennizzare il rischio dell’impoverimento del patrimonio dell’assicurato pur sempre a seguito di un sinistro, inteso come accadimento materiale, è partecipe del tipo dell’assicurazione contro i danni, quale deroga consentita al primo comma dell’art. 1917 c.c., non incidendo sulla funzione assicurativa il meccanismo di operatività della polizza legato alla richiesta risarcitoria del terzo danneggiato comunicata all’assicuratore. Ne consegue che, rispetto al singolo contratto di assicurazione, non si impone un test di meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti, ai sensi dell’art. 1322, secondo comma, c.c., ma la tutela invocabile dal contraente assicurato può investire, in termini di effettività, diversi piani, dalla fase che precede la conclusione del contratto sino a quella dell’attuazione del rapporto, con attivazione dei rimedi pertinenti ai profili implicati, ossia (esemplificando): responsabilità risarcitoria precontrattuale anche nel caso di contratto concluso a condizioni svantaggiose; nullità, anche parziale, del contratto per difetto di causa in concreto, con conformazione secondo le congruenti indicazioni di legge o, comunque, secondo il principio dell’adeguatezza del contratto assicurativo allo scopo pratico perseguito dai contraenti; conformazione del rapporto in caso di clausola abusiva (come quella di recesso in caso di denuncia di sinistro)”.*

Nella motivazione della sentenza vi è anche un’attenzione al rapporto tra premio pagato dall’assicurato e rischio garantito, che dovrà orientare il giudice di rinvio per la valutazione dell’equilibrio del contratto. Si legge infatti in motivazione: “*In quest’ottica, l’analisi dell’assetto sinallagmatico del contratto assicurativo rappresenta un veicolo utile per apprezzare se, effettivamente, ne sia realizzata la funzione pratica, quale assicurazione adeguata allo scopo (tale da superare le criticità innanzi ricordate: § 17), là dove l’emersione di un disequilibrio palese di detto assetto si presta ad essere interpretato come sintomo di carezza della causa in concreto dell’operazione economica. Ciò in quanto, come già affermato da questa Corte, la determinazione del premio di polizza assume valore determinante ai fini dell’individuazione del tipo e del limite del rischio assicurato, onde possa reputarsi in concreto rispettato l’equilibrio sinallagmatico tra le reciproche prestazioni (Cass., 30 aprile 2010, n. 10596; ma, in forza di analoga prospettiva, anche Cass., S.U., 28 febbraio 2007, n. 4631). Non è, dunque, questione di garantire, e sindacare perciò, l’equilibrio economico delle prestazioni, che è profilo rimesso esclusivamente all’autonomia contrattuale, ma occorre indagare, con la lente del principio di buona fede contrattuale, se lo scopo pratico del regolamento negoziale “on claims made basis” presenti un arbitrario squilibrio giuridico tra rischio assicurato e premio, giacché, nel contratto di assicurazioni contro i danni, la corrispettività si fonda in base ad una relazione oggettiva e coerente con il rischio assicurato, attraverso criteri di calcolo attuariale.”*

7. Tra le altre affermazioni che si leggono nell’assai articolata ultima decisione delle Sezioni Unite del settembre 2018, che andrà attentamente valutata, vi è anche

quella secondo cui: “*Rimane, però, vivo e vitale il test su come la libera determinazione del contenuto contrattuale, tramite la scelta del modello claims made, rispetti, anzitutto, i “limiti imposti dalla legge”, che il primo comma dell’art. 1322 c.c. postula per ogni intervento conformativo sul contratto inerente al tipo, in ragione del suo farsi concreto regolamento dell’assetto di interessi perseguiti dai paciscenti, secondo quella che suole definirsi “causa in concreto” del negozio.*”

Mi pare che, come in precedenti scritti avevo sostenuto<sup>27</sup> il rispetto dei limiti ex art. 1322 co. 1 cod. civ.<sup>28</sup> richieda una tendenziale necessaria simmetria *qualitativa* tra rischio oggetto dell’assicurazione RC professionale e responsabilità professionale medesima: simmetria “*qualitativa*”, perché da riferirsi a tutti i *contrassegni giuridici* della responsabilità civile professionale, tra cui l’esposizione nel tempo rispetto ai possibili legittimati al risarcimento; simmetria solo “*qualitativa*” - e non anche “*quantitativa*” - perché assicurato ed assicuratore ben possono convenire limiti di massimale e franchigie (o scoperto); né può esservi simmetria dal punto di vista del coefficiente psicologico, perché la responsabilità civile opera *a fortiori* anche a fronte di condotte dolose, mentre ciò è escluso per l’assicurazione, per evidenti ragioni di ordine pubblico, dall’art. 1917 medesimo (e, più in generale, dall’art. 1900 cod. civ.).

**8.** I due modelli di determinazione dell’oggetto del contratto di assicurazione responsabilità civile di cui andiamo discorrendo - “*el de “ocurrencia” y el de “reclamo”*” corrispondenti ai termini *loss occurrence* e *claims made* - si fronteggiano anche in Sudamerica, perché la circolazione dei tipi contrattuali è ormai globale.

**8.1** In Uruguay, secondo quanto riferito in un Report dell’*International Bar Association* del 2008<sup>29</sup>, non vi sarebbero decisioni esplicite sulla validità delle polizze *claims made*. Peraltro in Uruguay non vi è, a differenza dell’Argentina, una legge speciale che contempra il contratto di assicurazione della responsabilità civile, e il contratto di assicurazione resta regolato in via generale dal codice di commercio.

Tali clausole tuttavia dovrebbero essere considerate valide, perché espressione dell’autonomia contrattuale, principio che regola il contratto in generale e che, nel caso dell’assicurazione, sarebbe confermato dalla formulazione dell’art. 645 del codice di commercio uruguayano, ove si prevede al n. 5, quale contenuto necessario della polizza, l’indicazione del “rischio assunto dall’assicuratore”, così lasciato all’accordo delle parti: “*Artículo 645. Toda póliza o contrato de seguro, exceptuando los que se hacen sobre la vida, debe contener : 1. La fecha del día en que se celebra el contrato.*

<sup>27</sup> DELFINI, *Le sezioni unite nuovamente sollecitate a pronunciarsi sulle clausole claims made*, in *Giurisprudenza Italiana*, III, 2018, 559 – 568.

<sup>28</sup> Il primo comma dell’art. 1322 cod. civ. it. prevede: “*Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge*”.

<sup>29</sup> International Bar Association - Insurance Committee - Substantive Project 2008, *The impact of local law on claims made policies, and the issues of late notification of claims and circumstances and time bars* ([www.ibanet.org](http://www.ibanet.org)).

2. *El nombre de la persona que hace asegurar, sea por su cuenta o por la ajena.* 3. *Una designación suficientemente clara de la cosa asegurada, y del valor fijo que tenga o se le atribuya.* 4. *La suma por la cual se asegura.* 5. *Los riesgos que toma sobre sí el asegurador.* 6. *La época en que los riesgos hayan de empezar y acabar para el asegurador.* 7. *La prima del seguro, etc.* 8. *En general, todas las circunstancias cuyo conocimiento pudiese ser de interés real para el asegurador, así como todas las demás estipulaciones hechas por las partes. La póliza debe estar firmada por el asegurador”.*

Non sono mancate tuttavia autorevoli e risalenti voci contrarie, che hanno intravisto nella clausola generale di buona fede lo strumento del controllo su tale tipo di patto: “*Esta función integradora de la buena fé (denominada también buena fe correctiva), podría llevar al Magistrado a abolir cláusulas abusivas, contrarias a la misma, y a la recta aplicación de la normativa que las partes quisieron eludir*”.<sup>30</sup>

Inoltre, essendo comune anche al diritto di Argentina ed Uruguay la distinzione - dottrinale ma accolta anche in giurisprudenza - tra clausole di *limitazione della responsabilità* e clausole di *determinazione dell'oggetto* del contratto, la clausola *claims made* rientrerebbe in queste ultime, e sarebbe soggetta solo alla autonomia contrattuale, dovendo tradursi in uno degli elementi del contenuto della polizza (il n. 5, appunto).

Al di là di tale generico richiamo alla libertà contrattuale - per vero assai ristretta quando l'oggetto del contratto di assicurazione non è frutto di contrattazione *ad hoc* tra le parti su di un piano di parità, ma di predisposizione unilaterale di condizioni di polizza da concludersi per adesione - le ragioni economiche e pratiche sottostanti al riferito favore del sistema giuridico dell'Uruguay per la ammissibilità di clausole *claims made* si possono intravedere nella durata del termine di prescrizione della responsabilità professionale<sup>31</sup>, che in Uruguay è fissato

<sup>30</sup> Beatriz VENTURINI-Teresita RODRIGUEZ MASCARDI, *Alerta: la clausula claim made en el seguro de responsabilidad civil*, en el *Anuario Uruguayo de Derecho Civil (A.D.C.U.)* Tomo XXVII 615 y ss., noviembre 1997.

<sup>31</sup> GERALDINE IFRÁN, Uruguay. *Claims-made policies under Uruguayan law*, in *The impact of local law on claims made policies and the issues of late notification of claims and circumstances and time bars*, International Bar Association Insurance Committee - Substantive Project 2008: “*In Uruguay the statute of limitations is four years for tort claims and twenty years for contract liability. Hence there is great concern regarding exposure to late-filed claims. As a result, in line with international experience, in Uruguay long-tail coverage ceased to be sold on an occurrence basis, and was replaced by claims-made insurance. Claims-made clauses are valid in Uruguay. This derives from an analysis of the provisions of the Commercial Code and consumer protection statutes as set forth in the Consumer Relations Act, No. 17,250, as reflected below. Uruguay does not have an insurance contract law. Insurance is regulated in scant and archaic provisions of the 1866 Commercial Code, which does not provide solutions for many current insurance business issues. An example of this is that the code does not define or regulate civil liability insurance, which at the date of approval of this body of law was not a known insurance practice. Much less does it include the recent form of claims-made coverage. This lack of Uruguayan insurance law is, perhaps, an “advantage.” In Uruguay the concept of civil liability insurance was not bound to legal definitions linked to the historical occurrence-based form of such coverage. Unlike in Uruguay, that was the case in other countries and has been invoked as an argument against the validity of claims-made clauses. The rules of the Uruguayan Commercial Code establish applicability of the principle of autonomy of will in connection with insurance matters. Article 645 of the Commercial Code establishes that insurance contracts must contain a description of “the risks assumed by the insurer” (point 5), and of “the point in time when risks will begin and end for the insurer”*”

in vent'anni<sup>32</sup>, con una estensione assai elevata e singolare nel panorama internazionale (si consideri il già lungo termine ordinario di dieci anni, in Italia, per la responsabilità contrattuale, e quello di cinque anni, sempre in Italia, per la responsabilità extracontrattuale e aquiliana).

**8.2** In Argentina, invece, il dibattito sulla validità delle *claims made* – che introducono il modello c.d. “*de reclamo*” nell’assicurazione della responsabilità civile - ha potuto contare su alcune sentenze di rilievo.

Come in altri paesi della tradizione di *civil law*, anche in Argentina il modello legale di contratto RC è quello *loss occurrence* (“*de ocurrencia*”). L’art. 109 della Ley de Seguros (legge argentina sulle assicurazioni: *Ley de Seguros 17.418* del 30 agosto 1967: LdS) prevede infatti che “*El asegurador se obliga a mantener indemne al asegurado por cuanto deba a un tercero en razón de la responsabilidad prevista en el contrato, a consecuencia de un hecho acaecido en el plazo convenido*”, così rendendo chiaro che il contratto è previsto come “*de ocurrencia*” (*loss occurrence*).

Nel medesimo Report 2008 dell’International Bar Association 2008 si è osservato<sup>33</sup>, tuttavia, che la norma da cui muovere per valutare la libertà contrattuale, nella modifica in *claims made* dello schema classico *loss occurrence* (previsto dall’art. 109 LdS) della assicurazione RC professionale, è l’art. 158 della legge argentina sulle assicurazioni (LdS), che non ricomprende espressamente, tra le norme inderogabili, l’art. 109 (similmente a quanto fatto dall’art. 1932, comma 1 cod. civ. italiano, che non contempla l’art. 1917, co. 1).

L’art. 158 LdS dispone: “*Art. 158. Además de las normas que por su letra o naturaleza son total o parcialmente inmodificables, no se podrán variar por acuerdo de partes los artículos 5, 8, 9, 34 y 38 y sólo se podrán modificar en favor del asegurado los artículos 6, 7, 12, 15, 18 (segundo párrafo), 19, 29, 36, 37, 46, 49, 51, 52, 82, 108, 110, 114, 116, 130, 132, 135 y 140.*

*Cuando las disposiciones de las pólizas se aparten de las normas legales derogables, no podrán formar parte de las condiciones generales. No se incluyen los supuestos en que la ley prevé la derogación por pacto en contrario*<sup>34</sup>.

---

(point 6). Additionally, article 646 of the code adds that “[i]n all insurance, regardless of nature, the contracting parties have the right to make, and to set forth in policies, whatever stipulations and conditions they may deem appropriate as to the precise time when risks are to begin and end.”

<sup>32</sup> Beatriz VENTURINI-Teresita RODRIGUEZ MASCARDI, *Alerta: la clausula claim made en el seguro de responsabilidad civil*, cit. “*En Uruguay, como es sabido, el plazo es de 20 años en materia de responsabilidad contractual y de 4 años en materia de responsabilidad extracontractual*”.

<sup>33</sup> CARLOS A. ESTEBENET, Argentina. *The impact of local law on claims made policies and in particular the issues of the late notification of claims and circumstances time bars*, in *The impact of local law on claims made policies and the issues of late notification of claims and circumstances and time bars*, International Bar Association Insurance Committee - Substantive Project 2008.

<sup>34</sup> “*Mandatory rules - Section 158. In addition to the rules that, for their wording or nature, are totally or partially unchangeable, sections 5, 8, 9, 34 and 38 may not be changed as agreed upon by the parties, and sections 6, 7, 12, 15, 18 (second paragraph), 19, 29, 36, 37, 46, 49, 51, 52, 82, 108, 110, 114, 116, 130, 132, 135 and*

Il rapporto tra le due norme è stato ben considerato nella prima delle due più note sentenze argentine sul tema delle *claims made*, quella resa dalla Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C(CNCiv)(SalaC) il 2 maggio 2006 (Partes: Barral de Keller Sarmiento, Graciela c. G., J. A. y otros)<sup>35</sup>, in cui la Corte ha osservato: *“La realización de un contrato de seguro debe regirse por el principio de la “autonomía de la voluntad”; pero existen límites que deben respetarse y mantenerse a efectos de que el seguro cumpla su cometido. Por acuerdo de partes no es viable la alteración de la obligación del asegurador de modo de desnaturalizar la función económico-jurídica del contrato. Y en el caso, tales límites provienen de la propia ley de Seguros, pero también de la Ley de Defensa del Consumidor”; “La esencia del contrato de seguro es justamente la protección del asegurado contra el hecho generador de una deuda ocurrida dentro del plazo de vigencia de la póliza, independientemente del momento en que se efectúe el reclamo. La aparición del daño es lo que interesa a los fines de situarlo en el período de garantía. Por ello, una interpretación distinta implicaría una desnaturalización del contrato de seguro. La cláusula “claims made”, limita temporalmente la garantía asegurativa en un modo no previsto por la ley ampliando inequitativamente los derechos del asegurador y restringiendo los del asegurado. Ello, además de implicar una violación a lo dispuesto por los arts. 109 y 158 de la ley de seguros, permite tener por configurados los presupuestos previstos en el art. 37, incisos a) y b) de la ley 24.240 de defensa del consumidor”; “Las obligaciones se desnaturalizan cuando se apartan injustificadamente del derecho dispositivo, de un modelo de razonabilidad estimado por el legislador (Lorenzetti, Ricardo Luis “Tratado de los Contratos”, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1999, t. I, p. 165); “Es que tratándose como en el caso, de profesionales de la salud, donde el transcurso del postoperatorio, la consecuente mejoría y la evolución posterior requieren de mayor tiempo para determinar si tal acto y sus circunstancias fueron correctamente ejecutadas, deviene contrario a la naturaleza del evento objeto del seguro, y por lo tanto impropio para cumplir su finalidad intrínseca”.*

L'altro importante precedente, sul nostro tema, è costituito dalla sentenza della Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala FC. Nac. Civ., sala F del 3 marzo 2011 (Partes: F. R., C. v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro)<sup>36</sup> che così si è espressa, richiamando il precedente “Barral de Keller Sarmiento, Graciela c. G., J. A. y otros”: *“En dicho precedente se declaró que la cláusula claims made, inserta en el contrato de seguro del galeno condenado, era abusiva y debía considerarse, por lo tanto, no escrita. (...) Consideró la sala, a través del voto del Dr. Díaz Solimine, que si bien la realización de un contrato de seguro debe regirse por el principio de la autonomía de la voluntad, existen límites que deben respetarse y mantenerse a efectos de que el seguro cumpla su cometido. Por acuerdo de partes no es viable la alteración de la obligación del*

---

140 may only be amended in favour of the insured. When the provisions of the policies go off the repealable statutory rules, they may not be a part of the general conditions. The cases where the law sets forth the annulment through an agreement to the contrary, are not included”.

<sup>35</sup> In Thomson Reuters Información Legal AR/JUR/1750/2006.

<sup>36</sup> In Thomson Reuters Información Legal, 20110532

asegurador de modo de desnaturalizar la función económico-jurídico del contrato. Decía el Dr. Díaz Solimine, al votar en la causa antes citada, que la esencia del contrato de seguro es justamente la protección del asegurado contra el hecho generador de una deuda ocurrida dentro del plazo de vigencia de la póliza, independientemente del momento en que se efectúe el reclamo. La aparición del daño es lo que interesa a los fines de situarlo en el período de garantía. Por ello, una interpretación distinta implicaría una desnaturalización del contrato de seguro. La cláusula claims made, limita temporalmente la garantía asegurativa en un modo no previsto por la ley ampliando inequitativamente los derechos del asegurador y restringiendo los del asegurado. Ello, además, implica una violación a lo dispuesto por los arts. 109 Ver Texto y 158 Ver Texto, Ley de Seguros.

Così la Corte ha poi concluso “...la cláusula claims made - a pesar de haber sido autorizada por resoluciones de la Superintendencia de Seguros de la Nación - es abusiva en cuanto desnaturaliza las obligaciones relativas al objeto del contrato. En el seguro de responsabilidad civil, la obligación del asegurador se mantiene hasta la cancelación de la deuda motivada en la responsabilidad civil - o hasta el cumplimiento del plazo de prescripción operada a partir de un hecho ocurrido en el plazo de vigencia contractual - , y la obligación del asegurador se agotará una vez satisfecho el crédito del damnificado (Conf., además, Stglitz, Rubén, “Derecho de seguros”, 4ª ed., t. I, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2005, ps. 585 y ss.)”<sup>37</sup>.

Mi pare che tali decisioni possano portare un utile contributo anche alla trattazione del tema da parte del giurista italiano.

Da tali sentenze emerge, infatti, una conferma della conseguenza cui può portare l'assenza di limiti nell'unilaterale determinazione, da parte dell'assicuratore, dell'oggetto della copertura: la perdita della stessa *causa* del contratto concreto, intesa come funzione economico sociale da esso assolta.

Commentando il panorama giurisprudenziale italiano ho tentato di razionalizzare le indicazioni, talvolta implicite, della Cassazione - che ha paventato più volte il pericolo di “*buchi di copertura*” assicurativa - segnalando che ciò viene evitato solo se vi è una *simmetria qualitativa* tra rischio originario gravante in capo all'assicurato RC e rischio trasferito in via derivativa all'assicuratore con la copertura contrattuale.

Ho poi prospettato che per il contratto di assicurazione della responsabilità civile la disciplina della prestazione caratterizzante il tipo evocato dal predisponente (nel nostro caso la prestazione dell'assicuratore, come delineata dall'art. 1917 co. 1) potrebbe integrare - malgrado non sia dichiarata inderogabile - quei *limiti imposti dalla legge* per i contratti *tipici*, cui fare riferimento ex art. 1322 *primo comma* cod.

<sup>37</sup> Il tema ha perso di importanza e l'incidenza del contenzioso giudiziale è destinata verosimilmente a ridursi dopo l'entrata in vigore, nel 2015, del nuovo “Codigo Civil Y Comercial”, che ha drasticamente ridotto i termini di prescrizione ordinaria (a 5 anni) e per la responsabilità civile (a 3 anni), così corrispondentemente riducendo l'esposizione al rischio di indennizzo in capo all'assicuratore della responsabilità civile: “art. 2560.- Plazo genérico. El plazo de la prescripción es de cinco años, excepto que esté previsto uno diferente en la legislación local”; “art 2561.- Plazos especiales. (...) El reclamo de la indemnización de daños derivados de la responsabilidad civil prescribe a los tres años”.



civ.: ciò perché il contratto di assicurazione RC con clausola *claims made* non è contratto *atipico* (soggetto al co. 2 dell'art. 1322), essendo compiutamente disciplinato dall'art 1917, ma è piuttosto un contratto *tipico*, il cui contenuto è conformato dalla clausola *claims made* in modo difforme dalla tipizzazione codicistica<sup>38</sup>.

Nel medesimo senso, implicitamente, mi pare si pongano le due decisioni argentine riportate, che hanno ritenuto che le *claims made* violino l'art. 158 LdS.

E' stato infatti osservato nel Report IBA 2008<sup>39</sup> che l'art. 158 LdS "*mentions those [norms] which are impossible to repeal and those which may be modified in favour of the insured. It also establishes a third category of norms: those which, either because of their wording or their nature, are impossible to modify, either completely or partially. In my opinion, this third category, which is mentioned in the law, refers to those norms comprising the essence of the contract, as well as to others which expressly establish their impossibility to be repealed*".

Nel codice civile italiano non vi è definizione delle norme imperative o inderogabili e solo raramente il legislatore indica se una specifica norma è inderogabile.

Il legislatore argentino, nella legge sulle assicurazioni, è stato invece più esplicito ed ha indicato che ci sono norme inderogabili per espressa previsione ("*por su letra*") e norme inderogabili per loro natura ("*por su naturaleza*"), così consentendo al giudice di ritrovare, nella disciplina di un singolo contratto, norme che, se vengono derogate dalle parti, "snaturano" il contratto.

Inoltre, il secondo comma dell'art. 158 LdS, ove prevede che "*Cuando las disposiciones de las pólizas se apartende las normas legales derogables, no podrán formar parte de las condiciones generales*", sembra confermare che anche norme in astratto derogabili non possono tuttavia essere derogate unilateralmente con condizioni generali di polizza.

Il giudice argentino ha dunque più facilità, di fronte agli artt. 109 e 158 LdS a seguire la dottrina del proprio Paese e ad affermare che "*Las obligaciones se desnaturalizan cuando se apartan injustificadamente del derecho dispositivo, de un modelo de razonabilidad estimado por el legislador*"<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> In questo senso, l'art. 158 della Ley de Seguros argentina può fornire preziose indicazioni anche al giurista italiano per la ricostruzione di tali "*limiti imposti dalla legge*" ex art. 1322, co. 1, cod. civ. alla autonomia privata. Il sopra riportato art. 158 della Ley de Seguros, come pure fatto dall'art. 1932 cod. civ. it., indica al primo comma quali norme non possono essere derogate a svantaggio dell'assicurato, ma contiene un importante successivo comma che prevede "*Cuando las disposiciones de las pólizas se aparten de las normas legales derogables, no podrán formar parte de las condiciones generales*": con ciò consentendo di sostenere che le norme, pur dispositive ma che descrivono l'oggetto del contratto, non possono essere derogate dal predisponente: In altre parole: le norme (in astratto) derogabili in una contrattazione bilaterale e paritetica divengono inderogabili (e cioè imperative) se oggetto di deroga unilaterale nella contrattazione per adesione.

<sup>39</sup> CARLOS A. ESTEBENET, Argentina. *The impact of local law on claims made policies and in particular the issues of the late notification of claims and circumstances time bars*, in Report IBA 2008, cit.

<sup>40</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, 02/05/2006, Barral de Keller Sarmiento, Graciela c. G., J. A. y otros, richiamando Ricardo Luis Lorenzetti, "*Tratado de los Contratos*", Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1999, t. I, 165.

Raccogliendo gli spunti che sono offerti dalla legge sulle assicurazioni argentina e dalla dottrina e dalla giurisprudenza di tale Paese, e razionalizzandoli, anche il giurista italiano può allora concludere che quando la determinazione unilaterale dell'oggetto – da parte dell'assicuratore con condizioni generali di polizza - deroga a norme che, pur non definite imperative, descrivono la stessa funzione economico sociale del contratto, tale determinazione unilaterale dell'oggetto può comportare il venire meno della stessa causa del contratto tipico e della stessa operazione economica contrattuale<sup>41</sup> concreta. E ciò, soprattutto, quando il contratto incide anche, seppur non direttamente, su interessi di terzi, quali i potenziali danneggiati dell'assicurato, per la cui tutela la legge impone al professionista di assicurarsi.

9. La più recente sentenza a Sezioni Unite della Cassazione (22437/2018), del settembre 2018, ha censurato il giudice di appello per aver deciso “*senza farsi carico della concretezza dell'operazione negoziale, da correlare funzionalmente all'assetto di interessi che le polizze stesse avrebbero dovuto realizzare. Una tale prospettiva in iure avrebbe, invece, dovuto guidare il giudice di appello nel considerare, in modo sinergicamente complessivo, l'atteggiarsi della vicenda dedotta in giudizio (ossia, della scansione diacronica tra verifica del sinistro e richiesta risarcitoria da apprezzarsi nel precipuo contesto storico-ambientale), la sua incidenza sugli obblighi informativi che essa imponeva, la corrispettività tra premio e rischio assicurato - che doveva giustificare ragionevolmente la sensibile modificazione dell'importo della franchigia, nel collegamento stretto tra la stipulazione della prima e seconda polizza, tale da non ridondare in fenomeno di abuso del diritto -, la presenza, infine, di clausola di recesso in costanza di rapporto*”.

Ampia è dunque la gamma dei rimedi cui può aspirare l'assicurato, secondo le Sezioni Unite, in caso di *claims made* che portino a “buchi di copertura”: *responsabilità risarcitoria precontrattuale, nullità, anche parziale, del contratto per difetto di causa in concreto, con conformazione secondo le congruenti indicazioni di legge o, comunque, secondo il principio dell'adeguatezza del contratto assicurativo allo scopo pratico perseguito dai contraenti*.

Di fronte a tali plurimi profili, che devono, secondo le Sezioni Unite, essere valutati per accertare se la polizza *claims made* (in concreto configurata in deroga al modello *loss occurrence*), mantenga una *causa in concreto*, assicurati un equilibrio corri-

<sup>41</sup> La dottrina più avvertita utilizza con consapevolezza il concetto di operazione economica – schema ampio a struttura procedimentale che identifica una sequenza unitaria e composita comprendente il regolamento, tutti i comportamenti che ad esso si collegano per il conseguimento dei risultati voluti e la situazione oggettiva nella quale il complesso di regole ed i comportamenti si collocano (E. GABRIELLI, *Il contratto e le sue classificazioni*, in ID., (a cura di), *I contratti in generale*, vol. I, in *Trattato dei contratti* diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, 2<sup>a</sup> ed, Torino, 2006, 43 ss. (spec. 60 ss.); ID., *L'oggetto del contratto*, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2015, 27 ss., 38 ss. e 51 ss.); ID., *Doctrina general del contrato*, vol. I, cit., ps. 23 y ss.; ID., *Estudios sobre teoría general del contrato*, cit., ps. 139 y ss.; ID., “*Causa, tipo y teoría del contrato*”, en *Revista de Responsabilidad y Seguros*, año 15, nro. 11, La Ley, Buenos Aires, 2013, ps. 5 y ss.

spettivo del rapporto contrattuale e sia adeguata allo scopo pratico perseguito di contraenti, può costituire elemento decisivo la previsione di una *deeming clause*<sup>42</sup> o la sua ricostruzione tra i *naturalia negotii*.

Si intende per *deeming clause* la clausola con cui si conviene che siano denunciabili in corso di polizza anche le “circostanze” che rendano verosimile una futura richiesta di risarcimento: per effetto della clausola, saranno dunque oggetto di copertura anche le richieste di risarcimento, pervenute dopo la scadenza della polizza, che siano conseguenti o relative a “circostanze” denunciate in corso di vigenza della polizza stessa.

Le *deeming clauses* rientrano nei *naturalia negotii* per il mondo anglosassone, ed una *valid claims made policy* viene “*construed*” – e dunque interpretata ed integrata – dalle Corti inglesi nel senso che in caso di successione pluriennale di polizze con lo stesso assicuratore si considerano, appunto, oggetto di copertura anche le richieste di risarcimento pervenute dopo la scadenza della polizza, ma che siano conseguenti o relative a “circostanze” denunciate in corso di vigenza della polizza stessa: in questo senso è esplicito il *leading case* inglese *Kidsons v Lloyds Underwriters*<sup>43</sup>, dove la *Queen’s Bench Division* della *High Court of Justice* ha osservato – con formulazione in evidente sintonia rispetto al riferimento ai “buchi di copertura” fatto

<sup>42</sup> Una ricorrente formulazione di *deeming clause* suona: “*The assured shall give to the underwriters notice in writing as soon as practicable of any circumstance of which they shall become aware during the policy period, which may give rise to a loss or claim against them. Such notice having been given, any loss or claim to which that circumstance has given rise which is subsequently made after the expiration of the policy shall be deemed for the purpose of this insurance to have been made during the policy period*”. Nel caso *Kidsons (A Firm) v Lloyds Underwriters*, deciso dalla England and Wales High Court (reperibile all’indirizzo: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2007/1951.html>), il testo della clausola era il seguente: “*The Insured shall give written notice to the company (regardless of the Insured’s contribution) as soon as possible after becoming aware of circumstances which might reasonably be expected to produce a claim irrespective of the Insured’s views as to the validity of the claim or on receiving information of a claim for which there may be liability under this Insurance. Any claim arising from such circumstances shall be deemed to have been made in the period of insurance in which such notice has been given*”.

<sup>43</sup> *Kidsons (A Firm) v Lloyds Underwriters*, [2007] EWHC 1951 (Comm), cit. Par. 21 (mia enfasi) “*It is integral to the structure of claims made policies being successively renewed from year to year, that provision is made for claims arising after the expiry of any one policy period out of circumstances of which the assured has first become aware during that period. Unless provision is made to treat such claims as having been made during that policy period, the concept of claims made policies applying in successive policy years would create an unexpected and inappropriate gap in coverage. This is because of the obligation upon an assured to make disclosure to renewing insurers on the succeeding year and the possibility that, upon disclosure to renewing insurers of such circumstances of which the assured was aware at the end of the earlier policy year, renewing insurers might exclude any claims arising out of them, or only be prepared to accept liability at a premium that was commercially unacceptable to the assured. This would leave the assured with no cover in respect of such claims either under the earlier policy year during which he first became aware of the relevant circumstances or under the later year during which the claim might ultimately be made arising out of those circumstances. This analysis finds confirmation, for example, in the reasoning of Rix J in J Rothschild Assurance Plc v Collyear [1999] 1 Lloyds Rep IR 6 at paragraph 22, and of Moore-Bick J in Friends Provident at paragraph 13 and paragraphs 38-39*”.

dalle Sezioni Unite italiane - che in difetto di ciò vi sarebbe un “*unexpected and inappropriate gap in coverage*”.

La necessaria previsione di una *deeming clause*, per poter orientare il giudice nazionale, nel caso concreto, nel senso della meritevolezza del modello *claims made* adottato pare inoltre giustificata nella sostanza, perché la clausola porterebbe ad un ragionevole equilibrio giuridico del contratto, con equo contemperamento dei contrapposti interessi.

Da un lato, l'assicuratore otterrebbe la ricercata maggiore convenienza di appostazione delle riserve tecniche e di gestione economica del rischio e dovrebbe tuttavia offrire all'assicurato quella copertura risultante dalla *deeming clause* che ridurrebbe i paventati “buchi di copertura” ed eviterebbe che l'assicurato più diligente debba ricercare (spesso invano) e pagare coperture “postume” rispetto ad una *claims made* che è stata restrittivamente configurata.

Dall'altro, il cliente sarebbe sollecitato a un'attenta revisione della propria condotta professionale nell'anno in corso, per ottemperare all'onere di comunicazione previsto nella *deeming clause*; e ne verrebbe altresì ridotto il contenzioso in punto di conoscibilità delle circostanze rilevanti ex art. 1892 – 1893 cod. civ.

Né si potrebbe lamentare che la *deeming clause* abbisogni di un proprio corrispettivo economico – o giustificare per tale via una richiesta di incremento di premio – perché il flusso di comunicazioni attuative delle *deeming clauses* consentirà agli assicuratori, stante l'attuale segmentazione annuale delle polizze, di beneficiare di un accurato sistema di informazioni sulla rischiosità dei clienti e di eventualmente aggiustare così (in via incrementativa) la richieste di premio per gli anni successivi, a fronte di denunce “*deemed*”.<sup>44</sup>

Indicazioni nel medesimo senso giungono anche da un altro paese di *common law*, l'Australia, ove la disciplina delle assicurazioni è contenuta nell'*Insurance Contracts Act 1984* (No. 80, 1984: ICA)<sup>45</sup>. Come ho avuto modo di osservare in un precedente scritto<sup>46</sup>: “*Section 40 ICA provides that whatever are the terms of the contract, if the insured becomes aware of circumstances which might lead to a claim, he can notify these circumstances to the insurer and any claim later arising from those circumstances will be in any case covered by the policy. In other words, S. 40(3) is a statutory*

<sup>44</sup> Ciò che avrebbe inoltre un effetto di selezione rispetto ad una eventuale ipertrofia di comunicazioni cautelative da parte dei clienti: tema questo ampiamente trattato nella giurisprudenza inglese e impostato soprattutto sulla valutazione del carattere di necessaria specificazione (oltretutto tempestività) della comunicazione di circostanze rilevanti, perché possano dirsi attuative delle *deeming clauses*.

<sup>45</sup> Section 54(1) ICA reads as follows: «*Subject to this section, where the effect of a contract of insurance would, but for this section, be that the insurer may refuse to pay a claim, either in whole or in part, by reason of some act of the insured or of some other person, being an act that occurred after the contract was entered into but not being an act in respect of which subsection (2) applies, the insurer may not refuse to pay the claim by reason only of that act but the insurer's liability in respect of the claim is reduced by the amount that fairly represents the extent to which the insurer's interests were prejudiced as a result of that act*».

<sup>46</sup> DELFINI, *Claims-made insurance policies in Italy: the domestic story and suggestions from the UK, Canada and Australia*, in *Italian Law Journal* 2018, n. 1, 117-131.

*provision that extends the scope of the contract, despite the insurer's intention. It broadens coverage in claims-made policies, including claims made after the policy period (on condition that it arises from a circumstance notified during the policy period)”*.

Quando ordinamenti giuridici di *civil law*, come quello italiano o quelli argentino ed uruguayano, fanno spazio a modelli contrattuali concepiti in altri sistemi giuridici è allora necessario richiamare l'intero contesto di riferimento ove l'istituto contrattuale recepito è sorto e vive: e così, nel nostro caso, vanno importate anche le cautele – tra cui le possibilità di denuncia di “circostanze” non ancora tradottesi in *claim* – che la giurisprudenza di origine prevede a garanzia della *fairness* e *reasonability* della polizza.

Basterà allora ricordare a tal proposito, ed in conclusione, che il modello anglosassone di importazione, di cui si discute, deve di per sé, per usare le parole della citata *Queen's Bench Division* della *High Court*, dare copertura all'assicurato non solo per i “*claims made during the policy period*”, ma altresì per i “*claims made after the policy period arising from circumstances first known during the policy period*”<sup>47</sup>.

---

<sup>47</sup> *Kidsons (A Firm) v Lloyds Underwriters*, [2007] EWHC 1951 (Comm), cit., par 20: “*On the other hand, the assured benefits under a claims made policy: i) from coverage for claims made during the policy period; ii) from coverage for claims made after the policy period arising from circumstances first known during the policy period; and iii) from the insurer being able to estimate his liabilities more accurately and thereby to set fair premiums for the succeeding policy year*”.



# La forma del contratto di investimento tra “funzione informativa” e requisito *ad substantiam actus*

di Cristina Dalia\*

**SOMMARIO:** 1. Premesse dell'indagine. – 2. L'ordinanza della Cassazione n. 10447/2017 di rimessione alle Sezioni Unite della questione sulla validità dei contratti di investimento sottoscritti solo dal cliente: i dubbi della Corte rimettente sulla forma *ad substantiam actus*. – 3. La conferma, da parte del Supremo Collegio, della “forma informativa” richiesta dall'art. 23 d. lg. 24.2.1998, n. 58, per i contratti di investimento, come suggerita nell'ordinanza di rimessione. – 4. Prime perplessità, in ordine alla soluzione prospettata dai giudici di legittimità, alimentate dal tenore letterale dell'art. 23 d. lg. n. 58/1998. – 5. La forma come mezzo per richiamare l'attenzione dell'aderente sull'importanza del negozio che si accinge a compiere: critica. – 6. Forma *ad substantiam actus* e “forma informativa” a confronto: gli esempi degli artt. 124, 125-bis, t.u. l. banc. e degli artt. 50, 71 e 72 codice del consumo per definire i rispettivi ambiti di applicazione. – 7. Interesse generale e interesse particolare nella nullità di protezione dell'art. 23 d. lg. n. 58/1998.

1. Il fenomeno della nullità contrattuale, ormai costellato di discipline puntuali che prevedono meccanismi operativi particolari rispetto al modello generale consacrato nel codice civile, è costantemente al centro di indagini tese ad individuarne la natura e la funzione, nel desiderio di una ricostruzione organica che faciliti l'interprete nell'attuazione di quei principi e regole presenti nei diversi ambiti contrattuali. In dottrina e in giurisprudenza si registra una comune esigenza di far luce all'interno delle nullità<sup>1</sup> speciali<sup>2</sup> in generale e di protezione in particolare, nella

\* Professore associato di Diritto Privato Università degli Studi della Basilicata.

<sup>1</sup> Ormai si è soliti parlare del fenomeno in un'accezione plurale per ricomprendere le numerose, variegata ipotesi in cui è prevista la comminatoria di nullità, ipotesi considerate difficilmente riconducibili ad un unico *genus*. Tra gli altri: ALESSI, “Nullità di protezione” e poteri del giudice tra Corte di Giustizia e Sezioni Unite della Corte di Cassazione, in *Eur. dir. priv.*, 4, 2014, 1141 ss.; PISANI MASSAMORMILE, *Nullità di protezione e nullità virtuali*, in *Banca borsa*, 1, 2017, 31 ss. Per ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, 2011, 11, le nullità speciali sembrano andare ciascuna per conto proprio, così che diventa impossibile enucleare un coerente paradigma alternativo. Ancora si veda PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, 173 ss., secondo cui le nullità speciali sono quelle che non si lasciano ricondurre nel recinto delle tradizionali cause di nullità e che presentano un trattamento giuridico diverso rispetto al paradigma generale degli artt. 1418 ss. c.c.

<sup>2</sup> Precisa GENTILI, *Le invalidità*, in *I contratti in generale*, 2, Tratt. Rescigno-Gabrielli, Torino, 1999, 1339 ss., che negli ultimi anni il legislatore ha moltiplicato le comminatorie di nullità esterne al codice, alle quali si

consapevolezza dell'importanza applicativa delle questioni che ne derivano e che non si arrestano ad uno sterile esercizio teorico<sup>3</sup>.

Dalle nullità del titolo VI del d.lg. 1.9.1993, n. 385 (in particolare, per quello che qui interessa, quelle degli artt. 117 e 125-*bis*), passando per quella dell'art. 23 d. lg. 24.2.1998, n. 58, fino a giungere alle ipotesi contemplate dal d. lg. 6.9.2005, n. 206 (codice del consumo), lo scenario è quanto mai vasto e intorno ad esse si arrestano gli sforzi interpretativi scoraggiati dall'apparente impossibilità di ricostruzione unitaria della categoria. Nullità legate a vincoli di forma, di contenuto, di equilibrio contrattuale che consacrano la loro specialità soprattutto nella legittimazione all'azione riservata alla sola parte considerata debole del rapporto e pertanto bisognosa di maggior tutela. Nullità caratterizzate da conseguenze demolitorie mitigate dall'interesse da proteggere<sup>4</sup>, verso una tendenza alla conservazione del contratto, ogniqualvolta la stessa sia possibile e maggiormente idonea a raggiungere lo scopo cui la stessa nullità è preposta. Ma è proprio sull'individuazione dell'interesse che sarebbe alle base delle normative e sulla funzione delle nullità che si attestano le varie ipotesi: partendo dal dato peculiare della legittimazione riservata alla sola parte debole del rapporto si ricostruisce un sistema di nullità con "funzione protettiva", più che sanzionatoria, diretto a tutelare un interesse particolare (immediato) della categoria o della classe di contraenti deboli ed un interesse generale (mediato) alla tutela del mercato, con la tendenza a far prevalere il primo sul secondo, rendendo modellabile il rimedio nel rispetto delle esigenze di protezione individuali. Nullità di protezione, dunque, che tendono ad identificarsi con le nullità relative<sup>5</sup> gestite in funzione degli

---

allude come "nullità speciali"; la formula è adottata dall'autore non con valore definitorio, ma per comodità espositiva, con la convinzione che la specialità non vada rapportata al modello codicistico, ma al modo in cui la "dottrina classica si è a lungo ostinata a leggerlo". *Contra*, tra gli altri, ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011, 705 ss., il quale sottolinea che il carattere speciale è dato sicuramente dalla fonte, in quanto si tratta di norme extracodicistiche, spesso di origine sovranazionale, dirette alla regolazione del mercato; ma anche da fattori che non attengono alla struttura del contratto, nonché dal trattamento riservato al contratto nullo che giustifica meccanismi operativi diversi rispetto alla disciplina tradizionale, quanto a legittimazione all'azione, alla tendenza alla conservazione dell'atto e via discorrendo.

<sup>3</sup> Di recente le Sezioni Unite sono intervenute sul problema della rilevabilità d'ufficio della nullità in generale e delle nullità di protezione in particolare, proponendo una soluzione che, lungi dall'alimentare ulteriori frammentazioni dell'istituto, propende per una ricostruzione unitaria della categoria della nullità rafforzando il rapporto di *genus a species*. Così Cass., S.U., 12.12.2014, n. 26242, in *Banca borsa*, 2015, 2, II, 113; *Resp. civ. e prev.*, 2015, 4, 1295; *Foro it.*, 2015, 3, I, 862, che "corregge", proprio limitatamente all'aspetto della rilevabilità d'ufficio delle nullità di protezione, Cass., S.U., 4.9.2012, n. 14828, in *Vita notarile*, 2013, 1, 209; *Rass. dir. civ.*, 2014, 2, 563.

<sup>4</sup> Si veda ROPPO, *Il contratto del duemila*, cit., 70, secondo cui un connotato costante delle nullità nuove sta nel fatto che queste sono meno distruttive delle nullità di diritto comune.

<sup>5</sup> In questo senso, per tutti, PISANI MASSAMORMILE, *op. cit.*, 31 ss., il quale, a proposito della nullità virtuale di protezione, evidenzia che la finalità protettiva impone sistematicamente una determinata disciplina coincidente con la legittimazione riservata al solo contraente debole. E, più in generale, ROPPO, *Il contratto*, cit., 789: la nullità relativa rende la parte protetta l'arbitro unico della sorte del contratto, potendo decidere se mantenerlo o annientarlo.



obiettivi protezionistici della categoria dei contraenti e idonee ad introdurre possibili forme di sanabilità e/o disponibilità da parte del soggetto legittimato all'azione<sup>6</sup>.

Abbandonando l'idea di affrontare in queste pagine un'indagine di ordine sistematico - che, per sua natura, presuppone una sede più appropriata - sembra opportuno procedere per gradi, maturando qualche riflessione in merito al disposto dell'art. 23 d. lg. n. 58/1998, che sancisce la nullità del contratto relativo alla prestazione dei servizi di investimento in violazione della prescritta forma scritta, recentemente oggetto di attenzione da parte della Cassazione che ne ha messo in discussione la funzione tradizionalmente riconosciuta.

2. Limitatamente all'art. 23 richiamato, l'atteggiamento della dottrina<sup>7</sup> e della giurisprudenza di merito non è stato univoco, oscillandosi tra interpretazioni contrapposte destinate ad offrire letture motivate ora da esigenze di tutela del mercato, ora da esigenze di maggior tutela del cliente, a seconda della funzione del rimedio, legata all'interesse di volta in volta considerato prevalente. A fronte di questo "disorientamento", le sezioni semplici della Corte di Cassazione sembravano aver trovato la bussola, imboccando la strada del "formalismo negoziale" che, imponendo un

<sup>6</sup> Con riferimento alla nullità di protezione dell'art. 36 codice del consumo, in dottrina si osserva che la compatibilità dei due aspetti, apparentemente inconciliabili, della legittimazione relativa e della rilevabilità officiosa da parte del giudice è data dalla possibilità per il consumatore di "disporre" del rimedio. Cfr., tra i tanti, M. MANTOVANI, *Le "nullità di protezione" nella tassonomia dei rimedi*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, Padova, 2010, 1634, secondo cui il giudice deve sempre rilevare la nullità, ma il suo potere si arresta di fronte ad una domanda o ad una condotta processuale del consumatore contrastante con la volontà di avvalersi della nullità.

Ancora per ROPPO, *op. ult. cit.*, 863, il rilievo officioso della nullità protettiva dell'art. 36, 3° co., codice del consumo, deve essere funzionale all'interesse del consumatore e va esercitato nell'interesse di quest'ultimo. Pertanto il giudice non può rilevare la nullità di fronte ad una domanda del consumatore fondata sulla clausola. Per BELLELLI, *Art. 1469-quinquies. Inefficacia*, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore. Art. 1469bis - 1469sexies*, a cura di Alpa e S. Patti, Comm. Schlesinger, Milano, 2003, 1050, la rilevabilità d'ufficio della nullità è da escludere quando l'aderente ha manifestato espressamente o tacitamente una volontà contraria all'esperienza del rimedio.

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha in un certo senso favorito e confermato simili interpretazioni a partire dalla decisione del 4 giugno 2009, n. 243 (cd. sentenza Pannon) secondo cui il rilievo officioso da parte del giudice della nullità delle clausole abusive è obbligatorio, salvo che il consumatore si "opponga". In realtà le pronunce successive hanno meglio chiarito il significato da attribuire all'"opposizione", suggerendo letture diverse che escludono la possibilità per il consumatore di disporre del rimedio della nullità di protezione, con la conseguenza che la disapplicazione della clausola è un atto dovuto per il giudice, soprattutto al fine di dissuadere il professionista dal futuro utilizzo della clausola incriminata. A questa conclusione può giungersi a seguito di una attenta lettura delle decisioni, ad esempio, di C. Giust. UE, 15.3.2012, n. 453; C. Giust. UE, 14.6.2012, n. 618; C. Giust. UE, 30.4.2014, n. 26. Ma sul punto ci riserviamo ulteriori, opportune riflessioni.

<sup>7</sup> Tra i tanti contributi si vedano: MAZZAMUTO, *Il problema della forma nei contratti di intermediazione mobiliare*, in *Contratto e impresa*, 1994, 44; G. FAUCEGLIA, *La forma dei contratti relativi ad operazioni e servizi bancari e finanziari*, in *Riv. dir. comm.*, 1994, I, 422; SCALISI, *Forma solenne e regolamento conformato: un ossimoro del nuovo diritto dei contratti?*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 415; PAGLIANTINI, *Neoformalismo contrattuale*, in *Enc. Dir.*, Annali, Milano, 2011, IV, 772.

rigore formale inderogabile, suggeriva di “sanzionare” con la nullità il contratto di investimento sottoscritto dal solo cliente. Ma il cammino, forse ritenuto troppo impervio, è stato immediatamente arrestato da un’inattesa decisione delle Sezioni Unite che, lungi dal consolidare la posizione assunta dalle sezioni semplici, ha “imposto” un’inversione di tendenza, propensa ad una più efficace tutela dei traffici e delle operazioni di investimento, piuttosto che del cliente.

L’intervento è stato sollecitato da un’ordinanza<sup>8</sup> di rimessione con cui i giudici della prima sezione hanno fatto ricorso all’art. 374, 3° co., c.p.c., per qualificare la questione come di massima importanza e per investire il Primo Presidente dell’eventuale assegnazione alle Sezioni Unite.

Il rinvio lascia trasparire le incertezze<sup>9</sup> della prima sezione, in ordine all’accoglimento dell’interpretazione rigorosa dell’art. 23 d. lg. n. 58/1998 prospettata dalle altre sezioni, che sono talmente forti da indurla a suggerire una diversa soluzione sulla quale il Supremo Collegio è chiamato ad esprimersi, con tutta la sua autorevolezza, per dissipare ogni dubbio e risolvere la questione una volta per tutte.

Vale la pena di evidenziare i passaggi più salienti del percorso logico-argomentativo seguito dai giudici, nell’ordinanza di rimessione prima, e nella motivazione delle sentenze delle Sezioni Unite, poi.

Nel momento in cui qualifica la questione come di massima importanza, la Corte rimettente rileva una certa distonia tra legge e prassi, avvalorata dall’interpretazione rigorosa dell’art. 23 d. lg. n. 58/1998, sulla quale è opportuno fare chiarezza. Il timore dei giudici è che la soluzione, così come avanzata dalle sezioni semplici e

<sup>8</sup> Cass., ord. 27.4.2017, n. 10447, in *Resp. civ. e prev.*, 2017, 4, 1333; *Foro it.*, 2017, 9, I, 2731.

<sup>9</sup> Cfr. anche PAGLIANTINI, *Usi (ed abusi) di una concezione teleologica della forma: a proposito dei contratti bancari c.d. monofirma (tra legalità del caso e creatività giurisprudenziale)*, in *Contr.*, 2017, 6, 680, secondo cui, nonostante l’orientamento dottrinario e giurisprudenziale prevalente sia in favore della forma bilaterale *ad substantiam* dei contratti di intermediazione, alla prima sezione è comunque venuto un “dubbio talmente stringente da giustificare il rinvio alle SS.UU. ex art. 374, comma 3, c.p.c.”.

MAFFEIS, *La forma responsabile verso le Sezioni Unite: nullità come sanzione civile per i contratti bancari e di investimento che non risultano sottoscritti dalla banca*, in *Contr.*, 4, 2017, 398, comprende la preoccupazione dei giudici derivante da un atteggiamento invalso nella prassi secondo cui la banca trattiene la copia sottoscritta dal cliente e gli consegna (o spedisce) quella da essa sottoscritta, con la conseguenza che il cliente non la produce in giudizio strumentalmente o perché l’ha smarrita. Osserva l’autore che alla Corte non sfugge la circostanza che ove le Sezioni Unite confermassero la nullità si legittimerebbero pretese del cliente nei confronti della banca per profili diversi dalla forma, trasformando la nullità per difetto di forma in un “jolly formidabile” che il cliente potrebbe usare ogni qual volta gli faccia comodo l’impugnativa contrattuale, non consegnando all’avvocato la copia sottoscritta dalla banca. Appare chiara la consapevolezza della Corte “della delicatezza dei profili applicativi di un principio di diritto in particolare e così in particolare il profilo del suo impatto sul contenzioso e del possibile aumento delle sue dimensioni” (spec. 400). L’autore, però, si mostra fedele al dettato normativo che, a suo avviso, impone una “forma responsabile”, come elemento organizzativo dentro la banca e per contenere gli episodi di politica *push* che portano alla conclusione di contratti che “non sono appropriati, non sono adeguati, non sono trasparenti, sono in conflitto di interessi, seguono a profilature approssimative, non corrispondono all’interesse del cliente”. Infatti, viene chiarito che per l’ordinamento non è indifferente chi sia stato a sottoscrivere il contratto per conto della banca.

dalla dottrina prevalente, della forma bilaterale *ad substantiam* del contratto di investimento possa legittimare “condotte abusive” da parte del cliente, propenso ad avvalersi di una sorta di “nullità selettiva”<sup>10</sup>.

Per cogliere appieno le preoccupazioni della Corte si rende necessario anticipare quello che è un passaggio conclusivo dell’ordinanza, ma che, in realtà, sembra essere l’argomento principale dell’analitica ricostruzione.

L’irrelevanza della firma della banca sarebbe motivata, ad avviso dei giudici di legittimità, dalla necessità di evitare una lettura dell’art. 23 d. lg. n. 58/1998 “disfunzionale ed inefficiente per il mercato finanziario, anche ai fini di prevenzione di un facile uso opportunistico [...] alla stregua di quanto nella pratica non di rado è dato riscontrare, qualora il contratto sia, dapprima, a lungo fruttuosamente eseguito con vantaggio del cliente, il quale a fronte di una perdita marginale successiva, si risolva ad impugnarlo per nullità, in ragione della mancata sottoscrizione della banca [...]. Si offrirebbe, così, tutela a quel contraente che, maliziosamente abusando di una posizione di vantaggio conferita dalla legge ad altri fini, deducesse la nullità del contratto pur eseguito senza contestazioni da entrambe le parti. Si aggiunga altresì che, qualora la banca avesse sottoscritto la sua copia e consegnato la stessa al cliente, conservando la copia firmata da quest’ultimo, sarebbe non difficile, per il cliente scorretto, non produrre comunque in giudizio detto esemplare in suo possesso e negare sia mai stato firmato”. Il tutto legittimerebbe dunque anche un uso selettivo della nullità nel senso che il cliente potrebbe far valere l’invalidità solo di alcuni acquisti di prodotti finanziari rispetto ad altri considerati convenienti.

Assunto come punto di riferimento il dettato dell’art. 23 del d. lgs n. 58/1998, la Corte evidenzia che lo stesso in realtà si presta a letture diverse, non essendo dati per certi i requisiti formali del contratto di investimento. Infatti, la lettera della norma sembrerebbe imporre senza dubbio la sottoscrizione del cliente, ma non sarebbe altrettanto rigorosa rispetto al requisito della sottoscrizione anche da parte della banca. Il Collegio rimettente sintetizza la soluzione prospettata dalle sezioni semplici<sup>11</sup>, in due principali proposizioni: (i) l’art. 23 impone una forma bilaterale *ad substantiam*; (ii) la produzione in giudizio da parte della banca non è idoneo equi-

<sup>10</sup> Sul punto si veda l’altra ordinanza di Cass., 17.5.2017, n. 12390, di rimessione alle Sezioni Unite della questione relativa alla condotta processuale del cliente che si avvale del vizio invalidante del contratto-quadro, nullo per difetto di forma ex art. 23 d.lg. n. 58/1998, per abbattere solo alcune delle operazioni di investimento. Anche in questa circostanza il rinvio è stato motivato ai sensi dell’art. 374, 2° co., c.p.c.

Limitatamente al problema della nullità selettiva sollevato dall’ordinanza, MALVAGNA, *Nullità di protezione e nullità “selettive”*. A proposito dell’ordinanza di rimessione alle sezioni unite n. 12390/2017, in *Banca borsa*, 6, 2017, 828 ss., precisa che la nullità di protezione trova il proprio baricentro nel criterio dell’operatività a vantaggio del cliente. La funzione della nullità protettiva sarebbe quella di realizzare l’interesse alla rimozione dell’atto di autonomia viziato, ma senza sacrificio dell’interesse privato del cliente; pertanto la nullità selettiva sarebbe ammessa se effettivamente a vantaggio del cliente, mentre resterebbe esclusa nei casi in cui il cliente intenda solo approfittarne o utilizzarla strumentalmente.

<sup>11</sup> Cass., 24.3.2016, n. 5919; Cass., 11.4.2016, n. 7068, in *Dir. e giustizia*, 2016; Cass., 27. 4. 2016, n. 8395 e n. 8396; Cass., 19.5.2016, n. 10331, in *Guida al diritto* 2016, 40, 62; Cass., 3 gennaio 2017, n. 36

pollente della sottoscrizione; chiarendo che il secondo assunto sarebbe condivisibile nella misura in cui fosse vero il primo.

Ed è proprio quest'ultima precisazione che lascia trasparire la non piena condivisione della prima affermazione, sulla anticipata portata poco chiara della disposizione di cui all'art. 23, sulla quale i giudici intendono svolgere qualche ulteriore riflessione.

L'apparato argomentativo dell'ordinanza si sviluppa intorno al concetto di "formalismo negoziale" o "neoformalismo". Ad esso si appellano i giudici rimettenti che sembrano condividere l'idea che la forma *ad substantiam*, propria degli scambi tipici dell'economia fondiaria, sia imposta solo nell'ambito del contratto paritario per la tutela di entrambi i contraenti, fungendo da criterio di imputazione della dichiarazione, di chiarezza dei contenuti e di ponderazione dell'impegno, di serietà dell'accordo e di distinzione tra mere trattative e atto definitivo. Diversamente, all'interno dei contratti asimmetrici<sup>12</sup>, si osserva, la "forma di protezione" avrebbe come scopo la tutela dello specifico interesse della parte debole ad essere puntualmente informata su tutti gli aspetti della vicenda contrattuale, sicché la nullità che ne deriva perseguirebbe una finalità di protezione del contraente debole nel cui interesse la stessa sarebbe concepita come nullità relativa.

---

(quest'ultima limitatamente alla validità dei contratti bancari, conclusi in violazione del requisito di forma imposto dall'art. 117 d. lg. 1.9.1993, n. 385).

Più precisamente, secondo Cass., 24.3.2016, n. 5919, la previsione dell'art. 23 cit. dispone la nullità del contratto di investimento per vizio di forma, che non può essere sanata né dalla produzione in giudizio ad opera della banca, né dalla documentazione in forma scritta relativa ai momenti esecutivi dello stesso. Il disposto normativo non è incompatibile con la formazione del contratto attraverso lo scambio di due documenti, ciascuno sottoscritto dall'altro contraente. Infatti, il requisito della forma scritta è soddisfatto anche se le sottoscrizioni sono contenute in documenti distinti, ma inscindibilmente collegati. Conformemente Cass., 27.4.2016, n. 8395, la quale precisa che nel contratto di intermediazione finanziaria la produzione in giudizio del modulo negoziale relativo al contratto quadro sottoscritto dal solo investitore non soddisfa l'obbligo della forma scritta *ad substantiam* imposto a pena di nullità dall'art. 23 d. lg. n. 58 del 1998 e che, trattandosi di una nullità di protezione, la stessa può essere eccepita dall'investitore anche limitatamente ad alcuni ordini di acquisto a mezzo dei quali è stata data esecuzione al contratto viziato. Nel ripercorrere le argomentazioni delle decisioni precedenti, Cass., 19.5.2016, n. 10331, cit., le conferma nei vari passaggi e ribadisce, in particolare, che il requisito della forma scritta a pena di validità dell'atto non è soddisfatto dalla produzione in giudizio da parte della banca del documento in questione, perché in tal caso si verifica comunque il perfezionamento del contratto *ex nunc*, onde esso non varrebbe a rendere valido un ordine precedentemente impartito.

A tal proposito PAGLIANTINI, *Usi (ed abusi) di una concezione teleologica della forma*, cit., 690, chiarisce che se c'è la possibilità di una convalida della nullità di protezione, questa va riconosciuta al solo cliente. Affermare che la produzione in giudizio da parte dell'intermediario equivale alla sottoscrizione significa riconoscere gli la facoltà di sanare la nullità, ammettendo in tal modo una forma di convalida da parte di colui che non può realizzarla.

<sup>12</sup> La efficace locuzione "contratto asimmetrico", ormai utilizzata da gran parte della dottrina e dalla stessa giurisprudenza come in questo caso, è stata coniata da ROPPO, *Il contratto del duemila*, cit. *passim*, per sottolineare la presenza di discipline contrattuali diversificate in ragione delle diverse categorie contrattuali.

Una forma, dunque, quella imposta dall'art. 23 d. lg. n. 58/1998, non *ad substantiam actus*, ma "di protezione", destinata a portare all'attenzione dell'investitore l'importanza del negozio che si accinge a compiere e di tutte le sue clausole. La *ratio* della prescrizione formale sarebbe quella di assicurare la piena e corretta trasmissione delle informazioni al cliente, cui è riservata la legittimazione all'azione. La sua funzione sarebbe assolta nel momento in cui il cliente riceve la copia da lui sottoscritta: la "forma informativa", come viene definita dalla Corte, sarebbe rispettata quando è soddisfatto l'interesse alla conoscenza o lo scopo informativo, cui essa sarebbe preordinata. Quindi, una nullità funzionale alla tutela della più ampia informazione dell'investitore, che può essere fatta valere dal solo cliente e rilevabile d'ufficio dal giudice nell'esclusivo vantaggio del contraente debole. La sottoscrizione della banca non sarebbe, così, necessaria. Infatti, l'intermediario è il soggetto predisponente le condizioni generali di contratto cui l'investitore aderisce e rispetto alla sua posizione contrattuale non si rinverrebbero le esigenze appena descritte. In pratica, secondo i giudici, non ci sarebbe bisogno anche della sua accettazione formale perché egli non sarebbe protetto dalla "forma informativa": avendo predisposto il modulo, conosce bene il regolamento e il tipo di impegno che andrà ad assumere, per cui non è necessario accertare la ponderazione dell'affare, attraverso una manifestazione scritta; la sua determinazione contrattuale risulta già dalla redazione del documento. La volontà dell'intermediario, necessaria per la valida conclusione del contratto, potrà risultare anche da comportamenti concludenti: la predisposizione del modulo, la raccolta della sottoscrizione, la consegna della copia o l'esecuzione del contratto *ex art. 1327 c.c.*, tutte condotte idonee a rivelare, anche in via presuntiva, l'originario consenso.

In sintesi, la sottoscrizione dell'intermediario non avrebbe, dunque, quella specifica funzione riconosciuta invece alla sottoscrizione del cliente e per questo non sarebbe necessaria: pretendere anche la firma della banca ostacolerebbe il "dinamismo" nella conclusione dei contratti finanziari e l'efficienza del mercato<sup>13</sup>.

<sup>13</sup> A sostegno della ricostruzione effettuata la Corte chiarisce, inoltre, che il legislatore comunitario non sembra mostrare alcun interesse per il rigore formale dei contratti bancari e finanziari, considerato che gli obiettivi delle normative di trasparenza possono essere raggiunti anche con altri strumenti, quali i supporti cartacei o le bozze del documento. Il d. lg. 27.1.2010, n. 11 e il d. lg. 13.8.2010, n. 141, in attuazione rispettivamente delle direttive 2007/64/CE e 2008/48/CE, si mostrerebbero, ad avviso dei giudici, in favore di una "riduzione del peso assegnato al formalismo negoziale".

Sia sufficiente rinviare, al riguardo, alle osservazioni di A. TUCCI, *Una pura formalità. Dalla struttura alla funzione del neo-formalismo contrattuale*, in *Banca borsa*, 5, 2017, 543 ss., il quale rileva che il legislatore comunitario, con l'art. 58 Regolamento delegato UE 2017/565 del 25 aprile 2016, che integra la Direttiva 2014/65/UE, impone agli intermediari di concludere con i clienti un "accordo di base scritto" nel quale devono essere definiti i diritti e gli obblighi essenziali dell'impresa e del cliente. Si tratta di uno strumento di tutela del cliente e di certezza dei rapporti giuridici e l'obbligo della sua conclusione è esteso anche ai rapporti tra intermediari e clienti professionali. L'autore precisa che il novantesimo considerando del suddetto Regolamento chiarisce che l'obbligo della forma scritta è imposto al fine di offrire certezza giuridica e consentire ai clienti di comprendere meglio la natura dei servizi prestati (spec. in nota 11).

E il tutto, secondo i giudici, sarebbe ulteriormente avvalorato da quelle previsioni normative (artt. 35, 50, 2° co., 67-*undecies*, 71 del codice del consumo, e dall'art. 124 t.u. l. banc.) che impongono determinati “requisiti formali come strumento non solo di manifestazione della volontà, ma di trasmissione di informazioni, dati e notizie sull'operazione”.

Con la sua lettura alternativa dell'art. 23 d. lg. n. 58/1998, il Collegio intende evidenziare le ambiguità interpretative, generate da una disposizione considerata equivoca, che è bene affidare alle Sezioni Unite, alle quali viene chiesto di offrire la corretta interpretazione della norma in esame e di specificare, in caso di accoglimento di una soluzione favorevole alla nullità bilaterale *ad substantiam*, se sia almeno possibile per il cliente sanare la invalidità con un comportamento concludente di esecuzione del contratto di investimento nullo<sup>14</sup>.

3. Con la decisione del 16 gennaio 2018<sup>15</sup>, le Sezioni Unite si pronunciano sull'ordinanza in questione per accoglierne i dubbi, evidentemente considerati legittimi, e formalizzare un cambio di rotta che viene imposto con la massima autorità.

La decisione poggia anch'essa sullo stesso articolato argomento: quello della “forma di protezione”.

Il Supremo Collegio, per offrire la corretta interpretazione della norma in esame, si avvale anch'esso del criterio teleologico, chiarendo che la *ratio* della nullità di cui all'art. 23 sarebbe quella di assicurare la piena indicazione al cliente degli specifici servizi, della durata e delle modalità di rinnovo del contratto e di modifica dello stesso, delle modalità con cui si svolgeranno le singole operazioni, per consentire

---

L'argomento, ripreso poi successivamente dalle SS.UU., è ugualmente criticato da PAGLIANTINI, *Forma o modalità di informazione materializzata? Le SS. UU. ed una interpretazione normalizzatrice dell'art. 23 T.U.F.*, in *Contr.*, 2, 2018, 148 s., il quale richiama il testo dell'art. 23, 1° co., d. lg. n. 58 del 1998, novellato dal d. lg. 3.8.2017, n. 129, per evidenziare come in realtà il legislatore europeo stia rafforzando i vincoli di forma, imponendo l'obbligo di un accordo scritto anche nei rapporti tra intermediari e clienti professionali.

<sup>14</sup> L'aspetto non viene affrontato dalle Sezioni Unite che adottano una posizione netta in favore di una interpretazione correttiva dell'art. 23 d. lg. n. 58 del 1998, adeguata alla prassi.

Sul punto cfr. GIROLAMI, *Contratti di investimento non sottoscritti dall'intermediario: la parola alle sezioni unite*, in *Banca borsa*, 5, 2017, 554 ss., secondo cui la legittimazione non esclude una sanatoria del vizio che però deve essere strutturata in forma rigorosa, come convalida endo-processuale di cui il giudice si fa garante. La volontà sanante deve essere manifestata in giudizio in modo da garantire una piena consapevolezza del cliente sul suo effetto che deve essere realmente voluto, perciò rispetto ad esso va accertato che sia compiuto nella piena consapevolezza dell'esistenza del vizio. La mera esecuzione degli obblighi contrattuali non può equivalere ad un comportamento sanante perché non è in grado di confermare la volontà e la consapevolezza dell'esistenza del vizio e della sua sanatoria. Sul punto *supra* in nota 11.

<sup>15</sup> Cass., S.U., 16.1.2018, n. 898, in *IlSocietario.it*, febbraio 2018; *Contr.*, 2, 2018, 133 ss.; *Soc.*, 4, 2018, 481 ss., con nota di NATOLI, *Una decisione non formalistica sulla forma: per le Sezioni Unite il contratto quadro scritto, ma non sottoscritto da entrambe le parti, è valido*.

La decisione è seguita immediatamente da Cass., S.U., 23.1.2018, n. 1653. La motivazione è identica per entrambe, essendo state decise nella stessa giornata, redatte dal medesimo relatore e depositate a distanza di sette giorni l'una dall'altra per imprimere maggiore forza persuasiva al *dictum*.

all'investitore di verificare la corretta esecuzione delle modalità contrattuali descritte nell'atto.

I giudici, quindi, premettono che nell'ambito dell'art. 23 d. lg. n. 58/1998 il requisito di forma va inteso in senso funzionale e non strutturale, avuto riguardo alla finalità propria della norma: il contratto deve essere redatto per iscritto, sottoscritto dal solo investitore, cui va consegnata una copia del contratto, potendo il consenso della banca risultare anche da comportamento concludente.

E ciò perché il requisito formale richiesto dal codice civile negli artt. 1325, 1350 e 1418, 2° co., attiene alla struttura dell'atto e rileva come elemento costitutivo dello stesso. Intesa come elemento strutturale, nell'ottica codicistica, la sottoscrizione è destinata ad assolvere ad una duplice funzione, operante, la prima, sul piano della formazione del consenso, l'altra sul piano dell'attribuibilità della scrittura, al fine della attestazione della manifestazione per iscritto della volontà e della riferibilità dell'atto al sottoscrittore (*ex art. 2702 c.c.*).

Diversamente, la specificità della disciplina dell'art. 23 d. lg. n. 58/1998, secondo i giudici, consentirebbe di scindere i due profili del documento e dell'accordo, rimanendo assorbito l'elemento strutturale della sottoscrizione dell'intermediario, in quanto sarebbero la sottoscrizione del modulo da parte del cliente e la consegna di un esemplare allo stesso, i due elementi essenziali per rendere certo il raggiungimento dello scopo informativo cui la forma scritta è destinata.

Il Collegio non perde l'occasione di evidenziare il carattere "esasperatamente sanzionatorio" e sproporzionato, rispetto alla funzione cui la norma è preordinata, di una diversa interpretazione, più rigorosa, della disposizione *de qua* che impone la sottoscrizione del contratto anche della banca.

Anche perché, nel momento in cui il legislatore prevede una nullità relativa, intesa a proteggere in via diretta ed immediata non un interesse generale ma un interesse particolare, "l'interprete deve essere attento a circoscrivere l'ambito della tutela privilegiata nei limiti in cui viene davvero coinvolto l'interesse protetto dalla nullità, determinandosi altrimenti conseguenze distorte o anche opportunistiche"<sup>16</sup>.

4. La decisione delle Sezioni Unite, sicuramente apprezzabile per la puntuale ricostruzione logico-argomentativa<sup>17</sup>, lascia però un senso di amarezza, se non proprio

<sup>16</sup> Il principio di diritto che ne risulta è del seguente tenore: "Il requisito della forma scritta del contratto-quadro relativo ai servizi di investimento, disposto dal D. Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 23, è rispettato ove sia redatto il contratto per iscritto e ne venga consegnata una copia al cliente, ed è sufficiente la sola sottoscrizione dell'investitore, non necessitando la sottoscrizione anche dell'intermediario, il cui consenso ben si può desumere alla stregua di comportamenti concludenti dallo stesso tenuti".

<sup>17</sup> Che però sembra sorretta più da ragioni di ordine pratico che di ordine giuridico: sicuramente il contenzioso giudiziario rischierebbe di esplodere, autorizzando il cliente ad avvalersi della nullità anche per le ipotesi ben lontane dal mero vizio di forma, quindi semplicemente a fronte di investimenti considerati infruttuosi, e a pretendere la restituzione delle somme versate.

di delusione, anche in quanti<sup>18</sup> confidavano in una presa di posizione più fedele al dato letterale dell'art. 23 d. lg. n. 58/1998, in grado di assicurare ai clienti contraenti deboli una tutela effettiva, idonea a contenere il potere di autonomia contrattuale degli intermediari.

Non può nascondersi, infatti, la preoccupazione legata alla potenziale *vis expansiva* della decisione, in grado di condizionare l'interpretazione di norme analoghe,

<sup>18</sup> In particolare si vedano PAGLIANTINI, *Forma o modalità*, cit., 143 ss., e AMAGLIANI, *Nota breve a margine dei Sezioni Unite 16 gennaio 2018*, n. 898, in *Contr.*, 2, 2018, 149 ss., i quali, in sede di commento dell'ordinanza di rimessione (PAGLIANTINI, *Usi (ed abusi) di una concezione teleologica della forma*, cit.; AMAGLIANI, *La forma del contratto quadro di investimento: la parola alle Sezioni Unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 1363 ss.) avevano auspicato una maggiore ponderazione, da parte delle Sezioni Unite, dei suggerimenti provenienti dalla Prima Sezione considerati poco convincenti.

Diversamente, alcuni hanno condiviso l'idea della irrilevanza della sottoscrizione del cliente, manifestando, però, perplessità sulla solidità delle argomentazioni del Collegio. Infatti, secondo DI MAJO, *Contratto di investimento mobiliare: il "balletto" delle forme*, in *Giur. it.*, 2018, 3, 569 ss., la distinzione tra forma "informativa" e forma *ad substantiam* operata dalla Corte apre la strada a possibili dubbi. Ad avviso dell'autore l'argomento a sostegno dell'irrilevanza della sottoscrizione è di tutt'altra natura. Infatti, l'art. 23 d. lg. n. 58/1998, nel prevedere la redazione per iscritto del contratto e la consegna di un esemplare all'investitore, descriverebbe più un comportamento dell'intermediario, che non un requisito di forma (spec. 571). Ne deriverebbe che si sarebbe in tal modo distanti "dalla regola codicistica della forma *ad substantiam*, quale forma costitutiva dell'incontro di volontà", trattandosi piuttosto "di comportamenti alla cui osservanza è tenuto l'intermediario e la cui mancata osservanza è sanzionata radicalmente con la nullità del contratto". Tra l'altro, spiega l'autore, la stessa Corte definisce la nullità come sanzione per il comportamento dell'intermediario. In tal caso, dunque, non rilevarebbe la mancata sottoscrizione dei contraenti, in quanto nel rapporto asimmetrico "il superamento della asimmetria non è tanto garantito dalla forma *ad substantiam* [...] quanto dallo specifico comportamento cui è tenuto l'intermediario, tale, in primo luogo, da garantire la certezza della regola contrattuale". In definitiva, la tutela del contraente debole potrebbe essere realizzata più efficacemente sul terreno del "regolamento contrattuale", imponendo comportamenti al soggetto più forte e sanzionando con la nullità la loro violazione.

Per D'AMICO, *La "forma" del contratto-quadro ex art. 23 T.U.F. non è prescritta ad substantiam actus*, in *Contr.*, 2, 2018, 40 ss., l'unico modo per comprendere l'atteggiamento della Corte è di ritenere che i giudici non hanno voluto affermare che esistono due concetti di forma dei contratti, ma che la forma richiesta dall'art. 23 d. lg. n. 58 del 1998 non è una forma *ad substantiam actus*, piuttosto un'ipotesi di forma-modulo. L'art. 23 non si riferirebbe alla conclusione del contratto per iscritto, ma ad un obbligo per l'intermediario di documentare il rispetto di alcuni fondamentali obblighi informativi, per agevolarne la conoscibilità da parte del cliente. Trattandosi di un obbligo unilaterale non sarebbe necessaria la sottoscrizione anche della banca, essendo sufficiente solo quella del cliente, cioè del soggetto a vantaggio del quale sono posti i doveri di comportamento.

In verità, non pare dubbio che i giudici si siano riferiti alla forma del consenso, considerato anche l'*incipit* del principio di diritto formulato in motivazione che così recita: "il requisito della forma scritta del contratto-quadro relativo ai servizi di investimento". Proprio perché si riferiscono alla forma del contratto, i giudici sono tenuti a precisare che il consenso della banca può risultare anche da comportamenti concludenti, con ciò evidenziando che il consenso della banca è comunque necessario, sebbene non debba essere espresso in forma scritta.

In ogni caso, se si trattasse realmente di una forma-modulo e non di una forma dell'accordo non ci sarebbe più bisogno nemmeno della sottoscrizione del cliente: a questo punto basterebbe la sola predisposizione e consegna di un documento cartaceo.



prescrittive di requisiti formali, previste nell'ambito della contrattazione del settore dei contratti bancari in particolare e della contrattazione asimmetrica in generale, pregiudicando le esigenze di effettività della tutela del contraente debole<sup>19</sup>, cui, invece, la normativa speciale ambisce.

L'art. 23 d. lg. n. 58/1998, nella sua originaria formulazione esaminata dai giudici<sup>20</sup>, dispone che i contratti relativi alla prestazione di servizi di investimento sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti. Nei casi di inosservanza della forma prescritta, il contratto è nullo (1° co.). La nullità può essere fatta valere solo dal cliente (3° co.).

Il dato letterale, in realtà, è piuttosto chiaro, come chiaro è lo scopo della forma bilaterale *ad substantiam*<sup>21</sup>: la norma richiede in maniera inequivocabile che il consenso di entrambe le parti sia manifestato espressamente per iscritto<sup>22</sup>.

Non ci sembra che, con la previsione *de qua*, il legislatore abbia voluto generare uno statuto speciale capace di "stravolgere" quello generale<sup>23</sup>. Egli ha disposto una forma *ad substantiam actus* ampliando le ipotesi di atti formali, nel rispetto dell'art. 1350, n. 13, c.c. Ha specificato, realizzando una deroga ammessa dall'art. 1421, prima parte, c.c., che la legittimazione all'azione di nullità è riservata al solo cliente.

<sup>19</sup> Si veda anche PAGLIANTINI, *Usi (ed abusi) di una concezione teleologica della forma*, cit., 681, il quale manifesta lo stesso timore nel momento in cui osserva che sebbene riferito espressamente all'art. 23 d. lg. n. 58 del 1998, il quesito posto alle Sezioni Unite "è potenzialmente capace di abbracciare tutto il comparto dei contratti asimmetrici *b2c* e *b2b*".

<sup>20</sup> La norma, a seguito della modifica apportata dal d. lg. 3.8.2017, n. 129, adesso prevede che: "I contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento, e, se previsto, i contratti relativi alla prestazione dei servizi accessori, sono redatti per iscritto, in conformità a quanto previsto dagli atti delegati della direttiva 2014/65/UE, e un esemplare è consegnato ai clienti. La Consob, sentita la Banca d'Italia, può prevedere che, per motivate ragioni o in relazione alla natura professionale dei contraenti, particolari tipi di contratto possano o debbano essere stipulati in altra forma, assicurando nei confronti dei clienti al dettaglio appropriato livello di garanzia. Nei casi di inosservanza della forma prescritta, il contratto è nullo".

<sup>21</sup> Nel senso che l'art. 23 richieda una forma bilaterale *ad substantiam*, tra gli altri, PAGLIANTINI, *op. ult. cit.*, 680 in nota 6 e ivi riferimenti.

<sup>22</sup> I dubbi che possono sorgere riguardano semmai il significato da attribuire al termine "esemplare" al fine di stabilire se il contratto debba essere firmato sempre in originale, ovvero se possa essere prevista anche la consegna di una semplice copia firmata da entrambi al cliente.

Del pari incerta è la possibilità che la sottoscrizione sia contenuta in due documenti separati seppur inscindibilmente collegati. In senso favorevole Cass., 24.3.2016, n. 5919, cit., la quale chiarisce che il requisito della forma scritta è soddisfatto anche se le sottoscrizioni sono contenute in documenti distinti, ma inscindibilmente collegati. Per A. TUCCI, *Una pura formalità*, cit., 543 ss., il requisito minimo imposto dall'art. 23 d. lg. n. 58 del 1998 è proprio quello dell'accordo che non deroga alla regola dell'art. 1326 c.c., attraverso l'effettiva esecuzione del rapporto contrattuale. Non è necessaria la sottoscrizione dello stesso documento, ma almeno lo scambio di due distinti, seppur convergenti, documenti sottoscritti ciascuno da una delle parti.

<sup>23</sup> Cfr. anche PAGLIANTINI, *Usi (ed abusi) di una concezione teleologica della forma*, cit., 689 s., il quale afferma che la legge speciale sulla forma del contratto non autorizza una diversa concezione di scrittura privata come di contratto sottoscritto da una sola delle parti. Un esempio è dato dall'art. 35 del codice del turismo.

L'art. 1350 n. 13, c.c. prevede che devono farsi per iscritto "gli altri atti specialmente indicati dalla legge". Ciò conferma che l'elenco contenuto nella norma non è tassativo, ma relativo soltanto a quelle tipologie di atti aventi ad oggetto determinati beni (immobili), che per loro natura necessitano di un particolare requisito formale nel rispetto delle leggi di circolazione e di certezza giuridica. Non è escluso che altri atti debbano farsi per iscritto al fine di soddisfare quella precisa funzione assegnata alla forma.

Nell'ambito dei contratti di intermediazione finanziaria la previsione della forma scritta è motivata da due diversi fattori: uno soggettivo, legato alle qualità dei contraenti; l'altro oggettivo, connesso al tipo di operazione economica.

Quanto al requisito soggettivo, non può farsi a meno di rilevare che la posizione contrattuale delle parti ha una portata differente, considerato che all'ampio potere di autonomia contrattuale del professionista - contraente dotato di una maggiore esperienza, di un'adeguata competenza tecnico-giuridica e di un superiore potere economico e contrattuale - si contrappone la limitata autonomia dell'aderente che partecipa alla contrattazione non solo con un gap informativo tecnico e giuridico, ma anche con un ridotto potere di contrattazione, non potendo intervenire nella definizione del regolamento contrattuale, unilateralmente predisposto dall'intermediario.

Dal punto di vista oggettivo, l'operazione economica non attiene all'acquisizione di un bene di consumo di modico valore, ma riguarda i servizi di investimento che, per loro natura ed entità, comportano conseguenze patrimoniali rilevanti per il cliente e rispetto ai quali devono essere soddisfatte le esigenze di certezza giuridica dell'atto. Appare chiaro che il vincolo di forma è destinato a porre un argine all'ampio potere di autonomia contrattuale del contraente forte, nel senso della riduzione della condizione di squilibrio.

Ciò detto, pare che non ricorrano i presupposti per derogare alla funzione propria del requisito formale previsto dal legislatore del '42 *ad substantiam actus*. Tutt'altro: nell'ambito della contrattazione asimmetrica, dove è maggiormente avvertita l'esigenza di tutela dell'aderente che gode di un ridotto potere di autonomia contrattuale, si conferma l'esigenza di un accordo scritto, ai fini della validità dell'atto.

Sicuramente la previsione della forma scritta consente di richiamare l'attenzione del cliente sull'importanza del vincolo che sta assumendo, per permettergli di valutare l'effettività del consenso su quella determinata operazione, ma gli garantisce anche l'attribuzione della paternità dell'atto all'intermediario, il quale con la propria sottoscrizione esprime un consenso inequivocabile all'assunzione di un ben preciso vincolo contrattuale nei confronti di quel determinato cliente, che non è considerato più come potenziale fruitore del servizio, ma diventa parte contrattuale ben individuata<sup>24</sup>.

<sup>24</sup> Per A. TUCCI, *Una pura formalità*, cit., 543 ss., la forma scritta assolve alla sua funzione di ponderazione della volontà, di informazione, di controllo e certezza dei rapporti giuridici.

5. Volendo analizzare l'idea qui proposta più nel dettaglio, non si può prescindere da una riflessione sull'affermazione della Corte in base alla quale la forma, nel caso di specie, sarebbe destinata a portare all'attenzione dell'investitore l'importanza del negozio, perché non convince del tutto l'equiparazione del requisito della forma scritta bilaterale del contratto alla sottoscrizione del solo cliente.

La funzione della sottoscrizione di richiamare l'attenzione dell'aderente sull'importanza dell'impegno che va ad assumere è chiaramente evocativa del meccanismo operante nell'ambito della validità delle clausole vessatorie, di cui all'art. 1341, 2° co., c.c.<sup>25</sup> e che non sembra pertinente con la fattispecie in esame. In quella sede lo scopo è completamente diverso: la specifica sottoscrizione delle clausole unilateralmente predisposte ha la funzione di richiamare l'attenzione dell'aderente sull'onerosità del patto, quasi ad avvertirlo che se non può sopportare le conseguenze particolarmente onerose che derivano dalla stipulazione è bene che si tiri indietro.

Il legislatore del '42 ha acconsentito al sacrificio dell'autonomia dell'aderente<sup>26</sup> in favore delle esigenze superiori di razionalizzazione dell'attività contrattuale d'impre-

<sup>25</sup> Secondo A. TUCCI, *op. ult. loc. cit.*, l'affermazione dei giudici che "il contratto si conclude con l'adesione del cliente alle condizioni generali di contratto predisposte dallo stesso intermediario" riecheggia una tesi dottrinale secondo cui la conclusione del contratto di investimento avverrebbe *ex art.* 1341 c.c. anche nel caso in cui il cliente risulti proponente anziché aderente. In realtà l'art. 1341, 1° co., c.c., ad avviso dell'autore, ha ad oggetto il problema della vincolatività per l'aderente di un regolamento contrattuale non espressamente accettato, ma conoscibile. Pertanto la disposizione esclude che ci sia bisogno di un'espressa dichiarazione di accettazione per far entrare le condizioni generali nel regolamento contrattuale, ma non esclude la necessità di un accordo fra le parti per decretare la nascita del vincolo.

<sup>26</sup> Nel paragrafo 612 della Relazione al Codice civile è possibile cogliere quei passaggi essenziali che, evidenziando le ragioni della regolamentazione giuridica del fenomeno delle condizioni generali di contratto e dei contratti per adesione, aiutano a comprendere meglio pregi e limiti della relativa disciplina.

Da esso si evince che gli artt. 1341 e 1342 c.c. sono la risposta legislativa ad una pratica contrattuale che, in quanto priva di apposita disciplina normativa perché sorta nella prassi, ha investito la giurisprudenza della verifica della sua legittimità. Pertanto, pur riconoscendo le esigenze di uniformità e celerità della contrattazione d'impresa, i giudici del passato si sono preoccupati di contenere eventuali abusi, ravvisabili nei casi in cui gli schemi prestabiliti contenessero clausole in grado di mettere i "clienti alla mercé degli imprenditori", ora allargando il concetto di illiceità, ora affermando la "mancanza di consenso su alcuni patti onerosi".

Il legislatore, al tempo della codificazione, ha ritenuto di porre rimedio ai problemi sollevati dall'esperienza concreta, prevedendo una regola esplicita che contenesse l'ampio potere d'impresa nei limiti del contemperamento di opposte esigenze: quelle preminenti dell'impresa di uniformità e celerità della contrattazione e quelle individuali dell'aderente, nel rispetto del principio di uguaglianza formale tra le parti e della salvaguardia della libertà contrattuale.

Pertanto, "il bisogno di assicurare l'uniformità del contenuto di tutti i rapporti di natura identica, per una più precisa determinazione dell'alea che vi è connessa, la difficoltà che si oppone alle trattative con i clienti, [...] l'esigenza di semplificare l'organizzazione e la gestione delle imprese, inducono l'imprenditore a prestabilire moduli il cui testo non può essere discusso dal cliente, se il cliente non vuole rinunciare all'affare. Un tal metodo di conclusione del contratto non deve ritenersi illegittimo solo perché non dà luogo a trattative e a dibattiti di clausole, ma costringe ad accettare patti preordinati. La realtà economica odierna si fonda anche su una rapida conclusione degli affari, che è condizione di un acceleramento del fenomeno produttivo; a questa esigenza va sacrificato il bisogno di una libertà di trattativa, che imporrebbe intralci spesso insuperabili".

sa<sup>27</sup>, imponendo degli strumenti di tutela “formale” che rispondono alla logica egualitaria del codice civile. Per il legislatore, quello delineato dagli artt. 1341 e 1342 c.c. è comunque un sistema di garanzia in grado di contenere e reprimere eventuali abusi<sup>28</sup> da parte delle imprese del potere di predisposizione unilaterale del contratto.

Ma nella sostanza, l'esperienza ha dimostrato che le norme, seppur concepite in un'ottica di potenziale garanzia<sup>29</sup>, in realtà si sono rivelate inadeguate a prevenire e contrastare condotte abusive, soprattutto nell'ambito della contrattazione asimmetrica.

L'inidoneità della previsione codicistica, in tema di condizioni generali e clausole vessatorie, a reprimere l'abuso del potere contrattuale d'impresa, è stata confermata dalla successiva emanazione di discipline di settore (basti pensare agli artt. 33-38

<sup>27</sup> Cfr. DALMARTELLO, *Contratti d'impresa*, in *Enc. Giur.*, 1988, III, 8: i contratti di impresa sono una categoria che “ha nel collegamento funzionale con la vita stessa dell'impresa un particolare titolo di meritevolezza di tutela e, perciò, una più estesa attribuzione di autonomia”. Essendo strumenti di esplicazione dell'attività d'impresa, detti contratti sono idonei a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento.

<sup>28</sup> Sull'abuso del diritto in generale si rinvia, senza alcuna pretesa di completezza, a: BENATTI, *Danni punitivi e abuso del diritto*, in *Contratto e impresa*, 4-5, 2015, 862 ss.; TARUFFO, *Abuso del processo*, in *Contratto e impresa*, 4-5, 2015, 832 ss.; AA.VV., *L'abuso del diritto nel dialogo tra corti nazionali ed internazionali*, a cura di G. Merone, Napoli, 2014; CONVERSO, *Note minime in tema di abuso del diritto*, in *Giur. di Merito*, 6, 2013, 1314 ss.; PIRAINO, *Il divieto di abuso del diritto*, in *Eur. dir. priv.*, 1, 2013, 75 ss.; VILLANACCI, *I profili dell'abuso del diritto e la funzione integrativa del programma negoziale*, in *Rass. dir. civ.*, 1, 2013, 158 ss.; GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, in *Riv. dir. civ.*, 3, 2012, 313 ss.; BARCELLONA, *Buona fede e abuso del diritto di recesso ad nutum tra autonomia privata e sindacato giurisdizionale*, in *Giur. comm.*, 2, 2011; DI MARZIO, *Divieto di abuso e autonomia contrattuale d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 4, 2011, 491 ss.; BONANZINGA, *Abuso del diritto e rimedi esperibili*, in *www.comparazioneidiritto.civile.it*, 2010; DELLI PRISCOLI, *Abuso del diritto e mercato*, in *Giur. comm.*, 5, 2010, 834; RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007; DI CIOMMO, *Recesso dal contratto di apertura di credito e abuso del diritto*, in *Contr.*, 2000, 1115; AA. VV., *L'abuso del diritto*, Padova, 1998; MESSINETTI, *Abuso del diritto*, in *Enc. Dir., Aggiornamento*, vol. II, Milano, 1998, 1 ss.; RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998; LEVI, *L'abuso del diritto*, Milano, 1993; ROTONDI, *L'abuso del diritto*, Padova, 1979, ristampa; GIORGIANNI, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, 1963; NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1958, 18 ss.; SALV. ROMANO, *Abuso del diritto (diritto attuale)*, in *Enc. Dir.*, vol. I, Milano, 1958, 166 ss.

<sup>29</sup> L'uguaglianza formale dei contraenti sarebbe garantita - contenendo così anche i rischi di eventuali distorsioni nell'esercizio del relativo potere - dal requisito di conoscenza o conoscibilità per l'efficacia delle condizioni generali; dalla specifica sottoscrizione della clausola vessatoria che, richiamando l'attenzione dell'aderente sull'onerosità della stessa, gli consente di valutare se sarà in grado di sopportare o meno il vincolo; inoltre dall'uniformità, destinata ad offrire alla generalità degli utenti il medesimo trattamento contrattuale per l'erogazione di quel bene o servizio, evitando possibili discriminazioni e/o disparità di trattamento.

Appare chiaro che la disciplina è strutturata in modo da giustificare il sacrificio dell'autonomia contrattuale dell'aderente e preservare, in astratto, il principio di uguaglianza, appunto formale.

La predisposizione unilaterale intanto è concessa, in quanto è esercitata nel rispetto delle esigenze di celerità della contrattazione d'impresa, perché solo un esercizio del relativo potere, contenuto entro i limiti della buona fede, può considerarsi legittimo. Ove detto esercizio produca dei contratti squilibrati dal punto di vista normativo, in quanto ingiustificatamente gravosi per l'aderente, vorrà dire che di questo potere si è fatto abuso.

codice del consumo e all'art. 9 della l. n. 192/1998 sulla subfornitura), volte a contrastare in maniera più efficace l'esercizio scorretto del potere negoziale d'impresa nei confronti dei contraenti deboli.

Pertanto, se il requisito della specifica sottoscrizione unilaterale delle clausole vessatorie si è rivelato inidoneo a tutelare il contraente debole dall'abuso del potere di predisposizione unilaterale del regolamento contrattuale, figuriamoci quanto lo stesso meccanismo possa essere in grado di soddisfare la forma scritta bilaterale *ad substantiam*: il requisito della forma scritta, a maggior ragione, non può dirsi assolto dalla sottoscrizione unilaterale<sup>30</sup>.

D'altra parte gli stessi giudici, pur escludendo la necessità della sottoscrizione della banca ai fini dell'accettazione delle condizioni generali di contratto perché da essa predisposte, riconoscono che è necessario che la stessa manifesti un consenso per la valida conclusione del contratto. Consenso che non è legato al requisito formale, ma che può risultare anche da un comportamento concludente<sup>31</sup>, perché nei confronti dell'intermediario la forma scritta non assolve a quella funzione di ponderazione dell'affare. La predisposizione del modulo, la raccolta della sottoscrizione, la consegna della copia, quali atti esecutivi reputati idonei dal collegio ad accertare il presunto consenso iniziale della banca, non possono dirsi manifestazioni di volontà sufficienti per la nascita del vincolo, soprattutto se l'incaricato non è dotato di poteri di rappresentanza.

La possibilità di raccogliere il consenso in una "forma concludente" contrasta certamente con il dato letterale della norma, che impone una determinata forma di manifestazione dell'accordo, e né può dirsi che il contratto in questi casi si concluda mediante inizio dell'esecuzione<sup>32</sup>. E la ragione è di tutta evidenza. Infatti, la caratte-

<sup>30</sup> Si veda PAGLIANTINI, *Usi (ed abusi) di una concezione teleologica della forma*, cit., 683, in nota 31: il cliente che ha sottoscritto il modulo ha soddisfatto un vincolo formale, ma non per questo ha creato un contratto in forma scritta.

<sup>31</sup> Per AMAGLIANI, *Nota breve*, cit., 152 e PAGLIANTINI, *Forma o modalità*, cit., 147, se è vero che la sottoscrizione della banca è irrilevante, allora non ha senso cercare degli equipollenti.

<sup>32</sup> Cfr. anche PAGLIANTINI, *Usi (ed abusi) di una concezione teleologica della forma*, cit., 684, il quale chiarisce che quando il contratto è formale la tecnica di conclusione *ex art. 1327 c.c.* non è ammessa in assenza di una deroga espressa quale può essere ad esempio quella contenuta nei commi 1 e 2 dell'art. 2 della l. n. 192/1998. Ugualmente MAFFEIS, *op. cit.*, 403 s., si mostra contrario alla possibilità che il comportamento concludente da parte della banca sia in grado di soddisfare il requisito formale. Ad avviso dell'autore l'art. 23 d.lg. n. 58/1998 impone due precetti: uno di forma, assolto con la sottoscrizione, l'altro di condotta, consistente nella consegna dell'esemplare al cliente. Argomentare che la consegna della copia del contratto sia idonea ad integrare il requisito della forma scritta equivale ad abrogare il primo precetto. La *ratio* degli artt. 23 d. lg. n. 58 del 1998 e 117 t.u. l. banc. è di ordine pubblico di direzione, per garantire, oltre che il carattere consapevole e ponderato del consenso del cliente, anche la "professionalità dell'agire della banca, l'efficienza della sua organizzazione, e così la fiducia nell'integrità [...] del buon funzionamento dei mercati bancari e finanziari". Perciò l'autore non condivide l'idea avanzata dai giudici che la banca possa manifestare il suo consenso predisponendo il contratto o eseguendolo.

ristica comune alle ipotesi tassative<sup>33</sup> in cui può aversi la conclusione del contratto mediante inizio dell'esecuzione *ex art.* 1327 c.c. è data da esigenze di celerità della contrattazione. Si tratta di casi in cui non è necessaria un'adeguata ponderazione dell'affare, perché è opportuno facilitare e velocizzare la conclusione del contratto. Nell'ambito dei contratti di investimento, pur stipulati per condizioni generali, si rinvergono esigenze contrapposte, tese ad assicurare una opportuna riflessione e valutazione economica e giuridica dell'affare.

Pertanto, la specificità della disciplina dell'art. 23 d. lg. n. 58/1998 non consente di derogare al meccanismo di conclusione mediante lo scambio di proposta e accettazione, anzi, lo richiede, imponendo il requisito della forma scritta.

Ancora, la predisposizione unilaterale del testo contrattuale da parte dell'intermediario non è in grado di bypassare il requisito formale e di tradursi in un'accettazione espressa del contenuto del contratto, ma soprattutto nell'assunzione del relativo vincolo nei confronti di un determinato cliente. La mera predisposizione unilaterale, o comunque la contrattazione per condizioni generali, può tutt'al più lasciar presumere il consenso dell'intermediario al complesso di regole che andranno a disciplinare il rapporto, ma sarà la sottoscrizione<sup>34</sup> di ogni singolo contratto, nei confronti di ciascun cliente, a rendere seria ed effettiva quella volontà di contrarre preannunciata con l'utilizzo dei moduli contrattuali; quindi sarà la sottoscrizione che permetterà di imputare quello specifico atto al predisponente.

In sintesi: la semplice predisposizione unilaterale del contenuto contrattuale da parte dell'intermediario non è idonea ad accertare un impegno definitivo nei confronti di ciascun cliente, con la conseguenza che la firma anche da parte della banca assolve a quella funzione tipica della forma scritta di serietà e definitività dell'impegno, attraverso l'assunzione di paternità di un ben preciso vincolo nei confronti di un determinato cliente, in modo da soddisfare i requisiti di certezza e imputabilità dell'atto<sup>35</sup>.

---

Più in generale, per tutti, si veda, ROPPO, *Il contratto*, cit., 118: "lo schema dell'art. 1327 non opera per i contratti formali in cui l'accettazione va espressa nella forma vincolata e non può manifestarsi per fatto concludente".

<sup>33</sup> La giurisprudenza chiarisce che la disciplina di cui all'art. 1327 c.c. è destinata ad operare nelle tassative ipotesi indicate dal 1° co.; vale a dire su richiesta del proponente, per la natura dell'affare e in base agli usi. Per tutte Cass., 1.6. 2016, n. 11392, in *Mass. Giust. civ.*, 2016.

ROPPO, *op. ult. cit.*, 116 s., specifica che lo schema alternativo di conclusione *ex art.* 1327 c.c. è ammesso in presenza di clausole del tipo "pronta consegna", ovvero quando per il richiedente è importante che la prestazione sia eseguita con la massima urgenza o quando i beni e i servizi sono offerti a prezzi e condizioni standard o, ancora, in caso di prassi contrattuale consolidata; insomma in tutte le ipotesi in cui è inutile una trattativa.

<sup>34</sup> Non è detto che il contratto stipulato per condizioni generali non annoveri tra i suoi requisiti di validità la sottoscrizione del predisponente. Così PAGLIANTINI, *op. ult. cit.*, 683.

<sup>35</sup> Cfr. sul punto anche A. TUCCI, *Una pura formalità*, cit., 543 ss., il quale precisa che non è esatto dire che la sottoscrizione dell'intermediario nulla aggiunge perché il formalismo imposto dalla norma tutela una pluralità di interessi, tra cui: l'adeguata ponderazione della conclusione di determinate tipologie di contratti; la distinzione fra mere trattative e accordo definitivo; ma anche l'interesse dell'intermediario alla certezza dei

6. Il requisito formale del contratto deve, inoltre, essere tenuto distinto da quello dell'informazione precontrattuale, imposto da norme puntuali a carico del professionista nei confronti del contraente debole. Non sembra si possa accogliere il suggerimento di assimilare la forma dell'atto alla forma dell'informazione<sup>36</sup>, operando le rispettive previsioni normative su piani completamente diversi.

Nell'ordinanza di rimessione i giudici, a sostegno della loro ricostruzione, menzionano quelle ipotesi legislative in cui i requisiti formali, al pari dell'art. 23 d. lg. n. 58/1998, non sarebbero imposti solo come mezzo per la manifestazione della volontà, bensì come strumento di trasmissione di informazioni, dati e notizie sull'operazione. Il riferimento è, tra gli altri, agli artt. 50, 67-*undecies*, 71 del codice del consumo, e all'art. 124 t.u. l. banc.

Le norme richiamate, invero, ci sembra facciano chiaro riferimento ad un altro fenomeno che mostra poca attinenza con il requisito della forma del contratto.

Le disposizioni, infatti, si riferiscono esclusivamente all'informazione precontrattuale, doviziosamente dettagliata dal legislatore per enfatizzare il momento conoscitivo del contenuto delle operazioni contrattuali precedente alla stipula del contratto, al fine di consentire al consumatore di venire a conoscenza di tutti i termini dell'affare, in tempo utile e comunque prima della conclusione del contratto.

Infatti, l'art. 124, 1° co., t.u. l. banc. dispone che il finanziatore o l'intermediario del credito forniscono al consumatore, prima che egli sia vincolato da un contratto o da un'offerta di credito, le informazioni necessarie per consentire il confronto tra le varie offerte di credito sul mercato, al fine di prendere una decisione informata e consapevole in merito alla conclusione del contratto. Il secondo comma precisa che le informazioni sono fornite su supporto cartaceo o altro supporto durevole attraverso il modulo contenente le "Informazioni europee di base del credito ai consumatori" e che gli obblighi informativi di cui al primo comma si considerano assolti attraverso la consegna di tale modulo. Ogni altra informazione aggiuntiva deve essere contenuta in un documento distinto che va allegato al modulo europeo.

Tale requisito non può assorbire quello formale del contratto perché è invece l'art. 125-*bis* t.u. l. banc a prevederlo espressamente, prescrivendo la forma scritta *ad substantiam* del contratto di credito.

L'informazione precontrattuale e la conclusione del contratto si realizzano in due momenti distinti e separati, segnati da un requisito formale simile, ma non identico. Per entrambe le ipotesi è prevista una forma documentale che però assolve a funzioni diverse: le informazioni devono essere contenute in documento cartaceo che non

---

rapporti giuridici instaurati. La predisposizione di un articolato contrattuale da proporre di volta in volta ai clienti non risolve i menzionati problemi di imputazione dello specifico atto e di controllo dell'attività.

<sup>36</sup> In questo senso anche PAGLIANTINI, *op. ult. cit.*, 689: il legislatore separa nettamente il "vestmentum dell'informazione" (degli artt. 50, 1° e 2° co., 67-*undecies* e 71 codice del consumo) da quello del contratto. Non si comprende il motivo per cui l'interprete, al cospetto di un legislatore che distingue tra "forma del contratto e forma del contratto", dovrebbe essere legittimato a concepire una "vis attractiva della prima obnubilante l'altra".

deve essere necessariamente sottoscritto dal contraente debole, ma che va semplicemente consegnato allo stesso prima della conclusione del contratto, in modo da offrirgli una rappresentazione viva e materiale delle informazioni, dei dati e di tutte le notizie essenziali dell'affare. Il requisito formale del contratto, ossia il modo di manifestazione del consenso, è altra cosa e non può dirsi assorbito o equiparato a quello imposto per l'adempimento dell'obbligo di informazione.

Ancora l'art. 71 codice del consumo, citato sempre ad esempio dai giudici, impone all'operatore - nell'ambito dei contratti di multiproprietà, dei contratti relativi ai prodotti per le vacanze di lungo termine e dei contratti di rivendita e di scambio - di fornire al consumatore, in modo chiaro e comprensibile e sempre prima che lo stesso assuma un impegno contrattuale definitivo (quindi prima che il consumatore sia vincolato da un contratto o da un'offerta) quelle informazioni accurate e sufficienti, come descritte nelle lettere *a*), *b*), *c*), *d*) dello stesso 1° co., ciascuna riferita al rispettivo tipo contrattuale.

Il secondo comma precisa che le informazioni devono essere fornite a titolo gratuito su carta o su altro supporto durevole facilmente accessibile al consumatore.

Anche in questo caso la norma si riferisce ad un obbligo di informazione precontrattuale imposto al professionista nei confronti del consumatore, obbligo di cui sono definiti tanto il contenuto quanto le modalità dell'esatto adempimento; il documento menzionato si riferisce al supporto materiale che deve contenere le informazioni obbligatorie e non ha nulla a che vedere con il documento contrattuale vero e proprio che invece viene disciplinato dalla norma successiva.

L'art. 72 codice del consumo, infatti, prescrive il requisito formale del contratto stabilendo che lo stesso deve essere redatto per iscritto a pena di nullità su carta o su altro supporto durevole, nella lingua italiana e in una delle lingue dello Stato dell'Unione europea in cui il consumatore risiede oppure di cui è cittadino.

Continuando nell'esame delle disposizioni citate dai giudici a sostegno della "forma informativa" è proprio l'art. 50 che più di tutti consente di riepilogare la struttura dei fenomeni coinvolti. Il primo comma dispone i requisiti formali per i contratti negoziati fuori dai locali commerciali, chiarendo che le informazioni essenziali, cioè quelle definite nel loro contenuto nell'art. 49, 1° co.<sup>37</sup>, devono essere fornite dal professionista prima della conclusione del contratto su supporto cartaceo o su altro mezzo durevole, in modo leggibile e in un linguaggio semplice e comprensibile. Il secondo comma specifica, invece, che il professionista deve fornire al consumatore una copia del contratto firmato o la conferma del contratto su supporto cartaceo o altro supporto durevole.

Il legislatore, nei vari ambiti contrattuali richiamati, distingue chiaramente tra (*i*) obbligo precontrattuale di informazione, (*ii*) forma scritta del successivo contratto e

<sup>37</sup> E che attengono, ad esempio, alle caratteristiche principali dei beni, all'identità del professionista, al prezzo totale, alle spese e costi, alle modalità di pagamento e di consegna, al riconoscimento del diritto di recesso, alle modalità di esercizio dello stesso, alla durata del contratto, alle garanzie, e via discorrendo.



(iii) consegna della copia del contratto, poiché ognuno di questi passaggi ha una funzione ben precisa<sup>38</sup>.

(i) Nella fase precontrattuale viene imposto un obbligo di informazione a carico del professionista nei confronti del consumatore, obbligo di cui è specificato il contenuto, in maniera dettagliata o tramite rinvio, così come sono previste le modalità dell'esatto adempimento. Limitatamente al contenuto, l'elenco delle informazioni è quasi sempre meticoloso e dettagliato (tranne nel caso dell'art. 124 t.u. l. banc. e dell'art. 71 codice del consumo ove si opera il rinvio al documento informativo) ed è riferito a quelle informazioni essenziali che il consumatore deve conoscere per maturare una decisione di natura commerciale pienamente spontanea e consapevole. Relativamente alle modalità dell'esatto adempimento, il legislatore ne indica il tempo (prima della conclusione del contratto, ovvero prima che il consumatore sia vincolato dal contratto o da una proposta equivalente) e il modo (in forma chiara, comprensibile, completa). La consegna del documento informativo è, dunque, l'altra modalità dell'esatto adempimento dell'obbligo precontrattuale di informazione.

Lo scopo dell'obbligo di informazione precontrattuale a carico del professionista è quello di offrire al contraente debole una esatta rappresentazione dell'operazione contrattuale che si accinge a compiere, al fine di consentirgli una opportuna valutazione dell'affare. Ricevendo, su supporto cartaceo, tutte le informazioni essenziali sul contratto, l'aderente è in grado di confrontare le varie offerte presenti sul mercato per il medesimo bene o servizio e di scegliere quella che è più idonea a soddisfare il suo interesse, in termini di maggiore convenienza economica e giuridica. Questa libertà spinge le imprese operanti nel settore ad offrire servizi a condizioni competitive, nell'ottica della garanzia dell'efficienza e concorrenzialità del mercato. L'obbligo deve essere adempiuto nella fase precontrattuale proprio per garantire al contraente la maturazione di una decisione commerciale libera e adeguatamente ponderata, tenuto conto delle altre offerte presenti sul mercato.

Appare chiaro che la consegna del modulo precontrattuale di informazione avviene in un momento antecedente alla conclusione del contratto e una eventuale sottoscrizione unilaterale da parte del contraente debole del documento informativo, potrà essere prova dell'avvenuto adempimento dell'obbligo di informazione precontrattuale da parte del professionista, ma non potrà essere ugualmente idonea ad

---

<sup>38</sup> Sul punto cfr. GIROLAMI, *Contratti di investimento non sottoscritti dall'intermediario*, cit., secondo cui il documento informativo non va confuso con il contratto: la legge vuole tenere distinti il documento informativo e il vero e proprio negozio dal punto di vista formale. Del pari, per A. TUCCI, *Una pura formalità*, cit., 543 ss., l'art. 23 d. lg. n. 58/1998 impone la conclusione di un contratto, non ritenendo sufficiente la mera consegna di un documento informativo.

Ancora, per PAGLIANTINI, *Usi (ed abusi) di una concezione teleologica della forma*, cit., 684, *de iure condito*, un "obbligo di conclusione" non può essere assimilato ad un obbligo di consegna di un documento informativo.

integrare il consenso alla conclusione del contratto che dovrà essere espresso in una forma scritta bilaterale, in un momento successivo<sup>39</sup>.

(ii) Infatti, dopo aver maturato una scelta sulla base delle informazioni precontrattuali ricevute e del loro confronto con offerte simili, la volontà dell'aderente in ordine alla conclusione del contratto dovrà risultare per iscritto, come anche la volontà del professionista, in modo che siano soddisfatte le esigenze di certezza del contenuto, di serietà e di paternità delle dichiarazioni. Proprio perché, come già accennato, nell'ambito di una contrattazione asimmetrica per condizioni generali è necessario che venga formalizzata l'assunzione da parte del professionista di quel vincolo nei confronti di quel determinato contraente.

Pertanto, acquisite le informazioni necessarie a formare l'esatta rappresentazione dell'operazione economica da porre in essere, il contraente debole gode di un'ulteriore forma di garanzia costituita dall'osservanza della forma scritta per la manifestazione del consenso, imposta come già detto, ad esempio, dall'art. 125-*bis* t.u. l. banc e dall'art. 72 codice del consumo. A conferma dello scopo della forma scritta di cui si è ampiamente parlato in precedenza basti il rinvio all'art. 72, 5° co. La norma dispone che il contratto contiene oltre alle informazioni dell'art. 71, 1° co., l'identità delle parti e il luogo di residenza, la firma di ciascuna delle parti, la data e il luogo di conclusione del contratto. La specificazione dei vari elementi essenziali conferma che la funzione della forma scritta è proprio *ad substantiam*, vale a dire per garantire la nascita di un vincolo certo e imputabile ai suoi autori, soprattutto perché non sempre il contratto ha ad oggetto beni immobili, e quindi non sempre è legato alla natura del bene. Appare chiaro che la funzione della "forma informativa", come prospettata dalla Corte, attiene al solo documento informativo precontrattuale che non deve essere sottoscritto, ritenendosi il requisito formale soddisfatto mediante la semplice consegna del modulo al destinatario.

(iii) Venendo al terzo passaggio essenziale della procedimentalizzazione della conclusione del contratto asimmetrico, giova precisare che la consegna di una copia del contratto o di un esemplare del contratto al cliente/consumatore (si vedano ad esempio gli artt. 125-*bis*, 1° co., t.u. l. banc e 72, 7° co., codice del consumo, nonché lo stesso art. 23 d. lg. n. 58/1998) ha la precisa funzione di consentire una facile e immediata reperibilità e consultazione delle condizioni e dei termini dell'accordo, in

<sup>39</sup> È anche vero che in peculiari ipotesi l'adempimento dell'obbligo informativo può avvenire anche in un momento successivo, al più tardi al momento della conclusione del contratto, ma solo qualora sia stato il consumatore a richiedere una conclusione rapida del contratto o quando le circostanze che accompagnano la conclusione del contratto non consentono materialmente e temporalmente la consegna del documento informativo. Infatti, a titolo esemplificativo, l'art. 124, 3° co., t.u. l. banc., prevede che se il contratto di credito è stato concluso, su richiesta del consumatore, usando un mezzo di comunicazione a distanza che non consente di fornire le informazioni di cui al 1° co., il finanziatore o l'intermediario del credito forniscono al consumatore il modulo di cui al 2° co., immediatamente dopo la conclusione del contratto. In tal caso è implicita, nella richiesta di immediata conclusione da parte del consumatore, una preventiva e diversa ponderazione dell'affare che gli ha consentito di valutare l'offerta in termini di maggiore convenienza rispetto ad altre, manifestando l'intenzione di stipulare quel determinato contratto.

modo che il contraente debole possa eseguire esattamente gli obblighi posti a suo carico, possa correttamente esercitare i diritti e le prerogative che gli sono stati riconosciuti, nonché possa monitorare la corretta esecuzione del rapporto contrattuale da parte del professionista/intermediario, al fine di verificarne l'esatto adempimento.

Sono proprio le norme richiamate dai giudici per sostenere la "forma informativa" che invece evidenziano la presenza di distinte regole di validità e di comportamento e, nell'*iter* minuziosamente scandito dal legislatore, la forma-modulo dell'informazione precontrattuale non potrà soddisfare il requisito della forma scritta bilaterale *ad substantiam actus*.

7. Le diverse letture dell'art. 23 d. lg. n. 58/1998 sostanzialmente poggiano sulla differente funzione assegnata alla nullità disposta dalla norma: ora sanzionatoria, se l'interesse considerato prevalente è quello generale; ora di protezione, se l'interesse principale da tutelare coincide con quello individuale, del singolo cliente. Appare ovvio che, così articolato, il problema offre soluzioni inevitabilmente inconciliabili, legate proprio al particolare scopo che si intende perseguito dal legislatore, attraverso la legittimazione riservata al solo cliente.

In realtà, la tutela di entrambi gli interessi è affidata al rimedio della nullità, che vuole proteggere il contraente debole sanzionando solo l'autore dell'abuso del potere di autonomia contrattuale d'impresa, al fine di indurre gli intermediari a rispettare le prescritte formalità, per la realizzazione del principio di uguaglianza sostanziale nel contratto asimmetrico e del corretto funzionamento del mercato.

La legittimazione relativa all'azione di nullità di cui all'art. 23 d. lg. n. 58/1998<sup>40</sup> sta ad indicare, infatti, una specifica funzione sanzionatoria nei confronti del solo autore della violazione (e non di entrambe le parti) e una evidente indisponibilità del rimedio da parte dell'intermediario: si realizzerebbe un paradosso se la nullità, disposta per tutelare il contraente più debole, gli si ritorcesse contro, potendo essere richiesta da colui che in realtà è sanzionato dalla norma<sup>41</sup>.

Pertanto, la deroga introdotta dalla norma in questione attiene alla legittimazione, ma per il resto si tratta di una forma prescritta a pena di validità dell'atto che impone la sottoscrizione ad entrambi i contraenti al fine di garantire la certezza del contenuto contrattuale, la serietà dell'impegno, la paternità delle dichiarazioni, l'assunzione dell'impegno contrattuale nei confronti di un determinato cliente e l'adeguata ponderazione dell'affare da parte di quest'ultimo.

<sup>40</sup> Anche per A. TUCCI, *Una pura formalità*, cit., 543 ss., la legittimazione riservata al cliente non riveste natura esclusiva nell'individuazione degli interessi protetti.

<sup>41</sup> Sul punto cfr., inoltre, A. TUCCI, *op. ult. loc. cit.*, il quale precisa che la nullità è destinata a sanzionare l'inadempimento dell'obbligo di forma ex art. 23 d. lg. n. 58/98. Anche per GIROLAMI, *Contratti di investimento*, cit., 554 ss., risulta difficile pensare che una disciplina destinata ad offrire una massima tutela al contraente debole possa essere interpretata in senso meno garantista rispetto al codice civile. Infatti, nel contratto asimmetrico l'obbligo formale semmai si accresce, ma non diminuisce.

L'esigenza, avvertita dai giudici, di trovare una soluzione in grado di arginare pesanti conseguenze applicative derivanti da una lettura rigorosa della norma è comprensibile, ma non è qui condivisa<sup>42</sup>.

Una più fedele applicazione della norma, come quella avviata dalle sezioni semplici, avrebbe certo imposto l'osservanza di una prassi in linea con il dato legislativo e avrebbe garantito una maggiore certezza giuridica, evitando soluzioni tese a *correggere* le norme piuttosto che le prassi inadeguate, al fine di assicurare l'efficienza del mercato finanziario. Infatti, l'interpretazione "correttiva" proposta dalla Corte<sup>43</sup>, *recitius* costituzionalmente orientata in favore dell'art. 41 Cost.<sup>44</sup>, rischia di vanificare la complessa opera legislativa destinata a realizzare la tutela del contraente debole<sup>45</sup> in attuazione dei principi costituzionali di uguaglianza sostanziale tra contraenti, di corretto funzionamento del mercato e di tutela del risparmio.

---

<sup>42</sup> A tal proposito AMAGLIANI, *Nota breve*, cit., 151, osserva efficacemente che la preoccupazione per un possibile uso selettivo della nullità potrebbe essere superata dal fatto che la banca convenuta può agire in via riconvenzionale per la restituzione delle prestazioni indebite conseguenti alla declaratoria di nullità.

<sup>43</sup> Perché in realtà va a modificare il contenuto dell'art. 23 d. lg. n. 58/1998, assegnandogli una "forma informativa" unilaterale in spregio di quella bilaterale *ad substantiam* in esso prevista.

<sup>44</sup> PAGLIANTINI, *Forma o modalità*, cit., 147, evidenzia che l'interpretazione adeguatrice va sempre condotta non oltre la soglia della compatibilità con il testo per non sfociare in un'interpretazione *contra legem*. Trasformare la forma di protezione in forma-modulo "importa una centralità dell'interesse-banca palesemente calibrato in senso unidirezionale. [...] Si è al cospetto di quanto altrove è stato bollato come una sorta e inedita Drittwirkung dell'art. 41 Cost. opacizzante il principio antagonista della tutela dell'investitore (art. 47 Cost.)". Moltiplicare le occasioni di collisioni tra regole e principi non innesca un modo di ragionare virtuoso, ma sembra più una scorciatoia.

Cfr. anche AMAGLIANI, *op. ult. cit.*, 150, in nota 3, il quale osserva che i giudici hanno trascurato le numerose, articolate critiche della dottrina pressoché unanime, confermando "il primato della giurisprudenza tra i formanti e, più in particolare, la giurisdizionalizzazione del diritto civile".

<sup>45</sup> Per PAGLIANTINI, *Usi (ed abusi) di una concezione teleologica della forma*, cit., 687, l'ordinanza 10447/2017 è l'esempio "del frutto avvelenato che può germogliare da un principalismo, quello delle SS.UU beninteso, suggestivo ma, nella sua indeterminatezza, pure proclive ad avvalorare il conio di troppe regole confliggenti". Un'ermeneutica assiologicamente orientata è quell'interpretazione compiuta nel rispetto dei valori fondamentali del sistema ordinamentale. E tra quei valori l'interesse dell'investitore (riconducibile al principio costituzionale di tutela del risparmio *ex art. 47 Cost.*) viene prima di quello dell'intermediario che non può trascendere quanto prescritto dalla legge per perseguire una logica di profitto.

# Antagonismi socio-economici e conformazione normativa dell'autonomia contrattuale\*

di Rosanna De Meo\*\*

*SOMMARIO: 1. Autonomia contrattuale e libertà d'iniziativa economica. – 2. Il contesto normativo europeo e l'antagonismo professionista/consumatore. – 3. Antagonismi derivanti da bargaining powers squilibrati: fallimenti di mercato e interventi normativi di correzione dei rapporti asimmetrici. – 4. Contratto e solidarietà: l'antagonismo fra mercato e tutela dei diritti fondamentali.*

1. Per lungo tempo l'autonomia privata è stata considerata dalla dottrina il momento nel quale l'ordinamento giuridico dialoga con i soggetti, individui o gruppi, per consentire loro di organizzare i propri atti di natura patrimoniale. In essa si è individuato il luogo giuridico nel quale il privato crea da sé il suo personale regolamento di interessi, selezionando questi ultimi e scegliendo le modalità che meglio ritenga funzionali al loro perseguimento<sup>1</sup>.

\* Questo contributo è dedicato alla cara memoria del Prof. Giuseppe Tucci, per i generosi consigli dispensati nella revisione del lavoro.

\*\* Ricercatrice di diritto privato nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bari Aldo Moro.

<sup>1</sup> Il contratto è, perciò, una fonte normativa autorizzata dall'ordinamento, una sorta di «piccola legge destinata a governare, in un'occasione o in un piccolo numero di occasioni, i comportamenti di un soggetto o di un piccolo numero di soggetti», R. SACCO, *Autonomia nel diritto privato*, in *Digesto civ.*, I, Torino, 1987, p. 517. Ciò, sostanzialmente, costituisce il riflesso della teoria positivista kelseniana, che vedeva negli atti giuridici dei privati l'esistenza di una vera e propria fonte di produzione del diritto (H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, trad. it., di R. Treves, Torino, 1956, p. 110) in virtù del fatto che il giudice è vincolato al riconoscimento e all'applicazione di obblighi e diritti nascenti dai regolamenti negoziali. *Contra* R. CARRÉ DE MALBERG, *La teoria gradualistica del diritto*, a cura di A. Chimenti, Milano, 2003, p. 125, secondo il quale l'attività esecutiva del giudice, relativamente alle disposizioni contrattuali delle parti, non deriva dalla fonte contrattuale ma dall'ordinamento che, in virtù del principio *pacta sunt servanda*, impone il compito di mera natura esecutiva. Sullo sfondo vi è la tradizionale e dibattuta *quaestio* relativa alla natura endogena ovvero esogena del potere di autonomia. Contrariamente ai positivisti del diritto, altri studiosi osservano come non tutto abbia origine e si risolva all'interno del sistema positivo, ma spesso il diritto legittima, offrendovi tutela, interessi già sorti nella società. Secondo E. BETTI, *Autonomia privata*, in *Noviss. dig. it.*, I, 2, Torino, 1958, p. 1560 s., «non è dubbio che tale autonomia, come fenomeno sociale, preesista storicamente all'ordinamento statale che la riconosce, né che le sue oggettivazioni siano originarie, indipendenti da quell'ordinamento e talvolta in contrasto con le sue valutazioni. [...] Pertanto, nella misura in cui oggi l'autonomia privata è riconosciuta dall'ordine giuridico, essa non è chiamata a creare né ad integrare alcuna norma giuridica (l'asserzione contraria dipende da una deplorabile confusione di concetti) ma solo a porre in essere l'ipotesi di fatto di norme esistenti»; già sul punto ID., *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 2002, ristampa dell'opera del 1955, p. 44 ss. Secondo un'autorevole opinione, «non vi è

Questa concezione dell'autonomia contrattuale, tuttavia, pur essendo spesso ben riconoscibile nelle norme codicistiche che regolano il contratto in generale, non è ormai in sintonia con il diritto civile contemporaneo. L'autonomia privata, al pari della proprietà, è il simbolo dell'istanza ottocentesca di liberare l'individuo dai privilegi feudali e dalle discriminazioni nobiliari gravanti sulla società e sull'economia di quei tempi<sup>2</sup>. Eppure, la vigente codificazione e, subito dopo, la Costituzione recano in alcune loro norme<sup>3</sup> l'embrione di un nuovo modo di intendere l'intervento dell'ordinamento nell'economia, ben lontano dal *laissez faire* del liberismo economico<sup>4</sup> spentosi con la crisi industriale degli anni '20<sup>5</sup> ma altrettanto differente dal dirigismo interventista proprio dell'ideologia fascista.

Infatti, secondo le intenzioni del Costituente, lo Stato deve orientare la sua azione sull'iniziativa privata in funzione della realizzazione di precise finalità sociali di protezione e promozione del pieno sviluppo della persona umana<sup>6</sup>.

---

realtà sociale separata dalla realtà giuridica; non vi è una realtà sociale e poi una realtà giuridica, perché l'unitarietà del fenomeno sociale è tale che non consente separazioni tra diritto e società», così P. PERLINGIERI, *Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione normativa*, oggi in *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi di diritto civile*, Napoli, 2003, p. 8, ma già in *Dir. giur.*, 1975, p. 826 ss. Potremmo dire che non vi sia autonomia privata senza il diritto che la legittimi, ma è pur vero che il diritto risponde all'istanza dei privati, già socialmente sentita, di farsi artefici dei propri interessi. L'odierna legislazione di protezione del contraente debole ha, tuttavia, indotto alcune rimediazioni sull'attualità della regola di cui all'art. 1372 c.c., in considerazione delle sempre maggiori ipotesi nelle quali è consentito lo scioglimento del contratto o la sua rinegoziazione. In questo senso G. DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, Milano, 1993, p. 53, il quale rileva come il potere di recedere sia divenuto un generale strumento di protezione e P. SCHLESINGER, *Poteri unilaterali di modificazione (jus variandi) del rapporto contrattuale*, in AA.VV., *Il contratto. Silloge in onore di Giorgio Oppo*, I, Padova, 1992, p. 419, il quale osserva come vi sia «nei poteri di ciascun contraente, quand'anche idonei a sconvolgere unilateralmente e discrezionalmente il programma inizialmente concordato, un fenomeno per niente affatto sconcertante, paradossale o iniquo».

<sup>2</sup> F. LUCARELLI, *Modelli privatistici e diritti soggettivi pubblici*, Padova, 1990, p. 262. Sulla forte influenza che la «logica proprietaria» ha esercitato nel metodo di studio della libertà contrattuale così come delle altre categorie del diritto civile, vedi S. RODOTÀ, *Editoriale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, p. 3 ss.

<sup>3</sup> Si pensi principalmente alla regola codicistica della buona fede e alla concezione socialmente orientata insita nella disciplina costituzionale della libertà di iniziativa economica. Sul punto, cfr. L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, I, p. 2 s. e E. GLIOZZI, *L'impresa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, p. 1413, il quale richiama la clausola della dignità umana quale limite all'esercizio dell'impresa per la tutela dei consumatori.

<sup>4</sup> Si consideri, sul punto, l'influenza del modello smithiano del libero gioco dell'economia produttiva di bene comune, nel senso di progresso economico e produzione di ricchezza. In questo senso, S. LATOUCHE, *L'invenzione dell'economia*, trad. it. di F. Grillenzoni, Torino, 2010, p. 131 s.

<sup>5</sup> Sull'evoluzione del concetto di autonomia contrattuale in funzione del liberismo economico ottocentesco, prima, e del dirigismo di stampo fascista, poi, G. GRISI, *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano, 1999, pp. 55-61, ed *ivi* ampi riferimenti di dottrina.

<sup>6</sup> È la lettura data da P. PERLINGIERI, *Profili istituzionali del diritto civile*, Napoli, 1979, p. 42, al rapporto indicato dalla Costituzione fra Stato e privati: «da uno Stato di diritto che garantisce l'ordine delle situazioni acquisite – qual è quello ottocentesco – si passa allo Stato sociale di diritto, che non vuole rimanere spettatore delle libere ed arbitrarie scelte dei privati [...]. La funzione principale, assorbente del modello di Stato costituzionale, diventa quella d'intervenire là dove le strutture condizionano la libertà dei cittadini e rendono

Pur tuttavia, non si deve pensare che la Costituzione tuteli essa stessa l'autonomia contrattuale al punto da elevarla al rango delle libertà fondamentali. La libertà individuale di creare un programma contrattuale di regolamento di interessi beneficia unicamente di una tutela costituzionale indiretta<sup>7</sup>. E diversamente non poteva essere, visto che in entrambi i casi si parla di libertà dell'individuo<sup>8</sup> relativamente ai propri rapporti di carattere patrimoniale. Anche se, a ben vedere, la libertà contrattuale si pone in rapporto strumentale rispetto alla più generale libertà di iniziativa economica. Il contratto, infatti, è soltanto lo strumento giuridico attraverso il quale si attuano i rapporti economici<sup>9</sup> da realizzarsi in regime di libertà d'iniziativa. Esso,

---

impossibile il pieno, dignitoso sviluppo della persona umana». Al riguardo v. anche A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, p. 11, osservava come «la rivalutazione dello Stato e dei gruppi intermedi ha accentuato sempre più la tendenza a considerare il singolo nel contesto sociale in cui si inserisce ed opera, subordinando l'interesse individuale all'interesse generale e, non di rado, anche agli interessi di gruppo. Di tale profondo mutamento di prospettiva, determinato anche da molteplici altri fattori concomitanti, riguardo alla posizione dell'individuo nella società, costituiscono la manifestazione più appariscente gli interventi statali, sempre più massicci e penetranti, nella materia tradizionalmente riservata alla libera determinazione dei privati».

<sup>7</sup> Così la giurisprudenza della Consulta. *Ex multis* C. Cost., 27.2.1962, n. 7, in *Giur. cost.*, 1962, p. 73 ss.; C. Cost., 11.2.1988, n. 159, *ivi*, 1988, p. 553 ss.; C. Cost., 30.6.1994, n. 268, *ivi*, 1994, p. 2188 ss. In dottrina M. ROBLES, *L'ordine pubblico economico tra sistematica ed ermeneutica nel recente diritto dei contratti*, in *Giust. civ.*, 2016, p. 797 ss.; A. PACE, *Libertà «del» mercato e «nel» mercato*, in *Politica del diritto*, 1993, p. 327 ss.; L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, cit., p. 2.

<sup>8</sup> Sull'assonanza ideologico-linguistica, ma sulla diversità tecnico-giuridica, fra autonomia e libertà R. SACCO, *Autonomia nel diritto privato*, cit., p. 517, che specifica come «i francesi e, tempo addietro, gli italiani, parlavano altrettanto volentieri di libertà dei contraenti [...] per indicare la medesima figura. La parola libertà ha il grande vantaggio di essere immediatamente comprensibile anche al non giurista; ma non lascia intendere che qui essa corrisponde ad un potere di creare regole. In modo evidente, la parola autonomia, sulla bocca del giurista, non ha nulla in comune con la nozione di autonomia come qualità del volere».

<sup>9</sup> È la stessa giurisprudenza costituzionale ad affermare la differenza fra la tutela della libertà d'iniziativa economica oggetto del disposto costituzionale e l'autonomia delle parti nella contrattazione: «l'autonomia contrattuale non riceve dalla Costituzione una tutela diretta. Essa la riceve bensì indirettamente da quelle norme della Carta fondamentale che, come gli artt. 41 e 42, riguardano rispettivamente l'iniziativa economica e il diritto di proprietà, si riferiscono ai possibili oggetti di quella autonomia», Corte Cost., 21.3.1969, n. 37, in *Foro it.*, 1969, I, c. 781 ss. In dottrina l'argomento dell'immediatezza piuttosto che della derivazione della tutela costituzionale dell'autonomia contrattuale dal riconoscimento della libertà di iniziativa economica è ampiamente discusso, anche se «sembrano da accogliere quelle posizioni inclini a sostenere non una tutela costituzionale diretta, quanto «piuttosto indiretta della autonomia contrattuale che si manifesta in negativo in virtù della quale non risultano legittime quelle restrizioni legislative dell'autonomia contrattuale non sorrette da una specifica giustificazione costituzionalmente rilevante in rapporto alla diversità delle situazioni nel contesto delle quali l'autonomia si esplica», L. DI NELLA, *Mercato e autonomia contrattuale nell'ordinamento comunitario*, Napoli, 2003, p. 17 s., e *ivi* (nota 5) ampi riferimenti di dottrina e giurisprudenza, ai quali si rimanda, e L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, cit., p. 1 ss. Vi è, però, chi circoscrive la rilevanza del problema, osservando come «è evidente che la formula costituzionale è diversa da quella del codice: l'art. 1322 c.c. parla di contratto, l'art. 41 Cost. parla di iniziativa economica privata la quale è costituita da un insieme di contratti, atti, comportamenti tra loro ordinati in vista dello svolgimento di un'attività economica. Mi sembra indubbio, però che nella tutela dell'iniziativa economica privata accordata dalla Costituzione debba ritenersi compresa anche la tutela dell'autonomia contrattuale

insomma, rappresenta uno dei momenti fenomenologici dell'iniziativa economica, cioè dell'attività di chi «utilizza la ricchezza per produrre nuova ricchezza»<sup>10</sup>.

È innegabile, peraltro, il fatto che autonomia contrattuale e libertà d'iniziativa esprimano momenti differenti relativi alla regolazione dei rapporti giuridici patrimoniali. L'atto a contenuto patrimoniale di espressione dell'autonomia delle parti, cioè il contratto, rappresenta per l'appunto solo un segmento nell'individuazione del contesto giuridico nel quale prenderà vita l'intera attività diretta allo svolgimento dell'iniziativa, attraverso il compimento degli ulteriori e diversi atti di volta in volta necessari alla realizzazione dei risultati economici<sup>11</sup>. Le regole che le parti autonomamente negoziano all'interno dei loro contratti, infatti, non hanno da sole la capacità di disciplinare per intero l'operazione economica, ma sempre più spesso sopportano la regolamentazione che l'ordinamento riserva alle attività per le quali il singolo contratto si manifesta come segmento<sup>12</sup>. In alcuni settori economici, il contenuto dei contratti rimane sempre più determinato in base a norme che dispongono nel dettaglio obblighi di informazione, introduzione o estromissione di clausole dalle quali dipende la validità. Non di rado, soprattutto nei settori economici vigilati da *Autorithies*, si propongono ai contraenti modelli contenutistici ai quali riferirsi nella contrattazione.

---

che è uno degli strumenti attraverso i quali si esplica l'iniziativa economica privata»: M. NUZZO, *Limiti dell'autonomia contrattuale e disciplina costituzionale dei rapporti economici*, in G. VETTORI (a cura di), *Persona e mercato. Lezioni*, Padova, 1996, p. 62.

<sup>10</sup> In questo senso, attività economica è non solo quella produttiva (che utilizza beni per produrne altri) ma anche quella distributiva (che accresce l'utilità di beni preesistenti). La libertà di iniziativa riconosciuta dall'art. 41 Cost. è, perciò, libertà dei privati di disporre di risorse materiali e umane e «presuppone, più in generale, la libertà contrattuale, essendo il contratto, fondamentalmente, lo strumento mediante il quale l'imprenditore, da un lato, si procura la disponibilità delle risorse da utilizzare nel processo produttivo e, dall'altro, colloca il prodotto sul mercato»: F. GALGANO, *Rapporti economici*, in Comm. Cost. Branca, *sub* art. 41 cost., Bologna-Roma, 1982, p. 5.

<sup>11</sup> G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 174 s., osserva come «l'atto di autonomia è posto in funzione di un determinato regolamento di interessi: esaurisce quindi la sua funzione nel momento che questo regolamento è sorto [...], per ciò che concerne le ipotesi di iniziativa economica, l'atto singolo non è rilevante in quanto tale: esso è un frammento di un'operazione più ampia che individua un'attività composita di regolamentazione, di organizzazione, di atti materiali, esecutivi ecc. che non tende, come immediato risultato, alla creazione, modificazione, estinzione di rapporti giuridici, ma alla realizzazione di un interesse autonomo, proprio e diverso da quello realizzabile con i singoli atti». Più recentemente A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in Tratt. Lipari, 2<sup>a</sup> ed., III, *L'attività e il contratto*, Padova, 2003, p. 47 s. esplicita come i più recenti interventi di diritto europeo sui contratti sempre più si dirigano alla disciplina di essi quali segmenti dell'attività economica delle parti.

<sup>12</sup> Si tratta della distinzione, nota in dottrina, fra atto e attività. Della seconda, il diritto privato si interessa solo marginalmente, in quanto esso è «per essenza sua propria *normativa di singoli atti o comportamenti*, ossia di singoli accadimenti puntuali (fatti e atti) che la norma di legge si incarica di regolare e prevedere nei loro effetti [...] non è, dunque, se non in ipotesi rare e perciò circoscritte, normativa di attività globalmente apprezzata e, come tale, fatta oggetto di valutazione a sé stante», A. DI MAJO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, p. 35.



La lettera della Carta costituzionale relativa all'intervento pubblico nelle attività economiche ha dato luogo a molteplici interpretazioni. Si assiste, si è detto, a un nuovo tipo di intervento pubblico nell'economia. Quello pensato dal Costituente, è un modo di indirizzare le politiche economiche a fini sociali, intervenendo direttamente con la partecipazione pubblica in settori economici particolarmente sensibili per la vita del Paese<sup>13</sup> e funzionalizzando l'autonomia privata in chiave sociale e dirigista<sup>14</sup> in conseguenza della riconduzione dell'iniziativa economica al rispetto dei valori sociali.

In questo modo, la generale necessità di una rilettura delle norme del diritto privato alla luce dei principi costituzionali pone in luce la stretta connessione esistente fra la disciplina dell'iniziativa economica e le generali ragioni di solidarietà sociale delle quali la costituzione vuol essere la massima espressione. I limiti di cui all'art. 41 cost. sono, in questo senso, i tutori del *fair play* dei protagonisti dell'iniziativa produttiva e commerciale rispetto agli interessi generali diretti al benessere dei cittadini. Il principio solidaristico espresso dalla carta costituzionale, nell'intendere la natura e lo svolgimento dei rapporti di iniziativa economica, è diretto a influenzare la creazione e l'interpretazione delle norme che governano i rapporti contrattuali attraverso i quali l'iniziativa prende la sua veste giuridica.

Vero è che l'autonomia contrattuale si svolge in un contesto normativo fortemente caratterizzato dalla disciplina giuridica del mercato<sup>15</sup>, ricca di influenze sulla contrattazione provenienti dalla complessità caratterizzante l'attualità del diritto privato. È certo che non si può più pensare all'autonomia contrattuale come ad una regola di libera autodeterminazione dei soggetti. Gli interventi diretti ad indirizzare – per usare un eufemismo – la contrattazione provengono da molteplici fonti e pro-

---

<sup>13</sup> In questo senso, le parole di L. MENGONI, *Forma giuridica e materia economica*, in ID., *Diritto e valori*, Bologna, 1985, p. 157, secondo il quale «democrazia economica e intervento diretto dello Stato sono il sottofondo delle nuove forme giuridiche dell'economia. In quanto è il risultato di una decisione politica, la costituzione economica implica essenzialmente l'assunzione da parte dello Stato di una funzione non semplicemente correttiva e integrativa, ma propulsiva e direttiva del processo economico, la quale assoggetta i comportamenti individuali e di gruppo a un vincolo immanente di destinazione a finalità sopraindividuali inerenti alla costituzione economica che si vuole realizzare, e la cui realizzazione è appunto affidata all'autorità dello Stato».

<sup>14</sup> Osserva F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970, p. 189 s., come la disciplina costituzionale dell'iniziativa privata restringa l'autonomia dal suo stesso interno, sì che essa ne risulti funzionalizzata all'interesse sociale. In questo medesimo senso P. PERLINGIERI, *Profili istituzionali del diritto civile*, cit., p. 41, secondo il quale si riferisce alla «funzionalizzazione dei fini dell'impresa, che devono essere sì quelli del profitto ma che devono pur sempre coincidere e rispondere all'utilità sociale». Un esame dettagliato circa le possibili critiche alla tesi della funzionalizzazione dell'autonomia privata in G. GRIST, *L'autonomia privata*, cit., p. 69 ss., il quale pone in evidenza come il dettato costituzionale, pur orientando le finalità dell'iniziativa economica, non possa condizionarla fino al punto di renderla antieconomica.

<sup>15</sup> N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2003, p. 51 ss., secondo il quale il mercato è il *locus artificialis* creato dalle norme conformative di esso, perché «nel concorrere delle norme ... si determina lo statuto di ciascun mercato».

prio le più recenti, quelle derivanti dal diritto europeo e dalle *Authorities*<sup>16</sup>, hanno stimolato il dibattito sulla continua limitazione dell'autonomia contrattuale.

Si tratta di un dibattito tradizionale ma sempre suggestivo per la sua capacità di influenzare ed essere influenzato rispetto ai metodi di indagine della realtà giuridica. Sin da quando il «diritto dei mercanti» ha trovato la forza per integrarsi da protagonista nel *corpus* del codice civile<sup>17</sup>, la regola dell'autonomia contrattuale ha da sempre dovuto esplicitarsi nel quadro dello spazio che di volta in volta le veniva riconosciuto dalla politica, dagli interessi dei gruppi, dalla visione della società che si traduceva in diritto<sup>18</sup>. Nei momenti storici della forte espansione economica, della prima internazionalizzazione dei mercati, l'autonomia contrattuale era meditata dai giuristi soprattutto nella sua dimensione di '(auto)regolamentarità' e di 'programmaticità'. Il suo prodotto – *id est* l'atto di autonomia – era osservato come la manifestazione della capacità del contraente di essere *faber* nel selezionare gli interessi perseguiti, nel programmarne l'attuazione giuridica mediante regole impegnative per sé e per la controparte.

L'autonomia contrattuale è stata la lente attraverso cui si sono messe in luce le trasformazioni dei tipi contrattuali nel senso della creazione di tipi sociali, di prassi di contrattazione, di interessi economici nuovi<sup>19</sup>. Tutto, però, avveniva sulla base di

<sup>16</sup> Cfr. L. FRANZESE, *Ordine economico e ordinamento giuridico*, Padova, 2004, p. 71 ss., per una concezione delle Autorità indipendenti quali espressione del tentativo della politica di razionalizzare il controllo sull'economia ancorandolo al rispetto delle esigenze sociali. Nello stesso senso M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in F. BASSI e F. MERUSI (a cura di),  *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993, p. 121. In particolare sulla conformazione dell'autonomia privata da parte dei provvedimenti normativi delle *Authorities*, M. ORLANDI, *Autonomia privata e autorità indipendenti*, in G. *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, a cura di G. Gitti, Bologna, 2006, p. 65 ss.

<sup>17</sup> Ci si riferisce al fenomeno della c.d. «commercializzazione del diritto privato», a proposito della quale V. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, Napoli, 2006, p. 16, osserva come «ebbe tanta fortuna proprio perché fotografò la situazione reale e dimostrò che l'unificazione dei codici poco o nulla aveva potuto sui contenuti della disciplina degli atti, tant'è che (...) il nucleo di alcuni importanti contratti rimase quello che era stato per sessant'anni nello stesso codice del commercio». Dello stesso parere, già all'epoca della confluenza del codice di commercio nel codice civile, A. ASQUINI, *Il diritto commerciale nel sistema della nuova codificazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1941, I, p. 430, secondo il quale «la rifusione nel nuovo codice civile italiano della materia civile e commerciale è avvenuta secondo uno spirito molto più prossimo a quello del diritto commerciale, che a quello dell'antico diritto civile».

<sup>18</sup> Riecheggia sul tema, ancora attuale, la riflessione di T. ASCARELLI, *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, p. 127, secondo il quale «il problema sollevato dalle contrapposizioni tra autonomia privata e intervento legislativo nell'economia non è intelligibile se non in relazione alla portata delle varie misure e in un determinato momento storico. E su questo terreno ritroveremo lotte di classi e di gruppi e il contrasto tra certezza e sicurezza si svelerà a sua volta come il contrasto tra la sicurezza economica degli uni o quella degli altri, tra una struttura favorevole agli uni o agli altri e solo l'identificazione di un criterio di giudizio potrà poi permettere di giudicare quale tra i contrastanti interessi possa, nella sua realizzazione, essere insieme strumento per la realizzazione di un interesse generale».

<sup>19</sup> Si pensi al lavoro, divenuto ormai un classico sul tema, di G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974. Sul punto già R. SACCO, *Autonomia contrattuale e tipi*, in *Riv. trim.dir. e proc. civ.*, 1966, p. 788 ss.

un presupposto concettuale ormai divenuto culturale, quotidiano *habitus* dello studioso del diritto dei contratti: l'uguaglianza dei contraenti. In essa si ritrova il punto di arrivo – giuridicamente cristallizzato nelle norme codicistiche che regolano la disciplina generale del contratto – della concezione borghese della libertà di iniziativa economica, l'approdo degli antagonismi sociali che in passato ne avevano limitato l'espressione. Le norme del codice civile si dirigono a contraenti idealmente assunti come avveduti, ai quali l'ordinamento riconosce pari dignità<sup>20</sup>.

Ma proprio il presupposto concettuale dell'uguaglianza dei contraenti era destinato ad essere messo in discussione dalle politiche europee di governo del mercato, che hanno evidenziato – in quella che doveva essere, per il diritto civile, una nuova stagione – gli squilibri economici esistenti fra categorie di operatori economici e consumatori. Il desiderio di fronteggiare queste distonie all'interno dei mercati è stato tradotto nell'introduzione di normative di protezione che hanno ben presto evidenziato la loro incisività sul concetto di autonomia contrattuale come fonte regina dell'autoregolamentazione privata.

2. Gli interrogativi sull'invadenza delle normative di protezione e sulla capacità di queste ultime di limitare sensibilmente il campo d'azione dell'autonomia contrattuale sono divenuti sempre più attuali e stringenti. La letteratura giuridica, stimolata dalle nuove norme di diritto europeo, dedica al tema dei limiti all'autonomia contrattuale riflessioni sempre più insistenti, quasi che in passato davvero l'autonomia privata fosse del tutto priva di confini, nonostante il fatto che le norme del codice civile – prima – e della costituzione – poi – avessero già previsto che la legge fosse in grado di limitare l'autonomia dei contraenti e l'iniziativa economica<sup>21</sup>.

L'attenzione del legislatore europeo nella disciplina dei rapporti di consumo ha provocato nel panorama giuridico forti interrogativi sulla crisi che tali nuove norme determinavano per la categoria del contratto in generale, per i suoi concetti ordinanti. Non si intende qui ripercorrere le tappe che hanno portato alla stratificazione della disciplina in materia, ormai sedimentata in un *corpus* di norme<sup>22</sup> che, nono-

<sup>20</sup> Suggestiva la rappresentazione offerta da R. SACCO, in R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, in Tratt. Sacco, 3<sup>a</sup> ed., Torino, 2004, p. 13, circa lo svolgimento su piano paritario della contrattazione. L'Autore osserva come «nessuno dei due (contraenti, n.d.a.) può concludere l'affare alle condizioni che più gli piacciono, perché nessuno dei due può concludere se non alle condizioni consentite dall'altro. In questo senso, nessuno dei due contraenti può gridare allo scandalo perché la controparte gli pone questa o quella condizione».

<sup>21</sup> Sull'attitudine dell'ordinamento ad opporre limiti all'autonomia privata, vedi già prima del dettato costituzionale S. PUGLIATTI, *La volontà elemento essenziale del negozio giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1940, I, p. 234, R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1950, p. 123, il quale rileva un «crescente moltiplicarsi di tali limiti, in vista delle moderne tendenze solidaristiche» e ID., *Contratti in generale*, 3<sup>a</sup> ed, rist., in Tratt. Grosso-Santoro Passarelli, IV, 2, Milano, 1977, 186 ss.

<sup>22</sup> Il diritto contrattuale delle direttive, usualmente denominato *acquis communautaire* (S. GRUNDMANN, *La struttura del diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 365 ss.), comincia a stratificarsi negli anni '80 e '90 del secolo scorso, caratterizzandosi da subito per la sua settorialità (G. BROGGINI, *Conflitto di leggi*,

stante sia stato spesso segnalato per la difficoltà di essere ricondotto a sistema<sup>23</sup>, pur tuttavia ha dimostrato di essere portatore di *nova* in grado di estendersi e di modificare l'intero approccio allo studio del diritto dei contratti<sup>24</sup>.

È necessario, invece, per l'indagine che ci interessa, osservare come proprio questa disciplina porti nelle sue pieghe e nelle sue articolazioni le caratteristiche genetiche del conflitto socio-economico che l'ha provocata. In essa si trova innanzitutto, l'affermazione della libertà del consumatore: non è un caso che fra le prime norme di tutela a lui dirette vi siano quelle che fanno in modo di scioglierlo da operazioni commerciali aggressive<sup>25</sup>. Seguono concettualmente, ma in maniera ancora più incisiva, le disposizioni sulle c.d. nullità di protezione, in grado di estromettere dal programma contrattuale i 'virus' portatori di disequilibrio di potere giuridico fra le parti. Così, si mettono in discussione due importanti regole poste alla base dell'autonomia contrattuale.

La prima: non è vero in assoluto che *pacta sunt servanda*<sup>26</sup>. Non è vero, in particolare, che ciò che i contraenti hanno validamente creato non possa essere distrutto dall'ordinamento. Lo *ius poenitendi* riconosciuto al consumatore testimonia proprio ciò. Egli non ha più bisogno di dimostrare eventuali vizi del contratto per chiederne l'annullamento. Di più, non deve nemmeno esercitare la relativa azione. Ne deriva

---

*armonizzazione e unificazione nel diritto europeo delle obbligazioni e delle imprese*, in *Festschrift heini*, Zurich, 1995, p. 76) e analiticità (V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, 2011, p. 42 ss.).

<sup>23</sup> *Ex multis*, N. SCANNICCHIO, *Menage a trois: il codice del consumo italiano tra codice civile e acquis communautaire*, in *Studi in onore di N. Lipari*, II, Padova, 2008, p. 2687 ss., il quale riscontra la difficoltà di conciliare la normativa interna con quella derivante dalle direttive a causa delle diversità strutturali e concettuali dei rispettivi impianti normativi. Sulla stessa linea, in particolare in ragione della settorialità (c.d. *pointillisme*) degli interventi comunitari W.H. ROTH, *Transposing «Pointillist» EC Guidelines into Systematic National Codes. Problems and Consequences*, in *European Review of Private Law*, 2002, p. 761. Nella dottrina tedesca K. RIESENHUBER, *System und Prinzipien des Europaischen Vertragsrecht*, Berlin, 2003, pp. 55-58, nonostante riscontri il particolarismo del diritto europeo («der "pointillistische" Charakter des Europaisches Privatrechts»), individua alcuni elementi di «Einheit und Ordnung einer Teilrechtsordnung».

<sup>24</sup> Si allude al processo culturale e comparatistico che ha dato origine all'elaborazione di una sorta di diritto «comune» dei contratti, derivato dalla confluenza fra la normativa europea nei singoli Stati membri e dalla circolazione e condivisione di modelli elaborati dalle prassi e dai giuristi. Si pensi, in particolare, all'elaborazione dei Principi Lando, pubblicati in versione italiana in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 498 ss.

<sup>25</sup> Osserva A. JANNARELLI, *Le vendite aggressive. Vendite stipulate fuori dei locali commerciali e vendite stipulate a distanza nel diritto italiano ed europeo*, Napoli, 1995, p. 16, come «dietro l'unicità della formula linguistica utilizzata a proposito del diritto di recesso assicurato al consumatore, non vi è più uno strumento tecnico univocamente indirizzato ad incidere sul contratto come atto», ma ad assicurare la possibilità al consumatore di sciogliersi dal rapporto.

<sup>26</sup> Osserva P. RESCIGNO in ID., G. RESTA, A. ZOPPINI, *Il diritto privato. Una conversazione*, Bologna, 2017, p. 4, come «certamente il rispetto dei patti è regola della civiltà costituita sul diritto, se dal principio *pacta sunt servanda* trae origine ed effettività lo stesso ordinamento della comunità internazionale. Ma fermarsi, persuasi o rassegnati, al principio non serve a cogliere l'inquietudine che assale l'interprete, così come non basta, per una risposta di segno contrario, ribadire che la persona umana è causa e ragione del costituirsi e dell'operare del diritto che perciò una pretesa giuridicamente tutelata non può spingersi sino a pregiudicare irrimediabilmente la conservazione fisica e la dignità morale dei soggetti».

una sensibile mutazione del paradigma del contratto, la cui forza di legge risulta notevolmente attenuata<sup>27</sup>.

La seconda: non è vero che il contratto, così come predisposto dai contraenti, è valido *in toto* o non lo è. Si riconosce, infatti, che il consumatore possa avere interesse al contratto che gli consente l'accesso ad un bene o ad un servizio. Egli, però, ha il diritto di contrattare senza dover sopportare condizioni sfavorevoli che il professionista faccia in modo di imporgli. L'antagonismo fra professionista e consumatore si svolge, così, sul filo del concetto di libertà dei contraenti. Se in passato il riconoscimento dell'autonomia contrattuale era funzionale a liberare l'atto di autonomia dalle influenze dell'ordinamento<sup>28</sup> e, anzi, a porlo sul suo stesso piano giuridico quale autonoma fonte normativa<sup>29</sup>, con il riconoscimento delle invalidità di protezione l'ordinamento si schiera dalla parte di un contraente individuato per la sua generale appartenenza socio-economica e non più per la veste ricoperta nel contratto in funzione del tipo. In questo modo, però, esso interviene nel programma contrattuale per depurarlo delle parti in grado di affermare il potere del professionista sul consumatore<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, cit., p. 85.

<sup>28</sup> Ci si riferisce, in particolare, a quella dottrina civilistica (F. VASSALLI, *Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato*, in *Riv. dir. comm.*, 1919, I, pp. 1-22, ora in *Id.*, *Studi giuridici*, II, Milano, 1960, p. 348 ss.) compresa fra il primo e il secondo dopoguerra che rivendicava nell'autonomia dei privati il modo attraverso cui il diritto civile si contrappone alle costrizioni della libertà individuale dovute alla legislazione bellica e alle forme autoritarie di collettivismo. Si assiste in quell'epoca storica ad una risposta del diritto privato – inteso come diritto a vocazione universale fondato sull'etica dei rapporti interpersonali e sulla ragione – all'assolutismo dell'intervento statale nell'economia (così la ricostruzione di P. GROSSI, *Il disagio di un legislatore (Filippo Vassalli e le aporie dell'assolutismo giuridico)*, in *Id.*, *Assolutismo e diritto privato*, Milano, 1998, p. 293 ss.).

<sup>29</sup> È quanto sostenuto nella tesi della «estrastatalità» del diritto civile, proposta in generale da F. VASSALLI, *Estrastatalità del diritto civile*, in *Studi in onore di Antonio Cicu*, II, Milano, 1951, p. 481 ss. Di tale teoria è possibile notare una applicazione al tema dell'autonomia privata in G. B. FERRI, *Negozio giuridico*, in *Studi sull'autonomia dei privati*, a cura di G.B. Ferri e C. Angelici, Torino, 1997, p. 18 ss. e *Id.*, *Il diritto attuale e il suo doppio*, in *Id.*, *Le anamorfosi del diritto civile attuale. Saggi*, Padova, 1994, p. 125 ss. Secondo tale tesi, l'atto di autonomia privata rappresenta per i contraenti un ordinamento giuridico autonomo, non statale, ma determinato dalla stessa volontà dei soggetti i cui rapporti è diretto a regolare. Sul punto M. MANTELLO, *Autonomia dei privati e problemi giuridici della solidarietà*, Milano, 2007, p. 144, il quale critica tale tesi considerando come, nella realtà, il diritto intervenga negli atti di autonomia privata, ad es. con le norme imperative «che creano vere e proprie situazioni giuridiche soggettive di diritto privato. Esse rilevano come criteri di conformazione di un rapporto giuridico e pertanto possono concorrere a definire le concrete modalità di esercizio di un potere giuridico attribuito *ex contractu* secondo parametri diversi dalla *lex contractus*».

<sup>30</sup> Sul punto, particolare attenzione in E. CATERINI, *La tutela del consumo nell'economia sociale di mercato europea. Dal globalismo ai globalismi*, in *Il diritto dei consumi*, a cura di P. Perlingieri ed E. Caterini, II, Napoli, 2005, p. 5 ss.

Di piú. Si pensi a quanto i doveri di informazione, ultimamente disciplinati e imposti anche in fase precontrattuale<sup>31</sup>, abbiano conformato l'autonomia dei contraenti sin dal tempo della contrattazione. Alcune clausole divengono necessarie per dimostrare che la contrattazione ha adempiuto agli obblighi di informazione. Peraltro, proprio la novella sul diritto del consumatore all'informazione precontrattuale manifesta un dilagare del formalismo ancóra prima dello stesso contratto. Si prescrive, infatti, al professionista di rendere documentabile non il contratto, bensí l'informazione. Ciò significa che, se anche la conclusione del contratto dovesse avvenire in forma orale, il professionista avrà cura di procurarsi un documento relativo all'avvenuta informazione<sup>32</sup>.

È evidente che ci si trova in presenza di un nuovo corso del diritto civile, nonostante ciò comporti una trasformazione non certo indolore per gli interpreti. Il senso di tale progresso si dirige verso una nuova libertà: la libertà *del* mercato e *nel* mercato o, meglio, la libertà delle persone nello svolgimento dei rapporti economici<sup>33</sup>. Il contesto normativo europeo ha creato questo nuovo modo di guardare all'autonomia: non piú solo libertà di contrarre, ma libertà di contrarre in un mercato nel quale il consumatore riceve delle tutele in grado di porlo in una condizione giuridica di parità con il professionista; non piú solo libertà di ottenere l'accesso a beni e servizi attraverso lo strumento contrattuale, ma anche libertà di muoversi in un mercato regolato per garantire al consumatore l'ottimizzazione del suo rapporto giuridico con il professionista ed anche la tutela della sua personalità<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> In merito alla recente riforma del codice del consumo, particolarmente incisiva proprio in relazione agli obblighi di informazione, vedi S. PAGLIANTINI, *La riforma del codice del consumo ai sensi del d.lgs. 21/2014: una rivisitazione (con effetto paralizzante per i consumatori e le imprese?)*, in *Contratti*, 2014, p. 796 ss. e G. DE CRISTOFARO, *La direttiva 2011/83/UE sui "diritti dei consumatori": ambito di applicazione e discipline degli obblighi informativi precontrattuali*, in *Annuario del contratto 2011*, a cura di D'Angelo e Roppo, Torino, 2012, p. 30 ss.

<sup>32</sup> Osserva S. PAGLIANTINI, *La riforma del codice del consumo*, cit., p. 808, come «atteso che la legge prescrive una documentalità dell'informazione e non anche quella del contratto in itinere, questo potrà essere, a sua volta, scritto o amorfo».

<sup>33</sup> A proposito del rapporto fra disciplina giuridica del mercato e diritti soggettivi degli operatori economici, si veda l'opinione di chi ritiene che l'interesse ad operare in un mercato regolato possa essere considerato quale diritto soggettivo: V. MENESINI, *Il diritto al mercato come nuovo diritto soggettivo*, in *Governo dell'impresa e mercato delle regole*, a cura di G. Rossi Milano, 2002, p. 423 ss.

<sup>34</sup> Vedi, in particolare, sui «limiti esterni» che lo stesso art. 41 cost. impone per la tutela della sicurezza, libertà e dignità umana, V. BACHELET, *Legge, attività amministrativa e programmazione economica*, in *Giur. cost.*, 1961, p. 915, secondo il quale tali limiti «non devono riferirsi solo ... ai lavoratori delle imprese che svolgono l'attività economica, ma anche ai terzi» e U. NATOLI, *Limiti costituzionali all'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1993, p. 184, secondo il quale: «il generico carattere di utilità sociale dell'attività economica del privato cede ... a quell'aspetto dell'istanza sociale, che si esprime nell'esigenza della tutela della personalità degli altri consociati che piú immediatamente siano compresi nel campo di svolgimento di quell'attività stessa, o, quanto meno, trova, di volta in volta, in questa stessa esigenza la sua ulteriore specificazione».

La conseguenza sulla metodologia di approccio degli interpreti al diritto dei contratti è stata quella di spostare la visuale dall'indagine dal tipo – legale o sociale – del contratto alla qualificazione socio-economica dei contraenti. Si enuclea in ciò un modo di intendere il diritto in funzione delle persone e, di conseguenza, delle dinamiche economiche che le coinvolgono. In questo senso, la disciplina dei contratti del consumatore è transtipica<sup>35</sup>: essa, cioè, prescinde dalla causa del contratto posto in essere per fare, invece, riferimento alle possibili situazioni di debolezza caratterizzanti la condizione della persona del consumatore, a protezione del suo elementare diritto all'informazione. La persona del contraente non è più considerata in senso anodino, indistinto, così come avviene nella disciplina del contratto in generale. Peraltro, le tutele non sono nemmeno attribuite in funzione delle prestazioni tipiche alle quali ci si obbliga. All'ordinamento non interessa se le parti siano compratore o venditore, somministrato o somministrante, mutuante o mutuato e così via. Nella disciplina delle nullità di protezione vi è la proiezione di un conflitto socio-economico da risolvere in termini giuridici, riconoscendo maggiori diritti alla persona del contraente consumatore.

Nel considerare l'influenza che la tutela del consumatore ha avuto in relazione alla più generale disciplina dei contratti, emerge un risultato forse non immediatamente perseguito dalle politiche economico-giuridiche del legislatore europeo. Il Codice del consumo, in particolare, contiene una norma di importante valore interpretativo che si pone quale peculiare chiave di lettura circa l'andamento dei rapporti contrattuali fra consumatore e professionista. Infatti, l'art. 2, secondo comma, individua nell'equità un diritto «fondamentale» del consumatore. Si tratta, è vero, di una norma che non ha in sé la forza di elevarsi a principio di livello costituzionale. Essa, per il suo carattere di generalità, può essere considerata non semplicemente declaratoria bensì provvista di una *vis* interpretativa in grado di legittimare l'intervento correttivo del giudice<sup>36</sup>. Si tratta, allora, di guardare alla tutela del consumatore secondo un'ottica che va oltre il riequilibrio giuridico delle posizioni contrattuali. Ci troviamo di fronte alla possibilità che il metro di valutazione dell'equilibrio contrattuale transiti dalla proporzionalità dei diritti all'equità delle prestazioni.

Attraverso la protezione giuridica dei consumatori – ancora in corso fra luci ed ombre – si è aperta la strada ad un potenziamento di istanze di giustizia contrattuale più vicine alla tutela della persona, dell'individuo, piuttosto che all'efficienza del mercato<sup>37</sup>. La contiguità fra le esigenze di regolamentazione del mercato e la giustizia contrattuale oggetto delle politiche dell'Unione ha fatto emergere sulla scena del

<sup>35</sup> V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, cit., p. 66.

<sup>36</sup> N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, p. 160, considera come la norma dell'art. 2, comma 2, c. cons., non possa essere considerata «come meramente programmatica», ma che anzi «debba ritenersi inevitabilmente ampliato il potere del giudice giungendo ad attribuirgli anche il compito di adottare misure idonee a correggere il contenuto del contratto concluso in violazione dei principi in parola».

<sup>37</sup> E. CATERINI, *Politica dei consumi e diritto dei contratti. Il paradigma del principio «generale» di sicurezza*, in *Rass. dir. civ.*, 2006, p. 631, considera come proprio dalle fonti europee di disciplina del contratto «si

diritto il conflitto socio-economico fra il professionista operatore del mercato e il fruitore dei prodotti del mercato e lo ha risolto intervenendo proprio nel teatro di questo scontro: il contratto<sup>38</sup>.

3. La tutela del consumatore nei rapporti contrattuali che lo riguardano si è sin da subito distinta per la sua peculiarità di poter dilagare nel diritto dei contratti divenendo non già una semplice normativa di settore, bensì la prima testimonianza di un rinnovato modo di intervento legislativo in materia. La correzione dei fallimenti del mercato dovuti alla debolezza di alcune categorie economiche e, per contro, l'abuso di tale situazione di squilibrio da parte dei contraenti più forti ha animato la produzione sempre più penetrante di riferimenti normativi tendenti a sopperire all'insufficiente *bargaining and information power* di taluni con un *surplus* di diritti in grado di paralizzare gli abusi delle categorie più competitive.

Si è ben presto configurata una capacità di intervento normativo di respiro ben più ampio rispetto alla iniziale soluzione di conflitti fra consumatori e professionisti. Un altro conflitto socio-economico ha fatto il suo ingresso sul *ring* del diritto ed ancora una volta le istanze di tutela dei soggetti più deboli si sono sostanziate in un *corpus* normativo in grado di conformare l'autonomia contrattuale, per segnare un confine di essa rispetto ad interessi sociali prevalenti rispetto al mero efficientismo del mercato. L'intervento del legislatore nell'economia è tradizionalmente in competizione con l'autonomia privata, nonostante esso non sia necessariamente diretto a neutralizzarla: esso «può essere invero strumento per difendere posizioni privilegiate o per superarle»<sup>39</sup>. Nel caso che ci interessa, l'intervento si è caratterizzato per cercare di superare gli squilibri di potere contrattuale di un ceto imprenditoriale (quello delle piccole e medie imprese) tanto necessario in un'economia virtuosa quanto meritevole di una precisa tutela giuridica.

Pur nella sinteticità imposta dai limiti della riflessione, occorre fare riferimento preciso ad un insieme di norme dettate, anch'esse, per settori d'intervento specifici, ma caratterizzate dalla comune intenzione del legislatore europeo di regolare materie teatro di peculiari fallimenti di mercato.

---

rinvieni un uso "correttivo" dell'ordinamento giuridico il quale trasla nella sua dimensione sovranazionale le istanze che la società chiede al mercato».

<sup>38</sup> Osserva V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, cit., p. 42, come «fino a metà degli anni '80 quel tanto di diritto contrattuale comunitario che scaturiva dalle direttive si concentrava in settori circoscritti e abbastanza marginali dell'universo del contratto [...] È solo dalla seconda metà degli anni '80 che il diritto delle direttive comincia a frequentare intensamente il nuovo e più ampio territorio della protezione del consumatore, e dunque comincia a disciplinare i contatti che lo riguardano: gli interventi di *consumer protection* diventano così il veicolo privilegiato di una produzione normativa comunitaria in materia contrattuale che col tempo si fa sempre più consistente».

<sup>39</sup> T. ASCARELLI, *Problemi giuridici*, cit., p. 127.



Si guardi, in particolare, alla disciplina della subfornitura<sup>40</sup>, diretta a riequilibrare la sproporzione fra professionisti legati da un rapporto contrattuale con elementi di iniquità in favore della parte dominante sul mercato. Peculiare è il potere di interpretazione correttiva riconosciuto al giudice, il quale può accogliere le richieste di adeguamento del prezzo da parte del subfornitore<sup>41</sup>.

Si pensi, ancora, alle norme dirette ad evitare i ritardi dei pagamenti nelle transazioni commerciali, anch'esse pensate per sopperire, con un *surplus* di tutela giuridica, alle possibili conseguenze economiche negative a carico del contraente il quale, dopo l'adempimento, necessita di un puntuale pagamento per continuare proficuamente la sua attività. Questa disciplina<sup>42</sup>, in particolare, appare ancora più interessante se si pensa che il legislatore dispone tutele anche in favore del creditore di una pubblica amministrazione. Ciò, infatti, pone ancora più in luce l'interesse socio-economico sotteso alla disciplina: evitare l'inefficienza di mercato anche nei settori economici di interesse pubblico.

Si considerino, infine ma non ultime, le disposizioni relative all'affiliazione commerciale, che incidono significativamente sull'autonomia delle parti disciplinando alcuni elementi del contratto di *franchising* dai quali possa derivare un'eccessiva ingerenza dell'affiliante sull'affiliato in relazione alle scelte commerciali di quest'ultimo, determinando un sensibile squilibrio di poteri contrattuali<sup>43</sup>.

Ad un primo esame, la normativa appare disomogenea per il suo essere diretta a regolare specifici settori del mercato e, peraltro, quantitativamente abbastanza limitata. Eppure, già dall'intervento in materia di subfornitura per finire alla più recente disciplina dei contratti di cessione di prodotti agricoli<sup>44</sup>, è possibile individuare una tensione di alcune norme a esondare rispetto alla propria collocazione settoriale per proporsi quali regole generali in materia di contratti fra imprenditori.

Molti sono stati i contributi diretti ad estrapolare un senso unitario, una sintesi, dalle norme affastellate di volta in volta per i più differenti settori economico-produttivi<sup>45</sup>. Il processo è ancora in corso, vista la difficoltà e la complessità dell'impresa. È possibile, tuttavia, definire dei tratti comuni in grado di narrare l'indirizzo

<sup>40</sup> La letteratura in tema di subfornitura è particolarmente ricca. *Ex multis*, R. LECCESE, *Subfornitura*, in *Digesto comm.*, Aggiornamento\*, Torino, 2000, p. 744 ss.; R. PARDOLESI, R. CASO, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura industriale: scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, p. 712 ss.

<sup>41</sup> Sul punto A. ASTONE, *Accordi gravemente iniqui e interventi correttivi del regolamento negoziale*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 1013 ss.

<sup>42</sup> Fra gli altri S. SIMONE, *Il pagamento tardivo*, Napoli, 2005, *passim*.

<sup>43</sup> *Ex multis*, V. FARINA, *Attività di impresa e profili rimediali nel franchising*, Napoli, 2011, *passim*.

<sup>44</sup> I. CANFORA, *La commercializzazione dei prodotti agricoli nel diritto italiano e comunitario*, Bari, 2008, p. 85 ss.

<sup>45</sup> La dottrina che ha cercato di studiare il fenomeno in maniera unitaria, ha guardato questa disciplina traendone la sua specificità rispetto a quella codicistica del contratto in generale e a quella del contratto del consumatore ed ha coniato per il nuovo paradigma la denominazione singolare di «terzo contratto»: G. GRITTI, G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna, 2008, p. 10 ss.

preso dalla normativa nel suo insieme, la direzione continua verso le correzioni dei fallimenti di mercato laddove sorgevano e ponevano a rischio categorie economiche caratterizzate da fragilità di potere contrattuale.

Certo è che la disciplina dei contratti fra imprenditori in posizione di asimmetria di potere se, da un lato, rappresenta il proseguimento ideale della tutela del consumatore – sia per tecnica di intervento, sia per la perseguita funzione di regolazione del mercato in chiave solidaristica – d'altro canto si pone come momento di generalizzazione delle istanze di reinterpretazione dell'intera materia contrattualistica in chiave di conformazione dell'autonomia dei contraenti, secondo un'idea di disciplina del contratto che arretra rispetto al dogma della volontà per porre l'accento sul potere di intervento statale nella formazione del consenso, prima, e nella sua correzione, poi.

Il conflitto socio-economico si è concettualmente esteso in maniera bidirezionale: in un primo senso, si è passati dalla tutela della categoria dei consumatori a quella piú generale dei contraenti deboli; contemporaneamente, esso è stato traslato dalle politiche di mercato alle politiche del diritto. La protezione del consumatore, in altre parole, ha sensibilizzato il diritto nei confronti di istanze di solidarietà che sono sfociate verso la tutela di diverse categorie economiche deboli.

La complessità del compito sposato dal legislatore, di introdurre tutele giuridiche di categorie deboli all'interno di un impianto normativo fortemente improntato sulla – tutta concettuale – parità dei contraenti, si è rivelata principalmente sul piano dei rimedi riconosciuti al contraente debole. Proprio essi, infatti, rappresentano la cifra della difficoltà che l'ordinamento incontra non già nell'individuazione dell'oggetto della sua tutela (i rapporti contrattuali asimmetrici), bensí del mezzo per assicurarne la riuscita.

Da questo punto di vista è dato vedere come dalla proposizione di vizi di validità in grado di correggere il rapporto senza renderlo del tutto inefficace si sia giunti a rimedi risarcitori, in grado di riparare il pregiudizio economico sopportato dal contraente debole. Nel primo senso, l'intervento correttivo del legislatore sulla validità di clausole abusive si manifesta quando già il contratto è un «prodotto finito», per modificarlo disinnescandone le parti in grado di peggiorare la posizione giuridica del contraente debole.

Dal punto di vista dei rimedi risarcitori, invece, la tutela del contraente debole ha trovato ben presto un raccordo con la disciplina del contratto in generale. In particolare, la nuova sensibilità per la tutela delle categorie deboli del mercato ha condotto ad una considerazione, rinnovata e potenziata, delle clausole generali<sup>46</sup> già conosciute dall'ordinamento e dai giuristi per la loro funzione «perequativa» all'in-

<sup>46</sup> L'attitudine delle clausole generali ad introitare istanze di solidarietà e adeguamento perequativo nell'interpretazione dei contratti è sottolineata da S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 709 ss.; P. RESCIGNO, *Le clausole generali: dalle codificazioni moderne alla prassi giurisprudenziale*, in AA.VV., *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, a cura di L. Cabella Pisu e L. Nanni, Padova, 1998, p. 30 ss.; A. RICCIO, *La clausola generale di buona fede è, dunque, un*

terno dei rapporti contrattuali. Si pensi, soprattutto, alle clausole generali di diligenza, buona fede e correttezza che, di fatto, erano già strutturate dal legislatore della disciplina codicistica per fungere da limiti esterni all'esercizio dell'autonomia contrattuale. Tali clausole – la cui applicazione in termini di principi è conosciuta come strumento di perequazione anche in fonti e progetti<sup>47</sup> a vocazione transnazionale<sup>48</sup> – permettono il sindacato del giudice in relazione non già alla validità dell'atto – intesa dal punto di vista della volontà dei contraenti in esso cristallizzata – ma in ordine alle conseguenze in termini di danno ingiusto che possano derivare al contraente che abbia sopportato le intenzioni abusive della controparte.

Peraltro, è dato sempre più spesso riscontrare interventi giurisprudenziali nei quali la tutela giudiziaria si spinge ben oltre il rimedio risarcitorio per sfociare nella integrazione dell'atto di autonomia attraverso l'interpretazione correttiva. Ma il tema dell'eterointegrazione giudiziale<sup>49</sup>, così attuale ed appassionante per le sue implicazioni sul concetto di autonomia come dogma della volontà dei contraenti, pur tuttavia supera le intenzioni della nostra indagine.

4. La libertà contrattuale intesa secondo le regole del contratto in generale è l'espressione di un antagonismo socio-economico risolto: quando nel 1942 si fissò la regola dell'art. 1322 c.c., si pensò solo a contraenti indicati come «parti». Essi non avevano specificità di fronte al contratto, erano eguali agli occhi del diritto anche se nella società avrebbero potuto non esserlo. L'autonomia contrattuale del 1942 era la rappresentazione del contrasto fra la libertà dei privati e l'assolutismo dell'ordinamento.

Per molti anni, la regola dell'autonomia dei privati si è presentata come il modo che gli individui hanno per raggiungere assetti normativi autoprodotti, per raggiungere fini individuali relativi alle proprie sistemazioni patrimoniali e non. L'autonomia contrattuale si dispiegava come libertà nei confronti dell'intero ordinamento (legislatore, dottrina e giudici) ma anche dalla stessa società civile. In questo senso,

---

*limite generale all'autonomia contrattuale*, in *Contr. imp.*, 1999, p. 21 ss.; F. MACARIO, *L'autonomia privata nella cornice costituzionale: per una giurisprudenza evolutiva e coraggiosa*, in *Questioni Giustizia*, 2016, 52 ss.

<sup>47</sup> G. ALPA, *I principi generali del diritto nei progetti di armonizzazione del diritto privato europeo*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 2013, p. 101 ss.

<sup>48</sup> Vedi, in merito, le disposizioni dei *Principles of European Contract Law* (PECL) che riconoscono al giudice la modificazione del contratto come sarebbe avvenuto se le parti avessero rispettato la buona fede e la correttezza: C. CASTRONOVO, *Il contratto nei 'Principi di diritto europeo'*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, p. 817. Cfr., ancora, il testo del *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) che, parimenti, riconosce la legittimazione del giudice a riequilibrare le parti del contratto compromesso da *unfair exploitation*: U. PERFETTI, *La giustizia contrattuale nel Draft Common Frame of Reference del diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, II, p. 677. La clausola generale della buona fede ha un ruolo riconosciuto anche nei Principi Unidroit: F. MARRELLA, *Lex mercatoria e Principi Unidroit. Per una ricostruzione sistematica del diritto del commercio internazionale*, in *Contratto e impresa Europa*, 2000, p. 29 ss.

<sup>49</sup> Sul punto, diffusamente C.M. NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Padova, 2011, *passim* e part. p. 109 ss.

essa – espressione fulgida delle libertà degli individui di crearsi il proprio diritto – tanto più era tesa all'espansione tanto più era efficace.

Tale concezione non permetteva all'antagonismo tipico dei consumi di massa, che già si profilava sullo scenario socio-economico, di emergere e trovare cittadinanza nel diritto civile. La libertà contrattuale era, perciò, intesa nella sua massima espressione. Per questo motivo se ne studiava il suo esercizio nel senso della programmaticità. Le parti non in conflitto potevano esercitare la loro libertà contrattuale nell'Eden di una eguaglianza artificiosamente creata dal tessuto giuridico. Il giurista, liberato dalla necessità di riflettere sui confini della libertà contrattuale, poteva studiarne la sua creatività osservandone le diverse espressioni in modelli tipologici sempre nuovi.

L'autonomia contrattuale nel diritto contemporaneo, invece, risente dell'attuale modo di concepire la tensione dell'ordinamento verso la tutela di diritti che sono essi stessi espressione di un conflitto, di un antagonismo fra la persona portatrice di diritti «forti» perché riconosciuti come fondamentali dalle fonti al vertice dall'ordinamento, ma «deboli» perché spesso contrastati in una società incisivamente caratterizzata da un'economia fortemente sperequata<sup>50</sup>.

Nell'epoca della globalizzazione, la libertà dei gruppi di darsi regole ha raggiunto livelli ben più ampi che nel passato. Basta por mente al fatto che, nell'odierno scenario di formazione del diritto, le regole di attuazione dei rapporti economici su base contrattuale sempre più giungono da fonti, soprattutto principi, proposti dalla prassi e che, pertanto, sono geneticamente distanti dal diritto che promana dal legislatore, dall'autorità statale. In questa economia, i gruppi più potenti non hanno uno specifico legame con il territorio dello Stato e, peraltro, tendono a regolare in maniera transnazionale anche le loro relazioni giuridiche. Si può dire, in proposito, che «la globalizzazione può essere intesa come un gigantesco trasferimento di funzioni dagli Stati ai mercati e, quindi, in altri termini, dalla legge ai contratti con conseguente sempre maggiore incidenza degli atti di autonomia privata quali fonti del diritto»<sup>51</sup>.

Ma proprio questa considerazione induce a due ordini di riflessioni.

La prima, è solleticata dal fatto che le maggiori espressioni di diritto derivante dalle prassi consistono in elaborazioni spesso sospinte da categorie di soggetti ben riconducibili ad importanti potentati economici. Accade, cioè, che i destinatari delle regole, gli utilizzatori di esse, siano essi stessi promotori della regolamentazione.

La seconda riflessione è, in qualche misura, figlia della prima. Infatti, osservata sotto la visuale della produzione normativa della prassi, l'autonomia nella moderna

<sup>50</sup> Sul punto, l'approfondita analisi economica di T. PIKETTY, *Le capital au XXI siècle*, Paris, 2013, p. 183 ss., il quale osserva le diverse manifestazioni di disuguaglianze nella distribuzione della ricchezza in funzione delle metamorfosi nella creazione dei capitali. Sul piano giuridico, alle disuguaglianze economiche è corrisposta l'esplosione di una maggiore richiesta di diritti: S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, p. 41 ss.

<sup>51</sup> N. LIPARI, *Le categorie*, cit., p. 159.

economia globalizzata ha mutato il suo campo di esplicazione. Essa ha dimostrato di saper compiere un salto di qualità, trasferendosi dalla singola contrattazione, dall'unitaria fattispecie contrattuale, al piú alto livello della produzione normativa<sup>52</sup>.

Sarebbe, perciò, inesatto dire che l'autonomia contrattuale sia tramontata e che la sua intangibilità sia fortemente messa a rischio, anche se «l'impatto dirompente del diritto comunitario sulle tradizionali problematiche dell'autonomia negoziale sollecita il quesito sul valore attuale della libertà contrattuale»<sup>53</sup>. La disciplina giuridica del mercato, con l'introduzione di «elementi di doverosità»<sup>54</sup> diretti ad ottenere l'efficienza e a favorire la libera concorrenza<sup>55</sup>, ha cercato di assoggettare l'autonomia negoziale alle sue regole, con importanti riflessi sul ruolo che il contratto assolve nell'economia ed anche nella società<sup>56</sup>. Ma, evidentemente, le dinamiche economiche si sono evolute con una rapidità ben piú intensa rispetto all'intervento del diritto. Il mercato globale ha affievolito il rapporto fra cittadino e tutela statale e, in senso generale, ha sollecitato nel diritto privato il confronto con la normazione metastatale e la tensione alla *Drittwirkung* dei diritti umani fondamentali<sup>57</sup>.

Siamo nel mezzo dell'antagonismo fra mercato e diritti fondamentali<sup>58</sup>. I diritti della persona sono per loro stessa natura antagonisti, in quanto diretti ad affermare

<sup>52</sup> P. GROSSI, *Globalizzazione e pluralismo giuridico*, in *Quaderni fiorentini. Per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, 2001, p. 551 ss., osserva come «si deve aver contezza che la globalizzazione giuridica è l'occasione per una svolta, ma è – insieme – anche un grosso rischio. Si deve aver contezza che il rischio per il diritto è di attuare la sua liberazione dall'autoritarismo politico per consegnarsi nell'abbraccio dell'autoritarismo economico, un autoritarismo arrogantissimo». In relazione alla capacità conformativa sull'autonomia privata da parte di gruppi e organizzazioni, centri esponenziali di interessi collettivi, v. E. BATTELLI, *I contratti-tipo. Modelli negoziali per la regolazione del mercato: natura, effetti, limiti*, Napoli, 2017, p. 247 ss.

<sup>53</sup> È il quesito al quale M. PENNASILICO, *Metodo e valori nell'interpretazione dei contratti*, Napoli, 2011, p. 392 ss., risponde considerando come l'autonomia contrattuale non sia un valore in sé in quanto essa si esplica e riceve conformazione nelle regole proposte dal sistema italo-comunitario delle fonti. Sul punto, già P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 376.

<sup>54</sup> E. CATERINI, *Politica dei consumi*, cit., p. 643.

<sup>55</sup> Cfr. M. MELI, *Autonomia privata sistema delle invalidità e disciplina delle intese anticoncorrenziali*, Milano, 2001, p. 5 ss., la quale sottopone ad attenta analisi il rapporto fra la disciplina del mercato e la libertà contrattuale in relazione alla loro reciproca connessione ad un ordine giuridico volto ad assicurare il mantenimento di un assetto anticoncorrenziale.

<sup>56</sup> Cfr. M. SPINOZZI, *Brevi note in ordine alla funzionalizzazione dell'autonomia privata a scopi di utilità sociale*, in *Jus Civile*, 2013, p.10 ss.

<sup>57</sup> Sul ruolo giocato dai diritti fondamentali di fonte europea rispetto alla *Drittwirkung* dei diritti costituzionali, v. A. ZOPPINI, *Il diritto privato e le "libertà fondamentali" dell'Unione Europea. (Rincipi e problemi della Drittwirkung nel mercato unico)*, in *Le "libertà fondamentali" dell'Unione Europea*, a cura di F. Mezzanotte, Roma, 2016, p. 9 ss.

<sup>58</sup> Una giustizia sociale che ormai deve confrontarsi con istanze di regolazione del mercato globalizzato e dalla quale, pur tuttavia, non può prescindersi: in questo senso A. SEN, *L'idea di giustizia*, Milano, 2010, p. 393 ss. Per un'affermazione della necessità di dare effettività ai diritti fondamentali in una società fortemente densa di squilibri G. TUCCI, *La giustizia e i diritti degli esclusi*, Napoli, 2013, *passim*, che pone in luce le ombre sociali nelle quali spesso le persone sono oscurate.

il primato dell'individuo rispetto alle possibili compromissioni del suo *status*<sup>59</sup>. Essi, per la loro valenza etico-solidaristica, per la doverosità che l'ordinamento riconosce al loro rispetto, si contrappongono all'autonomia contrattuale quali fonti portatrici di eteronomia<sup>60</sup>. E tale loro caratteristica si riflette nella peculiare capacità di conformare la libertà contrattuale. Pensiamo a tutti i casi in cui uno dei contraenti, portatore di un diritto fondamentale che intende realizzare attraverso il contratto, pretenda l'applicazione orizzontale di quel diritto nei confronti dell'altro contraente. È lampante che, su questo terreno, occorrerebbe addentrarsi sul tema della giustiziabilità dei diritti fondamentali e sulla loro efficacia orizzontale<sup>61</sup>. Ma è altrettanto evidente che i diritti fondamentali possono, di fatto, essere introitati nel programma contrattuale attraverso la *Drittwirkung*, diretta o indiretta che sia<sup>62</sup>.

I contraenti non sono astrattamente liberi, ma possono programmare i loro atti e le loro attività nel rispetto delle libertà riconosciute alle persone che entrano in contatto con il rapporto contrattuale. Essi non sono più semplicemente parti, ma la loro veste di contraenti si colora delle specificità di volta in volta legate alla tutela di interessi giuridicamente selezionati dall'ordinamento per essere protetti. Il consumatore, il subfornitore, l'investitore, l'utente entra nel contratto non essendo genericamente inteso come soggetto che si accinge a contrarre, ma per il suo essere persona che accede al contratto con tutta la tutela che alla sua condizione riserva

<sup>59</sup> Si allude all'opinione di J. GRIFFIN, *On Human Rights*, Oxford, 2008, p. 2 ss., il quale, (riprendendo il tradizionale insegnamento di I. KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi*, trad. it., Roma-Bari, 2005) individua l'umanità e i diritti che la caratterizzano in funzione della capacità dell'uomo di essere agente normativo, capace di compiere valutazione e scegliere fra i vari concetti di bene. Sulla capacità dei diritti sociali e politici di intervenire sull'economia, già il pensiero di H. Kelsen, *La democrazia*, (trad. it. di *Foundations of Democracy*), Bologna, 1984, p. 335, secondo il quale la democrazia è statuizione di diritti per il governo del potere economico e «l'esercizio di quest'ultimo dipende in definitiva da coloro che hanno diritti politici e in conseguenza il potere di mantenere o di abolire il sistema economico da cui deriva un potere economico specifico».

<sup>60</sup> Sul punto, diffusamente, P. LAGHI, *L'incidenza dei diritti fondamentali sull'autonomia negoziale*, Padova, 2012, p. 120 ss.

<sup>61</sup> A. JANNARELLI, *I «principi» nel diritto privato tra dogmatica, storia e post-moderno*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 2013, p. 206, secondo il quale la diffusa riproposizione oggi della questione relativa ai diritti, a partire da quelli dei singoli, in termini di diritti umani e della loro giustiziabilità, peraltro ben al di là al di là degli stessi parametri in cui essa è affrontata nelle Costituzioni vigenti a livello nazionale, appare riflettere, questa volta a livello planetario, un profondo nuovo disagio di civiltà e, al tempo stesso, una ineludibile sfida: disagio ben più grave, a mio avviso, di quello di cui si fece interprete la cultura giuridica di mezzo millennio fa, allorquando provvide ad elaborare un «diritto naturale», quale possibile futuro antidoto e usbergo alle ingiustizie del mondo; sfida, attualmente ancor più complessa, perché oggi sono in gioco «giustizia e mondo».

<sup>62</sup> A. JANNARELLI, *La Drittwirkung dei diritti fondamentali e la crisi della socialità: avvertenze per l'uso*, in *Liber Amicorum Pietro Rescigno*, II, Napoli, 2018, p. 1067 ss., il quale avverte come «le manifestazioni dell'autonomia privata nei rapporti fra soggetti privati proprie della *società civile* in senso stretto, ossia quelle che non rientrano tra i rapporti di mercato, restano fuori dalla portata operativa della disciplina dell'Unione. Questa ultima disciplina, infatti, si riferisce sempre e solo ai rapporti riconducibili alla società di mercato», ivi, p. 1097.

l'ordinamento. I diritti legati alla loro posizione socio-economica li accompagnano nella contrattazione limitando l'estensione delle libertà contrattuali<sup>63</sup>. Il fenomeno della «depatrimonializzazione del diritto civile» si misura anche dallo sguardo che il diritto dei contratti e della contrattazione rivolge alla persona in sé, non solo in quanto contraente<sup>64</sup>.

Tuttavia, il tramonto della concezione secondo la quale il contratto trova in sé stesso la sua giustificazione – cioè esso è giusto in quanto è il frutto della libera volontà delle parti<sup>65</sup> – non priva del tutto di significato la regola dell'autonomia contrattuale. Anzi, in molta parte della legislazione di tutela del consumatore e del professionista in asimmetria di potere si possono individuare norme che rappresentano «un serrato presidio dell'autonomia contrattuale da parte del legislatore»<sup>66</sup>.

La stessa politica del diritto europeo conosce il rischio che diritti proposti per categorie socio-economiche deboli possano rimanere non attuati a causa del difficile accesso alla giustizia<sup>67</sup>. Pensiamo, in particolare, ai diritti dei consumatori. L'alto livello di protezione riconosciuto come diritto fondamentale dalla Carta Europea dei Diritti dell'Uomo (d'ora in avanti CEDU) si deve coniugare con la possibilità per i soggetti della categoria di disporre di strumenti che consentano un efficace accesso collettivo alla giustizia. La natura bagatellare, spesso caratterizzante la singola pretesa del consumatore-individuo, depotenzia sensibilmente il trattamento giudiziario di tali controversie destinate nella stragrande maggioranza dei casi a non giungere mai in un'aula di giustizia. La risposta a tali lampanti esigenze si è tradotta in un duplice senso di facilitazione<sup>68</sup>: si è pensato, per un verso, ad una giustizia del consumatore che possa trovare più immediata attuazione in un ambiente di trattazione (e di soluzione) della lite diverso da quello istituzionale; in un'altra declinazio-

<sup>63</sup> A proposito del perseguimento, nel diritto privato europeo, di istanze di giustizia sociale oltre che contrattuale, vedi A. SOMMA, *Giustizia sociale nel diritto privato europeo!*, in *Riv. crit. dir. priv.*, p. 75 ss.

<sup>64</sup> La prevalenza della persona umana sull'interesse economico, peraltro, è già nella gerarchia dei valori contemplati nella Carta Costituzionale, così come sottolinea P. PERLINGIERI, «*Depatrimonializzazione e diritto civile*», in *Rass. dir. civ.*, 1983, 1 ss., proprio in quanto il principio personalista svolge il ruolo di strumento, ora diretto ora indiretto, di attuazione della dignità umana.

<sup>65</sup> N. LIPARI, *Le categorie*, cit., p. 157 s.

<sup>66</sup> Vedi F. DI CIOMMO, *Efficienza allocativa*, cit., p. 174, il quale, in materia di subfornitura, considera come il legislatore «riconosce alle parti la possibilità di concordare secondo i propri rispettivi interessi il contenuto tecnico del contratto, ma non anche di stabilire in modo tendenzialmente libero, tramite l'accordo privato, il regolamento del rapporto».

<sup>67</sup> Sul punto A. JANNARELLI, *La Drittwirkung*, cit., p. 1108, considera come «a fronte delle disuguaglianze che nell'attuale realtà economica si sono anche accentuate, a partire dalle relazioni di massa in cui il singolo è destinato a soccombere nei confronti del potere organizzato – potere che non è più solo quello dello Stato sovrano ma sempre di più quello di nuove istituzioni pubbliche, private o «ibride», nazionali e sovranazionali – le azioni collettive assumono una rilevanza strategica per la tutela effettiva della società civile sul piano dello stesso diritto privato».

<sup>68</sup> Cfr. F. CAFAGGI, H. W. MICKLITZ, «Enforcement» pubblico e privato nel diritto dei consumatori, in M. MAUGERI, A. ZOPPINI (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2009, p. 325 ss.

ne, l'esigenza di adattare l'accesso alla giustizia rispetto alla natura delle controversie consumeristiche si è tradotta in una forma di collettivizzazione dell'azione (la c.d. *class action*) in grado, nelle intenzioni del legislatore, di convogliare all'attenzione del giudice situazioni di abuso delle categorie professionali molto insidiose in quanto coinvolgenti numeri anche molto elevati di persone colpite<sup>69</sup>. La tutela dei diritti fondamentali può risultare potenziata dal ricorso alle azioni di massa, per la loro capacità di sottrarre la persona all'individualismo restituendola alla dimensione dell'aggregazione nella rivendicazione dei diritti sociali<sup>70</sup>.

Certamente, l'evoluzione del diritto dei contratti non è un processo «irenico»<sup>71</sup>. E ciò non tanto e non solo per il fatto che tale metamorfosi – così come può dirsi per tutti i processi evolutivi – necessita di profonda elaborazione degli antagonismi socio-economici e delle diversità degli ordinamenti ormai sempre più globalizzati.

È suggestivo pensare, però, che il contratto è il nervo periferico del grande cervello dell'economia e della società. Regolare i rapporti contrattuali in chiave di giustizia sociale comporta la necessità di scongiurare il falso mito secondo cui «autonomia privata» significa potere del singolo di perseguire tutto ciò che ritiene di suo interesse, senza limiti e senza remore. Se questa è la visione che l'autonomia privata suscitava un tempo, è evidente che le disposizioni dirette a tutelare un contraente piuttosto che l'altro risultavano essere solo argine, limite, costrizione.

Diversamente, l'influenza che le norme di tutela dei diritti dell'uomo – sia esso professionista, consumatore, utente, lavoratore, risparmiatore, ecc. – sono in grado di esercitare sull'autonomia non ha una funzione riduttiva ma, al contrario, rivelatrice della sua corretta estrinsecazione. Il contratto, in questo modo, diviene manifestazione «non solo dell'interesse dei contraenti, ma pure di uno qualitativamente diverso»<sup>72</sup>: quello dell'ordinamento a regolare assiologicamente il mercato improntando le sue attività al rispetto della persona<sup>73</sup>. La formula dell'art. 2, comma 2, cod. cons., che afferma il 'diritto fondamentale' del consumatore e dell'utente «alla correttezza, alla trasparenza e all'equità nei rapporti contrattuali» apre la strada ad un diritto dei contratti che persegua il fine di consegnare le contrattazioni ad uno scam-

<sup>69</sup> Anche in materia di *class action* gli studi sono numerosi, per i profili di diritto civile sia sostanziale sia processuale. In giurisprudenza merita di essere segnalata la recente prima vittoria consumeristica in materia bancaria, settore economico nel quale il diritto dei consumatori ha sempre trovato le maggiori difficoltà di affermazione e necessità di attuazione: Trib. Torino, 10.4.2014, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, p. 580 ss., con nota di A. ANTONUCCI, *Class action bancaria: considerazioni sulla prima vittoria consumeristica*, *ivi*, p. 587 ss.

<sup>70</sup> A. JANNARELLI, *La Drittwirkung*, cit., p. 1108.

<sup>71</sup> È la considerazione di V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, cit., p. 36.

<sup>72</sup> S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 42.

<sup>73</sup> Osserva P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 376, come «in un contesto costituzionale, fortemente assiologico e socialmente orientato, non può non rilevarsi che, sebbene la volontà sia sempre sottesa all'atto di autonomia, essa non è sufficiente. In altri termini, nell'ordinamento di uno Stato che sia anche «speciale» e non soltanto «di diritto» non può trovare accoglimento il nudo principio *pacta sunt servanda* senza che siano garantiti e tutelati i valori del personalismo e del solidarismo».



bio equo, perché governato in termini di equilibrio di diritti ed obblighi fra le parti<sup>74</sup>. L'equità del contratto non può essere solo intesa in termini economici, ma deve tendere anche alla giustizia sociale<sup>75</sup>. I diritti fondamentali riconosciuti a particolari categorie di persone hanno in sé l'effettività per condurre ad un'ermeneutica dell'autonomia privata che tenga in giusto conto le scelte etiche e le necessità solidaristiche della società civile<sup>76</sup>.

Questo modo di guardare alla conformazione dell'autonomia privata da parte delle fonti normative di principio diviene ancora più importante nello scenario attuale, nel quale la formazione del diritto da parte del legislatore sembra retrocedere o, comunque, essere abbondantemente integrata da un intervento sempre più preponderante di fonti extrastatali, rappresentative di centri di potere economico globalizzato<sup>77</sup>.

Un nuovo modo di guardare al contratto e alla sua estrinsecazione in termini di autonomia deve fare i conti con un contesto di produzione normativa sempre più *rights based*<sup>78</sup>, soprattutto negli ambiti economici legati all'accesso a beni in grado di soddisfare bisogni essenziali – sempre più spesso lasciati al libero mercato<sup>79</sup> – dove è più elevata la fragilità sociale del destinatario, dove è più forte l'istanza di protezione, dove l'interesse individuale assurge al rilievo e al rango di diritto fondamentale<sup>80</sup>.

<sup>74</sup> N. LIPARI, *Le categorie*, cit., p. 160.

<sup>75</sup> M. PENNASILICO, *Metodo*, cit., p. 457 ss., secondo il quale l'ermeneutica contrattuale deve tendere alla giustizia sostanziale sul presupposto di «un diritto fondamentale – la dignità della persona – capace di guidare e legittimare anche l'interpretazione dei contratti».

<sup>76</sup> Sulle relazioni fra il rispetto dei diritti umani e l'attività di consumo, vedi da ultimo G. TUCCI, *Nuove schiavitù e fede religiosa. Un confronto con Bartolomé de Las Casas*, Napoli, 2018, nelle bozze di cui l'Autore mi ha generosamente permesso la lettura. In quest'analisi, anche l'attività di consumo, così come quella d'impresa, «prima ancora che attività puramente economica, ha una dimensione sociale, assolutamente non riconducibile al puro calcolo economico di costi/benefici».

<sup>77</sup> Suggestive, in proposito, le osservazioni di A. JANNARELLI, *I «principi»*, cit., p. 204 s., secondo il quale «i signori del diritto non sono più gli Stati sovrani, bensì accanto ai soggetti privati forti si ergono attualmente nuove strutture di potere, anche in lotta tra loro, in cui pubblico e privato si intersecano e si condizionano a vicenda in un quadro sempre più frantumato: non è un caso che suggestivamente si sia parlato da taluno di “capitalesimo”, ovvero di un “neofeudalesimo” destinato, quest'ultimo, ad estendersi dalle strutture istituzionali sin qui richiamate, alle stesse singole imprese, legittimate dalla più recente normativa a poter derogare, nella regolazione interna dei rapporti di lavoro, le stesse leggi dello Stato, nella prospettiva appunto costituita dal progressivo depotenziamento del ruolo della legge a vantaggio del contratto diventato il mezzo dominante e prioritario per la regolamentazione anche dei rapporti di lavoro». Sul punto anche N. IRTI, *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, in *Riv.dir.civ.*, 2002, I, p. 625 s.

<sup>78</sup> Sulla possibile evoluzione del diritto dei contratti che segni il passaggio dall'equità fra contraenti alla giustizia sociale nell'ambito dei beni e servizi essenziali, cfr. A. SOMMA, *Giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, p. 75 ss. e ID., *Introduzione critica al diritto europeo dei contratti*, Milano, 2007. Ma già, in relazione alla necessità di rileggere l'apertura al mercato dei servizi di interesse generale in chiave di tutela consumeristica e personalistica, E. GLIOZZI, *L'impresa*, cit., p. 1413.

<sup>79</sup> M. TAMPONI, *Liberalizzazioni, 'terzo contratto' e tecnica legislativa*, in *Contratto e impresa*, 2013, p. 91 ss.

<sup>80</sup> In merito alla peculiare sensibilità della tutela dell'utente del campo servizi pubblici liberalizzati, vedi N. SCANNICCHIO, *Tutela degli utenti e diritto privato tra servizio pubblico e liberalizzazione del mercato*, in

Se le relazioni interindividuali sono osservate dal diritto dell'Unione in termini di solidarietà – e non soltanto di non discriminazione –, il diritto dei contratti non può più solo essere considerato in termini di tendenziale uguaglianza giuridica fra contraenti<sup>81</sup>. Ci sono categorie di persone, portatrici di diritti fondamentali, che riceverebbero un trattamento discriminatorio se fossero considerati semplicemente 'uguali'. Esse non sono soltanto uguali. Esse sono anche 'particolari'<sup>82</sup>. Pensiamo ai bambini, agli anziani<sup>83</sup>, ai diversamente abili, ai malati: agli occhi della disciplina di tutela dell'Unione essi hanno specifici diritti di protezione, diritti di natura eminentemente sociale. Eppure, questi diritti non sono tutt'oggi pienamente capaci di incidere in modo diretto sui meccanismi del mercato, trovano ancora un'attuazione sporadica in termini di intervento, di protezione che incida sul momento della contrattazione e che conferisca loro un *favor* ulteriore rispetto a quello proposto dalla mera tutela consumeristica.

Si apre la strada, allora, alla necessità per le politiche legislative di governare un nuovo antagonismo socio-economico, fra economia e diritti fondamentali<sup>84</sup>, in un mercato teso ad un ordine giuridico che necessita di essere basato su discipline ulteriori rispetto a quelle che guardano solo le caratteristiche dei beni di consumo o i requisiti dell'atto – il contratto – destinato alla loro circolazione.

---

*Quaderni di diritto privato europeo*, 2011, Bari, p. 79.

<sup>81</sup> Sulla relazione fra mercato, uguaglianza e limiti di esercizio dell'autonomia contrattuale, vedi da ultimo M. PROSPERETTI, *Uguaglianza e mercato*, in AA. VV., *Liber amicorum Pietro Rescigno*, Napoli, 2018, II, p. 1604, «si può dunque ritenere che il problema del mercato sia quello dell'uguaglianza e se questa rinvia al principio fondamentale della solidarietà non si può evitare di ritenere che esiste il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dei soggetti dl mercato a prescindere da leggi ordinarie specifiche e, correlativamente che l'autonomia contrattuale è protetta nei limiti in cui ne è consentito l'esercizio»

<sup>82</sup> N. BOBBIO, *Letà dei diritti*, Torino, 1992, p. 67.

<sup>83</sup> Sulla protezione giuridica e la promozione della persona umana in funzione dell'età in attuazione del principio assiologico personalistico, cfr. F. PARENTE, *Dalla persona biogiuridica alla persona neuronale e cybernetica*, Napoli, 2018, p. 215 ss.

<sup>84</sup> Sul punto B. GREGG, *The Human Rights State: Justice Within and Beyond Sovereign Nations*, Philadelphia, 2016, p. 177 ss., ritiene che i diritti fondamentali necessitano di essere implementati dal formante normativo, così da «transform the grammar of nation statehood by rendering human rights a feature internal to the state».

# L'art. 1416 c.c.: i conflitti con (e tra) i creditori

di Silvia Brandani\*

*SOMMARIO: 1. L'art. 1416, I comma, c.c.: il conflitto tra i contraenti ed il creditore dell'acquirente simulato. – 2. L'art. 1416, II comma, c.c.: il conflitto tra i creditori dei simulanti. – 3. Considerazioni conclusive.*

1. La simulazione negoziale è stata oggetto di numerosi studi per quanto concerne la sua ricostruzione sul piano del diritto sostanziale, mentre sono state trascurate le interferenze del fenomeno con il diritto processuale civile, sebbene sia proprio il codice civile, all'art. 1416, a dettare una disciplina destinata a trovare applicazione nell'ambito del processo civile e segnatamente in quello esecutivo.

Al fine di delinearne i contenuti e l'operatività delle regole di risoluzione dei conflitti dettate dall'art. 1416 c.c., dunque, tale disposizione normativa sarà studiata collocandola nella dimensione che le è propria e cioè quella processuale.

Muovendo dall'esame dell'art. 1416, I comma, c.c., tale norma statuisce che i simulanti non possono opporre la simulazione ai creditori del simulato acquirente che abbiano compiuto in buona fede atti esecutivi sui beni che furono oggetto del contratto simulato.

Al fine di determinare la tipologia di conflitto che la norma intende dirimere, occorre anzitutto chiarire che l'art. 1416, I comma, c.c. non si applica ai creditori ipotecari o pignorati del titolare apparente che, in quanto titolari di un diritto reale sul bene (oggetto del contratto simulato), rientrano nella nozione di aventi causa del simulato acquirente, ai quali si rivolge la diversa regola di conflitto posta dall'art. 1415, I comma, c.c.<sup>1</sup>, che fa sempre salvo l'acquisto del terzo acquirente in buona fede.

Non pare invece condivisibile l'opinione secondo la quale l'art. 1416, I comma, c.c. non si applicherebbe neppure ai creditori del simulato acquirente muniti di privilegio speciale che del pari rimarrebbero sottoposti alla norma di cui all'art. 1415, II comma, c.c.<sup>2</sup>.

Infatti, se è vero che il privilegio speciale presenta profili di realtà (ha il cd. diritto di seguito), ciò nonostante il creditore che ne è munito non può essere considerato un avente causa del titolare apparente destinatario della regola di conflitto ex art. 1415, I comma, c.c. posto che, nascendo il privilegio speciale *ex lege*, non v'è spazio per valutare se egli abbia effettuato l'acquisto della causa di prelazione con la

\* Professore Aggregato nel settore Ius 01/Diritto privato presso l'Università degli Studi di Siena.

<sup>1</sup> In tal senso CIPRIANI, *I rapporti con i creditori nella simulazione. Note sull'art. 1416 c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, 393 ss., in part. 398.

<sup>2</sup> Così sempre CIPRIANI, *I rapporti con i creditori nella simulazione. Note sull'art. 1416 c.c.*, cit., 399.

modalità richiesta dall'art. 1415, I comma, c.c. e cioè in buona fede<sup>3</sup>. La disposizione normativa dell'art. 1416, I comma, c.c. si applica quindi al conflitto tra i simulanti e i creditori chirografari nonché i creditori muniti di privilegio speciale o generale.

In secondo luogo bisogna altresì specificare che, per espressa previsione dell'art. 1416, I comma, c.c., il conflitto tra il creditore del titolare apparente e le parti del contratto simulato può porsi esclusivamente nell'ipotesi in cui il primo abbia compiuto atti esecutivi sui beni oggetto del contratto simulato, perché solo in questo momento si crea un legame specifico con il bene che provoca il conflitto con i simulanti.

In altre parole, affinché possa applicarsi la norma dell'art. 1416, I comma, c.c. è necessario che un creditore chirografario (o munito di privilegio) pignori il bene oggetto del contratto simulato o intervenga nella procedura esecutiva (avviata da altro creditore) avente ad oggetto lo stesso bene<sup>4</sup>.

Resta da chiarire quale sia il contesto nel quale detto conflitto si colloca e svolge: pare indubbio che un siffatto contesto sia quello della opposizione di terzo all'esecuzione ex art. 619 c.p.c. se a proporla è il simulato alienante, estraneo al rapporto obbligatorio tra il titolare apparente ed il suo creditore<sup>5</sup>.

E' invece più difficile definire l'ambito processuale nel quale può realizzarsi il conflitto tra il simulato acquirente ed il suo creditore, posto che l'ordinamento non sembra contemplare uno strumento che consenta al debitore di opporsi all'esecuzione adducendo che il bene pignorato è di un terzo. Per tale ipotesi il legislatore lascia l'iniziativa per contestare la legittimità della esecuzione non già al debitore, ma a colui che è direttamente interessato e cioè al terzo<sup>6</sup>.

Tuttavia, poiché l'art. 1416, I comma, c.c., si riferisce testualmente ad entrambi i contraenti e non soltanto al simulato alienante<sup>7</sup>, pare fuori discussione – a meno che non si voglia fornire un'interpretazione abrogativa della norma – che il debitore possa eccezionalmente opporsi all'esecuzione del suo creditore adducendo l'altruità del bene pignorato<sup>8</sup>.

<sup>3</sup> In SACCO, DE NOVA, *Il contratto*, 4° ed., Milano, 2016, 665 si legge che nell'ambito della disciplina della simulazione la buona fede non è una qualità del terzo ma è la modalità con cui il terzo ha compiuto uno specifico atto (di acquisto, di esecuzione ecc.).

<sup>4</sup> LENZI, *Simulazione. Artt. 1414 – 1417*, in *Cod. civ. comm.*, fondato e diretto da P. Schlesinger, continuato da F. Busnelli, Milano, 2017, 138 ss.; GENTILI, *Simulazione*, in *Il contratto in generale*, V, vol. XIII, *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. Bessone, Torino, 2002, 471 ss., 618.

<sup>5</sup> ANDRIOLI, *Profili processuali della nuova disciplina della simulazione*, in *Studi in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento*, II Milano, 1951, 443 ss., 448.

<sup>6</sup> Così MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, IV, 25° ed., 2016, Torino, 246.

<sup>7</sup> L'art. 1416, I comma, c.c. recita testualmente: «La simulazione non può essere opposta dai contraenti ai creditori del titolare apparente che in buona fede.».

<sup>8</sup> Così anche LENZI, *op. ult. cit.*, 100, che evidenzia come entrambi i simulanti possano paralizzare l'azione esecutiva del creditore del simulato acquirente.

In materia di simulazione, in altre parole, l'interesse del debitore ad opporsi all'esecuzione per far valere che il bene pignorato è di terzi, normalmente ritenuto imeritevole di protezione da parte dell'ordinamento, è eccezionalmente tutelato.

Quanto allo strumento processuale esperibile dal simulato acquirente per opporsi all'esecuzione, escluso che possa impiegarsi l'opposizione agli atti esecutivi ex art. 617 c.p.c.<sup>9</sup> l'unico rimedio utilizzabile sembra quello previsto dall'art. 615 c.p.c., tanto più se si considera che se è vero che l'opposizione all'esecuzione, nella sua connaturata dimensione, ha ad oggetto l'accertamento dell'esistenza del diritto processuale di agire in via esecutiva, e dunque l'*an* della esecuzione, è altrettanto vero che il rimedio può essere impiegato anche per contestare il *quomodo* dell'esecuzione, come dimostra il secondo comma dell'art. 615 c.p.c. che consente eccezionalmente l'utilizzo di un rimedio siffatto per far valere l'impignorabilità dei beni<sup>10</sup>.

Nella sostanza, l'art. 1416, I comma, c.c. sembra delineare un'ulteriore fattispecie rispetto a quella prevista dall'art. 615, II comma, c.p.c. in cui l'opposizione all'esecuzione può essere utilizzata dal debitore per contestare le modalità dell'esecuzione forzata.

Sulla base di tali preliminari considerazioni, può passarsi ad esaminare la regola di conflitto posta dall'art. 1416, I comma, c.c., a mente del quale -non sarà inutile ripeterlo - le parti non possono opporre la simulazione ai creditori del simulato acquirente che hanno compiuto atti di esecuzione in buona fede.

Partendo dalla simulazione avente ad oggetto beni mobili, è evidente che la parte simulante in opposizione (ex art. 615 o art. 619 c.p.c.) si opporrà alla procedura esecutiva del creditore del simulato acquirente sostenendo la natura simulata del contratto (sul quale si base l'acquisto del bene da parte del debitore esecutato), nonché la mala fede del creditore che ha compiuto l'atto di esecuzione. L'opposizione verrà accolta, e dunque il bene sarà sottratto alla esecuzione forzata<sup>11</sup>, solo se si riterà provata la simulazione e se sarà esclusa la buona fede del creditore nel momento in cui ha compiuto l'atto di esecuzione.

Nel caso in cui invece il contratto simulato abbia avuto ad oggetto beni mobili registrati o beni immobili, affinché il creditore del simulato acquirente prevalga oc-

<sup>9</sup> L'opposizione agli atti esecutivi, infatti, è definita come lo strumento con il quale si fanno valere vizi formali e extraformali (giurisdizione, competenza, legittimazione ad agire, ecc.) degli atti esecutivi da PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, 2014, 6° ed., Napoli, 734; secondo LUISO, *Diritto processuale civile, III, Processo esecutivo*, 9° ed., Milano, 2017, 275 ss. l'opposizione agli atti esecutivi è mezzo con il quale si risolvono le controversie relative alla conformità degli atti del processo esecutivo alle prescrizioni normative che li disciplinano. Per MONTELEONE, *Manuale di diritto processuale civile*, II, 2° ed., 2015, Vicenza, 246 ss, si tratta dello strumento per il controllo delle regolarità formali del precetto, del titolo esecutivo e dei successivi atti esecutivi.

<sup>10</sup> Così PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 700 che parla di utilizzo eccezionale dello strumento dell'opposizione per contestare il *quomodo* dell'esecuzione.

<sup>11</sup> Qualora però il creditore del simulato acquirente sia intervenuto nella procedura esecutiva instaurata da altri, l'accoglimento dell'opposizione porterà soltanto al rigetto dell'istanza del creditore intervenuto, v. ANDRIOLI, *op. loc. ult. cit.*

correrà altresì che abbia trascritto il pignoramento anteriormente all'eventuale trascrizione della domanda di simulazione. Solo in tale caso, se ha compiuto l'atto esecutivo in buona fede, prevarrà sui contraenti simulati<sup>12</sup>.

In altri termini, il contraente simulato che abbia trascritto la domanda di simulazione anteriormente alla trascrizione del pignoramento prevarrà sempre sul creditore pignoratizio, mentre nel caso di trascrizione successiva prevarrà solo allorché il creditore abbia compiuto l'atto esecutivo in mala fede.

E' opportuno precisare che, potendo il processo di cognizione avere una durata superiore a quella del processo esecutivo – la sospensione dell'esecuzione nel caso di opposizione, avendo natura cautelare, è rimessa dall'art. 624 c.p.c. alla valutazione del giudice circa la sussistenza di "gravi motivi" -, l'attore in opposizione potrebbe vedere accolta la propria domanda giudiziale solo successivamente alla vendita forzata del bene.

In tal caso si ritiene che, per poter opporre la simulazione all'aggiudicatario, non sia sufficiente l'accoglimento dell'opposizione all'esecuzione (e dunque la mala fede del creditore del simulato acquirente) dovendo altresì ricorrere la mala fede dell'aggiudicatario<sup>13</sup> da far valere in un successivo giudizio di cognizione.

Ci si chiede altresì se il contraente simulante possa fare opposizione all'esecuzione del creditore del simulato acquirente senza avere istaurato (o senza instaurare) un autonomo giudizio di simulazione.

La risposta deve essere affermativa con la precisazione che per l'attore in opposizione ex art. 619 c.p.c. potrebbe ciò non essere conveniente andando incontro, quantomeno allorché l'espropriazione abbia ad oggetto beni mobili, alle limitazioni probatorie poste dall'art. 621 c.p.c.<sup>14</sup>.

Anche se, è bene subito precisarlo, tali limitazioni probatorie non sembrano poter interferire significativamente con la prova della simulazione posto che l'art. 1417 c.c., nell'interpretazione giurisprudenziale, impedisce comunque alle parti di ricorrere alla prova testimoniale (nonché a quella presuntiva)<sup>15</sup> e dunque il processo avven-

<sup>12</sup> Nel caso in cui il simulato alienante abbia trascritto la domanda di simulazione anteriormente alla trascrizione del pignoramento, egli non avrà alcuna necessità di effettuare l'opposizione all'esecuzione ex art. 619 c.p.c. perché nell'ipotesi di esito vittorioso del processo civile di simulazione, il suo diritto sarà opponibile non solo al creditore procedente (ed ai creditori intervenuti) ma anche all'aggiudicatario ai sensi del combinato disposto degli artt. 2915 e 2919 c.c. In tal senso v. MICCOLIS, *L'opposizione di terzo alla esecuzione*, in *Riv. es. forz.*, 2000, 177 ss., in part. 198; METAFORA, *L'opposizione di terzo all'esecuzione*, 2° ed., Napoli, 2012, 153.

<sup>13</sup> Ancora METAFORA, *op. ult. cit.*, 158. Evidenzia MICCOLIS, *L'opposizione di terzo alla esecuzione*, cit., 206 che in questa ipotesi l'attore vittorioso e' comunque preferito ai creditori pignoranti ed intervenuti in mala fede per la restituzione della somma ricavata dalla vendita.

<sup>14</sup> Art. 621 c.p.c. «Il terzo opponente non può provare con testimoni il suo diritto sui beni mobili pignorati nella casa o nell'azienda del debitore, tranne che l'esistenza del diritto sia resa verosimile dalla professione o dal commercio esercitati dal terzo o dal debitore».

<sup>15</sup> Altro problema è se l'opponente possa anche ottenere, con il giudizio di opposizione alla esecuzione, un titolo circa l'appartenenza del bene. La risoluzione del problema dipende da come si delinea l'oggetto della opposizione alla esecuzione ex art. 619 c.p.c. e cioè se debba ritenersi limitato alla declaratoria dell'inesistenza

te ad oggetto l'accertamento della simulazione, quando instaurato da uno dei simulanti, è nella prassi tendenzialmente un processo documentale.

Allorché, invece, il contraente simulato abbia esercitato sia l'azione di simulazione che l'opposizione all'esecuzione, si pone il problema del coordinamento delle due vicende processuali che, quando possibile, dovranno essere riunite dovendosi altrimenti sospendere il giudizio di opposizione ex art. 295 c.p.c.<sup>16</sup>

Sempre con riferimento all'art. 1416, I comma, c.c. è altresì discusso se tale disposizione normativa possa essere applicata anche al conflitto tra gli aventi causa del simulato alienante e i creditori (chirografari o muniti di privilegio) del simulato acquirente.

L'art. 1416, I comma, c.c. tace al riguardo.

In dottrina si contrappongono due orientamenti.

---

del diritto di agire *in executivis* sui beni eseguiti (nel quale caso l'accertamento del diritto dell'opponente avverrebbe *incidenter tantum* e cioè senza efficacia di giudicato) oppure se comprenda anche l'accertamento del diritto sostanziale sui beni coinvolti illegittimamente nell'esecuzione. Una parte della dottrina interpreta estensivamente l'oggetto del giudizio di opposizione, ritenendo ricompreso l'accertamento, con efficacia di giudicato, della proprietà del bene v. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, III, Napoli, 1957, 372; VACCARELLA, *Opposizioni all'esecuzione*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990, 22; MICCOLIS, *L'opposizione di terzo all'esecuzione*, cit., 224; METAFORA, *L'opposizione di terzo alla esecuzione*, cit., 42 ss., in part. 77 e 90 ss. Altri autori sostengono invece che l'opposizione ex art. 619 c.p.c. abbia ad oggetto soltanto l'accertamento della inesistenza del mero diritto processuale di agire *in executivis* sul bene pignorato e che dunque la proprietà del bene venga accertata in via incidentale, v. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, III, *Processo di esecuzione*, Milano, 1959/1965, 490; LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., 304; MONTELEONE, *Manuale di diritto processuale civile*, cit., 256. Nella giurisprudenza a favore del primo orientamento interpretativo si veda Trib. Salerno, 2 aprile 2013, in *Juris data on line*. In ogni caso, affinché il simulato alienante in opposizione possa ottenere un accertamento con efficacia di giudicato sulla titolarità del bene occorrerà coinvolgere nel giudizio ex art. 619 c.p.c. anche il simulato acquirente trattandosi di una ipotesi di litisconsorzio necessario. Allorché sia il simulato acquirente ad agire in opposizione ex art. 615 c.p.c., la simulazione potrà essere accertata con efficacia di giudicato a condizione che il simulato alienante sia stato coinvolto nel giudizio e che si ritenga possibile svolgere accertamenti di merito con efficacia di giudicato nell'ambito del processo di opposizione ex art. 615 c.p.c. Relativamente all'accertamento della esistenza (o inesistenza) del diritto di credito, autorevole dottrina ritiene che avvenga con efficacia di giudicato e non *incidenter tantum* PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 700; LIEBMAN, *Le opposizioni di merito nel processo di esecuzione*, 1936, Roma, 183.

<sup>16</sup> Evidenzia METAFORA, *L'opposizione di terzo alla esecuzione*, cit., 55 ss. che se si ritiene che l'opposizione alla esecuzione abbia ad oggetto esclusivamente il diritto processuale di agire *in executivis* è possibile ravvisare tra le due azioni una connessione oggettiva per pregiudizialità – dipendenza, essendo la *causa petendi* dell'opposizione di terzo all'esecuzione oggetto immediato dell'azione volta all'accertamento del diritto sostanziale. Ciò giustificherebbe la riunione tra le due cause e se non possibile, la sospensione della causa dipendente (giudizio di opposizione alla esecuzione) ex art. 295 c.p.c. in attesa della decisione (con efficacia di giudicato) sulla causa pregiudiziale; in ogni caso, prima della sospensione del giudizio di opposizione, il giudice dovrebbe pronunciarsi sulla istanza di sospensione del processo esecutivo ex art. 624 c.p.c. Se invece si ritiene che l'oggetto dell'opposizione ricomprenda l'accertamento del diritto sostanziale dell'opponente, avremmo un caso di continenza di cause ex art. 39 c.p.c. con conseguente necessità di procedere alla loro riunione.

Secondo alcuni autori<sup>17</sup> la regola *de qua* sarebbe da applicare anche al conflitto tra aventi causa del simulato alienante e creditori chirografari (o muniti di privilegio) del simulato acquirente perchè, come dimostrerebbe la regola posta dall'art. 1415 c.c., la posizione dell'avente causa del simulato alienante sarebbe dall'ordinamento equiparata a quella dei simulanti.

Secondo altri autori<sup>18</sup>, invece, la norma di cui all'art. 1416, I comma c.c. non sarebbe riferibile anche agli aventi causa del simulato alienante, che dunque prevarrebbero sempre nei confronti dei creditori chirografari del simulato acquirente per una pluralità di ragioni.

Anzitutto perché agli aventi causa del simulato alienante non può riconoscersi una posizione deteriore rispetto a quella riconosciuta dall'art. 1416, II comma ai creditori del simulato alienante. Se l'avente causa del simulato alienante venisse equiparato ai simulanti, si avrebbe questa contraddizione: mentre i creditori chirografari del simulato alienante prevarrebbero sui creditori chirografari del simulato acquirente se il loro credito è anteriore all'atto simulato, gli aventi causa del simulato alienante, anche nel caso di anteriorità del loro atto di acquisto, prevarrebbero sul creditore chirografario del simulato acquirente solo al ricorrere della mala fede di quest'ultimo.

A ciò si aggiunga che mentre il creditore del simulato acquirente ha sempre la possibilità di soddisfarsi sugli altri beni della garanzia patrimoniale del debitore, l'avente causa del simulato alienante, avendo acquistato (*a domino*) un diritto specifico su un bene determinato, per soddisfare il suo interesse non ha altre possibilità che opporre ai terzi il proprio acquisto<sup>19</sup>.

In quest'ordine di idee si ritiene che l'avente causa del simulato alienante dovrebbe sempre prevalere sui creditori del simulato acquirente perché titolare di un interesse maggiormente meritevole di protezione, anche nel caso in cui il creditore chirografario del simulato acquirente abbia eseguito il pignoramento anteriormente (o sia intervenuto anteriormente nella esecuzione avviata da altro creditore) alla trascrizione della domanda di simulazione.

Inoltre, nella medesima prospettiva, altra dottrina ha evidenziato che se l'avente causa del simulato alienante di data anteriore all'atto simulato non potesse opporre al creditore del titolare apparente quella stessa simulazione che a quest'ultimo può opporre il creditore chirografario del simulato alienante (v. art. 1416, II comma, c.c.), ciò sarebbe incompatibile con i principi che regolano il sistema dei conflitti in materia di simulazione<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> In tal senso CIPRIANI, *I rapporti con i creditori nella simulazione. Note sull'art. 1416 c.c.*, cit., 403; ANDRIOLI, *Profili processuali*, cit., 448 ss.; DISTASO, *la simulazione dei negozi giuridici*, cit., 512.

<sup>18</sup> ORESTANO, *Le domande dirette all'accertamento della simulazione*, in *Tratt. della trascr.*, a cura di E. Gabrielli e F. Gazzoni, *La trascrizione delle domande giudiziali*, Torino, 2014, 139 ss., in part. 150.

<sup>19</sup> V. ancora ORESTANO, *op. loc. ultt. citt.*

<sup>20</sup> G. GIAMPICCOLO, *In tema di tutela del creditore chirografario del simulato acquirente*, in *Studi in onore di F. Santoro Passerelli*, Napoli, 1972, II, 605 ss., in part. 620 ss.



Questo secondo indirizzo di pensiero sembra preferibile.

Invero, non pare azzardato affermare che se l'art. 1416, I comma, c.c. tace relativamente al conflitto tra gli aventi causa del simulato alienante ed i creditori del simulato acquirente ciò dipende dal fatto che il legislatore non ha ritenuto necessario intervenire per regolamentare la fattispecie in questione.

L'avente causa del simulato alienante, infatti, ha acquistato *a domino* ed è quindi il proprietario del bene.

Il creditore del simulato acquirente, al ricorrere della buona fede, potrà anche prevalere sui contraenti simulanti (anche sul simulato alienante che, creando volontariamente la situazione di apparenza, si assume la responsabilità delle conseguenze che possono derivarne<sup>21</sup>), ma non certamente su chi ha validamente ed efficacemente acquistato (*a domino*) dal simulato alienante. In altre parole, se può giustificarsi la soccombenza dell'avente causa del simulato alienante rispetto a chi vanta un'analogia titolarità di situazioni reali sul bene oggetto di simulazione allorché sia in buona fede (art. 1415 c.c.), non v'è ragione che possa giustificare la prevalenza del creditore nei confronti dell'effettivo proprietario del bene.<sup>22</sup>

**2.** Per quanto concerne il conflitto regolato dal secondo comma dell'art. 1416 c.c., mentre la prima parte della disposizione normativa<sup>23</sup> è una specificazione<sup>24</sup>

<sup>21</sup> Pare cioè possibile invocare il principio di autoresponsabilità, da intendersi come quel principio che, per contemperare gli interessi confliggenti, consente di far ricadere nella sfera giuridica del *dominus* certe conseguenze pregiudizievoli che, pur non derivando da un comportamento vietato, sono comunque riconducibili, non solo sul piano oggettivo ma anche su quello soggettivo, alla condotta del *dominus* medesimo, il quale avrebbe potuto evitarle impiegando una maggiore attenzione. In tal senso anche COMASTRI, *La simulazione ed in creditori*, in *Scritti offerti dagli allievi a Francesco Paolo Luiso per il suo settantesimo compleanno*, a cura di M. Bove, Torino, 2017, 163 ss., in part. 166 ove i legge che il simulato alienante ha voluto creare un'apparenza giuridica, *imputet sibi* e ne subisca le conseguenze; il pregiudizio non può estendersi sino a colpire i creditori ed il loro diritto di soddisfarsi sui beni che rientrano nel patrimonio del loro debitore.

<sup>22</sup> Osserva G. GIAMPICCOLO, *op. ult. cit.*, 622 che la circostanza che il conflitto tra creditori del simulato acquirente e aventi causa del simulato alienante non trovi *in lege* una norma espressa che lo regoli, non può evidentemente significare che per gli aventi causa debba valere la disciplina – cui persino i creditori, pro parte quota, si sottraggono – del 1° comma dell'art. 1416, ma costituisce semmai argomento *a contrario* (e *a majori* insieme) per ritenere che, in considerazione del diverso e più elevato rango della situazione configgente, il legislatore non abbia qui stimato opportuno sacrificare neppure in parte la realtà all'apparenza e che pertanto – proprio in mancanza di una diversa disciplina a soluzione del conflitto, debba qui tornare applicabile, in favore di qualsiasi avente causa dell'alienante, il principio generale secondo cui la nullità (totale, inefficacia, inesistenza) di un atto può in ogni tempo essere fatta valere, contro chiunque, da chiunque vi abbia interesse.

<sup>23</sup> L'art. 1416, II comma, prima parte, c.c. recita: «I creditori del simulato alienante possono far valere la simulazione che pregiudica i loro diritti».

<sup>24</sup> Così N. CIPRIANI, *op. ult. cit.*, 405; R. LENZI, *op. ult. cit.*, 135. che evidenzia come il criterio temporale rilevi soltanto per risolvere il conflitto tra creditori, mentre non rileva nei confronti dei simulanti. Verso costoro il creditore del simulato alienante può sempre far valere la simulazione quando pregiudica i suoi diritti.

dell'art. 1415, II comma, c.c.<sup>25</sup>, la seconda parte disciplina il conflitto tra i creditori del simulato alienante ed i creditori del simulato acquirente.

Anche in questo caso si tratta del conflitto tra creditori chirografari (o muniti di privilegio), rientrando il conflitto tra creditori muniti di pegno o ipoteca nell'ambito di applicazione dell'art. 1415, I comma, c.c.

Ebbene, se pare indubbio che anche il secondo comma dell'art. 1416, c.c. presupponga il compimento di atti di esecuzione<sup>26</sup> perché solo in tale ipotesi – lo si è già evidenziato nel commento del primo comma – è configurabile un contrasto suscettibile di risoluzione, già l'individuazione del contesto in cui tale conflitto può porsi risulta problematica.

Secondo un diffuso orientamento dottrinale tale conflitto si porrebbe in sede di esecuzione forzata allorché i creditori (del simulato alienante e del simulato acquirente) abbiano avuto entrambi accesso all'esecuzione sul bene oggetto dell'atto simulato<sup>27</sup> ma il ricavato della vendita forzata sia risultato insufficiente a soddisfare tutti e due: in tale situazione si creerebbe un conflitto tra i due creditori esecutanti da risolvere, nell'ambito di una controversia sulla distribuzione del ricavato ex art. 512 c.p.c., con la regola prevista dall'art. 1416, II comma, c.c.<sup>28</sup>.

Tale ricostruzione, però, non sembra condivisibile.

Risulta infatti difficile comprendere come possa il creditore del simulato alienante avviare una procedura esecutiva avente ad oggetto il bene del contratto simulato, o intervenire nella esecuzione avviata dal creditore del simulato acquirente: infatti, poiché il bene aggredito appartiene apparentemente al simulato acquirente, solo i creditori di quest'ultimo possono aggredirlo esecutivamente.

Si potrebbe obiettare che la norma dell'art. 1416, II comma, c.c., presuppone che sia stata accertata con sentenza passata in giudicato la simulazione: sarebbe l'accertamento (definitivo) della simulazione a legittimare dunque l'intervento del creditore del simulato alienante nella procedura esecutiva avviata dal creditore del simulato acquirente o l'avvio di un autonomo procedimento esecutivo.<sup>29</sup>

<sup>25</sup> L'art. 1416, II comma, seconda parte, c.c. recita «I terzi possono far valere la simulazione in confronto delle parti, quando essa pregiudica i loro diritti»

<sup>26</sup> In tal senso GENTILI, *Simulazione dei negozi giuridici*, cit., 624.

<sup>27</sup> Per CIPRIANI, *op. loc. ult. cit.*, 406 ciò si desumerebbe dalla lettera dello stesso art. 1416, 2° comma, c.c. che, nel prevedere che i creditori del simulato alienante prevalgano sui creditori del titolare apparente qualora il credito sia precedente alla simulazione, implicitamente (ma inequivocabilmente) consentirebbe ad entrambi i creditori di avere contemporaneamente accesso all'esecuzione sul bene oggetto dell'atto simulato. V. ANDRIOLI; *Profili processuali della nuova disciplina della simulazione*, in *Studi in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento*, II, Milano, 1951, 453 ss., TARZIA, *Espropriazione contro io terzo proprietario*, in *Noviss. Dig. it.*, VI, Milano, 1960, 968 nota 1), ritengono che il concorso possa avvenire tramite un intervento nel processo esecutivo.

<sup>28</sup> Così CIPRIANI, *op. ult. cit.*, 406 che ricorda anche come BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale. Artt. 2740 – 2744*, 2° ed., in *Cod. civ. comm.*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2010, 161 parli di una particolare ipotesi di preferenza tra creditori di soggetti diversi.

<sup>29</sup> In tal senso GIAMPICCOLO, *In tema di tutela del creditore chirografario del simulato acquirente*, cit., 619.

Ma anche una siffatta obiezione non è convincente per una pluralità di ragioni.

In primo luogo, perché, a voler così intendere l'ambito di operatività dell'art. 1416, II comma, c.c., finiremmo per fornirne un'interpretazione restrittiva che non sembra giustificata né dalla lettera né dalla *ratio* della norma.

Infatti, subordinando la prevalenza del creditore del simulato alienante all'accertamento (passato in giudicato) della simulazione, si sacrificerebbe ingiustificatamente la posizione di tale soggetto, che l'ordinamento ha voluto invece tutelare, preferendolo al creditore del simulato acquirente sol che il suo credito sia nato anteriormente all'atto simulato.

In secondo luogo perché, comunque, anche laddove la simulazione fosse stata accertata con efficacia di giudicato, il creditore del simulato alienante non potrebbe intervenire nella esecuzione contro il simulato acquirente che non è suo debitore<sup>30</sup>.

Si potrebbe<sup>31</sup> semmai ipotizzare che, laddove il creditore del simulato alienante abbia instaurato un'autonoma procedura esecutiva avente ad oggetto il bene dell'atto simulato, si riuniscano i pignoramenti del creditore del simulato alienante e del creditore del simulato acquirente: anche in questo caso si verificherebbe infatti un concorso in sede di distribuzione del ricavato tra le diverse categorie di creditori, suscettibile di essere risolto con la regola ex art. 1416, II comma, c.c.

Sennonché, anche una siffatta impostazione non persuade perché la riunione dei pignoramenti presuppone non solo l'identità del bene aggredito ma anche l'identità del soggetto debitore che manca nel caso di specie.

Se dunque non è dato comprendere con quale strumento le diverse categorie di creditori possano ritrovarsi a concorrere nell'ambito di una medesima procedura esecutiva, v'è poi da aggiungere che se l'art. 1416, II comma, c.c., presupponesse davvero l'accertamento passato in giudicato della simulazione, ciò significherebbe

<sup>30</sup> Condivide l'obiezione GIAMPICCOLO, *In tema di tutela del creditore chirografario del simulato acquirente*, cit., 619, che ritiene che non possa configurarsi un vero e proprio intervento del creditore del simulato alienante nella esecuzione forzata avviata verso il simulato acquirente. Svolge analoghe considerazioni sull'art. 2929 bis c.c., *mutatis mutandis*, BOVE, *Profili processuali dell'art. 2929 bis c.c.*, in *Riv. es. forz.*, 2016, 157 ss., in part. 171, ove esclude che nel caso di esecuzione iniziata da un creditore dell'avente causa possa intervenire il creditore del dante causa affermando la sussistenza delle condizioni di cui al I comma dell'art. 2929 bis, c.c., perché interverrebbe in una esecuzione nella quale il debitore esecutato non è anche il suo debitore. Il creditore del dante causa può agire nei confronti dell'avente causa nelle forme dell'espropriazione contro il terzo proprietario ex artt. 612 e ss. cod. proc. civ., ma non ha strumento processuale per intervenire nella procedura esecutiva avviata dal creditore dell'avente causa. Di diverso avviso COMASTRI, *L'azione di simulazione proposta dal terzo. Presupposti, funzione e oggetto*, cit., 118 ss. secondo il quale il creditore del simulato alienante potrebbe intervenire nella procedura esecutiva istaurata contro il simulato acquirente, e al fine di partecipare alla distribuzione del ricavato, solo laddove non abbia esercitato l'azione di simulazione, oppure laddove abbia trascritto la relativa domanda dopo la trascrizione dell'atto di pignoramento. Una volta intervenuto nella procedura esecutiva verso il simulato acquirente adducendo la natura simulata del titolo di acquisto del soggetto esecutato e l'antiorità del credito rispetto all'atto simulato, l'eventuale contestazione da parte del soggetto esecutato o degli altri creditori darebbe luogo ad una controversia regolata dall'art. 512 c.p.c.

<sup>31</sup> GIAMPICCOLO, *op. ult. cit.*, 619, nota 17.

che prima di tale momento il creditore del simulato alienante non avrebbe strumenti per contrapporsi al creditore del simulato acquirente che abbia compiuto atti esecutivi sul bene oggetto del contratto simulato.

Pertanto, nel caso in cui il processo di simulazione dovesse avere una durata superiore a quella del processo esecutivo instaurato dal creditore del simulato acquirente, al primo (creditore del simulato alienante) finirebbe per essere preferito il secondo (creditore del simulato acquirente) a prescindere dalla anteriorità del credito rispetto all'atto simulato. Peraltro il creditore del simulato alienante non avrebbe neanche la possibilità di impedire che il processo esecutivo si concluda prima del processo di cognizione, non disponendo di strumenti per ottenere la sospensione della esecuzione. A meno che, surrogandosi ai sensi dell'art. 2900 c.c. al simulato alienante (suo debitore) rimasto inerte, non si sostituisca a costui nella opposizione di terzo ex art. 1416, I comma, c.c.: ma questa, com'è evidente, è soltanto una tutela eventuale e marginale, condizionata dai presupposti dell'azione surrogatoria. Per di più si tratterebbe comunque di una tutela riduttiva per il creditore del simulato alienante, visto che il primo comma dell'art. 1416 c.c. privilegia il creditore del simulato acquirente se in buona fede, mentre il secondo comma privilegia il creditore del simulato alienante anche se il creditore del simulato acquirente è in buona fede purché il credito del primo sia anteriore all'atto simulato.

Alla luce di tali considerazioni, dunque, non sembra che la regola di conflitto ex art. 1416, II comma, c.c. sia destinata a risolvere una controversia tra le due categorie di creditori (del simulato alienante e del simulato acquirente) in sede di distribuzione del ricavato (art. 512 c.p.c.) perché non pare ipotizzabile che le due categorie possano concorrere nell'ambito di una medesima procedura esecutiva.

Ma se è così, se il conflitto tra le diverse categorie di creditori non si pone in sede esecutiva, pare inevitabile interpretare l'art. 1416, II comma, c.c. come rivolto a configurare un'ulteriore ipotesi di opposizione di terzo alla esecuzione: in sostanza, di fronte all'esecuzione intrapresa sul bene oggetto del contratto simulato da parte del creditore del simulato acquirente, il creditore del simulato alienante potrà opporsi all'esecuzione e paralizzarla al ricorrere delle condizioni stabilite dall'art. 1416, II comma.

Siamo ben consapevoli che normalmente l'opposizione di terzo disciplinata dall'art. 619 c.p.c. non può essere esercitata dal mero creditore<sup>32</sup>, occorrendo che l'opponente vanti diritti specifici (reali ma anche personali di godimento<sup>33</sup>) sul bene: tuttavia, se un significato all'art. 1416, II comma c.c. si vuole dare, che ne consenta una effettiva applicazione, solo in quest'ottica pare possibile farlo<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> Lo rileva anche ANDRIOLI, *Profili processuali della nuova disciplina della simulazione*, cit., 453.

<sup>33</sup> Per tale interpretazione estensiva v. METAFORA, *op. ult. cit.*, 125 ss., in part. 130 e ss.; Cass., 19 gennaio 2018, n. 3700, in *Dir. & giust.*, 2018, 16 febbraio; Cass., 31 agosto 2011, n. 17876, in *Giust. civ.*, 2012, 1, I, 83 ss. che estende l'opposizione di terzo ai titolari di «alcuni particolari diritti di credito ad efficacia reale».

<sup>34</sup> Proprio in considerazione della posizione qualificata dei creditori ai sensi dell'art. 1416 c.c. può forse giustificarsi la giurisprudenza della Corte di cassazione, secondo la quale nel caso di giudizio di simulazione

Se il contesto nel quale il conflitto ex art. 1416, II comma, c.c. si pone è dunque quello contenzioso dell'opposizione all'esecuzione, diviene irrilevante che la simulazione sia già stata definitivamente accertata o meno nell'ambito di un autonomo processo di cognizione: il creditore del simulato alienante, infatti, potrà in ogni caso opporsi all'esecuzione del creditore del simulato acquirente.

L'accertamento passato in giudicato della simulazione inciderà soltanto sui tempi del giudizio di opposizione che, non dovendo l'opponente provare la simulazione, saranno più brevi: ciò consentirà al creditore del simulato alienante di agire con maggiore tempestività - anche a prescindere da un'eventuale sospensione della esecuzione - per evitare la vendita forzata del bene.

Allorché la sentenza che accerta la simulazione sia passata in giudicato, inoltre, anche il creditore del simulato alienante potrà avviare una autonoma procedura esecutiva sul bene oggetto del contratto simulato e già interessato dalla procedura esecutiva instaurata dal creditore del simulato acquirente: in tal caso, non solo il creditore del simulato alienante potrà servirsi della opposizione ex art. 1416, II comma, c.c. per arrestare l'azione esecutiva del creditore del simulato acquirente, ma altrettanto potrà fare quest'ultimo nei confronti dell'azione esecutiva del primo quando il suo credito non sia anteriore alla simulazione.

Venendo ora ad esaminare la regola risolutiva del conflitto, l'art. 1416, II comma, c.c., come già evidenziato, stabilisce la prevalenza del creditore del simulato alienante allorché il suo credito sia sorto anteriormente alla stipula del contratto simulato.

Diversamente da quanto stabilito dal primo comma dell'art. 1416, c.c., dunque, il creditore del simulato acquirente soccombe, sempre che sia provata la simulazione, a prescindere dalla buona fede, e ciò, allorché la simulazione abbia ad oggetto beni immobili, anche nel caso in cui la domanda di simulazione sia stata trascritta successivamente alla trascrizione del pignoramento<sup>35</sup>.

---

instaurato dal creditore del simulato alienante, la sentenza di accertamento della simulazione non avrebbe efficacia nel rapporto tra i contraenti simulati che resterebbero liberi di discutere, in un altro processo, della natura simulata o meno del contratto. Infatti, tale conclusione viene fondata dal giudice di legittimità sul carattere autonomo dell'azione esercitata dal creditore del simulato alienante rispetto a quella spettante alle parti e precisamente sulle seguenti argomentazioni: a) che allorché agisca giudizialmente il creditore, l'accertamento della simulazione viene reso senza che vi sia una posizione di conflitto d'interessi tra le parti simulanti; b) che le limitazioni probatorie che incontrano i contraenti simulati rispetto ai terzi sono diverse e più stringenti. In tal senso Cass., 30 giugno 2005, n. 13963, in *Giust. civ.*, 2006, 2, II, 327 ss. E' altresì inevitabile domandarsi se possa giustificarsi, in ragione del carattere autonomo dell'azione di simulazione spettante al creditore anche quell'orientamento giurisprudenziale secondo il quale, nel caso di accoglimento della domanda di simulazione promossa da un creditore del simulato alienante, gli altri creditori dello stesso soggetto, che non siano intervenuti nel processo di simulazione, non potrebbe iniziare la procedura esecutiva nei confronti del simulato alienante potendo soltanto intervenire nella procedura instaurata dal creditore che ha agito in simulazione, Cass., 3.08.2012, n. 13938, in *Giust. civ.*, *Mass.*, 2, I, 327 ss.

<sup>35</sup> NICOLO', *La trascrizione*, III, *La trascrizione delle domande giudiziali*, Milano, 1973, 106; ORESTANO, *Le domande dirette*, cit., 155; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 984 che evidenziano come una diversa interpretazione finirebbe per svuotare di contenuto la previsione dell'art. 1416, II comma, c.c.

Poiché la *ratio* è quella di tutelare il creditore del simulato alienante che abbia fatto affidamento sulla appartenenza del bene al patrimonio del debitore nel momento in cui il credito è sorto<sup>36</sup>, ci si chiede cosa accada allorché il creditore del simulato acquirente abbia acquistato il proprio credito dopo l'atto simulato, facendo anch'egli affidamento sulla appartenenza del bene al patrimonio del proprio debitore.

Al ricorrere di tale ipotesi, infatti, vi sono due affidamenti (da un lato quello del creditore del simulato alienante e dall'altro quello del creditore del simulato acquirente) di identico contenuto che *prima facie* parrebbero meritare un medesimo trattamento.

In tale prospettiva si tende ad affermare, operando una lettera congiunta delle regole di conflitto rispettivamente previste dal primo e dal secondo comma dell'art. 1416 c.c., che il creditore del simulato alienante prevalga sul creditore del simulato acquirente solo allorché quest'ultimo sia in mala fede<sup>37</sup>. Ciò perché il sistema della simulazione sarebbe tale da propendere per la prevalenza del terzo avente causa (quale acquirente ex art. 1415 o quale creditore esecutante ex art. 1416, I comma) dal titolare apparente, cosicché la preferenza accordata al creditore del simulato alienante dall'art. 1416, I comma, c.c. sarebbe di stretta interpretazione ed applicabile alla sola ipotesi in cui sia il credito del creditore del simulato alienante sia quello del creditore del simulato acquirente siano anteriori alla simulazione.

Una lettura siffatta non pare convincente non solo perché è contraria alla lettera dell'art. 1416, II comma, c.c., ma anche perché, se è vero che i due creditori si trovano nella stessa situazione, è altrettanto vero che non avendo il creditore del simulato acquirente un diritto reale sul bene oggetto dell'atto simulato, non v'è ragione che possa giustificare la prevalenza dell'apparenza sulla realtà a discapito della posizione del creditore del simulato alienante<sup>38</sup>.

Tanto più che, come già ampiamente evidenziato, il sistema non propende *tout court* per la protezione del terzo in buona fede (quale acquirente ex art. 1415 c.c. o quale creditore esecutante ex art. 1416, I comma, c.c.) ma anzi calibra soluzioni diverse nell'ambito delle quali la realtà viene sacrificata per privilegiare l'apparenza solo quando ciò risulta giustificato dal principio di autoresponsabilità.

<sup>36</sup> Come osserva CIPRIANI, *I rapporti con i creditori nella simulazione. Note sull'art. 1416*, cit., la *ratio* della norma è tradizionalmente rinvenuta nel fatto che i creditori del simulato alienante, se il loro credito è anteriore alla simulazione, hanno riposto il proprio affidamento sulla appartenenza del bene al patrimonio del loro debitore, cosicché meritano di essere tutelati allorché costui abbia occultato il bene trasferendolo simulatamente.

<sup>37</sup> In tal senso CIPRIANI, *op. ult. cit.*, 409.

<sup>38</sup> Si legge nella Relazione al Codice civile, n. 647 che: «se è vero che le due categorie di creditori, del finto alienante e del finto acquirente, si trovano nella stessa situazione, in quanto entrambe, nel far credito, contarono sul patrimonio del debitore e quindi anche su quegli elementi che formarono oggetto della simulata alienazione da essi ignorata; ma i creditori, a differenza degli aventi causa, hanno sul patrimonio e sugli elementi di esso, soltanto il diritto generico c.d. di pegno, e di fronte a tale diritto la realtà deve prevalere sull'apparenza».

In questa prospettiva, dunque, il creditore del simulato alienante che abbia acquistato il proprio credito anteriormente alla stipula dell'atto simulato deve sempre prevalere nei confronti del creditore del simulato acquirente, anche se costui ha acquistato il proprio credito dopo la stipula del contratto simulato.

Occorre invece chiedersi se nel caso di acquisto del credito da parte del creditore del simulato alienante posteriormente al contratto simulato, prevalga sempre e comunque il creditore del simulato acquirente. L'art. 1416, II comma, c.c. nulla statuisce al riguardo: la norma accorda preferenza al creditore del simulato alienante che abbia acquistato il credito anteriormente all'atto simulato ma non disciplina l'ipotesi di acquisto successivo.

Ora, se la simulazione ha ad oggetto beni immobili, pare indubbio che si debba avere riguardo alla trascrizione della domanda di simulazione, nel senso che, comunque, il creditore del simulato alienante prevarrà tutte le volte in cui la domanda sia stata trascritta prima della trascrizione del pignoramento da parte del creditore del simulato acquirente, anche allorché il credito del creditore del simulato alienante sia posteriore all'atto di simulazione<sup>39</sup>.

Se la simulazione ha invece ad oggetto beni mobili, sembra comunque da escludere che il creditore del simulato alienante che abbia acquistato il proprio credito posteriormente all'atto simulato soccomba necessariamente nei confronti del creditore del simulato acquirente.

Se così fosse, infatti, se cioè si accordasse preferenza al creditore del simulato acquirente, costui prevarrebbe anche nell'ipotesi in cui abbia compiuto gli atti esecutivi in mala fede: ma ciò sarebbe privo di ogni ragionevole giustificazione perché, se è vero che nel caso di acquisto del credito posteriore alla stipula del contratto simulato regredisce la necessità di salvaguardare il creditore del simulato alienante, è nondimeno indubbio che non può tutelarsi una situazione di apparenza che non sia sorretta da un affidamento meritevole di protezione. Per di più, ad accordargli prevalenza nonostante la mala fede, il creditore del simulato acquirente si troverebbe contemporaneamente a prevalere sul creditore del simulato alienante ed a soccombere nei confronti dei simulanti ai sensi dell'art. 1416, I comma, c.c.

Sembra dunque preferibile ritenere che, nel caso di posteriorità dell'acquisto del credito da parte del creditore del simulato alienante, prevalga il creditore del simulato acquirente solo allorché costui abbia compiuto atti esecutivi in buona fede, dovendo altrimenti prevalere il primo.

Più problematico è stabilire se, nel medesimo caso, il creditore del simulato alienante possa prevalere anche laddove il creditore del simulato acquirente (in mala fede) abbia trascritto il pignoramento anteriormente alla trascrizione della domanda di simulazione proposta dal creditore del simulato alienante.

A riguardo, non essendo la legge ad accordare espressamente preferenza al creditore del simulato alienante, pare più corretto ritenere che torni ad imporsi il criterio

---

<sup>39</sup> ORESTANO, *op. ult. cit.*, 154.

della priorità temporale della trascrizione, con la conseguenza che, nonostante la mala fede, dovrebbe prevalere il creditore del simulato acquirente che abbia trascritto il pignoramento anteriormente alla trascrizione della domanda.

3. Il codice civile, insomma, tende a sacrificare la realtà a vantaggio dell'apparenza solo quando colui che ha acquistato un diritto dal simulato acquirente, facendo affidamento in buona fede sulla situazione di apparenza, entra in conflitto con un soggetto che non appare meritevole di protezione perché avrebbe potuto evitare, impiegando una maggiore diligenza o prudenza, le conseguenze pregiudizievoli della simulazione.

E' in quest'ottica che l'avente causa in buona fede del simulato acquirente prevale sul simulato alienante ma anche sull'avente causa di quest'ultimo (art. 1415, I comma, c.c.) che, come già evidenziato, se è coinvolto in un conflitto siffatto è perché non ha tenuto un comportamento cauto.

Nella medesima direzione si spiega altresì perché il simulato alienante soccombe rispetto al creditore del simulato acquirente che abbia compiuto atti esecutivi in buona fede sul bene oggetto di simulazione: creando volontariamente la situazione di apparenza, infatti, si è assunto la responsabilità delle conseguenze che possono derivarne.

Non può invece giustificarsi il sacrificio della realtà a vantaggio dell'apparenza quando l'affidamento del terzo (legato al simulato acquirente) non risulta meritevole di protezione alla luce del principio di autoreponsabilità: è il caso dell'avente causa del simulato alienante che prevale sempre sul creditore del simulato acquirente, perché non v'è ragione che possa giustificare il sacrificio del primo, effettivo proprietario del bene, a vantaggio di chi non vanta un diritto reale sul bene oggetto di simulazione, ma una mera pretesa creditoria verso il simulato acquirente.

Ma analoghe considerazioni possono svolgersi per l'ipotesi in cui il creditore del simulato alienante abbia acquistato il credito anteriormente all'atto simulato: costui, infatti, prevale sempre sul creditore del simulato acquirente, anche allorché quest'ultimo abbia acquistato il proprio credito dopo l'atto simulato facendo affidamento sull'appartenenza del bene al proprio debitore, trattandosi di un affidamento immeritevole di protezione non avendo tenuto il creditore del simulato alienante una condotta rimproverabile.

Ogni diversa lettura che enfatizzi e privilegi comunque la tutela del terzo legato al simulato acquirente, assimilando la tutela del creditore del simulato acquirente a quella dell'avente causa dello stesso soggetto<sup>40</sup>, non può essere condivisa, priva com'è non solo di ragionevole giustificazione ma anche di riscontro normativo.

L'art. 1416 c.c., insomma, detta una disciplina che tenta di contemperare i contrapposti interessi ispirandosi al principio della prevalenza della realtà sull'apparenza; principio, che, tuttavia, arretra tutte le volte in cui l'affidamento del terzo legato

<sup>40</sup> In tal senso v. CIPRIANI, *I rapporti con i creditori nella simulazione. Note sull'art. 1416*, cit, 416 ss.



al simulato acquirente appare meritevole di protezione in applicazione del principio di autoresponsabilità.

Si tratta dunque di una disciplina sicuramente complessa nella quale è nondimeno possibile ritrovare coerenza e logicità a condizione che si individui esattamente l'ambito processuale di operatività delle diverse regole di risoluzione dei conflitti per un'efficiente applicazione.



# Riconoscimento e determinazione dell'assegno *post-matrimoniale*: il ritrovato equilibrio ermeneutico

di Giancarlo Savi\*

*SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La soluzione sancita dalle Sezioni Unite in chiave di concreta meritevolezza (l'art. 5, comma 6°, l. div., il sintagma “mezzi adeguati” ed i fattori di riferimento; tramonto delle tentazioni eteronormative e del metodo decisorio cd. bifasico; richiamo ai valori della famiglia fondata sul matrimonio). – 3. L'ulteriore presa di distanza dalla svolta del maggio 2017. – 4. Il significativo allontanamento anche dall'indirizzo avallato dalle Sezioni Unite del 1990. – 5. Il nuovo metodo decisorio ed il peso dei singoli fattori di riferimento. – 6. Le allegazioni e gli oneri probatori nel nuovo impianto. – 7. La questione della revisione del giudicato. – 8. Conclusioni.»*

1. Con la sentenza dell'11 luglio 2018, n. 18287<sup>1</sup>, il più ampio Collegio della Corte di legittimità, ha dettato l'atteso responso sulla retta interpretazione dell'art. 5, comma 6°, l. div., componendo il contrasto giurisprudenziale ripresentatosi dopo circa ventisette anni - pur mai sopite incertezze di vario profilo -, in esito alla svolta impressa dalla prima sezione civile nel maggio 2017<sup>2</sup>.

\* Avvocato. Direttore della Scuola di Alta Formazione Specialistica in Diritto di Famiglia dell'Osservatorio Nazionale sul Diritto di Famiglia - Università Roma Tre - Consiglio Nazionale Forense.

<sup>1</sup> Diffusamente pubblicata ed annotata, che si rinviene anche in *Foro it.*, 2018, 2671; in *Giur. it.*, 2018, 1843; in *Dir. fam. pers.*, 2018, 869; in *Fam. dir.*, 2018, 1058; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 1607; in *Corriere giur.*, 2018, 1186; nonché nelle banche dati *Juris*, *Gfl*, e *Phuris*, *Wki*.

Questi gli esatti estremi e la massima che si reputa ricavabile: Corte di Cassazione, Sez. Unite - Sentenza 11 luglio 2018, n. 18287 - *Pres.*: G. Mammone - *Est.*: M. Acierio - *P. G.*: M. Matera (conf.) - C. I. (Avv. B. Sassani). c/o C. O. (Avv. B. Bertani).

*Ai sensi dell'articolo 5, comma 6°, della l. n. 898 del 1970, dopo le modifiche introdotte con la l. n. 74 del 1987, il riconoscimento dell'assegno di divorzio - cui deve attribuirsi una funzione assistenziale ed in pari misura perequativa e compensativa - richiede l'accertamento dell'inadeguatezza dei mezzi o comunque dell'impossibilità di procurarseli per ragioni oggettive, attraverso l'applicazione correlata unicamente ai criteri di cui alla prima parte della norma, i quali costituiscono il parametro di cui si deve tenere conto per la relativa attribuzione e determinazione, ed in particolare, alla luce della valutazione comparativa delle condizioni economico-patrimoniali delle parti ed al contesto sociale della famiglia, in considerazione dell'effettivo contributo fornito dal richiedente alla conduzione della vita familiare e alla formazione del patrimonio comune e personale di ciascuno degli ex coniugi, nonché degli altri fattori enumerati, in relazione alla durata del matrimonio e dell'età dell'avente diritto.*

<sup>2</sup> Cass., sez. I, 10 maggio 2017, n. 11504, in *Foro it.*, 2017, 1859; in *Giur. it.*, 2017, 1299; in *Dir. fam. pers.*, 2017, 764; in *Fam. dir.*, 2017, 636; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 1010; ed in *Corriere giur.*, 2017, 903;

Quest'ultimo arresto, mutando radicalmente l'antecedente diritto vivente in ordine al riconoscimento ed alla determinazione dell'assegno divorzile<sup>3</sup>, ha dato origine a commenti e discussioni di vario genere, ovviamente affollando subito i sommari delle riviste di settore<sup>4</sup>, ed animando convegni di studio diffusi sul territorio, soprattutto nell'ambito della cd. formazione forense e di aggiornamento dei magistrati. La stessa "dirompente" posizione di legittimità aveva in verità riproposto argomenti risalenti (minoritari), balzando prepotentemente agli onori delle cronache come una rivisitazione di sistema del diritto di famiglia, in chiave innovativa rispetto al cd.

---

la cortesia del lettore è rinviata a G. SAVI, *Il riconoscimento dell'assegno divorzile: dal parametro del "tenore di vita" dei con-sorti alla verifica dell'autosufficienza personale del richiedente?*, in questa Rivista, 2017, 599, con la precisazione che la presente notazione costituisce un unico percorso di studio, presupponendo tale anteriore scritto e l'altro *cit. infra* in nota 7.

<sup>3</sup> Indirizzo risalente alla composizione operata dal noto arresto di Cass., sez. un., 29 novembre 1990 n. 11490, coevo ad altri tre di segno identico (n. 11489, 11491 e 11492), in *Foro it.*, 1991, I, 67, con notazioni di E. QUADRI, *Assegno di divorzio: la mediazione delle sezioni unite*, e V. CARBONE, *Urteildämmerung: una decisione crepuscolare (sull'assegno di divorzio)*; in *Riv. dir. civ.*, 1991, 221, con nota di C.M. BIANCA, *Natura e presupposto dell'assegno di divorzio: le sezioni unite della cassazione hanno deciso*; in *Giur. it.*, 1991, I, 1, 536, con nota di G.M. PELLEGRINI, *La determinazione dell'assegno di divorzio al vaglio delle sezioni unite*; in *Giust. civ.*, 1991, I, 1223, con nota di A. SPADAFORA, *L'orientamento delle sezioni unite in materia di assegno divorzile: considerazioni critiche*; ed in *Quadrimestre*, 1991, 609, con nota di M. DOSSETTI, *Il dibattito sull'assegno di divorzio e la sintesi proposta dalle sezioni unite*; più ampio panorama successivo può rinvenirsi in G. SAVI, *Il riconoscimento dell'assegno divorzile: dal parametro del "tenore di vita" dei con-sorti alla verifica dell'autosufficienza personale del richiedente?*, *op. cit.*, 600; il contrasto di indirizzi composto dalle sezioni unite del 1990, risultava lucidamente rappresentato, da un lato, in posizione maggioritaria, da Cass., sez. I, 17 marzo 1989 n. 1322, in *Foro it.*, 1989, I, 2512, e dall'altro versante, in posizione innovativa, da Cass., sez. I, 2 marzo 1990 n. 1652, *ivi*, 1990, I, 1165.

<sup>4</sup> Cfr., tra altri, C. M. BIANCA, *L'ultima sentenza della Cassazione in tema di assegno divorzile: ciao Europa?*, in *www.giustiziacivile.com*, editoriale 9 giugno 2017, 1; G. CASABURI, *Tenore di vita ed assegno divorzile (e di separazione): c'è qualcosa di nuovo oggi in Cassazione, anzi d'antico*, in *Foro it.*, 2017, 1895; C. BONA, *Il revirement sull'assegno divorzile e gli effetti sui rapporti pendenti*, *ivi*, 1900; A. MONDINI, *Sulla determinazione dell'assegno divorzile la sezione semplice decide "in autonomia". Le ricadute della pronuncia sui giudizi di attribuzione e sui ricorsi per revisione dell'assegno*, *ivi*, 1903; PATTI, *Assegno di divorzio: un passo verso l'Europa?*, *ivi*, 2017, 2707; M. BIANCA, *Il nuovo orientamento in tema di assegno divorzile. Una storia incompiuta*, *ivi*, 2017, 2715; A. ASTONE, *Assegno post-matrimoniale ed autoreponsabilità degli ex coniugi*, in questa Rivista, 2017, 1208; E. QUADRI, *I coniugi e l'assegno di divorzio tra conservazione del "tenore di vita" e "autoreponsabilità": "persone singole" senza passato?*, in *Corr. giur.*, 2017, 885; G. DOSI, *Presupposti dell'assegno divorzile e condizione femminile: perché la prima sezione civile della Cassazione non è convincente*, in *www.lessicodirittodifamiglia.com*; E. AL MUREDEN, *L'assegno divorzile tra autoreponsabilità e solidarietà post-coniugale*, in *Fam. dir.*, 2017, 642; ID., *Berlusconi v. Lario, Autosufficienza e tenore di vita coniugale in un big money case italiano*, *ivi*, 2018, 344; F. DANOVÌ, *Assegno di divorzio e tenore di vita matrimoniale: il valore del precedente per i giudizi futuri e l'impatto sui divorzi già definiti*, *ivi*, 2017, 655; ID., *La Cassazione e l'assegno di divorzio: en attendant Godot (ovvero le Sezioni Unite)*, *ivi*, 2018, 51; ID., *la meritevolezza dell'assegno di divorzio va valutata nel concreto svolgimento della vita coniugale*, *ivi*, 2018, 373; U. ROMA, *Assegno di divorzio: dal tenore di vita all'indipendenza economica*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 1001; A. DI MAJO, *Assistenza o riequilibrio negli effetti del divorzio?*, in *Giur. it.*, 2017, 1304; C. RIMINI, *Assegno di mantenimento e assegno divorzile: l'agonia del fondamento assistenziale*, *ivi*, 1799; M. SESTA, *La solidarietà post-coniugale tra funzione assistenziale ed esigenze compensative*, in *Fam. dir.*, 2018, 509.

criterio del tenore di vita, asseritamente conforme ai tempi, in una visione che in buona sostanza può cristallizzarsi come di “liberazione” dai pesi del matrimonio che prendono titolo dallo scioglimento del coniugio, attribuendo all’assegno divorzile una natura meramente assistenziale, al fine di assicurare unicamente il livello di indipendenza-autosufficienza personale del richiedente; il suo dato di partenza, rinvenuto nel principio di autoresponsabilità personale, più incline alla prospettiva alimentare che al ragionevole rispetto dei valori sottesi all’impegno matrimoniale, sanciti nell’art. 29 Cost.; cosicché, la posizione del coniuge richiedente, anche a fronte di veri e propri sacrifici personali riservati all’altro e alla famiglia, viepiù a distanza di tempo crescente, poteva risultare grandemente frustrata.

Linea accentuata dal coevo arresto della stessa sezione, del 16 maggio 2017, n. 12196<sup>5</sup>, inerente l’assegno di contributo al mantenimento tra coniugi separati, di cui all’art. 156, comma 1°, c.c., sul quale diritto invece veniva mantenuto fermo l’orientamento consolidato teso a garantire il livello di vita raggiunto, segnando così tra le due previsioni una distanza incolmabile.

La soluzione proposta dalle Sezioni Unite, innegabilmente densa di questioni e temi che esigono riflessione, mentre appare destinata a restare al centro dell’analisi di dottrina e giurisprudenza di settore con l’agevole prognosi di sicura vivacità del dibattito (peraltro, ben idonea a richiamare anche l’attenzione di un legislatore distante e distratto), si pone sulla linea della ragionevole fedeltà al complessivo dato legislativo vigente, interpretando il ruolo nomofilattico con indubbia autorevolezza.

Opportuno appare un tale esordio di approvazione, tanto più che il risultato corrisponde in buona sostanza all’auspicio di fondo espresso commentando criticamente sia la richiamata svolta del maggio 2017<sup>6</sup>, come le successive difficoltà delle Corti di merito, ed il diffuso senso di “confusione” purtroppo prodottosi<sup>7</sup>.

In verità, nei successivi arresti della stessa prima sezione civile, del gennaio/marzo 2018, cioè sino a che non si è ritenuto di dover attendere proprio il responso delle Sezioni Unite in commento, erano emerse anche rilevanti incertezze<sup>8</sup>, autocertifi-

<sup>5</sup> In *Giur. it.*, 2017, 1796; ed in *Foro it.*, 2017, 1859; cfr. anche lo scritto *cit.* in nota 2; da ultimo, v. Cass., sez. I, 19 aprile 2018 n. 9294, in banca dati *Pluris*.

<sup>6</sup> Cfr. *op. cit.* in nota 2, nonché il contributo nel *dossier* tematico, *Le nuove frontiere dell’assegno di divorzio*, in *Osservatorio sul diritto di famiglia-Diritto e processo*, 2017, 90.

<sup>7</sup> Cfr., tra le espressioni maggiormente significative, App. Genova, 12 ottobre 2017, in *Dir. fam. pers.*, 2018, 83, con nota di G. SAVI, *Il diritto all’assegno divorzile avanti alle Corti di merito, ovvero, l’ennesima “torre di Babele” nella cittadella della famiglia*; App. Milano, 16 novembre 2017, in *Giur. it.*, 2017, 2625, con nota di A. DI MAJO, *Passato e presente nell’assegno divorzile*; App. Napoli, 22 febbraio 2018, in *Fam. dir.*, 2018, 360, con nota di F. DANOVÌ, *cit.* in nota 4. Da segnalare anche gli interessanti itinerari di giurisprudenza di D. PIANTANIDA, *L’assegno di divorzio dopo la svolta della Cassazione: orientamenti (e disorientamenti) nella giurisprudenza di merito*, in *Fam. dir.*, 2018, 65; e di F. MANGANO, *La giurisprudenza del Tribunale di Roma dopo il revirement della Corte di cassazione sull’assegno divorzile*, in *Questione Giustizia*, 10 maggio 2018; cfr., da ultimo, G. GAROFALO, *Dal tenore di vita all’autosufficienza economica: spunti di riflessione sulla “nuova” stagione dell’assegno divorzile*, in *Dir. fam. pers.*, 2018, 512, in nota a Trib. Roma 11 settembre 2017.

<sup>8</sup> Il percorso della giurisprudenza di legittimità intervenuta successivamente alla svolta del maggio 2017, tra altre, al di là dell’arresto di Cass., sez. I, 22 giugno 2017 n. 15481, in banca dati *Pluris*, peculiarmente

cando così che la soluzione innovativa proposta non era in grado di regolare agevolmente tutte le fattispecie.

Opportuna appare l'ulteriore premessa inerente il caso concreto regolato dalle Sezioni Unite. La coniuge che aveva visto riconosciuto in proprio favore l'importante assegno divorzile di €. 4.000,00= mensili dal tribunale di prime cure, risultata soccombente avanti alla corte territoriale adita dal marito, che revocava la statuizione aderendo al nuovo corso segnato dalla Corte di legittimità nel maggio 2017, insorgeva assumendo la violazione e falsa applicazione dell'art. 5, comma 6°, l. div., essenzialmente lamentando che il criterio dell'indipendenza economica non ha alcun riscontro nella norma; che viceversa, il consolidato criterio del tenore di vita, ritenuto legittimo anche dalla Corte delle leggi, fa parte dell'intero impianto normativo del divorzio ed è conforme al principio di solidarietà *post-coniugale* come scolpito nelle norme positive; che nessuna inferenza poteva trarsi dall'art. 337*septies* c.c., giusta la diversità degli istituti e delle finalità delle distinte previsioni.

Da rimarcare come il ricorso è approdato alle Sezioni Unite per iniziativa della parte ricorrente (moglie), assunta ai sensi dell'art. 376, comma 2°, codice di rito, ed accolta dal primo Presidente, dopo la reiezione seriale da parte della prima sezione civile delle istanze avanzate nello stesso senso dalla Procura Generale presso la Corte, che evidenziava l'esatta ricorrenza della previsione *ex art.* 374, comma 3°.

**2.** Utile alla presente esposizione segnare subito il risultato. In estrema sintesi, decisiva appare l'affermazione secondo cui i criteri enumerati dalla norma - tutti e solo essi - valgono con efficacia equiordinata per il riconoscimento del diritto all'assegno periodico che prende titolo dalla sentenza di *status* divorzile, come per la sua determinazione nel *quantum*.

Il sintagma "mezzi adeguati" contenuto nell'ultima parte della norma, deve pertanto trovare il suo unico termine di paragone nei fattori elencati nell'esordio detta-

---

afferente l'ulteriore tema della revisione del giudicato (poi meglio rimeditata con l'arresto della stessa sezione del 26 gennaio 2018 n. 2043, *ivi*, sulla quale questione si tornerà *infra*), annovera gli arresti di, Cass., sez. VI-1, 21 luglio 2017 n. 18111, *ivi* (pur riprendendo lo specifico tema della totale rescissione del legame tra *ex* coniugi nell'ipotesi ricorrente della formazione di nuovi rapporti familiari di fatto); Id, 8 agosto 2017 n. 19721, *ivi*; Id., 29 agosto 2017 n. 20525, *ivi*; Id., 9 ottobre 2017 n. 23602, *ivi*; Id., 25 ottobre 2017 n. 25327, *ivi*; Id. 27 ottobre 2017 n. 25697, *ivi*; Id. 5 dicembre 2017 n. 28994, *ivi*; evidenziando tutte in sostanza un mero rimando motivo al precedente dell'11 maggio 2017 n. 11504. In verità, come cennato nel testo, non sono mancati successivi segni di accentuazione o di incrinatura, quali, a titolo esemplificativo, possono cogliersi negli arresti di, Cass., sez. I, 28 gennaio 2018 n. 2042, in *Fam. dir.*, 2018, 321, con nota di A. FIGONE, *Assegno divorzile e valutazione ponderata dell'autosufficienza economica: un "apripista" per le Sezioni Unite?*; e di, Cass., sez. VI-1, 7 febbraio 2018 n. 3015, in banca dati *Pluris*, ove addirittura si legge il seguente tratto motivo: "*La conservazione del tenore di vita matrimoniale, richiamato dalla ricorrente a sostegno della richiesta di quantificazione dell'assegno in misura superiore a quella riconosciutale, non costituisce più un parametro di riferimento utilizzabile né ai fini del giudizio sull'an debeatur né di quello sul quantum debeatur, la cui determinazione è finalizzata a consentire all'ex coniuge il raggiungimento dell'indipendenza economica*". Infine la prima sezione civile ha rinviato a nuovo ruolo la trattazione dei ricorsi ove era agitato il tema che qui ci occupa.

to nel comma 6°, dell'art. 5, l. div., in quanto rivelatori della retta valutazione del principio di solidarietà da realizzare.

Riconosciuto infatti apertamente che l'interpretazione della norma non può prescindere dall'evidente nesso testuale di dipendenza logica, che perciò impone la sua unitaria esegesi; tutti i fattori rilevano e vincolano, cosicché non sono ammesse separazioni e/o graduazioni; in sostanza, il giudizio sull'adeguatezza o meno dei mezzi non può che condursi in senso relativo rispetto a quella data famiglia - quindi del suo peculiare contesto relazionale e sociale complessivamente inteso - costituita secondo il vincolo matrimoniale ed entrata in crisi, tenuto conto dei fattori certi elencati nella prima parte della norma; in tal modo è stata giustamente abbandonata la nota dicotomia comportante rigida distinzione tra criteri attributivi e criteri determinativi.

Il metodo decisorio cosiddetto bifasico, sino ad oggi consolidato e che in sostanza accomunava entrambi gli indirizzi fronteggiatisi - che per semplicità espositiva e con partizione estremamente sommaria proseguiamo a definire del "tenore di vita" quanto a quello consolidato e dell' "autosufficienza personale" quanto a quello espresso nel maggio 2017 -, è stato reputato frutto di errore ermeneutico; come noto, tale metodo si sviluppa in senso progressivo, su una prima valutazione inerente l'*an debeatur* e, solo al positivo scrutinio di questa, ammette il passaggio alla seconda valutazione inerente il *quantum debeatur*.

Respinta consequenzialmente con decisione ogni ipotesi di eterointegrazione della norma, e con ciò, allontanate tutte le insidie di deriva interpretativa che finivano per produrre la segnalata "amputazione" abrogatrice della norma stessa<sup>9</sup>, gioco-forza incarnata da un tale metodo di giudizio, obbedendo in sostanza a questo o quell'arbitrio, pur in un ambito caratterizzato da apprezzamenti discrezionali.

Soccombente anche l'altra teorizzazione secondo cui per il riconoscimento dell'assegno divorzile si dovrebbe aver riguardo unicamente alla condizione personale del coniuge richiedente, con ciò escludendo proprio la valutazione comparativa (e così implicitamente, anche, all'inverso, nella soluzione apprestata dal cd. criterio del tenore di vita, secondo cui si dovrebbe aver riguardo unicamente al coniuge onerato), dettata giustamente dalla norma positiva, che non autorizza alcuna visione unilaterale, rimarcando invece l'esigenza contraria della valutazione di confronto e reciprocità.

Il principio di diritto dettato impone ai giudici del merito l'analisi compiuta del singolo caso concreto, che abbia effettivo riguardo a null'altro che a quella singola vicenda esistenziale matrimoniale, tra quel singolo uomo e quella singola donna, come in concreto sviluppatasi nel tempo, alla ricerca delle scelte di vita condivise, del ruolo, della realizzazione, della lealtà e della dignità di ognuno, dei peculiari tratti eventualmente causativi di ricadute pregiudizievoli, in prospettiva proiettata alla vita futura del coniuge svantaggiato rispetto al momento della crisi del rapporto;

<sup>9</sup> Secondo la fondamentale critica diffusamente esposta nello scritto *cit.* in nota 2.

ricadute pregiudizievoli rilevanti ove in nesso eziologico con il ruolo endofamiliare assunto durante il rapporto. Inoltre, richiamando tutti gli artefici del processo ad abbandonare “scorciatoie” decisorie, ovvero prassi distorsive tese ad automatismi, fondati soltanto su questo o quell’elemento relazionale o sociale, quali, a titolo esemplificativo saliente, la conservazione dell’astratto tenore di vita nelle possibilità dei coniugi, la mera comparazione aritmetica del dato reddituale e la deresponsabilizzazione che sottende, la stretta funzione assistenziale declinando l’ultrattività del coniugio solo in virtù del principio di autoresponsabilità del richiedente e delle scelte di libertà, l’esclusiva verifica dell’autosufficienza personale del richiedente, e simili.

Il severo richiamo non manca alla puntuale considerazione dei valori incarnati dall’istituto matrimoniale, secondo la sua disciplina positiva, evidenziando i cardini di riferimento costituzionale, armonicamente letti, della composita posizione inalienabile dei singoli, della realizzazione personale e dei doveri di solidarietà che comporta, dell’uguaglianza e della pari dignità, dell’autonomia e della responsabilità dei coniugi, e con ciò, rimarcando l’imprescindibile necessità di ricondurre la norma sancita nel ridetto comma 6°, dell’art. 5, l. div., nell’alveo dell’art. 29 Cost.; magistrale risulta l’inquadramento sistematico - così lineare nella sua semplicità ma non per questo scontato -, dipinto senza tentennamenti, prima nei fondamenti dettati dalla carta costituzionale agli artt. 2, 3 e 29 e poi negli artt. 143 e 144 c.c., ribadendo puntualmente la concezione del matrimonio quale formazione sociale di eguali; senza mancare infine alle opportune verifiche con i disposti *ex* artt. 8 e 12, CEDU, nonché 7, 9 e 24 della Carta dei diritti fondamentali dell’UE, nei loro tratti univocamente significativi.

Questo percorso motivato di obiettivo spessore, ha condotto il Supremo Collegio all’enunciazione del concetto di ragionevole “meritevolezza”<sup>10</sup> della solidarietà economica *post*-coniugale, in chiave sì solidaristica, sì perequativa, ma non mancando di riconoscere anche l’eventuale componente compensativa, cui il Collegio dichiara apertamente di tenere in massimo riguardo a cagione dei sacrifici personali che presuppone, come risultano in concreto sostenuti nell’arco di durata del rapporto.

Con ciò significando la piena rilevanza contraria del ruolo endofamiliare del coniuge “deresponsabilizzato”, o se si vuole “recalcitrante al senso di impegno e sacrificio matrimoniale”, o che comunque non incappa in alcun pregiudizio personale in prospettiva futura, in nesso eziologico con il venir meno dello *status*.

<sup>10</sup> Corrispondente in sostanza allo sforzo critico prospettato nello scritto *cit.* in nota 2, p. 609, come ancor prima nel commento adesivo a Corte Cost. 11 febbraio 2015 n. 11, anche *ivi* diffusamente richiamato. Questa la testuale espressione che si era reputato di rimarcare: “... Come a dire, la solidarietà *post*-coniugale dovrà risultare sostanzialmente connotata in termini di ‘ragionevole meritevolezza’, con analisi concreta *ex post* dei tratti comportamentali, dell’impegno rispetto al progetto di vita comune, delle dinamiche del moto d’affetto, del senso di autoresponsabilità e condivisione, del rispetto e dedizione reciproca, della lealtà, come pure del sacrificio personale ed economico ove volto a privilegiare l’unione o l’altro rispetto all’individualità personale...”.



Al di là delle residue perplessità, che la casistica non mancherà di evidenziare - le Corti di merito sono ora chiamate a svolgere un ruolo attuativo imponente -, indubbia la valenza della statuizione, tutta protesa ad individuare valori fondanti, significativa persino nell'eleganza del linguaggio e nel dotto *excursus* storico e comparatistico; l'impressione prima, conforme all'agevole indicazione che già si era evidenziata, secondo cui il tema involgeva strettamente il valore attuale del vincolo coniugale, segna anche un garbato ma forte richiamo al significato autentico della famiglia costituita secondo il millenario modello coniugale; infatti, attraverso la lucida riaffermazione della norma positiva nella sua valenza significativa più ampia, segna un freno al dilagante modernismo di varia matrice che nei fatti, diciamo che ha posto "sotto incessante assedio" l'istituzione matrimoniale - con le significative indulgenze o comunque le timide prese di posizione della dogmatica giuridica -, in visione protesa all'esaltazione della posizione del singolo all'interno delle relazioni familiari, dimenticando in troppe occasioni e con disinvoltura il peso specifico delle norme giuridiche fondanti la formazione sociale preesistente e ciò, nonostante l'odierno "arcipelago familiare"<sup>11</sup>.

Questa conclusione "controcorrente" merita di essere segnalata al di là della precipua ottica giuridica, evidentemente segno di istanze culturali e sociali maggiormente consapevoli.

La logica saliente, diciamo il dato "filosofico", dell'indirizzo impostosi nel maggio 2017, che finiva, da un lato, per "accentuare" il significato dello *status libertatis* del "già coniuge" o meglio dell'individuo senza passato<sup>12</sup>, da "liberare" quanto più agevolmente possibile da ogni peso connesso all'impegno assunto con il matrimonio

<sup>11</sup> F. D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 509. Opportuno anche il richiamo da un lato di, P. RESCIGNO, *Matrimonio e famiglia. Cinquant'anni del diritto italiano*, Torino, 2000, ad esempio a p. 11, sulla fermezza dell'istituzione; d'altro lato di, C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.1, *La Famiglia*, 2014, 298; senza trascurare altri apporti, quale quello di, A. DE BENOIST, *I demoni del bene. Dal nuovo ordine morale all'ideologia del genere*, Napoli, 2015, ad esempio nei rilievi a p. 162, a proposito della declinazione puramente individuale e di tipo contrattuale. La riflessione ripropone la sostanziale "rotta di collisione" tra l'impegno solidaristico e le libertà individuali, che la nostra carta fondamentale - in particolare nell'art. 29 come attuato con la riforma del diritto di famiglia del 1975 - armonizza in visione "comunitaria", mentre la declinazione europea risulta all'evidenza maggiormente sensibile (se non secondo matrice ideologica) ai diritti individuali - artt. 7, 9 e 33 Carta dei diritti fondamentali dell'UE -. Cosicché, la declinazione interna coglie lucidamente gli eccessi che possono sortire dalla prospettiva individualista nelle relazioni familiari, pur garantendo i diritti individuali inalienabili, e così l'esistenza del diritto di ciascun coniuge (ed ora di ciascun unito civilmente) di separarsi, di divorziare, di costituire un nuovo rapporto di natura familiare, secondo i modelli oggi prefigurati dall'ordinamento (oltre al matrimonio, l'unione civile e le mere convivenze instaurate nei fatti), come diritto costituzionalmente garantito; ed un tale approdo è oramai risalete: cfr., tra i molteplici arresti della Corte di legittimità, Cass., sez. I, 9 ottobre 2007 n. 21009, in *Fam. dir.*, 2008, 30, con nota di M. LA TORRE; ed in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 519, con nota di L. LENTI; Cass., sez. I, 21 gennaio 2014 n. 1164, in *Fam. dir.*, 2015, 38, con nota di F. TOMMASEO, *La separazione giudiziale basta volerla per ottenerla*.

<sup>12</sup> E. QUADRI, *I coniugi e l'assegno di divorzio tra conservazione del "tenore di vita" e "autoreponsabilità": "persone singole" senza passato?*, op. cit., in nota 4.

e, dall'altro, per "amputare" il composito dettato *ex art. 5, comma 6°, l. div.*, i cui criteri non rilevano nella prima fase del giudizio, cioè ai fini del riconoscimento del diritto, ma solo nella successiva fase di fissazione del *quantum* (fase quest'ultima che però può aprirsi solo al positivo esito del primo scrutinio in punto *an*), ne esce così radicalmente sconfessata.

D'altronde, il sotteso tentativo di cancellare persino le "tracce" od il "ricordo" del legame matrimoniale, come si trattasse di due singoli che sono stati casualmente insieme per un certo tempo della propria esistenza, non poteva che entrare in stridente collisione con la natura dell'istituto e con le numerose norme positive, tanta e tale era la sua carica "irriguardosa" della dignità dello *status* coniugale.

Sebbene le Sezioni Unite prendano rilevante distanza anche dal cosiddetto criterio del tenore di vita, in realtà descrivono le caratteristiche di questo criterio riducendolo ad eccessiva semplificazione poiché nel concreto risultavano maggiormente strutturate rispetto all'assunta "presupposizione" secondo cui, con tale criterio, la giurisprudenza intendeva unicamente prendere in considerazione il confronto delle sostanze degli *ex* coniugi, con evidente locupletazione *sine die* (stigmatizzando l'inaccettabilità di una concezione matrimoniale come forma di "sistemazione personale") a favore del *cd.* coniuge svantaggiato, priva di causa giustificatrice razionalmente rinvenibile nell'ordinamento positivo.

Probabilmente ha giocato un ruolo il senso di responsabilità istituzionale, nel contenimento dell'espressione di critica alla ridetta svolta del maggio 2017.

Invero, come ci si sforzerà di dimostrare ancora in questa sede, le Sezioni Unite non hanno percorso la "solita" terza via, sostenendo in realtà lo sforzo di indicare la prima via disponibile all'interprete che serenamente non manchi al proprio ruolo: la ricerca proprio della giustizia del caso concreto, secondo le peculiarità di quel singolo rapporto coniugale entrato in crisi irreversibile, analisi valutativa che non può che essere il frutto della considerazione di tutti i fattori indicati dalla norma, contemporaneamente rilevanti nell'articolazione del giudizio, non solo e non tanto scervi da una gerarchia, ma da integrare l'uno con l'altro in senso "equiordinato", armonicamente letti sia con il dato sovraordinato che con quello codicistico.

Da salutare comunque positivamente il contestuale abbandono di tale linguaggio convenzionale: già nella comune percezione, sia con il riferimento gergale all'auto-sufficienza (o indipendenza) personale, come con riferimento al tenore di vita, si finisce per evocare solo pregiudizi, persino ideologici, o di entusiastica approvazione o di netta ripulsa; inoltre, nel corso del tempo, soprattutto il *cd.* criterio del tenore di vita ha finito per assumere un significato giuridico, ben oltre il suo costruito originario e comunque oltre il dato normativo, tanto che oramai incarnava - come rileva anche la Corte - una sorta di automatismo preconcepito, aggiungiamo, arduo da mettere in discussione, persino nelle dinamiche del confronto processuale.

Anticipando il tratto conclusivo, le Sezioni Unite danno giusto rilievo alla responsabilità paritetica dei coniugi, riconoscendone il più ampio significato, e cioè, declinandola secondo tutti i suoi possibili profili e soprattutto in senso di piena re-

ciprocità, non in quel senso unilaterale dell'autoresponsabilità del solo coniuge richiedente. Perciò, ai fini del riconoscimento dell'assegno divorzile secondo la norma in questione, che si fonda sui principi costituzionali di pari dignità e solidarietà che permeano l'unione matrimoniale anche dopo lo scioglimento del vincolo, rilevano soltanto i compositi metodi e criteri enumerati (i soli che alla luce della valutazione comparativa delle rispettive condizioni economico-patrimoniali, consentono di concretizzare efficacemente i fattori stessi).

3. Nell'animo del giurista albergano l'ambizione del dissenso ideale e non infrequentemente l'ispirazione o l'attesa di un nuovo ordine, praticamente connaturate (senza con ciò ovviamente disconoscerne l'intrinseca nobiltà); questo perenne anelito evolutivo, non ha altro freno se non quello attinente alla funzione eventualmente ricoperta da questo o quel singolo giurista nell'ordinamento statuale, che non può non rispondere ai vincoli di una concezione normativa.

Sol che si abbia sereno riguardo all'esperienza, ad esempio, proprio i temi salienti e di primaria rilevanza del legame esistenziale dei singoli basato sul moto d'affetto, viepiù quello solennemente celebrato, della solidarietà e dell'autonomia privata, in una parola, la famiglia, stanno dentro il nostro ordinamento giuridico, ma prima ancora ci giungono come espressione di una complessa natura, che storicamente ha incessantemente ispirato dottrine filosofiche, religiose, politiche e sociologiche.

Cogliendo il tessuto sociale nella sua vivida essenza, si tratta di temi che esigono rigore concettuale ed ovviamente precisione linguistica; ancora esemplificando, si tratta di temi che nascono e si sviluppano alieni dalla logica antagonista della parte, quale ad esempio risulta quella ben diversa del mercato, intrinsecamente fondata su vincitori e vinti.

La famiglia sin dalle origini, pur in stretta interdipendenza con l'aggregato sociale generale, lega in rapporto di reciproca dipendenza i suoi membri ed il dato è certamente incarnato dall'ordinamento giuridico positivo, che ne garantisce i tratti di libertà e di dignità umana.

Questa considerazione, pur così fugace, appare quanto mai calzante, a mo' di ulteriore premessa, rispetto all'analisi dell'evoluzione della giurisprudenza di legittimità, come segnata dall'arresto della prima sezione civile dell'11 maggio 2017 n. 11504, che ha dato infine luogo all'intervento delle Sezioni Unite in commento, per la soluzione del contrasto emerso.

La decisione del maggio 2017 ha avuto senz'altro il merito di riproporre un tema che risultava di fatto come "archiviato", nonostante diffuse prassi semplicistiche, distorsive o comunque intrise di opachi automatismi, che trascuravano largamente la norma positiva e l'impegno che essa esige proprio nelle dinamiche delle sedi giurisdizionali e nell'epilogo decisorio che conduce alla formazione del giudicato.

La sua motivazione ha però evidenziato plurimi errori.

Commentandone i tratti<sup>13</sup>, era già risultato praticamente incontrovertibile come il richiamo dell'art. 23 Cost. a proposito della prima formazione sociale - quale è senz'altro la famiglia fondata sul vincolo matrimoniale -, non coglie la benché minima possibile rilevanza<sup>14</sup>; difatti, il quadro normativo di riferimento è unicamente quello disegnato negli artt. 2, 3 e 29 Cost. (contenuti nei principi fondamentali e nel regolamento dei rapporti etico-sociali della nostra carta costituzionale), quadro che esclude in radice il preteso fondamento della stessa prospettazione innovativa, siccome inerente il ben diverso regolamento di ogni rapporto civile comportante l'imposizione di prestazione personale o patrimoniale del cittadino verso lo Stato, la cui previsione è giustamente sottoposta alla stretta riserva di legge. Non sembra perciò condivisibile che il richiamo costituisca un mero enunciato logico, coerente con la conclusione raggiunta.

Sul versante del regolamento processuale disegnato dall'art. 374, comma 3°, c.p.c. (di cui si era segnalata la violazione), che riserva al governo delle sezioni unite i principi di diritto già enunciati, emerge in concreto l'obiettiva conferma della bontà della norma che non ammette mutamenti di indirizzo per iniziativa autoreferenziale della sezione semplice, tantomeno sulla base dell'argomento motivo, come nella specie addotto, del mero decorso del tempo.

Parimenti a dirsi del tentativo di ricorso all'analogia (per similitudine o per materia<sup>15</sup>, a tenore dell'art. 12, comma 2, prima parte, preleggi), con la previsione avente ad oggetto la posizione giuridica del figlio maggiorenne, di cui all'art. 337*septies* c.c., che regolando i doveri dei genitori segna il percorso verso l'autonomia personale adulta del figlio, proteso per natura e per dovere sociale al raggiungimento dell'indipendenza. Il rapporto di coniugio ed il rapporto di filiazione risultano difatti così ontologicamente differenziati, da non consentire certo il ricorso alla residuale interpretazione suggerita dall'analogia *legis*; le Sezioni Unite hanno comunque smentito tale ipotesi, sussistendo l'elemento impeditivo primo del ricorso al caso simile od alle materie analoghe, costituito dallo specifico dettame di cui all'art. 5, comma 6°, l. div., nel suo significato rettammente interpretato in punto alla condizione del coniuge privo di "mezzi adeguati" (condizione su cui si era attivata la ricerca del paragone onde poterne ricavare soluzione analoga), da correlarsi a null'altro che ai fattori elencati nell'*incipit* della stessa norma.

Risultata ugualmente improponibile la prospettazione secondo cui la solidarietà *post*-coniugale non possa giungere al punto da legittimare una visione di "*criptoin-*

<sup>13</sup> Si rinvia ancora agli scritti menzionati in note 2, 6 e 7, ma anche alle opere degli Autori citati.

<sup>14</sup> Cfr., tra altri, A. FEDELE, *Art. 23*, in *Commentario della Costituzione* G. BRANCA, Bologna, 1982, 21; l'operatività della norma costituzionale, anche secondo l'elaborazione della Corte delle leggi, sottende ogni obbligazione istituita da un atto di autorità, "senza che la volontà dell'obbligato vi abbia concorso"; in tal senso, testualmente l'*op. cit.*, 32.

<sup>15</sup> Nella sterminata bibliografica, cfr., N. BOBBIO, *Analogia*, in *Novissimo Dig. it.*, I, Torino, 1957, 601; L. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980; N. LIPARI, *Morte e trasfigurazione dell'analogia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 1; R. SACCO, *Interpretazione della legge*, in *Dig. civ.*, I agg., Torino, 2012.

*dissolubilità del matrimonio sul solo versante economico-patrimoniale*"; cosicché lo scioglimento del vincolo coniugale deve considerarsi avere l'efficacia di rescissione di una tale ultrattività, salva la mera assistenza al fine di assicurare l'autosufficienza personale, ove peraltro non risulti al contempo frutto di scelte aliene da un fattivo impegno per il raggiungimento di una tale condizione minimale (impossibilità di procurarsi mezzi adeguati per "ragioni oggettive").

Un tale approdo ermeneutico ed il disvalore frustrante che intrinsecamente contiene, è risultato giustamente smentito, attraverso l'analisi di alcune delle previsioni salienti che attestano l'efficacia ultrattiva del vincolo di coniugio, nonostante il suo scioglimento o cessazione degli effetti. Ma ancor prima, è risultato smentito dal richiamo grandemente pertinente, secondo cui, pur vero che il divorzio estingue il rapporto anche sul piano economico-patrimoniale, legittimamente l'ordinamento prevede diritti e doveri patrimoniali in capo agli artefici della famiglia destrutturata; numerose norme poste a cardine del sistema, con in testa l'art. 29 Cost., ma non meno significativi sono gli artt. 2 e 3 Cost., cui è bene aggiungere anche le ulteriori previsioni di cui agli artt. 30, 31 e 37 Cost., sanciscono che spetta al legislatore disporre misure di protezione per il futuro degli *ex* coniugi che hanno visto naufragare la loro unione, prospettiva peraltro non negata dall'arresto n. 11504 del 2017, che ha inteso solo relegarla nell'angusta prospettiva sostanzialmente alimentare, esaltando il divorzio come una sorta di liberazione dall'altro ed ancor prima di indifferenza per le sue sorti.

La prospettiva in chiave meramente assistenziale, così esasperata, contraddice l'armonia del sistema che il legislatore ha invece avuto cura di disegnare, in particolare attraverso gli artt. 143, 144, ma anche gli artt. 107, 108, 78, 147, 148, 149, 156, 315*bis* e 316*bis*, e l'impianto complessivo della l. div., solo per limitarci a quelle maggiormente rilevanti; rendendo comunque ampia ragione del fatto che se da un lato il matrimonio è un vincolo personale in principio risolubile, frutto di scelta di libertà inviolabile (come la sua instaurazione), d'altro canto, la stessa parità e la stessa dignità dello *status* vissuto impone che i coniugi, coerentemente, escano dal matrimonio nello stesso solco della pari dignità morale e giuridica.

Ciò giustifica senz'altro la residua solidarietà, in funzione perequativa, che quindi non cessa ma si modifica, in senso protettivo del coniuge svantaggiato<sup>16</sup>.

<sup>16</sup> Il rilievo emerge diffusamente in dottrina, tra altri, cfr., M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, Padova, 2015, 183; F. RUSCELLO, *Diritto di famiglia*, Pisa, 2017, 179. Sul versante giurisprudenziale ricorre in tal senso copiosa ed univoca conclusione, in particolare dopo la sistemazione risalente alle Sezioni Unite del 1990, non mancando di rilevare che un tale presupposto riaffiora costantemente, ad esempio, di recente, nelle sentenze di Cass., sez. un., 17 luglio 2014 n. 16379 e n. 16380 (in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 36, con nota di U. ROMA, *Ordine pubblico, convivenza coniugale e pronunce ecclesiastiche di nullità del matrimonio: le sezioni unite suppliscono all'inerzia legislativa con una sostanziale modifica dell'ordinamento*; e l'approfondimento di E. QUADRI, *Il nuovo intervento delle sezioni unite in tema di convivenza coniugale e delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità*, *ivi*, II, 47; inoltre, V. CARBONE, *Risolto il conflitto giurisprudenziale: tre anni di convivenza coniugale escludono l'efficacia della sentenza canonica di nullità del matrimonio*, in *Corr. giur.*, 2014, 1196), che ha sottolineato la valenza delle disposizioni che tutelano i diritti

L'efficacia ultrattiva percorre allora la strada della dignitosa considerazione del vissuto secondo il progetto di vita comune concordato, senza che con ciò possa risultare di pregiudizio ad alcuno, appunto la responsabilità declinata in senso ambivalente conforme al rapporto relazionale.

Questa lettura dell'art. 5, comma 6°, l. div., difatti, ribadendo la fondamentale rilevanza della solidarietà *post*-coniugale, pur senza negare l'importanza che ognuno sia responsabile per se stesso, ed escludendo la finalità semplicistica della ricostituzione del tenore di vita endoconiugale, assolve allora ad una funzione equilibratrice correlata alla singola fattispecie ed integrata, eventualmente anche in chiave compensativa, idonea a riconoscere il ruolo ed il contributo dell'*ex* coniuge svantaggiato, così da assicurare l'adeguatezza di mezzi non solo per sopperire alla loro eventuale mancanza o insufficienza oggettiva, ma anche in relazione al prodursi di effetti vantaggiosi di cui si giovi uno soltanto, con corrispondente pregiudizio unilaterale.

La garanzia è ordinata attraverso l'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, non solo formale ma effettiva, principio rimarcato come centrale, anche per la conferma che discende dal quadro giuridico europeo e convenzionale, con l'efficace precisazione che *"i coniugi hanno eguali diritti riguardo al matrimonio, durante il matrimonio ed in caso di suo scioglimento"*.

L'elemento dell'uguaglianza come quello della salvaguardia dell'unità familiare (la regolamentazione dello scioglimento del vincolo incide all'evidenza sulla conduzione dell'organizzazione familiare, proprio in ossequio al principio di consapevole autoresponsabilità), ne segna la dignità ed impone all'interprete di rimanere all'interno del binario che da un lato esige giusto riconoscimento dell'intero e concreto contesto familiare entrato in crisi, quindi, anche del contributo endofamiliare dato dal coniuge con limitazione delle proprie prospettive individuali su arco temporale significativo; dall'altro, esige che non si trascenda nell'arricchimento ingiustificato di uno a danno dell'altro.

4. L'unica presa di distanza dal criterio cd. del tenore di vita, coincide con l'unico punto di condivisione della svolta del maggio 2017.

Il confronto logico riconosce apprezzamento per il richiamo all'autoresponsabilità dei coniugi<sup>17</sup>, che segna il punto di partenza del medesimo arresto n. 11504 del 2017.

---

che assicurano al coniuge debole il mantenimento successivamente al divorzio, come quella corrispondente a norme di ordine pubblico, individuando ancora nell'art. 29 Cost. il dettame su cui affonda le radici la disciplina della solidarietà *post*-coniugale. Invero, si coglie qualcosa di più che una impressione casuale, in ordine al fatto che la Suprema Corte sembra proprio proseguire nello stesso solco. Su altro versante significativo, ancora esemplificando, cfr. il responso di Corte Cost. 14 luglio 2016 n. 174, in *Foro it.*, 2016, I, 3052.

<sup>17</sup> Canone diffusamente rilevante in materia, come peraltro emerso in punto specifico alla revoca dell'assegno divorzile già riconosciuto in favore dell'*ex* coniuge che in prosieguo di tempo instauri una stabile convivenza familiare, ancorché di fatto, nuovo percorso esistenziale, libero e consapevole, che recide il collegamento con l'anteriore vissuto matrimoniale; si cfr., Cass., sez. I, 3 aprile 2015 n. 6855, in *Giur. it.*, 2015, 2078, con

Nelle scelte esistenziali la libertà di autodeterminazione individuale costituisce il valore portante originario che permea il sistema dei diritti della persona; anche nel rapporto matrimoniale l'autodeterminazione è per sua natura dinamica, comportante sempre un prima, un durante ed un dopo; tale libertà personale costituisce diritto inalienabile, intimamente connesso e condizionato dalla possibilità concreta di poterlo esercitare, tanto che risulta declinabile solo in termini di dignità personale; dignità che evoca per ciò stesso l'autoresponsabilità dei coniugi, in primo luogo come consapevole rispetto dell'altro, secondo la descritta parità morale e giuridica.

Da questa prospettiva le Sezioni Unite rilevano come l'assoluta preminenza della comparazione delle condizioni economico-patrimoniali dei coniugi nel giudizio sul diritto all'assegno periodico che trae titolo dalla sentenza di *status*, ove costituisca il fattore determinante dell'*an debeatur* non collima con la libertà di scelta dignitosa ed autoresponsabile.

In buona sostanza, il criterio cd. del tenore di vita non consente di cogliere il rischio di ingiustificata locupletazione *sine die* del coniuge richiedente, persino in situazioni di piena autonomia od addirittura di agiatezza o di ruolo endofamiliare obiettivamente deresponsabilizzato, comunque scevro da un significativo contributo e/o di pregiudizi connessi allo scioglimento del vincolo matrimoniale.

Da qui la conclusione secondo cui i parametri indicati nell'*incipit* del comma 6°, dell'art. 5, l. div., non possono fungere soltanto da criteri moderatori, partendo dalla disparità di condizioni e sostanze quale massimo tetto ipotizzabile, per poi diminuire questo risultato attraverso la considerazione di tutti od alcuni dei medesimi fattori, sino al possibile azzeramento, secondo l'interpretazione avallata dalla Corte delle leggi, con la sentenza n. 11 del 2015.

Rileva la Corte che in tal modo i criteri determinativi finiscano nei fatti per risultare marginalizzati, con conseguente ingiustificata sottovalutazione proprio del canone dell'autoresponsabilità, evenienza che si presenta maggiormente critica in rela-

---

nota di D. BUZZELLI, *La Cassazione e l'incidenza della convivenza more uxorio sull'assegno divorzile*; ed in *Foro it.*, 2015, I, 1527, con nota redazionale di G. CASABURI; invero, il precedente risulta diffusamente segnalato ed annotato; cfr. anche, in *Fam. dir.*, 2015, 553, con nota di G. FERRANDO, "Famiglia di fatto" e assegno di divorzio. Il nuovo indirizzo della Corte di Cassazione; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 681, con nota di E. AL MUREDEN, *Formazione di una nuova famiglia non matrimoniale ed estinzione definitiva dell'assegno divorzile*; ed in *Corr. giur.*, 2016, 626, con nota di R. GELLI, *Finita la convivenza more uxorio il diritto all'assegno divorzile non rivive*. L'indirizzo si consolidava, con numerosi responsi successivi identici, tra i quali, Cass., sez. VI-1, 9 settembre 2015 n. 17856, in banca dati *Pluris*; Id., 11 gennaio 2016 n. 225, in banca dati *Juris*; Id., 8 febbraio 2016 n. 2466, *ivi*; Id., 29 settembre 2016 n. 19345, *ivi*; Id., 13 dicembre 2016 n. 25528, in banca dati *Pluris*; Id., 22 febbraio 2017 n. 4649, *ivi*; Id., 8 marzo 2017 n. 6009, *ivi*; Id., 22 marzo 2017 n. 7388, *ivi*, che invero estende il principio anche riguardo all'assegno di mantenimento in regime di vita separato; Id., 22 maggio 2017 n. 12879, *ivi*. Sul tema, aggiornato anche in relazione alle implicazioni prodotte dall'entrata in vigore della l. 20 maggio 2016 n. 76, sia consentito rimandare all'ampia recente analisi condotta in G. SAVI, *Nuove convivenze familiari e revoca dell'assegno divorzile*, in *Diritto e Processo*, 2016, 173.

zione al parametro che esige la valutazione dell'apporto fornito dall'*ex* coniuge nella conduzione e nello svolgimento della complessa attività endofamiliare.

Commentando la ridetta svolta della prima sezione civile del maggio 2017 si è tentato di dimostrare che il richiamato metodo, non risultava in principio inidoneo a garantire quella moderazione perequativa alla ricerca della stessa meritevolezza cui mira la sentenza delle Sezioni Unite, ma alla condizione imprescindibile che ci si fosse fatti carico della compiuta ed effettiva analisi della concreta vicenda familiare da regolare nel suo epilogo fallimentare, riconoscendo al contempo che effettivamente numerose erano le insidie pratiche, fatte evidenti dalle troppe prassi distorsive emerse, dalle scorciatoie inaccettabili, dalla mancanza di consapevolezza, *etc.*

Questa la vera evoluzione segnata dalle Sezioni Unite: d'ora in avanti le Corti di merito non potranno considerare quei fattori sino ad oggi qualificati fattori di moderazione del caso concreto, enumerati dal ridetto comma 6°, dell'art. 5, l. div., come ad efficacia meramente eventuale, in seconda battuta a mero "aggiustamento" del risultato determinato in virtù del cd. tenore di vita goduto o fruibile in costanza della convivenza coniugale, secondo l'unico rilievo della comparazione delle condizioni economico-patrimoniali.

Tali fattori devono invece incidere tutti, senza l'anteposizione pregiudiziale ed assorbente richiamata, che relega in posizione subordinata gli altri, appunto unitariamente con l'indicata valenza logica equiordinata.

L'imposizione irrinunciabile di questa valutazione concreta e precipua, quale unico metodo reputato fedele alla norma positiva ed idoneo ad impedire risultati inaccettabili, evidentemente è stata ritenuta soluzione che meglio garantisce la considerazione concreta dei valori effettivamente rilevanti, facendo emergere il convincimento per cui la sola correzione del metodo utilizzato dalla giurisprudenza per lungo tempo, in applicazione del cd. criterio del tenore di vita, non era sufficiente a dissipare le insidie di nuove prassi similmente distorsive o, se si vuole, "spiccie".

**5.** Giunti a questo risultato di principio le Sezioni Unite ne hanno tratto le conseguenze concrete.

Resta difatti da analizzare come si struttura il nuovo percorso decisorio, che presenta indubbiamente dei passaggi logici progressivi, secondo un quadro che può fissarsi almeno nei seguenti termini:

- a) Le Sezioni Unite non potevano che prendere le mosse dall'inquadramento primo della singola fattispecie, costituito dall'accertamento della sussistenza di una disparità di condizione economico-patrimoniale tra le parti; questa valutazione comparativa è basilare e logicamente anteposta all'ulteriore disamina compiuta, siccome solo l'evenienza di una disparità di condizioni dei coniugi all'atto dello scioglimento fa insorgere la questione, cioè l'esigenza solidaristica stessa, in chiave perequativa; non sembra potersi dubitare che rilevano sia il reddito come ogni altra utilità economicamente valutabile delle parti, atteso che oltre alla dizione



“reddito di entrambi”<sup>18</sup>, la norma esordisce con “tenuto conto delle condizioni dei coniugi”, riferendosi poi anche al “patrimonio di ciascuno o di quello comune”; tale portato è conforme alla consolidata interpretazione dell’art. 5, comma 6°, l. div.<sup>19</sup>; la Corte sottolinea da un lato la significativa importanza che assume l’accertamento dell’effettiva posizione economico-patrimoniale delle parti, anche attraverso il legittimo ricorso alle indagini di Polizia tributaria previsto dalla stessa norma, al comma 9°, nonostante la disponibilità del diritto in contesa; mentre, d’altro canto, sottolinea la particolare rilevanza delle capacità reddituali proiettate al futuro siccome si deve aver riguardo all’impossibilità per il coniuge richiedente di poter colmare autonomamente l’inadeguatezza di mezzi per ragioni oggettive; questa valutazione può intersecarsi nel concreto con le esigenze della prole non autosufficiente ed in particolare di quella in età minore, il cui accudimento può riflettere maggiori ostacoli di realizzazione lavorativa e professionale dell’ex coniuge nella sua veste di genitore collocatario (ed ancor più ove affidatario in via esclusiva); inoltre, secondo il corrente rilievo per cui la disgregazione familiare comunque impoverisce tutti i suoi membri, rilevante può risultare il godimento della ex casa familiare per effetto dell’eventuale provvedimento di assegnazione in uso al genitore collocatario non proprietario (o non proprietario esclusivo), comportando sacrificio dell’uno e corrispondente vantaggio indiretto dell’altro, senz’altro apprezzabile nel suo significato economico; le evenienze concrete sono ad ogni modo le più ampie e diversificate, cosicché, ad esempio, risulta scontato come l’acquisto di beni e sostanze patrimoniali comunque conseguite dal coniuge svantaggiato durante il rapporto, sia per effetto del regime patrimoniale della comunione dei beni, come pure per effetto di ogni possibile atto dispositivo posto in essere dall’altro in suo favore, assuma un peso di primaria importanza, anche nell’ottica della funzione “compensativa” di cui *infra*;

- b) proseguono le Sezioni Unite, rilevando che l’eventuale disparità di condizione economico-patrimoniale tra gli ex coniugi, deve risultare “rilevante”; il significato di questa qualificazione quantitativa, che spetterà alla giurisprudenza di merito circoscrivere, non sembra potersi relegare come a tutela dei soli casi ove gli scostamenti risultano minimi; la qualificazione sembra invece protesa ad individuare una soglia che possa apparire significativa, onde giustificare l’imposizione della peculiare obbligazione costituita dall’assegno periodico, stante anche la natura in genere non esattamente fissa e costante dei redditi correnti; una divergenza che

<sup>18</sup> Opportuno rimarcare come la comparazione deve avere riguardo ai dati omogenei del reddito corrente netto di ognuno, come da ultimo precisato dalla stessa Corte di legittimità; cfr., Cass., sez. I, 14 gennaio 2019 n. 651, in banca dati *Pluris*.

<sup>19</sup> Cfr., tra altri, G. BONILINI - F. TOMMASEO, *Lo scioglimento del matrimonio. Art. 149 c.c. e L. 1° dicembre 1970, n. 898*, in *Commentario cod. civ.* SCHLESINGER-BUSNELLI, Milano, 2010, 614; A. TOTARO, *Gli effetti del divorzio*, in *Trattato dir. fam.* ZATTI, I, II, Milano, 2011, 1641; G. BONILINI - A. NATALE, *L’assegno post-matrimoniale*, in *Trattato di dir. fam.* BONILINI, Torino, 2016, III, 2900.

non assuma, in termini assoluti e/o in termini percentuali, uno scostamento significativo non potrà mai dichiararsi “rilevante”, cioè considerevole; se si passa all’esemplificazione concreta, diciamo quella di massa nel suo segmento che sembra più vicino a criticità (la casistica dei coniugi meglio dotati di risorse ed in condizione di forte disparità risulta di agevole soluzione sul punto trovando importante limitazione per effetto dell’abbandono del criterio cd. del tenore di vita), il differenziale tra un *ex* coniuge che gode di uno stipendio mensile di €. 3.000,00=, rispetto all’altro che gode di uno stipendio mensile di €. 1.500,00= risulta pari al 50%, perciò considerevole sia in termini assoluti che percentuali; ma se il primo si troverà privato del godimento della casa di cui è proprietario (per effetto dell’assegnazione in uso all’altro, quale genitore collocatario di prole non autosufficiente) e giocoforza deve procurarsi il godimento di altra abitazione a titolo oneroso per sopperire allo stesso dignitoso bisogno (che dovrebbe perciò risultare di una certa omogeneità), ecco che il differenziale vede un secco ridimensionamento del primo che scende ad €. 2.500,00= mensili (ove il canone locativo corrisponda ad €. 500,00= mensili) ed al contempo un miglioramento del secondo che sale ad €. 2.000,00= (ove il valore locativo risulti simile); a questo punto il differenziale tra l’uno e l’altro si riduce alla somma di soli €. 500,00= in termini assoluti, che all’evidenza perde della qualità “rilevante”, mentre in termini percentuali il differenziale è pari soltanto a  $\frac{1}{5}$ ; tanto più risulta evidente la marginalità differenziale in parola nel caso che lo stesso *ex* coniuge con maggiore reddito sia chiamato a contribuire al mantenimento della prole non convivente attraverso misura perequativa mensile corrisposta al coniuge/genitore convivente, attese le note economie tipiche del convivere nel quotidiano (utenze, vitto, *etc.*). Suffraga comunque il convincimento appena espresso il rilievo, invero fondamentale, per cui una disparità così connotata non attenta certo alla dignità degli *ex* coniugi, tanto più se la condizione economico-patrimoniale svantaggiata, rilevata al momento dello scioglimento del vincolo, non risulta in nesso causale con i compiti endofamiliari concordemente assunti come meglio si vedrà *infra*, magari per cause originarie, ovvero nell’ipotesi che addirittura ricorra violazione di questo o quel dovere matrimoniale o genitoriale, condotta indebita da cui abbia preso causa la crisi che ha prodotto la destrutturazione della famiglia;

- c) la sussistenza di un divario economico rilevante, all’atto dello scioglimento del matrimonio, deve poi superare la coincidente verifica da condursi in ordine alla possibilità da parte dell’*ex* coniuge richiedente di colmare autonomamente la rilevata inadeguatezza di mezzi, attraverso il consolidamento od il recupero delle proprie capacità reddituali, il che impone l’allegazione e la prova dell’impegno fattivo in tal senso profuso; giudizio prognostico sulle potenzialità personali che se da un lato risponde al ridetto principio di autoreponsabilità, dall’altro, deve considerare la concreta possibilità di recuperare adeguato collocamento sul mercato del lavoro, rispetto al quale incidono il fattore età e la salute, ma anche la

durata dell'impegno endofamiliare (che invero può risultare necessario anche dopo il divorzio in relazione alle necessità di cura della prole in diretta connessione del regime di affidamento statuito, ove risulti esclusivo o comunque per il ricorrere di un ruolo genitoriale prevalente) e le capacità obiettive; la chiamata all'impegno che questa verifica sottende evoca anch'essa i fondamenti del coniugio (i noti doveri di collaborazione e contribuzione costituiscono portato inconfutabile), che di certo non tollera le condotte deresponsabilizzate, ma sulla base di una ragionevolezza concreta e ponderata, appunto secondo la regola dell'uguaglianza morale e giuridica, in una parola, in conformità alla dignità matrimoniale; in ciò risiede il carattere oggettivo delle ragioni che impediscono l'autonomo superamento dello squilibrio; per concretizzare un esempio ostativo per evidente difetto della coincidente condizione in parola, si pensi al caso dell'*ex* coniuge che ha interrotto, o modificato in senso riduttivo, volontariamente la propria attività lavorativa in epoca prossima alla crisi del rapporto, con decisione assunta unilateralmente o contro la volontà dell'altro;

- d) a questo punto la Suprema Corte, sul presupposto del rilevante squilibrio accertato nei sensi appena ripercorsi, non colmabile o colmabile solo parzialmente dal richiedente per ragioni oggettive, impone come imprescindibile, una rigorosa analisi di correlazione e confronto con tutti gli altri parametri certi, parimenti rilevanti<sup>20</sup>, enumerati dall'art. 5, comma 6°, l. div., di cui si è discusso nei precedenti punti; questo stadio valutativo si profila come saliente oltre che denso di maggiori difficoltà processuali, in particolare sotto il profilo delle allegazioni e della prova; la direttiva impressa è quella della concreta verifica dei tratti che hanno caratterizzato l'unione, con peculiare attenzione alla sua evoluzione nel tempo di durata del rapporto e perciò delle scelte di conduzione della vita familiare, adottate e condivise in costanza di matrimonio; tutti i fattori debbono verificarsi in tale ottica, con valenza equiordinata, mentre il fattore di durata del rapporto e, quindi, per logica connessione, l'età raggiunta dall'*ex* coniuge richiedente che versi nella detta posizione di rilevante svantaggio, assurge a "cruciale importanza", incidendo, secondo regola d'esperienza indubitabile, per la futura condizione di vita degli *ex* coniugi, insomma una cartina di tornasole; ma, non basta; si aggiunge, con particolare sottolineatura, che l'evenienza non infrequente, per cui uno degli *ex* coniugi abbia apportato alla realizzazione della vita familiare un contributo personale tale da aver sacrificato totalmente o parzialmente la propria realizzazione personale, le proprie aspettative lavorative, professionali ed economiche, secondo concorde indirizzo della condivisione esistenziale instaurata con il coniugio, assume un peso specifico particolarmente significativo, tale da

<sup>20</sup> Sino ad oggi, come già sottolineato, è risultato prevalente il canone della scelta discrezionale di questo o quel parametro, seppur principalmente valorizzato - in sede di determinazione - soltanto quello della comparazione delle condizioni economiche delle parti; cfr., tra molteplici, a titolo esemplificativo, le recenti, Cass., sez. I, 20 febbraio 2018 n. 4091, in banca dati *Juris*; e Cass. sez. VI-1, 18 novembre 2016 n. 23574, *ivi*.

legittimare una perequazione anche in senso compensativo per la spendita di questo “capitale umano”, di cui l’altro si è al contempo obiettivamente avvantaggiato; viene esplicitamente chiarito che il coniuge che abbia acquisito maggiori capacità reddituali e professionali grazie all’apporto fornito ed ai sacrifici sopportati dall’altro, viepiù se l’impegno familiare si è strutturato su lungo arco temporale e/o per la crescita dei figli, deve trovare riconoscimento in guisa da proteggere chi quel contributo abbia dato e si ritroverebbe suo malgrado in condizione pregiudicata; il profilo può rilevare proprio come contributo alla formazione del patrimonio sia esclusivo che comune, al pari dell’eventuale contribuzione economica in senso stretto; la ricerca di riequilibrio risulta significativa già nel linguaggio, richiamando i valori sottesi e situazioni altrimenti connotate persino in termini di iniquità; difatti, un ruolo endofamiliare preponderante, tutto proteso alla conduzione familiare, evoca dedizione personale, quindi, spirito di sacrificio, che può incidere profondamente dopo la fine dell’unione matrimoniale, proprio sotto il profilo economico-patrimoniale da rivolgere prospetticamente al futuro, pur costituendo il frutto di decisioni concordate dai coniugi, libere e responsabili, come prefigurate nella regola prima di cui all’art. 144 c.c.<sup>21</sup>;

- e) se dunque l’analisi progressiva della singola fattispecie evidenzia una disparità di condizione economico-patrimoniale rilevante, se questo divario non risulta superabile autonomamente dal richiedente l’assegno per ragioni oggettive, il Giudice si trova infine di fronte ad ulteriore verifica: deve acclarare che tale portato sia connesso causalmente con le scelte fatte in costanza di convivenza; deve cioè verificare se sussiste o meno un nesso eziologico tra la condizione di pregiudizio che si produce in capo al coniuge richiedente al momento dello scioglimento del vincolo con lo sguardo rivolto al futuro e le scelte che hanno caratterizzato la convivenza familiare, viepiù se in termini di vero e proprio sacrificio personale nell’interesse dell’altro e della famiglia; tutti i fattori relazionali/contributivi di riferimento enumerati nell’*incipit* del comma 6°, dell’art. 5, l. div., concatenati ed unitariamente rilevanti, debbono apprezzarsi in tal senso, confermando la meritevolezza della protezione solidaristica riconosciuta dalla norma, in funzione perequativa ed eventualmente compensativa;
- f) superata positivamente anche tale verifica il Giudice riconosce un assegno divorzile, ma la sua misura pur da determinarsi in termini correlati all’intero contesto della famiglia disgregatasi non può avere come termine di paragone - da colmare - il tenore di vita coniugale (tanto meno quello potenziale), ma non può avere come termine di paragone neppure la frustrante assicurazione della mera autosufficienza economica personale del richiedente; all’interno di questo ampio binario sono i ridetti fattori enumerati dalla norma a rilevare per l’individuazione dei termini di adeguatezza concreta rispetto alla specificità dell’unione, alle scelte

<sup>21</sup> Cfr., tra altri, M. PARADISO, *I rapporti personali tra coniugi*, Artt. 143 - 148, in *Commentario cod. civ.* SCHLESINGER-BUSNELLI, Milano, 2012, 170 ss.

operate, all'impegno profuso ed al contributo apportato alla realizzazione della vita familiare, sino al vero proprio sacrificio delle legittime aspettative di realizzazione personale ed economica.

*Si parva licet*, ammettendo che anche il giurista possa occasionalmente utilizzare un linguaggio informale ma efficace, sembra evidente che la norma positiva che regola l'assegno *post*-coniugale, rettammente interpretata, "non regala niente a nessuno", mentre il "meritato" riconoscimento a salvaguardia della dignità matrimoniale presuppone un positivo vaglio frutto di ardue dinamiche processuali.

Come si coglie a piene mani, trattasi di un percorso decisorio davvero complesso, siccome proteso alla ricerca della Giustizia del caso concreto, tutta tesa al rinvenimento degli elementi di meritevolezza della protezione solidaristica *post*-matrimoniale. D'altronde, non risultano più ammissibili casi in cui, da un lato, l'assegno divorzile è riconosciuto in favore di chi versa in condizione personale già estremamente agiata ovvero nonostante un rapporto effimero; e, dall'altro lato, ove riconosciuto, massivamente relegato nella sostanza in anguste determinazioni, secondo una tipica funzione tendenzialmente "alimentare".

L'abbondante esposizione motiva della sentenza e le stesse parole di commento qui spese nell'immediatezza pur volutamente limitate allo schematico, sembrano come circonvolute, quasi a correre il rischio di finire per indurre una qualche confusione; invero, è solo una impressione di prima lettura, essendosi ricercata una complessiva chiave di soluzione razionale, compiuta e definitiva, in una materia ove la molteplicità delle esperienze concrete, appunto tra quel singolo uomo e quella singola donna, sono davvero innumerevoli, mentre la norma che vi presiede deve essere in grado di risolvere tutte le fattispecie, nessuna esclusa.

Ciò significa che l'elemento delle difficoltà concrete di un giudizio sì fatto, come appena ripercorso e solo per sommi capi di mero orientamento iniziale, emerge fortemente anche in chiave di preoccupazione operativa, rendendo ad esempio chiarissimo che tali controversie debbono riservarsi a Corti e, prima ancora, ad Avvocati, di rango specialistico, esigenza non più rinviabile.

Da qui anche la constatazione che il nostro ordinamento appare maturo ad ammettere che l'esercizio dell'autonomia negoziale dei coniugi possa fare ulteriore passo avanti, abilitando i nubendi a fissare già al momento del matrimonio i patti che presiederanno alla soluzione dell'eventuale crisi del rapporto.

Nell'attesa, dovendo tutti rimanere fedeli alla norma positiva, come all'autorevole richiamo delle Sezioni Unite, non mancano certo i dubbi e le perplessità, diciamo le prime che subito si affollano nelle riflessioni.

Sembra sorgere all'impronta qualche ragionevole perplessità, indotta dal recupero della chiave "compensativa", quale possibile componente funzionale dell'assegno divorzile.

L'interrogativo che sembra affacciarsi può essere così formulato: la Suprema Corte nel suo chiaro intendimento di disapplicare qualunque automatismo, ha finito per discriminare ovvero per segnare una gerarchia tra i vari fattori certi di paragone

enumerati dalla norma? In connessione, non v'è contraddizione tra il principio secondo cui tutti i criteri debbono incidere con valenza equiordinata e l'altra secondo cui la componente compensativa per gli eventuali "sacrifici matrimoniali" assume particolare importanza?

Si reputa però che una tale impressione sia da scartare.

I Giudici del merito debbono cogliere il radicale cambio di visuale o, se si vuole, l'essenza autentica dell'insegnamento loro fornito dalle Sezioni Unite, secondo cui il riconoscimento dell'assegno *post-coniugale* passa solo attraverso la valutazione complessiva e comparata della condizione delle parti: partendo dal dato obiettivo al momento della celebrazione del matrimonio e cogliendo parimenti il dato finale al momento dello scioglimento del vincolo, sono i comportamenti tenuti in costanza di matrimonio a risultare decisivi per il riconoscimento e la determinazione della misura di protezione; l'evenienza ulteriore del ricorrere addirittura di "sacrifici matrimoniali" che pregiudicano il futuro dell'*ex* coniuge, risponde invero alla stessa logica di meritevolezza, cogliendo solo un tratto specifico particolarmente significativo (*si licet*, ancor più meritevole) e null'altro; non ponendosi in contrapposizione con gli altri criteri si spiega la coerenza del tessuto motivo della Suprema Corte.

I fattori di riferimento enumerati al comma 6°, dell'art. 5, l. div., allora sono e restano tutti unitariamente rilevanti ed equiordinati. Ciò segna importante rettifica dell'interpretazione tesa a predicare la secondaria influenza di questo o quel parametro, quale principalmente quello delle "ragioni della decisione"<sup>22</sup>.

Certo non può escludersi che nel singolo caso si rinvenivano fattori *pro* e fattori *contro*, l'uno positivo e l'altro negativo per la conclusione di meritevolezza della protezione o comunque della sua biunivoca adeguatezza determinativa; tanto per intenderci, le "ragioni della decisione" potrebbero stagliarsi in recisa contrapposizione con l'eventualità di "sacrifici matrimoniali", oppure sussistere sacrifici reciproci di ardua "pesatura"; ma questo non muta che entrambi tali fattori debbano essere valutati, unitamente a tutti gli altri, traendone la conclusione ponderata di prevalenza in un senso o nell'altro, come accade in ogni apprezzamento di merito.

E' vero che questi fattori, seppur anteriormente qualificati fattori di moderazione o ponderazione rispetto al cd. tenore di vita coniugale, che costituiva l'apice monetario astratto di partenza (dato che attraverso l'analisi di tali fattori serenamente può persino azzerarsi), risultavano nei fatti sostanzialmente inapplicati e comunque calati con grande riluttanza nei singoli casi di specie, come evidenziato nell'occasione

<sup>22</sup> Cfr., G. BONILINI - F. TOMMASEO, *Lo scioglimento del matrimonio. Art. 149 c.c. e L. 1° dicembre 1970, n. 898*, in *Commentario cod. civ.* SCHLESINGER-BUSNELLI, Milano, 2010, 617; G. BONILINI - A. NATALE, *L'assegno post-matrimoniale*, in *Trattato dir. fam.* BONILINI, Torino, 2016, 2910; posizione non condivisa da G. GIACOBBE - P. VIRGADAMO, *Separazione personale e divorzio*, in *Trattato dir. civ.* SACCO, Torino, 2011, 3, II, 67. Cfr. anche, P. ZATTI, *La legge sul divorzio: contenuto e spunti problematici*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, II, 47. Sul versante giurisprudenziale, cfr., a titolo esemplificativo, Cass., sez. I, 22 novembre 2000 n. 8233, in banca dati *Pluris*; utile inoltre confrontare l'arresto di Cass., sez. un., 26 aprile 1974 n. 1194, in *Giust. civ.*, 1974, I, 995, seppur anteriore alla riforma della l. div.

del commento della svolta della prima sezione civile del maggio 2017, ma è proprio questa l'essenza fluida da cui non si può più prescindere.

Non è peraltro fuori luogo osservare come, a proposito dell'eventuale ricorrenza dei "sacrifici matrimoniali", se è vero che la Corte ha avuto l'obiettivo di tutelare giustamente sia il coniuge che lavora come quello dedito all'attività domestica complessivamente intesa, ciò non toglie che il Giudice del merito deve pur sempre acclarare che di sacrificio si sia trattato realmente. Quest'ultimo inciso ci consente peraltro di evidenziare il caso, non infrequente, secondo cui tutti i fattori di riferimento elencati nella norma stessa non risultino di alcun particolare significato da poter coniugare nei ridetti termini di meritevolezza, rimanendo solo la condizione di disparità rilevante (od addirittura la totale assenza di redditi e sostanze in capo al richiedente), nell'impossibilità di colmarla per ragion oggettive; la solidarietà *post-coniugale* in questo caso si staglierà solo su questo elemento, ma ovviamente per assicurare una misura solidaristica in termini di mera salvaguardia della dignità matrimoniale.

Tutto ciò sta anche a significare che la lucida sentenza in commento non si presta affatto ad illusioni prospettiche, o meglio, a poterci legittimamente vedere ciò che ognuno vorrebbe vederci.

Merita comunque una precisazione la dizione testuale "sacrificio" utilizzata dalla Corte; in verità, l'espressione non collima con la natura del rapporto matrimoniale armonicamente attivo: le condotte che trovano causa nei legami affettivi di coppia in principio non costituiscono "sacrificio" (cd. *affectionis vel benevolentiae causa*); tuttavia, appare agevole intendere la sostanza dell'esaltazione motiva adottata dalla Suprema Corte, quale "impegno concreto dato con abnegazione", cioè con "spirito di sacrificio", precisione espressiva che però non muta certo i termini della ridetta valutazione ponderata del regime *post-coniugale*.

**6.** Le Sezioni Unite pongono qualche cenno a proposito del riparto dell'onere probatorio.

E' ben evidente che il ruolo degli Avvocati assume un connotato critico, siccome il percorso valutativo sopra descritto esige grandissimo impegno, da approfondire nella ricostruzione dei tratti di vita concreta della coppia, circostanze spesso custodite all'interno delle mura domestiche, viepiù ove la convivenza si è strutturata sulle connaturate evoluzioni che inevitabilmente caratterizzano i rapporti di lunga durata, magari con più figli, od anche su più decenni, o vicissitudini similari.

Le Sezioni Unite stesse si esprimono consapevolmente affermando che si potrà e dovrà inevitabilmente ricorrere alla prova per presunzioni.

Questo però non toglie che l'opera allegativa prima e quella probatoria poi, debbano risultare particolarmente attente, vaste e specifiche, dovendo acquisirsi tutti gli elementi utili che qui occupano; inoltre, una tale attività è da espletarsi opportunamente già per la fase presidenziale, in tutti quei casi in cui si intenda domandare l'anticipazione di provvedimenti temporanei e urgenti, ai sensi dell'art. 4, comma 8,

l. div., magari a modificazione od integrazione dei provvedimenti vigenti in regime di separazione personale (non raro il caso in cui neppure sussista una previsione di mantenimento *ex art.* 156, commi 1° e 2°, c.c., in sede di separazione e venga invece domandato l'assegno divorzile, stante le ontologiche diversità tra l'una e l'altra posizione di diritto). L'inciso ci consente di segnalare come l'assegno *post-coniugale* prende titolo dalla sentenza di *status* e sino a questo momento vige comunque il regime dettato in sede di separazione personale<sup>23</sup>, ragione per cui l'eventuale anticipazione, in via temporanea ed urgente, pur astrattamente possibile salvo il regolamento definitivo che poi dovrà farne la sentenza, dovrebbe limitarsi, come indica la norma, all'eccezionale ipotesi secondo cui risulti "strettamente necessario".

Il riparto dell'onere probatorio non si colloca in senso difforme rispetto alla regola generale, salva l'espansione dei poteri officiosi in relazione all'accertamento della disparità rilevante tra le condizioni economico-patrimoniali delle parti, di cui al comma 9°, dello stesso art. 5, l. div. - ricorso ad indagini anche di Polizia tributaria<sup>24</sup> -, sui quali la sentenza si sofferma con una certa pregnanza di significato; in verità, la sottolineatura sarebbe propriamente coerente soltanto con la natura solidaristica della protezione prefigurata dalla norma; difatti, anche a voler prescindere dalla disponibilità del diritto, è stata esclusa la sua natura prettamente assistenziale. Ad ogni modo, non sembra potersi enucleare una contraddizione insanabile tra l'evenienza dell'integrazione probatoria officiosa in parola (che assiste la parte svantaggiata) ed il rigore motivo con cui la Suprema Corte richiama le parti all'assolvimento dell'onere probatorio; pur tenendo presente l'importante facoltà della parte di accedere direttamente alle banche dati tenute con modalità telematiche, per la ricerca di possidenze patrimoniali, ai sensi dell'art. 155 *sexies*, disp. att. c.p.c., recentemente introdotto.

Dall'ordinario riparto dell'onere della prova *ex artt.* 2697 c.c. e 115 c.p.c., salva l'eventuale attivazione dei detti poteri officiosi, deriva che il coniuge richiedente è onerato della prova di tutti gli elementi costitutivi necessari all'accoglimento della domanda; anche il ricorso alla prova per presunzioni deve comunque trovare i suoi fisiologici punti fermi di partenza.

Tuttavia, nell'ipotesi in cui il coniuge richiesto della prestazione *post-coniugale*, non intenda limitarsi alla contestazione allegativa e alla prova contraria, seguendo in tal guisa l'impostazione circostanziata dal richiedente, ma intenda fornire anche la

<sup>23</sup> Regime che difatti si estingue con il passaggio in giudicato della sentenza di *status* divorzile; la questione non vede una quantità di precedenti, attesa l'ovvietà del principio connaturato allo *status* coniugale in regime di vita separata *ex art.* 156 c.c.; cfr. ad ogni modo, Cass., sez. I, 13 maggio 2011 n. 10648, in banca dati *Juris*; Id., 1° agosto 1986 n. 4915, in *Giust. civ.*, 1987, I, 2929; App. Genova, 17 luglio 1996, in *Dir. fam. pers.*, 1999, 88, con nota di M. SCARABELLO, *In tema di conseguenze patrimoniali della sentenza non definitiva di divorzio*; Trib. Reggio Calabria, 3 novembre 2003, in *Giur. merito*, 2004, 220. Da ultimo, cfr. l'univoco convincimento, reso in sede di reclamo avverso l'Ordinanza presidenziale *ex art.* 4, l. div., di App. L'Aquila, 4 ottobre 2018, in banca dati *Pluris*.

<sup>24</sup> Cfr., tra altri, G. BONILINI - F. TOMMASEO, *Lo scioglimento del matrimonio. Art. 149 c.c. e L. 1° dicembre 1970, n. 898*, in *Commentario cod. civ.* SCHLESINGER-BUSNELLI, *op. cit.*, 759.



prova diretta del “fatto contrario”, queste iniziative costituiscono dinamiche di scelta e strategia processuale che ovviamente comportano il correlato onere probatorio, pertanto, questo non potrà che risultare modulato in conformità.

Particolarmente significativa risulterà allora l'allegazione e la prova del fatto contrario che possa dimostrare come la disparità economico-patrimoniale non trova origine nei “sacrifici matrimoniali”, bensì ad esempio in condotte disimpegnate.

Il punto in questione delle difficoltà allegative e probatorie, sollecita invero una riflessione che può risultare rilevante; fermo il fatto che allo stato delle cose il nostro ordinamento non ammette la valida stipulazione di pattuizioni cosiddette *pre-matrimoniali*<sup>25</sup>, sappiamo che le convenzioni matrimoniali sul regime patrimoniale della famiglia non possono derogare né ai diritti, né ai doveri che nascono dal matrimonio (art. 160 c.c.); di contro, le intese correnti e duttili con cui i coniugi concordano tra loro l'indirizzo della vita familiare, oggetto nel quale tipicamente rientra la conduzione della famiglia nel quotidiano, secondo la regola aurea prefigurata nel fondamentale art. 144 c.c. (meglio, nei limiti ivi sanciti, la ricerca dell'accordo corrisponde ad un preciso dovere coniugale), possono validamente attestarsi per iscritto; sia attraverso atto bilaterale che unilaterale, con dichiarazioni che esprimano o consentano di ricostruire meglio la volontà dell'uno, dell'altro o di entrambi; una evidenza pattizia di tal fatta che provi l'incontro del comune volere, consente anche di far risultare le evoluzioni prodottesi in prosieguo di tempo, attesa la naturale instabilità o, se si vuole, la temporaneità di tali intese, esposte a continue modificazioni od aggiustamenti; cosicché, ai nostri fini, l'evidenza documentale può risultare idonea ad assumere valore probatorio, che certamente può agevolare l'istruttoria, altrimenti affidata alle maggiori incertezze della prova costituenda.

Questa non è peraltro la sola riflessione che si può cogliere utilmente; difatti, sul fronte strettamente processuale, emerge l'importanza dell'audizione personale dei coniugi<sup>26</sup>, quantomeno durante il confronto prefigurato innanzi al presidente del tribunale, all'esordio del giudizio, che impone la comparizione personale delle parti (art. 4, comma 7°, l. div.); questo momento può risultare preziosa occasione atta ad acquisire un quadro almeno sommario, seppur il suo valore probatorio non si eleva oltre una sostanza indiziaria, direttamente dalla voce degli artefici del coniugio disgregatosi.

<sup>25</sup> Cfr., *ex pluribus*, Cass., sez. I, 21 dicembre 2012 n. 23713, in *Giur. it.*, 2013, 1795. Si veda anche, Cass., sez. I, 13 gennaio 2017 n. 788, in *Foro it.*, 2017, I, 1286. Tuttavia non è da trascurare la contraria tesi minoritaria, sostenuta in particolare da G. OBERTO, da ultimo con peculiare sintonia a quanto qui in discorso, in *Fam. dir.*, 2014, 88, *Suggerimenti per un intervento in tema di accordi preventivi sulla crisi coniugale*; Id., *Gli accordi prematrimoniali in cassazione, ovvero quando il distinguishing finisce nella haarspaltemaschine*, *ivi*, 2013, 323.

<sup>26</sup> Cfr., G. SAVI, *Audizioni personali ed ascolto del minore*, in *Avv. fam.*, 2015, n. 3-4, p. 36; Id., *Nonni e nipoti minorenni: dalla supplenza intrafamiliare al diritto a mantenere rapporti significativi*, in *Dir. fam. pers.*, 2015, 574.

7. L'art. 9, comma 1°, l. div., riconosce il diritto di domandare in ogni tempo, su istanza di parte, la revisione del giudicato che contiene la previsione dell'assegno *post-coniugale*, di durata vitalizia<sup>27</sup>.

Il presupposto è testualmente sancito con la dizione: “*Quando sopravvengano giustificati motivi dopo la sentenza ...*”.

L'interpretazione consolidata reclama la sopravvenienza di fatti circostanziali idonei ad influire sul quadro valutativo a base dell'accertamento conclusosi con la sentenza divorzile, segnando certamente indifferenza rispetto ai mutamenti di indirizzo giurisprudenziale.

Ora ci troviamo nuovamente al cospetto di un cambio di indirizzo e l'effetto su una massa di statuizioni che sono titolo di obbligazioni periodiche che proseguono nel tempo, assume nei fatti una certa gravità obiettiva.

Già dopo la svolta del maggio del 2017 si presentò rudemente questa stessa problematica e persino la giurisprudenza della Corte di Cassazione esprimeva senso di incertezza, giungendo però infine alla considerazione secondo cui la nuova interpretazione della norma poteva incidere, ma solo alla condizione imprescindibile che la riconsiderazione della situazione potesse legittimamente fondarsi sulla sopravvenienza di un fatto idoneo a modificare il quadro delle circostanze sostanziali su cui si era formato il giudicato<sup>28</sup>, appunto allo stato delle cose<sup>29</sup>, secondo la nota clausola di salvaguardia in materia espressa con il brocardo *rebus sic stantibus*.

E' vero che la norma esige soltanto la sopravvenienza di “*giustificati motivi*”, ma salvo che non si voglia percorrere la via dell'integrale risistemazione dell'istituto, secondo prospettazione della dottrina processual-civilistica che dovrebbe proporre *ex professo* le nuove basi sistematiche, magari partendo dal rilievo che l'obbligazione periodica si compone di tante, diverse, obbligazioni singole, rispetto a quelle anteriori ed a quelle future (e qui rilevarebbero solo queste ultime), appare arduo prospettare una soluzione che prescindia dal concetto stesso di cosa giudicata come idonea a coprire “il dedotto ed il deducibile”; ragione per cui la diversa interpretazione della norma che può fondare o meno un diritto soggettivo rientra negli oneri allegativi di chi agisce in giudizio, esposto come tale alle scelte operate.

Tuttavia, *quid iuris* nei casi in cui la parte che abbia agito in giudizio affidandosi ragionevolmente all'interpretazione operata dal Collegio all'apice del potere giurisdizionale, cui è attribuita la specifica funzione nomofilattica, ribaltato il giorno dopo?

Tra gli scenari apertisi, non è da trascurare il fatto che tutti i contenziosi pendenti presenterebbero quantomeno una istruttoria erratica o, nella migliore delle ipote-

<sup>27</sup> C.M. BIANCA, *Diritto civile*. 2.1. *La famiglia*, Milano, 2014, 289.

<sup>28</sup> Cfr., l'iniziale indirizzo di Cass., sez. I, 22 giugno 2017 n. 15481, in banca dati *Pluris*, poi corretto con il successivo arresto di Cass., sez. I, 26 gennaio 2018 n. 2043, in *Fam. dir.*, 2018, 324.

<sup>29</sup> Cfr., R. CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, Milano, 1991. Rilevante interesse ha suscitato in tema, Cass., sez. I, 18 settembre 2013 n. 21331, in *Dir. fam. pers.*, 2014, 111, con nota di M. CANONICO, *Nullità matrimoniale e pretesa sopravvivenza dell'assegno divorzile*.

si, incompleta, avendo le parti fatto affidamento sul “diritto vivente” o sul radicale mutamento emerso nel maggio 2017, non conforme o solo parzialmente conforme rispetto al responso delle Sezioni Unite in commento.

Come cennato, i “*giustificati motivi*” rilevanti ai fini dell’accoglimento di una domanda di revisione delle condizioni divorzili, in virtù della natura del giudicato, soggetto appunto all’eccezionale rimedio della “revisione” in forza del mutamento delle condizioni soggettive delle parti, rispetto alla ricognizione comparativa già scrutinata, o meglio, rispetto alle condizioni sussistenti sino al momento in cui si è prodotta la preclusione deduttiva nel procedimento che ha condotto alla statuizione resa, sono stati intesi, da granitica giurisprudenza di legittimità, sempre ed esclusivamente come “circostanze di fatto”. Ben noto, rispetto ad una “patologia” *post-matrimoniale* da accertarsi si anch’essa in via retrospettiva come d’ordinario, che il giudicato in parola non è insensibile all’evolversi delle condizioni di vita degli attori del rapporto, siccome prodottesi nei fatti in prosieguo di tempo. Appare certo come un qualsivoglia indirizzo giurisprudenziale, per quanto autorevole sia l’organo da cui promana e convincenti le sue motivazioni, non possa essere ricondotto neppure nell’alveo dello *ius superveniens*; peraltro, come noto, anche questo costituisce elemento sopravvenuto di norma precluso dal giudicato; tanto che il nostro ordinamento presenta dettami anche recenti - specificatamente in ambito familiare - nei quali il legislatore ha rettamete disciplinato la modalità di adeguamento delle statuizioni giudiziali vigenti, assistite dalla cosa giudicata, all’introduzione di radicali riforme di sistema (un esempio su tutti, l’art. 4, comma 2°, l. 8 febbraio 2006 n. 54), altrimenti appunto intangibili *ex art.* 2909 c.c.

Sul tema la giurisprudenza di legittimità, espressasi nei vari settori, si staglia comunque nitida<sup>30</sup>.

Ora, incide anche l’altalenarsi degli indirizzi della Suprema Corte che solo con l’arresto in commento ha composto i contrasti, ragione che fa propendere per il mantenimento del solco tradizionale, secondo cui, come detto, il giudicato copre il dedotto ed il deducibile, potendosi semmai ipotizzare l’applicazione della previsione che ammette la rimessione in termini, ovvero un intervento legislativo “tampone”, che rimetta in termini le parti per l’esplicazione dell’attività deduttiva e probatoria, in un termine decadenziale, ponendo rimedio ad una questione di così vasta rilevanza sociale.

A proposito della revisione debbono evidenziarsi altri due aspetti.

<sup>30</sup> Cfr., *ex plurimis*, Cass., sez. I, 10 dicembre 2010 n. 24996, in banca dati *Juris*; Cass., sez. un., 16 giugno 2014 n. 13676, in banca dati *Pluris*; Cass., sez. VI-5, 9 gennaio 2015 n. 174, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 501, con nota di G. MOLINARO, *Mutamento di giurisprudenza e tutela dell'affidamento: alla ricerca di una soluzione coerente*; Cass. sez. I, 28 ottobre 2015 n. 22008, in *Giur. it.*, 2016, 663, con nota di E. DALMOTTO, *Mezzi di impugnazione della declinatoria di competenza e clausola per arbitrato societario*; Id., 1° febbraio 2016 n. 1863, in banca dati *Pluris*; Cass., sez. lav., 23 febbraio 2016 n. 3488, *ivi*; Cass., sez. II, 11 marzo 2016 n. 4826, *ivi*; Cass., sez. VI-5, 27 luglio 2016 n. 15530, *ivi*; Cass., sez. lav., 12 aprile 2017 n. 9398, *ivi*; Cass., sez. III, 20 aprile 2017 n. 9954, *ivi*.

Rilevano le Sezioni Unite che nel caso in cui l'obbligato domandi la riduzione o l'eliminazione dell'assegno già riconosciuto all'*ex* coniuge, sull'assunto del superamento della disparità determinata dalle cause sopraindicate (cioè secondo tutto quanto abbiamo ripercorso), deve fornire la prova contraria. Il criterio del riparto dell'onere probatorio in sede di revisione è chiaro: grava su chi agisce la prova del/i fatto/i sopravvenuto/i e della incidenza idonea a modificare la complessiva valutazione su cui è già sceso il giudicato.

L'espressione però risulta connotata di equivocità in quanto ora ci troviamo di fronte al susseguirsi nel tempo di difformi interpretazioni della norma, mentre è solo nel momento in cui sopraggiunge la modificazione della situazione di fatto che il Giudice è chiamato alla complessiva riconsiderazione della fattispecie, disamina questa, però, connotata sulla base di un raffronto retrospettivo; ed allora, la modulazione dell'onere probatorio è tutt'altro che scontata in quei termini.

Ancora, sottolinea la sentenza in commento, come nell'esperienza di altri ordinamenti del contesto Europeo è diffusa la soluzione che vede estinguersi la protezione *post*-matrimoniale, con il decorso di un certo tempo e che questa costituisce soluzione da non trascurare, con eloquenza rivolta evidentemente all'orecchio del legislatore.

Questo inciso motivo però va oltre, e cioè pone una sorta di elogio dell'ordinamento interno, paragonando la sensata soluzione straniera alla nostrana possibilità di procedere in revisione del giudicato divorzile, che sarebbe persino da preferire.

L'assunto, al di là dell'evidente diversità obiettiva, può assumere però il peso di una indicazione di tutto rilievo; infatti, abbiamo visto che il nesso causale tra le caratteristiche della vita matrimoniale ed il futuro del coniuge svantaggiato, conforme a dignità matrimoniale, deve ricorrere in uno alla prova dell'impossibilità a colmare autonomamente il divario e, quindi, presuppone anche un impegno responsabile in prosieguo di tempo; se di ciò non può dubitarsi, evidente che il trascorrere del tempo costituisce di per sé elemento circostanziale di fatto, ed il persistere dell'impossibilità oggettiva a colmare il ridetto divario deve essere giustificato da prova rigorosa (in senso crescente proporzionalmente al trascorrere del tempo), prova che scansi ogni dubbio in ordine al ricorrere di condotte deresponsabilizzate, tanto più quanto ci si allontani dalla data del giudicato divorzile.

**8.** Il diritto del coniuge che si ritrova in condizione economico-patrimoniale svantaggiata, privo di mezzi adeguati in misura rilevante, al momento dello scioglimento del vincolo e legittimato a tenore dell'art. 5, comma 6°, l. div., ad invocare l'assistenza solidaristica che trae titolo dalla sentenza di *status*, finalmente recupera un equilibrio interpretativo.

Superando tutti gli indirizzi che si sono alternati nel tempo, il risultato sancisce il metodo della comparazione e della reciproca responsabilità, escludendo sia l'epilogo dell'arricchimento, come quello dell'impovertimento frustrante, irrispettosi della dignità matrimoniale; la ricerca fattiva della Giustizia del caso concreto, secondo

le sue specifiche peculiarità relazionali, trova quale termine di paragone valutativo i soli fattori enumerati nella norma, tutti unitariamente da analizzare con valenza equiordinata e biunivoca, sia per il riconoscimento che per la determinazione dell'assegno *post*-matrimoniale; la sostanza di una tale ricerca si traduce nel riconoscimento secondo meritevolezza della protezione stessa, in conformità ai valori fondanti della famiglia coniugale, come sancito in primo luogo negli artt. 2, 3 e 29 Cost.; meritevolezza anche del risultato secondo il livello del ruolo endofamiliare e contributivo in concreto assunto manente matrimonio, sino al riconoscimento della componente compensativa nel caso ricorrano significativi "sacrifici matrimoniali", risultati in nesso eziologico con il divario incolmabile prodottosi in pregiudizio dell'*ex* coniuge richiedente e di corrispondente vantaggio per l'onereato.

Alla casistica avanti alle Corti di merito ora il compito imponente di attuare lo schema di principio e della specificazione dei suoi confini concreti, recependo il metodo affermato dalla Corte di legittimità, come l'unico *modus procedendi* conforme al comando positivo, e con la consapevolezza dell'impegno che una tale opera decisoria rivendica.



# L'impresa "civile" nella solidarietà sociale

di Vincenzo Bancone\*

*SOMMARIO: 1. Solidarietà: da valore a regola giuridica. – 2. L'economia del dono e il ruolo dell'impresa sociale nel nuovo modello di welfare state. – 3. Etica ed economia ai tempi della globalizzazione: la corporate social responsibility e le benefit corporation. – 4. Punti di contatto e differenze tra impresa sociale e benefit corporation. – 5. Conclusioni.*

1. Nel 2014 il compianto Prof. Rodotà nel sintetizzare il principio di solidarietà affermava che «nei tempi difficili è la forza delle cose a far avvertire come bisogno ineliminabile il riferimento a principi che consentono di sottrarsi alla contingenza e alla nuda logica del potere, riscoprendo una radice profonda di solidarietà “come segnale di non aggressione tra gli uomini”»<sup>1</sup>.

In definitiva, la solidarietà cessa di essere una mera nozione morale, tendente ad esaurirsi nella sfera privata con meri gesti di carità, e assurge a principio, a riferimento, giuridico «volto a scardinare barriere, a congiungere, a esigere quasi il riconoscimento reciproco, e così a permettere la costruzione di legami sociali ...»<sup>2</sup>.

L'auspicio del Prof. Rodotà era dettato da esigenze reali, quali la crisi globale economico-finanziaria e la decadenza dello Stato sociale che avevano determinato una riduzione dei diritti sociali in nome di un discutibile primato della logica economica.

Proprio in tale scenario si è imposto il Terzo Settore con il suo presentarsi caratterizzato dal “non profit”.

Al riguardo, occorre tuttavia fare una precisazione.

Come giustamente osservava il Prof. Rodotà solidarietà e gratuità non sono totalmente sovrapponibili, in quanto la prima «può anche essere inserita in una relazione mercantile, per definirne portata e limiti, per introdurre valori non riducibili alla sola convenienza economica»<sup>3</sup>.

Non è un caso, quindi, se qualche anno più tardi l'insigne Prof. Zamagni<sup>4</sup> ha avuto modo di osservare che il Terzo Settore «rappresenta una definizione superata e

\* Avvocato del foro di Roma. Docente di “Diritto degli Enti non profit” presso la Scuola di Specializzazione in Diritto Civile dell'Università di Camerino.

<sup>1</sup> Cfr. RODOTÀ, *Solidarietà un'utopia necessaria*, Bari, 2014, p. 4.

<sup>2</sup> Cfr. RODOTÀ, *op. cit.*, p. 5. In particolare, il Prof. Rodotà evidenziava, nella sua opera, come il principio di solidarietà fosse nominato in molte costituzioni e documenti internazionali, quali: il Trattato europeo di Lisbona e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

<sup>3</sup> In tal senso, RODOTÀ, *op. cit.*, p. 70.

<sup>4</sup> Nel corso della XVI edizione de “Le giornate di Bertinoro per l'economia civile”, svoltasi il 14 e 15 ottobre 2016.

offensiva»; infatti, la distinzione non dev'essere più tra profit e non profit tenuto conto che «questi concetti non hanno più presa sulla realtà», quanto tra «“imprese civili” e “imprese incivili”».

A mio modesto avviso più che una distinzione è maturata, a seguito della globalizzazione e della perdurante crisi economica, una nuova consapevolezza di “fare impresa” (sia essa commerciale che non commerciale) all'interno di un dialogo sempre più stretto tra diritto, etica ed economia<sup>5</sup>.

Ciò ha sostanzialmente determinato un duplice fattore:

- la teorizzazione di un'«economia civile»<sup>6</sup> che, in quanto basata su principi quali la reciprocità e la solidarietà, supera la supremazia del profitto o del mero scambio strumentale nell'attività economica e finanziaria – propria della concezione capitalistica – affermando la convinzione che una buona società è frutto sia di un mercato che funziona che di processi che attivano la solidarietà da parte di tutti i soggetti;
- l'affacciarsi, nel mondo delle relazioni economiche, di una nuova categoria di attori che si vanno ad affiancare a quelli tradizionali identificabili nelle imprese, nelle istituzioni e nei consumatori: i c.d. «donatori»<sup>7</sup>. Questi ultimi – a differenza degli attori «tradizionali» che perseguono un vantaggio personale – agiscono nell'esclusivo interesse dei terzi<sup>8</sup>. Relativamente a quest'ultima categoria, in particolare, nel tempo si è passati dal donatore “isolato” – di norma una persona benestante desiderosa di destinare parte delle proprie risorse a favore di una o più iniziative etiche/solidaristiche – alla c.d. «*corporate philanthropy*»<sup>9</sup>. Vale a dire la concretizzazione del principio di solidarietà sociale ipotizzato dal Prof. Rodotà in cui, ai fini del dono, si prescinde «dalla individuazione di un destinatario determinato, dando così una versione del legame sociale che lo proietta al di là di una relazione tra persone individuate, e assume piuttosto il significato della collocazione della persona nell'ambito della umanità intera»<sup>10</sup>.

<sup>5</sup> Sul tema, SEN, *Etica ed economia*, Bari, 2002. Nel pensiero di Sen si è creato un progressivo distacco tra etica ed economia moderna, tuttavia l'economia potrebbe essere più produttiva se si prestasse più attenzione alle tematiche di natura etica.

<sup>6</sup> L'economia civile si contrappone all'economia di mercato capitalistica in quanto mentre quest'ultima ha assunto come fine proprio del suo agire l'ottenimento del cosiddetto “bene totale”, l'economia civile persegue il cosiddetto bene comune. Cfr. BECCHETTI, BRUNI, ZAMAGNI, *Microeconomia. Un testo di economia civile*, Bologna, 2014; BECCHETTI, *Wikieconomica. Manifesto dell'economia civile*, Bologna, 2014; GENOVESI, *Lezioni di economia civile*, Milano, 2013; FELICE, *Economia e persona. L'economia civile nel contesto teorico dell'economia sociale di mercato*, Roma, 2009; BRUNI, ZAMAGNI, *Economia Civile. Efficienza, equità, felicità pubblica*, Bologna, 2004.

<sup>7</sup> Così, BERTOZZI, *Le origini economiche e l'ingegneria finanziaria di una grande opportunità per il terzo settore*, all'interno dell'opera *Filantropi di ventura*, a cura di G. Gemelli, Bologna, 2004, p. 47 ss.

<sup>8</sup> Cfr. BANCONE, *Le fondazioni filantropiche nell'esperienza italiana*, Padova, 2014, p. 19;

<sup>9</sup> In tal senso, BANCONE, *Le organizzazioni non profit*, Napoli, 2011.

<sup>10</sup> Cfr., RODOTÀ, *op. cit.*, p. 69.



Tali fattori hanno determinato l'introduzione di nuovi modelli organizzativi "ibridi", in grado di superare almeno concettualmente i limiti della tradizionale distinzione tra forme organizzative *for profit* e *not for profit*.

2. Oggi il c.d. Terzo Settore svolge un ruolo strategico nell'attuale modello di *welfare* basato sempre più sull'iniziativa privata di carattere sociale che sull'intervento pubblico<sup>11</sup>.

Lo Stato si trova, infatti, immerso in una situazione di profonda crisi finanziaria che sta (sempre più) determinando un arretramento, sia in termini quantitativi che qualitativi, dell'agire pubblico nelle attività socialmente rilevanti<sup>12</sup>.

Tale stato di cose ha condotto inesorabilmente lo Stato ad assumere sempre più un ruolo da comprimario nell'ambito dell'erogazione dei servizi alla persona.

Di fatto ciò è già avvenuto a livello locale con l'attribuzione a regioni, province e comuni – per effetto del principio di sussidiarietà – del compito di favorire l'autonomia iniziativa dei cittadini, come singoli e associati, in ordine allo svolgimento di attività di interesse generale.

Gli enti pubblici locali, quindi, attraverso lo svolgimento delle proprie attribuzioni, garantiscono e promuovono i processi d'aggregazione dei cittadini orientati al perseguimento del bene comune, assumendo un ruolo «ausiliario» rispetto alla realizzazione dei fini che i singoli individui non potrebbero altrimenti raggiungere.

Il legislatore – prendendo atto di tale stato delle cose – ha a suo tempo avviato un percorso di riforma del Terzo Settore sfociato nella emanazione del D.Lgs. 3 luglio 2017 n. 117 (c.d. "Codice del Terzo Settore") allo scopo di promuovere e garantire un «welfare partecipativo» attraverso una riorganizzazione del settore che si ispiri ai principi di equità, efficienza e, soprattutto, solidarietà sociale.

La finalità è quella di sviluppare il potenziale di crescita e occupazione insito nell'economia sociale attraverso la valorizzazione dei principi di sussidiarietà e solidarietà, la spinta ad una gestione sempre più imprenditoriale delle attività non profit e un ampliamento delle forme di sostegno economico a favore del Terzo Settore<sup>13</sup>.

In estrema sintesi, la riforma tende, da un lato, ad ampliare le forme di raccolta di capitali – quali, ad esempio, la possibilità per le imprese sociali di accedere a forme di capitali di rischio tramite internet e portali on line, vale a dire a sistemi di *crowdfunding*<sup>14</sup>, al pari di quanto consentito alle start-up innovative<sup>15</sup> – e, dall'altro,

<sup>11</sup> Questo interesse è pienamente giustificato se si tiene, altresì, conto dell'affermarsi di nuove situazioni di disagio e dell'invocata necessità di riscoprire l'importanza dell'etica dei comportamenti individuali e collettivi conseguenti la recessione economica mondiale di questi ultimi anni.

<sup>12</sup> Sul tema, BANCONE, *Il ruolo dell'impresa sociale ai tempi della crisi economica*, ne *Il Foro napoletano*, n. 2 del 2016, p. 309 ss.

<sup>13</sup> Si veda, DI DIEGO, *Le cooperative sociali*, Rimini, 2014, p. 11.

<sup>14</sup> Si tratta della possibilità, per l'impresa sociale, di poter accedere a forme di capitale di rischio tramite portali telematici.

<sup>15</sup> In tal senso, TENCATI, *Questioni e possibili sviluppi delle imprese altruistiche*, Vivaldi, 2015, p. 167.

ad ampliare i settori di attività delle imprese sociali al fine di fornire nuove risposte per nuove esigenze sociali<sup>16</sup>.

Le organizzazioni non profit, e tra queste in particolar modo quelle a carattere imprenditoriale, hanno un vantaggio specifico nell'innovare dal punto di vista sociale; non è un caso, quindi, se il legislatore – oltre al Codice del Terzo Settore – ha inteso, con il D.Lgs. 3 luglio 2017 n. 112, imprimere una gestione sempre più imprenditoriale al Terzo Settore, ampliando i settori di attività delle imprese sociali.

Tuttavia, come è stato giustamente osservato «anche i progetti animati da immenso amore del prossimo richiedono risorse economiche, talora notevoli, per concretizzarsi»<sup>17</sup>.

Per come innanzi accennato, non è stato, quindi, un caso che nel mondo delle relazioni economiche si sono affacciati i c.d. «donatori» desiderosi di destinare parte delle proprie risorse a favore di una o più iniziative etiche/solidaristiche.

In particolare, la «filantropia di impresa» è diventata il luogo di articolazione tra profitto e dono o, più precisamente, tra un agire imprenditoriale che si volge alla produzione di benefici sociali e un'attività non profit che si volge a consolidare i propri assetti organizzativi – così da non essere pienamente dipendente da una raccolta fondi destinata ad assicurare la semplice sopravvivenza – attraverso il potenziamento delle capacità di pianificazione strategica nel proprio operare a livello territoriale e delle comunità di appartenenza<sup>18</sup>.

Proprio in tale contesto, nell'ultimo decennio del ventesimo secolo, la filantropia ha compiuto un mutamento di orizzonte che trova il proprio fulcro nel concetto di «investimento»<sup>19</sup> come fattore strategico dell'agire filantropico.

Tale mutamento di prospettiva ha comportato che gli enti di erogazione non si limitano a sostenere uno o più progetti erogando fondi, ma assumono programmi di investimento a medio e lungo termine.

Più precisamente, gli enti di erogazione si impegnano nel medio e lungo periodo in modo strategico, stabilendo un sistema di relazioni interne con l'organizzazione non profit beneficiaria del dono volto a verificare il «ritorno» dell'investimento in termini di benefici sociali per la comunità<sup>20</sup>.

<sup>16</sup> Sui percorsi di innovazione delle cooperative sociali, si veda FAZZI, *I percorsi dell'innovazione nelle cooperative sociali*, in *L'impresa sociale in Italia*, Rapporto Iris Network, Altreconomia, 2012, pp.153-180.

<sup>17</sup> Cfr. TENCATI, *op. cit.*, p. 21.

<sup>18</sup> In tal senso, GEMELLI, *Ossimori: i vantaggi competitivi della "filantropia di impresa"*, all'interno dell'opera *Filantropi di ventura*, a cura di G. Gemelli, Bologna, 2004, p. 103 ss.

<sup>19</sup> Sul tema, GEMELLI, *Ossimori: i vantaggi competitivi della "filantropia di impresa"*, cit., p. 103 ss.

<sup>20</sup> È nato così un nuovo approccio alla filantropia, la c.d. «*venture philanthropy*». Christine Letts e i suoi collaboratori – prendendo ad esempio il modo di operare delle società di *venture capital* nei confronti delle «*start-up*» che selezionano con cura le società possibili beneficiarie dei finanziamenti, scommettendo su organizzazioni giovani con idee innovative, seguendone il percorso di crescita e verificando come sono stati utilizzati i fondi concessi – hanno teorizzato il passaggio da un approccio filantropico tradizionale al modello della *venture philanthropy*. Fondamentalmente l'idea teorizzata nei «laboratori» dell'Università di Harvard fonda sull'idea di mutuare dall'economia di mercato della *venture capital* i principi, le tecniche di

In definitiva, gli enti di erogazione vanno sempre più strutturandosi per finanziare solo i progetti considerati meritevoli<sup>21</sup>.

In particolare, il donatore – pur non intendendo interferire nelle attività dell'organizzazione non profit supportata – desidera comunque conoscere le modalità di impiego delle somme che vengono erogate; in tal modo il donatore partecipa alle scelte e alla costruzione del progetto sociale e formula una sorta di contratto nel quale vengono presi gli impegni del donatore pur condizionati alla realizzazione di un progetto sociale, potremmo definire, «pre-concordato».

Il donatore può, o meglio, auspica di «entrare» nel «capitale sociale» dell'organizzazione non profit, quale ad esempio l'impresa sociale; infatti, l'impresa sociale – permettendo di adottare lo strumento societario per iniziative «commerciali non profit» – consente di ipotizzare la partecipazione al capitale sociale di un ente filantropico.

In definitiva, il ricorso all'impresa sociale<sup>22</sup> permette all'ente filantropico (donatore) di «entrare» nel capitale sociale dell'impresa sociale, prendendo posto nel suo organo amministrativo, contribuendo allo sviluppo del «business sociale» proprio dell'impresa sociale, controllando l'andamento dell'investimento in termini di effettività, efficacia ed efficienza del denaro investito e, quando l'impresa sociale raggiunge la sua maturità/sostenibilità, «uscire» dal capitale sociale della stessa.

In tale contesto deve collocarsi la novella operata dal legislatore in materia di impresa sociale; infatti, il citato D.Lgs. n. 112 del 2017 prevede – proprio al fine di rendere sempre più “attraente” l'impresa sociale agli occhi dei filantropi – forme di remunerazione del capitale sociale e di ripartizione degli utili, fino ad ora vietati per tale tipo di impresa<sup>23</sup>.

Da ultimo, occorre aggiungere che l'impresa sociale non si limita a produrre ed erogare servizi alle persone e alle comunità, ma “dà voce” alla società civile, promuovendo la solidarietà, la partecipazione, la c.d. “cittadinanza attiva”<sup>24</sup>.

---

monitoraggio e controllo dell'investimento (in ogni sua evoluzione fino al momento del disinvestimento) al settore sociale, mirando ad ottenere un «profitto di valore etico» oltre al *capital gain*.

Nella teorizzazione formulata dalla Letts le organizzazioni non profit e i fondi *venture capital* sono accomunati da alcuni aspetti: entrambi devono selezionare organizzazioni o imprese di valore che abbiano prospettive di successo e che siano condotte in modo efficiente; entrambi sono responsabili nei confronti di terze parti che forniscono le risorse finanziarie. Per approfondimenti sul tema si veda: LETTS, RYAN, GROSSMAN, *Virtuous capital: What Foundations can learn from venture capital*, in *Harvard Business Review*, March-April 1997; CUONZO, *Venture philanthropy: tra venture capital sociale e filantropia di ventura*, in *Dir. prat. soc.*, 2009, p. 15 ss.; ID, *Forme innovative di filantropia nel panorama italiano: “venture philanthropy”*, in *Dir. prat. soc.*, 2009, p. 31 ss.

<sup>21</sup> Cfr. BANCONE, *Le fondazioni filantropiche nell'esperienza italiana*, cit., p. 20.

<sup>22</sup> Cfr. CUONZO, *Forme innovative*, cit., p. 31 ss.

<sup>23</sup> In particolare, l'art. 3, comma 3, del citato D.Lgs. n. 112 del 2017 prevede che l'impresa sociale possa destinare una quota inferiore al cinquanta per cento degli utili e degli avanzi di gestione annuali, dedotte eventuali perdite maturate negli esercizi precedenti.

<sup>24</sup> Cfr. ANDREAS, *Cooperativa sociale come impresa sociale? Le condizioni di imprenditorialità del terzo settore*, in *Beni Comuni. Quarto rapporto sulla cooperazione sociale in Italia*, a cura del Centro studi Cgm, Torino, 2005,

Non a caso l'impresa sociale gode di un'attenzione diffusa sia da parte degli studiosi<sup>25</sup> che del legislatore, ciò in particolare per una progressiva "autonomizzazione" delle imprese sociali rispetto alle altre organizzazioni del Terzo Settore (sul quale si è innescato il percorso legislativo sfociato nell'approvazione del Codice del Terzo Settore e nella riforma dell'impresa sociale attuata con il citato D.Lgs. n. 112 del 2017); dall'altro la conferma di un ruolo oramai stabile nelle politiche di *welfare* locale.

**3.** Il tema della responsabilità sociale d'impresa (RSI), nel processo di globalizzazione e di post crisi economica, assume sempre più rilevanza a seguito della crescente esigenza di etica rispetto al vecchio paradigma del primato dell'economia<sup>26</sup>.

L'etica sta conquistando spazi sempre più ampi nelle relazioni economiche; sempre più imprese, infatti, adottano codici etici, redigono bilanci sociali e di sostenibilità e perseguono le loro iniziative economiche nel rispetto dei diritti umani, della tutela dei lavoratori e della salvaguardia dell'ambiente<sup>27</sup>.

La *corporate social responsibility*, seppur ancora affidata – in assenza di coerenti quadri normativi – alla "autoregolamentazione" e alla "buona volontà" dei privati, si pone come obiettivo quello di affermare un diverso modo di guardare all'impresa; vale a dire, un'impresa che svolge attività economiche e persegue finalità lucrative tenendo sempre consapevolmente conto dell'impatto che queste sue iniziative producono sul piano dello sviluppo sociale, della tutela ambientale e del rispetto dei diritti fondamentali<sup>28</sup>.

Storicamente la *corporate social responsibility* seppur tipica della tradizione anglosassone (che va dal contrattualismo di Hobbes fino all'utilitarismo di Bentham) trae origine, in Italia, dall'umanesimo civile (XV° secolo); il suo riferimento teorico - filosofico è l'etica delle virtù, trattata prima da Aristotele e poi da Tommaso d'Aquino<sup>29</sup>.

In particolare, il "pensiero" che deriva dall'esperienza italiana dell'umanesimo civile parte da una considerazione antropologica ove l'uomo tende al bene ed il mercato diviene il luogo idealtipico per umanizzare i rapporti interpersonali. In sintesi,

---

pp.253-285.

<sup>25</sup> Sul tema, fra i tanti interventi, MEO, *Impresa sociale e valori di impresa*, in AA. VV., *La riforma del c.d. Terzo settore e l'imposizione fiscale delle libertà indirette* (Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato), Milano 2017; RONDINONE, *Il nuovo modello dell'impresa sociale "a lucratività limitata"*, in *Riv. soc.*, 2017, p. 852 ss.; BORZAGA, *I contenuti del rapporto: una geografia dell'impresa sociale*, in *L'impresa sociale in Italia*, a cura di P. Venturi e F. Zandonai, Milano, 2012, pp. 15-23; ZOPPINI, *Una proposta introduttiva per la disciplina dell'impresa sociale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 235 ss.

<sup>26</sup> Sul punto, BARBERIS, *Etica per i giuristi*, Roma-Bari, 2006.

<sup>27</sup> In tal senso, CONTE, *L'impresa responsabile*, Milano, 2018, p. 47.

<sup>28</sup> Cfr. CONTE, *L'impresa responsabile*, cit., p. 56.

<sup>29</sup> In particolare, nella concezione aristotelica «... la ricchezza non è il bene che ricerchiamo; infatti essa è solo in vista del guadagno ed è un mezzo per un qualcosa d'altro» ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, 1096°, 5.

etica ed economia rappresentavano due volti dello stesso universo sempre in contatto tra loro.

Non a caso, i Monti di Pietà – o Monti di pegno – nacquero e si diffusero in Italia, come opere caritatevoli con lo scopo di facilitare l'accesso al credito da parte dei ceti sociali più deboli.

Più precisamente, i Monti di Pietà, ispirati dalla solidarietà cristiana, concedevano piccoli prestiti garantiti da un pegno senza pretendere interessi o applicandoli in misura sufficiente a coprire il pagamento del costo del servizio<sup>30</sup>.

Fermo restando le origini storiche, la diffusione della responsabilità sociale d'impresa è dovuta in modo particolare al cambiamento culturale che si è sviluppato negli ultimi anni. Tale mutamento è, per come innanzi detto, riconducibile essenzialmente alla c.d. "globalizzazione" e alle trasformazioni che essa ha comportato avuto riguardo al ruolo dell'impresa nella società<sup>31</sup>.

Infatti, a seguito del processo di globalizzazione e con la crescente responsabilità delle multinazionali sulle condizioni di vita delle popolazioni influenzate dalla loro produzione sia in termini economici che di diritti dei lavoratori e della tutela ambientale, ci si è chiesti se la "mera ricerca del massimo profitto" non fosse un concetto ormai superato e se andassero ricercati nuovi criteri di misurazione del successo dell'impresa.

Hanno iniziato così ad assumere sempre maggior importanza l'integrità e l'etica aziendale quale criterio scelto dai consumatori relativamente ai loro acquisti. Si tratta prevalentemente di criteri immateriali quali la reputazione, la trasparenza e la credibilità; al valore economico di un'impresa si abbina sempre più un valore sociale basato sulla tutela dell'ambiente, sullo sviluppo sostenibile e sulla giustizia sociale<sup>32</sup>.

In definitiva, alle imprese, quali strutture intermedie viene richiesta sempre più una gestione e la creazione di uno sviluppo sostenibile.

In particolare, il concetto di sviluppo sostenibile è stato definito nel rapporto della Commissione Brundtland del 1987 come «ciò che soddisfa le necessità del presente senza compromettere la possibilità delle generazioni future di soddisfare le proprie esigenze». In definitiva, politiche di sviluppo economico tese comunque a salvaguardare i principali diritti sociali ed ambientali.

Peraltro, la Dichiarazione di Rio del 1992 identifica tre dimensioni fondamentali di sostenibilità: sociale, ambientale ed economica.

In estrema sintesi, condurre l'impresa verso la sostenibilità richiede il raggiungimento sia della prosperità economica che di quella ambientale e sociale.

A livello normativo, per favorire la diffusione della responsabilità sociale d'impresa, nel 2001 la Commissione europea (ispirandosi ai principi e agli orientamenti

<sup>30</sup> Sul tema, BANCONE, *Le fondazioni filantropiche nell'esperienza italiana*, cit., p. 3.

<sup>31</sup> Cfr. LATOUCHE, *Giustizia senza limiti. La sfida dell'etica in una economia modernizzata (Paris 2003)*, trad. it., Torino, 2004, p. 34.

<sup>32</sup> Cfr. GIDDENS, *Il nuovo paradigma della globalizzazione*, ne *La Repubblica*, 8 novembre 2006, p. 24.

internazionali promossi dall'Ocse e dall'Onu) redige il Libro verde "Promuovere un quadro europeo per la responsabilità sociale delle imprese"<sup>33</sup>, che definisce la *corporate social responsibility* come «l'integrazione volontaria delle preoccupazioni sociali ed ecologiche delle imprese nelle loro operazioni commerciali e nei loro rapporti con le parti interessate».

Con l'affermarsi della grave crisi economica del 2007/2008, a seguito dei gravi scandali finanziari, la Commissione produce la comunicazione "Strategia rinnovata dell'UE per il periodo 2011-14 in materia di responsabilità sociale delle imprese", ridefinendo la RSI come «responsabilità delle imprese per il loro impatto sulla società» e sottolineando la necessità di favorire una crescita sostenibile, un comportamento responsabile delle imprese e una creazione di occupazione durevole nel medio e lungo termine.

La responsabilità sociale delle imprese viene, quindi, sempre più presentata in un'ottica di investimento sociale per lo stretto legame tra impegno sociale e sviluppo economico.

Nel richiamare le imprese ad un impegno di rendicontazione del loro operato in termini sociali e ambientali, nel 2014 l'Unione europea ha emanato la Direttiva 2014/95/UE che, rivolta agli Stati membri, prescrive l'obbligo, per le imprese di interesse pubblico e con più di cinquecento dipendenti, di presentare, nella propria relazione sulla gestione, una dichiarazione individuale di carattere non finanziario e contenente informazioni ambientali e sociali attinenti al personale, al rispetto dei diritti umani e alla lotta contro la corruzione attiva e passiva.

Per quanto concerne, invece, l'ordinamento italiano nel 2002, il Ministero del lavoro e delle politiche sociali ha presentato il "Progetto CSR-SC: Il contributo italiano alla campagna di diffusione della CSR in Europa" attraverso il quale ha avviato la promozione di una cultura della RSI e la diffusione delle buone pratiche. Ciò ha dato luogo alla formalizzazione di alcuni protocolli di intesa tra Ministero e altri soggetti nazionali, quali l'Unioncamere (per l'attivazione presso le sedi delle Camere di commercio di sportelli sulla RSI) e l'Inail.

Un ruolo importante ai fini della promozione della RSI è svolto dagli enti locali che, soprattutto con le Regioni, sostengono la RSI con l'adozione di norme, l'introduzione di incentivi economici e di premi ad hoc rivolti alle imprese.

In una crisi economica che ha contribuito all'indebolimento del *welfare*, le aziende svolgono un ruolo chiave nel promuovere uno stretto legame tra impegno sociale e sviluppo economico.

Non a caso, il legislatore italiano con la legge di stabilità 2016<sup>34</sup> ha introdotto nel nostro ordinamento la c.d. *benefit corporation*<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> COM(2001)366.

<sup>34</sup> Più precisamente, l'art. 1, commi 376-384, della legge n. 208 del 2015 (legge di stabilità 2016).

<sup>35</sup> Sul tema: Mosco, *L'impresa non speculativa*, in *Giur. Comm.*, 2017, p. 233 ss.; SICLARI, *La società benefit nell'ordinamento italiano*, in *Riv. Trim. dir. ec.*, 2016, p. 36 ss.

La *benefit corporation* rappresenta un'evoluzione del concetto di responsabilità sociale di impresa.

Infatti, se – da un lato – la *corporate social responsibility* si sostanzia in una vera e propria politica di autoregolamentazione in virtù della quale l'impresa commerciale decide di sottoporsi volontariamente ad un modello di *business* “etico” e “socialmente responsabile”, dall'altro la società *benefit* concretamente persegue sia obiettivi *for profit* che finalità *not for profit*<sup>36</sup>.

Ciò in quanto, nella società *benefit* (sia essa una s.p.a., una s.r.l., ecc.) la duplice finalità del profitto e del beneficio comune è declinata nelle norme statutarie che regolano l'oggetto sociale, la *governance* e l'*enforcement*<sup>37</sup>.

La normativa italiana sulle *benefit corporation* prevede, infatti, che: a) le finalità *benefit* perseguite siano espressamente individuate nell'oggetto sociale dello statuto; b) la *governance* amministri la società bilanciando gli interessi dei soci (c.d. *shareholder value*) con quelli di coloro sui quali l'attività sociale possa avere un impatto (c.d. *stakeholder value*); c) nell'organizzazione della *benefit* vi sia un soggetto cui sia precipuamente affidato il compito di perseguire il beneficio comune; d) sia valutato annualmente l'impatto dell'attività sociale in relazione agli obiettivi conseguiti; e) in caso di non raggiungimento degli obiettivi *benefit* scattano le previsioni consumeristiche sulle pratiche commerciali scorrette e sulla pubblicità ingannevole.

Si tratta di una novità positiva che colloca l'Italia in una posizione di avanguardia nel dibattito europeo sull'integrazione di finalità sociali nel modello di *business* delle imprese.

L'obiettivo, infatti, è quello di attribuire legittimità e certezza giuridica a un nuovo modo di fare impresa capace di coniugare la necessità di perseguire risultati economici con quella di soddisfare interessi diversi rispetto a quelli dei soci – quali il contesto ambientale e sociale nel quale operano – attraverso un impiego responsabile e sostenibile delle risorse necessarie allo svolgimento del processo produttivo.

4. Per come innanzi esposto, in Italia, la dialettica tra profit e non profit è stata influenzata dalla crescita del Terzo Settore, il quale ha dovuto sopperire, da un lato, alle mancanze dello Stato e, dall'altro lato, alla parallela perdita di fiducia nell'economia di mercato. Di conseguenza, il Terzo Settore ha finito per alterare il tradizionale rapporto esistente tra Stato e mercato.

Ciò è ancor più vero, con lo sviluppo dell'impresa sociale<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> Cfr. ROSSI, *L'evoluzione delle forme “ibride” di impresa nel diritto nazionale: le benefit corporation nella l.n.208/15*, in *Amministrazione in Cammino*, 2017, pp. 1 - 16.

<sup>37</sup> Cfr. VENTURA, *Benefit corporation e circolazione di modelli: le “società benefit”, un trapianto necessario?*, in *Contratto e impresa*, 2016.

<sup>38</sup> Cfr. FICI, *La nuova disciplina dell'impresa sociale: una prima lettura sistematica*, in *Impresa sociale*, n. 9 del 2017, p. 15 ss.; RANDAZZO e TAFFARI, *Impresa sociale: che fare?*, in *Coop. Enti non profit*, n. 6 del 2013, p. 9 ss.

L'impresa sociale, infatti, ha il merito di abbinare l'organizzazione aziendale finalizzata al profitto ad un'attività economica avente ad oggetto la produzione e lo scambio di beni e servizi di utilità sociale<sup>39</sup>.

Senonché il legislatore italiano, primo in Europa, ha cercato di mettere in maggior correlazione il profit con il non profit, con il dichiarato intento di moltiplicare le ricadute sociali positive dell'attività delle società lucrative con l'introduzione della citata società *benefit*.

La normativa sulla società *benefit* prevede come caratteristica precipua quella di combinare l'attività economica con scopo lucrativo con le finalità di beneficio comune; anzi, stando alla lettera della legge, la società *benefit* persegue le finalità di beneficio comune «nell'esercizio di un'attività economica»; vale a dire, in estrema sintesi, che si tratta proprio di una modalità di esercizio di un'attività di impresa comunque lucrativa, nel senso che l'impresa, oltre perseguire un proprio interesse, assume un ruolo di responsabilità sociale.

Ciò può portare a confondere le imprese che adottano comportamenti socialmente responsabili (quali, le società *benefit*) con le imprese sociali.

In realtà, sotto il profilo regolamentare, la società *benefit* si distingue dall'impresa sociale, in quanto mentre quest'ultima persegue un'esplicita finalità sociale senza scopo di lucro, dall'altra lo *status* di società *benefit* consente alla società di perseguire in primis lo scopo di lucro<sup>40</sup>.

Invero, per non rimanere al mero dato normativo, occorre fare qualche ulteriore riflessione.

Da molto tempo ormai è ammesso l'esercizio di un'attività commerciale da parte delle organizzazioni non profit, purché la stessa non sia prevalente rispetto a quella c.d. "istituzionale"<sup>41</sup>.

Peraltro, il legislatore con il D.Lgs. n. 112 del 2017 ha previsto per l'impresa sociale la possibilità di destinare una quota inferiore al cinquanta per cento degli utili e degli avanzi di gestione annuali, dedotte eventuali perdite maturate negli esercizi precedenti.

Si può, pertanto, concludere che la scelta operata dal nostro legislatore ha determinato un'accelerazione del processo di contaminazione tra società commerciali e organizzazioni non profit.

Tuttavia, occorre precisare che le società che adottano comportamenti socialmente responsabili, quali le *benefit corporation*, non possono essere confuse *tout court* con le imprese sociali.

Le *benefit corporation* appartengono al mercato e soggiacciono alle regole dettate per le imprese commerciali.

<sup>39</sup> Sul tema, MAZZULLO, *Impresa sociale «3.0»*, in *Coop. Enti non profit*, n. 10 del 2013, p. 37 ss.

<sup>40</sup> Cfr. CONTE, *L'impresa responsabile*, cit., p. 68.

<sup>41</sup> Per tutti, BANCONE, *Le organizzazioni non profit*, cit., p. 82; CAPOGROSSI GUARNA, *L'ente non profit nel sistema tributario italiano*, ne *Il fisco*, 2000, p. 8697 ss.; PALAZZOLO, *Enti non profit. Limiti alle attività commerciali*, ne *Il fisco*, 1995, p. 11467 ss.



In definitiva, non è possibile accumunare le imprese che adottano comportamenti socialmente responsabili con le imprese sociali anche se la distinzione risulta essere complicata dall'interferenza della disciplina e dalle esigenze del mercato.

Ciò in quanto, per le imprese che assumono l'impegno di comportarsi in modo socialmente responsabile non viene meno la funzione produttiva e la vocazione lucrativa<sup>42</sup>.

Pur tuttavia, anche le organizzazioni non profit dovrebbero ispirare le loro iniziative economico-commerciali – si pensi in particolar modo ai servizi alle persone offerte dalle imprese sociali – al rispetto di comportamenti adeguati da un punto di vista etico-sociale<sup>43</sup>.

5. Alla luce di quanto sopra rappresentato, si rende necessaria una notazione di chiusura.

A seguito della grave crisi economica di questi ultimi anni si è determinato, da un lato, l'assunzione di un ruolo strategico del Terzo Settore grazie a un modello di *welfare* basato sempre più sull'iniziativa privata di carattere sociale (l'impresa sociale *ndr*) che sull'intervento pubblico e, dall'altro, un aumentato dell'interesse degli investitori per le imprese che innovano il proprio sistema operativo per contribuire al benessere sociale e ambientale, vale a dire per quelle società che perseguono scopi di beneficio comune.

Le finalità ideali sono entrate nel processo produttivo; l'indicazione delle finalità di beneficio comune nell'oggetto sociale consente di cristallizzare gli obiettivi perseguiti nell'esercizio dell'attività economica rendendo immanente all'impresa l'impegno della realizzazione del beneficio comune, a prescindere dalle vicende che interessano i soci e il management. Ciò apre nuove opportunità alle società che intendono perseguire finalità ulteriori rispetto allo scopo di lucro, le quali potranno aprirsi al mercato per la ricerca di nuovi capitali, crescere o cedere l'attività senza che a ciò consegua la perdita dei valori originari dell'azienda.

È evidente, quindi, che se tecnicamente non è possibile sovrapporre la disciplina delle imprese sociali con quella della *benefit corporation* è altrettanto vero che esiste una terra di mezzo in cui principi giuridici come la "solidarietà" e valori come la "partecipazione" e il "beneficio comune" rappresentano gli antidoti migliori per combattere la mutevole situazione determinata dal perdurare della crisi economica. In definitiva, da un punto di vista etico e socio-economico, è sempre più auspicabile la diffusione di un'impresa "civile".

<sup>42</sup> Sul tema, OPPO, *Diritto dell'impresa e morale sociale*, in *Riv. dir. civ.* 1991, p. 15 ss.

<sup>43</sup> Cfr. ADDANTE, *Responsabilità sociale dell'impresa*, in *Dig. Disc. Priv.*, Torino, 2017, p. 1143.



# L'effettiva natura della sentenza (?) di liquidazione giudiziale e l'evidenza del singolare potere amministrativo del Tribunale ordinario concorsuale

γνώθι σεαυτόν,

di Irene Coppola\*

---

*SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La nuova declaratoria di liquidazione giudiziale. – 3. La natura della pronuncia di liquidazione: tra ordinanza ed atto amministrativo. – 4. La sentenza speciale, un antesignano modello di scritturazione sintetica reso in Camera di Consiglio. – 5. Il potere amministrativo del Tribunale ordinario nella procedura concorsuale.*

1. La sentenza rappresenta il momento conclusivo sostanziale di un procedimento giustiziale.

Nel campo del diritto fallimentare, la sentenza dichiarativa di fallimento, che presenta connotazioni e caratteristiche strutturali proprie, lascia il posto alla nuova pronuncia di liquidazione giudiziale, anche se nell'esposizione di questa materia forse per un pò di tempo si utilizzerà ancora il termine *fallimento* e *fallimentare*, per garantire la perfetta comprensione di un istituto che è in una fase di transizione linguistica. Senza voler incidere, con una accelerazione forte, in ordine a considerazioni riflessive sulla riforma che è ancora giovane per poterne verificare e valutare gli effetti applicativi e senza voler essere esaustivi della problematica, resta il fatto che, a distanza di quasi ottant'anni, si manda in soffitta la sentenza dichiarativa di fallimento che ha riempito tanti scaffali e faldoni dei Tribunali italiani, per lasciar posto alla nuova pronuncia di dichiarazione di *liquidazione giudiziale*<sup>1</sup>.

---

\* Dottore di ricerca in Scienze Giuridiche, Professore a contratto nell'Università degli Studi di Salerno, Dipartimento di Scienze Giuridiche (Scuola di Giurisprudenza) SSPL, Avvocato di Corte Suprema di Cassazione e di Giurisdizioni Superiori.

<sup>1</sup> In data 11 ottobre 2017, il Senato della Repubblica approva la legge n. 2681 contenente una "delega al governo per la riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza", approvata dalla Camera dei deputati in data 3 febbraio 2017. Il 22 dicembre 2017, il Primo Presidente aggiunto presso la Suprema Corte di Cassazione, Renato Rordorf, ha consegnato al Ministro della Giustizia le bozze di due dei tre decreti legislativi prospettati per l'attuazione della delega di cui alla Legge n. 155 del 2017. La legge «delega al governo di adottare entro 12 mesi, dall'entrata in vigore della stessa, uno o più decreti legislativi per la riforma organica delle procedure concorsuali». Nel farlo il governo dovrà tener conto di alcuni

In altri termini, allo stato attuale, viene introdotta una nuova dicitura che “porta via” la sentenza dichiarativa di fallimento, per fare spazio giuridico alla dichiarazione di liquidazione giudiziale.

L'art. 16 del r.d. n. 267/1842 lascia il posto agli artt. 121 e ss. del nuovo codice della crisi di impresa e dell'insolvenza che attribuisce al costituito Tribunale concorsuale la dichiarazione di apertura di liquidazione giudiziale, con la nomina del curatore, del G.D. e con la fissazione di termini ed attività volte a ricostruire il passivo e la massa dell'eventuale attivo.

In definitiva, non scompare soltanto la locuzione terminologica *fallimento*, così come viene meno il concetto tradizionale di *fallito*, ma muta anche la struttura del provvedimento paradigma che prima era rappresentato dalla sentenza dichiarativa di fallimento a cui il legislatore del 1942 aveva dedicato una norma *ad hoc*, perché trattato in modo uniforme ed unitario in un unico referente normativo, ma che oggi appare una pronuncia destrutturata e non disciplinata in modo armonico, ma rinvenibile in più articoli.

Non vi è solo un cambiamento formale, ma anche sostanziale, anche se poi, dal punto di vista sostanziale, la pronuncia di liquidazione giudiziale ricalca la sentenza dichiarativa di fallimento.

Essa è comunque una sentenza anche se la sua natura mista risulta ancora più evidente e conclamata.

Ed è una sentenza perché formalmente configurata come tale anche dal legislatore della riforma nell'art. 125 (rubricato nomina del curatore): *il curatore è nominato*

---

*atti emanati dall'Unione Europea: del regolamento UE n. 2015/848 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alle procedure di insolvenza, nonché della raccomandazione 2014/135/UE della Commissione del 12 marzo 2014 e dei principi della model law in materia di insolvenza elaborati dalla Commissione delle Nazioni Unite per il diritto commerciale internazionale (UNICITRAL). Anche nel piano d'azione per l'Unione dei mercati dei capitali del 30 settembre 2015 è stata annunciata la presentazione da parte della Commissione di un'iniziativa legislativa «in materia di insolvenza delle imprese avente ad oggetto principalmente la ristrutturazione precoce e la seconda chance» da elaborare alla luce della raccomandazione 12 marzo 2014 e con riferimento ai sistemi nazionali più «virtuosi» in materia di diritto delle crisi d'impresa. Nella Gazzetta Ufficiale del 30 ottobre 2017 è stata pubblicata la tanto attesa riforma della legge fallimentare, con la delega al governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza. Dopo l'approvazione in Senato dell'11 ottobre, si avvia una nuova norma che cambia radicalmente la gestione dell'indebitamento, dell'insolvenza e del fallimento delle aziende e rispecchia maggiormente il moderno ciclo di vita delle imprese. L'obiettivo è quello di prevenire le crisi e assistere gli imprenditori che si trovano maggiormente in difficoltà. L'ultima riforma mira a garantire un maggiore controllo ed una più efficiente prevenzione: le Camere di Commercio saranno chiamate a controllare l'attività ed i conti delle imprese, proprio al fine di evitare la liquidazione. La prima modifica apportata dalla riforma della legge fallimentare è di tipo linguistico e letterale; difatti, viene abbandonata nei testi ufficiali l'espressione “fallimento” e si comincia a usare quella di “liquidazione giudiziale”. Lo scopo è quello di evitare la stigmatizzazione sociale data dal termine “fallimento” e “fallimentare”, che marchiano l'imprenditore come un lavoratore che non sa far fronte ai propri debiti. In realtà crisi e insolvenza sono oggi evenienze fisiologiche nel ciclo di un'impresa: esse vanno prevenute e contrastate al meglio, ma non demonizzate.*

con la sentenza di apertura della liquidazione giudiziale, osservato l'art. 358 delle disposizioni di attuazione<sup>2</sup>.

Parimenti anche l'art. 142 del nuovo codice statuisce che la sentenza che dichiara aperta la liquidazione giudiziale priva, dalla sua data, il debitore dell'amministrazione e della disponibilità dei suoi beni esistenti alla data di apertura della liquidazione giudiziale.

Da subito va detto che la dichiarazione di liquidazione giudiziale va resa, peraltro, anch'essa al termine di un procedimento, sia pur espresso con non eccessiva chiarezza dalla riforma, che non rappresenta un vero e proprio *iter* processuale accostabile al paradigma del processo innanzi al Tribunale, pur esprimendo la definizione o la chiusura di una fase preliminare di istruttoria (una volta detta *pre-fallimentare*) finalizzata a constatare l'effettività della sussistenza dei presupposti richiesti dalla legge, in termini soggettivi ed oggettivi, per la stessa validità della declaratoria finale.

Essa sentenza interviene non per condannare o per accertare, ma per dichiarare<sup>3</sup>.

E, con questo provvedimento *giustiziale*, si dichiara l'apertura della procedura concorsuale.

**2.** Secondo il disposto dell'art. 16 del r.d. n. 267/1942, la sentenza dichiarativa di fallimento, pronunciata in camera di consiglio, esauriva una serie di funzioni, tra cui, l'individuazione, da parte del tribunale, del giudice delegato per la procedura e del curatore, per la gestione della stessa.

Essa veniva pronunciata quando il Tribunale riteneva che il ricorso fosse fondato, all'esito di una attenta discussione tenuta in camera di Consiglio<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> L'art. 16, del nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, in surroga del vecchio art. 16 della legge fallimentare del 1942, è dedicato all'OCRI ( Organismo di Composizione della Crisi di Impresa) costituito presso ciascuna camera di commercio industria e artigianato e agricoltura, con il compito di ricevere segnalazioni qualificate, gestire il procedimento di allerta e assistere l'imprenditore, su sua istanza, nel procedimento di composizione assistita della crisi.

<sup>3</sup> E.F. RICCI, *Lezioni sul Fallimento*, I, Milano, 1997, 143 e ss.; A. DIMUNDO, *Diritto Fallimentare*, coordinato da G. LO CASCIO, Milano 1996, 306; G. VALCAVI, *A proposito della riduzione delle garanzie nelle opposizioni contro le sentenze di fallimento, inaugurate da una recente sentenza delle Sezioni Unite*, in *Dir. Fall.*, 1998, I, 1369. Vi è chi, invece, ha sottolineato la difficoltà di una configurazione univoca della sentenza dichiarativa di fallimento e ne ha evidenziato la natura composita come F. FERRARA jr., A. BORGIOIOLI, in *Diritto Fallimentare, Manuale breve* Milano, 2013, II ed., 251 e ss.; R. PROVINCIALI, G. RAGUSA, in *Istituzioni di Diritto Fallimentare*, Padova, 1998, *Passim*: accentuano la natura esecutiva del provvedimento giudiziale.

<sup>4</sup> Il Tribunale può emettere altri provvedimenti rispetto alla sentenza dichiarativa di fallimento: A) decreto di rigetto motivato se si ritiene che non sussistano i presupposti per dichiarare il fallimento dell'imprenditore; questo provvedimento non è suscettibile di passare in giudicato, consente quindi la riproponibilità della domanda ed è reclamabile davanti la Corte d'Appello; B) decreto di archiviazione della domanda, se il creditore ritira il ricorso per la dichiarazione di fallimento (desistenza) perché ha ottenuto il soddisfacimento parziale o totale del suo credito o perché è stato persuaso a non insistere nella procedura. Il Tribunale, ai sensi dell'art. 7 comma 2 L.F., può fare una segnalazione al Pubblico Ministero, affinché provveda ad avanzare l'istanza. Nella nuova compagine, la sentenza di liquidazione giudiziale andrà a sostituire quella di fal-

La natura Camerale del procedimento in esame evidenziava la necessità di procedere ad una definizione *celere* dello stesso, senza aggravio di particolari formalità e formalismi.

L'istruttoria *pre* fallimentare era veloce e si basava su di un ampio potere d'ufficio.

Il Tribunale fallimentare, composto da tre Giudici, di cui uno in funzione di Presidente, si attivava prontamente in caso di ricorso, al fine di garantire il congelamento tempestivo del patrimonio fallimentare che poteva essere distratto dal fallito, a detrimento della soddisfazione della massa dei creditori.

Con la riforma, la sentenza dichiarativa di fallimento viene sostituita dalla sentenza di liquidazione giudiziale emessa dal Tribunale concorsuale, quando vi siano i presupposti di legge e soltanto dopo una fase iniziale che abbia tentato in tutti i modi di trovare anche una soluzione alternativa al *default*.

Entrambi i provvedimenti, conclusivi di una istruttoria precedente, sono sentenze, deliberate all'esito di una discussione attenta e riflessiva.

Trattasi, ieri, come oggi - non essendo mutato nulla in ordine alla delicatezza della tematica oggetto di questa investigazione - di una sentenza che si presenta come un atto complesso e *sui generis*, molto diverso dalla sentenza ordinaria; essa si compone, sostanzialmente, di due parti; una parte passibile di passare in giudicato; l'altra di immediata natura ordinatoria, tesa a disciplinare lo svolgimento della fase di liquidazione, afferente al momento gestorio della procedura.

La parte passibile di passare in giudicato è quella propriamente decisoria e, segnatamente, quella utilizzata dal Tribunale per dichiarare la liquidazione giudiziale.

Difatti, in mancanza di impugnazione, essa diventa giudicato e, quindi, inoppugnabile.

In questa parte l'ufficio giudiziario dichiara aperta la procedura concorsuale, nomina il Giudice Delegato al fallimento per controllarne la liquidazione ed al contempo nomina anche il curatore fallimentare che deve preoccuparsi della gestione diretta della procedura e della rendicontazione della stessa al G.D.

Nella parte ordinatoria, invece, il Tribunale impone al decotto il deposito di determinati documenti (bilanci, scritture contabili e fiscali, elenco dei creditori), qualora non via abbia già provveduto e, nel corpo della stringata sentenza, stabilisce il luogo, il giorno e l'ora dell'adunanza in cui si procederà all'esame dello stato passivo ed assegna ai creditori e ai terzi, che vantano diritti reali o personali sulle cose in possesso del fallito, un termine perentorio per la presentazione in cancelleria delle domande di insinuazione<sup>5</sup>.

---

limento e la procedura giudiziaria sarà considerata come la soluzione ultima a cui ricorrere per risolvere le crisi d'impresa; i provvedimenti di natura giurisdizionale, secondo le intenzioni del legislatore, saranno sostituiti dai rimedi di procedure stragiudiziali di composizione della crisi.

<sup>5</sup> La vecchia legge fallimentare, all'ultimo comma dell'art. 16 L.F., stabilisce che la sentenza produce i suoi effetti dalla data della pubblicazione (ai sensi dell'art. 133, 1° comma, c.p.c.), sottolineando che nei riguardi dei terzi si producono, invece, dalla data di iscrizione della sentenza nel registro delle imprese (ai sensi del 2° comma del successivo art. 17), accessibile e consultabile anche telematicamente dai soggetti terzi. Il legi-

### 3. La natura composita del provvedimento in esame suscita molte riflessioni. E' una sentenza?

Lo è, se si considera la sentenza un provvedimento di chiusura del procedimento *prefallimentare* o *preliquidazione* giudiziale a contenuto decisorio, ma in effetti, al di là della definizione formale, effettivamente, nella sostanza, la pronuncia di liquidazione giudiziale sembra essere tutt'altro.

Quello che, in vero, appare carente, se non nella misura espressiva di una sorta di mera constatazione in ordine alla sussistenza di presupposti soggettivi ed oggettivi della declaratoria, è la motivazione, tanto serrata e stringata, quanto basata, in definitiva, solo sull'attestazione della sussistenza di presupposti in fatto ed in diritto, da renderla pressappoco inesistente.

Né può sottacersi che un provvedimento giudiziario, in pratica senza una congrua motivazione, possa essere difficilmente configurato come una sentenza, soltanto perché proveniente da un'autorità giudiziaria.

L'art. 111 Cost. stabilisce che «tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati».

In ossequio a tale prescrizione il codice di procedura civile esige che la sentenza contenga la concisa esposizione «dei motivi in fatto e in diritto della decisione» e che l'ordinanza sia «succintamente motivata» (art. 132, 134 c.p.c.).

Per quanto concerne il decreto, se da un lato è vero che a norma dell'art. 135, co. 4°, «il decreto non è motivato, salvo che la motivazione sia prescritta espressamente dalla legge», dall'altro è, altresì vero, che le singole previsioni di legge -che non con-

---

slatore evidenzia la sua sensibilità nei confronti dei terzi di buona fede che nel sistema previgente, ignorando l'avvenuta dichiarazione di fallimento, potevano compiere atti negoziali nei confronti del fallito, sanzionati con l'inefficacia. Considerato che gli effetti della liquidazione giudiziale si ripercuotono nei confronti di vari soggetti, la sentenza che la dichiara viene notificata al debitore entro il giorno successivo al deposito in cancelleria ed è comunicata per estratto (contenente il nome del debitore, del curatore, il dispositivo e la data di deposito) al pubblico ministero, al curatore e al richiedente il fallimento. In base al secondo comma dell'art. 17 L.F., inoltre, la sentenza è annotata presso l'ufficio del registro delle imprese ove l'imprenditore ha la sede legale e, se questa differisce dalla sede effettiva, anche presso quello corrispondente al luogo ove la procedura è stata aperta. Ai sensi dell'art. 18 L.F. avverso la sentenza di fallimento può essere proposto reclamo (dal debitore e da qualunque interessato) direttamente alla Corte d'Appello nel termine perentorio di 30 giorni, decorrente, per il debitore, dalla data della notifica della sentenza, per gli altri interessati dalla data di iscrizione nel registro delle imprese. In ogni caso, l'appello va proposto entro un anno dalla pubblicazione ai sensi dell'art. 327, 1° comma, c.p.c. Depositato l'appello, il presidente provvede con decreto a fissare l'udienza di comparizione, disponendo la notifica, a cura del reclamante, sia del ricorso che del decreto, al curatore e alle altre parti entro pochi giorni dalla comunicazione del decreto, le quali dovranno costituirsi entro un definito termine, prima dell'udienza. In udienza il collegio, sentite le parti e assunti tutti i mezzi di prova, provvede con sentenza, potendo disporre l'accoglimento del reclamo e la revoca del fallimento, facendo salvi gli effetti degli atti legalmente compiuti dagli organi della procedura, ovvero il rigetto del reclamo con notifica al reclamante, il quale potrà proporre ricorso per cassazione entro 30 giorni dalla stessa, terminata l'istruttoria *prefallimentare*. Il suddetto meccanismo processuale non risulta essere presente con tale organicità sistemica nella recente riforma Rurdorf.

templano la motivazione del decreto- sono riferibili, soprattutto, a casi in cui può escludersi la natura giurisdizionale del decreto il quale riveste per lo più i caratteri di un provvedimento di natura amministrativa.

In tali ipotesi, pertanto, può escludersi qualsiasi contrasto con l'art. 111 della Costituzione.

L'obbligo della motivazione assolve alla funzione di assicurare, in concreto, il perseguimento di diversi principi costituzionali in tema di giurisdizione, quali il diritto di difesa, l'indipendenza del giudice e la sua soggezione alla legge, nonché il principio di legalità.

Ai sensi dell'art. 118, co. 1°, disposizioni di attuazione del c.p.c., la motivazione della sentenza consiste nella concisa esposizione dei fatti rilevanti della causa e delle ragioni giuridiche della decisione, anche con riferimento a precedenti conformi. In essa debbono essere esposte, concisamente ed in ordine, le questioni discusse e decise dal collegio ed indicati le norme di legge e i principi di diritto applicati ed, in ogni caso, deve essere omessa ogni citazione di autori giuridici.

In altri termini, la sentenza è il provvedimento con il quale il Giudice adempie alla sua funzione giurisdizionale decisoria; è l'atto giurisdizionale per eccellenza ed è considerato storicamente e concettualmente l'atto con il quale si esprime l'essenza della *iurisdictio*.

L'art. 132 c.p.c. rubricato *Contenuto della sentenza*, recita: *La sentenza è pronunciata in nome del popolo italiano e reca l'intestazione: Repubblica italiana. Essa deve contenere: 1) l'indicazione del giudice che l'ha pronunciata; 2) l'indicazione delle parti e dei loro difensori; 3) le conclusioni del pubblico ministero e quelle delle parti<sup>6</sup>; 4) la concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione<sup>7</sup>; 5) il dispositivo, la data della deliberazione e la sottoscrizione del giudice.*

La norma prescrive il contenuto formale minimo della sentenza che si compone di una parte espositiva, una parte motiva ed una parte dispositiva; tutti i succitati elementi, *nella loro intima compenetrazione, concorrono indissolubilmente a creare la forza imperativa della decisione del Giudice e che, in mancanza dell'una o dell'altra, la sentenza stessa è inesistente e non soltanto affetta da vizio di nullità emendabile con i normali mezzi di impugnazione<sup>8</sup>.*

<sup>6</sup> *La mancata o incompleta trascrizione nella sentenza delle conclusioni delle parti costituisce, di norma, una semplice irregolarità formale irrilevante ai fini della sua validità, occorrendo, perché siffatta omissione od incompletezza possa tradursi in vizio tale da determinare un effetto invalidante della sentenza stessa, che l'omissione abbia in concreto inciso sull'attività del giudice, nel senso di averne comportato o una omissione di pronuncia sulle domande o sulle eccezioni delle parti, oppure un difetto di motivazione in ordine a punti decisivi prospettati. (Nella specie, la S.C. ha respinto il ricorso rilevando che l'omessa trascrizione nella sentenza delle conclusioni di una delle parti doveva ascrivere a un errore materiale che non aveva inciso sulla valutazione delle difese svolte dalla parte la cui eccezione di incompetenza era stata accolta, Cass. civ., Sez. III, 23/02/2007, n. 4208).*

<sup>7</sup> Il testo prevalente era il seguente: "4) la concisa esposizione dello svolgimento del processo e dei motivi di fatto e di diritto della decisione".

<sup>8</sup> Cfr. Cass. 2006 n. 18948.



Consegue che si configura l'inesistenza della sentenza ogni qual volta *essa difetti di quel minimo di elementi e presupposti che sono necessari per produrre l'effetto di certezza giuridica che è lo scopo del giudicato*<sup>9</sup>.

Non è necessario che i requisiti di forma-contenuto siano indicati nell'ordine esposto dalla legge o siano espressi con formule sacramentali, ritenendosi sufficiente, in applicazione del principio della congruità della forma allo scopo, che ciascuno di essi possa essere desunto chiaramente e senza incertezze dal contesto della sentenza<sup>10</sup>.

Sulla scorta di tutto quanto sopra esposto, non sembra che la sentenza dichiarativa di liquidazione giudiziale, possa essere perfettamente inquadrata nello schema del legislatore.

Essa si avvicina di più ad un'ordinanza, ma non solo.

Anche l'ordinanza è, in ogni caso, un provvedimento a contenuto decisorio e definitorio.

Basti pensare ai vari procedimenti definiti con un'ordinanza<sup>11</sup>.

Resta il fatto che, come prima fatto cenno, la pronuncia si accompagna ad una serie di altre indicazioni di tipo ordinatorio ed, in quanto tale, si raffronta sì ad un vero e proprio provvedimento ordinatorio, senza, però, che ne venga ridotto il carattere e la natura amministrativa.

Difatti, elemento oggettivamente valutabile, è che essa sentenza è comunque un atto giudiziario perché emanato da un'autorità giudiziaria, avente, però, uno schietto carattere o profilo amministrativo.

L'anima giudiziaria o giustiziale si combina e si commista con quella amministrativa<sup>12</sup>.

Per questo motivo l'approccio allo studio della sentenza di liquidazione giudiziale non può continuare ad essere monoculare.

<sup>9</sup> Cfr. Cass. 2003 n. 8442; Cass. 1999 n. 1816.

<sup>10</sup> Cfr. Cass. civ., Sez. I, 08/03/2007, n. 5337: "Ai fini della verifica del vizio di omessa pronuncia, la portata precettiva di un provvedimento giurisdizionale va individuata tenendo conto non solo del dispositivo, ma anche della motivazione, quando il primo contenga comunque una decisione che, pur di contenuto incompleto e indeterminato, si presti ad essere integrata dalla seconda, come nel caso in cui il dispositivo contenga la formula "ogni diversa e contraria istanza disattesa" e nella parte motiva una determinata domanda sia esaminata e rigettata. (Rigetta, App. Roma, 25 Luglio 2002) "L'obbligo di motivazione si estende anche alla decisione sulla compensazione delle spese ove il giudice si discosti dal principio della soccombenza ex art. 92 c.p.c.: i giusti motivi dovranno essere "esplicitamente indicati nella sentenza".

<sup>11</sup> Con riferimento alla fase decisoria del procedimento, l'art. 702 *ter* c.p.c. dispone che il provvedimento conclusivo del giudice sia costituito da un'ordinanza dotata delle seguenti caratteristiche: è provvisoriamente esecutiva; costituisce titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale e per la trascrizione. L'ordinanza che definisce il processo sommario è, quindi, un provvedimento idoneo a costituire titolo esecutivo (laddove sia di accoglimento, cfr. App. Roma n. 2089/2011) e a produrre gli effetti del giudicato ex art. 2909 c.c. (in tutti i casi in cui il giudice decide la causa, senza dichiararsi incompetente, separare le domande o mutare il rito, cfr. Cass. n. 7258/2014), ove non venga appellata entro trenta giorni dalla sua comunicazione o notificazione.

<sup>12</sup> G.A. MICHELI, *Profili della sentenza dichiarativa di fallimento*, BBTC, 1962, I, 67.

Ma tale profilo non è stato esaminato dalla citata attuale riforma.

Non si può, *ergo*, non evincere la necessità di sottolinearne la natura complessa e mista del provvedimento *de quo* tra civile, fallimentare, processuale ed amministrativo.

Tale configurazione finisce con l'aver delle conseguenze e della ricadute non irrilevanti, se si considera che, anche e soprattutto, il fallito va tutelato nei confronti di un atto lesivo di un suo interesse, come può essere, ad esempio, l'interesse a che venga nominato un curatore virtuoso.

E tale interesse andrebbe tutelato con una impugnazione *ad hoc* della parte amministrativa della pronuncia, non dovendo riconoscersi solo al G.D. un potere di revoca di un curatore infedele, ma anche al fallito (e soprattutto) un effettivo ed efficiente potere di controllo, atteso che il patrimonio fallimentare è composto di beni di cui egli è esclusivo titolare, anche se costretto a subire lo spossessamento dei beni facenti parte del patrimonio fallimentare o, piuttosto, del patrimonio in liquidazione giudiziale.

4. Sta di fatto che la sentenza fallimentare, *rectius*: di liquidazione giudiziale si compone di poche righe e di consistenti e salienti punti.

Lo schema tipo della sentenza (si continua a identificare con tale forma, la pronuncia) potrebbe essere formulato nel modo seguente: Il Tribunale di Milano, in composizione collegiale, riunito in Camera di Consiglio, pronuncia la seguente sentenza: Letto il ricorso di liquidazione giudiziale contro la società Y; Convocati il ricorrente ed i la società debitrice innanzi al G.D.; Acquisite informazioni della G.d.F. territorialmente competente; Udita la relazione del G.D.; Rilevata la sussistenza dell'insolvenza richiesta *ex lege*; Rilevata la natura commerciale della società Y; Ritenuti sussistenti i requisiti richiesti per legge; Rilevato che la debitoria supera la soglia di..; Dichiaro il fallimento (*rectius*: la liquidazione giudiziale) della società Y; Nomina G.D. la dr.ssa Tizia; Nomina curatore il dr. Caio; Ordina alla società Y di depositare le scritture contabili entro il termine y e di individuare un elenco di creditori; Dispone che il curatore proceda per l'apposizione dei sigilli e per l'inventario; Fissa l'udienza per la verifica dello stato passivo; Assegna ai creditori termine per l'ammissione allo stato passivo; Dispone la notifica e la pubblicità per estratto nel registro delle imprese.

Tale provvedimento, in realtà, si concretizza in una o due pagine, ma contiene un numero considerevole di disposizioni, ordini, assegnazioni e fissazioni.

L'estrema sinteticità, comunque, non vale a comprimerne l'intelligibilità.

Anzi.

L'esposizione succinta è palese riprova della necessaria applicazione del principio di efficienza degli atti processuali, che devono essere confezionati in modo chiaro e preciso.

La sentenza dichiarativa di fallimento ne rappresenta un primo e importante esempio destinato ad essere un vero modello di efficienza applicativa.

Quello che, però, rappresenta un aspetto di criticità è dato dall'assenza della previsione del termine finale della procedura che, invece, dovrebbe essere inserito dal Tribunale Fallimentare all'atto della stessa deliberazione fallimentare.

Inserire il termine di chiusura della procedura è fondamentale in una vicenda processuale, come quella della liquidazione giudiziale, in cui si mescolano ad interessi privati, evidenti interessi pubblici o pubblicistici.

Il che potrebbe aiutare a configurare un processo fallimentare non solo unico, come è apparso nello spirito della riforma, ma, soprattutto, un processo tutto documentale, al fine di evitare assurde ed imbarazzanti, quanto non più sostenibili, lungaggini.

In vero a poco conta fare interventi su interventi sulla legge originaria del 1942, peraltro scritta da un legislatore sapiente ed estremamente lucido, ma occorre farlo, se proprio diventa inevitabile per fronteggiare le dinamiche moderne, con una progettualità dell'insieme e favorire soprattutto la celerità dei tempi.

Quest'aspetto così importante continua ad essere trascurato dal legislatore del 2005, 2006, 2012, 2015 fino all'ultima riforma su progetto della Commissione Rordorf<sup>13</sup> che si sofferma, soltanto ed unicamente, su questioni di tipo gestorio, ad esempio attribuendo nuovi e più gravosi compiti al curatore (peraltro non curandocene di valutarne, in modo essenzialmente sostanzialistico, specifica competenza e preparazione).

In più.

<sup>13</sup> Annualità dei più significativi interventi sulla L.F.

La riforma della legge fallimentare, iniziata con d.l. 14 marzo 2005 n. 35, convertito con legge 14 maggio 2005, n. 80, che aveva interessato le revocatorie e il concordato preventivo, è proseguita in modo continuo con interventi, a volte di limitata portata, (integrazione dell'art. 160 con il d.l. 30 dicembre 2005, n. 273, convertito con legge 23 febbraio 2006 n. 51), a volte di ampio respiro, che hanno toccato l'intera disciplina fallimentare, qual è quello attuato con il d.lgs 9 gennaio 2006 n. 5, che si può definire la base della riforma, seppur nella versione immediatamente integrata con il d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169. Dopo un periodo di relativa stasi, l'opera riformatrice è ripresa con d.l. 31 maggio 2010 n. 78, convertito con legge 30 luglio 2010 n. 122 (che ha introdotto nel corpo della legge fallimentare l'art. 182 *quater* ed aggiunto alcuni commi all'art. 182 *bis*), per continuare in modo incessante fino ai giorni attuali. Tralasciando gli interventi minori, vanno ricordati, tra i più significativi, quelli attuati con il d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito dalla legge 7 agosto 2012, n. 134, che contiene, tra l'altro, le rilevanti innovazioni del concordato con riserva e con continuità; quelli di cui al d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito dalla legge 17 dicembre 2012 n. 221, (e subito integrata dalla legge 24 dicembre 2012 n. 228), che, nel porre la P.E.C. come mezzo esclusivo di comunicazione, ha ritoccato numerose disposizioni della legge fallimentare, in particolare quelle riguardanti l'accertamento del passivo; parimenti il d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito dalla legge 9 agosto 2013, n. 98, ha apportato ulteriori modifiche all'art. 161 L.F.; il d.l. 27 giugno 2015 n. 83, convertito con modificazioni nella Legge 6 agosto 2015 n. 132; il d.l. 16 novembre 2015 n. 180; il d.l. 3 maggio 2016, n. 59, convertito con modificazioni dalla L. 30 giugno 2016, n. 119 e la legge 11 dicembre 2016 n. 232. Attualmente il DDL 2681, approvato in Senato l'11/10/2017, su suggestione della Commissione Rordorf, va a completare e ad integrare le disposizioni normative rese nel decreto 83 del 2015 ed allinea la normativa italiana in tema d'insolvenza a quella presente negli altri Stati membri, salva una successiva attività di armonizzazione normativa su base comunitaria in fase di definizione. Il tentativo è quello di attuare un organico approccio di riforma attraverso un nuovo Testo unico dell'insolvenza.

Il processo fallimentare dovrebbe essere accostato al modello del processo tributario, squisitamente documentale.

Soltanto chi è in possesso di documenti a riprova della sua pretesa, sarà tutelato e lo sarà tempestivamente.

5. La particolare struttura della sentenza di fallimento evidenzia, dunque, un potere amministrativo di non poco conto attribuito alla competenza di un Tribunale fallimentare, ma ordinario.

In definitiva, il Tribunale con tale pronuncia si spoglia della sua tipica attività di *iuris dicere* per assumere la veste e la posizione di un'autorità tipicamente amministrativa.

Esso amministra il fallimento e lo fa attraverso due figure centrali: Il Giudice Delegato ed il Curatore Fallimentare.

E lo fa anche dovendo *dar conto* ad un terzo soggetto rappresentato dalla massa di creditori.

E' un vero amministratore pronto ad intervenire in ogni caso.

Particolarità significative vi sono in questa tipica procedura speciale che, in definitiva, spoglia il fallito di tutti i suoi beni per sottoporli ad una gestione pubblica, la cui unica finalità principale è la liquidazione degli stessi per distribuirne il ricavato ai creditori insoddisfatti.

Tale tipo di attività relega il Tribunale ad un vero e proprio organo di amministrazione e non di giurisdizione.

Consegue che può senz'altro affermarsi che il Giudice Ordinario non interviene solo ad annullare un atto amministrativo<sup>14</sup>, ma si adopera anche per formarlo, in difetto di qualsivoglia procedimento, all'interno di una procedura che nasce nell'area del diritto privato per sfociare in quella di diritto pubblico.

Una procedura a metà<sup>15</sup>.

Riconsiderare la linea di confine tra il potere giurisdizionale ed il potere amministrativo, sarebbe senz'altro una cosa giusta per riportare ordine nell'ordinamento giuridico italiano.

Di qui la riflessione, non peregrina, che spinge a considerare il reclamo, avverso la sentenza dichiarativa di fallimento, una tutela non sempre piena.

Difatti con il reclamo si finisce con il contestare la declaratoria di liquidazione giudiziale, ma non la struttura ordinatoria dello stesso provvedimento che resta del tutto rimesso alla discrezionalità di un Tribunale, la cui motivazione dello stesso provvedimento, come ben evidenziato, appare lacunosa sotto molti aspetti

Non sarebbe meglio una tutela amministrativa?

<sup>14</sup> L. 689/81 e potere di annullamento del Giudice Ordinario di un atto amministrativo.

<sup>15</sup> Il Tribunale ordinario confeziona un atto amministrativo senza osservare alcuna particolare formalità, né quanto espressamente previsto dalla L. 1991/240 in ordine al paradigma della trasparenza del procedimento amministrativo.

Non sarebbe meglio considerare gli atti del Tribunale fallimentare dei veri e propri atti amministrativi su cui il Giudice amministrativo dovrebbe esercitare il controllo?

Tale impostazione sarebbe più corretta e garantirebbe una maggiore imparzialità e l'effettiva applicazione del principio costituzionale del giusto processo.

Vero è che anche il legislatore della riforma ha sottolineato la necessità di un Tribunale fallimentare *ad hoc*; un Tribunale specializzato che si formi come sezione separata del Tribunale dell'impresa.

Ma non basta.

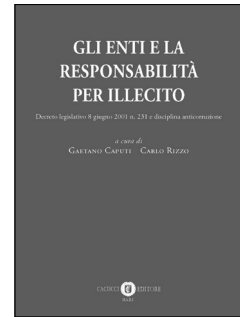
Apprezzabile è la prospettiva della diversità dell'ufficio da quello ordinario, ma la sua specialità al momento è solo un pallido e timido bagliore, mentre occorre una netta distinzione e la costituzione di un organo, con chiara connotazione amministrativa, per vigilare sulla delicata procedura concorsuale al fine di evitare nebulosità e confusioni ordinamentali.



# Gli enti e la responsabilità per illecito

Caputi Gaetano; Rizzo Carlo (a cura di)

ISBN 9788866118060 – Pagine 952 – Prezzo € 75,00



L'attenzione crescente verso misure sempre più incisive di contrasto della *maladministration* si è tradotta negli ultimi anni in una riforma radicale in grado di incidere significativamente sui criteri di fondo dell'azione dei pubblici poteri per la cura degli interessi cui sono preposti. Questo processo, non ancora definitivamente assestato, si è inserito in una fase, già avviata da tempo, di diversificazione e arricchimento delle formule tradizionali di organizzazione della pubblica amministrazione, assistendosi sempre più spesso al ricorso ad assetti organizzativi privatistici, o che si caratterizzano per la commistione di profili diversi, in funzione della cura e della gestione di interessi pubblici.

# Lezioni di tutela internazionale dei diritti umani

Pustorino Pietro

ISBN 9788866117858 – Pagine 244 – Prezzo € 22,00



Le “Lezioni” si prefiggono lo scopo di introdurre il lettore allo studio della teoria e soprattutto della prassi in materia di diritti umani nell’ottica dell’ordinamento internazionale. L’autore ha optato per un approccio sintetico ma complessivo alla materia, non limitato quindi all’esame dei pur fondamentali sistemi normativi di carattere pattizio sui diritti umani e affrontando di conseguenza alcune problematiche disciplinate anche dal diritto internazionale generale, quali ad esempio la questione del conflitto fra diritti umani e regole internazionali in materia di immunità (dello Stato e dell’individuo-organo) e la responsabilità internazionale per violazione dei diritti umani. Particolare importanza assume nelle “Lezioni” l’esame della giurisprudenza internazionale e di quella interna, che, nella loro multiforme e talora coordinata applicazione delle norme sui diritti umani, garantiscono un costante adeguamento di tali norme alle complesse problematiche “moderne” in tema di diritti umani, dando spesso luogo a interpretazioni particolarmente estensive e persino a nuovi diritti individuali o collettivi.

# La difesa dell'Europa

*La nuova difesa europea per le grandi sfide europee*

Preziosa Pasquale; Velo Dario

ISBN 9788866118084 – Pagine 88 – Prezzo € 12,00



La difesa dell'Europa e la difesa europea identificano due visioni diverse.

La difesa europea è stata concepita dai tradizionalisti come difesa sovrana europea, ripetendo il modello di difesa affermato dagli Stati nazionali nell'Ottocento.

Oggi sviluppare una nuova difesa dell'Europa significa costruire un pilastro europeo all'interno della N.A.T.O., aperto ad accordi con i Paesi confinanti (Regno Unito dopo la Brexit, Russia, Israele, Paesi del Nord Africa) e i Paesi più importanti a livello mondiale.

Il libro ripercorre la storia europea degli ultimi settant'anni, che ha visto contrapporsi queste due visioni, e delinea un nuovo modello di difesa europea duale, con una componente controllata dai singoli Stati membri e una componente organizzata dalle autorità europee. Questo modello si fonda sull'esperienza storica sperimentata dagli Stati Uniti.

# Il diritto pubblico tra ordine e caos

*I pubblici poteri nell'età della responsabilità*

Montedoro Giancarlo

ISBN 9788866117421 – Pagine 222 – Prezzo € 25,00



L'avventura del diritto pubblico nei nostri tempi complicati e frenetici, in una società disincantata e piena di incertezze: è il tema che appassiona Giancarlo Montedoro e lo impegna, in questo terzo volume di una sua ideale trilogia, nella sfida di immaginarne un futuro possibile.

Dopo averci raccontato delle trasformazioni del diritto amministrativo sul nascere del nuovo millennio (Mercato e potere amministrativo, 2010) e della nuova centralità delle corti sulla scena giuridica globalizzata (Il giudice e l'economia, 2015), Montedoro si occupa ora delle radici della crisi del diritto pubblico e si interroga sui suoi sviluppi. Una crisi profonda, radicata in quella più generale di un mondo che sembra governato dall'irrazionalità, di una società fluida che non sembra più riconoscere valori fondativi, di una globalizzazione al tempo stesso travolgente e disperante.



# *rivista di diritto privato*

**CACUCCI EDITORE**

Via Nicolai, 39 - 70122 Bari

INTESTAZIONE FATTURA	COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)			
	INDIRIZZO		N. CIVICO	
	CAP	LOCALITÀ	PROV.	
	PIVA (SE NECESSITA FATTURA)		CODICE FISCALE (OBBLIGATORIO)	
	TEL.		FAX	
	INDIRIZZO DI SPEDIZIONE (se diverso)	COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)		
INDIRIZZO		N. CIVICO		
CAP		LOCALITÀ	PROV.	
ABBONAMENTI	ITALIA		ESTERO	
	<input type="checkbox"/> abbonamento annuale 2019	<input type="checkbox"/> abbonamento in versione PDF	<input type="checkbox"/> abbonamento annuale 2019	<input type="checkbox"/> abbonamento in versione PDF
	€ 135,00	€ 67,50	€ 270,00	€ 67,50

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

## *Magistrati e Uditori giudiziari*

Sconto del 30% sull'acquisto dell'abbonamento annuale alla rivista, applicabile rivolgendosi alla Cacucci Editore S.a.s., Via Nicolai, 39 - 70122 Bari, o via Fax al n. 080/5234777 o rivolgendosi al Servizio clienti al n. 080/5214220, o via e-mail [riviste@cacuccieditore.it](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. 080/5214220, 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



# 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



ISBN 978-88-6611-825-1



9 788866 118251

€ 38,00