ISSN 1128-2142

rivista di diritto privato

4 anno XXV - ottobre/dicembre 2020

rivista di diritto privato 4 anno XXV - ottobre/dicembre 2020

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

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

CACUCCI
EDITORE

Pubblicazione trimestrale – Tariffa R.O.C.: Poste Italiane S.p.A. – Spedizione in abbonamento postale – D.L. 353/2003 (conv. in L. 27/02/2004 n. 46) art. 1, comma 1, DCB S1/BA

rivista di
diritto privato

Pubblicazione trimestrale

Editrice: Cacucci Editore S.a.s.

Via D. Nicolai, 39 – 70122 Bari (BA)

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

Telefono 080/5214220 – Fax 080/5234777

Direttore responsabile: Nicola Cacucci

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

Direttore: Giorgio De Nova

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

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

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

Redazioni

Roma: Maria Barela, Marco Nicolai, Benedetta Sirgiovanni

Bari: Adriana Addante, Claudia Morgana Cascione

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

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

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

Prezzo singola copia: € 38,00.

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

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

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

Per informazioni su gestione abbonamenti, numeri arretrati, cambi d'indirizzo, ecc.
Cacucci Editore S.a.s. – Servizio clienti,
Via Nicolai, 39, 70122 Bari.
Tel. 080/5214220, Fax 080/5234777,
e-mail: riviste@cacuccieditore.it

INFORMATIVA SULLA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI

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

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

CRITERI DI SELEZIONE DEI CONTRIBUTI PUBBLICATI

La valutazione di tutti i contributi oggetto di pubblicazione viene effettuata in totale anonimato secondo il sistema "*double blind*", in osservanza di quanto prevede il Regolamento ANVUR, da un soggetto terzo, di volta in volta, individuato dalla Direzione, secondo le sue specifiche competenze nelle aree tematiche di pertinenza del contributo sottoposto a valutazione nell'ambito del Comitato di Valutazione composto da soggetti autonomi rispetto agli Organi della Rivista. Solo in casi eccezionali la Direzione assume direttamente la responsabilità della pubblicazione segnalando la circostanza e le relative motivazioni in una nota nella prima pagina del contributo.
L'Autore di uno scritto che aspiri ad essere pubblicato in questa Rivista deve inviare il proprio lavoro alla Redazione, la quale svolgerà un esame preliminare concernente:
– la attualità del contributo;
– la pertinenza dell'argomento oggetto del contributo con le materie trattate dalla Rivista.
In caso di accettazione del contributo per la sottoposizione alla procedura di referaggio, il Direttore, o un componente della Direzione, invia il contributo ad uno o più esperti del tema trattato, designati preferibilmente fra i componenti del Comitato di Valutazione.
Il revisore (o i revisori) formulerà (o formuleranno) il proprio giudizio, tenendo conto dei seguenti parametri:
– correttezza e coerenza dell'impostazione metodologica;
– originalità dello scritto;
– adeguatezza della bibliografia e della giurisprudenza citate;
– chiarezza espositiva.
Sulla base di tali parametri, l'esito del referaggio può comportare: un giudizio di idoneità alla pubblicazione senza modifiche; un giudizio di idoneità alla pubblicazione, subordinato al previo apporto di modifiche e/o integrazioni (che verranno indicate all'Autore); un giudizio di non idoneità alla pubblicazione.
In caso di giudizio discordante fra più revisori, la decisione finale verrà assunta dal Direttore.
In caso di contributi provenienti da Autori di particolare fama o prestigio, il Direttore, sotto la sua responsabilità, può decidere di pubblicare il contributo, senza sottoporlo alla procedura di referaggio.

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

CODICE ETICO

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

rivista di diritto privato

2020

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

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

CACUCCI
EDITORE

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

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

SOMMARIO 4/2020

Saggi e pareri

Il sovraindebitamento dopo il codice della crisi.
Il diritto privato che cambia e la dogmatica civilistica
di Carmelita Camardi 487

La influencia de la cultura jurídica italiana en el Libro Primero del Código Civil Peruano de 1984: Derecho de las Personas
di Carlos Antonio Agurto Gonzáles 533

Fine vita e consenso informato
di Ettore Battelli 561

Riflessioni intorno alla rilevanza della presentazione della dichiarazione di successione ai fini del conseguimento del titolo ereditario
di Giuseppe Werther Romagno 591

Nullità di protezione e integrazione del contratto
di Chiara Sartoris 609

La tutela dei consumatori nei *social network*
di Daniele Corvi 635

Indice Generale 2020

Indice delle rubriche 657

Indice analitico 660

Indice degli autori 663

Saggi e pareri

Il sovraindebitamento dopo il codice della crisi. Il diritto privato che cambia e la dogmatica civilistica

di Carmelita Camardi*

Abstract. The essay aims to explain the new Italian regulation (the *Crisis and Insolvency Code*, 2019) regarding the over-indebtedness phenomena in any market context, including consumer activities, whit reference to two main objectives: managing the crisis efficiently and socially, in order to avoid undesirable effects of marginalization. The analysis focuses on the discipline of the civil debtor and consumer over-indebtedness, particularly the new procedures oriented to the discharge (or fresh start) and the liquidation, to finally focus on the civil law aspects involved in the new debt crisis regulation. The final argument is that the reform would introduce a double model of the pecuniary obligation regime, organized on the alternative choice by the debtor. The first model remains the traditional one based on the principle of personal responsibility; the second, the insolvency one, inspired by the opposite principle of sharing debt risk with all creditors, principle that significantly affects the structure of patrimonial responsibility.

SOMMARIO: 1. Dalla legge n. 3 del 2012 al Codice della crisi. Un formale *passaggio di fase. – 2. Valore social-sistematico dell'approccio concorsuale al sovraindebitamento civile. Il* Discharge. *– 3. Segue. Impatto sistemico dell'esdebitazione nella prospettiva del Codice della crisi. – 4. Alcuni aspetti della disciplina del sovraindebitamento nel confronto tra la legge n. 3 del 2012 e il Codice della crisi. La posizione del consumatore, "icona del mercato". – 5. L'obbligazione pecuniaria, l'esdebitazione e la responsabilità limitata del consumatore. Qualche chiarimento interpretativo, anche sugli orizzonti del diritto civile. – 6. Segue. Il percorso del consumatore. La liquidazione controllata. – 7. … e qualche chiosa finale sulla esdebitazione dell'*incapiente*; nonché sul principio del pagamento "almeno in parte" dei creditori concorsuali. – 8. Il sovraindebitamento del debitore civile "non" consumatore. Alcune note. – 9. Per concludere. Sul doppio statuto dell'obbligazione pecuniaria.*

1. Nel passaggio dalla disciplina del sovraindebitamento proposta dalla legge del 2012 (ed ancora per poco vigente) a quella inserita nel nuovo *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*[1], si è consumato un fenomeno normativo di importanza pro-

* Ordinario di Diritto privato nell'Università Ca' Foscari di Venezia.

[1] D'ora in poi, Codice della crisi. Sul percorso normativo indicato si veda Bonfante, *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*, in *Giur. it.*, 2019, 19 e 43; Rordorf, *Prime osservazioni sul Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Contr.*, 2019, 129; Pellecchia, *Indebitamento e sovraindebitamento: tra codice civile e codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Leggi civ. comm.*, 2019, 822; Ead., *La definizione di sovraindebitamento nel*

babilmente superiore a quello registrato nel passaggio dalla disciplina (dell'inadempimento) del Codice civile a quella della l. 27-1-2012, n. 3. I due passaggi potrebbero rivelarsi suscettibili di diversi inquadramenti o qualificazioni.

Limitandoci ad esaminare ancora il primo dei due in ordine temporale, chi scrive ne aveva parlato in termini di "legislazione della crisi", per coglierne l'eziologia nella situazione generata dalla crisi economica del 2008 ed apprezzarne la *ratio* in relazione ad altri provvedimenti normativi che quella eziologia condividevano; senza per questo trascurare di notare come tali novità contenessero elementi tali da giustificare l'idea che gli stessi si candidassero – in realtà – come fattori generatori di una nuova stabilità e di un nuovo ordine economico-istituzionale, destinati a sopravvivere alla crisi in virtù della quale erano stati predisposti[2].

Una volta assodata questa prospettiva, ed insieme quella per cui il superamento di una crisi – ammesso che lo si possa diagnosticare come tale – non conduce mai al ristabilimento della situazione precedente, quanto ad un riassetto dei rapporti implicati e spesso dell'intero mercato, l'idea che ha guidato la letteratura che si è occupata del sovraindebitamento ne ha messo in evidenza l'impatto sulla sistematica del codice civile e sulla teoria dell'obbligazione, giustamente richiamando all'attenzione alcuni temi cruciali dell'una e dell'altra, quali il residuo valore del principio della responsabilità patrimoniale a fronte dell'esdebitazione concedibile al sovraindebitato; ovvero quello della stessa vincolatività della promessa a fronte di sopravvenienze fonti di difficoltà finanziarie insuperabili per il debitore di obbligazioni pecuniarie; e così via, fino a discutere della stessa astrattezza dell'obbligazione civile quale prototipo delle relazioni sociali di mercato[3].

Si è condotta così una interessante riflessione incentrata sul processo di costante indebolimento dei principi e delle categorie civilistiche, a fronte di fenomeni che hanno progressivamente sottratto alla sfera di competenza del Codice civile una serie crescente di rapporti economici, per sottometterli al dominio di nuovi principi e di nuove regole, espressione di una mutata prospettiva normativa a fronte della crescente complessificazione dei rapporti in questione.

Questo schema interpretativo, per un verso tributario della categoria della c.d. decodificazione di irtiana memoria; per altro verso legato all'idea di un certo rapporto tra norme generali e norme speciali, incapaci le seconde della "naturale" espansività delle prime, almeno fino a quando la fenomenologia normativa non le ha dotate di una vieppiù crescente generalità, quantomeno settoriale[4]; ha prodotto i suoi

Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Cosa resta e cosa cambia, *ibidem*, 2019, 1134; Macario, *Il contratto e gli strumenti negoziali stragiudiziali nel Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Contr.*, 2019, 369; D'Orazio, *Il sovraindebitamento nel Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Fallimento*, 2019, 697.

2 Camardi, *Legislazione della "crisi" e diritto privato patrimoniale. Una nuova complessità tra efficienza e coerenza sistematica*, in *Osservatorio diritto civile e commerciale*, 2017, 265.

3 Si vedano per tutti i contributi raccolti nel volume a cura di D'Amico, *Sovraindebitamento e rapporto obbligatorio*, Torino, 2018.

4 Ci si permette sul punto di rinviare al nostro *Norme generali e categorie civilistiche. Una riflessione sul diritto dei contratti*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2019, 187.

risultati in termini interpretativi fino all'avvento del Codice della crisi del gennaio 2019: momento nel quale la forma "codice" ha preso il sopravvento sulla dispersione fino ad allora provocata dai continui interventi legislativi nella materia del fallimento ed in quella delle crisi da sovraindebitamento. La prima, governata da una legge fallimentare coeva al codice civile, emblema della specialità della disciplina dell'impresa oltre che della ideologia della "esclusione" dell'imprenditore incapace e non competitivo, fatti salvi i ripetuti interventi che – speciali "secondi" rispetto alla legge speciale "prima" – introiettavano nel sistema principi di recupero, salvataggio e ristrutturazione delle imprese in crisi, non del tutto coerenti con la logica dell'esclusione. La seconda, nuovo emblema di un intervento anticrisi e di emergenza, governata da norme asistematiche dichiaratamente funzionali a recepire quella logica del *discharge* che in altri contesti si era già affermata senza troppo clamore.

Quale dunque il valore da attribuire al varo del Codice della crisi? È sufficiente la trasposizione delle precedenti leggi dentro un testo unitario per poter sostenere che, ormai, alla frammentazione normativa si è sostituito un sistema che – in quanto tale – non può più essere indicato come mero insieme di norme?

E quale sarebbe infine il paradigma interpretativo da adoperare per stabilire un rapporto "corretto" tra i due Codici, quello civile e quello della crisi?

Io credo che un ragionamento utile sugli interrogativi proposti possa partire, prima che dalla valutazione dei singoli istituti nella nuova formulazione (le due procedure di composizione della crisi, la liquidazione e l'esdebitazione), da quello che appare lo scopo dichiarato del codice, quando all'art. 1 si presenta come portatore della disciplina delle "situazioni di crisi o insolvenza *del debitore*", chiunque esso sia e con esclusione dei soggetti pubblici. E così, per un verso la riforma sottrae definitivamente la disciplina del sovraindebitamento del debitore civile alla casualità contingente degli interventi anticrisi e la stabilizza in una forma che ambisce a fondare un nuovo ordine sistematico; per altro verso, tale Codice definitivamente supera la riserva esclusiva di una disciplina dell'insolvenza in capo alle imprese commerciali.

Non ci interessa sottolineare in tale operazione normativa quell'aspetto ricorrente che vede nel tempo il diritto commerciale – o in questo caso "fallimentare" – permeare di sé il diritto civile, o viceversa. Interessa piuttosto percepire un senso generale, quello per cui il legislatore ha inteso assumere un'ottica unitaria (anche se non necessariamente unica) rispetto ad un problema diffuso che ha ritenuto non poter più essere risolto in una dimensione individualistica o parcellizzata. Il problema è quello delle soluzioni da porre per i fenomeni di distruzione di ricchezza conseguenti al patologico funzionamento (non più soltanto dell'impresa commerciale, ma anche) delle relazioni economiche e finanziarie, da chiunque intrattenute ed in qualunque contesto di mercato. Detto in altre parole, il problema della distribuzione del rischio di perdite indotto dalla partecipazione a qualunque titolo alle attività economiche, intese in senso ampio come attività non solo di produzione ma anche di circolazione della ricchezza, quali si rivelano essere le attività di consumo, anch'es-

se foriere di un rischio di perdite, nella misura in cui il consumatore privo di liquidità propria paga il costo dei beni e dei servizi che acquista sul mercato contraendo debiti, e perciò dilazionando nel tempo il pagamento, confidando nell'acquisizione di ricchezza futura da destinare anche alla soddisfazione dei suoi creditori, oltre che al suo sostentamento.

Questo ri-accentramento dello sguardo normativo adottato dal legislatore sul fenomeno crisi – intesa nella sua veste di insolvenza – dall'angolo esclusivo dell'impresa commerciale all'orizzonte esteso di tutti i debitori, ha generato l'adozione di un modello di soluzione della crisi, differenziato certamente in ragione delle figure e delle tipologie di crisi, ma ispirato dalla comune duplice *ratio* di governare la crisi in maniera *efficiente*, per evitarne la degenerazione e l'effetto moltiplicatore; e di distribuirne gli effetti *socialmente*, in maniera tale da evitare indesiderabili fenomeni di emarginazione.

Certo, se si vuol dire che, ancora una volta, il legislatore avrebbe operato in tal modo una commercializzazione del diritto privato, lo si dica pure; anche se sarebbe più acconcio dire invece che si è ritenuto ormai insostenibile dai due punti di vista ora indicati, l'efficienza e l'inclusione, l'esonero del debitore civile da un modello di regolazione dell'insolvenza capace di cogliere e governare il suo eventuale carattere esteso e la frequente ricorrenza della stessa come fenomeno interessante una pluralità di creditori. Si è ritenuto cioè insostenibile un modello che non adottasse, riadattandola, la necessaria dimensione della concorsualità, come miglior cifra in grado di organizzare una risposta coordinata e capace di bilanciare tutti gli interessi coinvolti. Obiettivo che in alcun modo i principi e la disciplina delle obbligazioni civili sono in grado di raggiungere, in quanto per definizione costruiti sulla dimensione astratta della individualità del rapporto obbligatorio: una relazione binaria che ignora qualunque termine di comparazione tra l'interesse del creditore all'adempimento della prestazione e interessi "altri", del debitore o di terzi, che si trovassero per una qualche ragione implicati o interferiti dall'adempimento o dall'inadempimento. Basti pensare, fra tutte, alla norma di cui all'art. 1186 c.c.: una misura capace di assicurare per intero l'interesse di un creditore, indipendentemente dalla valutazione (dell'importanza) delle conseguenze della perdita del beneficio del termine per il debitore che aveva pianificato un adempimento dilazionato, e per gli altri creditori che, anche in ragione di ciò, gli avevano dato fiducia.

Questo rilievo non vuole certamente esitare nella proposta di rivedere termini e condizioni di operatività di una norma che fortemente incentiva i debitori ad un comportamento razionale ed efficiente[5]. Vuole piuttosto evidenziare come la tutela individuale del credito, o meglio di ciascun creditore indipendentemente dall'altro, esprime un modello certamente efficiente in un contesto competitivo nel quale i fenomeni di indebitamento, intesi come ricorso a mezzi finanziari altrui, assumono una dimensione tendenzialmente proporzionata al livello di produzione del reddito

[5] Ma sul punto si veda più avanti l'opinione di Pellecchia, *La definizione di sovraindebitamento nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., 1158, citato in nota 95.

delle diverse categorie di debitori, dando luogo dunque ad un rischio tendenzialmente controllabile in questa stessa misura. Finisce per offrire invece un modello inefficiente in un contesto nel quale le opportunità del mercato si moltiplicano ed invitano all'indebitamento indipendentemente da un aumento del reddito personale. Ciò che avviene allorquando le occasioni di consumo si accrescono in ragione del moltiplicarsi delle offerte dei professionisti (si pensi al commercio elettronico o a tutte le modalità di invito al consumo fuori dei tradizionali locali commerciali); ovvero allorquando, in conseguenza di complessi fenomeni di ristrutturazione del tessuto imprenditoriale, si moltiplicano le occasioni – presunte o reali – di investimento (si pensi all'incentivazione alle start-up, o alla diffusione di modelli di distribuzione commerciale che si propongono a piccoli imprenditori di una catena nella forma del *franchising*, accentuata nella dimensione del mercato unico). In queste ed in molte altre serie di casi, il debitore si può trovare scoperto contemporaneamente nei confronti di più creditori, e pertanto esposto a molteplici scadenze contestuali capaci di creare – con molta più intensità che nel passato – situazioni di sovraindebitamento, che necessitano di una gestione coordinata che valorizzi la cifra concorsuale.

Ancora in altre parole, l'esenzione del debitore civile o del piccolo imprenditore dal fallimento esprimeva un privilegio legato ad una diversa dimensione del mercato; cambiata la quale il privilegio si è trasformato in uno svantaggio, foriero di conseguenze non sempre efficienti e socialmente accettabili, allorché il debitore incontra il muro dell'aggressione individuale del creditore più lesto, e gli altri creditori incontrano poi il vuoto lasciato da codesta – legittima ma egoistica – aggressione[6].

Viceversa, l'estensione a tali soggetti della possibilità di comporre le difficoltà del sovraindebitamento anche attraverso una procedura concorsuale consente non solo una gestione coordinata dei rapporti obbligatori implicati nella crisi, ma soprattutto una valutazione ponderata degli interessi coinvolti in chiave collettiva e tendenzialmente paritaria, sia che si voglia perseguire l'obiettivo di recuperare l'attività economica del debitore ad una dimensione di continuità e di efficienza, sia che si voglia semplicemente favorire la liberazione personale del debitore (non imprenditore) offrendogli una seconda *chance*.

Ciò è per l'appunto quanto il Codice della crisi ha inteso fare.

E se di questo si tratta, è già possibile impostare il tema del rapporto tra i due codici, quello Civile e quello della crisi, in una prospettiva corretta. Ebbene, a dispetto delle apparenze, i due Codici non si sovrappongono e non occupano lo stesso

[6] Utilissime per l'impostazione del tema le sintetiche lucide osservazioni di Fl. D'Alessandro, *Efficienza e giustizia distributiva nelle procedure concorsuali*, in *Riv. dir. comm.*, 2018, 375 ss.; Pellecchia, *Indebitamento e sovraindebitamento: tra codice civile e codice della crisi e dell'insolvenza*, cit., *passim*; e soprattutto Femia, *Esdebitazione, responsabilità, estinzione parziale*, in *Il consumatore e la riforma del diritto fallimentare*, a cura di Llamas Pombo, Mezzasoma, Rana e Rizzo, Napoli, 2019, 243 ss., il quale discorre di "categorizzazione binaria dei rapporti sociali", tipica dell'approccio civilistico tradizionale e incarnata nella dominanza creditoria del rapporto obbligatorio: un approccio superato dalla visione del Codice della crisi, definito "sistemico", nel senso che più avanti si chiarirà.

spazio problematico: l'uno governa i fenomeni legati all'inadempimento delle obbligazioni nella tradizionale prospettiva individualistica, e ciò nel contesto del rapporto conflittuale tra debitore e creditore, e sullo sfondo della garanzia che l'art. 2740 fornisce sull'apprensione dei beni presenti e futuri del debitore. L'altro governa i fenomeni che eccedono la specifica dimensione spazio-temporale dell'inadempimento come singola fattispecie, ed aprono ad una visione *collettiva* della massa nel contesto dell'interesse comune a tutti i creditori a percepire quanto più possibile dal patrimonio attuale di un debitore insolvente; con l'idea che la gestione di questi interessi condivisi attraverso una procedura concorsuale, una volta chiusa, possa lasciare "libero" il debitore indipendentemente dalla integrale soddisfazione di tutti i creditori.

La disciplina del sovraindebitamento, dunque, costituisce l'*alternativa*[7] di stampo concorsuale al modello di gestione della crisi eventualmente impostato sulla sola base della disciplina codicistica dell'inadempimento e della responsabilità del debitore. Un'alternativa che – ed è questa una novità non secondaria del codice della crisi – non è adesso affidata esclusivamente alla scelta del debitore di sottoporsi ad una procedura di composizione ovvero di lasciar sì che i suoi creditori si soddisfino uno per volta secondo le modalità civilistiche ordinarie. Con riferimento alla procedura della liquidazione controllata, infatti, l'art. 268 del Codice della crisi rende possibile chiederne l'apertura anche al creditore, ovvero al pubblico ministero se l'insolvenza riguarda un imprenditore; seppur consenta poi al debitore di reagire a questa iniziativa chiedendo l'accesso ad una delle procedure di composizione della crisi, domanda per la quale il giudice concede un termine per l'integrazione sospendendo l'apertura della liquidazione (art. 271). La novità esprime con evidenza il superamento della logica meramente individualistica che presiede alla disciplina civilistica dell'inadempimento: i creditori che hanno contezza della crisi del loro debitore hanno anch'essi l'opzione per uno dei due modelli di soluzione del problema, e pertanto – se ciò risultasse di loro maggior convenienza – possono precedere l'iniziativa del debitore o bypassare la sua inerzia chiedendo l'apertura della liquidazione. Il Codice vuole così assicurare che il modello della soluzione della crisi in chiave concorsuale abbia una *chance* di prevalere, nell'interesse del ceto creditorio in generale, anche in opposizione dialettica all'interesse del debitore (a conservare, ad esempio, alcuni cespiti patrimoniali nella sua disponibilità) o a quello di altri creditori (ad una esecuzione personale "egoistica").

Ad assumere dunque questa prospettiva di tutela del "ceto" creditorio come tale, il rapporto tra codice civile e codice della crisi nemmeno risulta del tutto comprensibile nel quadro della dialettica tra norme generali e speciali. Qui non si ha, come invece – ad esempio – nel diritto dei consumi, la sottrazione di fattispecie al raggio di competenza della disciplina generale, e la conseguente attribuzione delle stesse ad un diverso plesso disciplinare (sicché un contratto fra professionista e consumatore

[7] Femia, *Esdebitazione, responsabilità, estinzione parziale*, cit., 244.

non può essere disciplinato dal codice civile, ma *deve* essere disciplinato dal Codice del consumo). Qui abbiamo una fattispecie per la quale, allorquando la stessa si presenti declinata al plurale piuttosto che al singolare (tanti inadempimenti o ritardi, non soltanto uno), concorrono *due modelli alternativi di disciplina*, eleggibili a seconda di come i soggetti legittimati ad assumere un'iniziativa di governo della stessa si dispongano *di fatto* di fronte al debitore, o quest'ultimo di fronte ai creditori. Il legislatore non impone di disciplinare in chiave concorsuale l'insolvenza civile, attribuisce piuttosto ai soggetti che ne sono protagonisti un'alternativa che ciascuno di loro ha l'opportunità di selezionare al fine di realizzare comunque una soluzione della crisi, all'esito di una previa valutazione dei costi e dei benefici che ciascuna alternativa offre.

In sintesi, dunque, il Codice della crisi attribuisce definitiva rilevanza giuridica ad una fattispecie che – nel settore dei rapporti non commerciali – prima rimaneva confinata nell'irrilevanza: la fattispecie dell'*insolvenza civile*, la quale, ove riscontrabile nei soggetti di cui alla lettera c) dell'art. 2, 1° co., del Codice della crisi, ha contenuto costante e riceve solo con riguardo a tali soggetti la denominazione di sovraindebitamento[8]. Circostanza, anche questa, non banale, se si pensa che ancora nella l. 27-1-2012, n. 3, il sovraindebitamento era invece definito come "perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio prontamente liquidabile per farvi fronte", quasi a sottolineare l'ineliminabile distanza tra soggetti fallibili e "altri" non fallibili. Così come non soltanto linguistica è l'innovazione per la quale, una volta eliminata l'esclusiva delle procedure concorsuali a beneficio dei soli imprenditori commerciali, la sottoposizione di tutti i debitori insolventi all'ombrello della concorsualità, rende possibile cancellare dal vocabolario giuridico il vecchio termine del "fallimento", e rendere formalmente rilevanti agli effetti di questa o quella procedura concorsuale le diverse qualifiche e posizioni che un debitore può assumere: imprenditore minore, piuttosto che agricolo, consumatore, *start-up* innovativa, grande impresa, gruppo di impresa etc.

A ciascuno il suo! Superata l'elencazione delle definizioni offerta dall'art. 2 del Codice, ne risulta una declinazione completa delle tipologie giuridico-economiche di debitori insolventi, quali contenute in altre leggi, o in nessuna in particolare, purché "persona fisica, persona giuridica o altro ente collettivo…", ai sensi dell'art. 1 del Codice, che esclude dal suo ambito di applicazione solo lo Stato e gli enti pubblici[9].

[8] Ai sensi dell'art. 2, 1° co., si hanno le seguenti definizioni: a) «crisi»: lo stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate; b) «insolvenza»: lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni. Ove riferibili ai soggetti di cui alla lett. c, tali situazioni sono definite di "sovraindebitamento".

[9] Assume rilievo in questo contesto anche l'innovativa previsione di cui all'art. 66 del Codice della crisi, alla stregua del quale "I membri della stessa famiglia possono presentare un unico progetto di risoluzione della crisi da sovraindebitamento quando sono conviventi o quando il sovraindebitamento ha un'origine comu-

L'operazione normativa è perciò densa di significato già da questo punto di vista, per il tipo di risposta che ha fornito ad un problema sociale che in altri ordinamenti è stato affrontato e risolto da gran tempo nella direzione verso la quale si è mosso il legislatore italiano adesso[10].

E si tratta di una risposta – della quale la mutata terminologia legislativa è espressione assai sintomatica – che vuole accogliere una mutata concezione della concorrenza e del ruolo del singolo operatore nel gioco del mercato, nonché degli stessi soggetti che assumono il ruolo di creditori. Una concezione per affermare la quale una semplice legge, come la l. 27-1-2012, n. 3, o una somma di leggi, non erano sufficiente: occorreva un "Codice", con tutto il suo valore simbolico e la sua ambizione sistematica[11].

2. Questo aspetto merita un breve approfondimento, allo scopo di poter correttamente impostare la valutazione di taluni profili tecnici della nuova disciplina e successivamente riprendere le considerazioni che già si era avuto modo di formulare rispetto all'impatto della novella in tema di sovraindebitamento del 2012 sul modello dell'obbligazione (specie pecuniaria) e sulla funzione della responsabilità patrimoniale, secondo i principi presenti nel Codice civile.

Diamo evidentemente per scontato che il lettore almeno in parte conosca i principi generali che connotano la disciplina concorsuale del sovraindebitamento, che si sostanzia nella previsione di procedure di ristrutturazione dei debiti e di liquidazione del patrimonio del debitore insolvente, e soprattutto nella possibilità per il debitore "liquidato", o il cui piano di ristrutturazione o concordato siano stati eseguiti[12], di accedere alla cosiddetta esdebitazione, nel rispetto di certe condizioni. L'istituto viene introdotto nella legge del 2012, e potenziato nel nuovo Codice, sia in ordine ai presupposti, che l'art. 280 del Codice alleggerisce rispetto alla previsione originaria dell'art. 14 *terdecies*, che in ordine alla platea dei destinatari, prima limitata alle persone fisiche, ora estesa alle società e a una nuova figura che fa qui la sua prima apparizione, il debitore "incapiente", definito come la "persona fisica meritevole, che non sia in grado di offrire ai creditori alcuna utilità, diretta o indiretta, nemme-

ne". Si tratta delle cosiddette "procedure familiari", sulle quali non ci si può in questa sede soffermare, e per le quali si rinvia a Tola, *Procedure familiari e attività d'impresa*, in *Nuova giur. comm.*, 2019, 1110.

10 Sui costi "vivi" di questa operazione, dal punto di vista delle risorse pubbliche, si veda Marchesi, *Insolvenza, "fresh start" ed economia della giustizia*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2004, 383.

11 Ad un Codice nel senso di cui nel testo, infatti, si addice anche l'esordio del legislatore, laddove prevede un capo espressamente dedicato ai principi generali della materia. In argomento, vedi D'Attorre, *La formulazione legislativa dei principi generali nel Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Banca borsa*, 2019, 461.

12 Va da sé infatti che l'esecuzione di un piano di ristrutturazione dei debiti del consumatore, o di un concordato minore, comportante la falcidia di uno o più crediti, realizza di fatto una esdebitazione, che non viene espressamente menzionata dalla legge, ma che scaturisce senza equivoci dalle previsioni, ad es., di cui agli artt. 67 e 74 del Codice.

no in prospettiva futura…", al quale per una volta sola è concesso su domanda, con procedura *ad hoc*, il *discharge*[13].

Dunque l'aspetto che va un momento approfondito nella sua *ratio*, per una più lucida comprensione dell'intera riforma, è proprio quest'ultimo: il *discharge*, ovvero l'inesigibilità (o l'estinzione?) di una parte dei debiti, e l'attribuzione alla classe dei creditori di questa perdita (e del relativo rischio).

La cultura economica e giuridica angloamericana conosce da tempo questo istituto, peraltro diffuso anche in alcuni paesi dell'Europa continentale con approcci diversamente declinati, ma in ogni caso con giustificazioni di ordine socio-economico che ne propongono l'adozione come ragionevole e opportuna[14].

E così, sul piano economico è diffusa innanzitutto l'idea per la quale non si possa *di per sé* valutare il sovra indebitato, come pure il "fallito", alla stregua di un soggetto incapace di superare le difficoltà finanziarie e perciò in qualche modo colpevole del proprio dissesto. Ciò che poi porterebbe a non ritenere del tutto necessaria quella *meritevolezza* che il legislatore potrebbe richiedere come presupposto in capo al soggetto interessato al beneficio. Seppur, con ogni evidenza, non si possa nemmeno pensare di concedere il *discharge* indifferentemente al debitore che abbia tenuto comportamenti opportunistici al momento dell'assunzione dei debiti, e a quello che invece si sia trovato costretto a fronteggiare eventi esterni non prevedibili o ascrivibili a *shock* esterni. Mentre, proprio in questa prospettiva assumono rilievo infine anche i comportamenti dei finanziatori in sede di valutazione del merito credito[15].

In questo ordine di considerazioni, l'insolvenza potrebbe essere riconsiderata alla stregua di un rischio assicurabile, almeno fino a quando il costo dell'assicurazione non ne superi il beneficio; il che ovviamente è legato alla corretta valutazione di tutti gli elementi di rischio che si presentano nella concreta fattispecie (l'età, il reddito, l'evento dannoso, etc.), ma difficilmente può condurre a concepire un'assicurazione per tutti i rischi che possono compromettere la solvibilità di un individuo,

---

[13] Su questa previsione si veda più avanti, il § 7.

[14] È venuto il momento di notare come, a breve, la disciplina del sovraindebitamento, ma più in generale della esdebitazione, dovranno avere ingresso in tutti i paesi dell'Unione a seguito dell'entrata in vigore e poi del recepimento della direttiva UE 2019/1023 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni, nonché le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione, che modifica la direttiva UE 2017/1132 (direttiva sulla ristrutturazione e sull'insolvenza). I contenuti della quale, per come si possono leggere specie nei Considerando iniziali, sono costruiti sugli stessi principi di trattazione dell'insolvenza esposti con riferimento alla nostra già avanzata disciplina interna, e resi ancor più pregnanti dal nesso esplicitamente istituito con le libertà fondamentali del Trattato, in particolare con la libertà di circolazione dei capitali e la libertà di stabilimento, nel nome del corretto funzionamento del mercato. Sulla direttiva, la cui attuazione in Italia si potrà intrecciare con l'emanazione dei decreti correttivi del Codice della crisi, si veda intanto il commento di Panzani, *Il preventive restructuring framework nella Direttiva 2019/1023 del 20 giugno 2019 ed il codice della crisi. Assonanze e dissonanze*, in *http://www.dirittobancario.it/approfondimenti/crisi-dimpresa/il-preventive-restructuring-framework-nella-direttiva-20191023-del-20-giugno-2019*.

[15] Vedi sul punto le interessanti osservazioni di D'Ottaviano Chiaramonti, *Insolvenza, "fresh start" e credito al consumo*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2004, 375.

senza con ciò produrre – di riflesso – un aumento del costo del credito negativamente apprezzabile sul piano dell'incentivazione dell'iniziativa economica[16]. In altre parole, quella dell'assicurazione rimane una prospettiva microeconomica utile, ma limitata, in quanto comunque connessa inscindibilmente alla logica propria del contratto assicurativo, che postula la calcolabilità del rischio e soprattutto l'individuazione del creditore beneficiario della polizza. Laddove il tipo di problema posto dall'insolvenza concerne una pluralità di rischi ed una pluralità di creditori, che sopravvengono secondo tempi e modi non sempre prevedibili, tali da rendere – come efficacemente si è detto – il *fresh start* conseguente all'esdebitazione un "bene parzialmente fuori commercio", non acquistabile sul mercato, ma ricevibile solo dallo Stato, dalla legge, come una sorta di clausola esterna al contratto di prestito[17].

Ma se così fosse – aggiungiamo – la prospettiva cambia radicalmente. Perché un *discharge* legato a presupposti normativi esterni al contratto e alla negoziazione delle parti non può non assumere una *logica distributiva*, che coinvolge tendenzialmente tutti i creditori dell'insolvente, e che pertanto, al netto di misure afflittive o di emarginazione del debitore, deve presentare ragioni di accettabilità più forti di quanto non possano essere quelle fin qui addotte, che siano tali da spiegare "perché" i creditori debbano rinunciare a parte dei loro dei loro crediti, specie se una norma – principio astratta vincola il debitore a rispondere dei suoi debiti con i beni presenti e futuri, e la liquidazione – diversamente da quanto di solito accade per un ente – lascia il debitore persona fisica in vita e attivo sul mercato, e perciò nel futuro forse anche capiente.

L'esdebitazione, infatti, introdurrebbe una sorta di responsabilità del debitore persona fisica *limitata al patrimonio esistente al momento della liquidazione*, lasciandolo libero di pienamente utilizzare nel futuro eventuali utilità o beni di cui sia venuto in possesso, senza che i creditori possano richiedere il saldo finale dei loro crediti insoddisfatti. Ma perché tale soluzione di distribuzione sociale delle perdite da sovraindebitamento risulti condivisibile e accettabile non basta la previsione di legge – come il 2° co. dell'art. 2740 c.c. impone che sia, quando non si raggiunge uno specifico accordo in tal senso –; occorre una qualche giustificazione ragionevolmente condivisibile: occorre un vantaggio sociale che minimizzi i costi che i creditori sopportano per quella che non pochi, e qualcuno da molto tempo, qualificano come una vicenda ablativa, una sorta di espropriazione senza indennizzo, la quale per l'appunto, abbisogna di una giustificazione[18].

Spostandosi allora su questo terreno argomentativo, le considerazioni più ragionevoli e condivisibili si sviluppano dalla già menzionata prospettiva assicurativa, a quella che accentua il profilo del *fresh start* come antagonista della tramontata dimensione punitiva del "fallimento" e vessillo del valore sociale e della convenienza

[16] Stanghellini, *"Fresh start": implicazioni di policy*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2004, 437 ss.

[17] Così ancora Stanghellini, *"Fresh start": implicazioni di policy*, cit., 445.

[18] Ogni riferimento in Pagliantini, *L'esdebitazione tra normativa vigente e Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (D.lgs. n.14/19)*, in *Leggi civ. comm.*, 2019, 684 e 690 ss.

economica della "seconda opportunità"; fino a quella che valorizza invece la considerazione delle dinamiche di mercato, come luogo nel quale il sovraindebitamento si produce in conseguenza di un certo modo di strutturarsi delle relazioni economiche.

Tornano qui argomenti noti e ormai abbastanza condivisi, che rappresentano il mercato come luogo nel quale è solo teorico il funzionamento di un regime di informazioni certe e perfette, tali da consentire all'individuo un comportamento perfettamente razionale; mentre domina nella pratica un regime di asimmetria e di incertezza, quando non di opportunismo e oscurità delle pratiche contrattuali, nel contesto delle quali alcuni soggetti, come il consumatore, possono trovare oggettive difficoltà nel mantenersi solvibili, specie se a queste condizioni di incertezza si aggiungono quelle derivanti dal sopravvenire di personali o familiari condizioni di sovraccarico.

Il tema dunque non è più soltanto quello di contrattualizzare il rischio dell'insolvenza (assicurandosi contro la sua insorgenza), quanto piuttosto quello di rendere compatibili – in un contesto di asimmetria e di incertezza – la garanzia legale della vincolatività della promessa con l'esigenza di sottrarre l'individuo alla perenne interferenza dei terzi (i creditori) sulle sue scelte. Cosa che avverrebbe se l'art. 2740 fosse lasciato funzionare in tutte le circostanze secondo le sue potenzialità anche e soprattutto temporali.

Ritorna così un modo di ragionare conosciuto nella cultura giuridica occidentale cosiddetta *market oriented*, intesa a preservare il mercato dai suoi stessi fallimenti. E così come, nella sua più diffusa espressione, tale cultura ha prodotto un diritto dei consumi quale antidoto dell'asimmetria dei rapporti di massa che il diritto tradizionale dei contratti non può neutralizzare, eleggendo il consumatore ad "icona" del mercato[19], sull'altare del quale i professionisti sopportano tutti i costi della sua protezione. Alla stessa maniera tale cultura sta costruendo una seconda figura iconica, quella del sovra indebitato, consumatore o meno che sia, a fronte del cui *default*, come i professionisti rispetto al consumatore, i creditori possono essere chiamati in sede concorsuale a sostenere alcuni "costi" di *salvataggio*, affinché il loro stesso mercato non degeneri vieppiù in un sistema di relazioni troppo poco inclusivo, o troppo marginalizzante, e perciò inefficiente. Il *fresh start*, o la seconda *chance*, diventano così obiettivi di una più dinamica regolazione del mercato del credito (ma non solo) alla stregua della quale l'interesse del sovraindebitato a liberarsi del fardello dei debiti, come dell'esposizione permanente alle esecuzioni dei creditori anche quando la sua posizione economica è tornata ad essere attiva, assume consistenza non meramente individualistica, quanto meno se si riconosce l'utilità sociale di riacquisire

[19] Si tratta di una felice espressione di Renato Rordorf, pronunciata in occasione di un Seminario di Studi tenuto all'Università Ca' Foscari, Venezia, il 3 maggio 2019, che auspico l'Autore non vorrà smentire!

all'iniziativa economica e alle attività produttive anche quei soggetti che hanno subito un *default* finanziario[20].

3. Certo, una volta acquisita la giustificazione teorica del *discharge* all'ambito del ragionamento giuridico, la sua realizzazione pratica in seno alle procedure normative dell'insolvenza non è di secondario rilievo, atteso che – accettato il principio di una responsabilità limitata del debitore – presupposti, condizioni, ambito di estensione, modalità di attribuzione del beneficio, ecc., diventano elementi necessari a disegnare un modello di esdebitazione compatibile con il sistema normativo e con quello economico, nella misura in cui i costi che quest'ultimo dovrà sopportare siano considerati sufficientemente ragionevoli e soprattutto inferiori ai benefici che il mercato e la società tutta possono (o si aspettano di) ricavare in termini di efficienza, dinamicità e giustizia sociale[21].

Ed è qui che già una scelta come quella rappresentata dal Codice della crisi – al di là del merito delle soluzioni tecniche adottate – può giocare il suo ruolo.

Ed infatti, l'aver legato l'esdebitazione non al mero fatto del sovraindebitamento in quanto tale, ma all'accesso ad una procedura concorsuale controllata sul piano giurisdizionale e assistita da un organismo tecnico neutro[22], configura – come già detto – un modello di disciplina dell'insolvenza alternativo al modello codicistico di disciplina dell'inadempimento, all'applicazione del quale mai allo stato attuale potrebbe seguire un'esdebitazione legale del debitore, se non come effetto di un accordo esplicito in tal senso con il creditore, ovvero a seguito di una spontanea decisione dello stesso nel senso di una remissione del debito.

Ciò permette comunque di circoscrivere gli effetti sistemici del *discharge* sulla classe dei creditori a quelle masse di debiti che vengono incanalate nelle procedure concorsuali, per iniziativa del debitore ovvero degli stessi creditori (per la procedura liquidatoria), restando le altre masse debitorie soggette alla disciplina ordinaria dell'inadempimento e dell'espropriazione. E tuttavia, di nuovo, la scelta del Codice della crisi di affidare *anche* ai creditori l'iniziativa per l'apertura della liquidazione controllata[23] testimonia di una visione dell'insolvenza come fenomeno di cui il ceto

[20] In tal senso, il *discharge* gioca il suo ruolo nell'incoraggiare o meno l'iniziativa economica, atteso che il potenziale imprenditore sarà più disponibile al rischio e all'investimento se la legislazione gli "assicura" che non sarà permanentemente asservito ai suoi creditori; e lo sarà di meno in caso contrario. Interessanti sul punto le riflessioni di Marcucci, *Insolvenza del debitore civile e fresh start*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2012, 221 ss.

[21] Il riferimento è, ad esempio, al possibile aumento del costo del credito, ovvero alla riduzione del credito, collegati evidentemente ad una eventuale disciplina dell'esdebitazione assai lasca e troppo favorevole al debitore. Ancora Marcucci, *Insolvenza del debitore civile e fresh start*, cit., 231.

[22] Per tale procedura l'esdebitazione "opera di diritto", recita l'art. 282 del Codice della crisi, ed è "dichiarata con decreto motivato del tribunale", nel rispetto delle condizioni di cui agli artt. 280, 1º co., lett. a, e 69, 1º co., se trattasi di consumatore.

[23] Art. 268, 2º co. Vedi sul punto Benincasa, *Le procedure in caso di sovraindebitamento ai sensi dell'art. 2, 1º comma, lett. c)*, in *Giur. it.*, 2019, 2044.

creditorio – nella veste di gruppo di creditori di un certo debitore – può e deve farsi carico. Nella consapevolezza – ovviamente – di una perdita parziale dei loro crediti, ma con la certezza però di poter contare sui benefici diretti della *concorsualità*, vale a dire sulla disponibilità di *tutti* i beni del debitore e sul rispetto di un trattamento paritario (a garanzia, peraltro, di un' equa distribuzione del costo sociale del *discharge*); oltre che sulla possibilità che quello stesso debitore, tornato *in bonis*, rientri nuovamente nel loro stesso circuito produttivo (questo essendo l'obiettivo del *fresh start*).

Ma non è tutto. A ben riflettere, l'impianto della disciplina del sovra indebitamento civile esibisce – seppur non a chiare lettere – una logica che pone i creditori in una posizione quantomeno di confronto con il debitore, ove questi fosse tentato dall'idea di tenere comportamenti opportunistici. Ed infatti, indipendentemente dalla circostanza per cui la procedura di liquidazione appare confinata nella struttura del Codice come ultima *chance*, la stessa costituisce in realtà il metro di valutazione, o la pietra di paragone, delle altre procedure di composizione della crisi, e in questo senso un'arma per i creditori utile a sventare l'eventualità dei comportamenti di cui sopra.

Ed infatti, immaginando che le prime avvisaglie di crisi paventino la prossima insolvenza e che i creditori dispongano di strumenti di monitoraggio e di informale allerta, le strade possibili di soluzione della crisi, al netto della eventuale scelta alternativa di aggredire il debitore inerte per l'inadempimento di *una* obbligazione da parte di *ciascun creditore individualmente*, sono le seguenti:

Il debitore chiede l'accesso ad una procedura di composizione della crisi (concordato minore o piano di ristrutturazione dei debiti, se consumatore), in assenza di condizioni ostative o di inammissibilità *ex* artt. 69 e 77;

I creditori chiedono la liquidazione del patrimonio.

Nel primo caso, poiché la procedura di composizione della crisi (può) implica(re) comunque il *soddisfacimento parziale* dei crediti in qualunque forma (artt. 67, 1° co. e 74, 3° co.), inclusi quelli privilegiati (artt. 67, 4° co., e 75)[24], è dato ai creditori di contestare la convenienza del piano (art. 70, 9° co.) o della proposta di concordato minore (art. 80, 3° co.), in entrambi i casi adducendo e dando la prova della maggior convenienza della procedura liquidatoria, che il giudice dunque dovrà vagliare, rigettando l'omologazione se la verifica comparativa dovesse dar ragione ai creditori contestanti. Questa dialettica[25] non solo assume la liquidazione come procedura base della disciplina concorsuale del sovra indebitamento, cioè come parametro le-

[24] Sulla interpretazione di codesta "parzialità" del pagamento si veda più avanti, il § 7.

[25] Che nella l. 27-1-2012, n. 3 si apriva già al momento della presentazione del piano del consumatore, e non solo a seguito di contestazione, seppur in termini di probabilità (art. 9, 3° *bis* co., lett. e). La regola della valutazione preventiva è confermata nel Codice della crisi solo per il concordato minore (art. 76, 2° co., lett. d).

gale di convenienza delle altre procedure[26], ma permette ai creditori di dimensionare la misura del *discharge* alla consistenza effettiva del patrimonio del debitore, nell'ipotesi in cui quest'ultimo avesse proposto un piano di composizione comportante una maggiore falcidia dei crediti, ad esempio conservando per sé alcune utilità. La circostanza che il Codice abbia affidato questa verifica solo alla contestazione dei creditori, piuttosto che all'OCC in sede di relazione sulla proposta del debitore consumatore, conservando la valutazione preventiva di convenienza solo ai creditori parti del concordato minore[27], certamente sposta nel tempo in questi casi la relativa valutazione di convenienza e si affida alla vigile e attenta partecipazione dei creditori che dovranno provare le loro ragioni; ma in ogni caso funziona come disincentivo a pratiche opportunistiche da parte del debitore, al quale poi non resterebbe che l'alternativa tra la liquidazione con la successiva esdebitazione, ovvero la soggezione "perenne" ai creditori esecutanti.

Nel secondo caso, l'apertura della liquidazione per iniziativa dei creditori innesca un opposto meccanismo probatorio. Se il debitore vuol salvare parte del patrimonio dalla liquidazione, o proseguire nella sua attività aziendale, ed ottenere solo quella esdebitazione che segue naturalmente all'omologazione di un piano di ristrutturazione o di un concordato minore, deve dimostrare la maggior convenienza di una di queste procedure rispetto all'alternativa liquidatoria, e deve farlo nei termini concessi dal giudice per l'integrazione della domanda[28].

Insomma, in altre parole, la conferma nel Codice della crisi del doppio binario delle procedure di composizione della crisi (l'una concordata, l'altra autoritativa) offerte al debitore, non esclude che i creditori prossimi a subire l'esdebitazione ne possano organizzare e controllare la misura attraverso la proposizione diretta o indiretta della procedura liquidatoria, che si pone pertanto come parametro oltre il quale non è possibile sacrificare le loro ragioni.

Da questo punto di vista, allora, verrebbe da dire che il meccanismo predisposto dal Codice per governare il sovraindebitamento tocca certamente le dimensioni di garanzia dell'art. 2740 c.c., ma lo fa lasciando salvo il principio per il quale il debitore risponde dell'adempimento delle sue obbligazioni *quantomeno* "con tutti i suoi beni presenti". L'estensione della concorsualità al debitore civile rende possibile che egli risponda parzialmente anche con parte dei suoi beni e non con tutti; e che risponda con tutti i suoi beni presenti ma non con quelli futuri. Ma in ogni caso ai creditori è dato di interagire dialetticamente con la scelta del debitore e fissare un

[26] D'Amico, *Esdebitazione e concorso dei creditori nella disciplina del sovraindebitamento*, in *Sovraindebitamento e rapporto obbligatorio*, a cura di D'Amico, Torino, 2018, 15 ss.

[27] Ma vedi Benincasa, *Le procedure in caso di sovraindebitamento ai sensi dell'art. 2, co 1º comma, lett. c)*, cit., 2041.

[28] Art. 271; sul quale ancora Benincasa, *Le procedure in caso di sovraindebitamento ai sensi dell'art. 2, 1º comma, lett. c)*, cit., 2045.

limite invalicabile al *discharge* coincidente con tutti i beni di cui il debitore dispone al momento del *default*, anche se solo con quelli[29].

Si parli pure, pertanto, di una possibile responsabilità limitata del debitore, *ex* art. 2740, 2° co., c.c., come fattispecie *necessariamente* legale prevista dal Codice della crisi, precisando comunque che a sancire volta per volta le dimensioni di quest'ultima vi è sempre un provvedimento del giudice che stabilisce il *beneficio* dell'inesigibilità dei debiti insoddisfatti, su domanda del debitore *ex* art. 281, ovvero officiosamente per il sovraindebitato *ex* art. 282, e pur sempre nel rispetto delle condizioni di cui all'art. 280, come richiamate dal 2° co. dell'art. 282[30].

Pertanto, esdebitazione e liquidazione del patrimonio non si implicano a vicenda sempre e comunque, ed il giudice del procedimento liquidatorio deve sempre statuire sulla prima: ciò che serve a distinguere – se ancora ve ne fosse bisogno – l'esdebitazione vera e propria di cui stiamo parlando, dall'effetto esdebitativo che segue automaticamente all'omologazione ed esecuzione di una procedura di composizione della crisi, negoziale o autoritativa, allorché i debiti non siano stati integralmente soddisfatti[31].

L'insieme di questi meccanismi procedurali, ai cui contenuti si dedicheranno fra poco riflessioni più approfondite, comincia a delineare quelle misure di compatibilità giuridica ed economica dell'esdebitazione (quale esito possibile della disciplina del sovraindebitamento) che nell'ottica del legislatore italiano dovrebbero rendere non solo accettabile, ma anche utile, la scelta compiuta.

Sul piano giuridico, la possibilità dell'esdebitazione – al di là degli altri presupposti di applicazione – risulta circoscritta alle procedure concorsuali, lasciando pieno campo all'art. 2740, 1° co., c.c., laddove il sovraindebitamento non abbia avuto un esito concorsuale, ma ordinariamente individuale in termini di espropriazione per inadempimento. Questa particolare forma di riclassificazione delle obbligazioni pecuniarie in base ad una tipologia alternativa di regolazione del default rende giustificabile l'attribuzione al debitore del beneficio della esdebitazione in un contesto

[29] Va subito notato al proposito quella che M. Campobasso, *Dalla procedura di "liquidazione del patrimonio" alla "liquidazione controllata" del sovraindebitato*, in AA.VV., *La nuova disciplina delle procedure concorsuali*, Torino, 2019, 142, definisce come "un'omissione inspiegabile", e cioè la mancata riproduzione nel Codice della crisi di quanto stabilito nell'art. 14 *undecies* della l. 27-1-2012, n. 3, alla stregua del quale i beni sopravvenuti nel patrimonio del debitore nei quattro anni successivi al deposito della domanda di liquidazione costituiscono oggetto della stessa. Tale previsione – peraltro ritenuta bizzarra – è riportata solo con riferimento all'esdebitazione del debitore incapiente, ai sensi dell'art. 283. L'A. ritiene tale lacuna debba essere colmata con i futuri decreti correttivi.

[30] Pagliantini, *L'esdebitazione tra normativa vigente e Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (D.lgs. n. 14/19)*, cit., 685 ss.

[31] Sulle diverse "esdebitazioni" si veda Vattermoli, *L'esdebitazione tra presente e futuro*, in *Riv. dir. comm.*, 2018, 478 ss.; Modica, *Effetti esdebitativi (nella nuova disciplina del sovraindebitamento) e favor creditoris*, in *Contr.*, 2019, 472, che parla di quattro esdebitazioni, con riferimento anche alla nuova figura, di cui diremo, di cui all'art. 283 del Codice.

nel quale la perdita economica causata ai creditori dalla limitata responsabilità del debitore viene compensata dai vantaggi della procedura concorsuale.

Sul piano economico, corrispondentemente, l'esdebitazione può intervenire dopo che il debitore (meritevole nel senso che ora vedremo) è stato del tutto liquidato ed è perciò tecnicamente divenuto "impossidente" (salve le utilità di cui al 3° co. dell'art. 268), sicché i creditori sono stati soddisfatti su tutto ciò che potevano aggredire in quel momento, e che il Codice permette loro di conservare a garanzia del dovuto nelle modalità che abbiamo indicato. Dopo di ciò, i loro diritti possono essere esercitati solo nei confronti dei coobbligati e degli altri soggetti di cui al 6° co. dell'art. 279. La modificazione (del regime) del rapporto obbligatorio trova dunque un limite quantitativo insuperabile nella consistenza attuale del patrimonio del debitore, sulla quale non può essere effettuato alcuno sconto.

A completamento di queste due ultime serie di considerazioni si può aggiungere che la disciplina ormai codificata del sovraindebitamento si pone in continuità con quanto argomentato dalla Corte Costituzionale ancora nella sentenza del 1970[32], con la quale la Corte giustificava il carattere non discriminatorio della disciplina del fallimento, in quanto disciplina che escludeva l'insolvenza civile dall'opzione concorsuale in ragione della scarsa incidenza del fenomeno sul benessere della società e del mercato, precisamente "in considerazione delle diverse ripercussioni che può avere il dissesto nell'economia generale". Nella lapidaria motivazione peraltro la Corte aveva cura di affermare che "*de iure condendo* può discutersi sull'opportunità di una diversa determinazione del campo di applicazione di quella disciplina"; e che "la esclusione dal fallimento del piccolo imprenditore e dell'insolvente civile si basa su una valutazione di politica economico-sociale e di opportunità giuridica". Ebbene, proprio a partire da queste argomentazioni, può ipotizzarsi che la riproposizione ad oggi del medesimo quesito di costituzionalità avrebbe probabilmente esito contrario, non potendosi negare che le ripercussioni del dissesto dell'insolvente civile nell'economia generale siano divenute più che apprezzabili, tanto quanto quelle del dissesto dell'imprenditore commerciale[33].

4. Fin qui le considerazioni offerte al lettore hanno riguardato le scelte generali di politica del diritto compiute attraverso il Codice della crisi e l'impatto sistem(at)ico generale prodotto dalla duplicazione del regime (delle obbligazioni pecuniarie e) dell'insolvenza civile, realizzata con l'opzione delle procedure concorsuali offerta al

[32] Il riferimento è a Corte Costituzionale, 16 giugno 1970, n. 94, leggibile in *https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?param_ecli=ECLI:IT:COST:1970:94*. Sul punto, Marcucci, *Insolvenza del debitore civile e fresh start*, cit., 224.

[33] E si veda sul punto anche Castagnola, *L'insolvenza del debitore civile nel sistema della responsabilità patrimoniale*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2004, 243, il quale, esaminati i vantaggi per i creditori di una procedura concorsuale, ritiene addirittura doverosa l'estensione delle procedure concorsuali anche al debitore civile.

debitore e talvolta ai creditori, *in alternativa* all'ordinaria procedura di esecuzione per inadempimento.

Il giudizio sull'opportunità della scelta deve adesso essere corredato da un'analisi più dettagliata della disciplina, dalla quale pure si evince una netta torsione del legislatore del Codice verso un alleggerimento delle condizioni di accesso alle procedure concorsuali, nel segno evidente di un intento incentivante al ricorso a tale ormai codificata opzione, e con lo scopo di *normalizzarne* l'utilizzo.

Da questo punto di vista, dunque, il ragionamento investe in primo luogo la disciplina delle due nuove procedure di composizione della crisi, che sancisce la separazione tra regime del sovraindebitamento del consumatore e regime del sovraindebitamento delle altre figure di piccoli imprenditori e soggetti non "fallibili"; e conseguentemente la valutazione del quadro civilistico del regime dell'obbligazione pecuniaria risultante dalla nuova normativa rispetto a quello che si era provato a delineare in uno studio precedente l'emanazione del Codice[34].

Ebbene, il primo dato da commentare concerne proprio la netta divaricazione tra la procedura consumeristica e quella offerta agli altri debitori sovraindebitati di cui all'art. 1 del Codice. Per il consumatore, infatti, l'alternativa concorsuale alla composizione del sovraindebitamento sta soltanto nella procedura regolata dagli artt. 67 e seguenti, ora denominata Ristrutturazione dei debiti del consumatore, non essendo stata replicata nel Codice la possibilità di cui alla legge del 2012, che consentiva al consumatore di scegliere tra una procedura negoziale o una procedura che si era definita "autoritativa", mediante la quale comporre la crisi.

Il consumatore, dunque, accede alla "sua" procedura, se non vi sono condizioni soggettive ostative[35], e questa assume la forma di un piano a contenuto libero per la ristrutturazione di tutti i crediti, anche quelli privilegiati, che ne preveda la soddisfazione anche parziale in qualunque forma, da presentare al giudice per l'omologazione, senza alcun accordo con i creditori[36]. Tra le due precedentemente previste, il Codice conferma per il consumatore solo la procedura cosiddetta autoritativa. In tale contesto, in osservanza dell'art. 68 e con l'ausilio dell'OCC, il consumatore presenta una domanda (impropriamente denominata "proposta" nel 1° co. dell'art. 67) corredata da alcuni documenti e dalla relazione dell'OCC, destinata alla valutazione del giudice, il quale, verificata l'ammissibilità, ne dispone la comunicazione ai creditori, per poi omologarla anche a dispetto delle contestazioni di questi ultimi qualora ritenga che la prospettiva offerta dal piano sia non inferiore all'alternativa liquidatoria.

[34] Il riferimento è al nostro contributo, *Il sovraindebitamento del consumatore e il diritto delle obbligazioni. Alcune riflessioni ai confini del sistema del diritto civile*, in *Sovraindebitamento e rapporto obbligatorio*, cit., 138.

[35] Quelle di cui all'art. 69: esdebitazione fruita nei cinque anni precedenti o comunque per due volte; colpa grave, malafede o frode nella determinazione del sovraindebitamento.

[36] Sul contenuto del piano, incluse alcune novità apportate dal Codice, si veda per tutti Crivelli, *Ristrutturazione dei debiti del consumatore*, in AA.VV., *Il nuovo sovraindebitamento*, Bologna, 2019, 59 ss.; e poi Benincasa, *Le procedure in caso di sovraindebitamento ai sensi dell'art. 2, 1º comma, lett. c)*, cit., 2038, in particolare 2041.

Torneremo a breve su questi passaggi. Al momento si vuol solo fare una precisazione sull'impatto sistematico della mancata riproduzione della doppia possibilità di scelta per il consumatore, fra una procedura negoziata con la maggioranza dei creditori e la procedura non negoziata, ma imposta a tutti i creditori (sebbene alle condizioni già a suo tempo indicate e ora ricordate che ammettono il piano solo se conveniente tanto quanto la liquidazione).

Ebbene, nello studio che si è più sopra ricordato la circostanza della doppia scelta era stata letta come l'indice di una *ratio* precisa, ancorché non esplicita, del legislatore del 2012, intesa a favorire sì il consumatore sovraindebitato, ma nel rispetto dell'interesse dei creditori a veder limitato o circoscritto il più possibile il sacrificio consistente nel dover accettare un piano di ristrutturazione senza poterlo negoziare né approvare, disponendo di un unico argomento di contestazione – quello della maggior convenienza della liquidazione – da far valere nei confronti del giudice per paralizzare l'omologazione. Ed in questa logica, attenta anche ad una giustificazione del sacrificio dei creditori, si era provato a costruire una serie di connessioni sistematiche, all'esito delle quali si proponeva l'idea di comprendere nel piano del consumatore *solo* i debiti contratti nella fruizione delle operazioni di credito al consumo (di cui al t.u. l. banc.) e comunque finalizzati a fronteggiare difficoltà sopravvenute e tendenzialmente indipendenti da comportamenti avventati o compulsivi del consumatore. Gli altri debiti avrebbero potuto essere negoziati nell'ambito della procedura di accordo con i creditori. Questa differenziazione delle masse debitorie in ragione del tipo di operazione creditizia e dello scopo pratico, seppur nel contesto di una causa comunque di consumo, rispondeva ad un preciso canone teleologico, suggerito a sua volta dalla preoccupazione sistematica generata da una vistosa discriminazione *in peius* dei creditori del consumatore[37].

La tesi, già ritenuta non sufficientemente sostenibile in base al dato normativo[38], non è ad oggi riproponibile. A fronte della riduzione del percorso concorsuale del consumatore ad unica procedura, sebbene autoritativa e non negoziale[39], separare le masse debitorie del consumatore significherebbe escluderne una parte dalla concorsualità, andando così palesemente contro il disposto normativo.

Dunque tutti i consumatori sovraindebitati, onesti ma sfortunati che siano, ovvero avventati e imprudenti, e financo negligenti, hanno diritto a proporre il piano di ristrutturazione dei debiti al giudice[40], e questi:

---

37 Camardi, *Il sovraindebitamento del consumatore e il diritto delle obbligazioni*, cit., 160 ss.

38 Pagliantini, *L'insolvenza del consumatore tra debito e responsabilità*, in *Sovraindebitamento e rapporto obbligatorio*, cit., 133 s.

39 Di contrario avviso sembra essere Salerno, *L'esdebitazione del consumatore, tra meritevolezza e responsabilità del finanziatore*, in *Fallimento*, 2019, 1385, pur nella consapevolezza che accordare ancora al consumatore la scelta fra le due procedure, cioè anche al concordato minore nella versione liquidatoria (art. 74, 2° co.), significherebbe andare contro la lettura consolidata del testo della normativa.

40 Ed assume un rilievo che si commenta da sé in quest'ottica la circostanza che, con riguardo al piano del consumatore, non risultano riprodotte nel Codice norme come quelle contenute nell'art. 8, 2° e 3° co., della l. 27-1-2012, n. 3, alla stregua delle quali occorre(va) una garanzia di terzi nel caso di insufficienza del

– *in primis*, valuta una relazione dell'OCC non più *particolareggiata*[41], ma semplicemente tale, contenente informazioni sulle cause dell'indebitamento, sulla diligenza del debitore e sulla sua incapacità di adempiere. E non può negare l'accesso alla procedura se non in caso di colpa grave, malafede o frode (artt. 68, 69), evidentemente comprovata da specifici atti; né deve valutare in questa sede la "probabile" convenienza del piano rispetto all'alternativa liquidatoria[42];
– successivamente, al momento della omologazione del piano, una volta verificata la relativa fattibilità economica insieme con le osservazioni dei creditori, risolte le eventuali contestazioni tecniche, il giudice omologa[43], senza che sia più tenuto alle valutazioni finali che gli imponeva l'art. 12 *bis*, 3° co., della l. 27-1-2012, n. 3. Ovvero, senza doversi preoccupare di accertare che il debitore non abbia colposamente determinato il sovraindebitamento, nella consapevolezza di non poter adempiere alle obbligazioni assunte.

Insomma, quello che si è definito in termini di alleggerimento delle condizioni di accesso alle procedure concorsuali si sostanzia nella eliminazione del requisito della *meritevolezza* del debitore, per declinare il quale si era fatto ricorso al paradigma del debitore "onesto ma sfortunato", capace di affrontare la *disclosure* personale e professionale richiesta dalla l. 27-1-2012, n. 3 ai fini della concessione del beneficio del piano non negoziale e – naturalmente – dell'esito esdebitativo automaticamente generato dalla omologazione ed esecuzione dello stesso. Un paradigma conosciuto in letteratura[44] e adoperato anche in funzione legittimante della (presunta) "espropriazione" dei creditori consumata proprio attraverso quell'esito[45].

Tecnicamente questa scelta si esprime evidenziando il passaggio dalla logica dei requisiti di ammissibilità a quella delle eventuali condizioni ostative. Politicamente,

patrimonio del debitore "a garantire la fattibilità … del piano); mentre la proposta di accordo indica(va) "eventuali limitazioni all'accesso al mercato del credito al consumo, all'utilizzo degli strumenti di pagamento elettronico a credito e alla sottoscrizione di strumenti creditizi e finanziari". Un'evidente misura di "rieducazione" del consumatore imprudente, che scompare dall'orizzonte del Codice insieme con il requisito della meritevolezza.

41 Come voleva l'art. 9, 3° *bis* co., della l. 27-1-2012, n. 3.

42 Come invece voleva, ancora, l'art. 9, 3° *bis* co., lett. e, della l. 27-1-2012, n. 3. Sul punto, Benincasa, *Le procedure in caso di sovraindebitamento ai sensi dell'art. 2, 1º comma, lett. c)*, cit., 2041.

43 Rammentiamo ancora una volta che in questa sede soltanto può venire in rilievo la maggior convenienza dell'alternativa liquidatoria, se in tal senso i creditori contestano. Vedi *supra*.

44 Rojas Elgueta, *L'esdebitazione del debitore civile: una rilettura del rapporto civil law – common law*, in *Banca borsa*, 2012, 310; Id., *Profili sistematici dell'esdebitazione: dalla limitazione di responsabilità dell'imprenditore alla protezione sociale del consumatore*, in *Riv. dir. priv.*, 2014, 2, 261.

45 Contesta radicalmente l'uso di questo paradigma di meritevolezza Femia, *Esdebitazione, responsabilità, estinzione parziale*, cit., 240, sull'argomento sostanziale della sua inutilità rispetto al concetto di liceità; ma anche su quello per il quale l'esdebitazione non sarebbe affatto una pericolosa rottura dell'ordine sistematico imposta come *factum principis*, ma nient'altro che l'esito di una pragmatica valutazione di convenienza delle procedure concorsuali rispetto a quelle individuali di espropriazione del debitore.

lo stesso passaggio si esprime attraverso la sostituzione del dispositivo della sanzione, cui andrebbe esente il soggetto meritevole, con il dispositivo della "cura", del recupero o del rimedio alle situazioni di dissesto, che non postula più alcuna valutazione di meritevolezza[46].

Di qui la riduzione dei controlli sulla diligenza del debitore, nemmeno compensati dalla novità per la quale l'OCC deve indicare nella relazione di corredo alla domanda se il soggetto finanziatore "abbia tenuto conto del merito creditizio del debitore" (art. 68, 3° co., Codice della crisi), atteso che, in caso negativo, questo creditore non può presentare opposizione o reclamo in sede di omologa, né far valere cause di inammissibilità della procedura che non consistano in comportamenti dolosi del debitore (art. 69, 2° co.)[47].

Superato dunque lo scoglio dell'omologazione, i creditori sono vincolati e il debitore consumatore esegue il piano sotto la vigilanza continua dell'OCC (art. 71), garante della sua diligenza e relatore del rendiconto finale, approvato il quale la procedura cessa producendo la definitiva evaporazione della parte di crediti già falcidiata con l'omologazione del piano.

In questa fase, e coerentemente con la disciplina fin qui indicata, il comportamento del debitore non assume specifica rilevanza fino a quando non tocca gli estremi della frode, della colpa grave o del dolo, ponendo contestualmente i presupposti per la revoca dell'omologazione e la conversione del piano di ristrutturazione in procedura liquidatoria, su istanza del debitore medesimo, ovvero dei creditori o del pubblico ministero (in caso di frode) (artt. 72, 73, Codice della crisi).

Lo snellimento della procedura, realizzato attraverso la riduzione dei compiti istruttori dell'OCC e della conseguente valutazione del giudice, sotto l'esplicito intento di favorire l'accesso dei consumatori alla procedura di composizione della crisi, esprime non meno esplicitamente la *ratio* prima della riforma: che è quella di *normalizzare*, strappandola alla sostanziale eccezionalità dei requisiti di accesso im-

[46] Scrive Modica, *Effetti esdebitativi (nella nuova disciplina del sovraindebitamento) e favor creditoris*, cit., 471 ss., che la presa d'atto per cui in tema di sovraindebitamento non ci sia tanto una questione di meritevolezza (da premiare), quanto "una *routine* da gestire", spiega l'opzione per i requisiti negativi o ostativi ai benefici di legge, cioè all'esdebitazione.

[47] Rinviamo in argomento al contributo di Salerno, *L'esdebitazione del consumatore, tra meritevolezza e responsabilità del finanziatore*, cit., 1378, in commento a Trib. Rimini, 1.3.2019, in *Fallimento*, 2019, 1377. L'Autore si sofferma sul tema della autonomia tra valutazione di meritevolezza del comportamento del debitore, alla luce della l. 27-1-2012, n. 3 e del Codice della crisi, e valutazione del comportamento del creditore in sede di erogazione del finanziamento, sostenendo l'idea per la quale l'accertamento della eventuale condotta irresponsabile del creditore non rende superfluo l'accertamento della condotta del debitore. Di diverso avviso sembra essere Di Raimo, *Consumatore e mercato nelle discipline della crisi*, in *Il consumatore e la riforma del diritto fallimentare*, cit., 38, il quale postula invece un adeguato bilanciamento di interessi, giustificando maggiore elasticità verso il consumatore quando il finanziatore non sia stato adempiente nella valutazione del merito creditizio. Nello stesso volume si vedano anche le indicazioni tecniche di Campagna, *Obblighi della banca relativi alla verifica del merito creditizio*, 197, con riferimento anche alla giurisprudenza dell'ABF e all'eventuale responsabilità risarcitoria del banchiere per la violazione delle norme sul merito creditizio.

posti dalla precedente disciplina, la parziale traslazione del rischio del sovraindebitamento dal debitore ai creditori.

Il che del resto, a riforma ormai codificata, non deve stupire più di tanto, se solo si ragiona sul modello di equilibrio economico post-default disegnato dal Codice. Ebbene, l'accesso alla procedura concorsuale fornisce ai creditori – o almeno così dovrebbe essere *sempre* – una soddisfazione parziale dei loro crediti che comunque rimane equivalente se non superiore al valore liquidabile di tutti i beni del debitore in quel momento, oltre che – ovviamente – i vantaggi della concorsualità. Una volta garantite le pretese creditorie in questa misura (e i creditori hanno diritto di pretenderla), non vi è più motivo di tenere il debitore/consumatore lontano dal mercato, perché i creditori non possono più espropriare alcunché dal suo patrimonio. E se lo scopo che il legislatore vuol perseguire è il *fresh start*, l'esdebitazione sostanziale generata dalla falcidia del piano omologato dal giudice è l'unico mezzo per raggiungerlo, e per far tornare a girare la ruota dei consumi sostenendo così la domanda. Essa è un meccanismo di socializzazione delle perdite, sopportate dal debitore e dai creditori ma in una dimensione temporale cristallizzata al momento dell'accesso alla procedura. Dopo, ciascuno torna alla propria attività.

Ma se è così, la normalizzazione della gestione concorsuale del sovraindebitamento del consumatore, in un'ottica che accetta come "normale", per l'appunto, questo tipo di esdebitazione, è destinata ad essere un elemento per così dire propulsivo di un più generale riassetto del mercato del credito, atto a incentivare tutte quelle pratiche idonee a calcolare e controllare preventivamente il rischio di perdite connesso al sistema del credito ai consumatori, sia riducendone in misura compatibile l'ambito, sia ricorrendo a tecniche altre di esternalizzazione del rischio più che note in questo mercato[48].

Allargare l'angolo di osservazione è indispensabile ai fini della comprensione delle regole che sempre più accrescono di nuovi tasselli lo statuto del consumatore, sì da evitare equivoci interpretativi generati dalla tendenza ad osservare e ricostruire le norme pur sempre nella dimensione (nella quale invero di primo acchito si presentano) del rapporto obbligatorio o contrattuale individuale. Ma il diritto dei consumi, già dalla sua genesi, non si presta a tale lettura di stampo individualistico, quantomeno nelle sue più recenti evoluzioni. Nel modello che l'Unione europea ha adottato, esso coglie un fenomeno legato a dimensioni economiche di massa (la contrattazione standardizzata) e all'operare professionale delle imprese che – in tutti i settori di mercato – governano produzione e distribuzione di beni e servizi destinati a masse di utenti e consumatori. Solo la precomprensione di questo contesto

[48] È molto utile in tal senso l'intelligente contributo di Modica, *Effetti esdebitativi (nella nuova disciplina del sovraindebitamento) e favor creditoris*, cit., 474, la quale mette in rilievo la difficoltà di inquadrare la disciplina in esame in una prospettiva che non sia "macroeconomica", che tenga presenti cioè tutti gli elementi del mercato del credito che sono interessati dalla gestione del sovraindebitamento come una *routine*, e non come un evento straordinario. Tra questi, con riferimento a quanto nel testo, sia le tecniche di assicurazione dei crediti, che quelle di cartolarizzazione, e quindi socializzazione dei rischi di *default*.

rende possibile la corretta lettura degli istituti civilistici del diritto dei consumi. Si prenda l'esempio di uno dei rimedi più tipici della *consumer law*, ed anche uno di quelli che più contrasta con la logica profonda del diritto civile tradizionale: il recesso "capriccioso" dai contratti consumeristici a distanza o negoziati fuori dai locali commerciali. L'immediata sensazione che questo rimedio metta in soffitta il principio della vincolatività del contratto, così sensibilmente destabilizzando il sistema dei traffici, non può essere accettata come linea di ricostruzione interpretativa dell'istituto. L'errore consisterebbe nel trascurare l'argomento per cui, attese quelle modalità di conclusione del contratto ed il *vulnus* inferto al principio del consenso libero e autodeterminato, il recesso "capriccioso" ha una funzione tutt'altro che destabilizzante, ma al contrario di stabilizzazione del sistema delle contrattazioni consumeristiche. E il costo che apparentemente il professionista paga per essere sottoposto – per soli 14 giorni – all'incertezza circa la definitività dell'affare non è nulla rispetto al vantaggio che egli acquisisce, consistente nella sicurezza della stabilità e continuità del suo commercio, sotto il profilo della garanzia che il recesso offre ai consumatori di poter recuperare *dopo* ciò che hanno perso *prima*: la consapevolezza della convenienza dell'acquisto. E senza questa garanzia il livello dei consumi non potrebbe soddisfare le esigenze espansive dei professionisti.

Alla stessa maniera, se anche il credito al consumo deve essere una leva per la continuità e stabilità dei consumi di massa, è un'opportunità da non trascurare, e da tempo non trascurata infatti, quella di garantire entro certi limiti al consumatore che il rischio del sovraindebitamento possa avere per lui un costo quantomeno limitato nella dimensione temporale, sottraendolo al giogo (al quale – di norma – l'art. 2740 c.c. condanna un debitore insolvente) della sottoposizione all'apprensione da parte dei creditori dei beni che sopravvenissero al dissesto. E dunque, come nel caso precedente si è mostrato, il costo che apparentemente il singolo creditore paga per essere sottoposto al rischio dell'esdebitazione è ampiamente compensato dal vantaggio di cui l'intera classe fruisce di una esecuzione concorsuale più trasparente, veloce e comunque satisfattiva nella misura del patrimonio attuale del debitore. Giova rammentare e valorizzare in questo quadro la norma per la quale il consumatore può accedere alla procedura di ristrutturazione solo se non è stato esdebitato nei cinque anni precedenti o se non ha già beneficiato dell'esdebitazione per due volte (art. 69, 1° co., Codice della crisi). E altrettanto vale per l'esdebitazione che può seguire alla liquidazione (art. 282, 2° co., Codice della Crisi): il *fresh start* è ammesso per due sole volte ed in tali limiti la classe dei creditori ne sopporta il rischio.

È questo in definitiva il senso nel quale si è utilizzata quell'immagine, del consumatore "icona del mercato": per metterne in luce il ruolo centrale che gli si attribuisce nella regolazione dei vari settori del mercato, interconnessi anche su questo piano. Il consumo è funzione essenziale della filiera produttiva, materiale e immateriale; il consumatore è attore della efficiente selezione dei professionisti attraverso la

disciplina dei contratti[49]; alimenta la domanda attraverso il credito al consumo; e la mantiene costante attraverso l'esdebitazione. I suoi diritti (di protezione) e i benefici di cui è destinatario, a dispetto delle apparenze, sono incentivi che permettono un'offerta sicura, competitiva e trasparente, ed entrano a pieno titolo nelle odierne dinamiche regolatorie della concorrenza[50].

5. Le precedenti considerazioni hanno inteso contestualizzare la nuova normativa sul sovraindebitamento del consumatore nell'ambito del mercato del credito e dal punto di vista degli interessi dei creditori come "ceto". In tal senso è stato anche sostenuto che il presunto *favor debitoris,* che a prima lettura emergerebbe dal nuovo equilibrio disegnato dal testo del Codice, andrebbe piuttosto rovesciato in un palese *favor creditoris* se solo si adottasse la chiave di lettura sistemica fin qui indicata, invece che quella individualistica attenta alle posizioni individuali di ciascuna parte del rapporto obbligatorio[51].

I due punti di vista tuttavia devono essere chiariti e combinati, perché in tal modo può comprendersi anche il ruolo del diritto civile nel governo di rapporti economici pur sempre "privati", ma coinvolti in un sistema di relazioni e di interessi più complesso. Ciò è quanto adesso si tenta di fare.

---

[49] Che lo "assicura" rispetto alla fase conclusiva del contratto, al suo contenuto, alla convenienza e alla esecuzione, sotto il profilo dei rimedi contro l'asimmetria informativa, le modalità aggressive di conclusione del contratto, le qualità e i difetti del prodotto, e perfino in ordine al diritto di controllare la circolazione dei dati personali "ceduti" in occasione del contratto e nella sua esecuzione.

[50] Si pensi al proposito alle note competenze dell'Autorità *antitrust* nella materia del consumo, per ciò che concerne le pratiche commerciali scorrette e le clausole vessatorie. Per una lettura in tal senso, e non più paternalistica, della disciplina consumeristica, si veda lucidamente Ricciuto, *Il sovraindebitamento nella legge delega sulle crisi d'impresa*, in *Il consumatore e la riforma del diritto fallimentare*, cit., 189 ss.

[51] Modica, *Effetti esdebitativi (nella nuova disciplina del sovraindebitamento) e favor creditoris*, cit., 471. Ma vedi in sintesi questo pensiero anche nelle chiare parole di un contributo non accademico, Leuzzi, *La liquidazione del patrimonio dei soggetti sovraindebitati tra presente e futuro*, reperibile *on line* in *https://www.inexecutivis.it/approfondimenti/2019/03-marzo/la-liquidazione-del-patrimonio-dei-soggetti-sovraindebitati-fra-presente-e-futuro/*, 2019, 5: "Né marginale, sul piano dell'impulso, si è rivelata, proprio nel panorama comunitario, la necessità di governare secondo una chiave procedimentale distinta *una circostanza macroeconomica stratificata*, consistente nella *cronicizzazione dell'indebitamento dei singoli e dei nuclei familiari nei confronti dell'erario e del sistema bancario* (cn), con il suo flusso inarrestabile di ripercussioni sistemiche. In questo contorno così frastagliato, agevolare il debitore al riacquisto di un ruolo proattivo nell'economia e nel mercato, sgombrandolo dall'involto di debiti pregressi ormai di fatto sostanzialmente inesigibili, accende un effetto positivo sulle imprese e sulle attività professionali, perché segna un recupero della propensione alla spesa e nel contempo argina il ricorso al sostegno esiziale all'usura". (Vedi anche sul punto *http://ec.europa.eu/consumers/financial_services/reference_studies_documents/docs/part_1_synthesis_of_findings_en.pdf*: "Il sovraindebitamento delle persone fisiche rappresenta un grande problema economico e sociale. L'11,4% dei cittadini europei è permanentemente in arretrato con i pagamenti, spesso per le bollette domestiche". Cfr. il parere del Comitato economico e sociale della UE Sovraindebitamento delle famiglie, in GUCE C-149 del 21 giugno 2002; Commissione UE 22 maggio 2012, Un'agenda europea dei consumatori. Stimolare la fiducia e la crescita; FMI, Euro Area Policies – Selected Issues, IMF Country Report No. 15/205, luglio 2015, 61).

In uno studio già più volte menzionato, chi scrive ha ritenuto di rinvenire nella l. 27-1-2012, n. 3, un pesante ridimensionamento dell'assetto dei rapporti obbligatori, a carico innanzitutto del generale principio della *necessaria* astrattezza dell'obbligazione; poi del principio – che le obbligazioni pecuniarie per definizione esprimono – per cui *genus nunquam perit*; ma anche di quello, conseguente, della ordinaria inapplicabilità alle obbligazioni di denaro della regola dell'impossibilità sopravvenuta, se non nella sua versione *eccezionale* quasi scolastica dell'impossibilità oggettiva e definitiva; ed infine del principio della responsabilità del debitore, fortemente compromesso dalla istituita "inesigibilità" dei crediti residui non soddisfatti all'esito delle procedure concorsuali: ovvero l'esdebitazione.

Quanto all'esdebitazione, più in particolare, uno degli studi civilistici più approfonditi pubblicati all'occasione di questa riforma, e certamente non insensibile alla prospettiva generale fin qui adottata per valutarla, mette con forza in evidenza come il *sacrificio del diritto civile* (=la sopravvenuta incoercibilità del debito in cui si sostanzia un'esdebitazione, che trasforma "il dovere di prestazione del debitore … in un beneficio di parziale irresponsabilità")[52] sia parte essenziale di questa vicenda tutta di stampo "ordoliberale" e non solidaristico, posta nell'*interesse pubblico* ad evitare la dissoluzione patrimoniale del consumatore[53].

Non occorre certamente svolgere di nuovo tutte le argomentazioni, molte delle quali intuitive, a suo tempo sviluppate per dimostrare il *vulnus* impresso al sistema del diritto civile da una riforma che estende al debitore comune soluzioni fin qui offerte solo al debitore commerciale[54]. Anche perché si è già in precedenza argomentata la imprescindibilità di questa opzione.

Ciò che adesso si vorrebbe cercare di dire, nell'ottica del civilista, è che le due tipologie di argomentazione, quella che privilegia la riflessione concentrata sulla strisciante ma pesante riforma operata sullo statuto dell'obbligazione pecuniaria, e quella che invece privilegia una riflessione più dichiaratamente orientata ad evidenziare l'opportunità di comunque normalizzare e governare il sovraindebitamento civile in una logica di cura e non di sanzione, non sono alternative, ma si implicano a vicenda, perché il vero dilemma teorico che il Codice della crisi suggerisce non è tanto quello se il principio tradizionale del *favor creditoris* abbia ceduto il passo all'opposto principio del *favor debitoris* (e se, ciononostante, i creditori ne abbiano comunque tutto da guadagnare *sul piano pratico*). E non è forse nemmeno quello se un diritto rimediale (come quello di stampo europeo), incentivante e *market oriented*, abbia preso il posto di un diritto più astratto inteso a garantire lo statuto (liberale) individuale dei diritti soggettivi.

Ma è forse quello di capire se ed in che termini il diritto civile, per come ancora lo intendiamo, possa ancora rappresentare l'*orizzonte* esclusivo delle relazioni priva-

[52] Pagliantini, *Il sovraindebitamento del consumatore. Studio critico sull'esdebitazione*, Torino, 2018, 8.

[53] Pagliantini, *op. cit.*, 16 e 19.

[54] Sulle letture "civilistiche" della disciplina del sovraindebitameto, si veda ancora Pellecchia, *La definizione di sovraindebitamento nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., 1153 ss.

te, ovvero se per queste ultime si stiano delineando nuovi orizzonti, che si affermano – come sembra che stia accadendo – attraverso la progressiva rimozione, o comunque l'affievolimento, del sistema dei diritti soggettivi e delle garanzie individuali e la sostituzione di questi dispositivi con altri strumenti che assecondano logiche più generali, o collettive, o di massa, all'interno delle quali e negli spazi consentiti, i diritti individuali possono trovare soddisfazione, in una logica non più prettamente dominicale.

Se così fosse, la tradizionale funzione storica del diritto civile, quella di permettere la realizzazione del benessere generale attraverso la libera realizzazione degli interessi individuali, apparirebbe destinata ad una progressiva eclissi, in ragione della preferenza verso tecniche anche *eteronome* di organizzazione dei rapporti fra gli individui, forse più autoritarie e meno liberali, ancorché giustificate dalla ricorrenza di quelli che si chiamano interessi pubblici/generali.

Allontanandosi un attimo dal tema oggetto delle presenti riflessioni, per cercare conferme in altri campi, uno strumento di altrettanto impatto sociale, che esibisce un tipo di combinazione tra interessi privati e un interesse pubblico di rilevante peso sotto il profilo dell'ordine pubblico economico, si è riscontrato nel cosiddetto *bail in*, disciplinato a seguito del recepimento della Direttiva UE 2014/59[55] (la Bank Recovery and Resolution Directive – detta BRRD), attraverso i Decreti legislativi del 16 novembre 2015, n. 180 e 181, che introducono nuovi strumenti di risoluzione delle crisi bancarie, alternativi alla liquidazione coatta amministrativa. Ebbene, nell'ottica della soluzione interna della crisi, e con l'obiettivo generale di conservare la banca sul mercato, il *bail in* consiste nella riduzione dei diritti degli azionisti e dei *creditori* ovvero nella conversione in capitale dei diritti di questi ultimi. In quanto tale, esso viene a scardinare una distinzione concettuale e normativa consolidata nel diritto patrimoniale interno, e alla quale si è costantemente attribuita una imprescindibile funzione d'ordine nel sistema di *governance* delle relazioni economiche. Si tratta della distinzione tra capitale di rischio e capitale di credito, tra investimenti in capitale e investimenti di risparmio a mero titolo di finanziamento, già imposta come espressione di un assetto equilibrato degli interessi coinvolti nell'organizzazione patrimoniale dei soggetti economici privati, ed ora sacrificata e posposta rispetto all'interesse generale ad evitare l'espandersi della crisi di una banca nell'intero sistema[56].

La comunanza di indirizzo di politica del diritto riscontrabile fra questa normativa e quella sul sovraindebitamento, per ciò che riguarda il trattamento dei diritti

[55] Direttiva 2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014, che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento; seguita dal Regolamento (UE) 806/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 luglio 2014, che fissa norme e una procedura uniformi per la risoluzione degli enti creditizi e di talune imprese di investimento nel quadro del meccanismo di risoluzione unico e del Fondo di risoluzione unico e che modifica il Regolamento (UE) 1093/2010.

[56] Maggiori riferimenti, in questa chiave, nel nostro contributo *Legislazione della "crisi" e diritto privato patrimoniale*, cit., 273 ss.

dei creditori a fronte di fenomeni di *default*, sembra significativa. I creditori a diverso titolo (obbligazionisti, correntisti, etc.) di una banca in stato di insolvenza possono essere coinvolti nella soluzione della crisi con strumenti che comunque cancellano o riducono il diritto di esigere il credito; così come i creditori di debitori commerciali o civili in stato di insolvenza possono trovarsi a seguito della esdebitazione titolari di un diritto di credito parzialmente *inesigibile*. E in entrambi i casi nel nome di un interesse più generale ritenuto poziore e *market oriented*.

Ora, tornando al nostro tema, la circostanza per la quale i creditori del consumatore subiscono con il piano di ristrutturazione dei debiti un trattamento *imposto e deteriore* rispetto a quello dei creditori di altre tipologie di debitori, al netto dell'unica vera contestazione che essi hanno diritto di proporre (la maggior convenienza dell'alternativa liquidatoria), è una prova inconfutabile di questa tendenza all'affermarsi di dispositivi di direzione eteronoma delle relazioni private, rafforzata dall'alleggerimento dei requisiti di accesso alla procedura compositiva, non a caso sostituiti nel Codice da mere condizioni ostative che alzano l'asticella dell'ammissibilità fino al limite della frode.

E così, il "consumatore concorsualizzato" insieme con "l'aversi dei debiti pecuniari 'massificati', manda in archivio l'immagine classica delle obbligazioni pecuniarie rappresentate come un 'vincolo perentorio di risultato'", o come "entità inestinguibile"[57].

Ma tutto questo non viene meno – cioè: non è meno vero – dal punto di vista della ricostruzione del fenomeno, se si osserva, come infatti si osserva, che i creditori *ciononostante* si avvantaggiano *sul piano pratico* dei benefici della procedura concorsuale. Anzi, è proprio per il tramite di quella "archiviazione" che si rende possibile aprire la gestione concorsuale del sovraindebitamento, nel contesto della quale il legislatore ha inteso privilegiare *i crediti massificati*, rivestendoli di una sorta di pubblicistica priorità, mortificando invece *il credito individuale* alla stregua di un interesse egoistico di second'ordine. Così la disciplina del sovraindebitamento depotenzia il singolo per poter rafforzare la massa, perché nella massa è intollerabile che l'uno possa prevalere sui molti. E perché solo nella massa diventa *più* tollerabile che la ristrutturazione dei debiti possa implicare una sostanziale "espropriazione" dei creditori.

Ma su questo punto occorre ancora indugiare con qualche altra riflessione sistematica.

La dottrina in precedenza menzionata non ha esitazioni nell'affermare esserci un continuo tra esdebitazione ed espropriazione, atteso che la posizione di un proprietario espropriato e quella di un creditore che non è più "padrone" del suo credito, perché non ha più il diritto di farlo valere in giudizio ed ha perciò perduto l'utilità che gli spettava, invero "si eguagliano"[58]. Ma il proprietario espropriato riceve un

[57] Pagliantini, *Il sovraindebitamento del consumatore*, cit., 112 e 132 ss.; analogamente, Camardi, *Il sovraindebitamento del consumatore e il diritto delle obbligazioni*, cit., 180 e 183 ss.

[58] Pagliantini, *op. ult. cit.*, 13 e 52 ss., sempre citando il pensiero di Carnelutti.

equo indennizzo, e il creditore esdebitato invece non lo riceve. Di qui il quesito: una tale disciplina può considerarsi costituzionalmente legittima?

Sposare una concezione del tutto dominicale del credito, sì da invocare un art. 42 della Costituzione che si estenda a qualunque situazione patrimoniale soggettiva, è con ogni probabilità operazione infondata. Ma tale ostacolo non impedisce di proseguire il ragionamento spostandosi nell'orbita dell'art. 41 della Carta, più consono al caso, che legittima la domanda su quale sia il limite del sacrificio irrogabile ai creditori nel nome di quella utilità sociale che giustifica una vicenda ablativa. E nel contempo rende imprescindibile che lo strumento ablativo sia previsto dalla legge e soltanto da questa, ed in tali termini rigorosamente applicato nel rispetto della parità di trattamento[59]. La risposta alla prima domanda è stata più volte indicata, sebbene in altro contesto argomentativo, ed è quella per la quale il sacrificio dei creditori non può eccedere il valore dell'intero patrimonio del debitore in sede di alternativa liquidatoria. Mentre la seconda condizione è *in re ipsa*, e permette di fronteggiare ipotesi interpretative che volessero estendere l'esdebitazione concorsuale ad altre situazioni o procedure diverse da quelle regolate dal Codice della crisi, o che vedessero protagonista il debitore semplicemente *moroso* e non (ancora) *insolvente*.

L'inquadramento della problematica esdebitativa sullo sfondo della tutela costituzionale del credito facilita l'introduzione di quella prospettiva teorica cui prima si accennava. L'idea cioè che la normativa sul sovraindebitamento esprima una dialettica tra interessi privati e interessi pubblici, la quale vede il pendolo del bilanciamento oscillare verso i secondi piuttosto che verso i primi, se è vero che, come già notato, la valutazione comparativa della maggiore o minore convenienza della procedura di ristrutturazione rispetto all'alternativa liquidatoria non viene più svolta in sede di ammissione della domanda del consumatore – come previsto dalla l. 27-1-2012, n. 3, e come ancora il Codice prevede per il concordato minore a favore di insolventi non consumatori –, ma solo dopo, sempre che un creditore abbia proposto contestazione in tal senso. Ciò significa che il legislatore accetta come fisiologico il rischio che i creditori consumeristici vengano soddisfatti ancor meno di quanto lo sarebbero in base alla regola che egli stesso ha fissato come ragionevole ed equo limite del sacrificio imposto. Se nessuno dei creditori contesta, anche un piano *iniquo* può trovare l'omologazione[60] e generare il conseguente effetto esdebitativo: a dimostrare quasi la tendenziale autoreferenzialità dell'interesse alla liberazione dei consumatori sovraindebitati come interesse (divenuto) pubblico al quale la tutela del credito è subalterna.

A mitigare l'effetto *in peius* di una tale disciplina sembra esservi il disposto dell'art. 278, 6° co., alla stregua del quale, per quanto concerne l'esdebitazione conseguente alla liquidazione del sovraindebitato, sono salvi i diritti dei creditori nei

[59] Pagliantini, *op. ult. cit.*, 22 ss.; Id., *L'esdebitazione tra normativa vigente e Codice della crisi d'impresa*, cit., 690 ss., 710 e 712 ss.

[60] Salvo a ritenere, ma in assenza di dati testuali in senso, che il giudice possa attivarsi nel sollecitare una valutazione comparativa della convenienza del piano rispetto all'alternativa liquidatoria.

confronti dei coobbligati, fideiussori e obbligati in via di regresso del debitore esdebitato.

La regola va intesa in relazione alla nota definizione della esdebitazione fornita dal 1° co., in ragione della quale essa *consiste* nella liberazione dai debiti e *comporta* la inesigibilità dal debitore dei crediti rimasti insoddisfatti dopo la liquidazione. Ora, indipendentemente dalla elucidazione dogmatica del concetto di inesigibilità, sul quale ci si è di già soffermati[61], e indugiando invece sull'effetto che il legislatore vuole in tal modo raggiungere, sembra di poter dire che la combinazione dei due commi dell'art. 278 voglia delineare una soluzione per la quale la parte di credito esdebitata non è più oggetto di azione da parte dei creditori, ma soltanto verso il debitore ormai liquidato o comunque gravato delle conseguenze del piano e proiettato verso quello che è il suo obiettivo personale, ma anche quello che la legge con evidenza persegue: il *fresh start*. E tuttavia, con ogni probabilità, il legislatore non ha voluto ulteriormente penalizzare i creditori insoddisfatti nell'ipotesi in cui essi si fossero premurati di far credito richiedendo garanzie personali e i garanti non fossero a loro volta sovraindebitati, ma capienti. Questa soluzione pragmatica spiegherebbe un credito che è inesigibile *relativamente* al debitore originario, ma non lo è presso i suoi garanti[62].

Sennonchè, nel silenzio del legislatore, sorge qui un altro interrogativo.

Ed infatti, rimanendo ancora sul terreno pragmatico, una volta che il creditore insoddisfatto abbia ricevuto il pagamento dal garante, ci si chiede se costui possa agire in regresso presso il debitore esdebitato. Ma ad ammettere tale soluzione – e questo va detto *in limine* –, l'effetto *fresh start* verrebbe palesemente neutralizzato[63], e se questo fosse, come è, non solo un effetto ma la vera *ratio legis* della disciplina concorsuale del sovraindebitamento, allora avremmo un legislatore che palesemente

[61] Camardi, *Il sovraindebitamento del consumatore*, cit., 180 ss., ed ivi altre indicazioni. Delucidazioni analitiche sul concetto, in una prospettiva problematica più ampia, si trovano nel volume di O. Clarizia, *Sopravvenienze non patrimoniali e inesigibilità nelle obbligazioni*, Napoli, 2012.

[62] Da questo punto di vista si ritiene che l'esdebitazione non produca l'estinzione dell'obbligazione, per la parte non soddisfatta, ma semplicemente una vicenda modificativa del regime di responsabilità del debitore, nel senso di una sua limitazione verso i creditori concorsuali. In tal senso D'Amico, *Esdebitazione e concorso dei creditori nella disciplina del sovraindebitamento*, cit., 45. In un'altra prospettiva, assai più radicale sul piano sistematico, si sostiene che invece proprio di estinzione parziale *ex lege* debba trattarsi, un effetto di ordine pubblico economico, giustificato dalla visione del credito nella prospettiva di questa disciplina: non come diritto dominicale del creditore, ma come "frammento entro il mercato dei servizi monetari e finanziari" (così Femia, *Esdebitazione, responsabilità, estinzione parziale*, cit., 246 ss.). La questione incide anche su un altro tema, quello della esatta definizione dell'eventuale pagamento successivamente eseguito dal debitore nei confronti del creditore concorsuale. Chi ritiene l'obbligazione semplicemente inesigibile, non ha difficoltà a ritenere il pagamento valido e non ripetibile; talvolta qualificando l'obbligazione residua alla stregua di un'obbligazione naturale, come Vattermoli, *L'esdebitazione tra presente e futuro*, in *Riv. dir. comm. e obbligazioni*, 2018, 483. Chi viceversa la ritiene estinta, considera il pagamento alla stregua di un atto tutt'altro che doveroso, nemmeno alla stregua dell'art. 2034 c.c., quanto piuttosto di natura liberale, che non può trovar causa nel precedente rapporto, ormai estinto (Femia, *op. cit.*, 248).

[63] Con chiarezza, Pagliantini, *L'esdebitazione tra normativa vigente e Codice della crisi d'impresa*, cit., 694.

smentisce se stesso. Pertanto, ad evitare di incorrere in una interpretazione contro la *ratio*, difficilmente accettabile per *la contraddizion che nol consente*, è opportuno provare a rileggere il testo delle norme coinvolte dal quesito.

Viene in rilievo innanzitutto la circostanza per cui nel passaggio dalla legge del 2012 al Codice della crisi il testo letterale delle norme sull'inesigibilità sia cambiato: mentre l'art. 14 *terdecies* dispone(va) che la liberazione del debitore si dava "nei confronti dei creditori concorsuali non soddisfatti" (1° co., ma anche 4° co.), il testo del corrispondente art. 281, 1°, dispone che "Il Tribunale … dichiara inesigibili nei confronti del debitore i debiti concorsuali non soddisfatti". L'attenzione sembra concentrata sul fatto primario che il debitore esdebitato possa opporre l'eccezione (personale) della sopravvenuta liberazione dai debiti concorsuali non soddisfatti, ma non si specifica se possa farlo soltanto *nei confronti dei creditori concorsuali non soddisfatti*, oppure nei confronti di *chiunque*, seppur a diverso titolo, esiga quel pagamento. E perché allora, alla luce di una interpretazione sistematica secondo la *ratio*, il debitore liberato dovrebbe essere esposto al regresso dei condebitori o del fideiussore? Laddove il carattere concorsuale della disciplina, e dunque la sua radicale *alternatività* rispetto al regime dell'obbligazione individuale, rende plausibile ritenere, in senso contrario, che le norme sulla inesigibilità del credito insoddisfatto avrebbero anche la forza di sterilizzare il diritto di regresso *sullo stesso debito* di cui normalmente dispongono il fideiussore e il coobbligato[64]?

Come accennato, esistono certamente argomenti formali che possono giustificare il regresso, ma ad accettarli non si vedrebbe più la motivazione teorica e pratica di quegli altri argomenti sui quali un giurista lavora quando ragiona sul modo in cui i diversi plessi normativi si combinano o si distinguono fra loro rispetto alla tipologia di problemi cui si riferiscono. Ed allora, se per il tramite del diritto non concorsuale delle obbligazioni si dovesse togliere al debitore esdebitato – piaccia o no questo suo *status* – il beneficio che il diritto concorsuale *alternativo* gli ha concesso, a dispetto del primo, non si farebbe un buon servizio all'efficienza del sistema normativo voluto dal legislatore. E il debitore non più sovraindebitato si troverebbe nuovamente esposto con i beni che ha frattanto acquisito, e per acquistare i quali era stato esdebitato, a fronteggiare nuove azioni esecutive per i vecchi debiti. Qualcuno potrebbe forse a ragione obiettare che la legge *ubi voluit dixit*, e qui nulla *dixit;* ma qualcun altro dovrebbe replicare che, se così sempre si dovesse ritenere, allora l'interprete ben poco avrebbe da fare con i suoi strumenti argomentativi.

[64] In senso contrario D'Amico, *Esdebitazione e concorso dei creditori nella disciplina del sovraindebitamento*, cit., 47, nota 85, argomentando peraltro sulla circostanza che i garanti o coobbligati sarebbero creditori "posteriori", e che la perdita del loro diritto sarebbe effetto di un procedimento al quale essi non avevano nemmeno titolo a partecipare. Ma ci si domanda al proposito se i garanti non possano rientrare fra quei "qualunque altro interessato" che il 9° co. dell'art. 70, o il 4° co. dell'art. 12 *bis* della l. 27-1-2012, n. 3, abilitano insieme con i creditori a contestare la convenienza del piano; nel qual caso gli stessi potrebbero ottenere il vantaggio di una garanzia alleggerita da quanto la liquidazione consente di recuperare in più ai creditori.

Per completare il quadro ci si limita ad aggiungere che la possibilità per i creditori parzialmente soddisfatti di esigere il credito residuo presso i garanti è testualmente prevista dal nuovo Codice nel già citato art. 278 a proposito della esdebitazione successiva alla procedura di liquidazione; lo è anche nell'art. 79, 5° co., a proposito della esdebitazione automatica conseguente al concordato minore; ma non risulta prevista con riferimento al piano di ristrutturazione del consumatore: rilevandosi qui un ulteriore strappo rispetto a quanto invece disponeva l'art. 12 *ter*, 3° co., l. 27-1-2012, n. 3[65].

6. Si scriveva, ancora sotto la piena vigenza della l. 27-1-2012, n. 3, che la liquidazione del patrimonio del debitore, ancorché costituisca la fattispecie meno ricorrente nella non significativa prassi fin qui sviluppatasi sulle crisi da sovraindebitamento, costituisce invero dal punto di vista della "logica" della composizione di queste crisi, la procedura base, perlomeno quando nel patrimonio del debitore vi siano beni "liquidabili". Ed infatti, si ritiene, se il debitore insolvente vuole davvero ottenere l'esdebitazione liberatoria – scopo ultimo di qualunque procedura di soluzione del dissesto – difficilmente può evitare la liquidazione di *tutti* i suoi beni, se questi non sono sufficienti a soddisfare per intero tutti i creditori, a meno che i creditori non vi consentano espressamente, rinunziando alla contestazione della convenienza del piano di ristrutturazione presentato dal consumatore, ma anche del concordato minore approvato a maggioranza[66]. Si vuol dire che risulterebbe difficilmente ammissibile esdebitare un soggetto che non ha messo a disposizione dei creditori il suo intero patrimonio liquidabile, e ciò sembra pacifico[67].

Rovesciando l'ordine delle osservazioni, per chiarire meglio la logica ispiratrice della disciplina, il debitore sovraindebitato che mette a disposizione dei creditori tutti i suoi beni liquidabili, all'esito di tale liquidazione può accedere all'esdebitazione *ex* artt. 278 e seguenti, alle condizioni di cui al combinato disposto degli artt. 282, 280 e 69, 1° co.[68]. L'esdebitazione "opera" in tal caso "di diritto", cioè senza che sia necessaria la domanda del sovraindebitato, mentre sempre necessaria rimane una

[65] Ed un altro strappo ancora qualora si dovesse accettare l'interpretazione di cui alla nota che precede in tema di regresso: perché in tal modo solo il consumatore sarebbe certo di conservare il suo status di esdebitato pronto al *fresh start*, mentre gli altri sovraindebitati, a conclusione della esecuzione del loro concordato minore, potrebbero ritrovarsi a pagare ai garanti ciò che non hanno pagato ai creditori!

[66] D'Amico, *Esdebitazione e concorso dei creditori nella disciplina del sovraindebitamento*, cit., 16 ss., il quale giustamente osserva che il beneficio che la legge concede al debitore è quello della esdebitazione, non quello della sottrazione di beni già presenti nel suo patrimonio alla garanzia dei creditori (pp. 18 e 19).

[67] M. Campobasso, *Dalla procedura di "liquidazione del patrimonio" alla "liquidazione controllata" del sovraindebitato*, cit., 142, ed ivi altre indicazioni.

[68] In particolare, il consumatore accede all'esdebitazione post liquidazione a condizione che non sia stato condannato per i delitti di cui al 1° co., lett. a dell'art. 280, e che non abbia già fruito della esdebitazione nei termini di cui all'art. 69, 1° co. (altre 2 volte o nei cinque anni precedenti), ed infine a condizione che non abbia determinato il sovraindebitamento con colpa grave, malafede o frode

pronuncia del giudice – anche officiosa – per la produzione dell'effetto modificativo che l'inesigibilità determina sulla struttura dell'obbligazione[69].

Ma la realizzazione di questa sequenza richiede nell'*incipit* che la liquidazione possa essere avviata dal debitore: ed è qui che il Codice registra una novità rispetto ai presupposti di avvio della procedura nella l. 27-1-2012, n. 3. Ed infatti, mentre quest'ultima, art. 14 *ter*, prevede(va) una soglia di meritevolezza a carico del debitore, sostanzialmente restringendo l'accesso alla procedura a quei soggetti che non avessero fatto ricorso ad altre procedure compositive nei cinque anni precedenti e la cui domanda fosse corredata da una relazione particolareggiata dell'OCC, contenente indicazioni anche sulla diligenza impiegata dal debitore nell'assumere le obbligazioni, nonché sulla sua incapacità di farvi fronte[70]; il Codice della crisi ha eliminato i requisiti di ammissibilità e con essi il carattere premiale dell'istituto, *normalizzando* – anche qui – l'accesso allo strumento a vantaggio di tutti i debitori sovraindebitati, salvo prevedere (quantomeno) una relazione dell'OCC (non più particolareggiata) di generica valutazione della completezza e attendibilità della documentazione prodotta (art. 269). Le condizioni per così dire di merito riappaiono per il consumatore più avanti, al momento della concessione della esdebitazione, nei termini già indicati, ma solo per lui. Gli altri soggetti sovraindebitati non consumatori possono ottenere l'esdebitazione "di diritto" semplicemente alla condizione di cui al 1° co., lett. a), dell'art. 280 (cioè, non aver riportato condanne definitive per reati economici), e possono anche accedere più volte alla liquidazione controllata[71].

Rientra perfettamente nella natura della liquidazione, quale procedimento base della soluzione delle crisi da sovraindebitamento e paradigma della soddisfazione "conveniente" dei creditori concorsuali, il suo essere anche quasi automatica conseguenza della revoca di precedenti procedure di composizione della crisi, non andate a buon fine. Tanto è ciò che prevedono gli artt. 72 e 73 del Codice per il consumatore, e gli artt. 82 e 83 per il sovraindebitato non consumatore, allorché il giudice si veda costretto a revocare l'omologazione del piano o del concordato minore a seguito di comportamenti fraudolenti del debitore posti in danno o in frode ai creditori. Il Codice parla in tal caso di "conversione" della procedura di composizione in procedura di liquidazione, su istanza del debitore o degli altri soggetti legittimati a chiedere la liquidazione, così confermando di concepire lo strumento in questione come soluzione generale – non a caso sganciata da quella che abbiamo chiamato meritevolezza del debitore – delle crisi da sovraindebitamento, rispetto alla quale le altre due procedure di composizione si collocano in posizione subalterna, a meno

[69] Pagliantini, *L'esdebitazione tra normativa vigente e Codice della crisi d'impresa*, cit., 686.

[70] Aggiungendosi al 5° co. dell'art. 14 *ter* l'ulteriore condizione di una domanda che consentisse "di ricostruire compiutamente la situazione economica e patrimoniale del debitore"

[71] Se ne desume quindi che anche il sovraindebitato che abbia tenuto i comportamenti "poco commendevoli" di cui alle lett. b) e c) dell'art. 280 possa ottenere l'esdebitazione! Sul punto, vedi M. Campobasso, *Dalla procedura di "liquidazione del patrimonio" alla "liquidazione controllata" del sovraindebitato*, cit., 154; ma anche 137 e 152, ove l'A. osserva che il recidivo può essere sottoposto a liquidazione controllata e alla successiva esdebitazione, ma non alle procedure compositive.

che non possano fornire ai creditori la medesima convenienza economica. La conversione di procedura della quale si sta discutendo, dunque, più che porsi quale misura sanzionatoria del debitore fraudolento e non collaborativo, si pone quale misura che ripristina la priorità della liquidazione a fronte della conclamata sconvenienza economica delle procedure alternative, e della necessità quindi di ristabilire prontamente la disponibilità in garanzia di tutti i beni del debitore esistenti al momento dell'apertura della crisi a vantaggio dei creditori, che comunque con ogni probabilità subiranno all'esito della liquidazione anche la falcidia esdebitatoria. Un modo – lo si è detto – di rispettare il principio di cui all'art. 2740 c.c. quantomeno con riguardo ai beni presenti.

Tutto ciò posto, la procedura di liquidazione procede secondo le regole di cui agli artt. 270 e seguenti[72].

7. Una breve considerazione a parte merita l'ipotesi di cui all'art. 283 del Codice, significativamente denominata "ircocervo" dell'esdebitazione totale, per la quale la figura del debitore persona fisica sovraindebitato, onesto sfortunato e meritevole, veste altresì i panni dell'incapiente e impossidente, incapace di fornire alcunché ai suoi creditori, e perciò beneficiario di una esdebitazione *totale per una sola volta nella vita*. Ritornano in ragione di questo straordinario beneficio i requisiti che la l. 27-1-2012, n. 3, richiede(va) per il piano del consumatore, così come ritorna la relazione particolareggiata dell'OCC, quali dispositivi che – presumibilmente accompagnati da un'interpretazione letterale se non restrittiva della norma – mitigano la perdita secca riservata ai creditori della persona interessata dal provvedimento. Quest'ultimo interviene dunque in assenza di liquidazione, non essendoci – per definizione – nulla da liquidare, e perciò indipendentemente dal fatto di aver garantito ai creditori una soddisfazione anche minima. Tale circostanza, invero, spicca di più con riferimento alla previsione di cui all'art. 14 *terdecies*, 1° co., lett. f), l. 27-1-2012, n. 3, che non a fronte degli artt. 280 e 282 del Codice della crisi.

Ed infatti, mentre la legge del 2012 chiaramente condizionava l'esdebitazione alla soddisfazione "almeno in parte" dei creditori anteriori al decreto di apertura della liquidazione, le due norme citate del nuovo Codice non menzionano tale requisito; la ricorrenza del quale rimane implicita tuttavia nella circostanza per cui l'esdebitazione consegue comunque alla chiusura della liquidazione, la quale a sua volta suppone che l'intero patrimonio esistente del debitore, quale che sia il suo valore liquidabile, sia stato messo a disposizione dei creditori[73].

Ma è qui che la doppia (paradossale) natura dell'istituto si rivela: il debitore incapiente viene sì esdebitato totalmente, ma questa sua condizione è destinata a cessare se nei quattro anni successivi al provvedimento sopravvengono altre "utilità rilevanti" che possano consentire di pagare i creditori in misura non inferiore al 10%.

[72] Per le quali si rinvia a Leuzzi, *La liquidazione del patrimonio dei soggetti sovraindebitati tra presente e futuro*, cit., *passim*.

[73] Torneremo su questo punto più avanti, al termine del presente paragrafo.

Per quattro anni, dunque, l'esdebitato viene monitorato su base annua, dedotte le spese di produzione del reddito e di mantenimento, ed ha l'obbligo di presentare una dichiarazione annuale sulle eventuali sopravvenienze rilevanti, pena la revoca del beneficio.

Se la comprensione di un supposto valore "sociale" dell'istituto è probabilmente immediata, meno facile è la comprensione normativa del medesimo e la sua efficacia dal punto di vista del gioco degli incentivi che in tal modo si volesse implementare.

Dal primo punto di vista, questa esdebitazione sembra simile ad una remissione dei debiti giustificata da una sorta di incapienza anche "in prospettiva futura", sicché la liberazione sarebbe la presa d'atto della strutturale inutilità di qualunque altra procedura di composizione della crisi. Sennonché, il vincolo imposto al debitore per un quadriennio di mettere a disposizione dei creditori le utilità sopravvenute, quantomeno se raggiungono una misura minima, non solo impedisce di qualificare questa esdebitazione diversamente dalle altre, cioè come una forma di inesigibilità, per di più temporanea, ovvero "risolutivamente" condizionata al permanere di uno stato di incapienza; ma sembra addirittura spingere il debitore, almeno per quattro anni, a procurarsi un tenore di vita da sopravvivenza, per evitare che il *fresh start* di cui la legge ha voluto beneficiarlo non si tramuti in un *boomerang* che lo riporta nella precedente situazione.

Dal punto di vista del gioco degli incentivi, infatti, se lo strumento può (per una sola volta!) allettare il debitore soffocato nel momento in cui la difficoltà è massima, non altrettanto può dirsi per i quattro anni successivi, atteso che la possibile reviviscenza dell'obbligo di pagare trasformerebbe nuovamente l'esdebitato in un indebitato, e si atteggia pertanto come un "rischio" che può frenare –piuttosto che incentivare – il debitore nel ri-lanciarsi sul mercato con tutta la forza propulsiva del *fresh start* di cui la legge lo ha dotato.

Di qui, dunque, questa natura doppia e paradossale del dispositivo liberatorio, che esaspera la logica del sacrificio creditorio, senza del tutto fornire al sistema il vantaggio compensativo della produzione di quella nuova ricchezza in ragione della quale il debitore meritevole era stato esdebitato[74].

Ma da questo punto di vista, l'esdebitazione dell'incapiente, con tutta la sua carica "socialmente orientata" e la totale subordinazione degli interessi creditori alla liberazione di questa speciale tipologia di debitore, non è – a ben riflettere – senza precedenti nel nostro ordinamento, non potendosi negare un collegamento di principio con gli orientamenti interpretativi sviluppatisi intorno al presupposto oggettivo previsto per l'esdebitazione già nell'art. 142, 2° co., della legge fallimentare, attraverso i quali, in verità, la nostra giurisprudenza di legittimità ha fatto teoria generale, allineandosi con la più spinta cultura del *discharge*. Un cenno su questi orientamenti, perciò, è quantomeno opportuno.

[74] In tal senso le puntuali condivisibili osservazioni di Pagliantini, *L'esdebitazione tra normativa vigente* e *Codice della crisi d'impresa*, cit., 716 ss.; Vattermoli, *L'esdebitazione tra presente e futuro*, cit., 491 ss.; D'Amico, *Il sovraindebitamento nel Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Contr.*, 2019, 331.

La norma in questione, riprodotta con formula analoga nel citato art. 14 *terdecies*, 1° co., lett. f), disponeva che l'esdebitazione non può essere concessa qualora non siano stati soddisfatti, *neppure in parte*, i creditori concorsuali"; suscitando il problema se quella parzialità del pagamento dovesse intendersi a) con riferimento al pagamento per tutti i creditori di una quota del loro credito; ovvero, b) al pagamento di una quota dell'intera massa, non importa se riferibile solo a qualcuno e non a tutti i creditori.

Il tema in sostanza è quello della compatibilità con l'ordinamento della concessione del beneficio della esdebitazione in presenza della circostanza per cui una serie di creditori – e verosimilmente i chirografari – possano trovarsi all'esito della liquidazione del tutto insoddisfatti, privi anche di una percentuale minima del loro credito; nonché quello della ragionevole ammissibilità di un esito esdebitativo che a tale circostanza veda aggiunta quella del pagamento di una percentuale irrisoria della massa dei crediti ammessi, ovvero ancora quella del pagamento di uno solo dei creditori concorsuali. Il che – soprattutto in tale ultimo caso – rende assai simili le fattispecie della esdebitazione ordinaria di un imprenditore in presenza di un patrimonio attivo da liquidare poco più che esiguo (testualmente non impedita dalla legge), e quella della esdebitazione della persona fisica incapiente (testualmente ammessa, pur con tutti i limiti esaminati).

Ebbene, su questo punto la Suprema corte di Cassazione, nell'adottare la seconda delle interpretazioni possibili, non poteva accogliere indirizzo più liberale.

Nell'economia del presente studio, la decisione di riferimento è senz'altro la n. 24214 del 2011 a SS.UU, la quale, "in assenza di dati letterali sufficientemente chiari ed univoci" sul tema in oggetto, si dedica ad argomentazioni logico sistematiche non prive di rilievo generale anche a fronte della disciplina introdotta dal Codice della crisi.

Su questo piano, la prima argomentazione della Corte è quella per cui l'insolvenza va considerata come uno dei possibili esiti dell'attività d'impresa, che non può *per ciò solo* determinare la definitiva espulsione dal mercato e la dispersione della ricchezza delle esperienze dell'imprenditore[75]. Più che di una argomentazione, trattasi a dire il vero di una precomprensione ideologica del problema, intesa a superare la concezione negativa dell'insolvenza e la funzione sanzionatoria del fallimento, il quale – così come il suo presupposto – diventa uno dei possibili esiti giuridici dello svolgimento di un'attività d'impresa, nel contesto del quale, per conseguenza, la possibilità e la consapevolezza di un'esdebitazione assumono valore centrale, al fine di poter pianificare un successivo ritorno al mercato.

Nell'economia di questa decisione, e di quelle che vi si conformano[76], non si tratta di dire se questa precomprensione del tema sia giusta o sbagliata sul piano ideologico. Piuttosto, dal punto di vista civilistico interessa osservare come la posizione di una tale premessa è (forse l'unica) operazione necessaria a neutralizzare gli

[75] Cass., S.U., 18.11.2011, n. 24214, punto 8, p. 19

[76] A partire dalla coeva sentenza gemella Cass., S.U., 18.11.2011, n. 24215.

esiti che il rigore della disciplina delle obbligazioni può determinare anche nella gestione di quell'inadempimento massificato che è proprio di una procedura concorsuale di governo dell'insolvenza.

Ma vediamo come la Suprema Corte procede.

Sulla base di quella premessa, l'idea metodologica per la quale l'interpretazione della norma di cui al 2° co. dell'art. 142 deve orientarsi in senso espansivo, altrimenti la norma non potrebbe funzionare secondo la sua *ratio*, è un esito sequenziale, come lo è poi la seconda argomentazione, intesa a dimostrare l'irragionevolezza sul piano degli effetti che un'interpretazione restrittiva (nel senso cioè del necessario pagamento parziale di tutti i creditori) verrebbe a creare: e cioè la distinzione tra fallimenti con creditori privilegiati di modesta consistenza e gli altri[77].

Ancora, uno sbilanciamento a favore dei creditori non risulterebbe, in senso contrario, né dal testo della legge delega n. 80 del 2005, né dalla ratio dell'istituto (punto 9a, pag. 24), sicché è da ritenere che il legislatore abbia voluto affidare al *prudente apprezzamento* del giudice di merito il compito di accertare quando l'entità dei versamenti effettuati, valutati comparativamente rispetto a quanto dovuto, abbia realizzato quella parzialità dei pagamenti richiesta (genericamente) ai fini della esdebitazione (punto 9b, pag. 25).

Da ultimo, l'interpretazione restrittiva si porrebbe in contrasto con i principi della legge delega, e in tal senso con l'art. 76 della Costituzione, non avendo tale legge posto limiti al procedimento di esdebitazione, per la prima volta introdotto nel nostro ordinamento con uno spiccato senso di *favor*.

Che cosa ciò comporti sul piano concreto della valutazione delle circostanze utili alla concessione o meno del beneficio esdebitatorio è presto detto, se solo si guarda alla decisione finale con la quale si conclude la vicenda che ha dato origine alla pronuncia a Sezioni unite, allorché, a seguito del persistente rifiuto della Corte d'Appello in sede di rinvio nel concedere la liberazione nonostante il *dictum* delle Sezioni unite, una successiva pronunzia della Corte di Cassazione accoglie il ricorso del "fallito". La decisione fa proprie tutte le argomentazioni delle SS.UU., introduce nella parte motiva la valutazione dei comportamenti del debitore *ex* art. 143 legge fallimentare al fine di costruire la "meritevolezza" di quest'ultimo, per affermare infine che il profilo oggettivo della vicenda debitoria costituito dal diritto dei creditori di veder soddisfatto il loro credito, almeno in parte, "*si attenua e quasi scolora nel prudente apprezzamento del giudice di merito*", chiamato ad accertare quando "il pagamento di *parte dei debiti* consenta di affermare che l'entità dei versamenti", valutati comparativamente rispetto al dovuto, "costituisca quella *parzialità di adempimento*" necessaria e sufficiente per legge ai fini della esdebitazione[78] . Invero, prosegue poi la Corte con piglio critico, l'impugnato – e poi cassato – decreto della Corte d'Appello non solo non ha operato la valutazione dei comportamenti collaborativi del debitore, ma si è messa a far conti, semplicemente confrontando i dati contabili

[77] Cass., S.U., n. 24214/2011, punto 8b, p. 22.

[78] Cass., sez. I, 27.11.2018, n. 7550, punto 6.2.1.

della procedura, il passivo (oltre 500.000 euro), e poi l'attivo (poco più di 84.000 euro, inferiore al 30% dell'esposizione debitoria), per poi concludere negativamente sulla base di tale "sterile confronto dei dati", senza filtrarli attraverso l'esame dei comportamenti del debitore, e fissando arbitrariamente al 30% il limite minimo di soddisfazione dei creditori[79].

Ciò che mette conto di osservare, ancora una volta, non è tanto la precomprensione del cosiddetto *favor debitoris* come indefettibile *ratio legis* che conosce eccezioni marginali coincidenti solo con la irrisorietà dei pagamenti (come la vendita *nummo uno*, verrebbe da dire)[80]; quanto piuttosto la leggerezza con la quale tale tesi viene sostenuta: ora con un argomento pressocché tautologico, per il quale il prudente apprezzamento del giudice accerta quando il pagamento di "parte dei debiti" dà luogo alla "parzialità di adempimento"; ora con un argomento che prova troppo, perché parrebbe arbitrario sostenere l'arbitrarietà del fissare nel 30% la soglia di accettabilità della parzialità di adempimento, non potendo il cd dato "omissivo" del mancato inserimento nella legge di una soglia minima di soddisfazione dei crediti chirografari ai fini della concessione del beneficio[81] essere valutato – come la Corte dice – più che "significativo", cioè niente affatto decisivo. Ora, infine, con un argomento superficiale, per cui sarebbe sterile "far di conto" nel contesto di una procedura concorsuale ove il risultato finale non può non essere "conteggiato" e tradotto in una cifra numerica!

In altre parole, ci si attenderebbe di più dalla suprema magistratura nel motivare orientamenti così densi di effetti in ordine all'idea che viene lanciata del rapporto obbligatorio e alla percezione sociale che ne viene favorita: quella per cui basterebbe "portarsi bene" prima e durante la procedura concorsuale, con la diligenza media, senza fare ostruzionismi inutili, per poter vantare una *sorta di diritto* di abbattere i propri debiti, senza alcun limite percentuale, e ricominciare. Ma vien da chiedersi: quale insolvente farebbe mai ostruzionismo ad una procedura di liquidazione all'esito della quale così facilmente ottenere l'esdebitazione? E se così è, qual è allora il presupposto dell'esdebitazione?

Ad oggi, la risposta sta nel testo degli artt. 278-282, nei quali non si parla più di pagamenti parziali dei creditori anteriori, ma solo di termini temporali e di condizioni per ottenere il beneficio tutte costruite su quel "portarsi bene" che – almeno per qualcuna di tali condizioni – escludono dal beneficio solo debitori riottosi del tutto inconsapevoli del contesto in cui si trovano. Senza dire del più volte citato art

[79] Cass., n. 7550/2018, punti 7.1 e 7.2

[80] E qui verrebbe anche da dire che mai come in questo caso la giurisprudenza di legittimità si è resa artefice di una lettura della *ratio* di una riforma più realista del re, tale da capovolgere, con la leggerezza di cui si dice nel testo, presupposti di sistema consolidati: e vedi sul punto Pagliantini, *L'esdebitazione tra normativa vigente e Codice della crisi d'impresa*, cit., 714 e 715.

[81] Di cui in Cass., n. 7550/2018, cit., punto 6.1; e già in Cass., S.U., n. 24214/2011, punto 8, con riferimento alla eliminazione dall'articolato di riforma della legge fallimentare della soglia del pagamento del 25% dei crediti dei creditori chirografari quale presupposto per la esdebitazione.

.282, che esclude dalla esdebitazione il sovraindebitato non consumatore solo se condannato per i reati di cui alla lett. a), 1° co., dell'art. 280.

A fronte di ciò, e tornando al sovraindebitamento, gli orientamenti della Suprema Corte maturati in sede di applicazione della legge fallimentare[82] appaiono destinati – si direbbe a maggior ragione – ad una conferma anche in tale contesto, non riscontrandosi alcuna ragione per negarli; e se questo è vero, la fattispecie della esdebitazione dell'incapiente appare molto meno eccentrica di quanto a prima vista parrebbe.

8. Qualche cenno su questa fattispecie prima di chiudere e tentare di delineare un quadro di insieme.

Anche il sovraindebitamento dei debitori di cui alla lett. c) del 1° co., art. 2, del Codice della crisi, diversi dal consumatore[83], subisce un cambiamento. La procedura di composizione della crisi esclusivamente riservata a tali figure è adesso il "concordato minore", e trova il suo presupposto nella funzionalità dello strumento alla *prosecuzione dell'attività imprenditoriale o professionale*. Altrimenti, può essere proposto solo se è previsto l'apporto di risorse esterne che aumentino "in misura apprezzabile" la possibilità di soddisfare i creditori (art. 74, commi 1° e 2°).

Rispetto alla precedente disciplina dell'accordo di ristrutturazione di cui alla l. 27-1-2012, n. 3, il mutamento dei presupposti oggettivi e la riserva di questo istituto ai soli imprenditori minori e professionisti, produce una risistemazione non indifferente della materia, e precisamente: una specializzazione della disciplina del sovraindebitamento dei consumatori nell'ambito della normativa consumeristica; e per contro, un avvicinamento della disciplina del sovraindebitamento dell'imprenditore non fallibile a quella del concordato preventivo, il che è quanto testualmente risulta dal richiamo della disciplina di quest'ultimo operato dal 4° co. dell'art. 74, nella misura di una non semplice compatibilità[84].

Sul piano tecnico interpretativo questa scelta si palesa assai problematica, posto che il possibile travaso delle regole poste sul consolidato strumento del concordato

[82] Si veda al proposito, ad esempio, Cass., Sez. I, 1.9.2015, n. 17386 (reperibile nella pagina *www.expartecreditoris.it*), la quale rigetta il ricorso del fallito contro la sentenza della Corte d'Appello la quale negava l'esdebitazione per la "oltremodo esigua" percentuale dei crediti soddisfatti, nonostante la sussistenza dei requisiti soggettivi richiesti per il beneficio. Ma qui i numeri parlavano chiaro: a fronte di un totale di crediti ammessi per quasi 4 milioni di euro, vantati dai chirografari e rimasti insoddisfatti, il totale dei pagamenti era pari a 56.878,00 euro; sicché la Corte non aveva ritenuto verificato – con valutazione discrezionale ineccepibile – un accettabile bilanciamento di interessi, quale richiesto dalla sentenza citata delle SS.UU. Nello stesso senso, accetta il principio delle SS.UU. in merito alla parzialità del pagamento, ma ritiene nella fattispecie inammissibile il ricorso per l'esdebitazione, anche Cass., Sez. I, 14.6.2018, n. 15586, per la quale l'esiguità dei pagamenti giustificava il prudente apprezzamento dei giudici di merito nl senso della non ricorrenza di quella "parzialità" dei pagamenti necessaria per la concessione del beneficio esdebitativo.

[83] Per una definizione analitica delle categorie di soggetti legittimati si veda, Rolfi, *Il concordato minore*, in AA.VV., *Il nuovo sovra indebitamento dopo il Codice della crisi e dell'insolvenza*, Bologna 2019, 148 ss.

[84] Come osservato da Rolfi, *op. cit.*, 150 ss.

preventivo nel contesto del sovra indebitamento di una piccola impresa o di una attività professionale sconta non solo una serie di difficoltà legate alla verifica delle condizioni di applicabilità delle norme del primo anche al secondo; ma sconta anche le conseguenze di una non definita individuazione nel concordato minore dei parametri di riferimento necessari ad impostare correttamente la gestione dello strumento, pur nella chiara opzione della funzionalità del concordato alla cosiddetta continuità aziendale.

Giusto per argomentare tale problematicità, lo scopo indicato dal 1° co. dell'art. 74 va coordinato con quella "convenienza" dei creditori ancora delineata nell'art. 76, 2° co., lett. b), nonché nell'art. 80, 3° co., e consistente nel confronto con l'alternativa liquidatoria, come già previsto per il piano del consumatore e pure nella l. 27-1-2012, n. 3. Ora, la replica di questo principio, e cioè la conferma della liquidazione (controllata) come procedura base per la soluzione delle crisi da sovraindebitamento, si trova anche nella disciplina del concordato preventivo, ma in un contesto di minore "probabilità", per così dire. Ed infatti, mentre l'art. 80 legittima ciascun creditore o qualunque altro interessato ad eccepire in sede di concordato minore la maggior convenienza dell'alternativa liquidatoria, l'art. 112 legittima alla stessa contestazione solo un creditore appartenente ad una classe di dissenzienti, ovvero – in mancanza di classi – i creditori che rappresentano il 20% dei crediti ammessi al voto: il che lascia intendere che debba trattarsi di un dissenso strutturato, significativo e condiviso, in mancanza del quale prevarrà lo strumento compositivo e la "continuità" aziendale. Il che non sembra possa dirsi per il concordato minore, per il quale la liquidazione controllata rimane alternativa qualificata, più di quanto non lo sia per il concordato maggiore.

Ciò fa il paio, del resto, con quanto previsto nell'art. 84, 2° co., in base al quale in caso di concordato preventivo in continuità diretta "*Il piano prevede che l'attività d'impresa è funzionale ad assicurare il ripristino dell'equilibrio economico finanziario* nell'interesse prioritario dei creditori*, oltre che dell'imprenditore e dei soci*". Finalità che non sembra essere propria anche del concordato minore, sia perché non menzionata nell'art. 74, sia perché laddove la norma esplicitamente fa riferimento all'interesse dei creditori, lo fa senza fissare parametri di garanzia a contenuto quantitativo, affidandosi piuttosto alla valutazione discrezionale del giudice. Ciò è quanto risulta dal criterio della *apprezzabilità* dell'incremento della soddisfazione dei creditori allorché il sovraindebitato chieda il concordato senza continuità aziendale, cioè a giustificazione liquidatoria, e debba allora provvedere all'apporto di risorse esterne. Non è un caso allora che la corrispondente fattispecie dell'art. 84, 4° co., assicuri i creditori in concordato preventivo stabilendo che "*Nel concordato liquidatorio l'apporto di risorse esterne deve incrementare di almeno il dieci per cento, rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale, il soddisfacimento dei creditori chirografari, che*

non può essere in ogni caso inferiore al venti per cento dell'ammontare complessivo del credito chirografario"[85].

In altre parole, sembra che il baricentro del concordato minore sia spostato a favore del debitore e del suo possibile *fresh start*, e che in tale prospettiva sistematica il concordato minore in continuità sia alternativa maggiormente incentivata dal legislatore rispetto al concordato con risorse esterne, il quale – presumibilmente – comporta l'onere del reperimento di tali risorse presumibilmente attraverso un nuovo indebitamento[86].

Ciò posto, la previsione di modalità che comunque condizionano l'accesso allo strumento compositivo alla ricorrenza di presupposti oggettivi e soggettivi ben precisi e più severi che non quelli richiesti per il consumatore[87], viene compensata dall'alleggerimento parziale di un altro requisito di completamento della procedura: l'approvazione dei creditori, la cui maggioranza si forma adesso con il voto favorevole del 50% (più uno) dei crediti ammessi, ed anche tramite il meccanismo del silenzio assenso (art. 79).

Verificata l'ammissibilità giuridica e la fattibilità economica del piano, nonché il raggiungimento della prescritta maggioranza semplice, il giudice omologa il concordato, salve le eventuali contestazioni dei creditori concernenti la minor convenienza del piano rispetto all'alternativa liquidatoria: contestazioni precluse – è ancora il caso di notarlo – a quei creditori che abbiano colpevolmente contribuito a creare il sovra indebitamento (ai quali è consentito proporre soltanto l'eccezione di comportamenti dolosi del debitore: art. 80, 4° co.)[88].

9. Esiste un diffuso malcontento intorno ai contenuto della riforma che ha portato all'emanazione del Codice della crisi, tanto da far ritenere necessari, e forse più che tali, gli annunciati decreti correttivi.

Nel formulare le conclusioni di un Convegno dedicato al tema, si sintetizzavano le valutazioni negative con la secca affermazione per cui questa riforma "sostanzialmente non piace a nessuno", pur se il giudizio sembra fortemente influenzato dalla considerazione degli aspetti normativi riguardanti la riforma del vecchio "fallimen-

[85] Per queste problematiche vedi ancora, analiticamente, Rolfi, *op. cit.*, 153 ss.

[86] Il che fa ipotizzare a D'Amico, *Il sovraindebitamento nel Codice della crisi*, cit., 327, che tale fattispecie non avrà grande diffusione nella pratica.

[87] Gli artt. 75 e 76 prevedono, rispettivamente, i documenti da allegare alla domanda e la relazione particolareggiata dell'OCC, inclusiva della valutazione comparativa di convenienza rispetto alla liquidazione, nonché del comportamento dei finanziatori rispetto al merito creditizio; mentre l'art. 77 dichiara inammissibile la domanda se mancano i documenti previsti dagli articoli citati, oltre che per essere il debitore stato sdebitato due volte o nei cinque anni precedenti, o se ha compiuto atti in frode ai creditori.

[88] L'art. 69, 2° co., prevede la stessa preclusione anche con riferimento alla ristrutturazione dei debiti del consumatori, nell'ambito della quale l'OCC deve relazionare anche intorno ai comportamenti dei finanziatori in ordine al merito creditizio.

to" dell'impresa maggiore e dei gruppi societari, piuttosto che il sovraindebitamento del debitore civile e del consumatore[89].

Più preoccupante sembra l'autorevole giudizio di chi, senza mezzi termini, contesta l'efficacia della politica che regge la riforma, quella *rescue culture* alla quale si contrappone la sfiducia nel risanamento delle attività che giungono alle soglie di una procedura concorsuale, specie se trattasi di imprese minori: per le quali – si scrive – "il mito della continuità è per metà illusione e per l'altra metà imbroglio", e la sua traduzione in regole e norme di diritto positivo contraddice il principio elementare per cui un'impresa è un valore "in quanto produce valore"[90].

Non meno preoccupante è la valutazione di chi ritiene quanto mai negativo, e dunque da modificare in quei correttivi prossimi venturi, il messaggio che la riforma lancia quando così facilmente concede il beneficio della esdebitazione "di diritto" anche a chi non possa dirsi abbia tenuto comportamenti propriamente responsabili, così giustificando una percezione positiva dell'opportunismo economico che certo non merita incoraggiamento[91].

E tuttavia a queste valutazioni critiche, per taluni aspetti senz'altro condivisibili, si contrappone l'ampia letteratura esaminata nell'*incipit* di queste riflessioni, che invece richiama tutti gli aspetti positivi di una tradizione, diffusa nell'ambiente anglosassone, per la quale *fresh start*, esdebitazione e continuità aziendale sono valori e obiettivi che il legislatore bene farebbe ad implementare con una normativa che superi definitivamente l'effetto di emarginazione sociale nella quale altre ideologie confinano quello che una volta si chiamava "fallito". E che estenda a tutti i debitori gravati da un fardello di debiti superiore alle loro forze quella cosiddetta seconda *chance* che, in definitiva, contribuisce a far sì che la ruota dell'economia non perda mai il suo ritmo.

Ma non è più il caso di indugiare su tale cifra di pensieri.

L'interesse del civilista rispetto ad una riforma che ha l'ambizione di governare i moderni fenomeni di insolvenza in tutte le dimensioni nelle quali essi possono manifestarsi, sappiamo già essere (quantomeno) quello di verificare la tenuta di alcuni dei principi fondativi delle relazioni private. Si è tentato di sviluppare una riflessione di questo tipo in un precedente lavoro, già ricordato, con riferimento ai temi del diritto delle obbligazioni implicati dall'istituto dell'esdebitazione, nonché dalle normative introdotte dalla legge del 2012 in ordine all'impossibilità e difficoltà di adempiere le obbligazioni pecuniarie, per come tali fattispecie si presentano specie nel contesto del sovraindebitamento consumeristico. Quell'analisi ha consentito di mettere in evidenza le metamorfosi dell'obbligazione pecuniaria una volta immersa

[89] A. Nigro, *Osservazioni sul Codice della crisi*, in *Riv. dir. comm. e obbligazioni*, 2018, 445.

[90] Fl. D'Alessandro, *Efficienza e giustizia distributiva nelle procedure concorsuali*, cit., 382 ss., il cui scetticismo si contrappone alla lettura in positivo di Bonfante, *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*, e di Rordorf, *Prime osservazioni sul Codice della crisi e dell'insolvenza*, citati in nota 1.

[91] M. Campobasso, *Dalla procedura di "liquidazione del patrimonio" alla "liquidazione controllata" del sovra indebitato*, cit., 154.

nel contesto di una procedura concorsuale, e di una conseguente valutazione di tutte le circostanze concrete causa del sovra indebitamento. Si è individuata nella cifra della concorsualità, infatti, la ragione giustificativa dei pesanti mutamenti del regime ordinario della responsabilità patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c., imposti dall'intento di facilitare la soluzione della crisi da sovraindebitamento attraverso l'esdebitazione, intesa questa come effetto automatico (della esecuzione) dell'accordo o piano di ristrutturazione dei debiti, ovvero come beneficio concesso dal giudice a seguito della liquidazione del patrimonio del debitore[92].

Quelle conclusioni non vanno smentite, ma semmai confermate nel nuovo assetto determinato dal Codice della crisi, se è vero che quest'ultimo ha alleggerito in non pochi punti le condizioni di accesso e di fruizione degli strumenti di soluzione della crisi da sovraindebitamento, stabilizzando quel regime di responsabilità "in deroga" all'art. 2740 c.c. che nella legge del 2012 appariva ancora legato all'emergenza economica del momento.

E nemmeno l'acquisita e corretta consapevolezza della piena funzionalità del nuovo assetto normativo ad un modello economico sociale che richiede un diverso equilibrio tra *favor debitoris* e *favor creditoris* può cancellare l'impatto "eversivo" prodotto nel diritto delle obbligazioni in quanto pilastro dell'essenziale dispositivo non solo civilistico per cui *pacta sunt servanda*.

In altre parole, è vero che il regime delle obbligazioni pecuniarie è stato profondamente depotenziato a tutto vantaggio dei debitori. Ed è vero che da tutto ciò anche i creditori traggono non inconsistenti vantaggi! Cosicchè resta dimostrata la inutilità di discorrere in termini di *favor* per l'una o l'altra classe di soggetti. Perché il *favor* giuridico per gli uni (i debitori) costituisce l'altra faccia – o meglio: il tramite – del *favor* economico degli altri (i creditori). Ciò in quanto, in definitiva, la ricostruzione degli istituti giuridici in chiave di analisi economica (nella prospettiva degli incentivi/disincentivi di certi o altri comportamenti) certamente rende più accettabili e giustificabili le modifiche di alto impatto che – come quelle operate attraverso l'esdebitazione – decostruiscono un modello economico consolidato. Ma non le rende meno evidenti né meno pesanti sul piano sistematico.

Cioè: che i creditori *come ceto* abbiano tutto da guadagnare dall'esdebitazione dei loro debitori, e quindi dalla inesigibilità parziale o totale dei loro crediti, è affermazione che non può essere tacciata di contraddittorietà solo a condizione che si scinda la valutazione individualistica da quella sistemica. A condizione cioè che si assegni alla concorsualità non solo il ruolo di giustificazione delle deroghe al regime della responsabilità patrimoniale del debitore, ma soprattutto quello di veicolo formale dell'operare nel diritto civile di logiche non più soltanto individualistico-binarie, ma anche per l'appunto *sistemiche*: che intendono cioè assecondare movimenti di interessi non riconducibili soltanto ad una dimensione individuale (ad uno statuto soggettivo), ma anche a dimensioni funzionali collettive o spersonalizzate, nel contesto

[92] Tutto ciò ampiamente in Camardi, *Il sovraindebitamento del consumatore e il diritto delle obbligazioni*, cit., *passim*.

delle quali i singoli soggetti sono meri tasselli di un mosaico che si compone attraverso l'individuazione di funzioni sociali definite e non di comportamenti individuali di stampo egoistico. Un mosaico dove la parte è definita dal tutto.

Dunque, il diritto civile così come i civilisti sono sollecitati a modificare i loro dispositivi e le loro categorie. Il primo moltiplica i suoi regimi secondo logiche funzionali e non più soltanto individualistiche; i secondi dovrebbero conseguentemente modificare o riadattare categorie e concetti e ricostruire la pluralità dei regimi in un'ottica non meramente quantitativa.

Il tentativo di individuare le logiche del diritto civile in questa materia (il sovraindebitamento) ed in questo settore funzionale (il sistema del credito) si è delineato nelle prime pagine di questo contributo all'insegna della alternatività e non della specialità delle discipline, ipotizzandosi che il paradigma normativo non fosse quello della sostituzione – per taluni tipi di fattispecie – della disciplina generale ad opera di una disciplina speciale, ma quello della opzione di un regime a scelta fra due, su iniziativa del soggetto titolare dell'interesse, e cioè il debitore. Un'opzione che il Codice della crisi ha in un certo senso stemperato, quando ha attribuito anche al creditore o al pubblico ministero l'iniziativa dell'apertura della liquidazione controllata.

Questa variante della *alternatività*, quale paradigma dell'evoluzione normativa non coincidente con quello usuale della *specialità*, costituisce probabilmente il riflesso della *ratio* con la quale il legislatore ha inteso governare il problema del sovraindebitamento civile rispetto a quello commerciale, seppur nel contesto formale di un Codice che ingloba la vecchia legge fallimentare come "legge speciale delle imprese". Il sovra indebitamento di per sé – lo si è già detto – non comporta alcuna conseguenza sui rapporti obbligatori del debitore, ma solo il diritto del debitore e dei creditori, nella misura indicata, di promuovere una procedura di composizione della crisi[93]. Il legislatore non vuole imporre la logica del sacrificio individuale dei creditori nel nome del vantaggio del "collettivo": la tutela del credito, quale veicolo della vincolatività della promessa è troppo importante per l'equilibrio del sistema perché se ne possa fare oggetto di una deroga automatica attraverso l'imposizione della concorsualità della procedura di soddisfazione dei creditori e la conseguente probabile esdebitazione del debitore. Il sacrificio concorsuale delle ragioni creditorie può passare soltanto attraverso l'iniziativa dei soggetti coinvolti e la valutazione del giudice assistito dagli OCC. Senza l'una e l'altra la garanzia di cui all'art. 2740 c.c. non viene sospesa e il sovraindebitamento nient'altro rimane che una somma di debiti rispetto ai quali si attiva la competizione fra i creditori e la gerarchia dei crediti. Affinché esso si trasformi invece in una fattispecie unitaria, come tale sottratta all'esecuzione individuale e all'operare egoistico dell'art. 2740 c.c. occorre la mediazione di una procedura e il provvedimento di un giudice. L'una e l'altro non sono meri presupposti burocratici di un diverso trattamento normativo connotato dall'in-

[93] D'Amico, *Esdebitazione e concorso dei creditori nella disciplina del sovraindebitamento*, cit., 41.

tervento di un soggetto tecnico in una sede giurisdizionale, ma condizioni mediante le quali si attiva una logica sistemica gerarchicamente sovraordinata a quella individualistica e quindi tale da comprimere le ragioni personali-egoistiche dei singoli nel nome di quelle collettive, *spersonalizzate* nella procedura prescelta.

Un passaggio, quest'ultimo, non solo cruciale e delicato per la natura delle funzioni economiche implicate, ma da tenere strettamente circoscritto ai suoi presupposti giustificativi, affinché la tutela del credito, unitamente alla tutela dell'affidamento che sempre vi è coinvolta, non subiscano irragionevolmente penalizzazioni superiori a quelle incluse nella procedura concorsuale attivata. Ciò che costituisce una precisa indicazione metodologica all'interprete in sede applicativa, specie tutte le volte in cui a questi la legge affida poteri discrezionali di orientamento delle conclusioni della procedura.

Lo ripetiamo: se il sacrificio delle ragioni individuali dei creditori, ai quali talvolta può non essere riservato nulla all'esito della procedura, è strumento per la conservazione della funzione del consumo, e dunque della funzione produttiva, nel contesto di un mutato modello economico che in tal senso richiede di essere sostenuto, questi, e soltanto questi, sono i confini entro i quali la limitazione anche radicale della responsabilità patrimoniale del debitore deve essere mantenuta. Il che comporta la conseguenza per la quale – una volta che i processi decisionali previsti dal legge si siano definiti con la scelta della procedura di composizione della crisi – il giudice applichi strettamente i principi e le regole della procedura prescelta.

Se il debitore per una qualche ragione non avrà scelto la procedura concorsuale, oppure non ne ha i requisiti, oppure i creditori non esercitato le loro opzioni in tale senso, la garanzia del suo patrimonio sarà quella ordinaria dell'obbligazione civile e nessuna trasposizione di regole o principi potrà avvenire dal Codice della crisi e dalla disciplina del sovraindebitamento, la cui fattispecie pertanto può ricorrere solo nel contesto di una procedura concorsuale. E non potrà il debitore né mettere in campo le ragioni personali o familiari del suo indebitamento, né additare comportamenti irresponsabili dei suoi finanziatori che non realizzino di per sé fattispecie di illecito, né pensare di preservare le sue entrate future dall'aggressione dei creditori: le sue obbligazioni saranno trattate astrattamente dal contesto personale della sua esperienza e secondo la cifra dell'art. 2740 c.c.

Se invece la procedura prescelta sarà stata quella concorsuale, e ne ricorrono i presupposti e i requisiti, la prospettiva della esdebitazione potrà essere ragionevolmente coltivata nella misura in cui il debitore è disponibile a mettere comunque a disposizione dei creditori *tutto* il suo patrimonio attuale liquidabile, il che costituisce presupposto e ragione giustificativa del sacrificio creditorio, nel contesto di una valutazione comparativa e collettiva degli interessi coinvolti garantita dalla terzietà del giudice e svolta dall'organismo tecnico[94].

[94] Sui profili concernenti la funzione di consulenza e assistenza svolta dagli organismi tecnici, si veda Michelotti, *La costituzione di un accordo di composizione della crisi da sovraindebitamento*, in *Fallimento*, 2019, 811.

I dispositivi tecnici che si sono a suo tempo analizzati, da quelli relativi ai requisiti di accesso, a quelli concernenti il comportamento del debitore e quello dei creditori nel momento della concessione del finanziamento, a quelli relativi al rapporto tra le procedure compositive e quella liquidatoria, delineano i confini della valutazione del giudice e dunque i limiti generali entro i quali l'esdebitazione può esplicare ragionevolmente ed in modo accettabile la sua funzione.

Il confinamento delle due discipline *alternative* delle crisi da sovra indebitamento, ciascuna nei limiti del proprio contesto, restituisce infine un modello sdoppiato del regime dell'obbligazione pecuniaria e della "sua" responsabilità.

L'uno corrispondente all'immagine tradizionale dell'obbligazione astratta e indistruttibile cui fa da pendant la piena responsabilità patrimoniale del debitore ai sensi dell'art. 2740 c.c.

L'altro oscillante verso una dimensione "personalistica" riempita dalla concretezza delle esperienze di consumo o delle piccole attività economiche e professionali del debitore, cui può far da pendant una responsabilità "limitata" del debitore medesimo: alla imprescindibile condizione però che tale limitazione di responsabilità sia governata in un'ottica concorsuale.

Il "salto" dal primo modello, che opera di *default*, al secondo modello, che invece opera per "scelta", provoca il sopravvento di una logica funzionale-sistemica su quella individualistica tipica dei diritti soggettivi e propone una percezione normativa capovolta degli interessi delle "parti". Non più la dimensione competitiva egoistica delle aggressioni creditorie dei beni del debitore, ma l'apprensione regolata ed etero diretta secondo un "piano" del suo patrimonio, per quello che è in quel momento, ove la perdita individuale diviene strumento del guadagno collettivo.

In tal senso, ha una valenza tutt'altro che di sterile "distinguo" la precisazione per la quale la complessa disciplina della esdebitazione da sovraindebitamento, esito logico della procedura concorsuale, non incide sul rapporto obbligatorio bensì sulla responsabilità patrimoniale. Il distinguo ha invece un duplice significato.

Il primo mette in evidenza la persistenza delle condizioni di nascita dell'obbligazione pecuniaria come fattispecie, indipendentemente dallo statuto soggettivo del debitore: l'obbligazione del consumatore si forma come qualunque altra in relazione al rapporto di consumo stabilito con il professionista perché l'esito esdebitativo è puramente eventuale, e non può mai riguardare una singola obbligazione in quanto tale. E lo stesso è a dirsi dell'obbligazione dell'imprenditore, grande o piccolo che sia. Non esiste l'obbligazione esdebitabile come fattispecie, esiste l'obbligazione pecuniaria con tutte le caratteristiche provenienti dalla fonte che la origina.

Il secondo significato mette in evidenza l'interferenza operata dall'opzione concorsuale sulla tutela del creditore, anzi *dei creditori come insieme*. L'emersione conclamata del sovra indebitamento e l'apertura del concorso dei creditori induce ad una modifica –anche radicale– della misura della responsabilità patrimoniale del debitore: sia perché coinvolge l'intero suo patrimonio in quel momento; sia perché coinvolge *solo quello* e null'altro, quello presente e non quello futuro.

Dunque non è l'esistenza di una pluralità di obbligazioni inadempiute che produce di per sé il mutamento del regime della responsabilità; ma è l'emersione *formale* di una pluralità di creditori in concorso il fatto/presupposto che mette in moto un processo di riorganizzazione del regime della responsabilità in funzione direttamente strumentale alla regolazione contestuale della massa passiva. Una volta aperta la procedura concorsuale, e tuttavia solo in ragione di ciò, anche le obbligazioni che ne sono oggetto vengono filtrate attraverso una percezione non più astratta, ma funzionale allo scopo esdebitatorio, e perciò personalizzata in relazione alle circostanze, in una misura più o meno ampia a seconda di quanto il legislatore voglia allargare o stringere le maglie del beneficio liberatorio.

Questa corretta distinzione di piani formali non elimina certamente l'impatto sociale e di mercato del nuovo regime concorsuale del sovraindebitamento e dell'insolvenza ormai esteso a tutti i debitori. E si tratta per l'appunto di un impatto, anche radicale come si è detto, che certamente non può essere minimizzato, in quanto ciò che risulta essere messa in discussione è la cultura della responsabilità delle proprie azioni, la quale –come è noto– è l'imprescindibile pendant della cultura delle libertà.

Debitori e creditori sanno ormai che l'esdebitazione è un esito incerto ma possibile della loro attività economica. E questa consapevolezza, nella misura in cui moltiplica le alternative prestrutturate di comportamento da opzionare nella fase patologica dell'indebitamento, influisce anche nella strutturazione dei comportamenti precedenti. Ciò che si vuol mettere in evidenza quando si dice che l'istituto della esdebitazione come inesigibilità può provocare fenomeni economici di contrazione del credito o di aumento dei tassi o di irrigidimento delle modalità di concessione dei finanziamenti.

Il che induce alla fine a concludere che la moltiplicazione dei regimi civilistici dei rapporti privati, nel segno di una complessità normativa intesa a governare processi sociali connotati da interdipendenze e interferenze continue, non può non essere accompagnata da altrettante differenziazioni delle altre connesse funzioni normative, da quelle di vigilanza e controllo a quelle giurisdizionali, a quelle amministrative, e così via.

Se l'esigenza normativa di garantire il *fresh start* dei debitori sovraindebitati in circostanze che la legge ritiene meritevoli di considerazione viene dal sistema normativo "scaricata" sui dispositivi civilistici della responsabilità patrimoniale dei debitori, piuttosto che su quelli della formazione dei rapporti obbligatori che la precedono, ciò non può comportare che il diritto civile debba sostenere con le sue regole l'intero contesto delle relazioni dalle quali il sovraindebitamento ha origine. Ciò vuol dire ad esempio che una disciplina dei comportamenti dei creditori in fase di trattative, con riferimento ai profili del merito creditizio, e poi della loro posizione in seno alla procedura di soluzione della crisi, è una disciplina di complemento, ma necessaria; che non può mancare in ragione della necessità di circoscrivere le dimensioni stesse del sovraindebitamento e, di conseguenza, il peso che i dispositivi civili-

stici della responsabilità patrimoniale possono essere costretti a sopportare nel caso in cui l'indebitamento delle persone e delle imprese degeneri in stato di crisi o di insolvenza[95].

E' poi ovvio che una tale combinazione di discipline può aprire ulteriori scenari che per altra via si ripercuotono sui dispositivi del diritto civile e sui suoi principi. Scenari la cui complessità chiama in causa il tema della regolazione normativa dell'interferenza delle funzioni di sistema. Ad esempio, con altre parole, l'eventualità ormai conclamata che il merito creditizio venga accertato attraverso meccanismi automatizzati di profilazione degli utenti, che sostituiscono all'astrattezza delle categorie normative di valutazione dei comportamenti l'oscurità degli automatismi dell'algoritmo, non sempre affiancando a questi ultimi argomentazioni "umane" di *disclosure*, tale eventualità –si diceva– introduce un rischio non indifferente di lesione dei diritti personali di ciascuno alla propria *privacy* e alla propria identità; nonché del diritto di esercitare in autonomia le proprie libertà, cioè di fruire delle opportunità normative prospettate dall'ordinamento, senza subire processi di esclusione o di emarginazione preconfezionati elaborati senza la possibilità dal contraddittorio[96].

E con la prospettazione di simili scenari, la cui trattazione richiederebbe ben altro impegno, le nostre riflessioni possono dirsi concluse.

[95] In questa prospettiva si collocano le riflessioni conclusive di Pellecchia, *La definizione di sovraindebitamento nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., 1153 ss., la quale mette in evidenza l'importanza di quella fase tra il *già* indebitamento e il *non ancora* sovraindebitamento, ritenendo necessario che in questa fase, dove si incontrano i due Codici e per la quale non sono previste procedure di allerta, le condotte del debitore e del creditore siano sottoposte ad una specifica valutazione alla stregua della buona fede oggettiva. L'uno dovrebbe correttamente operare una *disclosure* finalizzata all'emersione della crisi; l'altro sarebbe chiamato ad una collaborazione proattiva, e già disponibile al ristrutturazione del debito in una cornice non egoistica. A tal fine, scrive l'Autrice, occorrerebbe tuttavia neutralizzare l'art. 1186 c.c., che opera come deterrente rispetto a uno scambio proficuo di informazioni tra le due parti (p. 1158). Ma per far questo, osserviamo, occorrerebbe un intervento del legislatore.

[96] In argomento, con riguardo proprio al merito creditizio e alle metodologie di credit scoring elaborate e gestite attraverso piattaforme di *social lending*, si veda il contributo di Biferali, *Big data e valutazione del merito creditizio per l'accesso al* peer to peer lending, in *Dir. informaz. e informatica*, 2018, 487; e più in generale, sul tema dei procedimenti automatizzati e del cd. "diritto ad una spiegazione", quello di Tabarrini, *Comprendere la "Big Mind": il GDPR sana il divario di intelligibilità Uomo-Macchina?*, *ibidem*, 2019, 555.

La influencia de la cultura jurídica italiana en el Libro Primero del Código Civil Peruano de 1984: Derecho de las Personas

di Carlos Antonio Agurto Gonzáles*

A Carlos Fernández Sessarego, maestro, padre y amigo, la columna del derecho italiano en América del Sur

Abstract. Abstract: In this article, a brief account is made of the influence of the Italian legal culture in the First Book of the Peruvian Civil Code of 1984, dedicated to the right of persons.
The main attention is given to the contributions of Professor Carlos Fernández Sessarego and his work to disseminate the doctrine of Italy from the 50s of the 20th century in Perú, also addressing the similarities and differences between the Italian Civil Code of 1942 and the Peruvian Civil Code, regarding the legal treatment of the four subjects of law: conceived, natural persons, legal persons and organization of unregistered persons.

SUMARIO: 1.- Presupuesto: la Constitución italiana de 1947. Del individuo a la persona. *– 1.1. Personalismo jurídico en la constitución italiana. – 1.2. Técnicas de tutela de la persona. – 2. El primer contacto sólido entre las culturas jurídicas peruana e italiana: las «*Consideraciones Sistemáticas Preliminares para la revisión del Libro Primero del Código Civil Peruano*» de Carlos Fernández Sessarego de 1964. – 3. Semejanzas y diferencias de carácter sistemático entre el código civil italiano de 1942 y el peruano de 1984. – 4. La tutela jurídica de vida intrauterina: el concebido. – 5. La regulación de los derechos de las personas físicas o naturales. – 6. El tratamiento de la persona jurídica o colectiva. – 7. La tutela jurídica de la organización de personas no inscritas.*

1. El principio de solidaridad que se encuentra en el artículo 2[1] de la Constitución de Italia de 1947 y debe comprenderse, como lo ha afirmado acertadamente el

* Profesor de Derecho Comparado y Sistemas Jurídicos del Mundo en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú).
Secretario Técnico del Grupo de Trabajo encargado de la revisión y mejora del Código Civil Peruano, nombrado por la Resolución Ministerial N° 183-2017-JUS del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Perú.

1 Constitución de la República Italiana de 1947:
Artículo 2: La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, tanto como individuo, como en el seno de las formaciones sociales en las que desarrolla su personalidad, y exige el cumplimiento de los deberes inderogables de solidaridad política, económica y social (resaltado nuestro).

historiador del Derecho Paolo Grossi[2], que no se encuentra formulada en términos de un conjunto de individuos, sino de personas. Este cambio se constituye en una gran innovación en la cultura jurídica continental, como ha apuntado bien Guido Alpa[3].

Debe recordarse que el término «*Persona*» en el lenguaje jurídico remite a un proceso de abstracción de las condiciones materiales que, como afirmó Stefano Rodotà[4], puede apreciarse también en la persona «*jurídica*». Asimismo, los derechos sociales, que se encuentran reconocidos en la constitución italiana, son atribuidos a la categoría de las personas[5].

Se debe distinguir, siguiendo a Paolo Grossi[6], que *individuo* y *persona* no son sinónimos. El individuo es el antiguo protagonista del constitucionalismo, es criatura insular, egocentrista y egoísta. La edad moderna se caracteriza por el pasaje del individuo a la persona, convirtiéndose en sujeto de derecho, que adquiere la titularidad de deberes, libertades, derechos, etc[7].

En efecto, la persona, diversamente que el individuo (que es el protagonista de lo que algunos autores han denominado el constitucionalismo antiguo considerado en tanto ser insular, egoísta y egocéntrico[8]) es una entidad en estrecha relación con otros, criatura desde su origen relacional, siendo su característica principal su *socialidad*.

En ese sentido, la persona es el ser que esta premunido de diversas situaciones subjetivas que la Constitución de Italia de 1947 está compelida a proteger, y que se desarrollan en esferas de la libertad, pero también con un haz de numerosas situaciones de derecho, siendo el deber lo que socializa al sujeto, lo vuelve ser histórico[9]. El *sujeto*, la persona, es considerado el titular de las posiciones jurídicas subjetivas[10]. Es decir, el sujeto no es solo el destinatario de las normas, sino constituye también el punto de referencia, el centro de imputación de las situaciones jurídicas subjetivas.

1.1. La constitución italiana promulgada el 27 de diciembre de 1947, en vigor desde el 01 de enero de 1948, que surgió luego de los horrores de la segunda guerra mundial, es quizás uno de los más logrados intentos del constitucionalismo moderno de receptación de las ideas personalistas jurídicas[11].

---

2 P. Grossi, *Una costituzione da vivere. Breviario di valori per italiani di ogni età*, Bolonia, 2018, p. 59.

3 G. Alpa, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, segunda edición, Milán, 2019, p. 74 y ss.

4 S. Rodotà, *El derecho a tener derechos*, traducción de J. M. Revuelta, Madrid, 2014, p. 135.

5 B. Di Giovanni, Bianca, *La dignità della persona nella Costituzione*, Roma, 2018, p. 44.

6 P. Grossi, *Una costituzione da vivere. Breviario di valori per italiani di ogni età*, p. 59

7 L.Nivarra; V. Ricciuto, y C. Scognamiglio, *Diritto privato*, quinta edición, Turín, 2019, p.148.

8 P. Grossi, *Una costituzione da vivere. Breviario di valori per italiani di ogni età*, p. 59

9 P. Grossi, *La legalidad constitucional en la historia del Derecho moderno*, en: *Propiedad, Constitución y Globalización*, traducción de C.A. Agurto Gonzáles y S. L. Quequejana Mamani, Argentina, 2017, p. 51.

10 M. Paradiso, *Corso di Istituzioni di Diritto Privato*, décima edición, Turín, 2018, p. 59.

11 C. Fernández Sessarego, *Protección jurídica de la persona*, Lima, 1992, p. 135.

En efecto, el artículo 2 de la constitución italiana garantiza y reconoce «*los derechos inviolables del hombre*», ya sea como individuo o integrando las formaciones sociales «*donde desarrolla su personalidad*». El referido articulado concluye exigiendo el cumplimiento de los «*deberes inderogables de solidaridad política, económica y social*».

El referido artículo 2 recoge los planteamientos personalistas al reconocer tanto la existencia de los derechos «*inviolables del hombre*» como de los «*deberes de solidaridad*» que le competen como ser coexistencial, desplegado en la dimensión intersubjetiva. La mencionada estructura coexistencial del ser humano se presenta evidente cuando el citado artículo señala que es dentro de las «*formaciones sociales*» donde la persona realiza necesariamente su proyección existencial, social. Resulta de ello que el valor solidaridad, al lado de la justicia y seguridad, se encuentra en la centralidad del Derecho.

Como se ha observado[12], el artículo 2 de la constitución italiana encuentra cabal desarrollo y complementación normativa en los enunciados contenidos en los artículos primero, tercero y cuarto de la carta política italiana.

Así, el artículo 1 reconoce que el trabajo es la forma como se expresa comunitariamente la actividad creadora que compete al ser humano como ser libre. El trabajo resulta ser el fundamento mismo de la República Italiana. La constitución italiana no contempla al trabajo como una abstracción. El trabajador es la concreción del *homo dignus*[13].

Por su parte, el artículo 3 de la referida constitución al enunciar que todos los hombres poseen igual dignidad social, establece que es deber de la República «*suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad entre los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país*».

Es evidente la relevancia que revisten los preceptos contenidos en los artículos primero y tercero de la constitución italiana, que hacen parte de una concepción personalista del Derecho. Como lo señalaba Carlos Fernández Sessarego[14], el más importante jurista peruano introductor de la cultura jurídica italiana en América del Sur, el artículo primero consagra la actividad misma del hombre, manifestada mediante el trabajo, como basamento de la sociedad jurídicamente organizada bajo la forma democrática y republicada de gobierno. Reafirma la centralidad de la persona como ser libre y creador, en relación con la sociedad y el Estado.

Por otro lado, el artículo 3 de la constitución de 1947 resalta el papel que la constitución asigna al Estado en cuanto servidor de la persona humana, cuando se le impone el deber de remover los obstáculos que de hecho impidan su libre y pleno desarrollo. Esta norma también dispone la participación de todos los trabajadores en

[12] C. Fernández Sessarego, *Protección jurídica de la persona*, p. 136.
[13] S. Rodotà, *La rivoluzione della dignità*, Nápoles, 2013, p. 23.
[14] C. Fernández Sessarego, *Protección jurídica de la persona*, p. 137.

las organizaciones sociales en la medida que es dentro de ellas donde se desarrolla su personalidad.

Por su parte, el artículo tercero pone de manifiesto el rol que se impone al Estado. No es considerado un ente obligado tan sólo a un «*no hacer*» que consiste en respetar estos derechos, sino que se le atribuye el deber de promover el bienestar general y, en forma activa, de remover los obstáculos que se opongan o perjudiquen el pleno desarrollo de la persona.

El artículo 4 de la constitución de 1947 reconoce el derecho al trabajo que tienen todos los ciudadanos y el consiguiente deber del Estado de promover las condiciones que lo hagan efectivo, dispone también que es deber de la persona de contribuir, según su propia posibilidad y la propia decisión, al progreso material y espiritual de la sociedad. Brinda su aporte al bien comunitario.

El contenido que subyace en el artículo 4 de la constitución italiana entraba la preeminencia de la presencia del valor solidaridad en las relaciones intersubjetivas. La solidaridad, junto a la justicia y la seguridad, se presenta como uno de los valores cimeros y superiores del Derecho, desde una perspectiva personalista alejándose del individualismo.

Rasgo característico de la constitución italiana es el diseño que, con este articulado, realiza respecto a las relaciones entre persona, sociedad y Estado. Dentro de ellas se advierte que estas dos últimas se encuentran al servicio de la persona. Esta se presenta como su fin supremo. El reconocimiento del rol central que asume la persona no conduce a una posición individualista. Todo lo contrario, la persona en virtud de su estructura coexistencial se encuentra en permanente interacción con la sociedad en una relación dinámica y fluida, conformada por recíprocos aportes que enriquece a ambas y contribuye al bien comunitario. Como expresaba Fernández Sessarego con sumo acierto, *personalismo es comunitarismo, es socialidad*[15].

1.2. La técnica constitucional italiana es la de establecer prevalentemente, mediante la disposición contenida en su artículo segundo, que es reconocida como «*cláusula general de la persona*»[16]. Es un principio general de protección de los «*derechos inviolables del hombre*». Es norma, de cariz general, que inspira todo el ordenamiento jurídico, por lo que sirve de sustento, tanto de la legislación como a la jurisprudencia, en el propósito común de tutelar a la persona humana, por todos los medios posibles, del modo más oportuno y apropiado.

El problema de la persona y su tutela asume un doble significado, como ha señalado con acierto Pietro Perlingieri[17], *de ser* y *deber ser*: de *deber ser* muchas veces expresado en la constitución, *de ser*, en cambio, expresado en la realidad del Derecho viviente. Sin embargo, también es evidente la situación opuesta: el *deber ser* se encuentra presente en la realidad socio-política, mientras las normas de la carta cons-

[15] C. Fernández Sessarego, *Protección jurídica de la persona*, p. 138.
[16] C. Fernández Sessarego, *Protección jurídica de la persona*, p. 139.
[17] P. Perlingieri, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, reimpresión, Nápoles, 1982, p. 77.

titucional pueden ser anticuadas, superadas y lesivas a la tutela de la persona, porque pueden expresar un *deber ser* de un planteamiento institucional-estatal ya superado.

El artículo 2 actúa, según la opinión dominante de la doctrina, como cláusula general y abierta, por cuanto «*la República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre*». Cesare Massimo Bianca en su monumental tratado *Diritto Civile* ha reconocido que este artículo es particularmente importante, en cuanto se presenta como cláusula general de tutela esencial de la persona humana[18]. Esta expresa la exigencia de la tutela integral de la persona mediante la defensa jurídica de todos los intereses que son esenciales a la consciencia social[19].

Para otro de los juristas italianos, que también ha influenciado en el desarrollo del derecho de las personas en Perú, Guido Alpa[20], el artículo 2 de la constitución de Italia tutela al individuo, ya sea como persona física, como en las formaciones sociales donde desarrolla su personalidad: son formaciones sociales la familia, las asociaciones, los grupos, las comunidades de trabajo, etc., en las cuales la persona vive, madura, crece, cumple su experiencia de vida. En estas formaciones la persona es tutelada en el sentido que el ordenamiento se coloca como escudo antes cualquier acción dirigida a reprimir o lesionar su integridad.

¿Cómo debemos entender la tutela de la persona? No significa la tutela jurídica de posiciones de privilegio respecto a la colectividad, sino el respeto de la persona como ser social, mediante el equilibrio de sus intereses con la colectividad[21].

Un sector de la doctrina italiana, respecto al artículo 2 de la constitución, niega que pueda ser vista como una cláusula general. Así Francesco Macioce[22] señala que no es «*idónea para introducir en el ordenamiento nuevos valores de libertad no codificados*». Esta norma, según este jurista, no puede ser un «*sombrero de galera*», del cual se pueden extraer siempre nuevos derechos de la persona. Esta es útil como un medio a partir del cual se puede efectuar una interpretación extensiva y analógica.

A esta posición se ha sumado otra que estima que la fórmula contenida en el referido artículo 2 es sólo de reenvío o remisión a específicos derechos de la persona. Esta postura ha sido respondida por Bianca[23] al señalar que estos planteamientos: «*privan a la norma de su autónomo significado y sobre todo no tiene en cuenta las exigencias de la tutela integral del hombre mediante la tutela de todos aquellos intereses que le son esenciales para la sociedad*».

En efecto, corresponde especialmente al juez, frente a una agresión al ser humano, determinar si se trata de una lesión de un «*derecho inviolable*» de la persona[24]. El

[18] C.M. Bianca, *Diritto Civile*, *I: La norma giuridica – I soggetti*, Milán, 2002, p. 142.
[19] C.M. Bianca, *Diritto Civile, I: La norma giuridica – I soggetti*, p. 143.
[20] G. Alpa, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, segunda edición, p. 20.
[21] G. Alpa, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, segunda edición, p. 21.
[22] F. Macioce, *Tutela civile della persona e identità personale*, Padua, 1984, p. 31, citado por C. Fernández Sessarego, *Protección jurídica de la persona*, p. 139.
[23] C.M. Bianca, *Diritto Civile, I: La norma giuridica – I soggetti*, p. 143.
[24] C. Fernández Sessarego, *Protección jurídica de la persona*, p. 140.

magistrado tiene la facultad, incluso ante la ausencia de un derecho subjetivo específicamente normado y enderezado a su tutela, a proceder sin dilación a la protección integral y unitaria del sujeto. El juez no puede, por ningún motivo, inhibirse de la inmediata tutela de un derecho fundamental de la persona que se encuentre amenazado o que haya sido lesionado. Tampoco puede dejar de proteger un interés existencial, en tanto derecho subjetivo imperfecto[25], digno de tutela jurídica. Para fundamentar su fallo cuenta con la vastedad de los principios constitucionales que, fundándose en la dignidad de la persona, actúan como cláusulas generales y abiertas, o como cláusulas en «blanco».

Cabe precisar que la constitución italiana si bien no ignora los derechos fundamentales, que designa como «*inviolables*», no los regula de forma sistemática y orgánica.

En efecto, al establecer cláusulas generales de tutela deja a la creatividad jurisprudencial y a la doctrina la determinación de cuáles derechos merecen esa calificación. No es así esporádico contemplar casos en los cuales, a partir de una sentencia precursora sustentada en una cláusula general y abierta, se desarrollen análisis doctrinarios sobre un «*nuevo*» derecho de la persona digno de tutela. De esta elaboración de la doctrina jurídica nacen leyes especiales complementarias de la codificación que incorporan nuevos derechos de la persona merecedores de protección jurídica.

Es precisamente en la experiencia jurídica italiana donde se ha presentado la elaboración doctrinaria, sobre la base de cierto sector de la jurisprudencia, siempre precursora y creativa, de nuevos derechos de la persona sin que contase con derechos subjetivos tipificados en el ordenamiento jurídico de Italia.

2. Entre los grandes difusores del derecho italiano en América Latina, deben considerarse especialmente tres nombres, uno de origen europeo, y dos sudamericanos. Nos referimos al español Santiago Sentís Melendo, el colombiano Fernando Hinestrosa Forero y al peruano Carlos Fernández Sessarego.

Sentís Melendo (Soria, 1900-Buenos Aires, 1979), como nos informa el procesalista español Manuel Cachón Cadenas[26], se trasladó muy joven a Barcelona, cursando la carrera de Derecho en la Universidad de esta ciudad. Posteriormente ingresó en la carrera judicial, y siguió estudios en Italia con Piero Calamandrei. En 1939, al final de la guerra civil española, Sentís Melendo se vio obligado a exiliarse, pasando a Francia. Después se trasladó a Colombia, donde residió dos años, estableciéndose definitivamente en la Argentina en 1941, desarrollando en este país una labor imponente como investigador, docente, traductor y difusor de la ciencia procesal, especialmente italiana, a través de Ediciones Jurídicas Europa-América (E.J.E.A.).

[25] La definición de «*derecho subjetivo imperfecto*» se encuentra en la sentencia n° 978 de la Corte constitucional italiana del 7 de febrero de 1996, concerniente a un caso sobre identidad personal: citada por C.M. Bianca, *Diritto civile, I: La norma giuridica – I soggetti*, p. 144.

[26] M. Cachón Cadenas, *Memoria de Procesalistas*, Argentina, 2017, p. 157.

En Colombia, el jurista y por muchos años rector de la Universidad Externado de Bogotá, Fernando Hinestrosa Forero (15 de marzo de 1931-10 de marzo de 2012), gran difusor de la doctrina italiana, especialmente de derecho civil y romano, mediante traducciones, como de las obras de Cesare Massimo Bianca, Renato Scognamiglio, Giuseppe Grosso, así como los volúmenes del tratado *Derecho Civil* de Francesco Donato Busnelli, Lina Bigliazzi Geri, Ugo Natoli y Umberto Breccia.

A partir de la segunda mitad del siglo XX, en el ámbito peruano, se destacan, dentro de una de sus facetas académicas, la labor de difusión de la cultura jurídica italiana, del profesor de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Carlos Fernández Sessarego (Callao, 07 de marzo de 1926-Lima, 28 de julio de 2019).

Nieto de inmigrantes ligures, Fernández Sessarego se consolidó desde su juventud como la «*columna del derecho italiano en Latinoamérica*» (como lo llamaba el Prof. Francesco Donato Busnelli[27]), al difundir los aportes de la doctrina y cultura jurídica italiana a partir de los años 50 del siglo XX en América del Sur, y especialmente en el derecho peruano.

Desde su tesis para alcanzar el grado de bachiller en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, presentada en 1950, titulada «*Bosquejo para una determinación ontológica del Derecho*»[28], en donde presentó su teoría tridimensional del Derecho (que considera la experiencia jurídica como la conjunción dinámica de conducta humana, valores y normas jurídicas), se encuentra imbuida en el pensamiento jurídico italiano, que le sirvió de notable fundamento.

Así en sus páginas encontramos las citas de las obras del jusfilósofo Giorgio del Vecchio (*Filosofia del Diritto*; *Derecho y vida*; *Los supuestos filosóficos de la noción de Derecho* y *El concepto de Derecho*), como el libro de Giovanni Gentili *Los fundamentos de la filosofía del Derecho* y el valioso libro precursor de Guido Gonella *La Persona nella filosofia del Diritto*, así como la de Alessandro Groppali *Filosofía del Diritto*, que demuestra su profundo conocimiento de la filosofía del derecho italiana.

En el campo del derecho de las personas, es pionero su trabajo *Consideraciones Sistemáticas Preliminares para la Revisión del Libro Primero del Código Civil Peruano*, publicado en 1964[29]. Este ensayo fue el primero que, en modo crítico, planteaba la necesidad de la reforma del código civil de 1936, especialmente respecto al libro primero dedicado al derecho de las personas. En este ensayo, Fernández Sessarego evidenciaba que por las consideraciones ideológicas, por un marcado individualismo patrimonialista, el código civil de Perú de 1936 ignoraba el tratamiento normativo de los derechos fundamentales del ser humano, como son, entre otros, los dere-

[27] Como informa J. Espinoza Espinoza, *Por un sistema jurídico con identidad propia. Propulsor de grandes reformas. El humanismo peruano en la obra de Carlos Fernández Sessarego*, en: *Jurídica*, Suplemento de Análisis Legal del diario «El Peruano», segunda etapa, año 10, Lima, 08 de marzo de 2016, p. 3.

[28] En su última edición: C. Fernández Sessarego, *El Derecho como libertad. La Teoría Tridimensional del Derecho*, cuarta edición, Lima, 2017.

[29] C. Fernández Sessarego, *Consideraciones Sistemáticas Preliminares para la Revisión del Libro Primero del Código Civil Peruano*, en «*Mercurio Peruano*», Lima, mayo-junio de 1964, pp. 1-34.

chos a la vida, a la libertad, a la integridad psicosomática, a la identidad, a la salud, al honor, a la intimidad. Apenas se regulaba en su texto, en forma breve, lo concerniente a la capacidad, al nombre, al domicilio y a los registros de estado civil. La explicable pobreza del código civil de 1936 en esta materia era elocuente, por lo que Fernández Sessarego propugnaba una nueva sistemática del tratamiento de los derechos de la persona en el Perú y brinda las grandes líneas de lo que sería el Libro Primero del nuevo código civil, promulgado en 1984.

La doctrina jurídica italiana se presenta en el Perú por primera vez en forma sistemática en el referido trabajo. Así se encuentran referencias serias a los aportes de Tito Ravà, Calogero Gangi y, especialmente, Adriano de Cupis. Cabe precisar que se considera a este último, que fue profesor de la Universidad de Roma «La Sapienza», uno de los primeros juristas italianos en brindar un tratamiento sistemático sobre los derechos de la persona. Así, en un valioso trabajo de los años 50 del siglo XX, afirmaba el jurista italiano que el hombre es persona también para el derecho positivo, es persona fuera del Derecho y al interior del Derecho, y dentro de este en el derecho positivo[30]. Lo que De Cupis denominó personalidad se encuentra como valor natural en el hombre, fuera de todo orden jurídico, y en el orden jurídico se traduce en personalidad jurídica y esta se cumple en el orden, tanto positivo como jurídico, en su conjunto.

Aunque en el referido trabajo auroral del Prof. Fernández Sessarego, no faltan también críticas a la doctrina italiana dedicada al derecho de las personas como la de Adriano de Cupis, concerniente a la falta de distinción sobre el derecho sobre la propia imagen, por cuanto no se persigue la tutela del honor sino la protección de la reserva o secreto de la vida privada, que puede ser divulgada sin consentimiento de la persona, mediante la exhibición o publicación de la imagen[31]. No obstante, la obra de De Cupis influyó en la construcción de la teoría peruana del derecho de las personas, especialmente la obra fundamental que dedico a la materia: *I diritti della personalità*, cuya última edición es de 1982[32]. El planteamiento sobre el honor es apreciado en este trabajo, en cuanto es considerado como la dignidad personal reflejada en la consideración de terceros y en el sentimiento de la persona misma[33].

En *Las consideraciones sistemáticas*, no escapa a Fernández Sessarego[34] realizar críticas al código civil de 1942, como, por ejemplo, la que realiza al artículo 10 de este cuerpo normativo, sobre el derecho a la imagen propia. Por cuanto, señala el recordado profesor de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, cae en con-

[30] A. De Cupis, *La persona umana nel diritto privato*, en *Foro It.*, vol. 79, Roma, 1956, p. 77.

[31] C. Fernández Sessarego, *Consideraciones Sistemáticas Preliminares para la Revisión del Libro Primero del Código Civil Peruano*, p. 18.

[32] A. De Cupis, *I diritti della personalità*, Milán, 1982, pp. 1- 618.

[33] A. Cupis, Adriano, *I diritti della personalità*, Milán, 1950 , p. 93. Citado por C. Fernández Sessarego, *Consideraciones Sistemáticas Preliminares para la Revisión del Libro Primero del Código Civil Peruano*, p. 25.

[34] C. Fernández Sessarego, Carlos, *Consideraciones Sistemáticas Preliminares para la Revisión del Libro Primero del Código Civil Peruano*, p. 18.

fusión al considerar como abuso de la imagen ajena la exhibición o publicación de la misma con perjuicio del decoro o la reputación. Esta situación se refiere, señala nuevamente el jurista peruano, a la tutela del honor más no a la protección de la reserva o secreto de la vida privada. Se glosa, en esta parte, la contribución del jurista italiano Franco Ligi[35].

Fernández Sessarego resalta los alcances del artículo 10 del código civil italiano[36], en cuanto estipula la imposibilidad de exhibir o publicar la imagen de una persona en los casos en que no es permitida por ley y establece la posibilidad de cesar el abuso y de resarcir los daños y perjuicios ocasionados. La acción que puede plantearse comprende a los padres, al cónyuge y a los hijos del perjudicado.

Respecto al tratamiento de las personas colectivas no reconocidas, Fernández Sessarego en su trabajo pionero de 1964 destaca el aporte del codificador civil italiano de 1942, respecto al reconocimiento de la existencia de asociaciones que no han cumplido con la formalidad requerida para obtener personalidad jurídica, protegiendo a los terceros acreedores que contratan con la asociación de facto.

En efecto, el legislador italiano de 1942 ha establecido en su código civil que el ordenamiento interno y la administración de estas asociaciones carentes de personalidad jurídica se regulan por los acuerdos de los asociados y que ellas pueden estar en juicio en la persona que ejerce la presidencia o dirección de conformidad a los referidos acuerdos. Debe resaltarse también, como hace Francesco Galgano[37], que el acto constitutivo de la asociación es, como en todo fenómeno asociativo, un contrato, que tiene naturaleza consensual, cuya validez no se encuentra subordinada a la adopción de formas especiales.

Asimismo, Fernández Sessarego comentando el artículo 37 del *codice civile* de 1942, que establece que las aportaciones de los asociados y, en forma general, los bienes adquiridos constituyen un fondo común, cuya participación y división, señala, no puede requerirse mientras dure la asociación de facto. El referido fondo común respalda las obligaciones asumidas por quien ejerce su representación. Los representantes que hayan contratado a nombre de la asociación son solidariamente responsables de las obligaciones contraídas, como lo establece el artículo 38. Como señala Galgano[38], este artículo enuncia el doble principio por el cual los asociados responden de las obligaciones de la asociación solo en los límites del «fondo común».

---

35 F. Ligi, *Contributo allo studio comparato della personalità negli ordinamenti tedesco, americano, francese e italiano*, en *Annuario dir. comp.*, vol. XXXI, Roma, 1956, p. 137 y ss.

36 Código civil italiano de 1942:
Artículo 10: Cuando la imagen de una persona o de los padres, del cónyuge o de los hijos haya sido expuesta o publicada fuera de los casos en que la exposición o la publicación es permitida por la ley, o bien con perjuicio del decoro o de la reputación de dicha persona o de dichos parientes, la autoridad judicial, a petición del interesado, puede disponer que cese el abuso, quedando a salvo siempre el resarcimiento de los daños.

37 F. Galgano, *Delle Associazioni non riconosciute e dei comitati*, Art. 36-42, Comm. Scialoja-Branca, Bolonia, 1967, p. 140.

38 F. Galgano, Francesco, *Delle Associazioni non riconosciute e dei comitati*, Art. 36-42, p. 214.

Ya en 1964 Fernández Sessarego[39] propugnaba que era necesaria la regulación jurídica de las asociaciones no reconocidas en el Perú, tomando como pauta la legislación italiana, considerando también la experiencia peruana, especialmente a los sindicatos y las cooperativas.

Respecto al comité, Fernández Sessarego[40] trata la importancia del código civil de 1942 de Italia, especialmente los artículos 39 a 42, que regulan la actividad de los comités y estipula las obligaciones de los promotores y el destino de los fondos recolectados.

Así, resaltaba el jurista peruano que el artículo 40 del *codice civile* de 1942 establece que los organizadores y quienes asumen la gestión de los fondos recaudados son responsables personal y solidariamente de la conservación de los mismos y de su destino a la finalidad anunciada. Como apunta Francesco Galgano[41] esta regulación establece que si los organizadores se identifican con lo que han asumido, la iniciativa de una obra de interés colectivo y han establecido el programa, vale decir el plan, concierne a la conservación de los fondos, que la iniciativa de los promotores ha permitido acoger y al destino de la finalidad anunciada, que integra los extremos de la figura de los organizadores del comité.

El artículo 41 del *codice civile*, señala Fernández Sessarego[42], estatuye que los organizadores responden personal y solidariamente de las obligaciones asumidas a nombre del comité y resalta que el referido comité pueda estar en juicio en la persona de su presidente.

En el artículo 42 se dispone que la autoridad gubernativa determinará la adjudicación o destino de los fondos cuando, por ser insuficientes, no se ha cumplido con la finalidad propuesta o cuando efectuada ésta quedasen aún fondos disponibles, según anotaba el jurista peruano. Al respecto, Francesco Galgano[43] manifestó que en esta norma la relación se extingue, la autoridad gobernativa dispone la devolución de los fondos residuos, este los destinará a finalidades análogos por los cuales habían sido corregidos. La autoridad gobernativa no interviene, según la reserva final de este artículo, si la devolución de los bienes residuos que habían sido regulada al momento de la constitución. No debemos olvidar que en la visión del legislador de 1942, el comité tendencialmente tiene una duración temporal, correspondiente al periodo necesario para la recolección de los fondos en vista de su finalidad fijada[44].

---

39 C. Fernández Sessarego, *Consideraciones Sistemáticas Preliminares para la Revisión del Libro Primero del Código Civil Peruano*, p. 28.

40 C. Fernández Sessarego, *Consideraciones Sistemáticas Preliminares para la Revisión del Libro Primero del Código Civil Peruano*, p. 29.

41 F. Galgano, *Delle Associazioni non riconosciute e dei comitati*, Art. 36-42, p. 301.

42 C. Fernández Sessarego, *Consideraciones Sistemáticas Preliminares para la Revisión del Libro Primero del Código Civil Peruano*, p. 29.

43 F. Galgano, *Delle Associazioni non riconosciute e dei comitati*, Art. 36-42, p. 327.

44 L.Nivarra; V. Ricciuto, y C. Scognamiglio, *Istituzioni di Diritto privato*, décima edición, Turín, 2019, p. 103.

Acoge Fernández Sessarego el pensamiento de Francesco Messineo, respecto a una regulación de los entes colectivos no inscritos, por cuanto negar ello hubiera significado cerrar los ojos a la realidad jurídica[45].

3. Entre el código civil de Italia de 1942 y el peruano promulgado en 1984 se pueden evidenciar no solo coincidencias y diferencias de carácter sistemático sino también se presentan semejanzas y distingos en el tratamiento normativo de las instituciones propias del derecho de las personas. Este hecho es consecuencia de que el codificador de 1984, el Prof. Carlos Fernández Sessarego, al formular el proyecto del Libro de derecho de las personas, tuvo más en cuenta la doctrina y, en menor medida, la jurisprudencia italiana que el propio código civil de 1942, el mismo que en los años transcurridos desde su promulgación ha sido objeto de diversos comentarios y de abundante crítica[46]. Fue por ello más útil y provechoso el aporte del fecundo pensamiento de los juristas italianos que han recreado su cuerpo normativo. Todo el proceso de elaboración del libro primero del código civil peruano estuvo referido a la realidad social del país y a las valoraciones propias de la comunidad nacional vigentes en el momento histórico en que se redactó.

Existen algunas disimilitudes de orden sistemático entre los dos códigos civiles. El código civil peruano, siguiendo la tradición del código civil suizo, trata la temática de la persona y de la familia en libros separados, situación que lo distancia del código civil italiano que comprende ambas materias en un solo libro.

Al lado de la desemejanza señalada en el párrafo precedente cabe destacar que el código civil de 1984, a diferencia del italiano, incorpora lo atinente al domicilio, la desaparición, la ausencia y la muerte presunta antes de regular normativamente lo concerniente a las personas jurídicas, manteniendo de este modo una unidad sistemática en el tratamiento de la persona natural.

En lo que atañe siempre al aspecto sistemático no puede pasarse por alto el hecho que el código civil italiano refunde en un mismo capítulo la materia concerniente a las personas jurídicas y aquella atinente a las asociaciones y comités no reconocidos. El código civil peruano, en cambio, regula separadamente ambas situaciones por tratarse de diferentes sujetos de derecho.

Fernández Sessarego[47] observaba que es criticable un error sistemático que comete el código civil peruano al normar, fuera del Título referente a las personas jurídicas, y después de haberse regulado las organizaciones de personas no inscritas, la materia concerniente a las comunidades campesinas y nativas, las que, por disposición constitucional, son personas jurídicas.

---

45 F. Messineo, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, *Tomo II: Doctrinas Generales (§§ 7 a 48)*, traducción de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, 1954, p. 193.

46 C. Fernández Sessarego, *Estudio comparativo de algunos aspectos del derecho de las personas en los códigos civiles peruano e italiano*, en *Nuevas Tendencias en el derecho de las personas*, Lima, 1990, p.114.

47 C. Fernández Sessarego, *Estudio comparativo de algunos aspectos del derecho de las personas en los códigos civiles peruano e italiano*, cit., p.119.

4. Respecto a la protección que el ordenamiento jurídico brinda al concebido, es menester señalar que el código civil peruano, a diferencia de otras codificaciones, reconoce al concebido la calidad de sujeto de derecho, es decir, centro de referencia o imputación de todo aquello que le favorece. El artículo primero contiene también el enunciado de que la vida humana comienza con la concepción. Asimismo, se determina que los derechos no patrimoniales atribuidos al concebido no se encuentran bajo condición resolutoria, ya que se resuelven si el concebido nace muerto. Esta solución se distancia de aquella que, como la del código civil argentino de 1869 elaborado por Dalmacio Vélez Sarsfield[48] así como la del código civil y comercial vigente de 2015[49], otorga al concebido la calidad de persona, como de aquella otra que le niega personalidad o de las posiciones eclécticas que asimilan al concebido a la condición de persona para todo aquello que lo favorece, sujeto a condición suspensiva. Se reputa al concebido en esta última hipótesis como una «*persona*» que carece de personalidad, de capacidad de ser sujeto de derecho, una ficción[50]. Paradójicamente se trata al concebido como algo que es sin ser aún.

Cabe precisar que el código civil peruano, al adoptar una solución jurídica en torno al concebido, no limita su calidad de sujeto de derecho sólo para aquello que específicamente la ley le imputa, como es el caso del código civil de Italia[51], sino que adopta una fórmula genérica al no establecer dicha restricción. Por el contrario, al referirse en términos genéricos a todo «*todo cuanto le favorece*», trasciende el marco normativo. De este modo, se extiende en favor del concebido una amplia tutela al reconocer subjetividad a una realidad existencial que representa un tramo en el desarrollo del ser humano que, a partir del nacimiento, será jurídicamente persona. Esta solución se halla en concordancia con la constitución política peruana de 1993, aunque precisa sus alcances. La doctrina peruana[52] ha señalado que el código civil peruano de 1984 es uno de los primeros en el mundo que reconoce la condición de sujeto de derecho del concebido y le brinda ciertos derechos que puede ejercer mediante representación desde el inicio de su existencia.

---

48 Código civil y Comercial de la República Argentina de 1869.
Art.63.- Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno.

49 Código Civil y Comercial de Argentino de 2015.
Artículo 19. *Comienzo de la existencia*
La existencia de la persona humana comienza con la concepción.

50 C. Fernández Sessarego, *El concebido en el derecho contemporáneo*, en: *El derecho a imaginar el Derecho. Análisis, reflexiones y comentarios*, Lima, 2011, p.343.

51 Incluso hay autores en la experiencia jurídica italiana que conducen la tutela jurídica del concebido al antiguo derecho romano. Así se llega a expresar que el derecho romano defendió la vida humana desde su concepción, afirmándose también que los juristas romanos adoptaron, en referencia al concebido, una terminología muy concreta y simple como, por ejemplo, *qui in utero est, partus, ventur* y no meras abstracciones conceptuales, utilizadas modernamente por la doctrina y por los legisladores, como derecho subjetivo, sujeto de derecho, personalidad jurídica, capacidad jurídica, que se alejan de la *res humanae*: M.P. Baccari, Maria Pia, *La difesa del concepito nel diritto romano dai Digesta dell'imperatore Giustiniano*, Turín, 2006, pp.1-2.

52 V. Guevara Pezo, *Personas naturales*, Lima, 2004, p.91.

El codificador peruano de 1984 advirtió que un sector importante y tradicional de la doctrina jurídica italiana era contrario al otorgamiento de la subjetividad al concebido. No obstante que, pese a ello, el codificador del Perú siguió de cerca los más importantes avances de dicha doctrina, la misma que se enriqueció notablemente con ocasión del debate respecto a la ley n° 194 de 22 de mayo de 1978 sobre la tutela social de la maternidad y la interrupción voluntaria del embarazo.

Importantes para el legislador peruano fueron también las consideraciones de Cesare Massimo Bianca[53]. Así el profesor emérito de la Universidad de Roma «La Sapienza», señala que para el ordenamiento jurídico italiano la capacidad jurídica es una cualidad esencial que la persona física adquiere desde el momento mismo del nacimiento (artículo 1 del código civil italiano[54] de 1942) y que pierde solo al producirse el fallecimiento del sujeto. Asimismo, al concebido el ordenamiento italiano reconoce la posibilidad de ser titular de los derechos subordinados al evento del nacimiento. Su pensamiento perfila una concepción realista sobre la calidad jurídica del concebido.

Otro autor italiano importante para el derecho peruano es el profesor pisano Francesco Donato Busnelli. Así, en un conocido trabajo, Busnelli[55] declarará que el concebido es un sujeto jurídico, en el ordenamiento jurídico italiano, desde el momento de su formación, como lo establece también la Ley N° 40 del 19 de febrero de 2004, norma en materia de procreación medicamente asistida, que en su artículo 1 dispone que al fin de favorecer la solución de los problemas reproductivos derivados de la esterilidad o de la infertilidad humano es permitido la utilización de la procreación medicamente asistida, en las condiciones y según las modalidades previstas en esta ley, que asegure los derechos de todos los sujetos involucrados, incluido el concebido.

Como ha afirmado con razón Paolo Gallo[56], en el ordenamiento jurídico italiano, con esta ley, por vez primera se trata de los «*derechos del concebido*», en contraste con la tradición jurídica que siempre se siguió respecto a la capacidad jurídica y, por ende, a la idoneidad para ser centro de imputación de situaciones jurídicas subjetivas, con el evento del nacimiento (artículo 1 del código civil italiano).

---

53 C.M. Bianca, *Diritto civile: Tomo I: La norma giuridica – I soggetti*, segunda edición, Milán, p. 221.

54 Código Civil Italiano de 1942.
Artículo 1. Capacidad jurídica.
La capacidad jurídica se adquiere desde el momento del nacimiento.
Los derechos que la ley reconoce a favor del concebido se subordinan al evento de su nacimiento.

55 F.D. Busnelli, *L'inizio della vita umana*, en Riv. dir. civ.,I, Cedam, 2004, p.533 y ss.

56 P. Gallo, *Contratto e buona fede. Buona fede in senso oggettivo e trasformazioni del contratto*, Turín, 2009, p. 34.

No debe olvidarse, como ha señalado Gianni Ballarini[57], que el hecho que el concebido es ya un ser ontológicamente determinado, (y recordando una expresión de Francesco Carnelutti[58]) es un dato real y existente.

Por su parte, Giorgio Oppo[59], quien en un ensayo muy conocido, sostuvo que el concebido es una «*persona en formación*», un ser humano antes del parto.

Efectivamente, la calificación jurídica del concebido inspira, en el ordenamiento italiano, la afirmación de la tutela de la vida humana, considerándole sujeto con el objetivo de protegerlo[60].

El artículo 1 del código civil italiano parecería negar la subjetividad al concebido, al prescribir que los derechos que la ley le reconoce están subordinados al evento del nacimiento. El concebido, según dicho cuerpo normativo, no goza de tales derechos, ellos sólo se «*conservan*», sin titular designado, a la espera que por el hecho del nacimiento recién aparezca un sujeto de los mismos. No obstante, como anota Bianca, el que el concebido no adquiera de modo definitivo tales derechos no significa que, antes del nacimiento, el concebido esté privado de capacidad jurídica. De otro modo, recuerda el jurista de Roma, no se comprendería cómo es que el propio código establece que estos derechos sean efectivamente ejercitados por los representantes del concebido.

El concebido es realmente portador de intereses que deben hacerse valer antes del nacimiento, por lo que al ser merecedores de tutela y en correspondencia con ellos, el ordenamiento jurídico atribuye al concebido, según Bianca[61], una capacidad provisoria que se convierte en definitiva si es que el concebido nace con vida o, caso contrario, ella se resuelve, si tal evento no se produce.

Puede apreciarse, como lo hace notar el ponente del libro primero, Prof. Fernández Sessarego[62], una autorizada área de la doctrina italiana comparte, en alguna medida, la solución adoptada por el código civil peruano en cuanto al concebido, no obstante reconocer la existencia de posiciones doctrinarias divergentes y de la incoherente legislación vigente sobre el particular. En todo caso, el tratamiento que el código civil peruano otorga al concebido constituye una decidida toma de posición que guarda concordancia con una visión humanista del Derecho. La categoría de sujeto de derecho que otorga el código civil peruano de 1984 al concebido, no solo se condice con una visión humanista de lo jurídico sino también guarda consonancia con una concepción tridimensional de la experiencia jurídica.

---

57 G. Ballarini, *La capacità giuridica «statica» del concepito*, en *Dir. famiglia*, vol. XXXVI, Milán, 2007, p. 1467.

58 F. Carnelutti, *Logica e metafisica nello studio del diritto*, en Id., *Discorsi intorno al diritto*, III, Padua, 1961, p. 121 y ss.

59 G. Oppo, *L'inizio della vita umana*, en Riv. dir. civ, I, Padua, 1982, p.499 y ss.

60 G. Ballarini, *Nascituro (soggettività del)*, en *Enc. di Bioetica e Scienze Giuridica*, vol. IX, Nápoles, 2015 p. 140.

61 C.M. Bianca, *Diritto civile: Tomo I: La norma giuridica – I soggetti*, p. 222.

62 C. Fernández Sessarego, *Estudio comparativo de algunos aspectos del derecho de las personas en los códigos civiles peruano e italiano*, cit., p.123.

5. Sobre la regulación de las personas físicas o naturales se pueden encontrar semejanzas y diversidades entre el código civil italiano y el peruano de 1984.

Una primera nota característica es que el código civil del Perú hace un tratamiento más extenso de los derechos de la persona física, si se le compara con el italiano de 1942[63], incorporando el peruano un numeroso grupo de derechos de la persona no considerados por el italiano. Cabe recordar, como lo hace Francesco Donato Busnelli[64], que el «*derecho de las personas*» constituye una de las raras «*novedades*» ofrecidas por el código civil de 1942.

En términos generales se advierte que el código civil peruano trata más extensamente la materia e incorpora, dentro del texto normativo, un nutrido grupo de derechos de la persona no considerados en el código civil italiano. En este sentido cabe indicar que los artículos 4, 5, 6, 7, 8, 9, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17 y 18 no reconocen antecedentes en el código civil italiano.

El artículo 4[65] del código civil peruano se remarca que el varón y la mujer tienen igual capacidad de goce y de ejercicio de los derechos civiles.

Por su parte, el artículo 5[66] destaca los derechos esenciales a la vida, la libertad, el honor, la integridad psicosomática, estableciéndose su carácter de irrenunciables así como la imposibilidad de que su ejercicio pueda sufrir limitación voluntaria, salvo el caso referido a las excepciones previstas en el artículo 6 en lo que concierne a la genérica prohibición de disponer del propio cuerpo.

En lo referente a los actos de disposición del propio cuerpo, el artículo 6[67] del código civil peruano no sólo se limita, como lo hace el artículo 5[68] del código civil

---

63 C. Fernández Sessarego, *Estudio comparativo de algunos aspectos del derecho de las personas en los códigos civiles peruano e italiano*, cit., p.124.

64 F.D. Busnelli, *Il diritto delle persone*, en *I cinquant'anni del codice civile*, *volume primo: Relazioni*, Milán, 1993, p. 99.

65 Código civil peruano de 1984, aprobado por el Decreto Legislativo 295.
Artículo 4.- El varón y la mujer tienen igual capacidad de goce y de ejercicio de los derechos civiles.

66 Código civil peruano de 1984.
Artículo 5.- El derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor y demás inherentes a la persona humana son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión. Su ejercicio no puede sufrir limitación voluntaria, salvo lo dispuesto en el artículo 6.

67 Código civil peruano de 1984.
Artículo 6.- Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres. Empero, son válidos si su exigencia corresponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios.
Los actos de disposición o de utilización de órganos y tejidos de seres humanos son regulados por la ley de la materia.

68 Código civil italiano de 1942.
Artículo 5.- *Actos de disposición del propio cuerpo*.- Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física, o cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física, o cuando sean contrarios en otra forma a la ley, al orden público o a las buenas costumbres.

italiano, a prohibir los actos de disposición del propio cuerpo, sino que establece los casos de excepción a la regla. En este sentido, el artículo 6 del primero de dichos códigos admite la validez de tales actos si su exigencia corresponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios. El artículo siguiente prescribe, no obstante, que tales actos de disposición de órganos o tejido que no se regeneran no debe perjudicar gravemente la salud o reducir sensiblemente el tiempo de vida del donante, el mismo que debe prestar su consentimiento expreso y constar por escrito.

El código civil de 1984 trata, en términos generales, la materia referente a los trasplantes de órganos o tejidos tanto entre seres vivos como para después de la muerte, precisando los alcances de la revocación de los actos de disposición.

La minuciosa regulación de los trasplantes de órganos y tejidos, como lo apunta el propio código, está reservada a una ley especial, la cual es la Ley General de donación y trasplante de órganos y/o tejidos humanos del 16 de marzo de 2004 y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo Nº 014-2005-SA, vigente desde el 23 de mayo de 2005.

Por su parte, el artículo 7[69] del código civil del Perú se encuentra muy vinculado con el artículo 6 del mismo cuerpo normativo, en cuanto prescribe las limitaciones que deben respetarse en caso de donación de órganos, tejidos o partes del organismo humano, que no tenga la característica de la regeneración o que se produzca en consideración de motivos humanitarios, que no implique el sacrificio de la vida del donante, un grave perjuicio de su salud o la reducción de su tiempo de vida.

El artículo 8[70] del código civil peruano establece la facultad de la persona de disponer de su cuerpo para después de su fallecimiento, siempre que este acto responda a una finalidad altruista, desprovista de espíritu de lucro. Por ello, al ser tratado el cadáver como un objeto *sui generis* de significado especial, solo se permite ceder el cuerpo, después de la muerte, para fines de interés social o para la conservación o prolongación de la vida humana.

[69] Código civil del Perú de 1984.
Artículo 7.- La donación de partes del cuerpo o de órganos o tejidos que no se regeneran no debe perjudicar gravemente la salud o reducir sensiblemente el tiempo de vida del donante. Tal disposición está sujeta a consentimiento expreso y escrito del donante.

[70] Código civil del Perú de 1984.
Artículo 8.- Es válido el acto por el cual una persona dispone altruistamente de todo o parte de su cuerpo para que sea utilizado, después de su muerte, con fines de interés social o para la prolongación de la vida humana.
La disposición favorece sólo a la persona designada como beneficiaria o a instituciones científicas, docentes, hospitalarias o banco de órganos o tejidos, que no persigan fines de lucro.

En tanto el artículo 9[71] del código civil del Perú, que se encuentran en concordancia con los artículos 6,7 y 8 de este cuerpo, permite la revocabilidad de los actos de disposición del cuerpo, ya sea en vida del donante o para después de su muerte.

En el caso de la disposición en vida de parte del cuerpo del sujeto se considera que es posible la revocación del acto antes de que se encuentre en trance de consumación. Ello se debe por necesidad de preservar la vida tanto del donante como la del donatario y por tratarse de un acto de liberalidad.

El artículo 11[72] del código civil del Perú se inspira en el segundo párrafo del artículo 32[73] de la constitución italiana, el que prescribe que ninguna persona puede ser obligada a someterse a tratamiento sanitario o médico, salvo disposición de la ley, agregando que la norma no puede en caso alguno violar los límites impuestos por el respeto a la persona humana. Este artículo admite como válidas las estipulaciones por las que una persona se obliga a someterse a examen médico, sin que ello signifique renuncia a su derecho a la intimidad, en la hipótesis que la conservación de su salud o de su aptitud física o psíquica sea motivo determinante de una relación contractual. En esta eventualidad se encontrarían, entre otros, los deportistas sujetos a un régimen de dependencia de carácter laboral o los miembros de una institución militar o policial destinados a actividades en las que el estado psicofísico es fundamental para el cumplimiento de delicada misión. Es un artículo novedoso en comparación con el código civil italiano de 1942.

El artículo 12[74] del código civil peruano, que establece que no son exigibles los contratos que tengan por objeto la realización de actos excepcionalmente peligrosos para la vida o la integridad psicosomática, no reconoce antecedente en el código civil italiano, aunque está inspirado en la doctrina de Italia más autorizada.

---

71 Código civil del Perú de 1984.
Artículo 9.- Es revocable, antes de su consumación, el acto por el cual una persona dispone en vida de parte de su cuerpo, de conformidad con el artículo 6. Es también revocable el acto por el cual la persona dispone, para después de su muerte, de todo o parte de su cuerpo.
La revocación no da lugar al ejercicio de acción alguna.

72 Código civil del Perú de 1984.
Artículo 11.- Son válidas las estipulaciones por las que una persona se obliga a someterse a examen médico, siempre que la conservación de su salud o aptitud síquica o física sea motivo determinante de la relación contractual.

73 Constitución italiana de 1947.
Artículo 32.- La República protege la salud como derecho fundamental de la persona e interés básico de la colectividad y garantiza asistencia gratuita a los indigentes.
Nadie podrá ser obligado a someterse a un tratamiento médico, a menos que así lo establezca la Ley. La Ley no podrá en ningún caso violar los límites que impone el respeto a la persona humana.

74 Código civil del Perú de 1984.
Artículo 12.- No son exigibles los contratos que tengan por objeto la realización de actos excepcionalmente peligrosos para la vida o la integridad física de una persona, salvo que correspondan a su actividad habitual y se adopten las medidas de previsión y seguridad adecuadas a las circunstancias.

El artículo 13[75] del código civil peruano contempla los derechos que corresponden a los parientes del difunto en relación con el cadáver. En dicho numeral se establece que, a falta de declaración hecha en vida, dichos parientes están facultados a decidir sobre la necropsia, la incineración y la sepultura, sin perjuicio de las normas de orden público pertinentes[76].

Sobre el derecho a la intimidad, a la imagen y a la voz, el código civil italiano no consigna una norma como la del artículo 14[77] del código civil peruano que reconoce, entre los múltiples derechos que tutelan a la persona, aquel que se refiere a su intimidad personal y familiar en el más amplio sentido. El derecho a la privacidad o a la reserva está ampliamente tratado por la doctrina y ha sido materia de rica jurisprudencia en Italia. Esta norma del código civil peruano tuvo inspiración en los aportes de Adriano de Cupis[78], Stefano Rodotà[79], Pietro Rescigno[80], entre otros.

En lo concerniente al derecho sobre la imagen, el artículo 15[81] del código civil peruano se inspira tanto en la doctrina como en el artículo 10[82] del código civil italiano, aunque incorpora también el derecho a la voz. Cabe indicar que, atendiendo a la crítica efectuada por un parte de la doctrina jurídica italiana sobre el contenido

---

75 Código civil del Perú de 1984.
Artículo 13.- A falta de declaración hecha en vida, corresponde al cónyuge del difunto, a sus descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden, decidir sobre la necropsia, la incineración y la sepultura sin perjuicio de las normas de orden público pertinentes.

76 C. Fernández Sessarego *Derecho de las Personas. Análisis de cada artículo del Libro Primero del Código Civil Peruano de 1984*, décimo tercera edición actualizada y ampliada, Lima, 2016, p. 203 y ss.

77 Código civil del Perú de 1984.
Artículo 14.- La intimidad de la vida personal y familiar no puede ser puesta de manifiesto sin el asentimiento de la persona o si ésta ha muerto, sin el de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden.

78 A. De Cupis, *I diritti della personalità*, segunda edición revisada y actualizada, Milán, 1982, p. 283 y ss.

79 S. Rodotà, *La «privacy» tra individuo e collettività*, en *Il diritto privato nella società moderna*, Bolonia, 1971.

80 P. Rescigno, *Il diritto all'intimità della vita privata*, en *Studi in Onore di F. Santoro-Passarelli*, tomo IV, Nápoles, 1973.

81 Código civil del Perú de 1984.
Artículo 15.- La imagen y la voz de una persona no pueden ser aprovechadas sin autorización expresa de ella o, si ha muerto, sin el asentimiento de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden.
Dicho asentimiento no es necesario cuando la utilización de la imagen y la voz se justifique por la notoriedad de la persona, por el cargo que desempeñe, por hechos de importancia o interés público o por motivos de índole científica, didáctica o cultural y siempre que se relacione con hechos o ceremonias de interés general que se celebren en público. No rigen estas excepciones cuando la utilización de la imagen o la voz atente contra el honor, el decoro o la reputación de la persona a quien corresponden.

82 Código civil italiano de 1942.
Artículo 10.- *Abuso de la imagen ajena:* Cuando la imagen de una persona o de los padres, del cónyuge o de los hijos haya sido expuesta o publicada fuera de los casos en que la exposición o la publicación es permitida por la ley, o bien con perjuicio del decoro o de la reputación de dicha persona o de dichos parientes, la autoridad judicial, a petición del interesado, puede disponer que cese el abuso, quedando a salvo siempre el resarcimiento de los daños.

de dicho artículo y, especialmente, la formulada por Adriano de Cupis[83], se evitó en el código civil peruano cometer el error sistemático en que incurre dicho artículo, en cuanto confundir la tutela de la imagen con la del honor. La primera puede ser considerada dentro de los derechos a la intimidad, mientras que el segundo se refiere al sentimiento de la propia dignidad que experimenta la persona.

Respecto a la correspondencia, las comunicaciones y las grabaciones de la voz, el código civil del Perú dedica su artículo 16[84] a la tutela de la correspondencia epistolar, las comunicaciones de cualquier género o las grabaciones de la voz, cuando tengan carácter confidencial o se refieran a la intimidad personal o familiar. Esta protección no es acogida por el código civil italiano de 1942, no obstante que el tema es tratado genéricamente por el artículo 15[85] de la constitución de Italia de 1947, por la doctrina y la jurisprudencia. Es menester señalar que la constitución peruana de 1993 regula detenidamente la materia en el inciso 10 del artículo 2[86].

Sobre el nombre como derecho y deber, el código civil peruano, sin llegar a una detenida regulación de la materia, que habría sido impropia de dicho cuerpo legal, trata más extensamente que el *code civile* italiano el derecho-deber del nombre de la persona[87].

Debe señalarse la influencia de la doctrina y del código civil italiano en lo que se refiere a la tutela del seudónimo, la misma que no aparecía en el anterior código civil de 1936.

En cuanto al domicilio y la residencia, la solución adoptada por el código civil peruano en materia de domicilio es diversa de aquella del *code civile* italiano[88]. En el primero, la residencia es el hecho que origina, ser habitual, el concepto jurídico de

---

83 A. De Cupis, *I diritti della personalità*, segunda edición revisada y actualizada, Milán, 1982, p. 285 y ss.

84 Código civil del Perú de 1984.
Artículo 16.- La correspondencia epistolar, las comunicaciones de cualquier género o las grabaciones de la voz, cuando tengan carácter confidencial o se refieran a la intimidad de la vida personal y familiar, no pueden ser interceptadas o divulgadas sin el asentimiento del autor y, en su caso, del destinatario. La publicación de las memorias personales o familiares, en iguales circunstancias, requiere la autorización del autor.
Muertos el autor o el destinatario, según los casos, corresponde a los herederos el derecho de otorgar el respectivo asentimiento. Si no hubiese acuerdo entre los herederos, decidirá el juez.
La prohibición de la publicación póstuma hecha por el autor o el destinatario no puede extenderse más allá de cincuenta años a partir de su muerte.

85 Constitución italiana de 1947.
Artículo 15.- La libertad y el secreto de la correspondencia y de cualquier otra forma de comunicación son inviolables. La limitación de los mismos sólo podrá producirse por auto motivado de la autoridad judicial con las garantías establecidas por la Ley.

86 Constitución Política de Perú de 1993.
Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho:
10. Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados.

87 C. Fernández Sessarego, *Estudio comparativo de algunos aspectos del derecho de las personas en los códigos civiles peruano e italiano*, cit., p.128.

88 C. Fernández Sessarego, *Estudio comparativo de algunos aspectos del derecho de las personas en los códigos civiles peruano e italiano*, cit., p.128.

domicilio como lugar del espacio donde se encuentra la persona para el efecto de la imputación de derechos y deberes. En el código civil de Italia se distingue residencia de domicilio y, ambos, de morada.

Así, el domicilio -ubicado sistemáticamente después de las personas jurídicas y entes no personificados- es, según lo preceptúa el artículo 43[89] del código civil de Italia, el lugar en el cual la persona ha establecido la sede principal de sus negocios o intereses. En cambio, la residencia es el lugar en que la persona tiene su morada habitual.

Los códigos civiles peruano e italiano, con algunas diferencias, coinciden en señalar que el cambio de domicilio no puede oponerse a los terceros de buena fe -reducidos a acreedores en la terminología del primero de ellos- si no es debidamente comunicado, así como en la posibilidad de elegir domicilio especial para ciertos actos o negocios.

En lo que se refiere al domicilio debe señalarse que, a diferencia de lo que acontece con el código civil italiano, el peruano no indica el domicilio de la persona jurídica.

Sobre la desaparición, el artículo 47[90] del código civil peruano, que la caracteriza jurídicamente, se inspira en el artículo 48 del código civil italiano y, en larga medida, en el pensamiento de autores como Cesare Massimo Bianca, que plantea que la desaparición es un hecho que no requiere declaración judicial y que origina la designación de un curador, sin establecer plazo alguno para tal efecto. Para Bianca[91], la desaparición no origina como tal incerteza jurídica respecto a la existencia de la persona.

Con la modificación realizada por la Primera Disposición Modificatoria del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministe-

---

[89] Código civil italiano de 1942.
Artículo 43.-*Domicilio y residencia*: El domicilio de una persona está en el lugar en que ella ha establecido la sede principal de sus negocios e intereses.
La residencia está en el lugar en que la persona tiene su morada habitual.

[90] Código civil del Perú de 1984.
Artículo modificado por la Primera Disposición Modificatoria del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial Nº 010-93-JUS, publicada el 22 abril 1993. La misma que recoge las modificaciones hechas anteriormente a este artículo por la Primera Disposición Modificatoria del Decreto Legislativo Nº 768, publicado el 04 marzo 1992 y la del Artículo 5 del Decreto Ley N° 25940, publicado el 11 de diciembre de 1992:
Artículo 47.- Cuando una persona no se halla en el lugar de su domicilio y han transcurrido más de sesenta días sin noticias sobre su paradero, cualquier familiar hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad, excluyendo el más próximo al más remoto, pueden solicitar la designación de curador interino. También puede solicitarlo quien invoque legítimo interés en los negocios o asuntos del desaparecido, con citación de los familiares conocidos y del Ministerio Público. La solicitud se tramita como proceso no contencioso.
No procede la designación de curador si el desaparecido tiene representante o mandatario con facultades suficientes inscritas en el registro público

[91] C.M. Bianca, *Diritto civile: Tomo I: La norma giuridica – I soggetti*, p. 283.

rial Nº 010-93-JUS, establece el artículo el plazo de sesenta días para solicitar la designación del curador interino, a diferencia del artículo original que no lo fijaba.

Fernández Sessarego[92], expresando su postura crítica a esta modificación, señalaba que cuando una persona ha desaparecido de su domicilio y se ignore su paradero no se debe esperar tiempo alguno para solicitar la designación del curador interino, urgiendo su designación, lo que es necesario para no dejar en estado de abandono, por dos largos meses, tanto los intereses personales como los patrimoniales de la persona que ha desaparecido sin tenerse noticias de su paradero. Sesenta días se constituye en mucho tiempo para recién solicitar la referida designación, siendo tiempo suficiente para que personas no autorizadas puedan actuar en forma contraria a dichos intereses del desaparecido.

Es advertible la influencia que ejerció el código civil italiano en lo que concierne a la declaración judicial de ausencia y sus efectos. No obstante, existen algunas diferencias. La más evidente se refiere a que el código civil peruano no exige[93], contrariamente al *codice civile* italiano, la apertura de los actos de última voluntad para proceder a la dación temporal de la posesión de los bienes del ausente. La posesión se otorga, según el código civil peruano, a «*quienes serían sus herederos forzosos*» al tiempo de proceder a tal declaración.

Por otro lado, otra distinción que es necesario señalar que mientras el código civil italiano permite al cónyuge, ascendientes y descendientes, el goce de la totalidad de las rentas provenientes del patrimonio del ausente, el código civil peruano[94] obliga a aquéllos a reservar de los frutos, en cualquier caso, una parte igual al tercio de libre disposición del ausente.

---

92 C. Fernández Sessarego, *Derecho de las Personas. Análisis de cada artículo del Libro Primero del Código Civil peruano de 1984*, p. 317.

93 Código civil del Perú de 1984.
Artículo 50.- En la declaración judicial de ausencia se ordenará dar la posesión temporal de los bienes del ausente a quienes serían sus herederos forzosos al tiempo de dictarla.
Si no hubiere persona con esta calidad continuará, respecto a los bienes del ausente, la curatela establecida en el artículo 47.

94 Código civil del Perú de 1984.
Artículo 55.- Son derechos y obligaciones del administrador judicial de los bienes del ausente:
1.- Percibir los frutos.
2.- Pagar las deudas del ausente y atender los gastos correspondientes al patrimonio que administra.
3.- Reservar en cuenta bancaria, o con las seguridades que señale el juez, la cuota a que se refiere el artículo 51.
4.- Distribuir regularmente entre las personas que señala el artículo 50 los saldos disponibles, en proporción a sus eventuales derechos sucesorios.
5.- Ejercer la representación judicial del ausente con las facultades especiales y generales que la ley confiere, excepto las que importen actos de disposición.
6.- Ejercer cualquier otra atribución no prevista, si fuere conveniente al patrimonio bajo su administración, previa autorización judicial.
7.- Rendir cuenta de su administración en los casos señalados por la ley.

6. Sobre el tratamiento de la persona jurídica, aparte de las diferencias, y de la incorporación del comité en tal calidad, cabe precisar que dentro del código civil peruano de 1984 su tratamiento responde a una concepción tridimensional de la experiencia jurídica en la que se presentan, en forma dinámica, vida humana social, valores y normas jurídicas. La regulación normativa de la persona jurídica pretende expresar esta visión comprensiva del Derecho como experiencia, por lo que al afrontarse la temática de cada una de las personas jurídicas incorporadas al código civil peruano, se evidencia esta posición. Se advierte, como ha señalado el Prof. Fernández Sessarego[95], en cada una de las personas jurídicas, un nivel sociológico-existencial, que está dado por la organización de personas que constituyen su substrato, una dimensión valorativa a través de una finalidad valiosa comunitariamente propuesta y un elemento normativo que permite reducir la pluralidad existencial a un centro ideal unitario para los efectos de la imputación de derechos y deberes y, por ende, la relativa limitación de la responsabilidad patrimonial de sus miembros.

De acuerdo al planteamiento tridimensionalista peruano de la persona jurídica[96], elaborada por Carlos Fernández Sessarego, no se puede considerar una persona jurídica cualquiera que prescinda de algunos de los citados elementos para configurarse como tal. La ausencia del dato formal normativo es, precisamente, aquel que caracteriza a aquellas organizaciones de personas que, persiguiendo fines valiosos y actuando como si fueran personas jurídicas, están privadas de esta connotación. Su falta de inscripción en un determinado registro o su no reconocimiento gubernamental, impide que en su caso se produzca la reducción ideal de la pluralidad, que significa la organización de personas, a un centro unitario normativo para la imputación de situaciones jurídicas.

No obstante la carencia de un centro unitario normativo referencial, el derecho moderno regula normativamente la experiencia sociológico-existencial de estas organizaciones de personas, sin que tal normación conlleve un proceso de abstracción. En todo caso, se advierte que pasado el fervor por la persona jurídica dentro del derecho actual, se ha vuelto la mirada a las antiguas «*collegias*» del pasado[97]. Es decir, se retoma normativamente una realidad social que perdura a través de la historia y que fuera ignorada por el nivel normativo a raíz del explicable entusiasmo que suscitó la aparición de la persona jurídica como «*creación*» de la ciencia jurídica.

---

95 C. Fernández Sessarego, *Derecho de las Personas. Análisis de cada artículo del Libro Primero del Código Civil peruano de 1984*, p. 360.

96 C. Fernández Sessarego, *Naturaleza de la persona jurídica*, en *El derecho a imaginar el Derecho. Análisis, reflexiones y comentarios*, p. 493 y ss.

97 En tal sentido, no faltaba razón al más eminente estudioso italiano de las personas jurídicas antes de la promulgación del código civil de 1942, el profesor de la Universidad de Pisa, Francesco Ferrara, cuando afirmaba que la moderna teoría de las personas jurídicas es producto de la cooperación de tres factores: el *derecho romano*, el *derecho germánico* y el *derecho canónico*, que se mezclaron en la época medieval, y del producto de estos planteamientos surgió la nueva concepción de la persona jurídica: F. Francesco, *Teoria delle persone giuridiche*, Nápoles, 1915, p. 21.

Una nota distintiva necesaria de mencionarse entre los códigos civiles peruano e italiano, tratándose de la persona jurídica, es que el peruano[98], con sentido didáctico, propugna la definición de cada una de las personas jurídicas que regula. En estas definiciones se evidencia la visión tridimensional de la experiencia jurídica de Fernández Sessarego aplicada a las personas jurídicas o colectivas.

En el tratamiento normativo de la persona jurídica del Perú se evidencia el valioso aporte de la doctrina italiana. Son numerosos los autores que han contribuido a sustentar diversos enfoques plasmados en la normatividad atinente a la persona jurídica en el código civil peruano. Entre el pensamiento de los juristas italianos que más han influido en el tratamiento de la persona jurídica en el código civil de Perú se encuentran Francesco Galgano[99], Cesare Massimo Bianca[100], Riccardo Orestano[101], Vittorio Frosini[102], Pierangelo Catalano[103].

En cuanto a las diversas personas jurídicas, tratemos, en primer lugar, respecto a la asociación.

Comparando el código civil peruano con el *code civile* italiano, el primero brinda un tratamiento más prolijo y detallado, existiendo diversas disposiciones coincidentes entre ambos códigos, aunque también discrepancias. Entre éstas últimas se encuentra aquella que admite, en la legislación italiana, una mayor injerencia de la autoridad gubernativa en la actividad de la asociación, como rezago, como anotaba el Prof. Fernández Sessarego[104], de un antiguo recelo del Estado frente a las sociedades intermedias.

Otro rasgo es el que concierne a la renuncia de los asociados, asunto en el cual el código civil peruano, diferenciándose del italiano, no exige sino que ella conste por escrito, eliminándose todo plazo u otra condición.

Respecto a la fundación, esta es tratada, como nos lo enseñaba el Maestro Fernández Sessarego[105], sistemáticamente mejor en el código civil del Perú, aprovechando el aporte de la experiencia, de la doctrina italiana y de la legislación comparada.

---

98 C. Fernández Sessarego, *Estudio comparativo de algunos aspectos del derecho de las personas en los códigos civiles peruano e italiano*, cit., p.134.

99 F. Galgano, *Delle persone giuridiche*, art. 11-35, Comm. Scialoja-Branca, Bolonia, 1969. También, del mismo autor, *Delle Associazioni non riconosciute e dei comitati*, art. 36-42, Comm. Scialoja-Branca, Bolonia, Bolonia, 1967.

100 C.M. Bianca, *Diritto Civile*, 1: *La norma giuridica-I soggetti*, segunda edición, Milán, 2002.

101 R. Orestano, *Il «problema delle persone giuridiche» in diritto romano*, Turín, 1968.

102 V. Frosini, *Il soggetto del diritto come situazione giuridica*, en *Riv. dir. civ.*, vol. 15, Padua, 1969.

103 P. Catalano, *Diritto e Persone I*, primera reimpresión, Turín, 1996, pp. 163-188.

104 C. Fernández Sessarego, *Estudio comparativo de algunos aspectos del derecho de las personas en los códigos civiles peruano e italiano*, cit., p.135.

105 C. Fernández Sessarego, *Estudio comparativo de algunos aspectos del derecho de las personas en los códigos civiles peruano e italiano*, cit., p.136.

El ponente del Libro Primero del código civil peruano[106] expuso que si bien realizo diversas propuestas, inspiradas en el código civil de Italia, respecto al tratamiento de la fundación, estas no fueron recogidas en el texto definitivo del código del Perú de 1984.

Cabe precisar que el tratamiento jurídico en el código civil peruano de la fundación se basa en la teoría tridimensional del Derecho creada por el profesor peruano Carlos Fernández Sessarego[107], ponente del libro primero de derecho de las personas, desterrando la concepción tradicional que consideraba a la fundación como un patrimonio afectado a un fin sino la reputa como una organización de personas que administra tal patrimonio, según la voluntad del fundador, para aplicarlo a una finalidad valiosa de interés social. El artículo 99[108] del código civil del Perú recoge la concepción tridimensional de la experiencia jurídica.

El codificador peruano, a fin de sustentar el tratamiento jurídico de la persona jurídica o colectiva y de la fundación especialmente, se apoyó en los planteamientos y aportes de la doctrina jurídica italiana, particularmente de los juristas Cesare Massimo Bianca, Francesco Galgano, Pietro Rescigno, Pierangelo Catalano, Riccardo Orestano, entre otros autores.

Asimismo, la doctrina de Italia fue también de gran importancia para sustentar la posición del ponente del Libro Primero del Código Civil Peruano, Prof. Carlos Fernández Sessarego[109], en el sentido de que la finalidad de la fundación debía tener una connotación social. Fueron decisivas para el codificador peruano las concepciones de Cesare Massimo Bianca, Francesco Galgano y Pietro Rescigno, que coadyuvaron a sostener que, aun en el supuesto caso de que el ordenamiento jurídico admitiese las fundaciones familiares, era siempre necesaria la presencia de un interés social. Como apuntaba bien el recordado profesor de la Universidad de Bolonia, Francesco Galgano[110], la fundación en el derecho italiano, al igual que la asociación, se coloca dentro de las «*formaciones sociales*», establecidas en el artículo 2 de la constitución italiana, es decir, organizaciones colectivas a través de las cuales los sujetos persiguen finalidades supraindividuales.

Una de las más evidentes omisiones del código civil del Perú es aquella que se relaciona con la revocación del acto constitutivo de la fundación. El Prof. Fernández

[106] C. Fernández Sessarego, *Estudio comparativo de algunos aspectos del derecho de las personas en los códigos civiles peruano e italiano*, cit., p.136.

[107] C. Fernández Sessarego, *Derecho de las Personas. Análisis de cada artículo del Libro Primero del Código Civil peruano de* 1984, p. 436 y ss.

[108] Código civil del Perú de 1984.
Artículo 99.- La fundación es una organización no lucrativa instituida mediante la afectación de uno o más bienes para la realización de objetivos de carácter religioso, asistencial, cultural u otros de interés social.

[109] C. Fernández Sessarego, *Estudio comparativo de algunos aspectos del derecho de las personas en los códigos civiles peruano e italiano*, cit., p.137.

[110] F. Galgano, *Le associazioni. Le fondazioni. I comitati*, Padua, 1987, p.353.

Sessarego propugnaba[111], como lo planteo en la comisión redactora del código civil peruano, que como lo indica el artículo 15[112] del código civil italiano, la revocación no cabe en el caso de que el fundador haya decidido iniciar las actividades propias de la fundación aun antes de su inscripción en el registro respectivo.

Como señalaba el Prof. Fernández Sessarego[113], la Comisión Revisora del código civil del Perú no admitió algunas propuestas que, inspiradas en el código civil italiano, propendían a favorecer la continuidad operativa de las fundaciones o su consolidación, en favor del interés social que ellas conllevan, de conformidad con lo dispuesto por la ley y definido por el fundador en el acto constitutivo, así como la posibilidad de unificar o fusionar las fundaciones y la transformar sus finalidades en precisos casos, inspirado en lo prescrito en los artículos 26[114] y 28[115] del *codice civile*.

Sobre el comité, el código civil del Perú establece su regulación normativa como persona jurídica o colectiva mediante su inscripción en el registro respectivo[116].

En efecto, las normas que lo regulan se aproximan en algunos casos a aquellas que rigen la asociación y, en otros, a las que norman la fundación. El código peruano tomó fundamentalmente el aporte de Francesco Galgano, especialmente los contenidos en su recordada obra *Delle Associazioni non riconosciute e dei comitati*[117], donde señala que el comité, en ciertos aspectos, es análogo a la asociación y, en otros, es similar a la fundación. El pensamiento jurídico de Galgano, junto al de

---

111 C. Fernández Sessarego, *Estudio comparativo de algunos aspectos del derecho de las personas en los códigos civiles peruano e italiano*, cit., p.137.

112 Código civil italiano de 1942.
Artículo 15.- *Revocación del acto constitutivo de la fundación*: El acto de fundación puede ser revocado por el fundador mientras no se haya producido el reconocimiento, o mientras el fundador no haya hecho iniciar la actividad de la obra dispuesta por él.
La facultad de revocación no se transmite a los herederos.

113 C. Fernández Sessarego, *Estudio comparativo de algunos aspectos del derecho de las personas en los códigos civiles peruano e italiano*, cit., p.137.

114 Código civil italiano de 1942.
Artículo 26.- *Coordinación de actividades y unificación de administración*: La autoridad gubernativa puede disponer la coordinación de las actividades de varias fundaciones o bien la unificación de su administración, respetando, en cuanto sea posible, la voluntad del fundador.

115 Código civil italiano de 1942.
Artículo 28.-*Transformación de las fundaciones*: Cuando la finalidad se ha agotado o se ha hecho imposible o es de escasa utilidad, o el patrimonio ha llegado a ser insuficiente, la autoridad gubernativa, en lugar de declarar extinguida la fundación, puede proveer a su transformación, apartándose lo menos posible de la voluntad del fundador.
La transformación no se admite cuando los hechos que darían lugar a ella son considerados en el acto de fundación como causa de extinción de la persona jurídica y de devolución de los bienes a terceras personas.
Las disposiciones del primer apartado de este artículo y del artículo 26 no se aplican a las fundaciones destinadas a beneficio solamente de una o varias familias determinadas.

116 C. Fernández Sessarego, *Estudio comparativo de algunos aspectos del derecho de las personas en los códigos civiles peruano e italiano*, cit., p.138.

117 F. Galgano, *Delle Associazioni non riconosciute e dei comitati*, Art. 36-42, Comm. Scialoja-Branca, Bolonia, 1967.

Cesare Massimo Bianca[118], fueron los fundamentos jurídicos doctrinarios italianos para el tratamiento del comité en el código civil del Perú.

Cabe precisar que el *code civile* de Italia no reconoce al comité la calidad de persona jurídica y lo regula solamente en cuanto organización de personas no reconocidas. Como observaba Fernández Sessarego[119], no resulta coherente la disposición contenida en el artículo 41[120] del código civil italiano, en cuanto abre teóricamente la posibilidad de que el comité obtenga la categoría de persona jurídica, sin que simultáneamente no lo regule en tanto tal. Esta regla ha suscitado numerosas perplejidades y críticas. Siguiendo el pensamiento de Francesco Galgano, suponen que la obtención de tal anunciada personalidad jurídica convertiría al comité, de obtenerla, en fundación. El codificador del libro de derecho de las personas del código civil del Perú[121] no compartió este planteamiento, debido a la diferente naturaleza, estructura y finalidad de ambas personas jurídicas o colectivas.

7. Siguiendo el camino del código civil italiano, el código civil peruano regula las organizaciones de personas que, actuando como si fueran personas jurídicas, carecen de esta categoría formal por no haberse constituido como tales mediante su correspondiente inscripción en el respectivo registro[122]. En efecto, no se produce en su caso la reducción formal a la unidad de una plural organización de personas para el efecto de actuar como centro referencial normativo de imputación de derechos y deberes. En términos generales, las normas que regulan la asociación y el comité son similares a las disposiciones contenidas en el código civil italiano, de que encuentran inspiración.

Fue Francesco Messineo[123], dentro de la doctrina italiana, uno de los juristas que se ocupó sobre la materia, designándolo como «*entes no personificados*». Para el derecho civil peruano, como lo ha expresado el Prof. Fernández Sessarego[124], fueron importantes, para la regulación jurídica de este tipo de sujeto de derecho, los aportes de Cesare Massimo Bianca y Francesco Galgano.

---

118 C.M. Bianca, *Diritto Civile*, 1: *La norma giuridica-I soggetti*, p. 401 y ss.

119 C. Fernández Sessarego, *Estudio comparativo de algunos aspectos del derecho de las personas en los códigos civiles peruano e italiano*, cit., p. 139.

120 Código civil italiano de 1942.
Artículo 41.- *Responsabilidad de los componentes. Representación en juicio*: Cuando el comité no haya obtenido la personalidad jurídica, sus componentes responden personal y solidariamente de las obligaciones asumidas.
Los suscritores están obligados solamente a efectuar las oblaciones prometidas.
El comité puede estar en juicio en la persona del presidente.

121 C. Fernández Sessarego, *Estudio comparativo de algunos aspectos del derecho de las personas en los códigos civiles peruano e italiano*, cit., p. 138.

122 C. Fernández Sessarego, *Estudio comparativo de algunos aspectos del derecho de las personas en los códigos civiles peruano e italiano*, cit., p. 139.

123 F. Messineo, *Per l'individuazione del sogetto colletivo non personificato*, en *Arch. Giur.*, I, 1952, p. 3 y ss.

124 C. Fernández Sessarego, *Estudio comparativo de algunos aspectos del derecho de las personas en los códigos civiles peruano e italiano*, cit., p. 139.

Incorpora el código civil del Perú a las fundaciones entre las organizaciones de personas no inscritas. Como apunta el ponente del Libro Primero del libro de derecho de las personas del código civil del Perú[125], no se encontró antecedente legal, excepto la elaboración teórica sobre las fundaciones fiduciarias y lo tratado por el derecho canónico. En esto, la postura de los juristas italianos Domenico Rubino[126] y Francesco Galgano[127] sobre la posibilidad de existencia de una fundación no reconocida influyó en el código civil peruano. Este sector de la doctrina italiana fundamentó la creación de la figura dentro del código civil del Perú[128].

Evidentemente, son muy diversos las materias en que el código civil peruano se aproxima al *code civile* italiano, pero son mayores los casos en que la creatividad normativa del primero se sustenta en la doctrina y la jurisprudencia italianas. No obstante, no son escasas las situaciones en que ambos textos difieren y se distancian, como se ha hecho notar en el presente ensayo.

[125] C. Fernández Sessarego, *Estudio comparativo de algunos aspectos del derecho de las personas en los códigos civiles peruano e italiano*, cit., p. 139.

[126] D. Rubino, *Las asociaciones no reconocidas*, Argentina, 2018, p.108 y ss.

[127] F. Galgano, Francesco, *Delle Associazioni non riconosciute e dei comitati*, art. 36-42, Comm. Scialoja-Branca, Bolonia, 1967, p. 108 y ss.

[128] C. Fernández Sessarego, *Estudio comparativo de algunos aspectos del derecho de las personas en los códigos civiles peruano e italiano*, cit., p. 140.

Fine vita e consenso informato

di Ettore Battelli*

Abstract. Since the "Disposizioni Anticipate di Testamento" (c.d. DAT) – will's early provisions – are considered as one of the most relevant expression of contractual freedom, "health care" should be balanced with "personal freedom of persons", especially in respect of the psychophysical integrity. Hence, the informed consent represents the heart of the legal framework provided by L. n. 219/2017, as a primary expression of private autonomy and as bulwark of freedom of persons.
The informed consent matter is strictly connected to the relation between doctor and patient, since each medical treatment needs patients informed and preliminary consents. Therefore, the informed consent creates a link between freedom of self-determination of the patient and professional autonomy of the doctor.
The consent has to be preceded by a preliminary exhaustive information and has to be free, evident, personal and to be explicitly e specifically from the patient.
To this end, it may be useful to underline that the informed consent function is to ensure the medical treatment may be human, empathetic and personal, since usually based on an asymmetric relation and nowadays affected by the technologization process of medicine.
Even though a paternalistic approach should not be adopted, it may be endorsed the role of law in saving people from risks, such as red tape of medical treatment or therapeutic abandonment.
It may be criticised the exclusion of these provisions' implementation in case of children protection and in case of people with mental capacity but devoid of the legal one.
Notwithstanding the changeability of the informed consent by patient (ex art.1, co. 5, l. 219/2017), the legal framework grants to each individual the right to refuse therapeutic examinations and treatments and the right to withdraw the consent at any time, even if it should interrupt a medical treatment needed to the patient's survival, yet always in accordance with mandatory rules and with the medical code of conduct.
From this perspective, freedom of self-determination and health care are not contrasting concepts, but they may be intended as complementary.

SOMMARIO: 1. Il «consenso informato»: dall'elaborazione giurisprudenziale alla legge 22 dicembre 2017, n. 219. – 2. Dal consenso informato alle D.A.T. – 3. Natura, condizioni di validità e caratteristiche del consenso. – 4. La capacità richiesta per la validità delle D.A.T.: critica. – 5. Forma, rifiuto e revoca del consenso. La pianificazione condivisa delle cure. – 6. Dal modello paternalistico a quello personalistico: tra autodeterminazione e tutela della salute negli scenari di fine vita. – 7. Possibili effetti collaterali dell'uso spasmodico del consenso: la disumanizzazione della medicina. – 8. Conclusioni.

* Professore Associato di Diritto Privato, Dipartimento di Giurisprudenza – Università Roma TRE.

1. Nell'ordinamento giuridico italiano si è progressivamente consolidato un profondo ripensamento del rapporto medico-paziente, nel quale quest'ultimo è venuto acquisendo una posizione sempre più centrale[1].

Non può non avvertirsi come il tema – soprattutto quando si intreccia con le questioni di fine vita – risulti denso di notevoli implicazioni etiche, religiose e filosofiche, atte a condizionare i termini del discorso[2].

In virtù del processo di depatrimonializzazione[3] e sulla base di un'interpretazione ontologica e assiologica della persona umana, la "tutela della salute" deve essere bilanciata con la "libertà personale dell'individuo", con la sua capacità di autodeterminarsi in merito alla salvaguardia della propria integrità fisica e psichica[4].

Tale bilanciamento avviene proprio attraverso il consenso informato che, secondo il Giudice delle Leggi, assume appunto la «funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello dell'autodeterminazione e quello della salute»[5].

D'altra parte, anche per la Suprema Corte di Cassazione il consenso informato costituisce «legittimazione e fondamento» dell'intervento del medico, da reputarsi

---

1 Per un *excursus* storico e comparatistico sull'evoluzione del ruolo del paziente nella relazione terapeutica si veda Mi. Graziadei, *Il consenso informato e i suoi limiti*, in Lenti, Fabris, Zatti (a cura di), *I diritti in medicina*, in Rodotà, Zatti (diretto da), *Trattato di Biodiritto*, Milano, 2010, 191 ss. e più di recente Graziadei, *Dal consenso alla consensualità nella relazione di cura*, in *Resp. Medica*, 2019, 39 ss.

2 «La difficoltà del giurista nasce dalla consapevolezza che in questa materia qualsiasi scelta tecnica è governata a monte da una precisa scelta etica»: Mi. Bianca, *Prefazione* a Ead. (a cura di), *Le decisioni di fine vita*, Milano, 2011, VIII. A questo proposito può rimandarsi anche a Em. Giacobbe, *"Sul miserabile ruolo del diritto… non altre. Non oltre". Ovvero itinerari della giurisprudenza normativa*, in *Dir. fam. pers.*, 2013, 120 ss.

3 Sul quale cfr. Lasso, *Centralità della questione etica e rilevanza dell'interesse non patrimoniale nella regolamentazione del mercato*, in Martinez Sicluna y Sepulveda (a cura di), *L'etica nel mercato*, Assago, 2011, 115 ss.

4 Corte Cost., 22.10.1990, n. 471, in *Foro it.*, 1991, I, 14 ss., con nota di Romboli, *I limiti alla libertà di disporre del proprio corpo nel suo aspetto "attivo" ed in quello "passivo"*, ha riconosciuto espressamente che la libertà di cui all'articolo 13 Cost. comprende anche la libertà di ciascuno di disporre del proprio corpo. Essa ha creato una stretta connessione, così, tra il diritto alla salute e quello alla libertà d'autodeterminazione: l'articolo 13 Cost. appronta una tutela che è centrale nel disegno costituzionale, avendo ad oggetto un diritto inviolabile rientrante tra i valori supremi, indefettibile nucleo essenziale dell'individuo, non diversamente dal contiguo e strettamente connesso diritto alla vita ed all'integrità fisica, con il quale concorre a costituire la matrice prima di ogni altro diritto costituzionalmente protetto della persona. Cfr. Morace Pinelli, *Libertà di curarsi e rilevanza delle decisioni di fine vita*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 697 ss.

5 Così Corte Cost., 23.12.2008, n. 438, in *Giur. cost.*, 2008, 4945 ss., con nota di Balduzzi, Paris, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, ove si riconosce espressamente al consenso informato la «funzione sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute» e si precisa che «se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, secondo comma, della Costituzione».

altrimenti illecito ancorché eseguito nell'astratto (o forse peggio "presunto") interesse del paziente[6].

L'evoluzione giurisprudenziale[7] non ha, però, potuto pienamente supplire all'assenza di una disciplina organica del consenso informato[8], del rifiuto e della rinuncia

[6] Cass. pen., SS.UU., 18.12.2008-21.01.2009, n. 2437, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 5, con nota di Tordini Cagli, *Profili penali del trattamento medico-chirurgico in assenza di consenso*; Cass. civ., III, 14.3.2006, n. 5444, in *Corr. giur.*, 2006, 1243 ss., con nota di Meani, *Sul danno risarcibile in caso di mancato consenso all'intervento eseguito correttamente*.

[7] Sulla quale v. anche Casonato, *Consenso e rifiuto delle cure in una recente sentenza della Cassazione*, in *Quad. cost.*, 2008, 545 ss.

[8] Sul tema del consenso informato la letteratura giuridica è vastissima. Per limitarsi ai contributi dottrinali ritenuti in questa sede più significativi, si vedano: Graziadei, *Dal consenso alla consensualità nella relazione di cura*, cit.; Foglia, *Consenso e cura. La solidarietà nel rapporto terapeutico*, Torino, 2018; Calderai, *Consenso informato*, in *Enc. dir.*, Annali, VIII, Milano, 2015, 25 ss.; Farace, L*a forma del consenso ai trattamenti sanitari*, in *Foro it.*, 2015, I, 3665 ss.; Omodei Salé, *La responsabilità civile del medico per trattamento sanitario arbitrario*, in *Jus Civile*, 2015, 798 ss.; Pellegrino, *Il consenso informato all'attività del medico. Fondamenti, struttura e responsabilità*, Frosinone, 2015; Borretta, *Responsabilità medica da omesso o insufficiente consenso informato e onere della prova*, in *Resp. civ.*, 2014, 897 ss.; Salerno, *Consenso informato in medicina e qualità soggettive del paziente*, in *Giur. it.*, 2014, 277; Vimercati, *Consenso informato e incapacità. Gli strumenti di attuazione del diritto costituzionale all'autodeterminazione terapeutica*, Milano, 2014; Casciaro, Santese, *Il consenso informato*, Milano, 2012; Ferrando, *Diritto alla salute e autodeterminazione tra diritto europeo e Costituzione*, in *Pol. dir.*, 2012, 3 ss.; Franzoni, *Dal consenso all'esercizio dell'attività medica all'autodeterminazione del paziente*, in *Resp. civ.*, 2012, 85 ss.; Pellegrino, *Consenso informato e distorsioni cognitive*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, 637 ss.; Rossi, *Consenso informato*, in *Dig. disc. priv. – sez. civ.*, Aggiornamento VIII, Torino, 2012, 177 ss.; Callipari, *Il consenso informato nel contratto di assistenza sanitaria*, Milano, 2012; Graziadei, *Il consenso informato e i suoi limiti*, cit.; Piccialli, *Il "consenso informato" e la responsabilità del medico*, in *Corr. mer.*, 2009, 303 ss.; Viganò, *Limiti e prospettive del consenso informato*, Milano, 2008; Eusebi, *Criteriologie dell'intervento medico e consenso*, in *Riv. it. med. leg.*, 2008, 1227 ss.; Cacace, *Consenso informato: novità sul fronte giurisprudenziale – Rappresentazione in tre atti*, in *Danno e resp.*, 2008, 889 ss.; Montanari Vergallo, *Il rapporto medico-paziente. Consenso e informazione tra libertà e responsabilità*, Milano, 2008; De Matteis, *Responsabilità e servizi sanitari – Modelli e funzioni*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, Padova, 2007, 330 ss.; Turillazzi, Guerra, Consenso informato: l'obbligo risarcitorio, in *Riv. it. med. leg.*, 2007, 865 ss.; Facci, *Il dovere di informazione del sanitario*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, II, 558 ss.; Id., *Il dovere di informazione del sanitario* (parte seconda), *ibid.*, 617 ss.; Id., *Il consenso informato all'atto medico: esercizio di un diritto costituzionalmente garantito per il paziente o una "trappola" per il sanitario?*, in *Resp. civ.*, 2006, 486 ss.; Toscano, *Informazione, consenso e responsabilità sanitaria*, Milano, 2006; Dassano, *Il consenso informato al trattamento terapeutico tra valori costituzionali, tipicità del fatto di reato e limiti scriminanti*, in *Studi in onore di Marcello Gallo. Scritti degli allievi*, Torino, 2004, 1 ss.; Donati, *Consenso informato e responsabilità da prestazione medica*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, 1 ss.; Zatti, *Il diritto a scegliere la propria salute (in margine al caso S. Raffaele)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, 1 ss.; Ferrando, *Consenso informato del paziente e responsabilità del medico, principi, problemi e linee di tendenza*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 37 ss.; Castronovo, *Profili della responsabilità medica*, in *Vita not.*, 1997, 1222 ss.; Santosuosso (a cura di), *Il consenso informato. Tra giustificazione per il medico e diritto del paziente*, Milano, 1996.

al proseguimento di trattamenti sanitari[9] [10], che è stata a lungo fortemente reclamata[11].

Questo vuoto normativo è stato infine colmato con la legge n. 219 del 22 dicembre 2017, recante «norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento»[12], la quale si propone di offrire un quadro coerente e completo dell'intera relazione di cura[13]: dai suoi fondamenti al consenso informato, dal rifiuto di cure all'interruzione dei trattamenti, per concludere con le "Disposizioni Anticipate di Trattamento" (c.d. D.A.T.) [14].

Queste ultime interessano peraltro precipuamente il civilista, costituendo la manifestazione forse più importante dell'autonomia negoziale a contenuto non patrimoniale[15].

---

9 Come ricorda puntualmente L. Bozzi, *La legge sulle disposizioni anticipate di trattamento tra esigenze di bilanciamento e rischi di assolutizzazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 1351 ss., tuttavia: «Già prima della l. n. 219/2017 l'inconfigurabilità di un obbligo generale di curarsi – la cui coercibilità, peraltro, sarebbe comunque esclusa, se non nei limiti e con le garanzie previste dall'art. 32, comma 2º, Cost. –, rendeva infatti l'attivazione delle cure possibile solo con il consenso libero e informato del paziente (…). La novità riguarda, al più, l'interruzione delle cure stesse, che la norma espressamente prevede».

10 In tema si veda Nicolussi, *Testamento biologico e problemi del fine vita: verso un bilanciamento di valori o un nuovo dogma della volontà?*, in *Eur. e dir. priv.*, 2013, 457 ss., Critica in particolare la posizione di Castronovo, *Autodeterminazione e diritto privato*, in *Eur. e dir. priv.*, 2010, 1037 ss., il quale evidenzia come non possa ipotizzarsi «una differenza tra il rifiuto originario dell'intervento terapeutico, che il paziente nell'esercizio della sua libertà potrebbe efficacemente manifestare, e una rinuncia al trattamento già iniziato che sarebbe interdetta al paziente. Affermare questo significa caricare il c.d. consenso di un effetto che esso non è in grado di possedere, come se esso avesse creato un qualche vincolo rilevante, dal quale il paziente non potrebbe sciogliersi più, quasi avendo consumato il potere di autodeterminazione che con il consenso ha esercitato».

11 *Ex multis*, Baldini, *L. n. 219/2017 e Disposizioni anticipate di trattamento (DAT)*, in *Fam. dir.*, 2018, 803 denuncia che solo «con un significativo ritardo rispetto a quanto già maturato nel *sentiment* sociale e acquisito dal diritto "vivente" così come recepito e tradotto da almeno due lustri da importanti arresti delle supreme magistrature costituzionale e di legittimità», «il legislatore è intervenuto a regolare un tassello importante delle complesse e delicate vicende che si pongono riguardo al "chi, come e quando" delle scelte terapeutiche da compiere "verso la fine della vita"»; Canestrari, *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: una "buona legge buona"*, in *Corr. giur.*, 2018, 301, sottolinea come la legge fosse «attesa da decenni».

12 Essa si colloca nell'ambito delle coordinate della proposta di legge redatta da un gruppo di studiosi ed esperti coordinato dal Prof. Paolo Zatti: cfr. in particolare *Prova di testo normativo sulla relazione di cura*, consultabile all'indirizzo *https://undirittogentile.wordpress.com*.

13 D'Avack (*Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: una analisi della recente legge approvata in senato*, in *Dir. fam. pers.*, 2018, 179 ss.) ricorda come «prima di questa normativa non esisteva alcuna disposizione vigente nell'ordinamento italiano in merito al rapporto paziente/medico per ciò che concerne l'alleanza terapeutica e la possibilità del primo di rifiutare o di chiedere al secondo l'interruzione di un trattamento sanitario, anche 'salva vita'».

14 Zatti, *Cura, salute, vita, morte: diritto dei principi o disciplina legislativa*, in *BioLaw J. – Riv. BioDir.*, 2017, 185 ss., spec. 187.

15 Così testualmente Perriello, *Prime note a margine della legge sulle disposizioni anticipate, con uno sguardo alla Spagna*, in *Annuario di diritto comparato e studi legislativi*, Napoli, 2019, 994.

La legge 219/2017 esordisce affermando solennemente che essa «nel rispetto dei principi di cui agli articoli 2, 13, 32 della Costituzione e degli articoli 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, tutela il diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona e stabilisce che nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge» (così l'art. 1, co. 1)[16].

Il richiamo esplicito ai principi costituzionali e a quelli eurounitari di riferimento[17] individua una pluralità di diritti fondamentali che riconoscono la massima ampiezza dell'autodeterminazione terapeutica fino al diritto di vivere tutte le fasi della propria esistenza senza subire trattamenti sanitari contrari alla propria volontà[18].

Nell'ambito dei principi costituzionali, il consenso informato costituisce espressione eminente del principio di inviolabilità della libertà umana di cui all'art. 13 Cost., da cui discende il diritto di autodeterminazione rispetto al proprio corpo[19].

Il consenso informato, quindi, ed è questo, dal punto del civilista, il cuore della questione, lungi dal rilevare solo come problema di tecnica giuridica e di collocazione dogmatica (presupposto di liceità, causa di esclusione della tipicità, causa di giustificazione) costituisce espressione primaria della tutela dell'autonomia privata[20].

Il consenso informato rappresenta infatti il presidio della libertà della persona e prima ancora della dimensione "corporea individuale" da qualsivoglia forma di prevaricazione e violenza non voluta dal paziente[21].

Il tema del consenso informato rimanda essenzialmente alle modalità di relazione tra professionista e destinatario della prestazione, in particolare tra medico e paziente, tal per cui qualsiasi intervento di diagnosi, terapia, prognosi (o sperimenta-

---

16 Bozzi, *La legge sulle disposizioni anticipate di trattamento tra esigenze di bilanciamento e rischi di assolutizzazione*, cit., 1351 ss.

17 Precedentemente, il principio del consenso informato aveva trovato una sua esplicita consacrazione già nella Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano riguardo all'applicazione della biologia e della medicina, sottoscritta ad Oviedo il 4 aprile 1997, il cui art. 5 statuisce che «Un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero e informato. Questa persona riceve innanzitutto una informazione adeguata sullo scopo e sulla natura dell'intervento e sulle sue conseguenze e i suoi rischi. La persona interessata può, in qualsiasi momento, liberamente ritirare il proprio consenso».

18 Cacace, *Autodeterminazione in salute*, Torino, 2017.

19 Non manca chi, come Nicolussi, *Testamento biologico*, cit., 457 ss., mette in guardia dal rischio che con la disciplina in questa sede richiamata si finisca per reintrodurre proprio quella reificazione del corpo che proprio mediante il consenso informato si vorrebbe evitare, introducendo «nell'autonomia relativa ai diritti della persona (...) una surrettizia trasposizione del modello proprietario in questo ambito: così come il proprietario può usare o anche distruggere la sua cosa, il diritto alla vita comporterebbe il diritto alla morte, il diritto alla liberta, il diritto a non essere libero».

20 In termini Canestrari, *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, cit., 302.

21 D'Avack, *Sul consenso informato all'atto medico*, in *Dir. fam. pers.*, 2008, 759 ss. Ulteriori spunti in R. Clarizia, *Autodeterminazione e dignità della persona: una legge sulle disposizioni anticipate di trattamento*, in *Dir. fam. pers.*, 2017, 947 ss.

zione) può essere praticato soltanto in virtù di una «permesso» da parte del soggetto su cui ricade l'intervento[22].

Nell'ambio del comma 2 dell'art. 1, il consenso informato assume, poi, rilievo come strumento necessario per produrre interazioni di tipo cooperativo – nelle quali s'incontrano «l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico» – al fine di promuovere e valorizzare la "relazione di cura e di fiducia" tra paziente e medico[23].

Il comma 3 dell'art. 1 pone l'accento su un'informazione esaustiva e comprensibile, assumendo rilievo il diritto del paziente ad avere piena contezza dei termini in cui la relazione con il sanitario è orientata alla ricerca della migliore opzione terapeutica a favore della sua salute.

In tal senso, si evidenzia come la funzione del consenso informato sia quella di costituire una garanzia che la relazione terapeutica, quantunque asimmetrica, si mantenga il più possibile umana, personale ed empatica[24], a fronte della progressiva tecnologizzazione della medicina e degli esiti di "spersonalizzazione" che questa può comportare.

Il comma 4 declina il consenso informato, sotto i profili giuridici della forma, acquisizione e documentazione.

In coerenza con il principio del consenso informato come legittimazione e fondamento del trattamento sanitario, il comma 6 afferma che: «Il medico è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo e, in conseguenza di ciò, è esente da responsabilità civile o penale»[25].

---

[22] Canestrari, *Una buona legge buona (ddl recante «norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento»)*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, 975 ss.

[23] Lo stesso Cons. di Stato, III, 2.9.2014, n. 4460, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 72 ss., ha affermato che: «La cura non è più (…) un principio autoritativo, un'entità astratta, oggettivata, misteriosa o sacra, calata o imposta dall'alto o dall'esterno (…), ma si declina e si struttura secondo un fondamentale *principium individuationis* che è espressione del valore personalistico tutelato dalla Costituzione, in base ai bisogni, alle richieste, alle aspettative, alla concezione stessa che della vita ha il paziente». Sul punto Graziadei, *Dal consenso alla consensualità nella relazione di cura*, cit., 41, difatti, evidenzia proprio che: «La cura non è imposta dall'alto, è orientata ai bisogni del paziente e alle sue scelte di vita». Cfr. altresì D'Avack, *Verso un anti destino. Biotecnologie e scelte di vita*, Torino, 2009.

[24] Fasan, *Consenso informato e rapporto di cura: una nuova centralità per il paziente alla luce della legge 22 dicembre 2017, n. 219*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2019, 1-*bis* – "*Questioni di fine vita*", 96 s.

[25] Si tratta di «Una precisazione che è stata necessaria, anche in considerazione di quanto era avvenuto in occasione del noto caso Welby che aveva visto il dott. Riccio rinviato a giudizio dalla Procura di Roma per il reato di omicidio del consenziente (art. 579 c.p.) per avere accolto il desiderata del paziente di staccarlo dalle macchine che lo tenevano in vita. E in quel caso non va sottovalutato che la sentenza del Tribunale penale di Roma, che ebbe ad assolvere il dott. Riccio, riconobbe che l'imputato aveva posto in essere una condotta causativa della morte del paziente, ma che era possibile ravvisare l'esimente dell'adempimento di un dovere ai sensi dell'art. 51 c.p., dato che, a seguito del rapporto instauratosi tra paziente e medico, non può il secondo non tenere conto della volontà del primo che si avvale dell'art. 32, comma 2, Cost. che deve, comunque, prevalere nel possibile contrasto con l'art. 579 c.p. In sostanza per il GUP l'esercizio del diritto di cui all'art. 32, co. 2, Cost. da parte del titolare ha, per espressa e insuperabile previsione costituzionale,

Il legislatore ha così sancito in modo inequivoco la liceità e la legittimità della condotta attiva del medico – necessaria per dare attuazione al diritto del paziente di rinunciare al proseguimento di un trattamento sanitario[26].

Sempre al comma 6 dell'art. 1 si è inteso ribadire l'ovvietà di un assunto, con una formulazione non felice che equipara legge e fonti deontologiche[27]: a fronte di richieste, da parte del paziente, di trattamenti sanitari contrari alla legge, alla deontologia, alle buone pratiche clinico-assistenziali, «il medico non ha obblighi professionali».

Il comma 7 riguarda l'urgenza e prevede che: «Nelle situazioni di emergenza o di urgenza il medico e i componenti dell'*équipe* sanitaria assicurano le cure necessarie, nel rispetto della volontà del paziente ove le sue condizioni cliniche e le circostanze consentano di recepirla».

In effetti, rifuggendo da una visione anche solo sottilmente paternalistica, l'art. 1 cerca di sottrarre il paziente ai rischi: (1) di deresponsabilizzazione da parte dei medici, di medicina difensiva e burocratizzata (da formulario), (2) o, ancor peggio, di sovraccarico decisionale e responsabilizzante del paziente stesso, (3) se non di vero e proprio abbandono terapeutico[28].

come suo unico limite quello specificatamente contemplato da una norma di legge. "Pertanto — scrive il GUP — la norma costituzionale, ponendo una stretta riserva di legge all'individuazione dei limiti da apporre al libero dispiegarsi del diritto di autodeterminazione in materia sanitaria, ha tracciato espressamente una unica strada entro la quale solo il legislatore ordinario potrà bilanciare i diritti e i diversi interessi in gioco, dettando le regole necessarie ed i confini al libero esercizio delle facoltà riconosciute alla persona".» (così D'Avack, *Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, in *Dir. fam. pers.*, 2018, 179 ss. e spec. 186).

26 Sul punto, Canestrari, *Rifiuto informato e rinuncia consapevole al trattamento sanitario da parte di paziente competente*, in Canestrari, Ferrando, Mazzoni, Rodotà, Zatti (a cura di), *Il governo del corpo*, II, in Rodotà, Zatti (diretto da), *Trattato di Biodiritto*, Milano, 2011, 1901 ss. e *ivi* l'analisi della giurisprudenza, in particolare delle motivazioni della sentenza di proscioglimento del 23 luglio 2007 del G.U.P. del Tribunale di Roma nel caso Welby. Per l'enunciazione dei principi di biodiritto penale della fine della vita umana e i necessari riferimenti alla letteratura civilistica, costituzionalistica e penalistica, v. Canestrari, *Principi di biodiritto penale*, Bologna, 2015, 63 ss. Si veda altresì Cupelli, *Libertà di autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: i risvolti penalistici*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 21 dicembre 2017.

27 Il comma 6 potrebbe indurre a considerare, se non correttamente inteso, che la fonte deontologica sia equiparabile alla legge, se non addirittura prevalente. Sul punto v. Gristina, *Considerazioni in merito ai commi 5, 6 e 7 dell'art. 1 della legge sul consenso informato e sulle disposizioni anticipate di trattamento*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2018, 1, 29 s.

28 Al divieto dell'abbandono terapeutico e alle cure palliative è dedicato un periodo significativo dell'art. 1, comma 5, e il successivo art. 2.
Al comma 5 dell'art. 1 si afferma: «Qualora il paziente esprima la rinuncia o il rifiuto di trattamenti sanitari necessari alla propria sopravvivenza, il medico prospetta al paziente e, se questi acconsente, ai suoi familiari, le conseguenze di tale decisione e le possibili alternative e promuove ogni azione di sostegno al paziente medesimo, anche avvalendosi dei servizi di assistenza psicologica». L'obiettivo lodevole è quello di scongiurare il rischio che il diritto al rifiuto di cure si traduca in potenziale veicolo di condotte di "abbandono terapeutico". In particolare, è necessario ribadire con forza che il sanitario, nell'ambito della relazione di cura, non deve limitarsi a registrare passivamente – con supina acquiescenza – la volontà del paziente.

2. È frequente l'affermazione che le disposizioni anticipate[29] costituiscano l'«approdo logico»[30] della valorizzazione del consenso informato, nella variante "ora per allora"[31].

A fronte di un trattamento medico immediato o prossimo il consenso presenta il carattere dell'effettiva attualità, in quanto è possibile e doveroso un previo contatto dialogico fra medico a paziente.

Può però accadere (come l'esperienza purtroppo quotidianamente dimostra) che la necessità di un trattamento insorga in un momento nel quale il paziente non è in grado di acconsentirvi: ecco allora che possono soccorrere le disposizioni anticipate, esprimendo un consenso che avrà efficacia in un tempo futuro.

La collocazione delle D.A.T. nella cornice del consenso informato è evidente nella nuova legge, il cui art. 1 è dedicato proprio alla manifestazione e alla rilevanza giuridica di detto consenso.

Quello di cui si discorre non è un semplice consenso, non a caso detto «informato»[32].

Come ha avuto modo di sottolineare il Comitato Nazionale per la Bioetica nel parere *Informazione e consenso all'atto medico*, «In caso di malattie importanti e di procedimenti terapeutici e diagnostici prolungati, il rapporto curante-paziente non può essere limitato ad un unico, fugace incontro. (…). Il curante deve possedere sufficienti doti di psicologia tali da consentirgli di comprendere la personalità del paziente e la sua situazione ambientale». Si veda Parere del CNB del 20 giugno 1992, *Informazione e consenso all'atto medico*, consultabile all'indirizzo *www.governo.it/bioetica/pareri.html.*

29 Sulle quali il dibattito era molto ampio ancor prima della legge 219/2017: cfr. *ex multis* D. Carusi, *Tentativi di legiferazione in materia di «testamento biologico». Contributo a un dibattito da rianimare*, Torino, 2016; Perriello, *Testamento biologico e decisioni di fine vita: il caso italiano*, in *Dir. succ. fam.*, 2016, 91 ss.; Colacino, *Autonomia privata e direttive anticipate*, Milano, 2015; Foglia, Rossi, *Testamento biologico*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, Agg. IX, Torino, 2014, 638 ss.; Mantovani, Ferrando, *I requisiti di validità del testamento biologico*, in *Giust. pen.*, 2013, 117 ss.; Bellelli, *Decisioni di fine vita e disposizioni anticipate di trattamento*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 85 ss.; Scalera, *La proposta di legge sulle dichiarazioni anticipate di trattamento*, in *Fam. dir.*, 2010, 627 ss.; Cordiano, *Il disegno di legge sul testamento biologico: l'autodeterminazione mancata e alcune antinomie sistematiche*, *ivi*, 2009, 411 ss.; Franzoni, *Testamento biologico come diritto all'autodeterminazione o all'eutanasia?*, in *Contr. impr.*, 2009, 257 ss.; Id., *Testamento biologico, autodeterminazione e responsabilità*, in *Resp. civ.*, 2008, 581 ss.; Sesta, *Riflessioni sul testamento biologico*, in *Fam. dir.*, 2008, 407 ss.; Balestra, *Il testamento biologico nell'evoluzione del rapporto medico-paziente*, in *Fam. pers. succ.*, 2006, 102 ss.; Maltese, *Il "testamento biologico"*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 525 ss.; Salito, *Il testamento biologico: ipotesi applicative*, in *Notariato*, 2004, 196 ss.; e tra i precursori del tema P. Rescigno, *La fine della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, 634 ss.

30 Balestra, *Efficacia del testamento biologico e ruolo del medico*, in Aa.Vv., *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, Milano, 2006, 95. Discorre di «desarollo de la teoría general del consentimiento informado»: Seoane, *Derecho y planificación anticipada anticipada de la atención: panorama jurídico de las instrucciones previas en España*, in *Derecho y salud*, 2006, 285 ss.

31 Perriello, *Prime note a margine della legge sulle disposizioni anticipate,* cit., 995.

32 Secondo Verdicchio, *Testamento biologico e consenso informato (aspetti delle decisioni di fine vita nel diritto italiano tra* jus conditum *e* jus condendum*)*, in *Dir. succ. fam.*, 2017, 658, la prestazione del consenso «deve essere il frutto di una decisione matura e consapevole, assunta dall'interessato non, per così dire, in un solipsistico dialogo intellettuale con se medesimo, ma in seguito a un serio ed effettivo confronto con un medico competente, che, accertatane la concreta capacità, gli dia una analitica e compiuta informazione sui

L'art. 4, comma 1, della legge, nel prevedere che l'autore delle D.A.T. possa esprimere la propria volontà «dopo avere acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte» conferma l'opzione ermeneutica.

La valorizzazione del consenso informato ridefinisce il rapporto medico-paziente in termini di "alleanza terapeutica"[33].

In questa concezione, è bene ricordarlo, il medico è l'unico soggetto in grado di elaborare una corretta diagnosi che sia utile al malato, assicurandosi la sua fiducia e indicandogli le scelte terapeutiche più adeguate e benefiche, che sia anche funzionale a tutelare il medico da possibili accuse a seguito della propria attività curativa[34].

Nell'ambito di una relazione di cura, il malato deve affidarsi alle azioni del medico, il quale decide sì nell'interesse e per il beneficio del paziente, ma senza sostituire la propria volontà a quella del paziente medesimo[35].

L'informazione diviene, quale elemento caratterizzante il rapporto che si instaura tra il medico e il paziente, funzionale al rispetto della libertà di autodeterminazione di ogni individuo[36]. In questa prospettiva, appare significativo quanto sancito dall'art. 6, co. 1, ultimo periodo, legge 19 febbraio 2004, n. 40 (rubricato proprio «Consenso informato»): tutte le informazioni prescritte dallo stesso comma devono essere fornite «in modo tale da garantire il formarsi di una volontà *consapevole* e *consapevolmente espressa*».

possibili trattamenti terapeutici e di mantenimento in vita erogabili in un data situazione, sì da consentirgli di prendere una decisione, positiva o anche negativa, ma realmente informata e maieuticamente maturata, nella logica della "alleanza terapeutica", nell'incontro-confronto tra il sapere tecnico del medico e la libertà di autodeterminazione del paziente».

33 Zatti, *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e DAT*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 248, non ha mancato di osservare che «nella relazione di cura così disegnata, il consenso non può essere che il tessuto stesso della relazione. È un peccato – nel senso di *culpa* – che il testo abbia incluso, addirittura facendone un titolo, la sciocca e deleteria formula del "consenso informato"; è un difetto, estetico, ma anche semantico, perché un'espressione raccoglie sempre un'eredità di significati e malintesi che bisognava spezzare anche sul piano del linguaggio. Per fortuna all'interprete è chiaro – o dovrebbe esserlo – che il consenso è uno stato, non un atto: come tante volte si è detto, un processo che precipita, in taluni momenti, in una concentrazione che è l'atto di consenso – o di rifiuto».

34 Montanari Vergallo, *Il rapporto medico-paziente*, cit., 5; Donatelli, *Paternalismo*, in Lecaldano (a cura di), *Dizionario di bioetica*, Bari-Roma, 2002, 212.

35 Rapisarda, *Consenso informato e autodeterminazione terapeutica*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 49, ben sottolinea come il medico sia «tenuto ad arrestarsi innanzi al dissenso informato, attuale e consapevole del paziente. La libertà di disporre del proprio corpo si lega indissolubilmente alla sua inviolabilità fisica anche da parte del medico, la cui funzione di garanzia non gli consente di acquisire alcun diritto sul corpo del paziente».

36 Concorda sulla valorizzazione della relazione di cura tra medico e paziente, Bozzi, *La legge sulle disposizioni anticipate di trattamento tra esigenze di bilanciamento e rischi di assolutizzazione*, cit., 1353, la quale afferma che: «Il rilievo (almeno nelle intenzioni del legislatore) non meramente retorico di tale relazione contribuisce (o almeno potrebbe contribuire) infatti a "smitizzare" il consenso, a interpretarlo non come statica espressione di volontarismo irrelato e astratto ma piuttosto quale risultato di un processo dialettico che, non retrocedendo il medico a mero esecutore della volontà del paziente, tenta di superare la contrapposizione tra il perseguimento del bene del paziente, oggettivamente inteso, e la sua autonomia».

Si ritiene, cioè, che solo attraverso una corretta comunicazione[37] con il medico, elaborando le informazioni ricevute, il paziente è posto in grado di comprendere e quindi decidere in maniera corretta e consapevole[38].

Deve mettersi in evidenza come il "trattamento non consentito" non sia cura, ma intervento arbitrario, fatta eccezione per le ipotesi di paziente: (1) incapace, (2) in stato di necessità e urgenza, (3) in assenza di D.A.T. e (4) nell'impossibilità di dialogare con i familiari o con il fiduciario.

A seguito dell'elaborazione di una specifica diagnosi, il processo di elaborazione del consenso informato può articolarsi in tre fasi distinte[39]:

– una fase *informativa*[40];

[37] Graziadei, *Il consenso informato e i suoi limiti*, cit., 219 s. sottolinea, con riflessioni meditate, l'importanza della comunicazione sia verbale sia non verbale fra medico e paziente: «La parola guarisce, perché mobilita le risorse psicofisiche destinate a sconfiggere la malattia. Anche quando non guarisce, può essere un conforto indispensabile per il malato. Per il malato, la parola è lo specchio del medico, il test della sua credibilità e la testimonianza della sua dedizione al paziente. Per il medico, la parola che viene dal paziente porta con sé informazioni essenziali ai fini della diagnosi e dell'individuazione della terapia e, se accompagnata dall'ascolto, alimenta la conoscenza del medico. È tuttavia riduttivo pensare che il rapporto tra il medico e il paziente sia centrato sulla comunicazione verbale. Gli aspetti non verbali della comunicazione hanno un peso enorme nella strutturazione della relazione tra il medico e il paziente, e concorrono potentemente a stabilire, o viceversa a incrinare, o a sprezzare, il necessario rapporto di fiducia e di collaborazione tra il medico e il paziente».

[38] Cfr. Posteraro, *Osservazioni sul consenso informato alla luce di giurisprudenza e dottrina recenti: dai profili di responsabilità civile e penale del sanitario alla spersonalizzazione del rapporto medico-paziente*, in *Amministrazione in cammino*, 2014, 6 ss.

[39] Cfr. Emanuel – Wendler – Grady, *An Ethical Framework for Biomedical Research*, in Emanuel – Grady – Crouch – Lie – Miller –Wendler (a cura di), *The Oxford Textbook of Clinical Research Ethics*, Oxford, 2008, 130 s. Pur riferendosi al consenso informato nell'ambito della sperimentazione clinica, la suddivisione in fasi elaborata dagli autori pare funzionale all'analisi del processo decisionale che in generale porta all'adozione del consenso informato riferito a qualsiasi atto medico.

[40] «Nella prima fase, il medico ha il dovere di trasmettere tutte le informazioni che possano essere utili al paziente prima, durante e dopo il trattamento, con l'obiettivo complessivo di promuoverne e garantirne il benessere. In particolare, devono essere comunicate la natura del trattamento, le modalità di esecuzione, i benefici prospettati, la probabile durata della convalescenza, i possibili rischi e le eventuali conseguenze derivanti dalla sua realizzazione. Si ritiene inoltre che fondamentali per l'adozione di una scelta consapevole non siano soltanto le informazioni che consentono al paziente se scegliere di sottoporsi alla terapia proposta, ma anche quelle concernenti il luogo e il momento di esecuzione del trattamento e le possibili alternative terapeutiche. Il medico provvede a comunicare tali elementi in modo chiaro, esaustivo, comprensibile ma soprattutto personalizzato. Le informazioni mediche devono infatti essere adeguate e coerenti al contesto sociale, culturale e economico da cui provenga l'interessato, in modo tale da renderle quanto più intelligibili e chiare per il paziente. In questo contesto, risulta fondamentale evitare l'uso di eccessivi tecnicismi che rischierebbero di impedire al paziente di capire a pieno il significato delle comunicazioni ricevute e che potrebbero indebolire la nascita di una reale alleanza terapeutica tra medico e paziente» (così Fasan, *Consenso informato e rapporto di cura*, cit., 83 ss., spec. 89). Sul punto si veda Giunta, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 378; Comitato Nazionale per la Bioetica, *Informazione e consenso all'atto medico*, 1992, 10 s., in *http://bioetica.governo.it/media/1836/p10_1992_informazione-e-consenso_it.pdf*. In merito all'informazione dei rischi riguardanti il trattamento sanitario proposto, si discute se debbano essere comunicati solo i rischi prevedi-

– una fase *riflessiva* o *ponderativa*;
– e infine una fase *deliberativa*.

Le tre fasi sono logicamente susseguenti l'una all'altra: solo quando si è esaurito il momento informativo può avere inizio la fase di riflessione da parte del paziente sulle informazioni che il medico gli ha trasmesso; è solo dopo aver avuto la possibilità di disporre di un lasso di tempo sufficiente all'elaborazione dei dati trasmessi dal medico ed in virtù di quelle informazioni che il paziente può quindi giungere ad una decisione consapevole.

È di tutta evidenza l'importanza di garantire un lasso di tempo congruo tra la fase informativa e quella deliberativa nella quale, con consapevolezza, venga espresso il "consenso informato"[41].

3. Affinchè il consenso sia valido deve essere corredato da determinate caratteristiche.

Il consenso è, secondo alcuni, un atto giuridico volontario o, secondo altri, un negozio giuridico[42].

In realtà sembra preferibile la tesi dell'atto giuridico, ma in una logica diversa e nuova che è quella della relazione di cura "consensuale" tra medico e paziente[43].

Esso, difatti, per certo non può essere ridotto ad un mero atto giuridico con il quale si attribuisce al destinatario un potere di agire, tantomeno può ritenersi che per suo tramite il titolare (avente diritto) si spogli del diritto trasferendolo in via definitiva. Il consenso in esame è un atto che possiamo qualificare come "permesso", ma con la peculiarità che esso deve accompagnare le fasi di cura del paziente sulla base di un rapporto terapeutico, che sia il più possibile auspicabilmente consapevole e costante.

Secondo la teoria generale del diritto civile, tuttavia, non è possibile dare il consenso riguardo ad un diritto indisponibile: si tratta allora di stabilire la linea di de-

bili o anche gli esiti anomali che potrebbero derivare dall'esecuzione del trattamento. Per quanto riguarda lo standard da adottare nell'offerta di informazioni sanitarie si veda Comitato Nazionale per la Bioetica, *loc. cit*. Cfr. in specie Orsi, De Biasi, Sempreboni, Busatta, Mazzon, *La comunicazione della cattiva notizia in ambito sanitario: da sconosciuta a perno della relazione di cura*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2017, 194 s. In giurisprudenza Cass. civ., III, 4.2.2016, n. 2177, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 1359 ss., sottolinea la necessità che le informazioni mediche comunicate siano comprensibili per il paziente.

41 Diurni, Milano, *Il consenso informato*, in *Noos*, 2012, 14.

42 Cfr. Salito, *Il testamento biologico nell'ordinamento italiano e di altri Paesi,* Fisciano-Salerno, 2003, 140 ss. Per la classica distinzione può rimandarsi ai classici insegnamenti di Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*[9], Napoli, 1966, 106 ss.; Trimarchi, *Atto giuridico e negozio giuridico*, Milano, 1940.

43 Sulla natura del consenso come «stato che perdura nell'arco della relazione di cura», si esprime chiaramente Graziadei, *Dal consenso alla consensualità nella relazione di cura*, cit., 39 ss., sottolineando che «La consensualità non si esaurisce in un momento ma accompagna il paziente nel suo percorso di cura».

marcazione tra diritto indisponibile e diritto disponibile, il che presenta talvolta dei margini di notevole complessità[44].

Per dare validamente il consenso occorre poi la capacità di intendere e di volere, ma non la maggiore età (soluzione invece cui accedono coloro che accolgono la tesi del negozio giuridico).

Perché si possa parlare di consenso valido legittimante il trattamento sanitario, il consenso deve essere libero e spontaneo. A questo fine, pertanto, è necessario che il consenso sia corredato e preceduto, come già detto, da una puntuale informazione[45].

Tuttavia, essa è necessaria ma non da sola bastevole.

Il consenso, oltre che preceduto dall'informazione, deve essere: libero, personale[46], manifesto, recettizio[47].

Il consenso deve possedere, poi, i seguenti requisiti:

– deve essere sempre "completo" ed "effettivo";
– deve provenire dal paziente in modo "specifico ed esplicito";
– deve essere, nei limiti del possibile, "attuale" e "informato", nel senso di basarsi su informazioni dettagliate fornite dal medico, sul quale, a fronte di un'eventuale allegazione di inadempimento da parte del paziente, incombe l'onere di provare di avere adempiuto tale obbligazione[48].

È la stessa giurisprudenza che ha avuto modo diverse volte di ribadire che l'informazione medica deve sostanziarsi in spiegazioni dettagliate e complete, adeguate al livello culturale del paziente, con l'adozione di un linguaggio che tenga conto del suo stato soggettivo e del bagaglio di conoscenze di cui dispone[49], non potendo ba-

---

44 Rapisarda, *Consenso informato e autodeterminazione terapeutica*, cit., 46 s. osserva che «il modello di consenso informato accolto dalla legge è, altresì, espressione di un altro fondamentale passaggio (…) vale a dire il passaggio dalla logica dell'"indisponibilità" (o disponibilità limitata) alla logica della "libera disponibilità" del corpo. In tal senso, il consenso all'atto medico da consenso dell'avente diritto, *ex* art. 50 c.p., che rende lecita la lesione di un diritto indisponibile, quale quello all'integrità fisica (v. art. 5 c.c.), si è trasformato in un atto che concretizza l'esercizio di un diritto di libertà di rilevanza costituzionale, quale il diritto all'autodeterminazione».

45 Cfr. Iadecola, *Consenso del paziente e facoltà di curare*, in Ammirati (a cura di), *La responsabilità penale del medico. Il nuovo corso introdotto dalla Suprema corte*, Padova, 2004, 23 ss.; Iannelli, *Responsabilità del medico e consenso del paziente*, *ivi*, 39 ss.

46 Graziadei, *Il consenso informato e i suoi limiti*, cit., 221 ricorda puntualmente che la relazione tra il medico e il paziente «oggi corre unicamente tra questi soggetti. È infatti ormai assodato che l'obbligo comunicazione che grava sul medico non riguarda la famiglia del paziente, né la comunità più vasta del nucleo familiare, cui per ipotesi appartiene il paziente» e precisa che da ciò consegue che «Il requisito del consenso informato non è soddisfatto se il medico informò i familiari, o acquisì il loro consenso al trattamento, ma non quello del paziente».

47 Posteraro, *Osservazioni sul consenso informato alla luce di giurisprudenza e dottrina recenti*, cit., 6.

48 Di Majo, *La salute responsabile*, Torino, 2018, 18.

49 Cass. pen., IV, 30.9.2008, n. 37077, in *Cass. pen.*, 2009, 2381, con nota di Roiati, *La somministrazione di farmaci in via sperimentale tra consenso informato ed imputazione colposa dell'evento*.

stare le indicazioni su un modulo prestampato e una firma, ma occorrendo invece un colloquio del medico con il paziente[50].

Il medico deve fornire al proprio paziente «in modo esaustivo e completo tutte le informazioni scientificamente possibili riguardanti le terapie che intende praticare»[51], in modo da porlo nelle condizioni di decidere in maniera consapevole[52] sull'opportunità di procedervi o meno.

Quando si parla di consenso informato emerge, infatti, la questione della comprensibilità dell'informazione, dell'accessibilità del linguaggio utilizzato per veicolarla, ma anche delle modalità di comunicazione[53].

L'informazione, differentemente da quanto accade in altri ambiti del diritto privato (si pensi al diritto dei consumatori) non ha la finalità di colmare le differenze conoscitive (c.d. asimmetrie informative) tecnico-scientifiche tra i soggetti coinvolti nel rapporto giuridico (nella specie: medico e paziente), quanto più direttamente persegua lo scopo di tutelare il diritto di autodeterminarsi di chi si sottopone ad un trattamento sanitario (più o meno invasivo)[54], facendo sì che tale soggetto possa consapevolmente scegliere se accettarlo o meno[55].

---

50 Cfr. *ex multis* Cass. civ., III, 20.8.2013, n. 19220, in *Giust. civ.*, 2013, 2349 ss., con nota di E. Carbone, *Obbligo informativo del medico e qualità professionali del paziente*. V. anche Di Majo, *La salute responsabile*, cit., 19.

51 Cfr. Cass. civ., III, 2.7.2010, n. 15698, in *Giust. civ.*, 2011, 433 ss., con nota di Iannone, *La cura del paziente e l'acquisizione del consenso informato: la Cassazione estende l'obbligo di informazione alle variazioni effettuate nel corso dell'intervento chirurgico*.

52 «La formazione del consenso presuppone una specifica informazione su quanto ne forma oggetto (…). Tale consenso implica la piena conoscenza della natura dell'intervento medico e/o chirurgico, della sua portata ed estensione, dei suoi rischi, dei risultati conseguibili e delle possibili conseguenze negative»: così, Cass. civ., III, 23.5.2001, n. 7027, in *Danno resp.*, 2001, 1165 ss., con nota di Rossetti, *I doveri di informazione del chirurgo estetico*.

53 Canestrari, *Una buona legge buona*, cit., 979 s., sul punto afferma che: «un'informazione fredda e asetticamente veritiera, a seconda del tipo di malattia, può rafforzare la scelta terapeutica magari più gravosa ma anche più efficace e comunque può indurre un atteggiamento più «partecipativo e combattente» del paziente; ma, di converso, in altri casi può condurre ad atteggiamenti di rassegnazione, depressione, disperazione, persino a sfiducia nel sanitario o a sentimenti di rabbia e rancore».

54 Cfr. Cass. civ., III, 31.7.2013, n.18334, in *Resp. civ. prev.*, 2014, 569 ss. Si veda G. Fontana, *I limiti della ricerca scientifica: il "caso stamina"*, in A. Iannuzzi (a cura di), *La ricerca scientifica fra possibilità e limiti*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, p. 174 ss.

55 Cfr. Cass. civ., III, 15.1.1997, n. 364, in *Riv. it. med. leg.*, 1998, 345 ss.: «La validità del consenso è condizionata dall'informazione, da parte del professionista al quale è richiesto, sui benefici, sulle modalità in genere, sulla scelta tra diverse modalità operative e sui rischi specifici prevedibili (anche ridotti che possano incidere gravemente sulle condizioni fisiche o sul bene della vita) dell'intervento terapeutico – informazione che deve essere effettiva e corretta – e, nel caso che sia lo stesso paziente a richiedere un intervento chirurgico, per sua natura complesso e svolto *in équipe*, la presunzione di un implicito consenso a tutte le operazioni preparatorie e successive connesse all'intervento vero e proprio, non esime il personale medico responsabile dal dovere di informarlo anche su queste fasi operative (nel caso di specie in relazione ai diversi metodi anestesiologici utilizzabili, alle loro modalità di esecuzione e al loro grado di rischio), in modo che la scelta tecnica dell'operatore avvenga dopo una adeguata informazione e con il consenso specifico dell'interessato». Più recentemente Cass. civ., III, 9.2.2010, n. 2847, in *Rass. dir. farm.*, 2010, 735 ss. ha ribadito che l'obbli-

Il sanitario deve anche rappresentare puntualmente tutti i prevedibili rischi che un certo intervento potrebbe comportare: ogni sua scelta di omettere taluni rischi specifici limiterebbe l'esercizio ad opera del paziente del proprio diritto di autodeterminarsi[56]; in questo ambito spetta solo al paziente ogni valutazione comparativa del bilancio rischi-vantaggi[57].

Ciò rafforza la visione di un processo realmente partecipativo del paziente alle decisioni che coinvolgono il suo corpo e la sua salute[58].

Appare così evidente l'importanza della dimensione dialogica nel processo di elaborazione e adozione del consenso informato.

È indispensabile che il momento informativo non sia una semplice trasmissione unilaterale di dati e informazioni ma abbia una dimensione bilaterale[59].

È in questo contesto che emerge la natura del consenso informato quale luogo di incontro di due diverse autonomie: del medico che, sulla base delle proprie competenze ed esperienze, individua la terapia secondo lui più adatta; del paziente che, nel rapporto di cura, deve sentirsi libero di far valere la sua individualità e la sua dimensione morale.

Ma la realtà sfugge talora al quadro teorico qui prospettato.

L'elaborazione teorica di tale processo decisionale non trova, difatti, piena e diffusa applicazione dal punto di vista pratico.

Nella prassi medica infatti: – il tempo a disposizione del medico risulta purtroppo insufficiente; – la comunicazione di informazioni al paziente è spesso delegata ad un modulo standard; – il rilascio del consenso informato si limita alla sottoscrizione di un documento di cui i pazienti non sono in grado di comprendere pienamente il significato[60].

Si aggiunge a ciò la questione della c.d. "medicina difensiva"[61], in base alla quale la prescrizione di misure terapeutiche e il conseguente uso della "modulistica

go di informazione «deve essere particolarmente dettagliato al fine di garantire lo scrupoloso rispetto del diritto di autodeterminazione del paziente».

56 Sul punto già Cass. civ., II, 8.8.1985, n. 4394, in *Resp. civ. prev.*, 1986, 44 ss. in ambito di chirurgia estetica.

57 Graziadei, *Il consenso informato e i suoi limiti*, cit., 217 s. ha incisivamente osservato come «Ogni decisione è il frutto di una ponderazione di una varietà di elementi che possono essere molto diversi da persona a persona, in relazione all'età, al sesso, alle esperienze di vita, etc. Il medico che si sostituisce al paziente capace mostra in primo luogo di ignorare cosa significhi oggi il principio deontologico che lo obbliga a non nuocere, e a fare il bene del paziente, che non è il bene di un paziente ipotetico, ma è il bene di quel paziente».

58 Cfr, Vallini, *Paternalismo medico, rigorismi penali, medicina difensiva: una sintesi problematica e un azzardo* de iure condendo, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 2 ss.

59 Montanari Vergallo, *Il rapporto medico-paziente*, cit., 117.

60 Cfr. Cacace, *Il consenso informato del paziente al trattamento sanitario*, in *Danno resp.*, 2007, 287, la quale sottolinea come il ricorso alla modulistica, anche nei casi in cui sia redatta diligentemente, contraddirebbe la natura fiduciaria del rapporto medico-paziente.

61 La c.d. *medicina difensiva* – secondo la definizione elaborata nel 1994 dall'OTA, Office of Technology Assessment, U.S. Congress – «si verifica quando i medici prescrivono test, procedure diagnostiche o visite,

informativa"[62] sono finalizzati non tanto ad indirizzare il paziente verso una scelta libera e consapevole, quanto ad evitare il rischio di incorrere in possibili responsabilità di natura penale o civile[63].

Alla valorizzazione di una dimensione di vera alleanza terapeutica tra medico e paziente contribuiscono allora due elementi previsti dalla legge n. 219, da un lato, il riconoscimento del diritto del paziente ad essere informato e, dall'altro, la qualificazione del tempo della comunicazione quale tempo di cura[64].

Attraverso l'art. 1 della legge, si riconosce al malato lo spazio e la libertà di esprimere i propri valori e le proprie preferenze avvalendosi del supporto del medico, che guida il paziente tra le possibilità di trattamento e le alternative di cura[65].

Torna qui in rilievo proprio il requisito dell'attualità del consenso e si presenta il delicato problema della vincolatività delle D.A.T. a fronte di un consenso che potrebbe non essere più attuale. La medicina non è una scienza statica, ma progredisce con metodi e risultati imprevisti o imprevedibili al momento della redazione delle D.A.T.: esemplificando, una malattia che oggi viene combattuta con un metodo molto aggressivo nel futuro potrebbe essere curata con uno molto blando. Un'eventuale decisione anticipata ben potrebbe avere presupposti scientifici e tecnologici profondamente diversi da quelli che potrebbero presentarsi in futuro.

Ecco allora che il legislatore, difatti, non ha imposto al medico un'attuazione meccanica delle D.A.T. (in caso contrario, peraltro, lo avrebbe completamente privato di qualsiasi autonomia professionale): l'art. 4, co. 5, legge 219/2017 dispone che «il medico è tenuto al rispetto delle D.A.T., le quali possono essere disattese, in tutto o in parte, dal medico stesso, in accordo con il fiduciario, qualora esse appaiano palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente ovvero sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita»[66].

---

oppure evitano pazienti o trattamenti ad alto rischio, principalmente (ma non esclusivamente) per ridurre la loro esposizione ad un giudizio di responsabilità per malpractice».

62 Portigliatti Barbos, *Il modulo medico di consenso informato: adempimento giuridico, retorica, finzione burocratica?*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, 894 ss.; Casonato, *Introduzione al biodiritto*[3], Torino, 2012, 14. Si segnala sul punto l'accento critico di Graziadei, *Dal consenso alla consensualità nella relazione di cura*, cit., 41 s., il quale richiama studi che destano preoccupazione e perplessità sul corretto uso della modulistica sanitaria (tanto in Germania quanto in Italia). Cfr. in specie Quagliariello, Fin, *Il consenso informato in ambito medico – Un'indagine antropologica e giuridica*, con Prefazione di V. Zagrebelsky, Bologna, 2016.

63 Di recente si segnalano i contributi raccolti in Alpa (a cura di), *La responsabilità sanitaria*, Pisa, 2017.

64 L'art. 1, comma 8, l. 22 dicembre 2017, n. 219 sancisce infatti nitidamente che «Il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura».

65 Come rileva D'Avack (*Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, cit., 179 ss.): «Non è esclusa la possibilità per il paziente di rifiutare in tutto o in parte di ricevere le informazioni (cd. 'diritto a non sapere')» (183).

66 Cfr. Clarizia, *Autodeterminazione e dignità della persona*, cit., 947 ss. A tal riguardo «Il requisito della concretezza sembrerebbe (…) escludere il ricorso a terapie non solo sperimentali ma anche di esito probabilisticamente incerto, che potrebbero cioè offrire possibilità di miglioramento ma non sono capaci di offrirlo» (così Bozzi, *La legge sulle disposizioni anticipate di trattamento tra esigenze di bilanciamento e rischi di assolu-*

Peraltro, per l'ipotesi in cui il paziente dovesse essere impossibilitato ad interloquire al momento della terapia, o meglio della decisione, la legge contempla la facoltà di indicare nelle D.A.T. un «fiduciario», che faccia le veci e rappresenti la persona nelle relazioni con il medico e con le strutture sanitarie (art. 4, co. 1, legge 219/2017).

La recente prassi pare dimostrare come la nomina del fiduciario si riveli utile qualora dalla sottoscrizione delle disposizioni siano intervenuti progressi della medicina, oppure quando la situazione clinica verificatasi non sia stata esplicitamente documentata, o ancora nelle ipotesi nelle quali il dichiarante si sia limitato ad esporre i valori o i criteri guida e a nominare il fiduciario, ma senza fornire alcuna istruzione sui trattamenti acconsentiti o rifiutati.

Il ruolo del fiduciario nel contesto delle decisioni di fine vita non va peraltro intesa in senso tecnico (all'interno di un tradizionale modello di rappresentanza incompatibile con l'esercizio di diritti personalissimi) bensì come cura dell'incapace, come un agire non *per* l'incapace, ma *con* l'incapace, come interprete della sua personalità, della sua identità, del suo modo di intendere la dignità, la vita, la salute, la malattia.

4. L'art. 4 legge 219/2017 sancisce che può disporre anticipatamente dei trattamenti di fine vita soltanto la «persona maggiorenne e capace di intendere e di volere»[67].

Da ciò deriva, innanzitutto, che il minore non può mai accedere allo strumento delle D.A.T., benché dotato della capacità di manifestare consapevolmente la propria volontà[68].

In secondo luogo, lo strumento è precluso anche all'interdetto. Non potrebbe compierlo al suo posto il tutore (come avviene nel caso della prestazione del consenso informato: cfr. art. 3, co. 3), in quanto le D.A.T. rappresentano un negozio personalissimo[69].

In terzo luogo, esse non possono essere nemmeno poste in essere dal beneficiario di un'amministrazione di sostegno rappresentativa[70].

tizzazione, cit., 1355, la quale evidenzia altresì il rischio di svilire, diversamente ragionando, il ruolo del medico «di accertare la corrispondenza tra la situazione ipotizzata dal paziente e quella concretamente verificatasi»).

67 Ampie considerazioni in Bugetti, *La disciplina del consenso informato nella legge 219/2017*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 119 ss.

68 Cfr. D'Avack, *Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, cit., 190 s.

69 Si richiama Cass., 16.10.2007, n. 21748, in *Foro it.*, 2007, I, 3025 ss., la quale stabilisce che: «il carattere personalissimo del diritto alla salute dell'incapace comporta che il riferimento all'istituto della rappresentanza legale non trasferisce sul tutore, il quale è investito di una funzione di diritto privato, un potere incondizionato di disporre della salute. della persona in stato di totale e permanente incoscienza».

70 La questione potrebbe non essere del tutto pacifica, atteso che, per quanto riguarda il testamento, si ritiene che il beneficiario conservi la capacità di testare, anche qualora l'amministrazione di sostegno abbia carattere rappresentativo, a meno che il giudice tutelare non disponga in senso contrario *ex* art. 411, co. 4, c.c.

Diversamente deve ritenersi per l'inabilitato che, come può esprimere personalmente il consenso (art. 3, co. 4), può anche ricorrere alle D.A.T., senza assistenza e senza alcuna forma di autorizzazione giudiziale.

Una soluzione analoga deve individuarsi per il beneficiario di amministrazione di sostegno assistenziale[71].

Entrando nel merito, deve ritenersi che l'esclusione del minore, dell'interdetto e del beneficiario dell'amministrazione di sostegno rappresentativa dal novero dei soggetti che possono porre in essere le D.A.T. risulta oltre che ragionevole[72] anche coerente con la richiamata previsione (art. 3) in forza della quale essi sono sempre sostituiti nella manifestazione del consenso o del rifiuto ai trattamenti terapeutici e non si ritiene che a diversa conclusione possa addivernirsi in materia di fine vita[73].

---

[71] Cfr. Vimercati, *Consenso informato e incapacità. Gli strumenti di attuazione del diritto costituzionale all'autodeterminazione terapeutica*, Milano, 2014. A tal riguardo D'Avack, *Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, cit., evidenzia come: «la figura dell'amministratore di sostegno può essere un soggetto di riferimento particolarmente utile nell'ambito dell'alleanza terapeutica, con l'obiettivo evidente che ci sia sempre un soggetto capace di interagire con il medico in modo da evitare che il paziente, non pienamente in grado di autodeterminarsi, resti privo di voce» (194).

[72] Critici verso tale "utilizzo" dell'amministrazione di sostegno, Nicolussi, *Testamento biologico*, cit., 457, il quale denuncia il rischio di una «strumentalizzazione delle norme in materia di amministrazione di sostegno che in realtà la legge ha introdotto facendo espressamente riferimento all' "espletamento delle funzioni della vita quotidiana", e quindi non certo ad atti straordinari come le scelte di fine vita», e Busnelli, *Problemi giuridici di fine vita tra natura e artificio*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 153 s. Analoga la posizione di Balestra, *L'autodeterminazione nel «fine vita»*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, 1009 s. per il quale si ravvisa una "forzatura" della disciplina dell'amministrazione di sostegno. Esprime perplessità, con argomentazioni diverse, anche Bonilini, *"Testamento per la vita" e amministrazione di sostegno*, in Aa.Vv., *Testamento biologico. Riflessione di dieci giuristi*, Fondazione Umberto Veronesi, 2005, 189 ss., il quale osserva che si dubita che le "direttive" espresse dal futuro beneficiario circa le scelte terapeutiche «impegnino, giuridicamente, l'amministratore di sostegno, il quale, invero, è soltanto tenuto ad attenersi ai poteri-doveri indicati, anzitutto, nel provvedimento del giudice tutelare che lo destina all'ufficio, e non è punto sicuro che detto giudice riproduca, nel provvedimento, quanto voluto dal designante l'amministratore di sostegno», sicchè «in definitiva, (...) la soluzione cui si aspira, vale a dire la certezza che le scelte fondamentali di vita della persona siano pienamente attuate, altresì nell'ipotesi in cui la stessa abbia perduto la pienezza della capacità intellettiva e volitiva (...), non si riesce oggi a raggiungerla, agevolmente, pel tramite degli spiragli che pur sembra offrire la normativa sull'amministrazione di sostegno» (199-200). In giurisprudenza si richiama Trib. Torino, 26.2.2007, in *Fam. e dir.*, 2007, 721 ss., nella quale si afferma: «l'impossibilità non solo per l'amministratore, ma altresì per il Giudice Tutelare (in quanto non legittimato dalla norma) di autorizzare atti invasivi della sfera personale, senza il consenso del beneficiario, (...) in ordine al consenso ad interventi e trattamenti sanitari». In senso favorevole all'"utilizzo" dell'amministrazione di sostegno si esprime invece Ferrando, *Diritto di rifiutare le cure, amministratore di sostegno e direttive anticipate*, in *Fam. e dir.*, 2008, 924 s. Sembra, tuttavia, fugare ogni dubbio il testo del comma 4 dell'art. 3, nel quale oggi si stabilisce che: «Nel caso in cui sia stato nominato un amministratore di sostegno la cui nomina preveda l'assistenza necessaria o la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario, il consenso informato è espresso o rifiutato anche dall'amministratore di sostegno ovvero solo da quest'ultimo, tenendo conto della volontà del beneficiario, in relazione al suo grado di capacità di intendere e di volere».

[73] «Comunque, il legislatore per garantire il *best interest* del paziente in queste situazioni di incapacità prevede al comma 5 che nell'eventualità in cui il rappresentate legale della persona interdetta o inabilitata, oppure l'amministratore di sostegno in assenza delle disposizioni anticipate di trattamento o il rappresentante lega-

Più di qualche perplessità può suscitare il criterio che dovrebbe governare le decisioni assunte dagli esercenti la responsabilità genitoriale o dal tutore: «avendo come scopo la tutela della salute psicofisica del minore – o della persona – nel pieno rispetto della sua dignità» (così, con analoga formulazione, i commi 2 e 3 dell'art. 3)[74].

Sarebbe stato opportuno precisare che la decisione del rappresentante deve essere presa nell'esclusivo o nel miglior interesse del rappresentato[75], oltre che (come espressamente previsto dal comma 4 dell'art. 3) «tenendo conto della volontà del beneficiario, in relazione al suo grado di capacità di intendere e di volere».

Non si può omettere di rilevare un margine di irragionevolezza nella scelta di precludere le disposizioni anticipate ai minori di età e a coloro che siano privi della capacità di agire ma assolutamente capaci di discernimento.

Invero la distinzione fra la capacità giuridica e la capacità di agire ha la sua origine nell'ambito delle situazioni giuridiche patrimoniali, onde l'incapacità è causa di annullabilità del contratto (art. 1425 c.c.), poiché essa denota l'inattitudine alla valutazione della convenienza economica e all'opportunità dell'atto[76].

Tale distinzione non può essere traslata nel campo delle situazioni esistenziali: ecco perché si è già da tempo sottolineato come «il suo ambito di operatività non esiste oltre la categoria degli atti (tra vivi) a contenuto patrimoniale; e il suo contenuto non si traduce in un divieto per il minore di compiere tali atti, ma implica una qualificazione in termini di non definitiva validità dell'atto, pur valido, posto in essere dal minore»[77].

le della persona minore rifiuti le cure proposte e di contro il medico le ritenga appropriate e necessarie, la decisione è rimessa al giudice tutelare su ricorso del rappresentante legale della persona interessata o del medico o del rappresentante legale della struttura sanitaria.» (D'Avack, *Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, cit., 194).

74 Si veda ancora Cass., 16.10.2007, n. 21748, cit., 3025 ss., che sul punto chiarisce che: «Nel consentire al trattamento medico o nel dissentire dalla prosecuzione dello stesso sulla persona dell'incapace, la rappresentanza del tutore è sottoposta a un duplice ordine di vincoli: egli deve, innanzitutto, agire nell'esclusivo interesse dell'incapace; e, nella ricerca del *best interest*, deve decidere non "al posto" dell'incapace nè "per" l'incapace, ma "con" l'incapace: quindi, ricostruendo la presunta volontà del paziente incosciente, già adulto prima di cadere in tale stato». Cfr. anche Ferrando, *Stato vegetativo permanente e trattamenti medici: un problema irrisol*to, in *Familia*, 2004, 1173 ss.

75 Zatti, *Cura, salute, vita, morte*, cit., 189 denuncia il rischio che si oscurino «a) il peso di un rifiuto consapevole di cure da parte di un minore che ha raggiunto una piena capacità di determinarsi ; b) il problema di una valutazione di proporzionalità/appropriatezza della cura, che per essere completa deve includere anche i valori della dignità, dell'integrità e della identità della persona, anche quando la persona non è in grado di esprimere volontà, o non le ha espresse o manifestate in precedenza».

76 D'Avack, *Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, cit., 190: «lo *status* di incapace, così come quello di minorenne, è stato dagli ordinamenti giuridici pensato allo scopo di tutelare i soggetti prevalentemente in ambito economico».

77 Così Busnelli, *Capacità ed incapacità di agire del minore*, in *Dir. fam. pers.*, 1982, 61. Si veda P. Perlingieri, *Dignità della persona e questioni di fine vita*, in *Riv. giur. Mol. Sannio*, 2017, 81 ss.

Quando si tratta di far valere diritti fondamentali della persona, non è possibile scindere l'aspetto statico della titolarità del diritto e l'aspetto dinamico del suo esercizio: siffatta scissione finisce per risolversi nella negazione del diritto[78].

Sarebbe allora opportuna una meditata riflessione sulla possibilità di consentire anche al minore, all'interdetto e al beneficiario di amministrazione di sostegno rappresentativa di compiere le D.A.T.[79], valutando l'ipotesi di coinvolgere obbligatoriamente nella stesura del documento un "terzo"[80] (che potrebbe essere proprio il me-

[78] Ciò è tanto più grave con riferimento ai c.d. "grandi minori" «soggetti che della legale capacità sono privi, ma già dotati di sufficiente maturità» (D'Avack, *op cit.*, 191).

[79] In tal senso, *ex multis*, si vedano in giurisprudenza Trib. Modena, 13.5.2008, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 1299 ss. (il caso riguardava per la verità un soggetto capace ma con patologia in atto, e il giudice afferma «l'assoluta superfluità di un intervento legislativo per introdurre e disciplinare il testamento biologico» perchè le istanze volte a rendere effettive le precedenti manifestazioni di volontà risulterebbero già tutelate con il ricorso al giudice per la nomina dell'amministratore di sostegno) e sempre Trib. Modena, 5.11.2008, in *Foro it.*, 2009, I, 37 ss., (nella quale ancor più esplicitamente si afferma che «l'amministrazione di sostegno è, nell'attualità, l'istituto appropriato per esprimere quelle disposizioni anticipate sui trattamenti sanitari per l'ipotesi di incapacità che vanno usualmente sotto il nome di testamento biologico»); Trib. Prato, 8.4.2009, in *Giur. merito*, 2010, 102 ss.; Trib. Trieste, 3.7.2009, ined.; Trib. Cagliari, 22.10.2009, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 429 ss.; Trib. Firenze, 22.12.2010, ivi, 2011, 487 ss., con nota di Infantino, *Direttive anticipate e amministrazione di sostegno*. *Contra* per tutte Cass., 20.12.2012, n. 23707, in *Nuova giur. civ. comm.*,, 2013, I, 424 ss., con nota di A. Gorgoni, *Amministrazione di sostegno e direttive anticipate di trattamento*, affermando che la procedura giudiziale di nomina dell'amministratore «implica il manifestarsi della condizione di infermità o incapacità della persona» e può quindi essere attivata solo nell'attualità della situazione di impossibilità di provvedere ai propri interessi. La Cassazione ritiene, pertanto indispensabile un intervento del giudice tutelare, possibile solo nel momento in cui insorga l'esigenza di protezione. Di diverso aviso anche successivamente rimane il Trib. Modena, 24.2.2014, in *Dir. fam e pers.*, 2014, 771 ss., per il quale, tenuto conto della *ratio* e della finalità perseguite con la l. 9.1.2004, n. 6, la nomina dell'amministratore di sostegno non deve necessariamente essere contestuale al manifestarsi dell'esigenza di protezione del soggetto, ben potendo essere disposta anche a favore di chi, nell'immediato futuro, assai plausibilmente verserebbe altrimenti in situazione di infermità tale da renderlo incapace di provvedere ai propri interessi.

[80] Cfr. Palmerini, *Cura degli incapaci e tutela dell'identità nelle decisioni mediche*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 363 ss., la quale condivide la decisione della Cass., 16.10.2007, n. 21748, nella quale la Suprema Corte dichiara che nello svolgimento del proprio ufficio al tutore non è preclusa una valutazione, da compiersi sotto il controllo del giudice, rivolta a considerare le condizioni attuali in cui si attua la sopravvivenza, la loro dimensione per molti versi innaturale e la compatibilità con l'identità espressa dal soggetto prima dell'episodio traumatico che ha compromesso in maniera irreversibile la sua capacità di intendere e di volere. Secondo l'A. la decisione richiede un confronto diretto con il vero nucleo problematico del caso, ossia l'ammissibilità della sostituzione nelle decisioni rivolte non già a consentire, ma a rifiutare le cure, per la gravità delle conseguenze che ne discendono. I presupposti che legittimano il tutore a richiedere la sospensione dell'alimentazione e dell'idratazione artificiali sono due, uno di carattere oggettivo e uno di carattere soggettivo. Il primo dato dalle caratteristiche della condizione clinica del paziente, che si presenta al tempo stesso come estremamente grave, di pura sopravvivenza vegetativa, ed irreversibile, connotata dall'impossibilità del recupero della coscienza. Con il secondo presupposto si impone di orientare la decisione al rispetto dell'identità espressa dal malato prima del sopraggiungere dell'incapacità; si deve avere riguardo, in particolare, sia alla volontà eventualmente comunicata in qualunque forma sia alla personalità, allo stile di vita e alle convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche del soggetto, in modo da accogliere con la massima approssimazione possibile l'attitudine che egli stesso avrebbe mostrato di fronte alle cure.

dico, un avvocato o un notaio[81]) e tenendo conto del grado di effettiva capacità di discernimento[82].

5. Garantendo ad ogni soggetto il diritto di rifiutare la ricezione delle informazioni o di delegarla ad altri, viene ulteriormente salvaguardata l'autodeterminazione del paziente, lasciato libero di scegliere in totale autonomia se, quando e quante informazioni ricevere sulla propria condizione clinica.

La nuova disciplina detta infine ulteriori disposizioni riguardanti la forma, il rifiuto e la revoca del consenso[83].

Si prevede, infatti, che il consenso sia acquisito nei modi e con gli strumenti più adatti alle condizioni del paziente, documentandolo o con la forma scritta, o ricorrendo a videoregistrazioni oppure, per le persone affette da disabilità, con gli strumenti più consoni a permettere la comunicazione (art. 1, co. 4., legge 219/2017)[84].

Per contro, tenuto conto che il legislatore non richiede che le D.A.T. siano redatte per iscritto "di proprio pugno" dal disponente, non si può escludere il rischio di un indebito utilizzo di moduli precompilati, magari con l'indicazione di una articolata serie di trattamenti sanitari, in corrispondenza di altrettante patologie, che il soggetto può limitarsi semplicemente "a spuntare"[85].

Ferma restando la possibilità per il paziente di modificare sempre la propria volontà (art. 1, co. 5, legge 219/2017), si riconosce ad ogni individuo il diritto di rifiutare gli accertamenti e i trattamenti proposti dal medico e il diritto di revocare in ogni momento il consenso precedentemente prestato[86], anche qualora questo possa comportare l'interruzione di un trattamento necessario alla sopravvivenza del paziente[87].

---

81 Romano, *Legge in materia di disposizioni anticipate di trattamento*, in *Notariato*, 2018, 15 ss.

82 D'Avack, *Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, cit., 192 mette in luce come: «il legislatore ha previsto delle regole che, in conformità al principio del rispetto della dignità, la presenza di un legale rappresentante non esonera il medico dal coinvolgere nel processo decisionale il paziente, se quest'ultimo, nonostante la mancanza di capacità giuridica, sia in grado anche in parte di partecipare. (…). Nel caso, poi, dei minori, il loro parere deve essere considerato come un fattore sempre più decisivo in proporzione alla loro età e alla loro capacità di discernimento».

83 Fasan, *Consenso informato e rapporto di cura*, cit., 97.

84 Muià, Brazzini, *Quale forma deve avere il consenso informato? Le oscillazioni della Cassazione e la soluzione della nuova Legge*, in *Danno resp.*, 2018, 607 ss.

85 Così pressoché testualmente Bozzi, *La legge sulle disposizioni anticipate di trattamento tra esigenze di bilanciamento e rischi di assolutizzazione*, cit., 1354.

86 Bugetti, *La disciplina del consenso informato nella legge 219/2017*, cit., 115, sottolinea che la norma distingue tra rinuncia e rifiuto, precisando che «con il termine "rinuncia" (…) si fa riferimento alla interruzione di un trattamento già in essere in forza della revoca del consenso del paziente – di per sé sempre possibile –, mentre col termine "rifiuto" s'intende la mancata somministrazione del trattamento medico per un dissenso che si sia manifestato prima dell'inizio dello stesso».

87 Vettori, *Il diritto alla salute alla fine della vita: obblighi e responsabilità dell'amministrazione sanitaria*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, 1463 ss.; Guarnieri, *Profili giuridici della fine della vita umana*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 1707 ss.

Rimane in capo al medico l'obbligo di informare il paziente sulle conseguenze del proprio rifiuto e di promuovere ogni forma di sostegno nei suoi confronti, nonché l'obbligo di rispettare la volontà espressa dalla persona di non sottoporsi al trattamento sanitario[88].

La norma, pertanto, si fa carico di disciplinare anche il risvolto negativo dell'autodeterminazione terapeutica, che non si esaurisce nella possibilità di manifestare l'assenso alle cure e di scegliere i trattamenti, ma implica appunto la possibilità di opporre un rifiuto[89].

Certamente, in tale scelta di "rifiuto" di cure" non può non ravvedersi quantomeno la volontà di non contrastare più la malattia, accettando nelle ipotesi più estreme – qui d'interesse – la conseguenza della morte[90].

Il paziente non potrà, però, pretendere trattamenti sanitari che siano contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico assistenziali[91].

---

88 D'Avack, *Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, cit., 186.

89 In termini già Campione, *Il rifiuto di cure*, in Sesta (a cura di), *L'erogazione della prestazione medica tra diritto alla salute, principio di autodeterminazione e gestione ottimale delle risorse*, Santarcangelo di Romagna, 2014, 270.

90 D'Agostino, *Il caso umano e politico di Piergiorgio Welby: "pietà e chiarezza"*, in *Iustitia*, 2007, 78, mette in guardia dal rifiuto di cure come "scorciatoia" per l'eutanasia; ma il discorso porterebbe lontano; basti considerare che il rifiuto di cure è una scelta che lascia aperta la porta alla possibilità di "tornare indietro" o di far seguire una scelta diversa mutando decisione, allorché vi fosse in ipotesi un semplice ripensamento o il caso di un diverso percorso terapeutico di cui inizialmente non si fosse a conoscenza, ecc…, mentre l'atto eutanasico rappresenta un comportamento diretto a provocare una ricaduta istantanea e irreversibile verso l'evento morte (criticamente si veda Stanzione – Salito*, Il rifiuto "presunto" alle cure: il potere di autodeterminazione del soggetto incapace*, in *Iustitia* 2008, 76 ss.). Tuttavia, non può farsi a meno di rilevare (cfr. Zatti, *Maschere del diritto. Volti della vita*, Milano 2009, 301 s.) che a volte il c.d. "staccare le macchine" ha come conseguenza la morte del soggetto, con una rapidità che si avvicina molto all'immediatezza causale dell'atto eutanasico in senso stretto e non rappresenta la semplice rimozione di un "ostacolo" tecnologico ad un processo "terminale" che resta "naturale" (cfr. Cantor, *On hastening death without violating legal and moral prohibitions*, in *Loyola Univ. Chicago Law Journal*, 37, 2006, 408 ss.; Rauti, *Certus an, incertus quando: la morte e il diritto del paziente all'«ultima parola» fra diritto, etica e tecnica*, in P. Falzea (a cura di), Thanatos e Nomos. *Questioni bio-etiche e biogiuridiche di fine vita*, Napoli, 2009, 248 s., parla di «morte non impedita», e non di «morte procurata»). Tali notazioni appaiono, peraltro, importanti, al fine di non confondere tra loro situazioni differenti. La differenza che intercorre tra il lasciarsi morire e chiedere di essere uccisi o aiutati a morire, è scriminante rispetto alla nota vicenda di Piludu, che si colloca quindi ancora nell'ambito della prima fattispecie, e quella altrettanto drammatica di Fabiano ("Dj Fabo") vicenda quest'ultima estranea al rifiuto di cure, considerato che non c'era una malattia da lasciare progredire naturalmente fino al suo esito finale (trattandosi di essere rimasto vittima di un incidente che lo aveva reso cieco e completamente paraplegico), ma una drammatica volontà di non voler vivere più (v. Sunstein, *The Right to Die*, in *Yale Law Journal*, 1997 (106), 1153 ss.).

91 In realtà, come noto, prima del presente intervento legislativo, dopo la vicenda di Welby, la sentenza della Cass., 16.10.2007, n. 21764 sul caso di Eluana Englaro rappresentò una sorta di linea divisoria tra un prima e un dopo nel dibattito sul diritto di rifiutare le cure, anche salava-vita (*life-sustaining*), consolidando il processo di costruzione interpretativa del fondamento del diritto di rifiutare le cure. La Corte di Cassazione, nella citata sentenza, individua una dimensione essenzialmente individuale della salute, definendo la scelta

La legge n. 219 impedisce chiaramente che il medico diventi un mero strumento della volontà del paziente: pur promuovendo e tutelando la libertà di autodeterminazione del paziente, riconosce al medico una sua dimensione di autonomia professionale.

Questo significa che il medico non è tenuto a rispettare incondizionatamente qualsiasi richiesta presentata dal paziente[92], pur riconoscendo, in caso di contrasto tra le volontà, ove possibile, prevalenza alla volontà del malato.

Uno strumento per prevenire possibili contrasti è dato dalla pianificazione condivisa delle cure (art. 5 legge 219/2017), da predisporre sempre all'esito del consenso informato, il quale assume tuttavia un contenuto peculiare[93].

La nuova disciplina[94] prevede il diritto di ogni persona di realizzare, all'interno della relazione terapeutica, una pianificazione condivisa delle cure con il proprio medico specie nei casi di una patologia cronica e invalidante o caratterizzata da uno sviluppo inarrestabile con prognosi infausta (art. 5, co. 1)[95].

---

di curarsi (o di non curarsi) e di come curarsi alla stregua di una manifestazione dell'identità personale dell'individuo oltre che della autonomia morale di ciascun soggetto, che appartiene al nucleo più intimo e irriducibile della libertà di ogni persona. Diverso, pur non essendo questa la sede, il caso nella quale presupposto dell'obbligo di cura è sostanzialmente il dovere di proteggere la salute degli altri consociati, insieme ovviamente a quella del soggetto che viene sottoposto al trattamento (Corte Cost. 23.6.1994, n. 258, in *Giust. cost.*, 1994, 2102: «è proprio questo ulteriore scopo (preservare lo stato di salute degli altri), attinente alla salute come interesse della collettività»). Il diritto alla salute, anche nella sua versione "difensiva" rispetto a comportamenti coercitivi o non rispettosi della volontà individuale del malato, viene così a costituire una proiezione specifica della libertà personale e della sfera dei diritti inviolabili della persona (così D'Aloia, *Il caso Piludu e il diritto di rifiutare le cure (anche* life-sustaining*)*, in *Studium Iuris*, 2017, 1464 s.). La sentenza non lascia, infatti, alcun equivoco anche rispetto all'ipotesi in cui il trattamento terapeutico avesse rappresentato l'ultimo ostacolo alla "progressione mortale della malattia", affermando sul punto quanto segue: «deve escludersi che il diritto all'autodeterminazione terapeutica del paziente incontri un limite allorché da esso consegua il sacrificio del bene della vita. (...) il diritto al rifiuto del trattamento sanitario può essere, dunque, esteso ai trattamenti di sostegno vitale, intendendosi tali quei trattamenti la cui mancata somministrazione determina un pericolo grave e immediato per la vita del paziente». La scelta di curarsi o meno allora, in quest'ottica, non si porrebbe più quale attuazione o violazione di un diritto alla tutela della salute (in questo senso invece Nicolussi, *Al limite della vita: rifiuto e rinuncia ai trattamenti sanitari*, in *Quad. cost.* 2010, 2, 277 ss.), ma come espressione di una più ampia manifestazione di libertà nell'esplicazione della condizione di vita che da un lato non può essere imposta a nessuno, se non nei termini previsti dalle leggi e a tutela anche di interessi specifici di altri soggetti o "della collettività", dall'altro è semmai il portato di esperienze individuali, con le sofferenze reali, con malattie in relazione alle quali la terapia diviene più che una cura solamente un inutile e intollerabile "appesantimento" di quel poco di vita che resta (D'Aloia, *op. cit.*, 1467).

92 Casonato, *La pianificazione condivisa delle cure*, in Ridolfi, Casonato, Penasa (a cura di), *Consenso informato e DAT: tutte le novità*, Milano, 2018, 44.

93 Casonato, *op. cit.*, 41.

94 Fasan, *Consenso informato e rapporto di cura*, cit., 98.

95 Zatti, *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e DAT*, cit., 249, acutamente osserva che non deve trattarsi di «una patologia "in atto". Quindi, chi si sa esposto, per ragioni di storia familiare, o per allarmi e episodi minori, a un rischio legato a una specifica forma patologica, può fare la sua brava pianificazione di cure anche se non è ospedalizzato, purché di concerto con un medico», aggiungendo anche «che

Per poter accedere a questo istituto, il paziente deve essere adeguatamente informato sulla possibile evoluzione della patologia in atto, su quanto sia possibile attendersi in termini di qualità della vita, sulle opzioni cliniche di intervento e sull'eventuale accesso a cure palliative, informazioni queste che il paziente, qualora lo desideri, ha il diritto di condividere con i propri familiari (art. 5, co. 2)[96].

La pianificazione delle cure si configura, quindi, come una vera e propria ipotesi di "codeterminazione" nascente dall'alleanza terapeutica medico-paziente[97].

Al riguardo si rileva che per la pianificazione della cura non è prescritta la stessa forma scritta "rafforzata" che l'art. 4, co. 6, impone per le D.A.T. (vale a dire «scrittura privata consegnata personalmente dal disponente presso l'ufficio dello stato civile del comune di residenza del disponente medesimo»)[98].

La pianificazione potrà essere contenuta, persino, anche in uno scritto da consegnare ad un familiare, amico o al medico curante[99].

---

l'età, oltre una certa soglia, potrebbe essere ragione sufficiente per una pianificazione in relazione ai rischi che il medico di fiducia considera ormai prudente prendere in considerazione».

96 Zatti, *loc. cit.*: «Nel contesto della pianificazione di cure, la legge collega il *fiduciario* alla figura prevista per le disposizioni anticipate; ciò non esclude che lo stesso fiduciario, finché non si pone un problema di applicazione delle disposizioni anticipate, assuma il compito di cui all'art. 1; e se il paziente volesse, nelle forme della pianificazione, o consegnando ai curanti la procura, dare al fiduciario il potere di rappresentarlo per ogni decisione anche quando fosse sopravvenuta la propria incapacità?».

97 Bozzi, *La legge sulle disposizioni anticipate di trattamento tra esigenze di bilanciamento e rischi di assolutizzazione*, cit., 1356, mette altresì in evidenza come la pianificazione delle cure possa essere puntualmente aggiornata in corrispondenza con il «progressivo evolversi della malattia, su richiesta del paziente o su suggerimento del medico» (art. 5, comma 4), configurandosi come «una sorta di consenso informato "temporalmente esteso", caratterizzato da una attualità "prospettica"». Della stessa opinione Morozzo della Rocca, *Capacità di volere e rifiuto delle cure*, in *Eur. e dir. priv.*, 2014, 387 ss.: «La cosiddetta alleanza terapeutica, (...), non conduce tanto all'autodeterminazione quanto, nelle ipotesi di successo, alla «codeterminazione», vale a dire alla valorizzazione della capacità di comprensione del paziente attraverso parole oneste e comprensibili che gli consentano di orientarsi e di decidere (all'esito di un processo di formazione della volontà nel quale la parte medica è l'inevitabile fonte principale di cognizione); (...). Ferma restando la libertà di scelta unicamente riferibile al paziente, la diversità tra autodeterminazione e codeterminazione non si riduce ad una mera differenza di toni, nè ad una vuota questione di stile, ma esprime una differenza di prospettive: infatti (...) porre l'accento sulla codeterminazione implica prendere atto della capacità e forse della necessità di orientamento del sapere del medico; e collegare dunque la stessa attività di informazione ad una cornice assiologica precedente alla sua relazione con il malato, affinchè la sua capacità di orientamento sia ordinata ad un sistema di valori dell'arte medica che, se non può essere imposta al malato, può almeno essergli offerta».

98 In merito alla forma la legge prevede che le D.A.T. «possano essere redatte "per atto pubblico o per scrittura privata autenticata ovvero per scrittura privata consegnata personalmente dal disponente presso l'ufficio dello stato civile del comune di residenza del disponente medesimo che provvede all'annotazione in apposito registro, ove istituito, oppure presso le strutture sanitarie.". Quest'ultima ipotesi presuppone che le Regioni adottino modalità telematiche di gestione della cartella clinica o il fascicolo sanitario elettronico o altre modalità informatiche di gestione dei dati del singolo iscritto al Servizio Sanitario Nazionale.» (D'Avack, *Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, cit., 198).

99 Perriello, *Prime note a margine della legge sulle disposizioni anticipate,* cit., 1000.

La pianificazione deve essere inserita «nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico» (art. 5, co. 4).

6. Il consenso[100] incide chiaramente su aspetti di autonomia, indipendenza, diritto/dovere di curare e farsi curare[101]; e la consensualità è elemento imprescindibile – come si è sopra detto – per riuscire a legittimare l'attività medico-chirurgica[102].

Il consenso informato viene letto[103] quale vero e proprio diritto della persona che trova fondamento sicuro nei più oggettivi principi fondamentali espressi dalla Costituzione[104].

Il diritto del paziente di formulare un consenso informato all'intervento «appartiene ai diritti inviolabili della persona, ed è espressione del diritto all'autodeterminazione in ordine a tutte le sfere ed ambiti in cui si svolge la personalità dell'uomo»[105]; «riveste natura di principio fondamentale»[106].

---

[100] «Definire in modo sintetico ed esaustivo il significato dell'espressione consenso informato è tutt'altro che agevole, in considerazione della molteplicità di profili che la stessa evoca» (così Fresa, *La colpa professionale in ambito sanitario. Responsabilità civile e penale, consenso informato, colpa e nesso causale, casistica e giurisprudenza*, Torino, 2008, 63).

[101] Posteraro, *Osservazioni sul consenso informato alla luce di giurisprudenza e dottrina recenti*, cit., 4.

[102] «Si tratta di rispettare la primazia delle scelte della persona che è protagonista della cura durante tutta la relazione terapeutica» (Graziadei, *Dal consenso alla consensualità nella relazione di cura*, cit., 39).

[103] Cfr. Trib. Milano, V, 29.3.2005, n. 3520: «Il consenso deve essere frutto di un rapporto reale e non solo apparente fra medico e paziente, in cui il sanitario è tenuto a raccogliere un'adesione effettiva e partecipata, non solo cartacea all'intervento. Esso non è dunque un atto puramente formale o burocratico ma è la condizione imprescindibile per trasformare la violazione dell'integrità psico-fisica da un atto normalmente illecito in un atto lecito, fonte appunto di responsabilità».

[104] Cfr. Feola, Antignani, Durante, Spalletta, *Consenso informato. Facoltà di curare e pazienti con incerte capacità a consentire*, Torino, 2001, 2 ss.; Spinsanti, *Chi decide in medicina? Dal consenso informato alla decisione consensuale*, Roma, 2002.

[105] Così ancora Trib. Milano, V, 29.3.2005, n. 3520. Da un punto di vista storico, fu il codice di Norimberga del 1949, per primo, a definire come essenziale il "consenso volontario" del soggetto umano, al fine di scongiurare che gli abusi perpetrati sotto il regime nazista potessero mai più ripetersi. Tale formula giuridica ha trovato accoglienza dapprima negli Stati Uniti, dove il dibattito, sviluppatosi prima limitatamente alla necessità del consenso del paziente nella fase antecedente a quella strettamente chirurgica, è giunto poi a considerare l'informazione come caratteristica fondamentale per la configurazione del lecito trattamento medico (il c.d. *informed consent* del XX secolo). Fra i precedenti storici delle Corti Americane che hanno segnato la nascita e l'evoluzione del consenso informato vi sono il caso *Slater* (1767), il caso *Carpenter* (1871), il caso *Mohr* (1905), il caso *Schloendorff* (1914) e il caso *Salgo* (1957) e, da ultimo, il caso *Cooper* (1971). Quest'ultimo evidenzia, in particolare, come il principale e ultimo obiettivo del consenso informato sia quello di portare a conoscenza del paziente tutti gli aspetti concreti della terapia, in base ai quali egli possa poi scegliere consapevolmente cosa fare e cosa non fare.

[106] Così Corte cost., 23.7.2009, n. 253.

Perciò, non può essere compromesso in nessun modo[107] e diventa «diritto irretrattabile»[108] dell'individuo[109].

Una tale accettazione del consenso quale elemento imprescindibile del rapporto di cura[110] è il riflesso d'uno spostamento di visuale che, nell'ambito del rapporto medico-paziente, ha portato alla configurazione di un nuovo c.d. modello personalistico in luogo di quello c.d. paternalistico[111].

D'altra parte, nel diritto civile non si è mai configurata una limitazione dell'autonomia dei soggetti, salvo i casi di incapacità (si pensi ai minori), «in funzione della realizzazione degli interessi dei soggetti medesimi»[112].

Non si intravede, pertanto, motivo valido per il quale tale limitazione dovrebbe verificarsi nell'ambito del fine vita[113].

Il paziente è cosciente dei propri diritti e pretende di essere informato sia sulla propria malattia, che sulle diverse alternative per curarla[114].

---

107 Una tale condotta, infatti, sarebbe lesiva «della sfera personale del soggetto e della libertà morale dello stesso». Così, Bricola, Zagrebelsky, *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, Torino, 1996, 424.

108 L'espressione è stata utilizzata da Cass. civ., III, 28.7.2011, n. 16543, in *Giust. civ.*, 2013, 1169 ss., in cui essa stabilisce che: «Il diritto al consenso informato, in quanto diritto irretrattabile della persona va comunque e sempre rispettato dal sanitario, a meno che non ricorrano casi di urgenza, rinvenuti, a seguito di un intervento concordato e programmato e per il quale sia stato richiesto e sia stato ottenuto il consenso, che pongano in gravissimo pericolo la vita della persona, bene che riceve e si correda di una tutela primaria nella scala dei valori giuridici a fondamento dell'ordine giuridico e del vivere civile, o si tratti di trattamento sanitario obbligatorio».

109 *Ex pluribus*, si vedano: Cocco, *Un punto sul diritto di libertà di rifiutare terapie mediche anche salva vita (con qualche considerazione penalistica)*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 485 ss.; G. Marini, *Il consenso*, in Rodotà, Tallacchini (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, in Rodotà, Zatti (diretto da), *Trattato di Biodiritto*, cit., 361 ss.; Nivarra, *Autonomia (bio)giuridica e tutela della persona*, cit., 719 ss.; Zatti, *Il diritto a scegliere la propria salute*, cit., 1 ss.; Casonato, *Il consenso informato. Profili di diritto comparato*, in *Dir. pubb. comp. eur.*, 2009, 1052 ss.

110 «Il consenso informato mira cioè a porre al centro dell'attenzione del medico non solo, o non soltanto, la malattia, ma la persona bisognosa di cure; cosicché, ai doveri di informazione del medico corrisponde oggi la figura del malato partecipe, che può considerare l'informazione come un suo diritto irrinunciabile e non più come una gentile concessione». Così, Giunta, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 378. Cfr. Casonato, *Il consenso informato. Profili di diritto comparato*, cit., 1052 s.

111 Graziadei, *Dal consenso alla consensualità nella relazione di cura*, cit, 39, espressamente parla di «abbandono del paternalismo nella relazione di cura».

112 G. Gemma, *Vita (diritto alla)*, *Dig. disc. pubb.*, XV, Torino, 681.

113 D'Avack, *op. cit.*, 194, evidenzia come: «Il consenso informato a carico dell'amministratore o del rappresentante legale o del tutore nell'ambito dei trattamenti sanitari, dovrà tuttavia coinvolgere il paziente proporzionalmente alla sua età, maturità e consapevolezza della situazione in cui si trova».

114 Borsellino, *Bioetica tra autonomia e diritto*, Milano, 1999.

Il paziente, in definitiva, affidandosi ad un medico, lo costituirà sì garante della propria salute[115], ma non certo signore assoluto di essa[116].

È questo il modello qualificabile come "liberale", incentrato sul principio di autonomia, al quale è sottesa la convinzione che la volontà degli individui adulti e capaci non possa essere compressa o annullata nemmeno quando il fine che ci si propone è quello di fare il loro bene[117].

Si tratta, in definitiva, del riconoscimento in capo ai singoli di una sempre più forte dimensione di libertà, favorita certo da una centralità del paziente nella relazione di cura, valorizzandone la volontà e l'autonomia nelle scelte mediche, ma anche prendendo in considerazione l'impatto delle nuove tecnologie e dei progressi della scienza proprio in ambito medico-sanitario[118].

D'altronde è questa l'epoca nella quale diventa possibile la realizzazione dei primi trapianti d'organo, vengono affinate tecniche di ingegneria genetica tali da consentire diagnosi prenatali sempre più precise, si diffonde l'uso di metodi contraccettivi e di tecniche mediche per l'interruzione volontaria di gravidanza.

Da qui, anche nel delicato rapporto tra uomo e scienza, l'affermarsi del consenso informato come espressione di un'adesione consapevole e volontaria, quale base di una moderna concezione di rapporto terapeutico[119].

---

115 Viganò, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, 2000, 524 s.

116 Cfr. Helzel, *Il rapporto medico paziente tra principi etici e norme giuridiche*, in *Corti calabresi*, 2007, 617. Cfr, anche, D. Amato, *La posizione di garanzia del medico. Uno studio giuridico, bioetico e deontologico*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 1671 ss.

117 Sul tema: Andorlini, Marcone, *Medicina, medico e società nel mondo antico*, Grassina, 2004, 145 ss.; Gourevitch, *Le triangle hippocratique dans le monde gréco-romain*, Roma, 1984; Mazzarello, *Rapporto terapeutico in occidente: profili storici*, in Lenti, Fabris, Zatti, *I diritti in medicina*, cit., 3 ss.; Engelhardt, *La relazione fra medico e paziente: ieri, oggi e domani*, in Aa.Vv., *La relazione di cura. Medico e malato fra Tecnica e nuovo Umanesimo*, Ass. Trentina Malati Reumatici, Trento, 2008; M. Trabucchi, *L'ammalato e il suo medico. Successi e limiti di una relazione*, Bologna, 2009.

118 Ben lontano appare dunque ormai il modello paternalistico, che viene così descritto da Graziadei, *Il consenso informato e i suoi limiti*, cit., 209 s.: «Il medico (…) come uomo di scienza, appariva al malato e alla società alla stregua di un interprete sapiente di quanto veniva ritenuto necessario al paziente per recuperare un bene naturale, tramite il ripristino di uno stato del corpo conforme alla sua condizione di naturale benessere. Il medico ben poteva quindi tacere al paziente la sua vera condizione, avendo in mente una visione finalistica dell'ordine naturale. La tradizione della medicina ippocratica in effetti non prescriveva al medico di comunicare al paziente alcunché circa il suo stato di salute, bensì gli raccomandava di usare la parola solo per persuadere il paziente di sottoporsi alla cura per il suo bene. Il medico, come custode del bene del paziente, si ergeva a suo tutore, e poteva decidere in suo luogo, secondo scienza e coscienza, entro i confini della morale propria di una società fortemente stratificata, in cui il paternalismo era incarnato visibilmente dalla figura del monarca, e in cui il magistero della chiesa spiegava tutto il suo effetto».

119 Rodotà, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, 249 s.; Casonato, *Introduzione al biodiritto*, cit., 10.

Nel quadro del fine vita, è però chiaro che tali principi assumono una portata del tutto particolare. Di fronte all'ineluttabilità del morire, le decisioni si caricano di una forte valenza simbolica ed esistenziale[120].

[120] Sul diritto di rifiutare le cure nella prospettiva del consenso informato, merita di essere richiamata la decisione del Tribunale di Cagliari del 16 luglio 2016 (Scalera, *L'amministrazione di sostegno e il rifiuto delle cure "life-sustaining"*, nota a decr. Trib. Cagliari, sez. civ. 16.7.2016, in *Famiglia e diritto*, 2017, 357 ss.): «in ogni caso, (in) presenza di documentato rifiuto di persona capace, il medico deve desistere dagli atti diagnostici e curativi, non essendo consentito alcun trattamento medico contro la volontà espressa della persona», anche perché non sussiste «un dovere di curarsi come principio di ordine pubblico»; «La Carta Costituzionale è esplicita nel prevedere che ogni trattamento sanitario, per poter essere praticato, necessiti del consenso dell'individuo. La norma non contiene riserve di sorta e il consenso del paziente dovrà esistere sempre, anche se il dissenso determini un pericolo potenziale o reale per la propria vita». Questi sono i passaggi principali della decisione del giudice tutelare del Tribunale di Cagliari, che con il decreto del 16 luglio 2016 accolse il ricorso di Walter Piludu e del suo amministratore di sostegno, volto ad ottenere l'interruzione del trattamento di sostegno vitale realizzato mediante respiratore artificiale, previa sedazione.
È bene ricordare che si trattava di un caso analogo a quello di Piergiorgio Welby (affetto da un gravissimo stato morboso degenerativo, clinicamente diagnosticato quale "distrofia fascioscapolomerale"; la sua sopravvivenza era assicurata esclusivamente per mezzo del respiratore automatico al quale era stato collegato sin dall'anno 1997), dal quale – come noto – si differenzia per l'esito (almeno in prima battuta) del giudizio civile favorevole all'autorizzazione al distacco del respiratore artificiale. Nel caso del ricorso di Welby al Tribunale di Roma l'esito sfavorevole fu fondato, da un lato, sull'assenza di una specifica disciplina «del rapporto medico-paziente e sulla condotta del medico ai fini dell'attuazione pratica del principio dell'autodeterminazione per la fase finale della vita umana», dall'altro, sulla prevalenza del principio di indisponibilità del bene della vita e al connesso «obbligo giuridico di garanzia del medico di curare e mantenere in vita il paziente».
Sul caso Welby, si veda P. Veronesi, *Sul diritto a rifiutare le cura salvavita prima e dopo il "caso Welby"*, in *Studium Iuris*, 2008, 1074 ss. Sul rifiuto dei sanitari di dare seguito alla volontà del proprio assistito si pronunciò il Trib. Roma, 14.12.2006, in *Giur. mer.*, 2007, 996 ss. dichiarando inammissibile la richiesta di Welby e evidenziando la mancanza di una specifica disciplina nell'ordinamento italiano che regolasse le decisioni di fine vita in un contesto clinico. Welby, come Piludu (rimasto sempre cosciente fino alla fine), pur gravemente malato, espresse più volte la volontà, in merito alla continuazione o meno di un trattamento terapeutico, di far cessare il trattamento di respirazione artificiale, e di poter vivere le fasi finali della propria esistenza senza l'ausilio delle tecniche di sostentamento vitale, che sulle base delle conoscenze mediche nulla avrebbero potuto apportare alle prospettive di miglioramento.
Sul caso Piludu vedi: D'Aloia, *Il caso Piludu e il diritto di rifiutare le cure (anche* life-sustaining*)*, in *Studium Iuris*, 2017, 1463. cfr. Pizzetti, *Considerazioni a margine del «caso Piludu» fra valori costituzionali e pronunce giurisprudenziali in materia di rifiuto di trattamenti sanitari salvavita*, in *Biolaw Journal – Rivista di Biodiritto* 2017, 207 ss.
Sicuramente quello del Trib. di Cagliari rappresenta un provvedimento agli antipodi dalla prima storica sentenza italiana sul consenso informato (Ass. Firenze, 18.10.1990, n. 13). La decisione richiamata è importante, in particolare, per aver messo in evidenza la necessità di assumere, previamente (come condizione per l'interruzione del trattamento di sostegno vitale), il consenso attuale di Piludu, ovvero, «in caso di sua sopravvenuta incapacità, del suo amministratore di sostegno». In tale passo testualmente riportato trova conferma la tesi dell'idoneità dell'istituto dell'amministrazione di sostegno a fungere quasi da alternativa, almeno parziale, al modello delle dichiarazioni anticipate di trattamento.

Si accentuano i toni della dimensione soggettiva e del rapporto con il personale modo del paziente di intendere "l'esistenza, la dignità, l'identità"[121].

L'individuo viene riconosciuto quale vero centro della relazione terapeutica, in cui è libero di esprimere, nei limiti di quanto consentito, la propria volontà in base alla propria idea e concezione di dignità umana[122], senza essere eccessivamente eterodiretto e condizionato dalla volontà del medico che con lui si trova ad interagire[123].

7. I sanitari, purtroppo, hanno spesso recepito la problematica del consenso dell'avente diritto in termini piuttosto formali e riduttivi: la maggior parte di loro lo ha da sempre considerato come una mera pratica o come fastidioso obbligo[124].

In quest'accezione il consenso informato perde, però, di rilevanza, ed il motivo per cui esso è nato viene svuotato del suo significato, diventando un mero atto dovuto, una mera obbligazione di comportamento che, adempiuta, solleva il medico dall'imbarazzo di un'eventuale futura complicanza sanitaria, un formulario che lo protegge da possibili casi giudiziari[125].

Quanto ai pazienti, è accaduto che essi spesso abbiano estremizzato l'importanza e la necessarietà del consenso informato: sicuri dei propri diritti, desiderosi di un'informazione ricca e comprensibile, ambiziosi nel volersi ritenere autonomi e soli nel momento delle scelte che li riguardano, si sono sempre più convinti di poter fare a meno del medico[126].

Ma attenzione: la sempre maggiore autonomia pretesa dal paziente che aspira (correttamente) a diventare corresponsabile del proprio destino sanitario, tuttavia, se mal intesa, talora tende a mortificare l'importanza sostanziale del curante e pro-

[121] Cfr. sul punto Ferrando, *Fine vita e rifiuto di cure: profili civilistici*, in Canestrari, Ferrando, Mazzoni, Rodotà, Zatti (a cura di), *Il governo del corpo*, cit., 1865 ss. e spec. 1868.

[122] D'Avack, *Il paradigma dignità: usi etici e giuridici*, in *Riv. fil. dir.*, 2019, 11 ss.

[123] Saggiamente Bozzi, *La legge sulle disposizioni anticipate di trattamento tra esigenze di bilanciamento e rischi di assolutizzazione*, cit., 1359 avverte l'esigenza di affermare che «Una riflessione non semplicisticamente ridotta ad una contesa tra partigiani del "paternalismo" e paladini dell'autodeterminazione appare a questo punto ineludibile».

[124] In termini Posteraro, *Osservazioni sul consenso informato alla luce di giurisprudenza e dottrina recenti*, cit., 18.

[125] In quest'ottica, il rapporto medico-paziente si riduce ad un'ordinaria relazione commerciale regolata per legge da puntuali norme di correttezza professionale. In siffatta relazione, il paziente diventa un comune cliente, mentre il medico, da corretta controparte qualificata, si limita a porlo nelle condizioni di poter scegliere (senza tuttavia curarsi del fatto ch'egli sappia, poi, farlo nella maniera più corretta). Sul tema, Liparoti, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale tra teoria e prassi giurisprudenziale*, in *Riv. it. med. leg*, 2013, 1, 509 ss.

[126] Così ancora Posteraro, *Osservazioni sul consenso informato alla luce di giurisprudenza e dottrina recenti*, cit., 19.

voca la riduzione del medico a mero prestatore d'opera[127], ad una specie di artigiano ad elevata qualifica, mero esecutore materiale di volontà altrui[128].

Il risultato è che la relazione medico-paziente viene pervasa da un forte allontanamento[129] al quale, quindi, la legge intende rimediare.

Occorre evitare che l'informazione, tradotta nella pratica del consenso informato, diventi la caricatura di se stessa[130].

Da qui la positivizzazione normativa e valorizzazione del bisogno comunicativo che è alla base del consenso informato[131].

Bisogna, difatti, evitare che la medicina perda la propria storica connotazione di *arte* medica per assumere, invece, quella più spersonalizzata e deresponsabilizzante di *tecnica* medica[132].

In questa prospettiva, la libertà di autodeterminazione e il dovere di cura non sono concetti contrastanti tra loro; bisogna, anzi, che si rendano complementari. Nel caso contrario, si rischia di scardinare l'alta funzione sociale che la medicina svolge e che è opportuno continui a svolgere[133].

8. Pur non essendo una legge di portata rivoluzionaria, appare condivisibile affermare che la legge n. 219 del 2017 sia una "buona legge buona"[134].

---

127 Secondo Sgreccia, *Manuale di bioetica*, I. *Fondamenti ed etica biomedica*[4], Vita e pensiero, Milano, 2007, 267, «Rispondere ai possibili abusi del paternalismo medico ricorrendo soltanto al principio di autonomia non serve a riequilibrare la relazione medico-paziente, ma anzi sembra condannarla alla conflittualità, nella quale si confrontano due autonomie e due prospettive nella malattia. Né è auspicabile percorrere una linea puramente contrattualistica: l'impossibilità di tradurre immediatamente la relazione di cura nei termini del "contratto" tra lo specialista e il malato deriva dallo spessore esistenziale della malattia, dal suo significato etico e antropologico».

128 Posteraro, *loc. ult. cit.*

129 Come emblematicamente accade nell'ormai diffuso fenonemo della telemedicina: cfr. Filauro, *Telemedicina, cartella clinica elettronica e tutela della privacy*, in *Danno resp.*, 2011, 472 ss.; Izzo, *Medicina e diritto nell'era digitale: i problemi giuridici della cybermedicina*, *ivi*, 2000, 807 ss.

130 Cfr. Spinsanti, *Chi decide in medicina?*, cit., 92; Orefice, *La sfiducia e la diffidenza. Metodologia clinica per i casi difficili*, Milano, 2002, 3.

131 Cfr. Malta, *Etica e chirurgia estetica*, in *Bioetica e Cultura*, 8, 1, 93 scrive che, nel caso della chirurgia estetica, il rapporto medico-paziente è invertito: è quasi sempre il paziente a chiedere l'applicazione di una tale pratica chirurgica.

132 In quest'ottica, il medico si trova spesso a dover rispondere a richieste che non sempre corrispondono a dei veri e propri bisogni umani, quanto piuttosto a dei meri sogni del soggetto paziente, come nella chirurgia estetica.
Sul tema, A. Santosuosso, *Corpo e libertà. Una storia tra diritto e scienza*, Milano, 2001; Veronesi, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei casi e astrattezza della norma*, Milano, 2007; Rodotà, *La persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in Rodotà, Tallacchini (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, cit., 169 ss.; Breccia, Pizzorusso, *Atti di disposizione del proprio corpo*, Pisa, 2007; Pasinelli, (a cura di), *Il consenso informato. Una svolta nell'etica medica*, Milano, 2004, 55.

133 Così sempre Posteraro, *Osservazioni sul consenso informato alla luce di giurisprudenza e dottrina recenti*, cit., 20.

134 Così definita in Canestrari, *Una buona legge buona*, cit. V. anche le considerazioni di Calvo, *La nuova legge sul consenso informato e sul c.d. biotestamento*, in *Studium Iuris*, 2018, 694: «Nel complesso la legge in

Taluno ha sostenuto, a fronte dell'inerzia del legislatore, che sarebbe stata preferibile una maggiore responsabilizzazione della dottrina e della giurisprudenza in chiave non positivistica bensì sistematico-assiologica, nella consapevolezza che ove non sia possibile trovare una norma di dettaglio, la soluzione non potrebbe che essere rinvenuta nei princìpi – ragionevolezza, proporzionalità, differenziazione – espressi sia nella Costituzione sia nelle fonti comunitarie[135].

Ebbene, adesso, il legislatore è intervenuto e con la normativa in vigore siamo chiamati a confrontarci. Oltretutto non mancano gli aspetti positivi dell'intervento: vi è chi ha osservato, riportando l'opinione di un medico legale, che avendo tradotto i principi in norme «diventa molto più facile comunicare ai medici la disciplina nei punti essenziali che servono da guida. Non è poco, è un guadagno di rilievo»[136].

esame merita un giudizio positivo. Consapevole – secondo l'aforisma volteriano – che "il meglio è nemico del bene" (ossia, chi cerca il meglio rischia di smarrire il buono e l'utile), si fa preferire un provvedimento normativo perfettibile anziché un altro perfetto ma riposto nel mondo delle ipotesi o delle astrazioni effimere. La legge n. 219 del 2017, che (…) in parte consolida il diritto giudiziale, ha dischiuso le porte del nostro sistema all'eutanasia passiva, introducendo regole generali e astratte, le quali permettono ai consociati di ricorrere alle DAT senza dover necessariamente avvalersi dell'assistenza di avvocati o di altri consulenti. Invero, il rischio – da contrastare – è che possa prevalere in chiave applicativa una sorta di burocratizzazione, la quale potrebbe minare l'efficienza del nuovo statuto, specie per quanto riguarda il profilo del formalismo documentale. L'esperienza pratica potrà verosimilmente suggerire talune modifiche della disciplina ora vigente. Il miglioramento è senz'altro possibile e auspicabile. L'importante è che la sensibilità degli operatori del settore sanitario sia orientata a evitare *chicane* attuative allo scopo di favorire la determinazione del paziente e la tutela del valore esistenziale rappresentato dalla dignità della persona».

135 Cfr. Perriello (a cura di), *L'autonomia negoziale nel fine vita*, in Corte Costituzionale – Servizio Studi, 2016, 21 ss.

136 Zatti, *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e DAT*, cit., 252, il quale prosegue tuttavia con le seguenti constatazioni: «La preoccupazione si sposta dunque sull'attuazione. Ogni legge, anche la migliore, viene azzoppata in Italia dall'attuazione, sia in senso normativo – decreti e regolamenti – sia in senso organizzativo/amministrativo. Queste norme disegnano un modello di relazione di cura sicuramente non sostenibile nelle attuali condizioni "diffuse" della sanità italiana. Ci sono reparti, ci sono medici, che hanno anticipato in buone prassi i contenuti migliori di questa legge, per ragioni interne alla riflessione e alla pratica medica. Ma sono pochi e non certo aiutati dall'amministrazione sanitaria, dai poteri regionali. La medicina di base sta assottigliando il tempo e di necessità il modo della relazione tra medico e paziente. La cura a domicilio di disabili gravi e anziani è difficile, piena di ostacoli, povera di mezzi, afflitta da una "cultura" amministrativa inadeguata quando non ostile. La sanità ospedaliera ha consolidato pesantemente – salvo rare eccezioni – la riduzione a formalità e la falsità sostanziale del consenso, e offre tempi contingentati del tutto inadeguati in tutte le occasioni di incontro diretto con il medico e con gli infermieri. La formazione dei medici non conosce, nel percorso universitario, il tema della relazione e della comunicazione, orienta quindi gli studenti a concepire la cura come pura prestazione tecnica sull'oggetto-malato. Come pensare che queste norme, faticate, quasi estorte a un'assemblea legislativa interessata a farne oggetto di competizione politica più che di attenzione civile, norme che riflettono, pur con difetti, principi buoni e alti, corrispondenti alle idee di fondo della buona medicina, si possano tradurre in pratiche "vere" e non simulate, in relazioni sostanziali e non pro-forma, in tempi, mezzi, cultura adeguati?».

Riflessioni intorno alla rilevanza della presentazione della dichiarazione di successione ai fini del conseguimento del titolo ereditario

di Giuseppe Werther Romagno*

Abstract. This essay analyses the formal and substantial nature of the statement of inheritance, leading to the conclusion that such statement may imply an express acceptance of the inheritance, pursuant to the provisions of section 476 of the Italian Civil Code.

SOMMARIO: 1. I termini del problema. La posizione della giurisprudenza. – 2. La voltura catastale come atto di accettazione tacita dell'eredità. – 3. Considerazioni critiche riguardo alla rilevanza meramente fiscale della dichiarazione di successione. – 4. La dichiarazione di successione quale possibile atto di accettazione espressa dell'eredità. – 5. L'accettazione espressa come atto definitivamente conclusivo della vicenda successoria a causa di morte.

1. Il presente scritto prende spunto dall'orientamento giurisprudenziale ormai consolidato[1], ribadito anche di recente[2], secondo il quale la presentazione della dichiarazione di successione non importa di per sé accettazione tacita dell'eredità[3].

* Professore associato di Diritto privato presso l'Università degli Studi di Sassari.

1 Cass., 19.2.2019, n. 4843, in *Riv. notariato,* p. 813; Cass., 19.12.2018, n. 32770; Cass., 31.10.2016, n. 22017; Cass., 11.5.2009, n. 10796, in *Riv. notariato,* 2010, p. 213; Cass., 28.2.2007, n. 4783; Cass., 29.5.2005, n. 6574, in *Fam. pers. succ.,* 2005, p. 428, e in *Notariato,* 2005, p. 587; Cass., 7.7.1999, n. 7075; Cass., 13.5.1999, n. 756; Cass., 4.5.1999, n. 4414, in *Riv. notariato,* 2000, p. 175; Cass., 27.3.1996, n. 2711, in *Giust. civ.,* 1997, I, p. 521; Cass., 12.1.1996, n. 178, *ivi,* e in *Studium juris,* 1996, p. 923; Cass., 18.5.1995, n. 5463, in *Giust. civ.,* 1997, I, p. 215, e in *Vita notarile,* 1996, p. 263; Cass., 19.10.1988, n. 5688; Cass., 11.3.1988, n. 2403, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 1121; Cass., 28.8.1986, n. 5275. Per la giurisprudenza di merito si segnalano, *ex multis,* Trib. Cagliari, 20.5.1994, in *Riv. giur. Sarda,* 1995, p. 644; Trib. Ascoli Piceno, 12.4.2010, in *Dir. e lav. Marche*, 2010, p. 113; Trib. Potenza 11.12.2019; Trib. Potenza, 29.11.2019; App. Firenze, 30.8.2005; Trib. Torino, 18.10.2006; Trib. Milano, 12.7.2003, tutte reperibili nella banca dati *De jure*.

2 Cass., 22.1.2020, n. 1438.

3 II problema si pone in quanto, in tema di successioni *mortis causa,* la delazione che segue l'apertura della successione rappresenta un mero presupposto del conseguimento della qualità di erede, ma non è, di per sé sola, sufficiente per la definizione del fenomeno successorio (art. 459 c.c.). A tal fine deve ricorrere in capo al chiamato una forma di acquisto dell'eredità, la quale può realizzarsi mediante *aditio,* espressa o tacita (art, 475 ss. c.c.), oppure attraverso una modalità di acquisizione *ex lege* (artt. 485 e 527c.c.) o, ancora, per effetto della ratifica da parte dell'interessato della gestione altrui del diritto di accettare l'eredità. Pertanto, incombe sulla parte che ha interesse a far valere la qualità di erede dare dimostrazione dell'acquisto ereditario.

Come è possibile leggere nella motivazione di numerose decisioni, la presentazione della dichiarazione di successione costituisce un atto dovuto[4], la cui rilevanza si apprezza essenzialmente sul piano fiscale e, come tale, risulta inidoneo ad esprimere sul piano sostanziale, in modo certo ed univoco, l'intenzione del suo autore di assumere la qualità di erede[5].

La posizione giurisprudenziale, nel punto in cui riconosce l'astratta compatibilità dell'assolvimento dell'obbligazione fiscale con la posizione di mero chiamato all'eredità, appare del tutto coerente con l'assetto normativo. A questo proposito occorre rammentare che il legislatore fiscale, sensibile alle esigenze di tenuta del sistema finanziario, si è preoccupato di evitare che l'ampio arco temporale concesso dall'art. 480 c.c. al chiamato (non possessore), per decidere se addivenire o meno alla successione[6] possa ripercuotersi negativamente sul prelievo tributario[7]. A tal fine, il testo unico delle disposizioni concernenti l'imposta sulle successioni e donazioni[8] ha congegnato una soluzione tecnica capace di coniugare i contrapposti interessi in giuoco, in modo del tutto razionale e compatibile con i principi civilistici che regolano questo spaccato del diritto successorio[9]. Nell'attuale sistema dell'imposizione fiscale, il dovere strumentale della presentazione della dichiarazione di successione è scisso dall'obbligazione di pagamento del tributo[10], proprio per preserva-

Sul punto v. Cass., 18.9.2019, n. 23320; Cass., 23.11.2018, n. 30456; Cass., 26.6.2018, n. 16814; Cass., 30.4.2010, n. 10525.

4 Ad avviso dei giudici, la presentazione della dichiarazione di successione, in quanto atto imposto da norme fiscali, è diretta ad evitare l'applicazione delle sanzioni pecuniarie comminate dalla legge (art. 50 del d.lg. 31-10-1990, n. 346) e, pertanto, risponde ad uno scopo essenzialmente conservativo del patrimonio relitto, riconducibile agli atti che il chiamato può compiere in forza dei poteri conferitigli dall'art. 460 c.c. Così, in particolare, Cass., 31.10.2016, n. 22017; Cass., 27.6.2005, n. 13738; Cass., 13.5.1999, n. 4756; Cass., 18.5.1995, n. 5463. Peraltro, come si avrà modo di rilevare nel proseguimento dell'esposizione, la presentazione della denuncia di successione, a differenza del pagamento della relativa imposta, costituisce l'adempimento di un obbligo gravante direttamente sulla persona del chiamato e, pertanto, a stretto rigore, non può essere considerato come un atto gestorio dell'eredità.

5 In alcuni casi, i giudici hanno ritenuto che la dichiarazione di successione, benché «sia un atto preordinato a fini essenzialmente fiscali, non comportante *ex se* l'accettazione tacita dell'eredità», «costituisce un elemento indiziario liberamente valutabile (...) dal giudice del merito). Così Cass., 30.10.1992, n. 11813. Conforme sul punto Cass., 16.1.2017, n. 868.

6 Il termine particolarmente lungo concesso al delato per decidere se accettare l'eredità o rinunciarvi, unitamente alla fisiologica possibilità che la devoluzione risulti diversamente orientata per la sopravvenuta scoperta di un testamento, è fonte di profonda incertezza riguardo alla definizione del passaggio *mortis causa* a tiolo universale e tale incertezza, conseguentemente, si riflette necessariamente sui tempi e sull'entità del prelievo fiscale.

7 Per tutti De Mita, *Principi di diritto tributario*, 7ª ed., Milano, 2019, p. 429. Per la giurisprudenza di legittimità si segnala Cass., 28.10.1995, n. 11320, in *Riv. dir. tributario.,* 1998, II, p. 3.

8 Tale corpo normativo è stato approvato col d.lg. 31-10-1990, n. 346 (in vigore dal 1° gennaio 1991) e, perlomeno ai fini che qui interessano, riproduce sostanzialmente la disciplina precedente, contenuta nel d.p.r. 26-10-1972, n. 637.

9 Si faccia riferimento a quanto riportato nella Circolare del Ministero delle Finanze n. 17 del 15.3.1991.

10 Sul punto cfr. Gaffuri, *Successioni e donazioni* (*imposta sulle*), in *Digesto comm.*, Torino, XV, 1998; p. 304; Id., *Successione*, IV) *Imposta sulle successioni*, in *Enc. Dir.*, XXX, Roma, 1993, p. 2 e p. 6.

re la facoltà di scelta del potenziale erede riguardo al passaggio *mortis causa* che lo riguarda[11]. Infatti, ai sensi dell'art. 28, comma 2, del d.lg. 31-10-1990, n. 346, sul chiamato *tout court*[12], oltreché sugli altri soggetti non interessati dall'investitura ereditaria[13], incombe (solamente) l'obbligo di denunciare all'amministrazione finanziaria tutti gli elementi occorrenti per la determinazione del prelievo fiscale, mediante la presentazione della dichiarazione di successione[14]. Tale obbligo, in ragione della funzione assolta, deve essere adempiuto entro un termine assai più contenuto rispetto a quello previsto dall'art. 480 c.c. (art. 31 del d.lg. 31-10-1990, n. 346)[15]. Diversamente, ai sensi dell'art. 5 del d.lg. 31-10-1990, n. 346, il rapporto fiscale da cui sorge l'obbligazione di pagamento del tributo successorio ha come unici soggetti passivi gli eredi e i legatari[16]. Nei confronti di tale debito, il potenziale successore, ma solo se è anche nel possesso di beni ereditari, assume la posizione di mero responsabile d'imposta[17], rispondendo per il pagamento, solidalmente con gli altri

[11] V. Barba, *Il chiamato all'eredità e la voltura catastale: tra violazione di un obbligo e compimento di un atto che vale accettazione tacita dell'eredità. Riflessioni intorno all'accettazione tacita dell'eredità*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, p. 312, il quale rileva che si è di fronte ad «una mera scelta legislativa, con la quale il parlamento tributario ha deciso di porre il carico amministrativo ed economico della dichiarazione della successione in capo al chiamato all'eredità ragionatore, ponderatore e riflessivo».

[12] *Contra* Cardarelli, *Tributi successori*, in *Enc. Dir.*, XLV, Milano, 1992, p. 188, il quale, forzando apertamente la lettera della legge, ritiene che i chiamati all'eredità hanno l'obbligo di presentare la dichiarazione di successione solo quando sono nel possesso di beni ereditari.

[13] L'art. 28, comma 2, del d.lg. 31-10-1990, n. 346, stabilisce l'obbligo di presentare la denuncia di successione, oltreché per i chiamati all'eredità, per i legatari, anche nel caso di apertura della successione per dichiarazione di morte presunta, ovvero per i loro rappresentanti legali, per gli immessi nel possesso temporaneo dei beni dell'assente, per gli amministratori dell'eredità e per i curatori delle eredità giacenti, nonché per gli esecutori testamentari.

[14] Ai sensi dell'art. 28, comma 5, del d.lg. 31-10-1990, n. 346, il chiamato può essere esonerato dall'obbligo in questione, mediante rinuncia all'eredità o mediante richiesta di nomina di un curatore dell'eredità giacente, entro il termine previsto per la presentazione della denuncia di successione.

[15] Nell'originaria formulazione dell'art. 31 del d.lg. 31-10-1990, n. 346, il termine per la presentazione della dichiarazione di successione era di sei mesi decorrenti dalla data di apertura della successione. Successivamente tale termine è stato prolungato a dodici dalla l. 24-11-2003, n. 326.

[16] Peraltro, mentre gli eredi «sono obbligati solidalmente al pagamento dell'imposta nell'ammontare complessivamente dovuto da loro e dai legatari» (art. 36, comma 1, del d.lg. 31-10-1990, n. 346), i legatari, invece, «sono obbligati al pagamento dell'imposta relativa ai rispettivi legati» (art. 36, comma 5, del d.lg. 31-10-1990, n. 346). Nei loro confronti, l'amministrazione finanziaria provvede alla liquidazione dell'imposta, procedendo, ove del caso, alla rettifica degli eventuali errori riscontrati (artt. 33 e 34 del d.lg. 31-10-1990, n. 346), sulla base delle risultanze della dichiarazione di successione presentata dal chiamato ovvero da taluno degli altri soggetti obbligati ai sensi dell'art. 28 del d.lg. 31-10-1990, n. 346. Il relativo pagamento (comprensivo delle imposte principale, complementare, con gli eventuali accessori, e suppletiva) deve essere eseguito dai soggetti contemplati dall'art. 5 del d.lg. 31-10-1990, n. 346, entro novanta giorni da quello in cui è stato notificato l'avviso di liquidazione (art. 37 del d.lg. 31-10-1990, n. 346).

[17] Una conferma in tal senso si può scorgere nel diritto di regresso e nel potere di surroga in tutte le ragioni, azioni e privilegi già spettanti all'Amministrazione Finanziaria, che l'art. 36, comma 3, ultimo periodo, del d.lg. 31-10-1990, n. 346, attraverso il richiamo all'art. 58 del d.p.r. 26-4-1986, n. 131 (contenente il testo unico delle disposizioni in materia di imposta di registro) riconosce al chiamato che abbia provveduto al pagamento dell'imposta. Inoltre un altro indizio può essere rinvenuto nella possibilità per il chiamato di

soggetti obbligati alla presentazione della dichiarazione di successione, «nel limite del valore dei beni ereditari rispettivamente posseduti» (art. 36, comma 3, del d.lg. 31-10-1990, n. 346).

Alla luce della *ratio legis*, l'assunto giurisprudenziale, circa l'impossibilità di ravvisare nell'adempimento dell'obbligazione fiscale da parte del chiamato un'ipotesi di accettazione tacita dell'eredità, risulta pienamente fondato.

Ad ulteriore supporto delle decisioni giudiziali, la riflessione dottrinale ha avuto modo di dimostrare convincentemente che la presentazione della dichiarazione di successione proprio perché costituisce un comportamento imposto[18], non può concretare – né isolatamente considerato, né in combinazione con altre attività del chiamato, come il pagamento dell'imposta successoria[19] - il compimento di un atto che, ai sensi dell'art. 476 c.c., presuppone necessariamente la volontà di accettare l'eredità da parte dell'autore e che costui non avrebbe diritto di compiere se non nella qualità di erede.

2. Peraltro, la giurisprudenza, nonostante escluda la presentazione della dichiarazione di successione dalle modalità di accettazione tacita dell'eredità, addiviene all'opposta conclusione riguardo ad una formalità strettamente correlata. Segnata-

esigere il rimborso dell'imposta pagata o pagata in più, a seguito di un sopravvenuto mutamento della devoluzione ereditaria, *ex* art. 42, comma 1, lettera e), del d.lg. 31-10-1990, n. 346.

18 La doverosità dell'atto costituisce l'argomento principe, anche se non sempre esclusivo, su cui fonda il proprio convincimento la dottrina che ha affrontato *ex professo* la questione. Così, in particolare, Barba, *Il chiamato all'eredità e la voltura catastale*, cit., pp. 350-351. Sul tema si riscontrano i contributi di: Favilli, *Fattispecie controverse di accettazione tacita dell'eredità*, in Granelli (a cura di), *I nuovi orientamenti della cassazione civile*, Milano, 2019, p. 194; Barba, *Il chiamato all'eredità e la voltura catastale*, cit., pp. 350-351; Romoli, *Adempimenti fiscali e accettazione tacita dell'eredità*, in *Notariato*, 2005, p. 593; Visalli - Vittoria, *La voltura catastale attua il passaggio della proprietà degli immobili? Riflessioni*, in *Giust. civ.*, 2003, I, p. 1097. Sul tema si veda altresì Musolino, *L'accettazione tacita e l'accettazione ex lege dell'eredità*, in *Riv. notariato.*, 2004, p. 229.

19 Assai spesso la giurisprudenza ritiene che, al pari della presentazione della denuncia di successione, anche il pagamento della relativa imposta costituisca un atto dovuto e, quindi, sia inidoneo a far conseguire tacitamente l'eredità. Fra le più recenti: Cass., 19.2.2019, n. 4843, cit.; Cass., 19.12.2018, n. 32770, cit.; Cass., 31.10.2016, n. 22017, cit.; Cass., 28.2.2007, n. 4783, cit. Tuttavia, come si è dato conto in precedenza, il pagamento dell'imposta di successione non costituisce per il chiamato un atto dovuto, poiché l'art. 5 del d.lg. 31-10-1990, n. 346 contempla come unici soggetti passivi del rapporto tributario gli eredi e i legatari. Pertanto, ai fini dell'applicazione dell'art. 476 c.c., si dovrebbe procedere ad una valutazione più articolata, che si soffermi sull'aspetto relativo alla provenienza dei mezzi economici impiegati per il pagamento dell'onere tributario, soprattutto alla luce dell'orientamento della Suprema Corte (Cass., 22.2.2018, n. 4320), secondo cui «un pagamento del debito del *de cuius* a opera del chiamato all'eredità, a differenza di un mero adempimento dallo stesso eseguito con denaro proprio, configura un'accettazione tacita». A questo proposito si vedano Di Mauro, *In tema di accettazione tacita dell'eredità*, in *Giust. civ.*, 1997, I, p. 523 ss., nonché dello stesso Autore, *L'accettazione tacita o per* facta concludentia *dell'eredità*, in *Fam. pers. succ.*, 2005, pp. 435-436, e Visalli - Vittoria, *La voltura catastale attua il passaggio della proprietà degli immobili? Riflessioni*, cit., p. 1097.

mente, i giudici, sia di legittimità[20] sia di merito[21], hanno ritenuto decisiva, agli effetti dell'art. 476 c.c., la domanda di voltura catastale della denuncia di successione presentata dal chiamato all'eredità[22], in ragione della sua importanza «non solo dal punto di vista tributario, ma anche dal punto di vista civile per l'accertamento, legale o semplicemente materiale, della proprietà immobiliare e dei relativi passaggi»[23].

La posizione giurisprudenziale non incontra il favore della dottrina[24], la quale evidenzia che, al pari della dichiarazione di successione, anche il mutamento dell'intestazione catastale degli immobili relitti dal defunto costituisce un atto dovuto che, in quanto tale, priva il chiamato di quella libertà di scelta che dovrebbe sempre supportare l'acquisto ereditario[25]. Inoltre, in relazione all'art. 476 c.c., si sottolinea come la richiesta di voltura non sia in grado di rivelare in modo univoco la volontà dell'istante di conseguire l'eredità[26].

La motivazione delle sentenze aderenti all'orientamento giurisprudenziale maggioritario, nel punto in cui ritengono che le annotazioni riportate nelle intestazioni dei certificati catastali possano essere utilizzate per l'accertamento della titolarità di diritti reali immobiliari o, comunque, siano espressive di una modificazione soggettiva in determinati rapporti giuridici, offrono l'occasione per svolgere alcune consi-

[20] Cass., 11.5.2009, n. 10796; Cass., 29.3.2005, n. 6574, in *Riv. notariato*, 2005, p. 848; Cass., 12.4.2002, n. 5226; Cass., 7.7.1999, n. 7075.

[21] App. Firenze, 30.8.2005; Trib. Monza, 31.10.2019; Trib. Potenza, 6.4.2016; Trib. Milano, 12.2.2013.

[22] La Corte di Cassazione (Cass., 19.12.2018, n. 32770, cit.) ha avuto cura di precisare che, ai fini dell'acquisto ereditario, gli effetti della voltura restano circoscritti al presentatore della relativa domanda e non si propagano agli altri intestatari, «sicché non ricorre ove solo l'altro chiamato all'eredità, in assenza di elementi dai quali desumere il conferimento di una delega o la successiva ratifica del suo operato, abbia fatto richiesta di voltura catastale di un immobile del *de cuius*».

[23] Così Cass., 7.7.1999, n. 7075, cit.

[24] Barba, *Il chiamato all'eredità e la voltura catastale*, cit., p. 308 ss.; Favilli, *Fattispecie controverse di accettazione tacita dell'eredità*, cit., 194-195; Romoli, *Adempimenti fiscali e accettazione tacita dell'eredità*, in *Notariato*, 2005, p. 597; Visalli - Vittoria, *La voltura catastale attua il passaggio della proprietà degli immobili? Riflessioni*, cit., pp. 1098-1099. *Contra* Giannattasio, *Delle successioni*, cit., p. 103.

[25] Come sottolinea efficacemente Barba, *Il chiamato all'eredità e la voltura catastale*, cit., p. 313, qualora si seguisse l'opinione giurisprudenziale, lo statuto del chiamato all'eredità sarebbe «irrimediabilmente modificato o, meglio sarebbe dire, compromesso. Per un verso, quegli è obbligato a presentare la domanda di voltura e, per altro verso, il compimento di questo atto vale accettazione tacita dell'eredità.
Il chiamato all'eredità parrebbe posto dinanzi a una stringente alternativa, che peggiora ineluttabilmente la sua condizione: violare l'obbligo di domandare la voltura catastale e conservare il diritto di ragionare se accettare o rinunziare all'eredità, ossia conservare la posizione giuridica di delato, oppure adempiere l'obbligo fiscale e acquistare, contestualmente, la posizione di erede, definitivamente smarrendo la posizione giuridica di delato e con essa il diritto di ponderare e ragionare la propria decisione». Sul punto si veda altresì Balzano, *Requisiti e struttura dell'accettazione tacita di eredità*, in *Giust. civ.*, 1997, I, pp. 227-228.

[26] Tuttavia, sebbene tali argomentazioni siano sufficienti per confutare in maniera soddisfacente la soluzione interpretativa adottata dai giudici, una parte della dottrina (Visalli - Vittoria, *La voltura catastale attua il passaggio della proprietà degli immobili? Riflessioni*, cit., p. 1098) si spinge oltre, fino al punto di revocare in dubbio un altro assunto su cui si fondano le decisioni giurisprudenziali, negando in termini assoluti che il catasto possa avere rilevanza civilistica. Come si avrà modo di dare conto nel proseguimento dell'esposizione, tale ultima affermazione non appare pienamente rispondente alla logica del sistema civilistico.

derazioni sulla rilevanza, ai fini sostanziali, dei registri del catasto. Al riguardo, occorre rammentare che, fin da epoca risalente, la riflessione dottrinale[27] ha avuto modo di precisare che le indicazioni catastali, oltre alla loro finalità istituzionale deputata al prelievo fiscale, assumono valore anche in ambito civilistico[28], come dimostrano le numerose disposizioni del codice civile che ad esse, in vario modo, fanno riferimento[29]. Tale rilevanza, del resto, è comprovata dalla stretta connessione del catasto con un tipico istituto civilistico, come quello della pubblicità immobiliare, in quanto i dati di identificazione catastale dei beni immobili, perlomeno indirettamente, concorrono a dare puntuale attuazione al sistema pubblicitario[30]. Nel tempo, poi, l'importanza del catasto nei rapporti di diritto privato si è ulteriormente accresciuta ad opera di ripetuti interventi legislativi[31], al punto che le risultanze catastali costituiscono il referente principe, ancorché sempre non esclusivo[32], per la definizione dell'oggetto della proprietà fondiaria e di altri diritti[33], non solo reali ma anche personali[34].

[27] Pugliatti, *La trascrizione*, tomo 1, *La pubblicità in generale*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1957, p. 275; Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 1957, 9ª ed., pp. 390-391; Auricchio, *La individuazione dei beni immobili*, Napoli, 1960, p. 17 ss.

[28] Di diverso avviso, ma senza un'adeguata motivazione, Ghinassi, *Catasto*, in *Enc. Dir.*, Agg. IV, Milano, 2000, p. 241.

[29] Il codice civile contiene molte norme che, direttamente o indirettamente, si affidano alle indicazioni catastali. Oltre all'art. 950, ultimo comma, c.c., che individua nelle mappe catastali il riferimento residuale per determinare il confine fondiario, ai dati catastali fanno espresso riferimento: l'art. 1130, n. 6, c.c. (nel testo introdotto dalla l. 11-12-2012 n. 220), per le modalità di identificazione degli immobili in condominio nel registro dell'anagrafe condominiale, l'art. 2890, n. 2, c.c., in riferimento alla notificazione che l'acquirente del bene ipotecato deve eseguire per ottenerne la liberazione, e l'art. 2826 c.c. per l'atto di concessione dell'ipoteca. Quest'ultima norma, poi, è richiamata dalle norme relative alle modalità di compilazione delle note di iscrizione ipotecaria (2839, n. 7, c.c.) e di trascrizione (artt. 2659, n. 4, e 2660, n. 5).

[30] Pugliatti, *La trascrizione*, cit., p. 275.

[31] Su tale aspetto si segnala lo studio di Petrelli, *Brevi note sul problema dell'identificazione dei beni immobili*, in *Riv. notariato*, 2016, p. 403 ss., spec. 409 ss.

[32] Stando al costante indirizzo interpretativo della giurisprudenza di legittimità, ai fini dell'identificazione degli immobili non è indispensabile l'indicazione degli estremi catastali, essendo sufficiente qualunque criterio idoneo a determinare in modo univoco l'oggetto del negozio. In questo senso, si vedano, *ex multis*, Cass., 20.3.2006, n. 6166; Cass., 3.7.1998, n. 6481; Cass., 20.5.1997, n. 4461; Cass., 10.2.1984, n. 1031. Tuttavia, tale regola non vale per quanto concerne le unità immobiliari urbane dotate di rendita, per i quali, l'art. 29, comma 1 *bis*, della l. n. 52/1985, prescrive, a pena di nullità, la menzione in atto dell'identificazione catastale del bene, del riferimento alle planimetrie catastali e la dichiarazione, resa dagli intestatari catastali, della conformità di tali dati allo stato di fatto.

[33] Per tale affermazione cfr. Barassi, *Diritti reali e possesso*, I, *I diritti reali*, Milano, 1952, p. 204 ss. Anche l'analisi delle regole tecniche, deputate a disciplinare l'organizzazione e il funzionamento del catasto, rivela che l'iscrizione nei registri catastali sovente risponde ad esigenze di carattere sostanziale, riconducibili all'individuazione della consistenza del bene. In questo senso si spiegano le disposizioni attuative che contemplano la possibilità (e, si badi bene, solo talvolta l'obbligo) di accatastare alcune tipologie di immobili che, essendo inidonee a produrre reddito (si pensi, per esempio, alle unità immobiliari urbane che rientrano nelle cosiddette categorie catastali "fittizie", appartenenti, usando il gergo tecnico, al gruppo "F" o, ancora, alle parti comuni), non hanno alcuna rilevanza, perlomeno diretta e/o attuale, ai fini fiscali.

[34] Si rammenta che anche la legge notarile fa riferimento ai dati catastali per l'identificazione dei beni immobili. Più esattamente, l'art. 51, n. 6, della l. 28.2.1913, n. 89, prescrive che «quando l'atto riguarda beni

L'esame delle norme codicistiche rivela che, a differenza di altri settori dell'ordinamento giuridico[35], giammai i riscontri catastali sono presi in considerazione dal legislatore come mezzo per l'individuazione dei titolari di diritti reali sui beni immobili[36]. Infatti, nelle relazioni fra privati, le informazioni catastali servono essenzialmente per favorire l'identificazione di determinate tipologie di beni, al punto che, con formula enfatica, il catasto è stato definito come lo «stato civile» dell'immobile[37], benché sovente l'estensione e la consistenza dei beni immobili non coincidano sempre con le risultanze catastali[38].

Le considerazioni svolte evidenziano che l'inconfutabile valenza del catasto per il diritto civile è limitata al profilo oggettivo del rapporto relativo ai beni immobili e non coinvolge quello soggettivo[39]. Pertanto, a rigore, l'intestazione catastale derivante dalla voltura, sebbene in taluni casi possa adiuvare il giudice per formare il suo convincimento circa la titolarità del diritto reale immobiliare[40], costituisce semplicemente l'indice rilevatore dell'attività giuridica da cui trae origine, la quale è l'unica in grado di operare una modificazione della realtà sottostante. Conseguentemente, alla voltura catastale non può essere attribuito un valore giuridico superiore a quello riconosciuto all'atto che ne genera l'obbligo di presentazione[41]. Ciò significa che, nel

immobili, questi saranno designati, per quanto sia possibile, con l'indicazione della loro natura, del Comune in cui si trovano, dei numeri catastali, delle mappe censurate, dove esistono, e dei loro confini, in modo da accertare la identità degli immobili stessi».

35 Si pensi, per esempio, alla soluzione adottata dal Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità (d.p.r. 8-6-2001, n. 327). L'esigenza di evitare ritardi nella definizione del procedimento ablatorio, strumentale alla realizzazione di opere di pubblica utilità, ha indotto il legislatore a ravvisare il referente di tutti gli atti della procedura espropriativa nel «soggetto che risulti proprietario secondo i registri catastali, salvo che l'autorità espropriante non abbia tempestiva notizia dell'eventuale diverso proprietario effettivo» (art. 3 del d.p.r. 8-6-2001, n. 327).

36 Pugliatti, *La trascrizione*, cit., pp. 274-275

37 Così Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, cit., pp. 390-391.

38 Auricchio, *La individuazione dei beni immobili*, cit., p. 17 ss. Sul punto si veda altresì Petrelli, *Brevi note sul problema dell'identificazione dei beni immobili*, cit., p. 418 ss. Occorre evidenziare che anche il criterio residuale delle risultanze catastali, sancito dall'art. 950 c.c. per la determinazione dei confini fondiari, è stato notevolmente ridimensionato ad opera della giurisprudenza, la quale ha avuto modo di affermare che, «qualora le parti, nel contratto di compravendita, abbiano identificato la porzione di immobile che ne formava oggetto facendo specifico riferimento ai dati catastali e al tipo di frazionamento, il giudice deve tener conto necessariamente di tali elementi che, per espressa volontà delle parti, perdono l'ordinaria natura di elemento probatorio di carattere sussidiario per assurgere a elemento fondamentale per l'interpretazione dell'effettivo intento negoziale delle parti». Così Cass., 21.11.2016, n. 23668. Conformi sul punto Cass., 17.2.2012, n. 2369; Cass., 12.1.1977, n. 129.

39 Al riguardo si vedano le considerazioni di Petrelli, *Brevi note sul problema dell'identificazione dei beni immobili*, cit., p. 412 ss.

40 Alla luce delle considerazioni che precedono, appare condivisibile l'affermazione secondo cui, ai fini della prova della titolarità del diritto di proprietà, le annotazioni catastali non hanno alcun valore probatorio, ma al limite, possono valere come semplici indizi. In tal senso v. Cass., 24.8.1991, n. 9096.

41 Un ragionamento del tutto analogo induce ad escludere che la trascrizione del certificato di successione, voluta dall'art. 5 del d.lg. n. 347/1990, possa significare acquisto dell'eredità. Al riguardo, cfr. Scodellari, *Due problemi in tema di trascrizione e di accettazione tacita dell'eredità*, in *Giust. civ.*, 2010, p. 655. Peraltro,

caso di cui si tratta, occorre pur sempre fare riferimento alla dichiarazione di successione per constatare il perfezionamento del trasferimento *mortis causa* a titolo universale.

3. Le conclusioni riguardanti l'ininfluenza della presentazione della dichiarazione di successione (e della conseguente voltura catastale degli immobili relitti) per adire dell'eredità appaiono condivisibili *in toto* qualora si riferiscano a soggetti diversi da quello che ha assolto l'adempimento fiscale. A favore di tale soluzione interpretativa milita la decisiva constatazione per cui il conseguimento dell'eredità, benché non debba necessariamente essere riconducibile alla volontà del chiamato[42], non può scaturire da un comportamento altrui[43], attesi gli effetti – patrimoniali e personali - che si determinano nella sfera giuridica dell'interessato.

Contrariamente al comune convincimento, invece, la posizione dell'autore della denuncia di successione necessita di un vaglio più analitico, capace di soffermarsi su alcuni aspetti di dettaglio contenuti nei documenti dei quali si è assunto la paternità mediante la loro sottoscrizione. Costui, infatti, nella compilazione dei moduli all'uopo predisposti ed omologati (art. 28, comma 3, del d.lg. 31-10-1990, n. 346), si trova ripetutamente di fronte a molteplici opzioni implicanti una precisa presa di posizione riguardo alla sua relazione con l'eredità[44], le quali, di là dalla loro apparente innocuità, risultano particolarmente insidiose, siccome foriere di gravide conseguenze sul piano sostanziale. In particolare, è possibile che, nella parte concernente l'indicazione dei soggetti a favore dei quali si devolve l'eredità, nonché nella stesura della dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà a corredo della pratica successoria,

nel caso della formalità pubblicitaria in esame, un supporto decisivo è offerto dal dato testuale della norma che la contempla, nel punto in cui specifica esplicitamente che la trascrizione del certificato di successione è richiesta «ai soli effetti stabiliti dal presente testo unico».

42 L'accettazione è normalmente, ma non necessariamente, un modo di acquisto dell'eredità, poiché il nuovo codice, al pari di quello precedente, contempla numerose ipotesi di conseguimento dell'eredità in assenza di qualsiasi atto di accettazione, ancorché solamente tacita o implicita. In particolare si vedano: Cicu, *Successioni per causa di morte. Parte generale*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1961, pp. 163-164; L. Ferri, *Disposizioni generali sulle successioni*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna–Roma, 1997, 3ª ed., p. 122; G. Perlingieri, *L'acquisto dell'eredità*, in Calvo, G. Perlingieri (a cura di), *Diritto delle successioni e delle donazioni*, tomo I, 2ª ed., Napoli, 2013, p. 183.

43 Così, pressoché testualmente, in relazione alla questione di cui si tratta, Cass., 19.12.2018, n. 32770, cit. Nello stesso senso si esprimono Cass., 6.4.2017, n. 8980; Cass., 11.7.2014, n. 15888; Cass., 21.10.2011, n. 21902.

44 Tale facoltà di scelta priva di rilevanza qualsiasi argomentazione fondata sul carattere imposto dell'attività compiuta dal chiamato, poiché tale connotazione non esclude che, dal punto di vista contenutistico, il chiamato sia libero, sia pure nell'ambito delle opzioni consentite dalla legge, di precisare la sua posizione giuridica, nell'ambito della vicenda ereditaria che lo riguarda. In altri termini, per i soggetti individuati dall'art. 28, comma 2, del d.lg. 31-10-1990, n. 346, la doverosità concerne unicamente la presentazione della dichiarazione di successione e l'enunciazione della loro relazione giuridica verso il fenomeno ereditario, senza coinvolgere il contenuto di tale enunciazione. In questo senso, l'interessato è assolutamente libero di qualificarsi alternativamente come semplice chiamato all'eredità (sempreché non abbia compiuto un atto cui la legge ricollega l'acquisto dell'eredità) oppure come erede.

il dichiarante, anziché definirsi come mero chiamato all'eredità, assuma esplicitamente l'appellativo di erede[45].

Tale auto-qualificazione non pare del tutto ininfluente ai fini della questione di cui si tratta, poiché pone l'interprete di fronte ad un dato obiettivo e soprattutto esplicito, potenzialmente idoneo a porre fine alla vicenda successoria[46]. L'affermazione che precede non è rivolta a riaprire la diatriba relativa alla valenza della denuncia di successione quale atto di accettazione tacita di eredità, ai sensi dell'art. 476 c.c., ma induce a verificare se il titolo di successore universale, che il dichiarante attribuisce a se stesso, sia pure nel contesto di una dichiarazione di rilevanza fiscale, possa concretare un modo espresso di accettazione dell'eredità, *ex* art. 475 c.c.[47]

Nella delineata prospettiva, l'asserzione giurisprudenziale circa la sostanziale irrilevanza della presentazione della dichiarazione di successione per l'acquisto ereditario appare pertinente solamente quando il presentatore abbia avuto cura di riservarsi il predicato di chiamato all'eredità. Analoga conclusione non potrebbe valere quando lo stesso soggetto, nella predisposizione della denuncia di successione (ovvero nella compilazione della dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà complementare alla dichiarazione di successione), si è qualificato come erede[48]. In questo caso, peraltro, come si è affermato in precedenza, la norma di riferimento non è costituita dall'art. 476 c.c., ma dall'art. 475 c.c., proprio perché si è in presenza di un'esplicita assunzione del titolo ereditario.

---

45 Da questo punto di vista, si può esprimere qualche perplessità sul carattere assoluto e indefettibile dell'assunto - ripetutamente invocato dalla giurisprudenza per motivare una conclusione che, come già evidenziato, è condivisibile – secondo cui la dichiarazione di successione costituisce un atto di rilevanza «puramente» (Cass., 28.11.1988, n. 6414) o «meramente» (Cass., 11.1.2020 n. 1438; Cass., 11.5.2009, n. 10796; Cass., 7.7.1999, n. 7075) fiscale. Più pertinente appare l'espressione verbale presente in altre decisioni (Cass., 12.2.2019, n. 4842, cit.; Cass., 28.2.2007, n. 4783, cit.; Cass., 12.1.1996, n. 178, cit.; Cass., 12.1.1996, n. 178), là dove si afferma che, nel caso in esame, si è di fronte ad atto nel quale la rilevanza fiscale è «prevalente» e, dunque, non è esclusiva.

46 Notevole interesse riveste la motivazione di Cass., 11.3.1988, n. 2403, nel punto in cui riconosce che la denuncia di successione, la quale «generalmente» è un «atto ad efficacia fiscale contenente una mera notizia all'amministrazione finanziaria», possa essere «idonea, per le peculiari accidentalità della fattispecie, a dimostrare che chi l'abbia compiuta aveva inteso comportarsi come erede». In realtà, la circostanza per cui la dichiarazione di successione costituisce un atto imposto dalle norme fiscali non esclude che, in determinate ipotesi, il documento a tal fine redatto possa assumere una valenza giuridica che travalica i confini del diritto tributario.

47 Uno spunto in questa direzione si coglie in Esposito, *Denuncia di successione, voltura catastale e accettazione tacita*, cit., p. 708.

48 In senso contrario non assume pregio l'argomentazione imperniata sulla natura giuridica della denuncia di successione quale mera dichiarazione di scienza, su cui concordano la dottrina tributaria (Gaffuri, *Successioni e donazioni*, cit., p. 309; Cardarelli, *Tributi successori*, cit., pp. 190-191) e la giurisprudenza (Cass., 26.10.2007, n. 22522; Cass., 18.6.1999, n. 6113; Cass., 5.2.1996, n. 946; Cass., 24.4.1979, n. 2318, in *Giust. civ.,* 1979, p. 1913). Infatti, tale qualificazione può considerarsi fondata se si ha riguardo alla rilevanza fiscale dell'atto, perché sta a significare che le affermazioni contenute nella dichiarazione di successione rappresentano fatti noti al dichiarante e portati a conoscenza dell'Amministrazione Finanziaria al fine della determinazione del prelievo tributario, senza assumere il valore giuridico incontrovertibile della confessione.

Per la verità, si potrebbe sostenere che l'espressione presente nella documentazione fiscale non sia decisiva, poiché non è impiegata nella sua accezione squisitamente tecnica[49]. Del resto, lo stesso legislatore sovente ha utilizzato il termine "erede" in modo improprio, per designare la figura del chiamato all'eredità[50]. Tuttavia, nel caso di cui ci si occupa, tale argomentazione non appare pertinente, poiché, nel d.lg. 31-10-1990, n. 346, il lessico giuridico è quanto mai appropriato e i due termini in questione – quello di erede e quello di chiamato – sono utilizzati non già promiscuamente, bensì in modo alternativo, per designare scientemente posizioni giuridiche diverse e, per certi aspetti, antitetiche[51]. Pertanto, se è vero che, al fine di favorire l'adempimento fiscale e la conseguente esazione d'imposta, la norma impone l'obbligo di presentazione della dichiarazione di successione anche a colui che, essendo semplicemente chiamato alla eredità, non rappresenta, perlomeno nello specifico frangente, il referente soggettivo finale della vicenda ereditaria, è altrettanto vero che costui, se vuole conservare tale posizione provvisoria, deve fare attenzione a non porre in essere alcuna attività dalla quale possa derivare - direttamente o indirettamente – il conseguimento dell'eredità. In questa prospettiva, si tratta di accertare se il *nomen iuris* contenuto nella denuncia di successione o nei suoi allegati, possa comportare per il dichiarante l'ottenimento dell'eredità, ai sensi dell'art. 475 c.c.

4. Preliminarmente bisogna dare conto della consolidata opinione dottrinale[52], secondo cui l'assunzione del titolo ereditario voluta dall'art. 475 c.c. non deve costi-

[49] Sul problema, in termini generali, cfr. Cian, *Forma solenne e interpretazione del negozio*, Padova, 1969, *passim*, spec. p. 16 ss.

[50] Per la verità, questa affermazione trova numerosi riscontri nel codice civile abrogato, ove è possibile rinvenire diverse disposizioni (artt. 925, 926, 934, comma 3, 950, 951, 953 c.c. 1865) nelle quali il termine erede è stato impiegato in modo inappropriato. Nel codice civile vigente, la formulazione delle norme, perlomeno ai fini che qui interessano, è più precisa, proprio perché i nuovi compilatori hanno avuto cura di riservare maggior attenzione al significato tecnico dei termini adoperati, al punto che gli esempi di improprietà o promiscuità terminologica risultano drasticamente ridotti. Al riguardo si potrebbe citare l'art. 623 c.c., ove effettivamente l'uso del vocabolo erede è fuori luogo, in quanto la norma si rivolge al chiamato all'eredità.

[51] Diversamente orientata Cass., 28.10.1995, n. 11320, cit., la quale sostiene che «il termine "erede" sia stato usato dalla legge (art. 5) non già in senso proprio, quale si deduce dal codice civile, ma in un'accezione più ampia comprendente anche il chiamato, dovendosi riconoscere al sistema fiscale una sua autonomia. Un riferimento testuale può desumersi del resto dall'art. 36 ove, accanto al termine di erede (comma 1), viene usato espressamente quello di chiamato (comma 3)». In realtà, come si è avuto modo di evidenziare in precedenza (v. *retro sub* § 1.), nel testo unico delle disposizioni concernenti l'imposta sulle successioni e donazioni, la figura del chiamato è costantemente e accuratamente tenuta distinta da quella dell'erede, in ragione della differente posizione giuridica nei confronti del tributo successorio.

[52] Butera, *Codice civile italiano commentato*, Libro II, Torino, 1940, p. 64; G. Russo, *Dell'accettazione dell'eredità*, in *Comm. D'Amelio-Finzi*, *Libro delle successioni per causa di morte e delle donazioni*, Firenze, 1941, pp. 115-116; Cicu, *Successioni per causa di morte*, cit., p. 166; Giannattasio, *Delle successioni. Disposizioni generali. Successioni legittime*, in *Comm. cod. civ.,* Torino, 1959, pp. 97-98; Grosso, Burdese, *Le successioni. Parte generale*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1977, pp. 257-258; L. Ferri, *Disposizioni generali sulle successioni*, cit., p. 265; Azzariti, *Le successioni e le donazioni. Libro secondo del codice civile*, Napoli, 1990, p. 99; Bo-

tuire necessariamente il fine ultimo o esclusivo della dichiarazione, poiché tale enunciazione, per un verso, potrebbe essere contenuta in un atto dal contenuto più vario e dalle finalità più disparate e, per altro verso, potrebbe anche ritrovarsi nella parte introduttiva e non dispositiva del documento. In altri termini, ciò che conta, per gli effetti voluti dalla norma in esame, è il dato obiettivo del riconoscimento della qualifica ereditaria o della volontà di adire l'eredità e non già il contesto documentale in cui tale dato si colloca[53].

Sul piano formale, occorre stabilire se il documento redatto ai fini fiscali possa soddisfare il requisito di forma imposto dall'art. 475 c.c.[54] e, più precisamente, se possa valere come scrittura privata.

A differenza di quanto avviene per l'atto pubblico, il codice civile non contiene alcuna definizione di scrittura privata[55]. Di fronte a tale vuoto normativo, l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale è pervenuta a coniare una nozione assai ampia, tale da ricomprendere qualsiasi documento sottoscritto dalla parte[56]. La definizione offerta pretende la ricorrenza di due elementi: il documento e la sottoscrizione. Per quanto concerne il significato da attribuire al termine "documento" si può fare riferimento all'autorevole, benché risalente, prospettazione[57], secondo la quale si tratta di «una cosa che, formata in presenza di un fatto, è destinata a fissare in modo permanente la rappresentazione verbale o figurativa, in modo da farlo conoscere a di-

nilini, *Diritto delle successioni*, Bari, 2004, p. 79; G. Perlingieri, *L'acquisto dell'eredità*, cit., pp. 232-233; Id., *Atti dispositivi «nulli» e acquisto dell'eredità. Contributo allo studio della gestione conservativa*, Napoli, 2002, pp. 28-29; Saporito, *L'accettazione dell'eredità*, in *Tratt. breve succ. e donaz.*, I, Padova, 2010, p. 268; Cicero, *Accettazione di eredità*, in *Digesto civ.*, Agg., Torino, 2013, p. 6.

53 A. Cicu, *Successioni per causa di morte*, cit., p. 166, secondo il quale l'assunzione del titolo di erede non deve essere attuale, potendo essere formulata anche al passato, cioè come evento già avvenuto. Nello stesso senso, G. Perlingieri, *Atti dispositivi «nulli» e acquisto dell'eredità*, cit., p. 28.

54 Nel senso che la forma sia richiesta dall'art. 475 c.c. *ad substantiam acti*, cfr. Cicu, *Successioni per causa di morte*, cit., pp. 166-167; Cariota Ferrara, *Le successioni per causa di morte. Parte generale*, Napoli, 1977, pp. 447-448; Grosso, Burdese, *Le successioni*, cit., p. 257; L. Ferri, *Disposizioni generali sulle successioni*, cit., p. 265; Palazzo, *Le successioni*, tomo 1, in *Tratt. Iudica-Zatti*, 2ª ed., Milano, 2000, p. 253; G. Perlingieri, *L'acquisto dell'eredità*, cit., p. 233; C. Cicero, *Accettazione di eredità*, cit., p. 6; Gorgoni, *Accettazione dell'eredità. Disposizioni generali*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2014, p. 232; Romeo, *L'accettazione dell'eredità*, in *Tratt. Bonilini*, I, *Successione ereditaria*, Milano, 2009, p. 1223; Saporito, *L'accettazione dell'eredità*, cit., p. 267; Cerri, *Profili dell'accettazione dell'eredità nel sistema italiano*, in *Diritto e processo*, 2015, p. 138. Ma si veda anche Piras, *Successione per causa di morte. Parte generale. Successione necessaria*, in *Tratt. Grosso-Santoro Passarelli*, Milano, 1965, pp. 86-87.

55 Patti, *Della prova documentale*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1996, p. 61.

56 Laserra, *La scrittura privata*, Napoli, 1959, p. 70; De Paola, *Scrittura privata*, in *Enc. For.*, Milano, 1961, p. 703; Carpino, *Scrittura privata*, in *Enc. Dir.*, XLI, Milano, 1989, p. 805; Bianca, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, 3ª ed., Milano, 2019, p. 256.

57 Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. Vassalli*, 3ª rist. della 2ª ed., Torino, 1960, p. 135. Per la definizione di documento è doveroso il riferimento a Carnelutti, *Documento* (teoria moderna), in *Noviss. Dig. it.*, VI, Torino, 1960, p. 86 ss. Si veda anche Candian, *Documentazione e documento* (*teoria generale*), in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 579.

stanza di tempo»[58]. Alla stregua di tale enunciazione, appare difficilmente confutabile che la dichiarazione di successione, anche in considerazione della funzione certificativa che è chiamata ad assolvere per il prelievo tributario, costituisca a tutti gli effetti un documento[59]. L'altro elemento non solo essenziale, ma addirittura caratterizzante la scrittura privata, è costituito dalla sottoscrizione[60], la quale consiste nell'apposizione autografa del nome della persona che assume la paternità del documento ove è apposta[61]. Per la denuncia di successione la sottoscrizione da parte di almeno uno dei soggetti obbligati alla presentazione rappresenta non già un elemento accidentale o occasionale, ma un requisito prescritto a pena di nullità dall'art. 28, comma 3, d.lg. 31-10-1990, n. 346[62]. Circa le modalità di apposizione, si ritiene, conformemente all'etimologia del termine, che la sottoscrizione debba essere apposta in calce alla scrittura[63], affinché la paternità sia riferibile all'intero contenuto che la precede[64]. Riguardo alla dichiarazione di successione occorre rilevare che anche l'ubicazione della sottoscrizione non è lasciata alla libera scelta del compilatore. In-

[58] Più esattamente, il documento costituisce un oggetto percepibile o, più esattamente, una cosa corporale che consente di «pronunciare il giudizio di un fatto, che sia sussumibile sotto un tipo normativo», dimodoché il documento reca «i segni, capaci di suscitare l'evocazione del fatto», ma «l'evocazione del fatto è fuori del documento», così N. Irti, *Sul concetto giuridico di documento*, in Id., *Studi sul formalismo negoziale*, Padova, 1997, p. 192 e p. 196. Sul punto si veda altresì Laserra, *La scrittura privata*, cit., p. 29 ss.

[59] Sul contenuto del documento Guidi, *Teoria giuridica del documento*, Milano, 1950, p. 79 ss.

[60] Laserra, *La scrittura privata*, cit., p. 188 ss.; De Paola, *Scrittura privata*, cit., p. 704; Scardaccione, *Scrittura privata*, in *Noviss. Dig. It.*, XVI, Torino, 1969, p. 810; Carpino, *Scrittura privata*, cit., p. 805; Sacco, *La forma*, in Sacco e De Nova, *Obbligazioni e contratti*, 10, in *Tratt. Rescigno*, 3ª ed., Torino, 2002, p. 298.

[61] Per i caratteri della sottoscrizione, oltre a Orlandi, *La paternità delle scritture*, Milano, 1997, *passim*, e a Laserra, *La scrittura privata*, cit., p. 194 ss.; De Paola, *Scrittura privata*, cit., p. 704; Scardaccione, *Scrittura privata*, cit., p. 811, cfr. Tondo, *Il documento nel sistema delle prove*, in Tondo, Casu e Ruotolo, *Il documento*, in *Tratt. CNN*, Napoli, 2003, p. 412 ss.

[62] Nel caso in cui la denuncia di successione sia sottoscritta non già personalmente dal chiamato, ma da un suo rappresentante, è indispensabile che nell'atto di conferimento del potere rappresentativo sia contemplata la specifica possibilità di accettare l'eredità *de qua* oppure la generica possibilità di accettare qualunque eredità devoluta al rappresentato. Sul problema relativo alle modalità di conferimento del potere di accettare l'eredità a terzi, cfr. Azzariti, *Le successioni e le donazioni*, cit., p. 82; Romeo, *L'accettazione dell'eredità*, cit., pp. 1213-1214; Capozzi, *Successioni e donazioni*, tomo I, 4ª ed., Milano, 2015, p. 244. Tuttavia, pur in difetto di qualsiasi potere rappresentativo, è da ritenere che l'interessato, qualora intenda avvalersi del titolo ereditario, possa successivamente ratificare l'operato del gerente. A tal proposito si veda Cass., 30.10.1992, n.11813, che, con specifico riferimento alla denuncia di successione, ha deciso che l'accettazione dell'eredità, benché «debba essere desunta di norma dal comportamento del chiamato, è tuttavia possibile che essa in concrete circostanze avvenga anche mediante l'attività indiretta o procuratoria od addirittura di gestione di altri soggetti incaricati, come nella specie, di compiere atti correlati alla volontà del successibile di dare esecuzione alle disposizioni testamentarie».

[63] De Paola, *Scrittura privata*, cit., p. 704; Scardaccione, *Scrittura privata*, cit., p. 810; Liserre, *Forma degli atti*, I) *Diritto civile*, in *Enc. Giur.*, XIV, Roma, 1989, p. 4; Patti, *Della prova documentale* cit., p. 65; C.M. Bianca, *Il contratto*, cit., p. 256, nota n. 61.

[64] Questa posteriorità non coinvolge l'aspetto temporale, in quanto si ritiene (Sacco, *La forma*, cit., p. 298) che l'anteriorità cronologica della sottoscrizione rispetto al testo sia compatibile con l'essenza della scrittura privata, poiché, in caso di riempimento abusivo, il rimedio sarebbe dato dalla querela di falso.

fatti, tale segno grafico deve essere apposto nello specifico spazio ricavato nel modello-tipo approvato dal Ministero delle Finanze, proprio per garantire la riconducibilità al sottoscrittore di tutte le parti del documento fiscale dal medesimo compilate[65]. L'insieme delle considerazioni che precedono dimostra, crediamo al di là di ogni ragionevole dubbio, la natura di scrittura privata della denuncia di successione e, dunque, la sua idoneità a soddisfare il requisito formale richiesto dall'art. 475 c.c.[66]

Sul piano sostanziale, la dottrina si è interrogata se, al fine del perfezionamento della vicenda successoria, sia sufficiente la mera dichiarazione recante la proclamazione di erede, a prescindere dall'intento soggettivo del dichiarante, oppure se, al contrario, occorra altresì la consapevolezza dell'autore circa gli effetti che conseguono dall'atto in ordine al conseguimento dell'eredità.

Secondo l'opinione dottrinale tradizionale[67], che tutt'ora gode di ampio seguito[68], la natura negoziale dell'accettazione espressa[69] implica che la volontà non deve semplicemente sorreggere il compimento dell'atto, ma deve anche investire anche l'effetto acquisitivo che ne discende[70]. Pertanto, siccome l'atto costituisce necessaria-

[65] Anche l'ubicazione dello spazio riservato alla sottoscrizione del dichiarante non è casuale, ma appare preordinata ad evitare contestazioni riguardo alla genuinità e alla paternità delle singole parti in cui si articola la dichiarazione di successione.

[66] Le stesse considerazioni inducono a ritenere che anche la dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà possa essere idonea a contenere l'accettazione espressa. Conseguentemente, la sua rilevanza deve essere apprezzata non già sul piano probatorio, come mezzo di prova volto a dimostrare un acquisto dell'eredità che, in qualche modo, si è realizzato in precedenza, ma sul piano sostanziale, in quanto costituisce l'atto in cui, ai sensi dell'art. 475 c.c., si manifesta e si concretizza la volontà del chiamato di conseguire il titolo di successore a titolo universale del defunto. Alla luce delle considerazioni svolte non appare condivisibile il contrario convincimento manifestato dalla Corte di Cassazione (Cass, Sez. un., 29.5.2014, n. 12065), secondo cui «la dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà di cui agli artt. 46 e 47 del d.p.r. 28-12-2000, n. 445, non costituisce di per sè prova idonea di tale qualità» (n.d.r. di erede), siccome esaurisce «i suoi effetti nell'ambito dei rapporti con la P.A. e nei relativi procedimenti amministrativi». Conformi sul punto Cass., 10.5.2018, n. 11276; Cass., 18.5.2011, n. 10911.

[67] L. Coviello jr., *In tema di accettazione dell'eredità*, in *Riv. dir. civ.*, 1955, pp. 807-808; Grosso, Burdese, *Le successioni*, cit., p. 258; Schlesinger, *Successioni* (*diritto civile*): *parte generale*, in *Noviss. Dig. it.*, XVIII, Torino, 1977, p. 760;

[68] Saporito, *L'accettazione dell'eredità*, cit., p. 268; Romeo, *L'accettazione dell'eredità*, cit., p. 1224.

[69] La natura negoziale dell'atto di accettazione ereditaria si trova costantemente affermata nella letteratura giuridica. Al riguardo si vedano, senza pretesa di esaustività: Cicu, *Successioni per causa di morte*, cit., p. 164; Schlesinger, *Successioni*, cit., p. 760, nt. 3; Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, VI, 9ª ed., Milano, 1962, p. 368; Cariota Ferrara, *Le successioni per causa di morte*, cit., pp. 439-440; Grosso, Burdese, *Le successioni*, cit., p. 254; L. Ferri, *Disposizioni generali sulle successioni*, cit., p. 236 ss., e p. 244; Bonilini, *Diritto delle successioni*, cit., p. 79; Capozzi, *Successioni e donazioni*, cit., p. 233; Saporito, *L'accettazione dell'eredità*, cit., p. 267; Romeo, *L'accettazione dell'eredità*, cit., p. 1222; Gorgoni, *Accettazione dell'eredità*, cit., p. 229; Di Marzio, *L'accettazione tacita dell'eredità*, in Cuffaro (a cura di), *Successioni per causa di morte. Esperienze e argomenti*, 2015, p. 138; Bianca, *Diritto civile*, 2.2., *Le successioni*, Milano, 2015, p. 96, Cerri, *Profili dell'accettazione dell'eredità nel sistema italiano*, cit., p. 139; Cicero, *Accettazione di eredità*, cit., p. 7).

[70] La soluzione opposta vale qualora il dichiarante scientemente esterni una volontà divergente dal suo reale intendimento. Per l'irrilevanza della riserva mentale cfr. L. Coviello jr., *In tema di accettazione dell'eredità*,

mente l'espressione di una scelta consapevolmente diretta all'adizione dell'eredità[71], da escludere che tale situazione ricorra quanto l'assunzione dell'attestato ereditario avviene «per ignoranza o inavvertenza e senza alcuna intenzione di compiere un atto di accettazione»[72]. Nell'ottica della ricostruzione teorica che reputa la volontà sempre prevalente sulla esternazione[73], dunque, si ammette la possibilità per l'interessato di fornire la prova della reale volontà che sorregge l'atto dal medesimo compiuto[74]. Nel caso in esame, pertanto, il dichiarante, qualora abbia interesse a negare l'acquisto ereditario[75], pur non potendo avvalersi del preteso carattere neutrale della

cit., p. 809. Ma si veda anche l'opinione espressa da Barassi, *Le successioni per causa di morte*, Milano, 1947, 3ª ed. agg., p. 106.

71 Sovente, a favore della prevalenza della reale volontà del chiamato rispetto alla manifestazione esteriore, si adduce il carattere non recettizio - su cui non vi sono incertezze (Cicu, *Successioni per causa di morte*, cit., p. 164; Barassi, *Le successioni per causa di morte*, cit., pp. 105-106; Cariota Ferrara, *Le successioni per causa di morte*, cit., p. 439 e pp. 440-441; Grosso, Burdese, *Le successioni*, cit., p. 255; Azzariti, *Le successioni e le donazioni*, cit., p. 79; Saporito, *L'accettazione dell'eredità*, cit., p. 267; Romeo, *L'accettazione dell'eredità*, cit., p, 1222; Gorgoni, *Accettazione dell'eredità*, cit., p. 229; G. Perlingieri, *L'acquisto dell'eredità*, cit., p. 187) - del negozio di accettazione espressa dell'eredità. Secondo tale impostazione, l'assenza di un destinatario specifico, in una certa misura, renderebbe inoperante il principio di tutela dell'altrui affidamento. Tale argomentazione appare poco persuasiva, poiché lo specifico contesto, in cui è destinata ad operare la dichiarazione di conseguire l'eredità o di assumere il titolo di erede, comporta che il novero dei soggetti interessati a conoscere l'accettazione, per quanto ampio, è pur sempre qualificato e, dunque, non è completamente indeterminato. Siffatta constatazione ha una valenza che si apprezza su un piano ricostruttivo più generale, riguardante la tradizionale ripartizione fra negozi recettizi e negozi non recettizi, che la dogmatica presenta come una distinzione netta e ben definita. Proprio l'indagine condotta sulla configurazione strutturale dell'accettazione espressa dell'eredità lascerebbe intuire che l'ordinamento giuridico è capace di graduare la recettizietà dell'atto, poiché contempla fattispecie, per così dire, intermedie che, pur non potendo essere ricondotte ai negozi recettizi in senso stretto, nondimeno non sembrano del tutto prive di destinatario.

72 Azzariti, *Le successioni e le donazioni*, cit., p. 99, nota n. 192, nonché Saporito, *L'accettazione dell'eredità*, cit., p. 268, nota n. 104, il quale sottolinea che il caso più frequente si verifica proprio in campo fiscale, in occasione della presentazione della dichiarazione di successione nella quale il chiamato si qualifica erroneamente - o, forse più correttamente, inconsapevolmente - come erede del defunto, pur senza avere l'intenzione di accettare l'eredità.

73 Barassi, *Le successioni per causa di morte*, cit., p. 106. Per Balzano, *Requisiti e struttura dell'accettazione tacita di eredità*, cit., p. 227, la necessità di far prevalere la volontà effettiva rispetto a quella esternata sarebbe da ammettere non tanto per ragioni di indole squisitamente tecnica, derivanti dalla natura non ricettizia dell'atto unilaterale di accettazione (espressa) dell'eredità, quanto per evitare un risultato iniquo, contrastante con la «concezione solidaristica (confermata dalla nostra Costituzione nella norma *ex* art. 2) e alla coscienza giuridica comune».

74 Cicero, *Accettazione di eredità*, cit., p. 7; Saporito, *L'accettazione dell'eredità*, cit., p. 268. *Contra* G. Perlingieri, *L'acquisto dell'eredità*, cit., p. 236. Nella prospettiva in discorso, si potrebbe reputare determinante il contegno serbato dal dichiarante posteriormente alla presentazione della denuncia di successione. Segnatamente, il completo disinteresse nei confronti delle sostanze relitte potrebbe essere valutato come un indice della volontà di restare estraneo alla vicenda successoria. Del pari, si potrebbe attribuire rilievo a fattori afferenti alla formazione individuale, come lo scarso livello di istruzione conseguito, tale da non permettere la comprensione della distinzione fra i due termini di riferimento (erede e chiamato all'eredità).

75 Si tratta di un aspetto di importanza decisiva nel caso di cui ci si occupa, poiché nella casistica giurisprudenziale, la presentazione della dichiarazione di successione (nonché l'esecuzione della voltura catastale per gli

denuncia di successione, che la corrente opinione dottrinale e giurisprudenziale le conferisce apoditticamente, potrebbe ugualmente essere ammesso a provare che il riconoscimento del titolo di erede non era sorretto dal reale e consapevole intendimento di apprendere l'eredità[76].

5. La conclusione di cui si è dato conto in precedenza, nel punto in cui ammette che il dichiarante possa affrancarsi dagli effetti che la legge ricollega al compimento dell'atto, in omaggio al preteso dogma della supremazia del volere[77] - il quale, a onore del vero, in questo settore del diritto trova un terreno assai fertile[78] - non appare pienamente coerente con la logica che pervade l'assetto normativo deputato a regolare il passaggio universale a causa di morte. La regola espressa nell'art. 459 c.c., là dove ricollega l'acquisto ereditario ad un atto di accettazione da parte del delato, non depone affatto a favore di una ricostruzione del sistema positivo in chiave soggettivistica[79], alla cui stregua la successione a titolo universale deve trovare necessariamente riscontro nell'*animus* del chiamato[80]. Al contrario, l'esigenza di conferire

immobili caduti in successione) è funzionale alla dimostrazione dell'acquisto ereditario secondo prospettive radicalmente opposte. Infatti, mentre in alcuni casi la presentazione della dichiarazione di successione è stata addotta dallo stesso dichiarante come evento capace di provare il conseguimento del titolo ereditario da parte sua (si vedano, per esempio, i casi decisi da Cass., 11.5.2009, n. 10796, cit.; Cass., 28.2.2007, n. 4783, cit.; Cass., 7.7.1999, n. 7075), in altri casi (si veda, fra le tante, Cass., 22.1.2020, n. 1438), invece, l'assolvimento di tale adempimento fiscale è stato utilizzato dai creditori per dimostrare l'acquisto ereditario da parte del dichiarante.

76 La valutazione concernente la reale intenzione del delato di conseguire l'eredità dovrebbe costituire una questione di fatto, rimessa all'apprezzamento del giudice di prime cure, che sfugge, quindi, al sindacato di legittimità. Sul punto v. Cass. 31.5.1945, n. 397, in *Giur. completa Cass. civ.*, 1945, p. 511.

77 Stolfi, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961, p. 107 ss., e, con specifico riferimento agli atti unilaterali, p. 115 ss. Per una critica al dogma della volontà, a vantaggio di una concezione capace di esaltare la funzione sociale del negozio giuridico cfr. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 51 ss.

78 A differenza dei negozi *inter vivos*, in ambito successorio l'autonomia di cui gode il testatore riguardo alla determinazione dell'assetto di interessi posteriore alla sua scomparsa è assai ampia, poiché l'unico limite è rinvenibile nella liceità dei motivi, così Rescigno, *Introduzione,* in *Tratt. Rescigno*, V, Torino, 1982, p. VIII. Per l'opinione dottrinale secondo cui per il negozio testamentario risulta inconferente qualsiasi valutazione dell'atto in termini di meritevolezza e/o di utilità sociale, cfr. G.B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 52 ss., spec. p. 58 ss.; Trabucchi, *L'autonomia testamentaria e le disposizioni negative*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, I, p. 41 ss., spec. pp. 60-61; Scalisi, *Persona umana e successioni. Itinerari di un confronto ancora aperto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1989, p. 398-299; Bonilini, *Il negozio testamentario*, in *Tratt. Bonilini*, II, *La successione testamentaria*, Milano, 2009, p. 13 ss., spec. pp. 15-16.

79 Per tale constatazione, si veda, in particolare Vocino, *Contributo alla dottrina del beneficio di inventario*, Milano, 1942, pp. 218-219 e, più recentemente, G. Perlingieri, *L'acquisto dell'eredità*, cit., p. 253 ss.; Barba, *Il chiamato all'eredità e la voltura catastale*, cit., p. 323 ss.

80 Si tratta, per la verità, di una constatazione risalente. Sul punto cfr. Barbero, *Sulla cosiddetta accettazione presunta dell'eredità*, in *Foro pad.*, 1950, I. c. 924; L. Coviello jr., *La formula degli articoli 485, 487 e 527: «Il chiamato è considerato erede puro e semplice», e il modo di acquisto dell'eredità*, in *Riv. dir. civ.*, 1960, I, p. 367 ss., nonché A. Cicu, *Successioni per causa di morte* cit., p. 163, il quale rileva che «la norma per cui l'eredità si acquista con l'accettazione, non risponde esattamente al sistema della legge. Pur se questa ammette che l'accettazione può effettuarsi tanto espressamente che tacitamente, ammette pure che l'acquisto possa

sufficiente certezza e definitività al trapasso delle sostanze del *de cuius*[81], in funzione della tutela di interessi riconducibili ad altri soggetti coinvolti nel (e dal) fenomeno successorio[82], ha indotto i compilatori del codice civile del '42 a prevedere svariate fattispecie acquisitive dell'eredità, nelle quali l'attinenza con lo stato interiore del chiamato è assai labile e, talvolta, del tutto assente[83]. A ben vedere, quindi, nella disciplina codicistica, la sublimazione della posizione individuale del potenziale continuatore della personalità del defunto giammai si spinge fino al punto da annichilire gli interessi di altri soggetti che, è bene ricordarlo, restano alla mercé della decisione dell'istituito erede. Anzi, la presenza di numerose ipotesi in cui il completamento della vicenda successoria avviene secondo modalità che, in misura maggiore o minore, non reclamano un riscontro obiettivo e certo nella volontà del vocato[84], inducono a sostenere che, in definitiva, non solo l'acquisto, ma anche l'accettazione dell'eredità, nella sua varietà tipologica[85], non debba necessariamente affondare le

avvenire indipendentemente da una volontà di accettazione». In realtà, nel sistema delineato dal codice civile, il concorso della volontà del chiamato per l'acquisto dell'eredità è «condizione normale, ma non esclusiva», così Liserre, *L'apertura della successione, la delazione e l'acquisto dell'eredità*, in *Tratt. Rescigno*, 5, 2ª ed., Torino, 1997, p. 43.

81 G. Perlingieri, *L'acquisto dell'eredità*, cit., pp. 253-254.

82 Al riguardo vengono in considerazione, oltreché i chiamati ulteriori, i creditori e, più in generale, qualsiasi altro soggetto interessato alla definizione della vicenda successoria, come, per esempio, il curatore dell'eredità giacente, per il quale l'accettazione del delato rappresenta il limite del suo ufficio (art. 532 c.c.), o l'esecutore testamentario (art. 707 c.c.).

83 A fronte delle ipotesi contemplate dagli artt. 477 e 478 c.c., ove è pur sempre rinvenibile un nesso con l'elemento volitivo del chiamato, trattandosi di atti coi quali egli dispone dei suoi diritti successori, sussistono altre ipotesi ove l'acquisto avviene *ex lege*, cioè prescindendo completamente dall'intenzione del successibile di conseguire l'eredità (art. 485, commi 2 e 3, c.c.) o addirittura nonostante la sua diversa volontà (art. 527 c.c.). Gli artt. 485 e 527 c.c. sono emblematici del modo con cui sono stati valutati i diversi interessi coinvolti. In entrambi i casi, la reale intenzione del chiamato è integralmente sacrificata per soddisfare altre esigenze reputate prevalenti. Infatti, nel primo caso, la relazione qualificata e palese del chiamato coi beni ereditari, protratta per un ragionevole periodo di tempo, è considerata sufficiente per fondare nei consociati il convincimento circa la chiusura dalla vacanza ereditaria, contenendo nel contempo il rischio che l'amministrazione provvisoria *ex* art. 460 c.c., a lungo andare, possa risolversi in un pregiudizio per la consistenza dell'asse relitto (Grosso, Burdese, *Le successioni*, cit., p. 308). Nel secondo caso è più convincente la tesi che reputa determinante la necessità di apprestare un'efficace forma di garanzia per gli altri chiamati a succedere e per i creditori del defunto di fronte ad un atto fraudolento del vocato (L. Ferri, *Successioni in generale*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna–Roma, 1968, p. 135; Capozzi, *Successioni e donazioni*, cit., p. 251; G. Perlingieri, *L'acquisto dell'eredità*, cit., p. 328), rispetto a quella che fa riferimento all'esigenza di sanzionare un comportamento obiettivamente riprovevole (Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, VI, cit., p. 374 e p. 456; Giannattasio, *Delle successioni*, cit., p. 226; Azzariti, *Le successioni e le donazioni*, cit., p. 106; Saporito, *L'accettazione dell'eredità*, cit., p. 292).

84 Vocino, *Contributo alla dottrina del beneficio di inventario*, cit., p. 218; Segni, *Autonomia privata e valutazione legale tipica*, Padova, 1972, pp. 240-241; Cuffaro, *Erede e eredità*, I) *Diritto civile*, in *Enc. Giur.*, XII, Roma, 1989, p. 8; G. Perlingieri, *L'acquisto dell'eredità*, cit., p. 331 ss.; Barba, *Il chiamato all'eredità e la voltura catastale*, cit., p. 325.

85 In questa prospettiva, sarebbe da rivalutare e da sviluppare ulteriormente l'intuizione (L. Ferri, *Disposizioni generali sulle successioni*, cit., p. 262) secondo cui l'accettazione espressa e quella tacita non appartengano allo stesso tipo negoziale.

sue radici nel reale convincimento del successibile[86]. In quest'ottica, l'idea di ricollegare l'apprensione dell'eredità alla mera esternazione dell'assunzione del titolo ereditario[87], senza preoccuparsi di indagare se tale manifestazione esteriore corrisponda effettivamente al volere interiore del suo autore, risulta meno abnorme rispetto a quanto potrebbe sembrare a primo acchito[88].

La soluzione interpretativa prospettata, del resto, costituisce una puntuale applicazione, nel peculiare contesto della successione *mortis causa*, del principio basico di autoresponsabilità negoziale[89], in forza del quale l'autore della dichiarazione volitiva deve risentire delle conseguenze dannose derivanti dalla propria attività negligente o superficiale[90]. Nel caso dell'accettazione espressa dell'eredità, poi, il richiamo al principio di autoresponsabilità appare ulteriormente rafforzato dalla prescrizione formale imposta dall'art. 475 c.c. La scelta normativa di affidarsi all'atto pubblico o alla scrittura privata, come mezzi esclusivi per l'esternazione dell'*aditio hereditatis*, trova la sua spiegazione principale, benché non esclusiva, nell'esigenza di sensibilizzare il delato riguardo all'importanza dell'atto che si accinge a compiere[91]. Pertanto, appare quantomeno singolare che, di fronte ad un onere di forma specificatamente

[86] Il banco di prova su cui la dottrina si è cimentata, circa la rilevanza dell'elemento volitivo ai fini del conseguimento dell'eredità, è costituito dalla fattispecie delineata dall'art. 476 c.c. Al riguardo si può notare che la tesi tradizionale (Barassi, *Le successioni per causa di morte*, cit., p. 106; Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, VI, cit., pp. 372-373; Giannattasio, *Delle successioni*, cit., p. 102; Butera, *Codice civile italiano commentato*, cit., p. 66) - ancora strettamente legata all'idea secondo la quale l'acquisto ereditario non può avvenire non solo contro la volontà dell'interessato, ma addirittura senza la volontà del medesimo, in omaggio al risalente brocardo "non può essere erede chi non vuole" - ha progressivamente lasciato spazio ad una differente ricostruzione teorica, che privilegia considerare l'atto compiuto dal chiamato nella sua nuda oggettività. Per tale impostazione si vedano, in particolare, G. Perlingieri, *L'acquisto dell'eredità*, cit., p. 255; Barba, *Il chiamato all'eredità e la voltura catastale*, cit., p. 325 ss., nonché, in precedenza, Segni, *Autonomia provata e valutazione legale tipica*, cit., p. 241; Schlesinger, *Successioni*, cit., p. 760.

[87] Al riguardo Degni, *Lezioni di diritto civile. La successione a causa di morte*, III, *Disposizioni comuni alle successioni legittime e testamentarie*, Padova, 1937, p. 26; Vocino, *Contributo alla dottrina del beneficio di inventario*, Milano, 1942, pp. 218-219.

[88] La constatazione per cui, nelle ipotesi di accettazione tacita dell'eredità, non occorre ricercare la volontà effettiva del chiamato, reagisce necessariamente sull'indagine relativa alla determinazione della rilevanza dell'elemento volitivo nell'altra modalità di accettazione dell'eredità. Infatti, le esigenze di assicurare certezza alle vicende giuridiche e di offrire un'adeguata tutela ai terzi controinteressati, se valgono per ricostruire, in chiave obiettiva, la rilevanza per il diritto di un atto giuridico muto per quanto concerne l'acquisto *mortis causa*, come l'accettazione tacita dell'eredità, dovrebbero valere, *a fortiori*, per stabilire il significato giuridico di un atto comunicativo, come l'accettazione espressa, il quale è direttamente e apertamente evocativo della relazione del suo autore con la devoluzione ereditaria che lo riguarda.

[89] Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 109 ss.

[90] Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 109.

[91] Per la dottrina più tradizionale, che ravvisa nelle prescrizioni di forma un presidio a tutela dello stesso autore del negozio giuridico, essendo diretta a richiamare la sua attenzione sull'importanza dell'atto che si accinge a compiere «e di garantire la *serietà* e la *maturità* di quanto egli decida di fare, servendosi dell'atto in questione», cfr. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, cit., p. 504; Id., *Il contratto in genere*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1973, p. 145. Con riferimento all'accettazione di eredità Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, 9ª ed. rist., Napoli, 1989, p. 144. Nel senso che anche la scrittura

deputato (anche) alla responsabilizzazione dell'atto volitivo[92], si possa ritenere ammissibile la dimostrazione dell'assenza della volontà rivolta a percepire l'eredità oppure di una volontà solo inconsapevolmente orientata a tal fine. Del resto, come si è accennato in precedenza, la prescrizione formale stabilita dall'art. 475 c.c. non è rivolta solamente a presidio della serietà del volere, ma appare rispondente anche all'esigenza di offrire ai terzi controinteressati un mezzo durevole di conoscenza[93], su cui poter fare affidamento per constatare il perfezionamento della successione universale del defunto[94]. Da questo punto di vista, la forma vincolata è da mettere in connessione con la funzione, per così dire, sociale dell'atto[95], in quanto essa costituisce lo strumento attraverso il quale il contenuto della dichiarazione risulta percepibile ai consociati nella sua oggettiva consistenza.

Le considerazioni svolte convincono che, per quanto attiene alle ipotesi di accettazione espressa, la dichiarazione che la contiene rileva nella sua oggettiva esteriorizzazione. Infatti, l'intento di conseguire l'eredità è, per così dire, insito nel compimento dell'atto, siccome gli effetti conseguenti costituiscono il prodotto dell'ordine giuridico[96]. Conseguentemente, è da escludersi che possa essere oggetto di prova un uso atecnico del termine "erede" come, del resto, che la manifestazione della volontà di assumere il titolo ereditario sia stata resa per ignoranza o inavvertenza e, quindi, senza la reale intenzione di compiere un atto di accettazione.

privata, seppure in misura minore rispetto all'atto pubblico, sia idonea a richiamare l'attenzione della parte riguardo alla dichiarazione ivi contenuta, cfr. Bianca, *Il contratto*, cit., p. 248.

92 In questo senso, il formalismo imposto all'atto di accettazione espressa dell'eredità costituisce un modo attraverso il quale l'azione umana assume rilievo giuridico, siccome in sua assenza, per usare le parole di Irti, *Formalismo e attività giuridica*, in *Studi sul formalismo negoziale*, cit., p. 7, «l'agire sarebbe giuridicamente neutro opaco muto».

93 Nel senso che, in linea di principio, la funzione rivolta a rendere consapevole il consenso prestato dall'autore dell'atto è «del tutto compatibile» con la funzione di assicurare la conoscenza agli altri interessati, cfr. Liserre, *Forma degli atti*, cit., p. 2; P. Perlingieri, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987, p 44.

94 Nell'ambito delle funzioni assolte dalla forma, il profilo attinente alla posizione dei terzi è addirittura enfatizzato da Giorgianni, *Forma degli atti* (*dir. priv.*), in *Enc. Dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 1006, per il quale «il moderno formalismo è imposto esclusivamente nell'interesse dei terzi, affinché costoro "conoscano" il negozio, e comunque affinché questo abbia efficacia nei loro confronti».

95 Schlesinger, *Dichiarazione* (*teoria generale*), in *Enc. Dir.*, XII, Milano, 1964, p. 376. Più in generale, sul fenomeno di giurisdizzazione dell'atto di autonomia in considerazione della sua rilevanza nella realtà sociale, cfr. Scognamiglio, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, 2ª ed., rist. Napoli, 2008, p. 244 ss.

96 Così, pressoché, testualmente, G. Perlingieri, *L'acquisto dell'eredità*, cit., p. 236. Sul profilo considerato si veda anche dello stesso Autore, *Atti dispositivi «nulli» e acquisto dell'eredità*, cit., p. 36 ss.

Nullità di protezione e integrazione del contratto

di Chiara Sartoris*

Abstract. The essay reflects on the effectiveness of the protective nullity of article 36 of the Consumer Code in case it refers to a core term or to a large number of terms of a consumer contract. Thus, the study examines the consequences of such declaration of nullity, illustrating if and how it may be possible to fill in the void in order to preserve the contract.

SOMMARIO: 1. Il problema dei poteri del giudice sul contratto in presenza di clausole abusive. – 1.1. La gestione della lacuna contrattuale sopravvenuta. – 1.2. Nullità totale e ineffettività della tutela. – 2. Riflessione sul concetto di parzialità necessaria del rimedio ex *art. 36 cod. cons. – 2.1. Nullità parziale necessaria e integrazione del contratto. – 2.2. Ulteriori tecniche di conservazione del contratto: la rinegoziazione. – 2.3. (segue) L'integrazione giudiziale. – 3. Prospettazione di un concorso gerarchico di tecniche integrative fondato sull'art. 1374 c.c. – 4. Ricostruzione evolutiva del rapporto tra nullità di protezione e integrazione in chiave eurounitaria.*

1. La materia dei contratti del consumatore offre un'interessante occasione di riflessione per comprendere quale sia l'estensione dei poteri del giudice quando dichiara la nullità di una clausola abusiva. Occorre chiedersi se il sistema di tutela contro le clausole abusive predisposto dalla normativa europea e italiana – che è un sistema di tutela in negativo (mediante la soppressione della pattuizione abusiva)[1],

* Assegnista di ricerca PostDoc in Diritto Privato presso l'Università di Firenze

1 Gli studi in materia sono innumerevoli: Alpa, *Per il recepimento della direttiva comunitaria sui contratti dei consumatori, in Contr.*, 1994, p. 115 ss.; De Nova, *Le clausole vessatorie*, Milano, 1996; Morello, *Clausole vessatorie abusive: le linee di fondo di una nuova disciplina*, in *Not.*, 1996, p. 293 ss.; Lener, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *Foro it.*, 1996, V, c. 156; Nuzzo, *Art. 1469-quinquies. Inefficacia*, in Bianca e Busnelli (a cura di), *Commentario al capo XIV*-bis *del codice civile: dei contratti del consumatore*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, p. 1219; Alpa, Patti (a cura di), *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori, Commentario agli artt. 1469*-bis*,1469-sexies*, Milano, 1997, p. 1079; Gentili, *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 412 ss.; Monticelli, *Dalla inefficacia delle clausole vessatorie alla nullità del contratto (Note a margine dell'art. 1469* quinquies*, comma 1 e 3, c.c.)*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, p. 565 ss.; Pardolesi, Pacces, *Clausole vessatorie e analisi economica del diritto: note in margine alla ragioni (ed alle incongruenze) della nuova disciplina*, in AA.VV., *Diritto privato. Condizioni generali e clausole vessatorie*, Padova, 1997; S. Rodotà, *Tendenze evolutive della tutela del consumatore*, Napoli, 1998; Mengoni, *Problemi di integrazione della disciplina dei "contratti del consumatore" nel sistema del codice civile*, in AA.VV., *Studi in onore di Pietro Rescigno*, vol. III, *Diritto Privato, Obbligazioni e contratti*, Milano, 1998, p. 541 ss.; Passagnoli, *Commento all'art. 1469-quinquies, comma 1, 3 e 5*, in Vettori (a cura

sia sempre in grado di garantire una protezione effettiva per il consumatore[2]. Il problema si pone quando il giudizio di abusività colpisce la pattuizione di un elemento essenziale per la logica dell'operazione economica[3] o, comunque, una pluralità di clausole, il cui gran numero incida in modo sostanziale sul programma negoziale. In questi casi, il rischio concreto per il consumatore è di perdere l'intero contratto, una volta che sia stata soppressa la pattuizione abusiva, per l'impossibilità di funzionare correttamente. E questo esito produce, indubbiamente, un pregiudizio per tale contraente in particolare e per il mercato in generale.

La questione della sorte del contratto, in questo frangente, ci appare rilevante in quanto finora non è stata focalizzata né dalla normativa europea, né da quella nazionale. Neppure la dottrina e la giurisprudenza sembrano essersi immediatamente

di), *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Padova, 1999, p. 158 ss.; Valle, *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, Padova, 2004; Di Marzio, *Nullità di protezione, codice del consumo e contratti del consumatore*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 837 ss.; De Cristofaro, *Il "Codice del consumo"*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2006, p. 780 ss.; Pagliantini, *La non vincolatività (delle clausole abusive) e l'interpretazione autentica della Corte di Giustizia*, in *Contr.*, 2017, 1, p. 11 ss.

2 Tutti gli Stati membri hanno optato per un sistema giudiziario, anziché amministrativo, di soppressione delle clausole abusive. L'obiettivo fissato dalla Direttiva 1993/13/CE viene, però, realizzato da ciascuno ordinamento, secondo il rispettivo diverso regime giuridico. I rimedi apprestati variano tra l'inesistenza, la nullità, l'annullabilità, l'inefficacia e l'inapplicabilità delle clausole abusive. Alcuni sistemi nazionali, inoltre, come i Paesi nordici e il Regno Unito, prevedono anche strumenti volti a favorire il negoziato diretto nei confronti dei professionisti e delle associazioni di professionisti, affinché la parte forte del contratto venga persuasa ad apportare le modifiche necessarie a eliminare i profili di abusività delle pattuizioni inserite nel regolamento contrattuale. Per un approfondimento: Serio, *Profili comparatistici delle clausole vessatorie*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, I, p. 83 ss.; Pagliantini, *La vaghezza del principio di "non vincolatività" delle clausole vessatorie secondo la Corte di Giustizia: ultimo atto?*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 525 ss.

3 Il riferimento è alle clausole che rivestono grande importanza per la logica dell'operazione negoziale, come quella sull'oggetto del contratto o quella che determina il prezzo del bene o del servizio (ove non scritta in modo chiaro e comprensibile ai sensi dell'art. 34 cod. cons.) o quella afferente alla qualificazione causale del contratto. In tali casi «è lo stesso contenuto minimo che delinea causa ed oggetto del contratto a finire per essere compromesso, così pregiudicando – in mancanza di una integrazione del regolamento negoziale – la sopravvivenza del contratto» (così D'Adda, *La correzione del «contratto abusivo»*, in *Le invalidità di diritto privato*, a cura di Bellavista e Plaia, Milano, 2011, p. 376). Si precisa che il concetto di "essenzialità" della clausola a cui si fa qui riferimento non è quello che viene in considerazione ai sensi dell'art. 1419, comma 1, c.c., perché diversa è la ratio dei due rimedi. Le clausole vessatorie ex art. 36 cod. cons. non sono sottoposte a un giudizio di essenzialità analogo a quello dell'art. 1419, comma 1, c.c., che presuppone la parità e l'eguale libertà dei contraenti nella determinazione del contenuto del contratto. Come è stato osservato in dottrina, da un lato, «è chiaro, infatti, che *ex latere proferentis*, la clausola vessatoria è sempre essenziale e, dunque, il contratto sempre nullo», dall'altro, si avrebbe «un'inutile ripetizione della regola di non propagazione (dal punto di vista del consumatore l'esigenza primaria è quella della conservazione del contratto depurato della clausola vessatoria, sicché anche qui l'esito del test sarebbe il più delle volte scontato)». La verifica sull'importanza della clausola vessatoria deve essere condotta in termini oggettivi, avuto riguardo non tanto all'interesse di entrambe le parti, quanto, soprattutto, all'interesse del consumatore. Così Mazzamuto, *Brevi note in tema di conservazione o caducazione del contratto in dipendenza della nullità della clausola abusiva*, in *Contr. e impr.*, 1994, p. 1097 ss.

poste il problema, all'indomani dell'emanazione della Direttiva 1993/13/CE; ciò in quanto, in un primo momento, l'attenzione si è concentrata, come è ovvio, su due aspetti essenziali: sul problema della qualificazione del rimedio contro le clausole abusive, atteso che la Direttiva si limita a stabilire che queste ultime *"non vincolano"* il consumatore, mentre la norma italiana di recepimento ne prevedeva genericamente la "inefficacia"; e sulla interpretazione delle regole di disciplina, prime tra tutte, la legittimazione relativa, la rilevabilità officiosa e la parzialità necessaria[4].

Eppure, il problema tratteggiato si pone concretamente ed emerge in tutta la sua importanza, ove lo si inquadri alla luce di due punti di osservazione, che rappresentano altrettante ipotesi di approccio metodologico al tema. Da un lato, la questione degli effetti della nullità di protezione si inserisce in una più generale tendenza degli interpreti a rileggere le caratteristiche del rimedio della invalidità. Non a caso, siamo in una fase di complessivo *restatement* dei rapporti tra disciplina del contratto e disciplina del processo, come emerge dall'attenzione dottrinale e giurisprudenziale per una serie di questioni relative all'istituto della nullità: l'estensione del potere giudiziale di rilevazione officiosa, la sanabilità o meno della nullità; le conseguenze dell'opposizione del consumatore; l'applicazione del giudizio di invalidità a clausole contrattuali atipiche attraverso il controllo sulla meritevolezza degli interessi dei contraenti; e, da ultimo, l'ammissibilità dell'uso selettivo della nullità. Dall'altro lato, occorre che la riflessione sia condotta alla luce non soltanto delle categorie dogmatiche tradizionali, ma anche e soprattutto dei principi eurounitari che dominano la materia, imponendo un mutamento nel modo di concepire e leggere gli istituti tradizionali, specie quelle rimediali, in linea con la tendenza più generale a *"ragionare per principi"*, non solo per regole puntuali[5]. Tra questi, particolare rilievo

[4] Sull'evoluzione del rimedio dalla categoria della "inefficacia" alla categoria della "nullità" (di protezione), si vedano: Gentili, *L'inefficacia delle clausole abusive,* op. cit., p. 412 ss.; S. Monticelli, *Dalla inefficacia delle clausole vessatorie alla nullità del contratto (Note a margine dell'art. 1469* quinquies*, comma 1 e 3, c.c.)*, op. cit., p. 565 ss.; Passagnoli, *Nullità speciali*, Milano, 1998; Orestano, *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, in Rodotà (a cura di), *Tendenze evolutive della tutela del consumatore*, Napoli, 1998; Polidori, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001; Filanti, *Nullità (nullità speciali)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 2004; Valle, *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, op. cit.; F. Di Marzio, *Nullità di protezione, codice del consumo e contratti del consumatore*, cit., p. 837 ss.; Girolami *La nullità relativa di protezione: da eccezione a* tertium genus *nel sistema dell'invalidità negoziale*, in *Le forme della nullità*, a cura di Pagliantini, Torino, 2009, p. 73 ss.; Pagliatini, *L'azione di nullità tra legittimazione e interesse*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, 2, p. 407 ss.

[5] La dottrina più sensibile ha chiarito da tempo che anche i principi sono idonei a regolare la disciplina contrattuale, al pari delle norme giuridiche. Ciò vale, innanzitutto, per i principi costituzionali, sull'assunto che pure le norme programmatiche abbiano un'efficacia normativa diretta, ma anche per i principi del diritto europeo, che sono direttamente applicabili nel nostro ordinamento, purché non contrastino con i valori fondamentali del sistema costituzionale. *Ex multis*: Rescigno, *Per una rilettura del Codice civile*, in *Giur. it.*, 1968, IV, p. 205 ss.; Cataudella, *L'uso abusivo dei principi*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 4, p. 747 ss.; P. Perlingieri, *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, 95 ss.; Navarretta, *Complessità dell'argomentazione per principi nel sistema attuale delle fonti di diritto privato*, in *Riv. dir. priv.*,

assumono, soprattutto, il principio di effettività della tutela[6], oltre ai principi di proporzionalità e di buona fede, i quali concorrono a delineare un quadro di valori e di parametri di riferimento imprescindibili.

1.1. Giova ora scendere nel dettaglio del problema della gestione della lacuna contrattuale "sopravvenuta" all'esito della dichiarazione della nullità di una clausola vessatoria essenziale[7]. Si tratta di stabilire se il giudice disponga del potere di colmare la lacuna contrattuale attraverso strumenti idonei a garantire la conservazione del contratto[8]; nell'idea che, diversamente ragionando, il consumatore si troverebbe

2001, I, p. 782 ss.; Vettori, *Diritto dei contratti e "Costituzione" europea. Regole e principi ordinanti*, Milano, 2005; Id., *Regole e principi. Un decalogo*, in *Pers. e merc.*, 2015, 2, p. 51 ss.; Id., *Il contratto europeo tra regole e principi*, Torino, 2015; Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015.

6 Sulla rilevanza e sulla centralità, nella materia in esame, del principio di effettività v.: Di Majo, voce *Tutela (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, p. 360; Proto Pisani, *Il principio di effettività nel processo civile italiano*, in *Giusto proc. civ.*, 2014, p. 828; Pagni, *Tutela specifica e tutela per equivalente. Situazioni soggettive e rimedi nelle dinamiche dell'impresa, del mercato, del rapporto di lavoro e dell'attività amministrativa,* Milano, 2004; Oriani, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli, 2008; Dalfino, *Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 907; Pagliantini *Diritto giurisprudenziale e principio di effettività*, in *Pers. merc.*, 2015, 4, p. 112; Imbruglia, *Effettività della tutela: una casistica,* in *Persona e mercato*, 2016, 2, p. 62 ss.; Vettori, *Contratto giusto e rimedi effettivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 3, p. 787; Id., *Effettività delle tutele (diritto civile)* (voce), in *Enc. dir., Ann.* X, Milano, 2017, p. 381 ss.

7 Autorevole dottrina descrive il medesimo problema in termini di "post-vessatorietà": Pagliantini, *Post-vessatorietà ed integrazione del contratto nel decalogo della CGUE*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 3, p. 561 ss.

8 Giova svolgere una precisazione concettuale. La nozione di "conservazione" del contratto e quella di "parzialità" della nullità costituiscono due accezioni diverse di uno stesso fenomeno. La "conservazione" a cui qui si allude è intesa in un significato differente da quello rilevante in altri ambiti di disciplina del contratto. Il riferimento è all'art. 1367 c.c., secondo cui il contratto deve essere interpretato in un senso che consenta di attribuire un qualche effetto utile alla dichiarazione di volontà delle parti. Ma tale è l'importanza trasversale del principio di conservazione che parte della dottrina tende a ricondurre alla sua *ratio* anche altri fenomeni, come la convalida del negozio annullabile *ex* art. 1444 c.c., la conversione del negozio nullo ex art. 1424 c.c., o la regola della nullità parziale *ex* artt. 1419 e 1420 c.c. In senso lato, anche queste ultime disposizioni possono essere considerate applicazione del principio di conservazione. Tuttavia, riteniamo necessario effettuare una distinzione. Al contrario, la nullità parziale ex art. 1419 c.c. e, a maggior ragione, la nullità parziale necessaria *ex* art. 36 cod. cons., esprimono un'accezione di tale principio ben diversa da quella dell'art. 1367 c.c. La nullità parziale del contratto, da un lato, implica l'invalidità di una clausola, non semplicemente un dubbio interpretativo; dall'altro, realizza la conservazione attraverso la riduzione del contenuto contrattuale, per effetto dell'espunzione della clausola nulla, a cui può seguire un'attività di integrazione della lacuna sopravvenuta. Viceversa, l'applicazione dell'art. 1367 c.c. presuppone la validità del contratto: «quando fa difetto una volontà meritevole di protezione giuridica allora si è fuori dalla [sua] sfera di applicazione» (cfr. Cass., 14 luglio 1954, n. 2479, in *Mass. Giur. it.*, 1954, p. 556 ss.). Questo significa che per conservazione del contratto affetto da nullità parziale, si deve intendere non la possibilità di conservare il contratto attraverso l'attività ermeneutica, bensì la sua sopravvivenza una volta che sia stato privato della clausola nulla ed eventualmente integrato nel suo contenuto. In definitiva, la ratio delle due fattispecie è sempre la medesima – garantire il riconoscimento di valore giuridico a un negozio giuridico -,

nell'alternativa tra rimanere vincolato a un regolamento pregiudizievole, in quanto frutto dell'altrui abuso della libertà contrattuale, ovvero, subire la nullità totale del contratto, una volta privato della clausola vessatoria essenziale. È evidente come, in quest'ultimo caso, il consumatore non solo perderebbe lo strumento giuridico necessario a conseguire il bene o servizio di cui abbisogna, ma dovrebbe anche adempiere ai conseguenti obblighi restitutori.

Ci sembra opportuno che la riflessione prenda l'avvio dall'analisi della giurisprudenza europea. In mancanza di una norma dedicata agli effetti della disapplicazione della clausola abusiva, la Corte di Giustizia, benché abbia sempre interpretato in modo estensivo il potere del giudice di rilevare d'ufficio l'abusività[9], tende, invece, a limitare il più possibile lo spazio per interventi correttivi sul regolamento contrattuale. Tale impostazione si fonda su un'interpretazione letterale dell'art. 6 della Direttiva 1993/13/CE, che riconosce ai giudici nazionali il solo potere di accertare l'abusività di una clausola e di disapplicarla, affinché non vincoli il consumatore, sempre che il contratto possa sussistere senza di essa. Il divieto per il giudice di rivedere il contenuto dell'atto si giustificherebbe con l'esigenza di evitare una sostanziale compromissione dell'obiettivo di lungo termine sancito dall'art. 7 della Direttiva, ossia «*l'effetto dissuasivo esercitato sui professionisti dalla pura e semplice non applica-*

ma in caso di clausole nulle, la conservazione afferisce, prima ancora che al piano della interpretazione, al diverso piano della struttura del regolamento. In dottrina si vedano: Grassetti, voce *Conservazione (principio di)*, in *Enc. dir.*, vol. IX, Milano, 1961, p. 173-176; Mirabelli, *Dei contratti in generale, in Commentario del codice civile*, Torino, 1961, p. 212 ss.; Ondei, *La "conservazione" dei negozi giuridici mediante interpretazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, p. 37 ss.; Stella Richter, *Il principio di conservazione del negozio giuridico*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1967, p. 411 ss.; Casella, voce *Negozio giuridico (interpretazione del)*, in *Enc. del dir.*, XVIII, Milano, 1978, p. 17-31; Fonsi, *Il principio di conservazione del contratto (art. 1367 c.c.)*, in *Vita not.*, 1995., p. 1041 ss.; Irti, *Principi e problemi di interpretazione contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 4, p. 1139 ss.; Astone *Art. 1367, in Commentario del codice civile*, diretto da Gabrielli, *Dei contratti in generale*, a cura di Navarretta, Orestano, Torino, 2012, p. 546 ss.

9 Tradizionalmente, la Corte di Giustizia, al fine di garantire tanto l'effettività della tutela giurisdizionale del consumatore, quanto livelli ottimali di concorrenzialità sul mercato comune, ritiene necessario l'intervento di soggetti estranei al rapporto contrattuale. In particolare, il potere del giudice di rilevare d'ufficio l'abusività di una clausola è stato affermato a partire dalla decisione sul caso *Océano Grupo Editorial* del 2000 (cfr. Corte di Giustizia, 27 giugno 2000, cause riunite C-240/1998 a C-244/1998, *Océano Grupo Editorial e Salvat Editores*, in *Racc.*, I, p. 4941) e ha trovato conferma in numerose decisioni successive, in cui è stato chiarito che al giudice fa capo non una mera facoltà, ma come un vero e proprio obbligo di rilevazione officiosa, da attuare in ogni fase del giudizio, compresa quella esecutiva (cfr. Corte di Giustizia, 16 febbraio 2016, causa C-49/2014, *Zambrano*, in *www.curia.europa.eu*). Tale potere-dovere incontra un limite unicamente nella valutazione di convenienza del consumatore, ove questi, una volta interpellato dal giudice, dichiari di non volersi valere del rimedio predisposto a sua protezione. Cfr. Corte di Giustizia, 21 novembre 2002, causa C-473/2000, *Cofidis SA e Jean-Louis Fredout*, in *Racc.*, I, p. 10875; Corte di Giustizia, 26 ottobre 2006, causa C-168/2005, *Mostaza Claro*, in *Racc.*, I, 10421; Corte di Giustizia, 21 febbraio 2013, causa C-472/2011, *Banif Plus Bank Zrt*, in *www.curia.europa.eu*; Corte di Giustizia, 6 ottobre 2009, causa C-40/2008, *Asturcom Telecomunicaciones*, in *www.curia.europa.eu*; Corte di Giustizia, 4 giugno 2009, causa C-243/2008, *Pannon*, in *Racc.*, I, p. 4812.

zione, nei confronti del consumatore, di siffatte regole». Diversamente ragionando – viene sostenuto - i professionisti *«rimarrebbero tentati di utilizzare tali clausole, consapevoli che, quand'anche fossero invalidate, il contratto potrebbe nondimeno essere integrato, per quanto necessario, dal giudice nazionale, in modo tale, quindi, da garantire»* il loro interesse[10]. Tali considerazioni trovano conferma in numerose sentenze della Corte di Giustizia[11], la cui impostazione mira a realizzare due esigenze opposte, ma ritenute di eguale importanza: garantire una tutela effettiva del consumatore e stigmatizzare la condotta del professionista in un'ottica dissuasivo-sanzionatoria.

La netta chiusura della giurisprudenza europea rispetto a tecniche di intervento sul contratto in funzione conservativa sembra esporsi, tuttavia, a plurimi rilievi critici. Innanzitutto, ci pare discutibile l'idea che il ricordato obiettivo di lungo periodo sia perseguibile unicamente con una tutela in negativo. Piuttosto, ci pare ben più efficace, in ottica dissuasiva, la situazione di incertezza circa la sorte del contratto che si determina nel momento in cui il giudice dichiara la nullità di una clausola e provvede a colmare la lacuna. L'incertezza[12] sul concreto atteggiarsi del rimedio e la possibilità, per il professionista, di rimanere vincolato al contratto riequilibrato potrebbero essere il vero elemento di prevenzione contro la prassi delle clausole abusive e il connesso effetto di ingiustizia sociale. Secondariamente, si osserva che anche laddove l'unica conseguenza del giudizio di vessatorietà fosse la disapplicazione del-

[10] Il contratto «deve sussistere, in linea di principio, senz'altra modifica che non sia quella risultante dalla soppressione delle clausole abusive, purché, conformemente alle norme di diritto interno, una simile sopravvivenza del contratto sia giuridicamente possibile». Così Corte di Giustizia, 14 giugno 2012, causa C-618/2010, *Banco Español de Crèdito*, in *Contr.*, 2013, 1, p. 16 ss., con nota di D'Adda, *Giurisprudenza comunitaria e "massimo effetto utile per il consumatore": nullità (parziale) necessaria della clausola abusiva e integrazione del contratto*. Cfr. anche Pagliantini, *L'integrazione del contratto tra Corte di Giustizia e nuova disciplina sui ritardi di pagamento: il segmentarsi dei rimedi*, in *Pers. e merc.*, 2013, 1, p. 11 ss.; Sirena, *La disciplina delle clausole contrattuali abusive nell'interpretazione della giurisprudenza e dell'arbitro bancario finanziario (ABF)*, in *Le clausole vessatorie a vent'anni dalla direttiva CEE 93/13*, Bellelli, Mezzasoma, Rizzo (a cura di), Napoli, 2014, p. 69, il quale osserva che, per effetto di tale impostazione, paradossalmente, «l'eliminazione della clausola abusiva non sarebbe finalizzata a predisporre un regolamento equilibrato degli interessi delle parti contraenti, bensì a squilibrarlo all'inverso, per così dire, ossia nell'interesse unilaterale del consumatore».

[11] Cfr. Corte di Giustizia, 30 maggio 2013, causa C-488/11, *Asbeek Brusse*, in *www.curia.europa.eu* (per un attento commento, si veda Alessi, *Clausole vessatorie, nullità di protezione e poteri del giudice: alcuni punti fermi dopo le sentenze Joros e Asbeek Brusse*, in *Jus civile*, 2013, 7, p. 388 ss.); Corte di Giustizia, 21 gennaio 2015, causa C-482, 483, 485, 487/13, *Unicaja Banco*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 423 ss., con nota di Pagliantini, *Il "restatement" della Corte di Giustizia sull'integrazione del contratto del consumatore nel prisma armonizzato delle fonti*.

[12] Per una riflessione sulla rilevanza del concetto di "incertezza" nell'attuale diritto dei contratti, si vedano le riflessioni di: Navarretta, *La complessità del rapporto, tra interessi e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, II, p. 415 ss.; Irti, *Un diritto "incalcolabile"*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 1, p. 11 ss.; Id., *Un diritto prevedibile*, Torino, 2016; Camardi, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, Torino, 2017; G. Benedetti, *Oltre l'incertezza. Un cammino di ermeneutica giuridica*, Bologna, 2020.

la clausola, il destino del contratto sarebbe, comunque, quello di subire una correzione. Come è stato acutamente rilevato, non sarebbe mai possibile avere una conservazione del regolamento contrattuale *«secondo i "medesimi termini"»*, atteso che la sua correzione *«può avvenire anche mediante "sottrazione"»*[13]. In questa prospettiva, allora, persino il *modus operandi* della nullità parziale necessaria già comporterebbe un inevitabile effetto correttivo.

Taluni degli esposti rilievi critici sembrano trovare eco in recenti decisioni della Corte di Giustizia, dapprima isolate e ora sempre più costanti. Il riferimento è, innanzitutto, al noto caso *Kàsler*[14], in cui i giudici non escludono, categoricamente, un intervento in via suppletiva del giudice, qualora l'invalidazione della clausola rischi di travolgere l'intero contratto. Quanto meno nella specifica situazione in cui la declaratoria di abusività riguardi una clausola essenziale (nella specie quella relativa alla determinazione della rata del mutuo), sarebbe giustificabile un differente trattamento del regolamento: *«se (…) non fosse consentito sostituire a una clausola abusiva una disposizione di natura suppletiva, obbligando il giudice ad annullare il contratto nel suo insieme, il consumatore potrebbe essere esposto a conseguenze particolarmente dannose talché il carattere dissuasivo risultante dall'annullamento del contratto rischierebbe di essere compromesso»*. Tali considerazioni sono oggi ribadite nel recente caso *Bankia S.A.*[15], in cui la Grande Sezione della Corte di Giustizia ricollega al potere-dovere del

[13] Così D'Adda *Giurisprudenza comunitaria e "massimo effetto utile per il consumatore": nullità (parziale) necessaria della clausola abusiva e integrazione del contratto*, op. cit., p. 19, secondo il quale, non si può affermare che la mera caducazione della clausola abusiva assicuri, sempre e comunque, la protezione del consumatore, atteso che l'alternativa tecnica di una revisione (per via di integrazione dispositiva) non nasconde, necessariamente, il rischio di «una "iperprotezione" al consumatore, accordandogli un regolamento di interessi assai più vantaggioso di quello che sarebbe assicurato da una "ordinaria", e non abusiva, pattuizione». Nello stesso senso Guadagno, *Squilibrio contrattuale: profili rimediali e intervento correttivo del giudice*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 12, p. 747.

[14] Corte di Giustizia, 30 aprile 2014, causa C-26/13, *Kásler*, in *www.curia.eu*. Si veda il commento di D'Adda, *Il giudice nazionale può rideterminare il contenuto della clausola abusiva essenziale applicando una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva*, in *Dir. civ. cont.*, 2014, 1. In questa sentenza, la Corte affronta la questione delle conseguenze derivanti dalla caducazione di una clausola in cui le parti avevano determinato l'ammontare della rata mensile dovuta dal mutuatario al finanziatore, in quanto tale somma veniva fatta dipendere dal tasso di cambio della moneta, tra fiorino ungherese e franco svizzero, calcolato alla scadenza di ogni singola rata, pur non essendo stata pattuita nel contratto alcuna prestazione di servizi di cambio. Il finanziamento era stato corrisposto in fiorini ungheresi e la restituzione doveva avvenire sempre in fiorini ungheresi. Sicché, la clausola relativa alla prestazione di servizi di cambio appariva chiaramente finalizzata ad assicurare alla banca un lucro ulteriore, stante la corrente svalutazione del fiorino.

[15] Corte di Giustizia, Grande Sezione, 26 marzo 2019, cause riunite C-70/17 e C-179/17, *Abanca Corporación Bancaria S.A./Bankia S.A.*, in *www.curia.europa.eu*; e in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2019, 3, p. 424 ss., con nota di Iuliani, *L'abusività delle clausole di risoluzione anticipata nel quadro dell'armonizzazione giudiziale del diritto europeo*. Sull'argomento, v. anche Pagliantini, *Post-vessatorietà ed integrazione del contratto nel decalogo della CGUE*, *ivi*, p. 561 ss. e, volendo, Sartoris, *Clausola abusiva di risoluzione anticipata e poteri del giudice nella sentenza Bankia S.A. Della Corte di Giustizia*, in *Pers. e merc.*, 2019, 3, p. 9 ss. Il tema in

giudice di accertare l'abusività della clausola l'ulteriore facoltà di modificare il contratto attraverso un meccanismo di integrazione (legale), che completi l'effettività della tutela in negativo. Tale meccanismo differenziato di revisione consentirebbe di evitare che l'invalidazione della clausola abusiva conduca al risultato – non sempre conveniente per il consumatore – della caducazione totale. A questa prima autorevole conferma dell'impostazione in esame stanno seguendo, nell'ultimo anno, una serie di decisioni ulteriori che paiono cogliere e valorizzare la necessità di completare l'effettività della tutela demolitoria attraverso lo strumento dell'integrazione legale; se non altro nei limiti in cui la clausola abusiva abbia un peso specifico determinate per il regolamento e sempre che ciò non produca l'effetto di indebolire la tutela dei garantita ai consumatori[16].

1.2. Alla luce del quadro brevemente tracciato, le ragioni per le quali non riteniamo possibile escludere a priori una modifica del regolamento contrattuale per mano del giudice, al fine di evitare la nullità totale, sono molteplici, ma tutte sono accomunate dall'esigenza di garantire una tutela concretamente effettiva per il consumatore.

In primo luogo, vengono in considerazione due dati di ordine normativo. Da un lato, si registra una discrasia tra il dettato dell'art. 6 della Direttiva e il dettato dell'art. 36 cod. cons.: il primo consente la sola caducazione della clausola abusiva,

esame non è del tutto nuovo, la Corte di Giustizia ha già affrontato il problema della abusività delle clausole di risoluzione anticipata in uso nella prassi contrattuale spagnola con la decisione Corte di Giustizia 26 gennaio 2017, causa C-421/14, *Banco Primus S.A.*, in *www.curia.europa.eu*. In quell'occasione, è stato affermato che, al fine di garantire l'effetto dissuasivo sotteso alla Direttiva 93/13/CE, l'accertamento dell'abusività di una clausola dipende non dalla sua applicazione in concreto, bensì, esclusivamente, dalla sua formulazione. Non è, dunque, conforme al diritto europeo l'interpretazione giurisprudenziale di una norma nazionale che vieti al giudice di disapplicare una clausola di risoluzione anticipata quando, in concreto, il professionista non l'ha applicata, ma ha rispettato le condizioni previste da tale norma.

16 I principi del precedente *Kàsler* sono ribaditi da: Corte di Giustizia, 7 agosto 2018, cause riunite C-96/16 e C-94/17, *Banco Santander Escobedo Cortés*, in *www.curia.europa.eu*; Corte di Giustizia, 14 marzo 2019, causa C-118/17, *Zsuzsanna Dunai*, in *www.curia.europa.eu*; Corte di Giustizia, 24 ottobre 2019, causa C-211/17, *SC Topaz Development SRL*, in *www.curia.europa.eu*: «il giudice nazionale non può ovviare alla nullità di simili clausole abusive sostituendole con la propria decisione a meno che tale contratto non possa sussistere una volta eliminate tali clausole abusive e che l'annullamento di detto contratto nel suo complesso esponga il consumatore a conseguenze particolarmente pregiudizievoli»; Corte di Giustizia, Grande Sezione, 3 marzo 2020, causa C-125/18, *Gòmez del Moral Guasch*, in *www.curia.europa.eu*. Inoltre, la Commissione, nell'ambito della Comunicazione del 27 settembre 2019, C 323/04 (*"Orientamenti sull'interpretazione e sull'applicazione della direttiva 93/13/CEE del Consiglio concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori"*), preso atto della costanza con cui il principio dell'integrazione suppletiva tende oggi a essere predicato dalla giurisprudenza europea, sottolinea l'opportunità che la Corte approfondisca il concetto di "disposizioni di diritto nazionale di natura suppletiva". L'importanza del tema è percepita a tal punto che, secondo la Commissione, sarebbe utile chiarire «se esso si riferisca esclusivamente a disposizioni che disciplinano in modo specifico i diritti e gli obblighi delle parti di un contratto, oppure se possa includere anche disposizioni generali del diritto contrattuale».

mentre il contratto resta *"vincolante per le parti secondo i medesimi termini"*, con la precisazione *"sempre che esso possa sussistere senza le clausole abusive"*; il secondo statuisce la sopravvivenza del contratto *"per il resto"*, ma non reca la suddetta precisazione. Tale differenza testuale permetterebbe di sostenere che la nullità totale non sia una conseguenza indefettibile della vessatorietà di una clausola, ma si tratti di una possibilità da vagliare caso per caso. Dall'altro lato, si evidenzia che l'art. 36 cod. cons., per come formulato, se, certamente, esclude un meccanismo di transizione alla nullità totale simile a quello dell'art. 1419, comma 1, c.c. - rappresentando, anzi, una deroga a questa regola -, non esclude, però, tecniche di modificazione del contratto in forma conservativa. Queste ultime ben potrebbero trovare fondamento nella circostanza che, ai sensi dell'art. 36, comma 3, cod. cons., la nullità parziale necessaria deve operare *"soltanto a vantaggio del consumatore"* e, dunque, secondo modalità che concretamente garantiscano il suo interesse.

In secondo luogo, giova soffermarsi su un dato di sistema. Come già evidenziato, anche l'obiettivo sotteso alla disciplina consumeristica sembra implicitamente consentire una modulazione del rimedio. Il rischio che il contratto venga colpito da nullità totale, una volta disapplicata la clausola abusiva essenziale, finirebbe per disincentivare non tanto il professionista dall'inserire pattuizioni squilibrate, quanto, piuttosto, il consumatore dal denunciarne la nullità, e questo risultato sarebbe paradossale. Viceversa, la possibilità di conservare il contratto mediante l'integrazione della lacuna assicurerebbe un effetto dissuasivo (e finanche sanzionatorio) verso il professionista, vincolandolo alla esecuzione dell'atto così come modificato (*rectius* riequilibrato).

Infine, anche l'analisi delle conseguenze pratiche della nullità totale conduce a evitare il più possibile questo esito. Si ponga mente agli effetti derivanti dalla nullità di una clausola vessatoria come quella sugli interessi o sul tasso di cambio di un contratto di mutuo stipulato da un consumatore, che rappresenta la fattispecie maggiormente analizzata dalla giurisprudenza[17]: poiché il contratto privo di quella pat-

[17] La caducazione dell'intero contratto di mutuo esporrebbe il mutatario-consumatore all'obbligo di restituzione immediata della somma ricevuta in prestito, con l'ulteriore rischio, ove sia privo della liquidità necessaria, di subire anche il procedimento di esecuzione forzata azionato dal creditore in virtù della garanzia che accede al contratto. È di palmare evidenza che «un caducarsi del contratto, costellato dalle conseguenze restitutorie di cui sopra, non incentiva certo il consumatore a denunziare la clausola abusiva, intaccando così la stessa finalità deterrente dell'art. 7 [della Direttiva 1993/13/CE], evidentemente commisurata al numero esponenziale di impugnazioni singole». Così Pagliantini, *L'equilibrio soggettivo dello scambio (e l'integrazione) tra Corte di Giustizia, Corte Costituzionale ed ABF: "il mondo di ieri" o un* trompe l'oeil *concettuale?*, in *Contr.*, 2014, 10, p. 858). Queste considerazioni sono anche alla base dell'orientamento maggioritario dell'A.B.F., le cui decisioni sono attualmente le uniche, nel nostro ordinamento, ad aver affrontato direttamente il problema della sorte del contratto privato di una clausola vessatoria essenziale. Cfr. ABF, Collegio arbitrale di Milano, 14 ottobre 2016, n. 9190; ABF, Collegio arbitrale di Milano, 9 marzo 212, n. 707; ABF, Collegio arbitrale di Napoli, 3 novembre 2011, n. 2374. Tutte le decisioni sono reperibili su *www.arbitrofinanziario.it*.

tuizione non può più essere eseguito, il consumatore sarebbe esposto al duplice pregiudizio di subire la nullità totale e di dover adempiere i conseguenti obblighi restitutori (la restituzione delle rate del mutuo ricevute). Sicché, non solo la nullità non opererebbe a suo vantaggio, ma produrrebbe, nei suoi confronti, un collaterale e paradossale effetto sanzionatorio, benché egli non abbia in alcun modo dato causa alla invalidità.

Già queste prime riflessioni dovrebbero contribuire a mettere in luce l'ineffettività di una tutela che dovesse implicare una "necessaria" nullità totale del contratto. Nella prospettiva del principio di effettività delle tutele, dunque, ci pare che l'invalidazione del contratto, lungi dal costituire una conseguenza inevitabile e automatica della disapplicazione di una clausola essenziale, debba essere circoscritta a casi del tutto residuali, limitati alle situazioni in cui il consumatore preferisca liberarsi del vincolo contrattuale *tout court*, potendo facilmente reperire altrove, sul mercato, il bene o il servizio; oppure ai casi in cui nessuna tecnica di conservazione del contratto sia concretamente in grado di ristabilire l'equilibrio alterato. È, dunque, sulla base di una valutazione di "convenienza" del consumatore che si può fondare una dichiarazione di nullità totale.

2. Una volta chiarita l'astratta ammissibilità di una modifica conservativa del regolamento contrattuale, si tratta di stabilire come quest'ultima possa essere concretamente realizzata. A tal fine, giova riflettere, preliminarmente, sulla disciplina della nullità di protezione e, in particolare, sul profilo della parzialità necessaria[18]. La peculiare modalità con cui opera la nullità *ex* art. 36 cod. cons. pone, in tutta evidenza, il problema del rapporto caducazione della singola clausola e sopravvivenza *"per il resto"* del contratto. La parzialità rappresenta, dunque, l'imprescindibile punto di contatto tra il *modus operandi* del rimedio e il tema della modifica del contratto.

Si è detto che la nullità parziale necessaria costituisce una deroga al meccanismo dell'art. 1419, comma 1, c.c. diretta garantire una più efficace tutela per i consumatori. Anzi, proprio quella norma codicistica ha rappresentato, per lungo tempo, un ostacolo all'esigenza di assicurare l'equilibrio contrattuale, quando questo sia minacciato dallo sfruttamento della posizione di forza di un contraente nei confronti dell'altro[19]. Difatti, l'applicazione della regola ordinaria, nell'ambito dei contratti

[18] La locuzione "nullità parziale necessaria" è stata utilizzata, tra i primi, da: Passagnoli, *Nullità speciali*, op. cit., p. 223 ss.; Scalisi, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, cit., p. 458 ss. Sul tema si rinvia anche a: Di Marzio, *Forme della nullità nel nuovo diritto dei contratti*, in *Giust. civ.*, 2000, p. 475 ss.; Monticelli, *La nullità parziale del codice civile e la nullità parziale necessaria di protezione*, 25 novembre 2009, in *www.associazionecivilisti.it*.

[19] In sede di recepimento della Direttiva 1993/13/CE, il rimedio contro le clausole vessatorie non è stato inquadrato immediatamente nella categoria della nullità. Il legislatore, in un primo momento, ha preferito non prendere posizione sulla qualificazione giuridica del rimedio, limitandosi a descrivere l'effetto, per due ragioni fondamentali. Come emerge dalla Relazione di accompagnamento alla legge di recepimento n.

asimmetrici, avrebbe finito per imporre l'estensione della nullità all'intero contratto, a svantaggio del consumatore.

Ebbene, se ci si sofferma sul dato letterale dell'art. 36 cod. cons., il giudizio sul peso specifico della singola clausola sembra, invece, non rilevare ai fini della estensione della invalidità. Ciò non toglie, tuttavia, che quel giudizio, consentendo di differenziare il valore delle varie pattuizioni, torni ad assumere rilevanza in un secondo momento, nel valutare, cioè la possibilità di integrare il contratto, salva diversa volontà del consumatore. Sarebbe la stessa necessità che il rimedio operi *"a vantaggio"* del consumatore, *ex* art. 36, comma 3, cod. cons., a legittimare siffatta considerazione. In questa prospettiva, allora, il principio di conservazione assume una coloritura peculiare. La *ratio* sottesa al modulo della parzialità necessaria non consiste nella semplice manutenzione del negozio a tutela dell'autonomia privata; al contrario, qui la conservazione va intesa in funzione di riequilibrio, perché assicura il ripristino dell'equilibrio alterato dalla strutturale asimmetria contrattuale, a protezione della parte debole. Per tale via, il regolamento modificato, pur non essendo più corrispondente, in modo puntuale, all'originario programma pattuito dalle parti, appare maggiormente proporzionato rispetto agli interessi di entrambe e, quindi, può essere concretamente eseguito[20].

2.1. La riflessione sul profilo della parzialità necessaria della nullità consente ora di scendere al cuore della presente indagine: il rapporto tra tale nullità e il tema della integrazione del contratto[21]. Sciogliere questo nodo interpretativo ci sembra indispensabile per determinare come conservare il regolamento contrattuale.

52/1996, questa scelta è stata dettata dall'esigenza di evitare ogni riferimento, per un verso, alla disciplina della nullità parziale di cui all'art. 1419, comma 1, c.c., e per l'altro, al controverso concetto di inesistenza. Parte della dottrina, infatti, aveva messo in guardia contro il rischio di ricostruire l'inefficacia in termini di nullità: per il professionista la clausola abusiva sarebbe sempre da considerarsi "essenziale" ex art. 1419, comma 1, c.c., con la conseguenza che il suo accertamento condurrebbe sempre alla nullità totale del contratto. Sicché, tale esito interpretativo avrebbe frustrato radicalmente la ratio della disciplina consumeristica, avvantaggiando il professionista. In tal senso: Barcellona, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969; Di Majo *Il controllo giudiziale delle condizioni generali di contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1970, I, p. 192 ss.; Nuzzo, *Predisposizione di clausole e procedimento di formazione del contratto*, in *Studio in onore di Francesco Santoro-Passarelli*, III, Napoli, 1972, p. 549 ss.; Ferri, *Nullità parziale e clausole vessatorie*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, I, , p. 11 ss.

20 Il principio di conservazione, con riferimento all'art. 36 cod. cons., viene, dunque, conformato, nella logica protettiva, prospettandosi come «relativo non al voluto o all'effetto negoziale, ma al risultato da raggiungere, al valore da realizzare». Così P. Perlingieri *Riflessioni sul diritto contrattuale europeo tra fonti e tecniche legislative*, in Id., *Il diritto dei contratti tra persona e mercato. Problemi di diritto civile*, Napoli, 2003, p. 487.

21 Il tradizionale problema dell'integrazione occupa, da sempre, gli studi della dottrina: Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969; Cataudella, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966; D'Antonio, *La modificazione legislativa del regolamento negoziale*, Padova, 1974; Barcellona, *Un breve commento sull'integrazione del contratto*, in *Quadr.*, 1988, p. 540 ss.; Franzoni, *Art. 1374, Degli effetti del contratto, II, Integrazione del contratto e suoi effetti reali e obbligatori*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto

Come anticipato, i meccanismi di integrazione contrattuale previsti dal codice civile agli artt. 1339, 1419, comma 2, e 1374 c.c. sono sempre stati guardati con diffidenza, se non con sfavore, dalla dottrina maggioritaria, a causa del loro rilevante impatto sull'autonomia negoziale dei privati[22]. In linea con la concezione liberista dei rapporti interprivatistici, gli interpreti, per lungo tempo, hanno prospettato una lettura riduttiva di tali meccanismi, mettendone in luce le criticità, anche rispetto al dettato dell'art. 41 Cost., tanto da considerarli espressivi di un limite eccezionale alla libera esplicazione dell'autonomia negoziale. In tempi più recenti, invece, il fenomeno dell'integrazione viene riletto in una luce diversa, in coerenza con il progressivo abbandono della menzionata concezione liberista dell'autonomia negoziale. Le tecniche sostitutive non sono più concepite come forme di intervento dell'ordinamento in funzione limitante, quanto, piuttosto, come *«strumento privilegiato di attuazione dei principi e delle regole costituzionali»*[23].

da Schlesinger, Milano, 1999, p. 3 ss.; Scognamiglio, *L'integrazione*, in Gabrielli (a cura di), *I contratti in generale*, in *Tratt. Rescigno*, tomo II, Torino, 1999, p. 1033 ss.; Capobianco, *L'integrazione*, in *Tratt. del contratto*, diretto da Roppo, II, *Regolamento*, a cura di Vettori, Milano, 2006, p. 389 ss.; D'adda, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, op. cit., p. 233 ss.

22 Cfr. Stolfi, I*l negozio giuridico è un atto di volontà*, in *Giur. it.*, 1948, IV, p. 41 ss.; Rubino, *Libertà contrattuale e inserzione automatica di clausole*, in *Moneta e credito*, 1948, p. 530 ss.; Mirabelli *Dei contratti in generale*, op. cit., p. 87 ss.; Criscuoli, *La nullità parziale del negozio giudico*, op. cit., p. 224 ss.; Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966. In giurisprudenza: Cass., 12 luglio 1965, n. 1464, in *Giur. it.*, 1966, I, 1, p. 1154 ss.; Cass., 11 giugno 1979, n. 3551, in *Mass. Giur. it.*, 1979; Cass., 11 giugno 1981, n. 3783, in *Mass. Foro it.*, 1981.

23 Così Putti, *La nullità parziale, Diritto interno e comunitario*, Napoli, 2002, p. 167. Cfr. anche: P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 291 ss.; Casella, *Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole*, Milano, 1974, p. 61 ss.; De Nova, *Nullità relativa, nullità parziale e clausole vessatorie non specificamente approvate per iscritto*, cit., p. 486 ss.; Nuzzo, *Utilità sociale e autonomia privata*, Napoli, 2011, p. 137 ss.; Di Marzio, *Deroga abusiva al diritto dispositivo, nullità e sostituzione di clausole nei contratti del consumatore*, in *Contr. e impr.*, 2006, 3, p. 678 ss., il quale osserva che l'art. 1339 c.c., lungi dal costituire una deroga al principio dell'autonomia contrattuale, segnala «la necessità di un vero e proprio cambio di paradigma nella comprensione del diritto contrattuale della contemporaneità. Piuttosto che la libertà contrattuale, risulta conformata la signoria delle parti sul contenuto del contratto, al fine di coniugare l'interesse dei contraenti con l'interesse della collettività». Ciò anche in considerazione del fatto che «l'art.1339 c.c. parla pur sempre di "clausola" e di "contratto". Oggetto della sostituzione coattiva è la clausola nell'ambito di un contratto. La sostituzione presuppone il contratto, e dunque l'(avvenuto) esercizio dell'autonomia privata. Quest'ultima è riconfermata nella sua perdurante centralità». Secondo la giurisprudenza, inoltre, «la locuzione codicistica "sono sostituite di diritto" va interpretata non nel senso dell'esigenza di una previsione espressa della sostituzione, ma in quello dell'automaticità della stessa, trattandosi di elementi necessari del contratto o di aspetti tipici del rapporto cui la legge ha apprestato una propria inderogabile disciplina». Ai fini dell'operatività del meccanismo sostitutivo, sarebbe, dunque, sufficiente la sola indicazione normativa dell'elemento da sostituire alla clausola negoziale nulla. Cfr. Cass., 21 agosto 1997, n. 7822, in *Arch. Civ.*, 1997, p. 1206 ss. e Cass., Sez. Un., 18 luglio 1989, n. 3363, in *Foro it.*, 1989, I, p. 2740 ss.; Trib. Milano, 13 novembre 1995, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 1820 ss.; Cass., 21 agosto 1997, n. 7822, in *Arch. civ.*, 1997, p. 1206; Trib. Firenze, 10 giugno 1998, in *Corr. giur.*, 1998, p. 805 ss.; Cass., 28 giugno 2000, n. 8794, in

Anzi, il tema dei rapporti tra integrazione e autonomia privata è particolarmente attuale proprio con riferimento alla contrattazione asimmetrica, rispetto alla quale il dibattito sta acquisendo nuova linfa[24]. Lo stesso codice del consumo abbina spesso, al rimedio invalidante, lo strumento della sostituzione della clausola: l'art. 66 *bis* cod. cons., per i contratti stipulati fuori dai locali commerciali, prevede la sostituzione della clausola (abusiva) sul foro competente con la norma imperativa dettata a tutela del consumatore; analogamente, l'art. 33, comma 2, lett. u), cod. cons. ammette l'applicazione del medesimo strumento invalidante-sostitutivo anche in caso di violazione della norma processuale relativa a un foro esclusivo.

Ebbene, se, oggi, la sostituzione di clausole con norme imperative non pone particolari problemi, ci si deve chiedere come gestire la lacuna quando la clausola caducata contrasta non con una norma imperativa, ma con una norma dispositiva. La questione è particolarmente rilevante, in quanto la maggior parte delle norme di diritto privato, differentemente dal diritto pubblico, è di carattere suppletivo, non imperativo. A riguardo, però, è opportuno svolgere una precisazione. Potrebbe destare perplessità l'idea che la violazione di una norma del diritto dispositivo assurga a causa di nullità, trattandosi di norma derogabile, per definizione, dall'autonomia negoziale dei privati[25], a differenza delle norme imperative e inderogabili[26]. In effet-

Giur. it., 2001, p. 1153, con nota di Lenti; Cass., 2 dicembre 2010, n. 24418, in *Rass. dir. civ.*, 2010, 3, p. 968 ss., con nota di Semeraro, *Equilibrio del contratto e del rapporto nel c.d. anatocismo bancario*.

24 Secondo Fici, *Art. 36 cod. cons.*, in *Comm. al codice civile*, a cura di Gabrielli, Torino, 2011, p. 868, sussiste un significativo legame tra nullità di protezione e integrazione del contratto, avvicinati dalla comune finalità di conformare il regolamento nell'interesse della parte protetta: in questa prospettiva, «ad una nullità "conformativa" fa dunque seguito una integrazione "conformativa"».

25 Cfr. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale (Codici e norme complementari)*, vol. I, Milano, 1957, p. 48 ss.; Irti, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Padova, 1990, p. 90-91; Russo, *L'interpretazione delle leggi civili*, Torino, 2000, p. 181 ss.; Roppo, *Il contratto*, op. cit., p. 488 ss., secondo il quale «le norme dispositive si chiamano anche "suppletive": perché scattano solo in mancanza di determinazione volontaria, alle cui lacune appunto suppliscono. Si chiamano anche "derogabili": perché le parti sono libere di concordare una regola diversa da quella posta dalla norma dispositiva. Sotto questo profilo si contrappongono alle norme imperative o inderogabili»; Gambaro, *Contratto e regole dispositive*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 1 ss.

26 Come è noto, si suole distinguere tra norme in senso stretto non derogabili, che si limitano a stabilire le modalità dell'operazione negoziale, cosicché la loro osservanza attribuisca rilevanza giuridica all'atto; e norme imperative, che dettano regole idonee a entrare nel merito dell'operazione negoziale, fissando i limiti esterni in cui l'autonomia privata può esplicarsi o addirittura dettando il contenuto di determinati contratti. Sui rapporti tra siffatte norme v.: Ferri, *Ordine pubblico (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 150 ss.; Moschella, *Il negozio contrario a norme imperative*, in *Legislazione Economica 1978-79*, Milano, 1981, p. 279 ss.; De Nova, *Il contratto contrario a norme imperative*, op. cit., p. 438 ss.; Nuzzo, *Negozio illecito*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma, 1990, p. 6 ss.; Passagnoli, *Nullità speciali*, op. cit., p. 224 ss., il quale evidenzia come, la stessa partizione tra *jus cogens*, inteso come insieme di norme inderogabili, e diritto dispositivo, pur svolgendo un'importante funzione costruttiva, non può, tuttavia, essere assunta in modo assoluto e ontologico; l'A. osserva come, all'interno del c.d. *jus congens*, si riscontrino norme molto eterogenee tra loro (norme imperative derogabili; norme inderogabili, ma non imperative; norme imperative precettive e proibitive) e simili sfumature sarebbero ravvisabili, altresì, nelle norme dispositive, le quali

ti, per lungo tempo, la dottrina tradizionale ha escluso la configurabilità, in presenza di norme suppletive, di un meccanismo di sostituzione ai sensi degli artt. 1339 e 1419, comma 2, c.c. Solo negli anni Sessanta e Settanta del secolo scorso, con il diffondersi delle contrattazioni di massa, si è preso atto delle vistose deroghe alle norme di diritto dispositivo in tema di condizioni generali di contratto[27]: nella prassi le imprese eludevano, sistematicamente, la disciplina di diritto dispositivo dell'art. 1341 c.c., a tutto svantaggio del contraente debole. Sicché, parte della dottrina, più sensibile all'esigenza di superare la tutela meramente formale prospettata dal codice civile, in favore di tutele più efficaci e sostanziali per l'aderente, ha predicato la possibilità di reagire con la nullità anche contro le deroghe sistematiche al diritto dispositivo, reputandole contrarie all'ordine pubblico economico[28].

Questa intuizione ha trovato definitiva consacrazione con il recepimento della Direttiva 1993/13/CE, nella consapevolezza che l'abuso della libertà contrattuale da parte del professionista può concretarsi persino nella violazione sistematica di regole solitamente derogabili dall'autonomia privata. In questa prospettiva, la derogabilità delle norme dispositive può dirsi consentita solo se concordata da entrambe le parti e se non comporta una notevole alterazione dell'equilibrio tra gli interessi. Quando, invece, la divergenza dal parametro normativo è unilaterale, in quanto imposta dal professionista, viene meno la sua ammissibilità; sicché, alla caducazione della clausola abusivamente difforme dal diritto dispositivo ben può seguire la riespansione della norma derogata.

possono "essere espressione di un principio di struttura dell'ordinamento", tanto che, persino la loro violazione, in relazione alle caratteristiche del caso concreto, potrebbe realizzare "una violazione dell'ordine pubblico"; Russo, *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 585 ss.; Albanese, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, op. cit., p. 244 ss.

27 Cfr. Ferri, *Condizioni generali di contratto, diritto dispositivo e ordine pubblico*, in *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, Atti della Tavola Rotonda svoltasi a Catania il 17-18.5.1969, Milano, 1970; Di Majo, *Condizioni generali di contratto e diritto dispositivo*, *ivi*; Rodotà, *Condizioni generali di contratto, buona fede e poteri del giudice*, *ivi*.

28 Cfr. Gambaro, *Contratto e regole dispositive*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 1, p. 4 ss.; Amadio, *Nullità anomale e conformazione del contratto (note minime in tema di "abuso dell'autonomia contrattuale")*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 296 ss.; Calvo, *I contratti del consumatore*, Padova, 2005, p. 167 ss.; D'Amico, *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 649 ss.; Marzio, *Deroga abusiva del diritto dispositivo, nullità e sostituzione di clausole nei contratti del consumatore*, op. cit., p. 673 ss., secondo il quale, la disciplina sulle clausole abusive testimonia «la consapevolezza della necessità di estendere la verifica sui movimenti della libertà contrattuale da una prospettiva esclusivamente verticale (compatibilità del programma contrattuale con i valori superiori dell'ordinamento assicurati nella legislazione imperativa soprattutto proibitiva, ma anche ordinativa e in tal caso pure sostitutiva) a una prospettiva anche orizzontale (compatibilità dell'esercizio della liberà contrattuale con la tutela di quella stessa libertà in capo alla controparte)»; D'Adda, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, op. cit., p. 230 ss.

2.2. La possibilità di completare la nullità di protezione con *«meccanismi più duttili e in linea con le nuove forme di intervento della legge sull'autonomia privata e sul mercato»*[29] impone di chiedersi come assicurare la conservazione del contratto in mancanza di una norma dispositiva idonea a integrarlo o quando la norma esistente non assicura un efficace *standard* di tutela per il consumatore. Proprio con riferimento a questi casi, si percepisce tutta la complessità del tema dei rapporti tra nullità di protezione e poteri del giudice. Occorre, dunque, vagliare altre tecniche di conservazione, come la buona fede e l'integrazione giudiziale.

Secondo parte della dottrina, una valida alternativa alla nullità totale del contratto è rappresentata dalla valorizzazione della buona fede[30], concepita come fonte dell'obbligo di rinegoziazione (*rectius* di negoziazione per la prima volta) della clausola. Come è noto, la rinegoziazione[31] costituisce un obbligo di stampo legale, deri-

[29] Così Federico, *Nuove nullità e integrazione del contratto*, in *Le invalidità nel diritto privato*, a cura di Bellavista, Plaia, Milano, 2011, p. 347.

[30] Gli studi sulla clausola di buona fede sono sterminati. In merito alla sua centralità nel diritto contrattuale europeo, si vedano, in particolare: Marrella, Lex mercatoria *e Principi* Unidroit. *Per una ricostruzione sistematica del diritto internazionale*, in *Contr. e impr. Europa,* 2000, p. 29 ss.; Lando, *Lo spirito dei Principi del diritto contrattuale europeo, Il codice civile europeo, Materiali e seminari 1999-2000*, raccolti da Alpa, Buccico, Milano, 2001, p. 41 ss.; Benacchio, *Diritto privato della Comunità europea*, 2ª ed., Padova, 2001; Barcellona, *La buona fede e il controllo giudiziale dei contratti*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di Mazzamuto, Torino, 2002, p. 308 ss.; Vettori, *Buona fede e diritto europeo dei contratti*, in *Eu. dir. priv.*, 2002, 4, p. 915 ss.; Id., *L'interpretazione di buona fede nel codice civile e nel* Draft Common Frame of Reference *(DCFR)*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, p. 683 ss.; Aa.Vv., *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea,* Atti del convegno internazionale di studi in onore di Burdese, a cura di Garofalo, Padova, 2003; Storme, Good Faith and the contentes of Contracts in European Private Law, European Private Law, 2003; Navarretta, *Buona fede e ragionevolezza nel diritto contrattuale europeo*, in *Eu. dir. priv.*, 2012, 4, p. 974 ss.; Piraino, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015.

[31] La teoria delle rinegoziazione è stata elaborata in dottrina per risolvere il problema dell'adeguamento delle condizioni contrattuali nei negozi di durata in presenza di fattori sopravvenuti (atipici) alla loro conclusione, che ne alterano l'equilibrio. Nei casi in cui non possa operare uno dei rimedi contemplati dalla legge per fronteggiare sopravvenienze tipizzate (la risoluzione per impossibilità sopravvenuta della prestazione o per eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione) oppure un rimedio convenzionale (come la pattuizione di clausole di adeguamento automatico del contratto), è possibile invocare il generale obbligo di rinegoziazione derivante dal principio di buona fede contrattuale. È stato affermato che «la rinegoziazione consente, in definitiva, di superare la secca "logica binaria" che ruota attorno ai poli dell'esecuzione del contratto nonostante le alterazioni intervenute oppure dello scioglimento dello stesso, suggerendo che la fase di esecuzione del contratto conosca ragioni sue proprie, diverse ma correlate rispetto a quelle che hanno animato la fase di definizione dell'atto negoziale e del suo perfezionamento» (così Piraino, *La buona fede in senso oggettivo*, op. cit., p. 587). In tema, si vedano anche: Tommasini, *Revisione del rapporto (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1989, p. 104 ss.; Frignani, Hardship clause, in *Dig. disc. priv.*, sez. comm., VI, Torino, 1991, p. 446 ss.; Gallo, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992; Id., *Eccessiva onerosità sopravvenuta e problema di gestione del contratto*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., agg. VII, Torino, 2012, p. 470 ss.; F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996; Cirielli, *Clausola di* hardship *e adattamento nel contratto commerciale internazionale*, in

vante dal dovere di buona fede *in executivis* di cui all'art. 1375 c.c., e nel contempo, di carattere ordinamentale, in quanto connesso al dovere generale di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost. Secondo una certa impostazione, poiché la nullità di protezione mira a eliminare la singola clausola vessatoria, cioè la clausola contrastante con la buona fede, l'obiettivo conservativo ben potrebbe essere realizzato ipotizzando una rinegoziazione secondo buona fede del suo contenuto[32]. In tal modo, la gestione della lacuna sopravvenuta sarebbe rimessa direttamente all'autonomia privata[33]. Tale circostanza rende la presente tecnica particolarmente efficace, rappresentando un possibile punto di equilibrio tra due esigenze contrapposte. Per un verso, il consumatore è posto nella condizione di esercitare pienamente quella libertà contrattuale che, per effetto del contegno abusivo del professionista, non si è potuta estrinsecare in modo corretto. Per altro verso, è possibile "sanzionare" il professioni-

Contr. e impr. Europa, 1998, p. 733 ss.; Barcellona, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziare e gestione delle sopravvenienze*, in *Eu. dir. priv.*, 2003, p. 467 ss.; Sicchiero, *Rinegoziazione*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., agg. II, Torino, 2003, p. 1200 ss.; Gambino, *Rinegoziazione (diritto civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, Roma, 2006, p. 1 ss.; Nanna, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Padova, 2010, p. 155 ss.

32 Secondo Navarretta, *I contratti d'impresa e il principio della buona fede*, in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, a cura di Sirena, Milano, 2006, p. 528 «proprio la centralità del ruolo della buona fede oggettiva, con la quale contrasta la stipulazione di un contratto squilibrato frutto di un abuso, suggerisce di attingere dalla stessa clausola generale la possibilità di un rimedio correttivo coerente con il modello proposto dai PECL (art. 6:111) e dai Principi *Unidroit* (sezione II, artt. 6.2.1, 6.2.2, 6.2.3) e che, a sua volta, ispira la possibile ricostruzione di un principio implicito nel nostro sistema». Cfr.: Grande Stevens, *Obbligo di rinegoziazione nei contratti di durata*, in *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, a cura di Lipari, Napoli, 1998; C. Castronovo, *"I principi di diritto europeo dei contratti" come ipotesi di codificazione possibile*, in *Vita not.*, 2002, p. 1202 ss.; G. Benedetti, *La formazione del contratto e l'inizio dell'esecuzione - Dal codice civile ai principi di diritto europeo dei contratti*, in *Eu. dir. priv.*, 2005, p. 309 ss.; Barcellona, Maugeri, *Il mutamento delle circostanze e l'obbligo di rinegoziare*, in *Manuale di diritto privato europeo*, II, a cura di C. Castronovo, Mazzamuto, Milano, 2007, p. 521 ss.

33 L'importanza e l'attualità della teoria della rinegoziazione trovano eco nella riforma francese del diritto delle obbligazioni del 2016. L'art. 1195 *code civil* ha introdotto la figura della *révision pour imprévision*, cioè una nuova disciplina dell'eccessiva onerosità sopravvenuta. A fronte di cambiamenti di circostanze imprevedibili, tali da rendere l'esecuzione del rapporto eccessivamente onerosa, la parte svantaggiata ha la possibilità, in prima battuta, di chiedere la rinegoziazione dell'accordo originario, al fine di raggiungere l'obiettivo della conservazione del contratto; se, però, la controparte rifiuta il consenso alla rinegoziazione ovvero quest'ultima fallisce, le parti possono accordarsi per determinare le condizioni dello scioglimento del contratto o, in alternativa, possono chiedere al giudice di adeguare il contratto, indicando i criteri ai quali questi deve attenersi. Se i contraenti non raggiungono un accordo neanche in tal senso, il giudice, su domanda di una di essi, può procedere allo scioglimento o addirittura all'adeguamento del contratto. Ebbene, la riforma francese attribuisce al giudice un potere di intervento sul contratto molto incisivo e profondo e tale novità influenzerà, sicuramente, le riflessioni del nostro ordinamento sul tema del sindacato giudiziale sul contratto nella prospettiva di una sua potenziale espansione. Cfr. Tuccari, *Prime considerazioni sulla* "révision pour imprévision", in *Pers. e merc.*, 2018, 1, p. 130 ss.; Abas *La riforma del diritto delle obbligazioni in Francia con particolare riferimento alla sopravvenienza contrattuale*, *ivi*, pp. 27 ss.

sta che ha abusato del suo potere contrattuale, vincolandolo a modificare il contratto in senso equilibrato.

Naturalmente, questa tecnica di integrazione non è esente da critiche. Pur essendo la rinegoziazione astrattamente compatibile con la nullità parziale necessaria[34], la principale perplessità riguarda le conseguenze dell'eventuale inadempimento di tale obbligo[35]. Tale questione si lega poi al più generale problema della qualificazione di quest'ultimo. La sua classificazione come obbligo di contrarre garantirebbe una tutela senz'altro più soddisfacente per la parte debole, poiché consentirebbe di domandare l'esecuzione in forma specifica *ex* art. 2932 c.c.; ma essa nasconde il rilevante rischio di attribuire al giudice un penetrante sindacato sul regolamento. Viceversa, la classificazione come obbligo di contrattare[36] implicherebbe la possibilità di invocare la sola risoluzione che, come è evidente, rappresenterebbe un esito paradossale, poiché contraddirebbe la funzione stessa della rinegoziazione, conducendo allo scioglimento del rapporto contrattuale. É vero che tale esito rappresenterebbe un'*extre-*

[34] Il tema dei rapporti tra rinegoziazione e nullità del contratto è stato studiato, soprattutto, dalla dottrina francese, che ammette, tradizionalmente, la compatibilità tra i due istituti, concependo la prima come strumento di modifica dell'accordo iniziale viziato per renderlo conforme a diritto. Anzi, la possibilità di una régularisation o di una réflection del contratto nella specifica materia consumeristica è vista come uno strumento idoneo proprio a garantire quell'effettività della tutela perseguita dal diritto europeo. Cfr. Ghestin, *Le contract: formation*, in *Traité de droit civil*, 2ª ed., Paris, 1988, p. 945 ss.; Rouhette, *La révision conventionelle du contrat*, in *Rev. int. dr. comp.*, 1986, p. 369 ss.; Fabre, *Les clauses d'adaptation dans les contrats*, in *Rev. tr. dr. civ.*, 1983, p. 1 ss.

[35] Secondo Valle, *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, cit., p. 434 ss., la rinegoziazione spontanea potrebbe operare, al più, nel caso in cui determinate clausole siano già state dichiarate vessatorie in un giudizio collettivo, in seguito al quale il professionista abbia rivisto gli schemi negoziali fino a quel momento utilizzati; oppure nel caso in cui sia già pendente un giudizio individuale o collettivo; non ultimo, lo stesso professionista potrebbe avere interesse ad avviare una revisione programmatica dei rapporti contrattuali in corso. Ci si deve poi interrogare sull'opportunità che dall'obbligo di rinegoziazione sorto nel singolo caso concreto discenda anche un obbligo generalizzato, per il professionista, di rivedere tutti i contratti dello stesso tipo da lui stipulati, persino in mancanza di specifica impugnazione da parte dei singoli consumatori parti di quei negozi. A riguardo, ci sembra che se, da un lato, questa prospettiva attribuisce alla rinegoziazione un'efficacia anche marcatamente dissuasivo-deterrente, oltre che sanzionatoria; dall'altro, il rischio è di configurare una soluzione eccessivamente sbilanciata a danno del professionista.

[36] Maiorca, *Tutela dell'aderente e regole di mercato nella disciplina generale dei "contratti del consumatore"*, Torino, 1998, p.148-149, con riferimento al testo dell'art. 1469-*quinquies* c.c., prospettava la possibilità di qualificare la rinegoziazione come obbligo di contrattare a carico del professionista, sì da pervenire a un nuovo incontro di volontà tra le parti. Tanto nell'idea che la rimanente parte del contratto, una volta eliminata la clausola vessatoria, andrebbe considerata come un "contratto in via di formazione": poiché l'inefficacia colpisce clausole o elementi negoziali non sostituibili con i comuni criteri di integrazione, l'efficacia della parte restante del contratto equivarrebbe all'efficacia di una proposta solo parzialmente accettata, o meglio, all'accettazione integrale di una proposta parziale, in quanto originariamente priva di elementi essenziali per la conclusione del contratto. Nonostante le perplessità che tale ricostruzione può suscitare, anch'essa assume rilievo per rilevanza che attribuisce alla buona fede: tale principio andrebbe visto «in ispecie, come aspettativa del consumatore (…) alla corretta e leale propensione della controparte a pervenire al perfezionamento del contratto».

ma ratio, ma, certamente, la tutela, in questo caso, sarebbe scarsamente effettiva per il consumatore. Al di là degli esposti dubbi interpretativi, va comunque segnalata l'importanza della regola di buona fede anche rispetto alla questione che ci occupa, come efficiente strumento di gestione della lacuna contrattuale sopravvenuta. Ma vi è di più.

2.3. Resta, in ultimo, da vagliare un'ulteriore possibilità, rappresentata dalla c.d. integrazione giudiziale. Allo stato, è molto discussa e discutibile l'idea che la lacuna derivante dalla dichiarazione di vessatorietà di una clausola essenziale o di una pluralità di clausole possa essere colmata da una regola elaborata direttamente dal giudice. A differenza dalle tecniche integrative finora illustrate, che non pongono particolari problemi di compatibilità con il principio dell'autonomia negoziale, una supposta integrazione giudiziale rende, invece, particolarmente delicata e complessa la sua convivenza con quel principio.

L'innegabile tendenza all'ampliamento dei poteri del giudice sul contratto sembra trovare conforto nel dato normativo. È un fenomeno già conosciuto dal codice civile con riferimento alla materia di contratti di vendita, mandato e appalto, laddove si demanda al giudice la determinazione del corrispettivo della prestazione che non sia stato fissato dalle parti o non sia individuabile alla luce degli usi dello specifico settore di mercato. Ancora più ricchi sono gli esempi riscontrabili nella legislazione speciale: si pensi all'art. 62 della legge sulla cessione di prodotti agricoli (legge n. 27/2012), in cui dall'enunciazione del principio di proporzionalità parte della dottrina ritiene di desumere un potere di eterointegrazione giudiziale; all'art. 2 del d.lgs. n. 231/2002 in materia di ritardo di pagamento nelle transazioni commerciali che, nella versione *ante* riforma del 2012, riconosceva al giudice il potere di ricondurre a equità l'accordo delle parti; ancora all'art. 3, comma 3, della legge n. 129/2004 in materia di *franchising* circa la determinazione del tempo dell'ammortamento. Oltre al dato normativo, parte della dottrina fonda il potere di integrazione giudiziale anche sulle peculiarità della disciplina consumeristica: dal diritto fondamentale del consumatore alla *"correttezza ed equità dei rapporti contrattuali"*, sancito dall'art. 2, comma 2, lett. e), cod. cons., discenderebbero non solo dei doveri di protezione a carico del professionista, ma anche il potere-dovere del giudice di garantire che l'attuazione delle tutele sia ispirata a quei principi. In questa prospettiva, secondo taluni, potrebbe giustificarsi un intervento giudiziale volto a ricondurre a equità il contratto, attraverso l'inserimento di una regola di riequilibrio ispirata a quel criterio[37].

[37] Secondo questa impostazione, l'art. 2, comma 2, lett. e), cod. cons. andrebbe letto in combinato disposto con l'art. 140 cod. cons., che riconosce ai soggetti legittimati "ad agire a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti" (ma lo stesso vale, ai sensi del comma 9, per i consumatori che agiscono individualmente) la possibilità di chiedere al giudice non solo di «inibire gli atti e i comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori e degli utenti», ma anche «di adottare le *misure idonee a correggere* o eliminare

Tale impostazione non è certo priva di criticità. *In primis*, viene segnalata la mancanza di un fondamento generale del potere correttivo giudiziale, destando perplessità l'idea che dal potere del giudice di rilevare e di (eventualmente) dichiarare la nullità di una clausola sia desumibile anche un potere di correzione del contratto a favore della parte debole[38]. In aggiunta - si osserva - all'integrazione giudiziale osterebbe un principio cardine del sistema giuridico, quello della certezza del diritto: differentemente dalla correzione legale, che è ben definibile e prevedibile a priori dalle parti, la correzione giudiziale, invece, esporrebbe le negoziazioni private a rischi incalcolabili quanto alla sorte dei contratti stipulati; nel contempo, nasconderebbe il pericolo di un eccessivo arbitrio del giudice nella definizione della regola correttiva, amplificato dal ricorso a concetti indeterminati, come quello di equità[39]. Non solo, ma, secondo quanto predicato dalla giurisprudenza europea, la possibilità di integrare il contratto per mano del giudice finirebbe per eliminare in radice l'effetto dissuasivo esercitato sui professionisti dalla pura e semplice caducazione della clausola abusiva.

Se tali timori sono certamente condivisibili, nel contempo, è innegabile che a queste obiezioni possono essere ribattuti altrettanti argomenti di segno contrario. L'obiezione legata alla mancanza di fondamento normativo del potere correttivo giudiziale ci pare mal posta, in quanto la questione non è se tale potere possa sussistere in via generale e astratta, bensì se esso possa essere esercitato in determinate circostanze e in forza di criteri legalmente previsti, come l'equità di cui all'art. 1374

gli effetti dannosi delle violazioni accertate». Cfr. Prosperi, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, 3, p. 644 ss.; Capobianco, *L'integrazione*, cit., p. 409 ss.; Id., *Diritto comunitario e trasformazioni del contratto*, cit., p. 387 ss.; Id., *L'equilibrio economico nei contratti dei consumatori*, in *Squilibrio e usura nei contratti*, a cura di Vettori, Padova, 2002, p. 387 ss., il quale si pone il problema di «come il diritto all'equità, nel suo aspetto economico, possa essere fatto in concreto valere dal consumatore», giungendo alla conclusione secondo cui «a modesti risultati si perverrebbe attraverso l'utilizzo della tutela invalidante (…) che, concernendo una clausola attinente a un elemento essenziale del contratto quale il corrispettivo, rischierebbe di travolgere l'intero contratto. Potrebbe ipotizzarsi il ricorso a un potere correttivo del giudice che la stessa legge (…) ammette a tutela degli interessi collettivi (…) e che quindi non dovrebbe neppure ritenersi precluso in sede di azione individuale».

38 In tal senso: Barcellona, *La buona fede e il controllo giudiziale dei contratti*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di Mazzamuto, Torino, 2002, p. 320 ss.; Pagliantini, *La tutela del consumatore nell'interpretazione delle Corti*, Torino, 2012., p. 198 ss.; D'Adda, *La correzione del "contratto abusivo"*, op. cit., p. 390 ss.: «se l'ordinamento sembra legittimare l'integrazione legale del contratto parzialmente nullo, si rivela invece assai più prudente quanto alla correzione giudiziale: non solo sul piano dei principi ortopedia legale e ortopedia giudiziale del contratto non possono essere *tout court* assimilate, perché un contro è la correzione legale, definibile a priori, del regolamento convenzionale, altro conto quelle, singolare del giudice. Di più, tale difformità il nostro legislatore sembra voler tenere ancora, di massima, conto».

39 Secondo D'Amico, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, op. cit., p. 233 ss., l'idea di un potere di integrazione giudiziale mediante l'impiego di concetti come la buona fede correttiva e l'equità correttiva nasconde il rischio di decisioni arbitrarie e non prevedibili, in una logica di sanzione per il professionista, che eccederebbe le stesse finalità di protezione della normativa consumeristica.

c.c. Quanto alle conseguenze negative dell'attività integrativa, si potrebbe osservare che essa non costituisce uno strumento applicabile in qualunque frangente e a totale discrezione dell'autorità giudiziaria, poiché non solo l'integrazione mediante equità costituisce una tecnica residuale, ai sensi dell'art. 1374 c.c., ma anche perché sul giudice grava un obbligo motivazionale preciso e puntuale al quale adempiere. Con riguardo, infine, al profilo della dissuasività, si potrebbe ribattere che proprio il rischio di un'eterointegrazione a opera del giudice disincentiverebbe il professionista dal fare cattivo uso del suo potere contrattuale: come è stato acutamente osservato, *«negando l'integrazione, si concederebbe al professionista un'arma troppo agevole per mettere in scacco la disciplina sulle clausole vessatorie: basterebbe inserire sempre un oggetto intrasparente per tenersi aperta la strada della nullità»*[40].

3. La conclusione a cui siamo giunti, cioè l'astratta ammissibilità di un'integrazione giudiziale del contratto, non esime, tuttavia, lo studioso dal compito di chiarire quali siano i presupposti e i limiti della sua operatività. Certamente, l'individuazione dello strumento integrativo da applicare non può essere rimessa a una scelta arbitraria dell'organo giudicante. Al contrario, per contenerne la discrezionalità e assicurare la certezza del diritto e delle decisioni, occorre determinare un criterio legale in forza del quale circoscrivere il più possibile quel potere. Nella difficoltà di ravvisare uno strumento unico e sempre necessariamente prevalente sugli altri, ci pare che tutte le tecniche illustrate possano contribuire, in diversa misura, a risolvere il problema in esame.

Una soluzione ragionevole è quella di ipotizzare la configurabilità di un concorso graduato tra le varie tecniche integrative prospettate, anziché invocarne una soltanto. Difatti, l'integrazione per mano del giudice può apparire un rimedio discutibile se considerata da sé, come unica possibile tutela contro la caducazione di clausole abusive essenziali; se, invece, essa viene inserita in un sistema di riferimento più ampio e posta in relazione concorsuale con altri strumenti, ci pare che possa contribuire anch'essa a garantire l'effettività della tutela e la proporzionalità del regolamento; nel contempo, i timori legati a un suo eccessivo utilizzo potrebbero essere notevolmente circoscritti.

[40] Così Navarretta, *Il contratto "democratico" e la giustizia contrattuale*, op. cit., p. 1262 ss. Cfr. anche: Nanna, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, op. cit., p. 183; Azzarri, *Nullità della clausola abusiva e integrazione del contratto*, op. cit., p. 81, secondo il quale, a favore di una ricostruzione giudiziale della pattuizione decaduta, milita l'esigenza di impedire che il professionista possa sfruttare in modo opportunistico la disciplina delle clausole vessatorie: «se, infatti, al giudice fosse in ogni caso precluso l'intervento integrativo, al professionista basterebbe inserire nel contratto un oggetto non trasparente, o comunque una clausola vessatoria pur sempre "decisiva" per l'operazione negoziale, per essere sicuro che, là dove il consumatore decidesse di avvalersi della nullità di protezione, la caduta della clausola in questione finirebbe col travolgere l'intero contratto, sicché questi si troverebbe stretto nell'alternativa se avvalersi della tutela che gli spetta o mantenere in vita il negozio, col potenziale effetto deterrente (ad attivare il rimedio) che da una simile situazione discenderebbe».

L'idea di fondo è l'acquisita consapevolezza che la soluzione al problema indagato non possa essere una sola, valida sempre, bensì debba essere diversificata sulla base di un solido fondamento normativo e dell'analisi delle specificità del caso concreto. Ebbene, tale operazione, dovrebbe svolgersi alla luce di un principio di minor intrusione possibile del sindacato giudiziario sul contenuto del contratto, nell'ottica di garantire un'indispensabile, quanto contenuta, cooperazione tra autonomia privata e poteri del giudice. D'altra parte questo principio è già alla base delle disciplina codicistica e trova la sua più esplicita espressione in materia di integrazione dei contratti lacunosi nel già citato art. 1374 c.c. Sicché, l'ipotizzato concorso graduato di tecniche integrative invocabile nei casi di nullità di protezione potrebbe trovare una giustificazione proprio in quella disposizione, che non solo offre un'elencazione dei criteri secondo cui cui svolgere l'attività modificativa, ma esprime anche la logica di fondo alla quale quell'attività deve essere improntata. Quei criteri sono, infatti, ordinati secondo un principio di gerarchia ispirato all'esigenza di preservare il più possibile la manifestazione di volontà dei privati[41]: si procede dal criterio legale al criterio equitativo, passando per gli usi, secondo una logica diretta a privilegiare, in prima battuta, la modificazione legale del contratto, relegando, invece, a *extrema ratio* un intervento più diretto del giudice mediante l'equità.

Naturalmente, l'esposta riflessione, per poter essere traslata nell'ambito che ci occupa, implica una necessaria rilettura dell'art. 1374 c.c. Ci pare, invero, condivisibile quanto affermato da autorevole dottrina, secondo la quale, quando viene in considerazione la nullità parziale necessaria, l'art. 1374 c.c. in tanto può essere invocato, in quanto lo si sottoponga a una lettura evolutiva, volta ad attribuire una necessaria sfumatura rimediale alla attività di integrazione contrattuale[42]. A coloro che escludono l'applicabilità dell'art. 1374 c.c. in combinato disposto con l'invalidità, si può ribattere che la sua operatività in presenza di una lacuna non solo originaria, ma anche sopravvenuta, troverebbe giustificazione nel dato letterale, il quale non permette alcuna distinzione circa il tipo di vuoto integrabile. L'idea che l'art. 1374 c.c.

[41] L'attenzione degli interpreti per l'art. 1374 c.c. si è accesa grazie agli studi di un illustre giurista, che ne ha proposto una rilettura in chiave costituzionale. Il riferimento è all'opera di Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, op. cit. Per un approfondimento bibliografico su altri studi relativi alla disposizione, si rinvia alla nota n. 21 del presente lavoro.

[42] Cfr. Pagliantini, *Appunti a margine di Cass., n. 9735/2013: l'art. 1374 c.c. e la lacuna sopravvenuta*, in D'Amico, Pagliantini, *Nullità per abuso e integrazione del contratto*, Torino, 2015, p. 188 ss., il quale osserva, condivisibilmente: uno strumento di scrutinio «che proceda caso per caso sembra da preferire ad una tecnica interpolativa che obbedisca ad una logica di ferreo automatismo». V. anche Id., *L'equilibrio soggettivo dello scambio (e l'integrazione) tra Corte di Giustizia, Corte Costituzionale ed ABF: "il mondo di ieri" o un* trompe l'oeil *concettuale?*, op. cit., p. 587-588: la lettura evolutiva dell'art. 1374 c.c. costituisce il riflesso di «una mutatio normativa che ha visto l'equità trasformata in parametro valutativo e correttivo (dell'abusività) di un'autonomia privata derogatoria»; l'invocazione di un'equità in funzione correttiva consente di riconoscere una "coloritura rimediale all'integrazione", resa possibile da una «riscrittura dell'art. 1374 c.c. trasformato in un'appendice del diritto del consumatore a un rimedio effettivo».

risolva il problema della sola lacuna originaria si fonderebbe su una concezione prettamente volontaristica del negozio ritenuta non più in linea con l'attuale assetto economico-giuridico[43]. Se, certo, il suo ambito elettivo di applicazione è quello dei contratti contenutisticamente incompleti, come emerge dalla sua collocazione codicistica, tuttavia, non si può, per ciò solo, escluderne un ambito di applicazione più ampio. Un'interpretazione evolutiva della disposizione, allora, non può che condurre a superare l'astratta, quanto indebita, distinzione tra lacuna originaria e lacuna sopravvenuta[44].

[43] L'argomento fondato sulla distinzione tra lacune originarie e sopravvenute ci pare debole anche perché chiama in causa una non facile distinzione tra tipologie di lacune suscettibili di integrazione, quando poi, sul piano effettuale, il problema è sempre il medesimo, trovare la fonte che consenta di colmarle. Già Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, op. cit., p. 93 ss. osservava che per "lacuna" si può intendere «un "vuoto" del regolamento contrattuale, tale da impedire l'operatività di questo: la normativa sull'integrazione, allora, assume una vera e propria funzione di completamento della cosiddetta fattispecie legale, consentendo al regolamento predisposto di operare. È certo, però, che questo concetto di lacuna, valido in alcuni casi, (ad esempio, l'art. 1349), non è in grado di esaurire l'intera materia dell'integrazione, che conosce ipotesi in cui non si può certamente parlare di lacuna nel senso indicato (basta pensare all'art 1340 (…)). Né potrebbe argomentarsi che, là dove non v'è lacuna nel senso indicato, non può parlarsi di integrazione». Cfr. nuovamente Pagliantini, *L'equilibrio soggettivo dello scambio (e l'integrazione) tra Corte di Giustizia, Corte Costituzionale ed ABF: "il mondo di ieri" o un* trompe l'oeil *concettuale?*, op. cit., p. 587-588, il quale ravvisa nell'art. 1374 c.c. la «norma deputata ad emendare tanto le lacune contrattuali originarie quanto quelle sopravvenute», rilevando come alle prime corrisponda un'autonomia contrattuale che si è determinata a non disporre, mentre alle seconde un'autonomia contrattuale unilaterale che si è manifestata abusivamente.

[44] Tale distinzione non appare condivisibile anche perché fondata su una rigorosa differenziazione tra il concetto di fattispecie contrattuale e i suoi effetti, che non trova più giustificazione. Nella logica tradizionale della c.d. signoria della volontà, l'integrazione è un fenomeno relativo al piano effettuale, non attizio, perché il nucleo dell'accordo è ritenuto intangibile ab externo, così da preservare al massimo la volontà privata (in questo ordine di idee: Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, op. cit., p. 712 ss.; Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, op. cit., p. 352 ss.; Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, op. cit., p. 230 ss.; Cataudella, *Sul contenuto del contratto*, op. cit., p. 148 ss.; Giuliani, *L'integrazione del contratto*, in *Giurisprudenza sistematica del diritto civile e commerciale, fondata da Bigavi*, tomo I, *Effetti, invalidità e risoluzione del contratto*, Torino, 1991, p. 82 ss.). La teoria della fattispecie inizia a entrare in crisi quando attenta dottrina evidenzia la difficoltà, ma anche l'inutilità, sul piano sistematico, di operare una netta scissione del contenuto dagli effetti dell'atto, in quanto si tratta di aspetti interconnessi di un unico fenomeno, in cui gli effetti non sono altro che la rappresentazione dell'atto. Quando il regolamento contrattuale viene integrato dalle fonti dell'art. 1374 c.c., se il precetto risulta unitario e non è possibile distinguere la singola fonte che lo ha integrato, allora, ciò è sufficiente a riconoscere efficacia al medesimo. In questo senso: Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, op. cit., p. 15 ss.: «l'intervento di fonti diverse dall'attività delle parti non riguarda soltanto il "trattamento giuridico" del contenuto, ma si ripercuote sul contenuto stesso, dando così origine a un regolamento che può non rispondere all'esclusiva logica dei privati. (…) In via di principio, dunque, nulla s'oppone ad una considerazione dell'art. 1374 nell'ambito della costruzione del regolamento contrattuale»; Di Majo, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, p. 206 ss.; Galgano, *Art. 1374*, op. cit., p. 68 ss.; Franzoni, *Art. 1374*, cit., p. 10 ss.; Capobianco, *L'integrazione*, op. cit., p. 390 ss.

D'altra parte, la bontà della soluzione illustrata troverebbe ulteriore conferma nella circostanza che l'art. 38 cod. cons. rinvia alle norme generali del codice civile, in mancanza di una norma speciale difforme. In considerazione di ciò, l'applicazione dell'art. 1374 c.c. ai contratti del consumatore non solo troverebbe giustificazione normativa, ma diventerebbe una regola trasversale, idonea a completare anche gli effetti della nullità di protezione di cui all'art. 36 cod cons.

4. Chiarito il fondamento logico-normativo dell'ipotizzato concorso graduato di tutele, giova ora soffermarsi sulle modalità operative con cui l'art. 1374 c.c. contribuisce a completare il rimedio della nullità di protezione.

In linea con la funzione protettiva del modulo della parzialità necessaria, una volta rilevata la vessatorietà della clausola essenziale, il giudice deve sottoporre la sorte di questa e dell'intero contratto al consumatore, il quale viene, così, edotto del rischio di nullità totale. Salvi i casi in cui quel contraente ritenga più vantaggiosa quest'ultima soluzione, il giudice è chiamato a verificare se, una volta eliminata la clausola vessatoria, sia possibile colmare la lacuna sopravvenuta. *Nulla questio* quando la vessatorietà discende dalla violazione di una norma imperativa, poiché qui opera la sostituzione (automatica) della norma alla pattuizione viziata, secondo il meccanismo dell'art. 1339 c.c. Nella maggior parte delle ipotesi, tuttavia, la vessatorietà, come visto, è legata a una deroga unilaterale (da parte del professionista) a norme di diritto dispositivo. Sicché il giudice, non potendo applicare il citato art. 1339 c.c., può consentire un'integrazione secondo le regole dell'art. 1374 c.c., facendo riespandere la norma suppletiva. Ma, nonostante la diversa base normativa che giustifica la modificazione del contratto, l'effetto è il medesimo di quello sopra descritto, cioè la conformazione del regolamento alla disposizione violata.

Sullo stesso piano della legge, inoltre, l'art. 1374 c.c. consente di applicare anche la clausola di buona fede di cui all'art. 1375 c.c., che abbiamo ritenuto operare come fonte dell'obbligo (legale) di rinegoziazione. Per tale via, sarebbero gli stessi contraenti a determinare il contenuto della regola integrativa, in conformità alla legge. L'integrazione mediante buona fede nel senso appena chiarito rappresenta la tecnica caratterizzata dal minor impatto sull'autonomia negoziale dei privati e, nel contempo, garantisce un adeguato effetto dissuasivo verso il professionista, anche per il timore di dover rivedere, a cascata, tutte le clausole abusive adottate sul modello di quella nulla e inserite in altri contratti *standard* di cui è parte. Sennonché, il grande limite della rinegoziazione è rappresentato dall'ipotesi in cui questa fallisca perché le parti non riescono ad accordarsi sul contenuto idoneo a colmare la lacuna. In questo frangente, così come nel caso in cui non vi sia una regola legale da far riespandere ovvero il suo livello di tutela per il consumatore non sia adeguato, il giudice può integrare il contratto secondo gli usi[45] o, in via ancor più residuale, secondo l'equità.

[45] Nell'impossibilità di approfondire, in questa sede, la rilevanza degli usi quale fonte di integrazione, è comunque opportuno ricordare che l'art. 1374 c.c. fa riferimento agli usi c.d. normativi. Secondo una nota

Per le ragioni esposte, la tecnica più delicata è, senz'altro, quest'ultima. Ma il suo carattere del tutto sussidiario, secondo la logica gerarchica dell'art. 1374 c.c., consente di stemperare il possibile impatto negativo sull'autonomia privata; con l'ulteriore precisazione che la regola di equità, come visto, deve essere elaborata dal giudice in linea con la specifica operazione economica privata e "tarata" sulle circostanze concrete, al fine di contenere la discrezionalità giudiziaria. Non ultimo, si osserva che, per effetto dell'illustrato concorso graduato di rimedi *ex* art. 1374 c.c., la vera protagonista dell'attività di integrazione non sarebbe tanto l'equità, quanto, semmai, la buona fede, che opera in posizione gerarchicamente sovraordinata, quale obbligo *ex lege*, ridimensionando, così, i timori legati all'utilizzo della prima[46].

Il prospettato concorso graduato di tecniche integrative secondo la logica dell'art. 1374 c.c. ci sembra rappresenti una soluzione idonea a realizzare le due diverse esigenze da soddisfare quando il giudizio di abusività riguarda una clausola essenziale: assicurare una protezione effettiva per il consumatore, il quale, chiesta la nullità della clausola, intenda conservare e attuare il contratto; prevenire e sanzionare il contegno abusivo del professionista, così da correggere le storture del mercato.

A nostro avviso, questa conclusione consente di cogliere una nuova importante tappa del percorso evolutivo della nullità di protezione. Nella prospettiva del principio eurounitario di effettività delle tutele, tale rimedio assume sempre più una configurazione c.d a geometrie variabili, che allontana l'idea di concepire uno statuto unitario e statico delle invalidità speciali. L'operatività della nullità di protezione, lungi dall'essere fissa e automatica, richiede, al contrario, una necessaria graduazione degli effetti, idonea a offrire una protezione cucita quasi "sartorialmente" sulle caratteristiche del caso di specie. Questa operatività diversificata garantisce, così, che la

definizione, si tratta di «norme non scritte che un ambiente sociale osserva costantemente nel tempo come norme giuridicamente vincolanti» (così Bianca, *Il contratto*, op. cit., p. 517). Tra le molteplici tipologie di usi conosciute dall'ordinamento, solo gli usi normativi sono considerati vere e proprie fonti del diritto ex artt. 1 e 8 disp. prel c.c., differentemente dagli usi c.d. negoziali e da quelli c.d. individuali. Gli usi normativi, dunque, per la loro ripetitiva e generale osservanza da parte dei consociati, debbono essere impiegati dal giudice prima ancora dell'equità per colmare le lacune contrattuali; ma possono fungere da fonti integrative solo se e in quanto difettino norme (imperative o dispositive) applicabili, non potendo mai operare *contra legem*. Cfr. Asquini, *Usi legali e usi negoziali*, in *Riv. dir. comm.*, 1944, I, p. 365 ss.; Pavonone, La Rosa, *Consuetudine (usi normativi e negoziali)*, in *Enc. del dir.*, Milano, 1961, p. 513 ss.; Bianca, *Il contratto*, op. cit., p. 1190 ss.; Galgano, *Il negozio giuridico*, Milano, 1988, p. 57 ss. In giurisprudenza: Cass. 26 settembre 1977, n. 4093, in *Giur. it.*, 1977, I, 1, p. 2098; Cass., 17 febbraio 2000, n. 1773, in *Arg. dir. lav.*, 2009, p. 759 ss.; Cass., 13 marzo 2002, n. 8442, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 2109 ss.; Cass., 6 marzo 2007, n. 5135, in *Rep. Foro it.*, 2007.

46 Osserva condivisibilmente Capobianco, *Integrazione e correzione del contratto tra regole e principi*, op. cit., p. 10 ss.: i timori connessi al carattere aperto ed elastico dei concetti di buona fede ed equità sarebbero fugati dalla duplice constatazione che, in parte, tali regole sono richiamate dalla legge e, in parte, la loro applicazione è tanto più necessaria quanto più i codici "invecchiano", in modo da «adeguare al caso concreto il regolamento nel necessario combinarsi di auto ed etero integrazione».

nullità si applichi concretamente *"a vantaggio"* del consumatore, ogniqualvolta il suo funzionamento in negativo richieda di essere completato con l'intervento in positivo di strumenti di integrazione del contratto, secondo un meccanismo di più intensa conformazione del regolamento. Ciò a patto di ammettere una (ineludibile) concezione evolutiva del modulo della parzialità, in cui nullità e integrazione non costituiscono altro che due aspetti ormai complementari della medesima funzione protettiva.

La tutela dei consumatori nei *social network*

di Daniele Corvi*

Abstract. The explosion of social networks has led to inevitable consequences also in the area of consumer protection. New figures were born such as influencer marketing and new commercial strategies that go beyond regulations. For this reason, the Digital Chart has been drawn up to try to regulate this new universe which is the present and above all the future of the market.

SOMMARIO: 1. L'impatto del Social Media Advertising *sui consumatori. – 2. I nuovi scenari della pubblicità ingannevole e aggressiva. – 3. La "rivoluzione" degli* Influencer marketing. *– 4. Il nuovo regolamento* Digital Chart *e il Comitato di Controllo.*

1. I *social network, come Facebook e Instagram*[1], rappresentano uno degli strumenti maggiormente utilizzati dalla collettività. Essi fanno parte della terza fase di sviluppo e diffusione di internet: il c.d. "Web 2.5", caratterizzato da un'interattività sempre maggiore degli utenti, che diventano membri attivi di una comunità stravol-

* Dottorando di ricerca Università degli Studi di Perugia.

1 *Instagram* è un *sn* nato nell'ottobre del 2010 come piattaforma dedicata agli amanti della fotografia, attraverso la quale essi potevano scattare fotografie, modificarle applicandovi filtri e condividerle con gli altri utenti. Grazie alla sua istantaneità e facilità di utilizzo, *Instagram* si diffuse molto rapidamente; in meno di un anno raggiunse i 10 milioni di utenti in tutto il mondo. Nel 2011 venne introdotta la possibilità di aggiungere degli *hashtag* alle didascalie delle fotografie; con questo termine si indica una tipologia di etichetta (*tag*) utilizzata sulle piattaforme *social* come aggregatore tematico, che ha la funzione di facilitare gli utenti nella ricerca di contenuti su uno specifico tema e viene indicata con il simbolo # (per esempio #natura). L'*hashtag* su *Instagram* ha due principali funzioni: quella di rendere le fotografie facilmente ricercabili da altri utenti, e quella di permette alla piattaforma di categorizzare tutte le immagini *postate* (dal verbo inglese "*to post"*, ovvero pubblicare qualcosa sul web). L'anno dopo, la piattaforma venne acquistata da *Facebook.* Successivamente, venne introdotta anche la possibilità di geo localizzare le fotografie e di *taggare*, ovvero identificare, gli utenti presenti in esse rimandando direttamente ai loro profili, e nel 2013 la possibilità di registrare e pubblicare video della durata massima di 15 secondi, poi innalzata a 60. Ad oggi, *Instagram* è uno dei *sn* maggiormente utilizzati al mondo; nel giugno 2018 è arrivato a contare 1 miliardo di utenti attivi mensili. Questo traguardo è stato reso possibile soprattutto grazie alle funzioni introdotte sulla piattaforme negli ultimi due anni: dalla possibilità di pubblicare fotografie e video visibili solo per 24 ore (*Instagram stories*) a quella di girare dei video in *live*, ovvero in diretta, dalla possibilità di inviare messaggi privati ad altri utenti (*Direct message*) all'introduzione di una vera e propria *Instagram* TV (*IGTV)* che dà la possibilità agli utenti di creare un proprio canale, registrare e condividere video fino a una durata di 10 minuti. Un'altra importante novità introdotta sulla piattaforma è stata la funzione "carosello", ovvero la possibilità di inserire più foto o video in un unico *post*, creando così un vero e proprio album fotografico. Dal *report* "*Digital in 2018"* di *We are social* in collaborazione con *Hootsuite* emerge che *Instagram* è una delle piattaforme *online* più popolate al mondo, subito dopo *Facebook* e *Youtube*.

gendo il rapporto tra consumatore e professionisti[2]. Grazie allo sviluppo di Internet e dei *social media* in generale è cambiato anche il comportamento d'acquisto dei consumatori; essi, infatti, hanno acquisito maggior consapevolezza e maggior potere, obbligando le aziende a cambiare il loro modo di interagire con la clientela. Molte aziende, cioè i professionisti, hanno deciso di implementare strategie di *Social Media Marketing*, per accrescere la loro visibilità ed essere più attente alle esigenze dei clienti.

A tal proposito, uno dei pilastri fondamentali normativi preordinato alla tutela della libertà contrattuale dei consumatori, sia nello spazio fisico che in rete, è la direttiva 2005/29/CE, nonché il d.lgs. 146/2007 che le ha dato attuazione e le cui disposizioni sono confluite negli artt. 18 ss. cod. cons., in sostituzione della disciplina pregressa in tema di pubblicità ingannevole e comparativa. La direttiva "intende contribuire al corretto funzionamento del mercato interno e al conseguimento di un livello elevato di tutela dei consumatori, mediante l'armonizzazione delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri in materia di pratiche commerciali lesive degli interessi economici dei consumatori[3]".

Nell'art. 20 cod. cons. si disciplina la figura del consumatore che si coglie in due aspetti della disposizione in oggetto: l'espresso richiamo alla "ragionevole aspettativa del consumatore" nella descrizione del contenuto dell'obbligo di diligenza e l'introduzione della nozione di "consumatore medio", che per la prima volta entra a fare parte del lessico del legislatore del codice del consumo. Si tratta di due aspetti intimamente connessi. Come è stato evidenziato[4], in questo caso l'uso di un'espressione vaga come "ragionevolezza" all'interno della definizione della diligenza sembra bilanciare esigenze contrapposte di uniformità di trattamento e di rispetto per la singolarità, richiedendo all'interprete un ragionamento presuntivo su quale possa essere, in relazione alle circostanze, la "ragionevole" aspettativa del consumatore. Alludere alla ragionevolezza consente, infatti, il rinvio a modelli e regole non prestabiliti, che sono costruiti dall'interprete selezionando le circostanze rilevanti[5]. Anche il riferimento al "consumatore medio" può essere spiegato solo nel contesto della

[2] Menduni, Nencioni, Pannozzo, *Social Network. Facebook, Twitter, YouTube e gli altri: relazioni sociali, estetica, emozioni*, Milano, 2011, p. 4.

[3] L'enunciazione dello scopo trova conferma in molteplici considerando, v. ad es., n. 6, 7, 8, 10, 11, 12, 13 ecc. Come è noto, tra i diritti riconosciuti ai consumatori, possono distinguersi i diritti che hanno trovato riconoscimento costituzionale, e i diritti di preminente matrice economica, come quelli qui in discussione. Possono essere diritti tradizionalmente qualificati come "diritti sociali", ad es., diritto al consumo, all'adeguata informazione, alla pubblicità corretta, o diritti che appaiono relativi ai rapporti contrattuali, come ad es., i diritti alla correttezza, alla trasparenza, all'equità. V. in proposito fra gli altri, Alpa, *I diritti dei consumatori e degli utenti, Un commento alle l. 30 luglio 1998 n. 281 e 24 novembre 2000 n. 340 e al d. lgs. 23 aprile 2001 n. 224,* Milano, 2001; Chinè, *sub. art. 2, Codice del Consumo,* Milano, 2008, p. 13; Rolli, *sub. art. 2, Codice del Consumo,* Piacenza, 2010, p. 97 ss.

[4] Zorzetto, *La ragionevolezza cit.,* p. 105.

[5] Zorzetto, *op. cit*., p. 103, la quale osserva inoltre che: «l'uso di termini le cui applicazioni semantiche di applicazione non sono predefinite sposta in avanti, lungo la catena del potere normativo, il livello al quale si posiziona il suo esercizio effettivo. In altre parole, lascia più decisioni agli esperti».

scelta del legislatore di procedere attraverso clausole generali che caratterizza l'art. 20. In assenza di una espressa definizione normativa, occorre richiamare quanto previsto dal considerando n. 18 della direttiva 2005/29/CE, la quale rinvia all'uso che dell'espressione "consumatore medio" fa la giurisprudenza comunitaria come di un consumatore normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto, tenendo conto di fattori sociali, culturali e linguistici[6].

La tecnica di indirizzare l'interprete senza costringerlo in un percorso angusto, che contraddistingue tutta la clausola generale in esame, trova dunque ulteriore conferma nel riferimento al consumatore medio. Si è osservato al riguardo che il livello qualitativo e quantitativo di informazioni che può considerarsi "normalmente" posseduto da un consumatore medio ed il grado di attenzione e avvedutezza che ci si può "ragionevolmente" attendere dallo stesso sono parametri che per la loro stessa natura non possono essere rigidi e prefissati, ma si prestano necessariamente a variare e mutare in relazione ad una molteplicità di variabili, a cominciare da quei "fattori sociali, culturali e linguistici", cui lo stesso considerando n. 18 attribuisce espressamente rilievo ai fini della concretizzazione della nozione di "consumatore medio"[7]. In questo senso, ad esempio la giurisprudenza comunitaria che si è pronunciata in materia di marchi – che è per altro il terreno sul quale si è venuta formando la nozione di "consumatore medio" – ha osservato che il consumatore italiano ha generalmente una conoscenza della lingua inglese inferiore a quella dei cittadini dei paesi nordici, con conseguenze diverse sulla confondibilità dei prodotti[8].

Appare evidente, in ogni caso, che il legislatore non ha in mente un consumatore "debole", ma una persona di buon livello di istruzione e dotata di capacità critica nelle decisioni di consumo e per quanto riguarda la rete anche che conosca i suoi meccanismi: infatti, chi si iscrive alle piattaforme di *Facebook* o *Instagram* accetta le conseguenze e le regole implicite della navigazione attraverso questi *social network*[9]. Ciò si lega, da un lato, alla progressiva consapevolezza che il diritto dei consumi è parte integrante del diritto della concorrenza[10] e, dall'altro lato, alla tendenza di politica legislativa a riconoscere e promuovere il ruolo attivo dei consumatori[11]. Nel

---

6 Per un approfondimento sul tema del "consumatore medio" si rinvia a Saccomani, *Le nozioni di consumatore e di consumatore medio nella direttiva 2005/29/CE*, in Minervini, Rossi Carleo, *Le pratiche commerciali sleali*, *Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, Milano, 2007, p. 141, il quale analizza anche la giurisprudenza comunitaria.

7 G. De Cristofaro, *La nozione generale di pratica commerciale scorretta,* in G. De Cristofaro (a cura di), *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo,* Torino, 2008, p. 153.

8 Giust. CE, 13.1.2000, causa C-220/98. Per una disamina di casi si rinvia anche a Poncibò, *Il consumatore medio,* in *Contratto e impresa/Europa*, 2007, p. 743.

9 G. De Cristofaro*, op. cit.,*p. 153.

10 Cfr, Thain, *Consumers*, in Cane, Tushnet, *The Oxford Handbook of Legal Studies*, Oxford, 2003, p. 74.

11 Libertini, Cla*usola generale cit.*, p. 63, osserva che: «lo *standard* del consumatore più debole porterebbe a vietare un'infinità di messaggi e finirebbe per privare il mercato di buona parte di quel flusso di informazioni che, per quanto parziali e interessate, contribuiscono a ravvivare l'interesse di molti consumatori e quindi a tenere vivo il gioco della concorrenza».

considerando n. 18 si precisa inoltre che si intende valutare l'effetto della pratica commerciale su di un virtuale consumatore tipico e che la nozione di consumatore medio non è statica, non a caso al tempo in cui fu emanata la direttiva il primo *social network Facebook* ancora aveva un uso solamente in alcune parte degli USA e ancora non si pensava che avrebbero così stravolto la realtà dei consumatori, ma proprio questa concezione dinamica permette che si possa adeguare alla nuova realtà. In primo luogo, la qualifica di "virtuale" impiegata per caratterizzare la figura del consumatore tipico ne sottolinea la natura di costruzione intellettuale il cui scopo è quello di offrire un punto di riferimento stabile per la formulazione di giudizi relativi ai possibili comportamenti di una certa persona. Si tratta, in altre parole, di quello che nelle scienze sociali si suole chiamare un "tipo ideale". La figura del consumatore tipico non pretende di essere la descrizione di un individuo, ma è piuttosto un'astrazione schematica, a partire dalle caratteristiche salienti di un gruppo relativamente omogeneo di individui, che permette allo scienziato sociale di proporre – in forma per quanto possibile rigorosa – generalizzazioni relative al comportamento umano[12]. La scelta del legislatore è comprensibile alla luce della necessità di stabilire regole che si applicano a soggetti che sono individuati non a partire dalla considerazione esclusiva della loro posizione o condizione giuridica[13], ma tenendo conto che del ruolo. Tali conclusioni sono rafforzate dalla seconda precisazione di cui si è detto, quella relativa alla natura "non statistica" della nozione di "consumatore medio". Dal punto di vista dello scienziato sociale, in particolare nella prospettiva di quella che tradizionalmente veniva classificata come "sociologia comprendente", la nozione di "tipo ideale" non è costruita come una "*media*", ma si ottiene invece attraverso l'accentuazione unilaterale di uno o di alcuni punti di vista, e attraverso la riunione di una quantità di fenomeni particolari diffusi e discreti, esistenti qui in maggiore e là in minore misura, e talvolta anche assenti – che corrispondono a quei punti di vista unilateralmente sottolineati – in un quadro concettuale in sé unitario[14]. Rinviando al consumatore tipico il consumatore non intende, dunque, invitare l'interprete a condurre esclusivamente indagini statistiche o sondaggi di opinione volti a rilevare ciò che accade in un determinato contesto[15]. Al contrario,

[12] Come osserva Max Weber, cui si deve la prima elaborazione compiuta della nozione di "tipo ideale" nelle scienze sociali contemporanee, il concetto tipico-ideale «non è rappresentazione del reale, ma intende fornire alla rappresentazione strumenti precisi di espressione». Weber, *Il metodo delle scienze storico-sociali*, Torino, 2003, p. 60. Vale la pena di sottolineare che, nel lavoro citato, Weber non prende in considerazione tipi ideali costruiti a partire dalle caratteristiche di individui come avviene invece nella prima parte di Economia e società.

[13] Secondo lo schema prevalente nelle codificazioni che potremmo considerare "classiche" del diciannovesimo e del ventesimo secolo.

[14] Weber, *op. cit.,* p. 60.

[15] Ciò non significa che sia sconsigliato né tanto meno vietato effettuare sondaggi di opinione posto che, la Corte europea di giustizia, nella sentenza 16 luglio 1998 (C-210/96), stabiliva che il giudice nazionale può avvalersi di sondaggi o di ricerche demoscopiche, al fine di valutare in modo adeguato l'influenza della condotta del professionista sui consumatori. Sul punto vedi Saccomani, *op. cit.,* p. 148. L'idea è però che

la scelta testuale è un esplicito richiamo alla necessità di trovare un punto di riferimento concettuale, a partire dal quale sia possibile costruire una mappa dei diversi modi in cui è possibile "essere consumatore" nella società contemporanea[16].

Il professionista, secondo la concezione recepita nel Codice del consumatore che corrisponde sostanzialmente a quella usuale di matrice comunitaria quale controparte del consumatore è, invece, "qualsiasi persona fisica o giuridica, che nelle pratiche commerciali agisce nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale, o professionale e chiunque agisce in nome o per conto di un professionista" anche se nella formula espressa al riguardo non ricalca esattamente quella della corrispondente definizione confluita nella prima parte del Codice del Consumo, relativa alle "disposizioni generali" secondo cui: "è professionista: la persona fisica o giuridica che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale, ovvero un suo intermediario"[17].

Dal confronto testuale appaiono due differenze, la prima concerne la prima parte del precetto di portata generale ed attiene alla scomparsa della definizione dell'art. 3 cod. cons., del riferimento al professionista come colui che agisce "nel quadro" della propria attività economica, mentre la seconda attiene all'ultima parte della formula e concerne il diverso lessico impiegato per ricomprendere nel concetto di professionista anche colui che agisce non direttamente, ma indirettamente attraverso terzi[18]. Sotto il primo profilo, il venir meno del riferimento all'agire "nel quadro" dell'attività professionale non si è ritenuto significativo perché il concetto di professionista va delineato sempre e comunque in contrapposizione al concetto di consumatore finale e pertanto nella definizione qui oggetto di attenzione va comunque incluso non solo chi sta ponendo in essere atti "caratteristici" della "propria attività professionale", ma anche colui che esplica atti e conclude contratti che non sono

dal sondaggio trai solo materiali a partire dai quali è possibile ricostruire la nozione di consumatore medio. p. 154

16 Vedi, a tal proposito, Weber, *op. cit.,* p. 64.

17 L'esplicito riferimento all'agire del professionista "nel quadro" della propria attività economico-professionale, presente nella definizione di professionista delineata per le pratiche commerciali sleali, figurava già nell'originario concetto di matrice comunitaria, confluito all'epoca del codice civile (artt. 1469 bis ss.), in relazione alla disciplina sulle clausole abusive. Cfr., in argomento, tra i tanti, Bonofiglio, *L'ambito soggettivo di applicazione dell'art. 1469 bis c.c., in Nuova giur. civ.,* 2003, I, p.178; Sabatucci, *Ambito di applicazione dell'art. 1469 bis c.c., e questioni di legittimità costituzionale, in Resp .civ.,* 2003, p. 668; Maffeis, *Ambito soggettivo di applicazione degli artt. 1469 bis seg. c.c. in Contratti*, 2000, p. 442; Astone, *Ambito di applicazione soggettiva. La nozione di consumatore e professionista, in Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, Patti-Alpa (a cura di), Milano, 2003, p. 139 ss.; Bertino, *Ente pubblico non economico e la qualifica di professionista ai sensi dell'art. 1469 bis codice civile, in Resp. Civ.*, 2001, p. 1041.

18 S. Kirschen, *Commento all'art. 3, comma 1, del Codice del Consumo,* in *Commentario,* Alpa-Rossi Carleo (a cura di), Napoli, 2005, p. 66; Moreschini, *Codice del Consumo-Commentario*, Tripodi, Belli (a cura di), Rimini, p. 86; G. Chinè, sub *art.3*, in *Codice del Consumo*, Cuffaro (a cura di), Milano, 2008; Aa.Vv., sub art. 3, *Codice del Consumo-Commentario*, Vettori (a cura di), Padova, 2007; Aa.Vv., *sub art. 3, Commentario al codice del consumo-Inquadramento sistematico e prassi applicativa*, Stanzione-Sciancalepore (a cura di), Milano, 2007, p. 37.

diretta esplicazione di attività professionale propria, pur essendovi "connessi". In altri termini, le definizioni, rispettivamente, di consumatore e professionista sono non solo in antitesi, ma l'una è l'immagine riflessa dell'altra allo specchio, si tratta dunque, di definizioni speculari l'una all'altra nella loro contrapposizione non solo qualitativa[19], ma anche, per così dire, estensivo-dimensionale: più la prima viene ad essere intesa in via restrittiva, più la seconda può risultare essere delineata, in corrispondenza, in modo ampio ed allargato[20].

Per quel che riguarda il professionista non stravolge l'utilizzo dei *social network* la sua figura, in quanto la rete è solamente un ulteriore mezzo per espletare e promuovere la propria attività. Prima dello sviluppo di Internet, per raggiungere i clienti, le aziende dovevano mettere in atto una comunicazione "*one-to-many*"; esse, attraverso cartelloni pubblicitari in strada, spot televisivi o volantini raggiungevano il consumatore, che recepiva il messaggio in modo passivo. Queste strategie avevano un costo iniziale elevato, non garantivano un successo sicuro e il loro andamento non era sempre monitorabile. Oggi, grazie ai *social networ*k, la comunicazione tra azienda e consumatore è diventata "*one-to-one*": il consumatore, infatti, ha la possibilità di interagire direttamente con l'azienda e di instaurare un flusso di informazioni continuo[21].

Visto l'enorme potere dei *social network*, è nato un nuovo modo di fare pubblicità: il *Social Media Advertising*. Il *Social Media Advertising*, anche chiamato "*Social Ads*", è una forma di pubblicità interattiva basata su delle inserzioni che vengono

[19] La contrapposizione tra le due definizioni rispettivamente di consumatore e professionista si manifesta nella sua rilevanza anche in relazione all'espressione che per entrambe considera colui che agisce ed è in vero, per il consumatore non si può non tener conto del principio espresso sub art. 5, cod. cons., che in riferimento al titolo II sulle "informazioni ai consumatori" stabilisce: "che ai fini del presente titolo si intende per consumatore-utente anche la persona fisica alla quale sono dirette le informazioni commerciali". Come acutamente notato in dottrina la "trasversabilità della materia delle informazioni riduce ad una clausola di mero stile l'inciso ai fini del presente titolo" perché al di fuori del titolo II in molte altre parti del Codice del Consumo si considerano le informazioni, incluso l'ambito delle pratiche commerciali sleali (così, Pinna, *sub art. 5*, in *Codice del Consumo, Commentario*, Piacenza, 2010, p. 130; inoltre Bargelli, *L'ambito dell'applicazione della Direttiva 2005/29/CE: La nozione di "pratica commerciale*", in Aa.Vv., "*Le pratiche commerciali sleali" tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/CE e il diritto italiano,* G. De Cristofaro (a cura di), Torino, 2007, p. 75, soprattutto, p. 96.

[20] Nel senso di escludere dal concetto di consumatore e di ricomprendere nel concetto di professionista chi si avvale del bene o del servizio oggetto di contratto anche nell'ambito della sua attività professionale, tra le altre, già Cass., 22.5.2006, n. 11933. Sulla questione relativa all'uso promiscuo volta a limitare la definizione di consumatore e, specularmente, ad ampliare corrispondentemente quella di professionista è intervenuta anche Giust. CE, 20.1. 2005, causa C-464/01 relativa all'applicazione della Convenzione di Bruxelles, riportata, nel testo del successivo paragrafo n. 2, secondo la quale colui che ha concluso un contratto avente ad oggetto un bene destinato ad un impiego in parte professionale e in parte estraneo all'attività professionale non ha comunque diritto di avvalersi del beneficio delle regole di competenza specifiche stabilite in tema di contratti conclusi dai consumatori a meno che l'uso professionale sia così marginale dal rivelarsi del tutto trascurabile ed insignificante nel contesto globale dell'operazione di cui trattasi, essendo dunque irrilevante che predomini l'aspetto, per così dire, extraprofessionale.

[21] *http://www.net-expert.it/aziende-e-social-media-marketing-un-complicato-rapporto/print/*

veicolate all'interno dei *sn* e delle *community*. Molti *social network* offrono la possibilità di attuare questo tipo di pubblicità, come per esempio *Facebook*, *Twitter* e *Instagram*. Il *Social Ads* può essere utilizzato da un'azienda per diverse finalità: promuovere un prodotto o un servizio; accrescere la notorietà del *brand* (la c.d. "*Brand awareness*"); incrementare le visite sul sito web; pubblicizzare i canali *social*; invitare gli utenti a visitare il negozio fisico proponendo sconti e promozioni.

Questa forma di pubblicità presenta molti vantaggi, infatti, il consumatore è attivo perché, a differenza dei *media* tradizionali in cui riceveva il messaggio in modo passivo, ha la possibilità di dialogare direttamente con il *brand* e creare una *community* che può decretare o meno il successo dello stesso, attraverso commenti e *feedback*, grazie al quale l'azienda riesce a monitorare la propria reputazione *online* e sulla base di tali riscontri può modificare la propria strategia di promozione o di vendita adattandola meglio alle esigenze dei consumatori. Inoltre è possibile scegliere il *target* preciso a cui rivolgere il messaggio: grazie ai dati forniti dagli utenti stessi all'interno dei *social*, l'azienda ha a disposizione variabili demografiche (età, genere), geografiche (luogo) e psicografiche (interessi) per pianificare in modo mirato la campagna pubblicitaria[22].

Per le aziende diventa di fondamentale importanza interagire direttamente con i consumatori al fine di fidelizzare quelli acquisiti e attrarre quelli potenziali, e soprattutto diventare "virali", ovvero implementare delle strategie promozionali che si propaghino attraverso il passaparola virtuale. Per fare ciò, le stesse devono essere costantemente attive all'interno dei principali *social network:* devono pubblicare post, foto, video, aggiornamenti, sondaggi, così da attrarre *follower* (ovvero seguaci, utenti che seguono quel profilo). Questa strategia fa parte del c.d. "*Social Media Engagement"*, che punta a creare un canale comunicativo sempre aperto, volto ad invogliare i consumatori e attrarli verso il proprio *brand*, prodotto o servizio e ad analizzare le reazioni degli stessi per creare delle strategie più efficaci.

Negli ultimi anni, *Instagram* è diventato un mezzo utilizzato anche per fare pubblicità; sempre più aziende decidono di usufruire di questa piattaforma per promuovere i propri prodotti o servizi, o semplicemente per farsi conoscere da più persone possibili. A tutti coloro che vogliono investire denaro in pubblicità all'interno della piattaforma attraverso inserzioni, i c.d. "*advertisers"*, *Instagram* dedica un vero e proprio "sito-guida" chiamato "*Instagram for Business"*, in cui essi possono trovare informazioni e consigli su come muovere i primi passi all'interno della piattaforma, sulle tipologie di pubblicità che possono adottare e sulle "storie di successo", ovvero le storie di *brand*/negozi/aziende che grazie a *Instagram* stanno ottenendo dei risultati concreti. Sul sito si possono trovare dei dati statistici sui clienti, basati sui loro comportamenti e le loro preferenze, e anche esempi di campagne d'impatto che possono costituire una fonte di ispirazione.

[22] Boasso, Saracino, *Social media marketing. Guida professionale al marketing in rete*, Milano, Apogeo, 2016, p. 117.

2. Fra le comunicazioni commerciali non vi è dubbio che la pubblicità possa essere rilevante come "pratica commerciale scorretta" (purché – come si vedrà – "fra professionisti e consumatori") e che, come tale, sia assoggettata agli artt. 18 ss. c. cons[23]. La pubblicità è considerata scorretta alla luce del duplice criterio enunciato dall'art. 20, comma 2°, c. cons.: la contrarietà alla diligenza professionale e l'idoneità a falsare in modo apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio. In particolare, la pubblicità scorretta può essere ingannevole o aggressiva. Il carattere dell'ingannevolezza si ricava dalla nozione generale di pratica ingannevole contenuta nell'art. 21 c. cons.: per essere tale la pubblicità deve dunque contenere informazioni non rispondenti al vero o, seppure di fatto corretta, in qualsiasi modo, anche nella sua presentazione complessiva, induca o sia idonea ad indurre in errore il consumatore medio riguardo ad una decisione di natura commerciale. La pubblicità ingannevole è altresì contemplata dal d.lgs. n. 145/2007 in vista della tutela dei professionisti in qualità di destinatari del messaggio[24] (art. 1) e definita come "qualsiasi pubblicità che in qualunque modo, compresa la presentazione, è idonea ad indurre in errore le persone fisiche o giuridiche alle quali è rivolta o che essa raggiunge e che, a causa del suo carattere ingannevole, possa pregiudicare il loro comportamento economico ovvero che, per questo motivo, sia idonea a ledere un concorrente" (art. 2, lett. *b*). In seguito ai d.lgs. n. 145 e n. 146 del 2007, pertanto, la pubblicità ingannevole è assoggettata ad una sorta di doppio regime: i cui confini interni, tuttavia, restano tutti da definire e sono essenzialmente rimessi al lavoro dell'interprete. Rientrano esclusivamente nella sfera di operatività del d.lgs. n. 145/2007 – ma non in quella del codice del consumo – le forme di pubblicità che sono specificatamente dirette a promuovere prodotti presso professionisti: di prodotti, quindi, esclusivamente o prevalentemente destinati ad una qualsiasi attività professionale. Il terreno di intersezione fra i due decreti, di contro, si ha in presenza della pubblicità rivolta ad un pubblico misto (e, quindi, potenzialmente, sia a consumatori sia a professionisti) ed anche nel caso della pubblicità diretta a i consumatori. Entrambi questi tipi di pubblicità, come si è visto in precedenza, ricadono nell'ambito dell'art. 18, lett. *d*), c. cons. Alla luce della definizione di pubblicità ingannevole data dall'art. 2, lett. *b*) – e, quindi, in base alla loro idoneità a ledere un concorrente – essi sono tuttavia inclusi anche nella sfera di operatività del d.lgs. n. 145/2007. Viene considerata ingannevole, e quindi illecita, la condotta consistente nel dichiarare o lasciare intendere, contrariamente al vero, che un soggetto stia agendo quale consumatore e non nell'ambito di un'attività remunerata.

[23] Per un approfondimento della nozione di pubblicità Meli, *voce Pubblicità ingannevole*, in *Eng. giur.*, 2006, p. 1; Cafaggi, *voce Pubblicità commerciale*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, XI, Torino, 1995, p. 450 ss.; Rossello, *Pubblicità ingannevole*, in *Contr. impr.*, 1995, p. 155.

[24] G. De Cristofaro, *La nuova disciplina della pubblicità ingannevole e comparativa*: *il d.lgs. 2 agosto 2007*, *n. 145*, in *Studium iuris*, 2007, p. 1307.

Negli ultimi anni, e in particolare dopo il sempre più crescente utilizzo dei *social network* come strumenti di promozione, si è iniziato a discutere sulla c.d. "pubblicità occulta". Per pubblicità occulta (o indiretta) si intende una tipologia di pubblicità considerata a tutti gli effetti ingannevole, in quanto si presenta in modo non chiaro e ambiguo, e non indica l'intento commerciale della pratica stessa, inducendo il consumatore a credere di trovarsi di fronte ad un messaggio di natura non commerciale.

La pubblicità occulta può attuarsi in diversi modi:

- Visuale (*Screen placement)*: il marchio viene presentato in modo visuale e chiaramente riconoscibile dallo spettatore, essendo posizionato in primo piano o facendo parte dello sfondo;
- Verbale (*Scrip placement)*: il marchio viene citato verbalmente dai protagonisti all'interno del format, inducendo lo spettatore ad affiancarlo alla reputazione di colui che lo cita;
- Integrata (*Plot placement)*: il marchio viene integrato e diventa un tutt'uno con la trama.

Ne consegue, dunque, che l'*influencer* ha l'obbligo di rivelare ai propri *follower* l'esistenza di un eventuale contratto retribuito sia attraverso denaro, sia attraverso il ricevimento gratuito del prodotto stesso.

La pubblicità aggressiva è invece tale se, nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, mediante molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica o all'indebito condizionamento, limita o è idonea a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio in relazione al prodotto e, pertanto, lo induce o è idonea ad indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso (art. 24 c. cons.). Si pensi al messaggio pubblicitario che include un'esortazione diretta ai bambini affinché acquistino o convincano i genitori o altri adulti ad acquistare un prodotto reclamizzato (art.26, lett. *e*), c. cons.). Quanto ai tipi di comunicazione commerciale o promozionale suscettibili di ricadere nel divieto (sempre con riguardo ai rapporti fra professionisti e consumatori), la formulazione dell'art. 18, lett. *d*) consente di accoglierne la nozione più ampia possibile. Indicazioni più precise, del resto, non si ricavano dalla definizione di pubblicità ingannevole data dal primo citato art. 2, lett. *b*), d.lgs. n. 145, che fa riferimento ad una "qualsiasi pubblicità che in qualunque modo, compresa la presentazione, è idonea ad indurre in errore". Ricadono nella nozione di pratica commerciale, pertanto, sia i veri e propri messaggi pubblicitari, sia i fenomeni che – pur appartenendo al *genus* delle comunicazioni di impresa – da questi tendono ad essere distinti (si pensi alla sponsorizzazione)[25], sia, infine, le comunicazioni in prima istanza finalizzate a pro-

[25] Sulla distinzione fra la pubblicità commerciale ed altre forme di commercializzazione e promozione Cafaggi, *op. cit.*, p. 450.

muovere l'immagine del professionista presso il pubblico[26] e, pertanto, solo indirettamente rivolte ad invogliare i consumatori all'acquisto. Rispetto alla disciplina della pubblicità ingannevole, gli artt. 20 e 21 c. cons. prescrivono di valutare il carattere ingannevole della comunicazione commerciale avendo riguardo al consumatore medio: poiché, infatti, lo *standard* di avvedutezza del destinatario del messaggio è essenziale al fine di determinare la scorrettezza della pratica, si è sentita l'esigenza di sancire l'irrilevanza almeno quella capace di trarre in inganno solo il consumatore credulone o totalmente imprevidente[27]. Si fa tuttavia salva la possibilità di avere riguardo ad un gruppo di consumatori chiaramente individuabile, che sia particolarmente vulnerabile alla pratica o al prodotto cui essa si riferisce in ragione di determinare cause di debolezza (infermità mentale o fisica, età, ingenuità)[28]. In ogni caso, tuttavia, il livello di tutela non può essere elevato oltre i limiti della c.d. pubblicità iperbolica, che la nuova direttiva autorizza ora esplicitamente come "pratica pubblicitaria comune e legittima"[29], in conformità con l'orientamento già seguito dalla giurisprudenza di alcuni Stati nazionali[30].

3. Una delle strategie pubblicitarie più consolidate ed efficaci è il c.d. "*product placement*"; con questo termine si indica una particolare forma di promozione basata sull'inserimento di un prodotto, servizio o *brand* all'interno di un *format* comunicativo non prettamente pubblicitario (ad esempio un film, un videogioco). L'efficacia di tale strategia risiede nell'interazione apparentemente naturale che i protagonisti del format intrattengono con il prodotto/servizio/*brand* pubblicizzato.

---

26 Sui criteri di legittimità di questa forma di pubblicità («*gefuhlsbetonte Werbung*») in relazione alla disciplina tedesca della concorrenza sleale (§ 4 UWG) cfr. BGH, 22 settembre 2005, in JZ, 2006, p. 317.

27 La precisazione si è resa necessaria in quanto il livello di protezione dei consumatori nei confronti delle pratiche sleali – rapportato allo *standard* di avvedutezza – è finora stato diverso nei singoli Stati membri: da qui l'esigenza di sancire l'esclusione di un livello di tutela esteso al consumatore completamente malaccorto e ritenuto eccessivo dalla stessa Corte di Giustizia: cfr. Howells, *Introduction*, in Howells, Miklitz, Wilhelmsson, *European Fair Trading Law, The Unfair Commercial Pratices Directive*, Hampshire, 2006, p. 5.

28 Cfr. art. 5, comma 3°. La disciplina della pubblicità ingannevole contempla espressamente la sola pubblicità suscettibile di raggiungere bambini o adolescenti, nonché quella che impiega bambini ed adolescenti: art. 6 dir. 84/450; art. 25 c. cons. Ma la considerazione di situazioni di debolezza anche di tipo diverso trapela dalla giurisprudenza dell'Autorità Garante: Rossello, *op. cit.*, p. 157.

29 Art. 5, comma 3°, ultima parte: «ciò lascia impregiudicata la pratica pubblicitaria consistente in dichiarazioni esagerate o in dichiarazioni che non sono destinate ad essere prese alla lettera».

30 Nel nostro ordinamento la pubblicità c.d. iperbolica (da intendersi come esagerazione o vanteria che non può essere seriamente considerata veritiera) è ritenuta tendenzialmente legittima (purché non abbia un contenuto denigratorio delle attività o dei prodotti altrui, o comunque si traduca in una forma di comparazione indiretta, ingiustificata o decettiva: cfr. Rossello, *op. cit.*, p. 144; Franceschelli, *voce Concorrenza, II) Concorrenza sleale*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988: tanto sotto il profilo degli atti di concorrenza sleale, quanto alla luce della disciplina della pubblicità ingannevole di matrice comunitaria. Per riferimenti alla soluzione analoga praticata nell'ordinamento francese cfr., per esempio, Varano, *La tutela del consumatore nel diritto francese: les pratiques commerciales réglementées dans le code de la consommation*, in *Europa dir. priv.,* 2006, p. 460.

Questa forma di promozione, anche se molto utilizzata, ha dei costi di realizzazione elevati che non tutte le aziende possono sostenere[31].

I *social network,* e in particolare *Instagram,* costituiscono un mezzo efficacie per permettere ad un'azienda di effettuare un *endorsement,* che in ambito pubblicitario descrive un accordo che l'impresa stipula con un personaggio pubblico o un testimonial (chiamato *endorser)*, che è chiamato ad esprimere il proprio sostegno e gradimento circa un *brand*, un prodotto o un servizio attraverso i *mass media.* Tale forma di accreditamento può essere attuata da:

- *Celebrities* (personaggi celebri);
- *Influencer* (come ad esempio *blogger* e *vlogger);*
- Utenti comuni che esprimono online la propria opinione o il proprio giudizio, creando i c.d. *"user generated content"* (contenuti generati da utenti)[32].

L'*endorsement* e gli apprezzamenti che vengono mostrati da tali soggetti, hanno come obiettivo quello di arrivare al pubblico ed influenzarlo; da qui nasce la strategia dell'*Influencer marketing*. Come suggerito dal nome, tale strategia si basa sull'influenza che determinati soggetti sono in grado di esercitare sul pubblico. Questi soggetti, chiamati "*influencer"*, sono individui seguiti sui *sn* da una vasta *community* che hanno la capacità di influenzare le opinioni, le idee e soprattutto i comportamenti d'acquisto degli utenti che li seguono, grazie alla loro popolarità, competenza o autorevolezza rispetto a determinate aree di interesse[33].

Il marketing dell'influenza non è un fenomeno nato grazie all'avvento dei *sn,* ma è un fenomeno pre-esistente sviluppatosi dagli anni '80 in poi che si fonda sul c.d. "*word of mouth marketing",* ovvero il *marketing* del passaparola. Questa strategia ha come obiettivo quello di indurre i consumatori a raccomandare i prodotti o i *brand* preferiti ad amici e familiari, ed è molto efficacie in virtù del rapporto di fiducia che intercorre tra il soggetto che raccomanda e colui che riceve la raccomandazione[34]. I *sn* hanno amplificato l'efficacia e modernizzato il passaparola tradizionale, che grazie alle piattaforme è in grado di raggiungere una cerchia molto più ampia di persone. Il rapporto tra un *influencer* e la sua *community* rappresenta l'elemento chiave del successo della strategia di *influencer marketing:* più l'*influencer* cura il rapporto con i suoi *follower*, interagendo con loro in modo onesto e costante, più la strategia sarà efficacie. Questo perché la *community* considera l'*influencer* come una persona di cui fidarsi, che in virtù delle sue competenze riesce a dare consigli giusti, e per questo la sua promozione di un prodotto/servizio/*brand* sotto forma di una raccomandazione

[31] Corti, *Occulta sarà tua sorella! Pubblicità, product placement, persuasione: dalla psicologia subliminale ai nuovi media,* Roma, 2004, p. 10.

[32] *https://www.iap.it/digital-chart/*

[33] Podigliani, *Influencer marketing. Valorizza le relazioni e dai voce al tuo brand. Prassi, strategie e strumenti per gestire influenza e relazioni*, Palermo, 2016, p. 29; Corvi, *La concorrenza nel fashion system,* Napoli, 2017, p. 49.

[34] Hall, *L'arte del marketing B2B. Guida alle strategie e ai nuovi modelli di business,* Milano, 2018, p. 79.

o un racconto risulta essere più credibile ed efficacie rispetto alla pubblicità tradizionale[35]. Per questo motivo, un numero sempre maggiore di imprese decide di investire nell'*influencer marketing* con l'obiettivo di instaurare con il pubblico una relazione autentica e immediata, ampliare la *brand awareness,* essere più vicine ai bisogni dei consumatori e orientare il loro processo d'acquisto[36].

Esistono diverse tipologie di *influencer*[37]*:*

– *Mega influencer:* questa categoria comprende attori, cantanti e più in generale *celebrities* che godono di un'elevata notorietà sia all'interno dei *sn* sia al di fuori. I *mega influencer* vengono utilizzati soprattutto da aziende che offrono prodotti di fascia elevata e sono particolarmente efficaci quando il fine della campagna pubblicitaria è quello di lanciare un nuovo prodotto/servizio o aumentare la *brand awareness.*
– *Macro influencer:* in questa categoria rientrano le *web star*, ovvero quegli utenti che sono riusciti ad emergere in piattaforme come *YouTube* (i c.d. "*Youtubers")* oppure attraverso i *blog* (i c.d. "*Blogger")* e che sono molto utilizzati dalle aziende in quanto godono di un ampio seguito.
– *Micro influencer:* con questo termine si indicano tutte quelle persone comuni che hanno un buon seguito *online* grazie alla loro capacità di distinzione e alla loro conoscenza in qualche nicchia specifica. Questa tipologia di *influencer* è meno seguita rispetto a quella dei *mega influencer,* ma ciò rappresenta un punto di forza; la *community* che segue questi soggetti è veramente interessata ai contenuti che vengono pubblicati e segue con attenzione gli aggiornamenti. Proprio per questo motivo un numero sempre più crescente di aziende tende ad utilizzare maggiormente i *micro influencer.*
– *Advocates:* questa categoria comprende tutti quei clienti estremamente fidelizzati ad un *brand*, che conoscono le caratteristiche dei suoi prodotti/servizi e sono disposti a consigliarne spontaneamente l'utilizzo, creando così una forma di pubblicità all'azienda che però non gli viene retribuita.
– *Loyalists:* in questa categoria rientrano i soggetti che come gli *advocates* sono fidelizzati ad un *brand*, ma non sono attivi nei canali *social* o non pubblicano contenuti relativi a prodotti o servizi. Nonostante ciò, sono essenziali per le aziende perché in grado di offrire informazioni molto importanti attraverso i sondaggi.
– *Ambassador:* con questo termine si indicano tutti quegli *influencer* che vengono ingaggiati e pagati per sponsorizzare un *brand*. Hanno molto successo grazie alla loro capacità di instaurare relazioni durature con i potenziali clienti e si differenziano dai *mega/macro* e *micro influencer* in quanto quest'ultimi

[35] Grasso, *Influencer marketing 2.0,* Roma, 2017, p. 15.
[36] Guggino (a cura di), *Rassegna del giurì di autodisciplina* pubblicitaria, in *Il Diritto industriale*, 5, 2018, p. 482.
[37] Barbotti., *Instagram marketing. Strategia e regole dell'influencer marketing,* Milano, p. 91.

potrebbero essere ingaggiati anche solo per una campagna a breve termine, mentre gli *ambassador* sponsorizzano un *brand* per un periodo di tempo maggiore[38].

Per le aziende, il processo di individuazione dell'*influencer* "giusto" è uno dei momenti più complessi e importanti, perché decreta il successo o meno di una campagna. Le aziende devono individuare un *influencer* che sia in grado di comunicare adeguatamente e coinvolgere il pubblico target. Esistono quattro attributi principali su cui le aziende possono concentrarsi per selezionare il giusto *influencer,* riassunte nel modello delle quattro R:

– *Reach:* corrisponde al numero di *follower* che un *influencer* ha nel proprio canale *social*. Scegliere un *influencer* solo sulla base dell'elevato numero di *follower* è però riduttivo per l'azienda, perché il fattore principale da considerare è che i *fan* dell'*influencer* siano simili al pubblico *target* a cui si rivolge il *brand*.
– *Relevance:* la rilevanza si riferisce al livello di allineamento e similitudine sia tra i valori del marchio e quelli dell'*influencer*, sia tra quest'ultimo e il pubblico target del marchio. Se l'*influencer* ha un'elevata rilevanza per la sua *community*, allora anche i contenuti pubblicati godranno di un'elevata rilevanza.
– *Resonance:* la risonanza è strettamente collegata alla *relevance* e indica il livello di coinvolgimento e interazione del pubblico con il contenuto creato dall'*influencer* (condivisioni, "mi piace", commenti al post). Se la risonanza è elevata, è molto probabile che l'*influencer* riesca anche a influenzare il comportamento dei suoi *follower*.
– *Relationship:* il termine si riferisce al tipo di relazione che il *brand* instaura con l'*influencer*. Per far sì che vengano raggiunti gli obiettivi della campagna pubblicitaria, occorre che tra le due parti si instauri un accordo chiaro che definisca gli obiettivi e le finalità della relazione. Un marchio può ottenere molto più valore da una relazione con un *influencer* basata sulla fiducia, perché porta ad un incontro di valori tra i due[39].

4. In Italia, il primo tentativo di costruire una seria mappatura delle nuove forme di comunicazione digitale è rappresentato dalla "*Digital Chart".* Essa è un documento redatto e pubblicato nel giugno 2016 dall'Istituto di Autodisciplina Pubblicitaria (IAP) per rispondere alla crescente domanda del mercato di rendere la comunicazione commerciale digitale riconoscibile in quanto tale. Come noto, fra gli obiettivi principali connessi all'introduzione della *Digital Chart* vi era, in particolare, la regolamentazione degli *endorsement* da parte di *influencer* e *celebrities* sul *web* e sui principali *social network*.

[38] *https://www.joymarketing.it/blog/quanti-tipi-di-influencer-esistono-e-in-che-modo-si-differenziano*
[39] *https://kpi6.com/it/blog/come-pianificare-influencer-marketing/*

Pur essendo diventata nel corso degli anni un punto di riferimento soprattutto in tema di *influencer marketing*, la *Digital Chart* era rimasta fino ad ora solo una raccolta di raccomandazioni e *best practices*.

Ma da aprile 2019 le linee guida della *Digital Chart* vengono trasfuse in un vero e proprio regolamento denominato "Regolamento *Digital Chart* sulla riconoscibilità della comunicazione commerciale diffusa attraverso internet" (in breve "Regolamento *Digital Chart*"), al quale la 66ª edizione del Codice di Autodisciplina fa espresso rimando.

Il riferimento al Regolamento *Digital Chart* si trova nell'articolo 7 del Codice di Autodisciplina, come da ultimo modificato. Tale norma – da sempre volta a reprimere l'inganno pubblicitario attraverso il colpevole occultamento delle sue finalità commerciali – in passato si limitava a imporre la riconoscibilità della comunicazione commerciale e la distinzione della stessa da contenuti e informazioni di altro genere mediante idonei accorgimenti. Oggi invece, con le ultimissime modifiche apportate al Codice, l'art. 7 va a precisare che "per quanto riguarda talune forme di comunicazione commerciale diffuse attraverso internet, i principali idonei accorgimenti sono indicati nel Regolamento *Digital Chart*".

Il Regolamento *Digital Chart*, riprendendo la formulazione delle vecchie *guidelines*, elenca i requisiti da rispettare – nonché le diciture e gli *hashtag* da usare – per rendere riconoscile ciascuna delle forme più diffuse di comunicazione commerciale digitale (quali, ad esempio, l'*endorsement* da parte di *influencer* e *celebrities*, i video, la *native advertising*, l'*in app advertising*, l'*advergame*, i contenuti redazionali, etc.) affinché il requisito di riconoscibilità di cui all'articolo 7 del Codice di Autodisciplina possa considerarsi soddisfatto.

Tale documento ha l'obiettivo di svolgere una ricognizione delle forme più diffuse di comunicazione commerciale nella rete e di stabilire i criteri per la riconoscibilità del messaggio pubblicitario nei confronti del pubblico. La regola principale stabilita dalla *Digital Chart* è che i messaggi pubblicitari devono essere realizzati in modo corretto, e quindi devono rispettare le norme contenute del Codice di Autodisciplina; in particolare, l'Art. 4 del C.A. che recita "*Le testimonianze o le altre forme di accreditamento di un prodotto, con finalità promozionali, devono rendere palese la loro natura ed essere autentiche e responsabili"* e l'Art. 7 del C.A., relativo al principio di trasparenza e riconoscibilità dei messaggi[40]. Per esplicitare la natura promozionale del messaggio pubblicitario, la *Digital Chart* propone una serie di diciture utilizzabili da *celebrities/influencer/blogger* da accompagnare ai loro contenuti. Nella parte iniziale del post:

– "Pubblicità/*Advertising"* o
– "Promosso da [nome *brand*]" / "*Promoted by* [nome *brand*]" o
– "Sponsorizzato da [nome *brand*]" / "*Sponsored by* [nome *brand*]" o

[40] Testa (a cura di), *"Il parere del professionista – comunicazione digitale e obbligo di trasparenza",* in *Diritto industriale,* 5, 2017, p. 502

– "In collaborazione con [nome *brand*]" / "*In partnership with* [nome *brand*]"

E/o entro i primi tre *hashtag:*
– "#Pubblicità" / "*#Advertising"* o
– "#Sponsorizzato da [nome *brand*]" / "*#Sponsored by* [nome *brand*]" o
– "#inserzioneapagamento [nome *brand*]" o
– *"#ad"* o "*#adv"* (diminutivi della parola *advertising)* unitamente a "[nome *brand*]"

Nel caso in cui il rapporto tra azienda e *celebrities/influencer/blogger* si limiti ad un invio occasionale del prodotto gratuitamente o per una modica cifra, dovranno essere inserite diciture come: "#prodottoinviatoda [nome *brand*]", oppure "#prodottofornitoda [nome *brand*]"[41].

L'interesse dello IAP sul fenomeno dell'*influencer marketing* si denota anche dalle ingiunzioni del Comitato di Controllo, che negli ultimi anni si sono concentrate anche sui canali *social,* ed in particolare su *Instagram*[42].

Un esempio è l'ingiunzione n. 185 del 22 ottobre 2018, la quale prende in considerazione la comunicazione commerciale relativa al prodotto "*Luminous Velvet"* dell'azienda *Avon Cosmetics Srl*, effettuata da Martina Luchena, nota *influencer* diventata tale grazie ad un programma televisivo, sul suo profilo *Instagram*. Il post è costituito da una fotografia in primo piano della stessa che indossa ed evidenzia il rossetto, e nella descrizione è riportata la seguente dicitura:

"Ecco a voi il nuovo rossetto Luminous Velvet di @avon.italia!!… – Contiene pigmenti mat e luce-riflettenti; – Effetto: labbra piene!! – Applicazione scorrevole grazie alla sua formulazione idratante. NON SECCA!! Finitura morbida e metallizzata; Se siete delle vere #avonliplover non può mancare nel vostro beauty è STUPENDO!".

Tale descrizione è un esempio di come la comunicazione degli *influencer* spesso tenda ad apparire come un racconto privato e disinteressato, che in realtà cela al di sotto la promozione indiretta di un prodotto o di un *brand*.

Il Comitato di Controllo ha stabilito che tale comunicazione commerciale viola l'Art. 7 del C.A., perché il solo *tag* di rimando alla pagina ufficiale di *Avon Cosmetics Srl (@avon.italia)* non è sufficiente a rendere inequivocabile e trasparente l'esistenza di un rapporto commerciale tra l'azienda e l'*influencer*. In seguito alla decisione del Comitato di controllo, l'*influencer* ha aggiunto alla descrizione del post l'*hashtag* "*#adv"*, che rende esplicita la natura promozionale del post stesso[43].

Nel corso del 2017 anche l'AGCM (o *Antitrust)* ha iniziato ad indagare sul fenomeno della pubblicità occulta attuata dagli *influencer*. Tale decisione è stata influenzata da due elementi principali: da una parte i provvedimenti presi in altri paesi, tra

41 *https://www.iap.it/wp-content/uploads/2016/05/Digital-Chart-IAP-VERSIONE-ONLINE*
42 Barbotti, *op. cit.,* p. 112.
43 *https://www.iap.it/2018/10/n-85-18-del-22-10-2018/*

cui gli Stati Uniti D'America, dall'altra le denunce presentate dall'Unione Nazionale Consumatori (UNC).

Nell'aprile del 2017 la FTC Americana ha deciso di prendere dei provvedimenti contro la pubblicità occulta su *Instagram;* dopo aver esaminato numero post condivisi da *influencer* più o meno conosciuti, ha deciso di inviare più di 90 lettere che ricordano a tali soggetti di rendere esplicita la loro relazione con il marchio. Le "*FTC's endorsement guides"* prevedono che qualora esistesse una "connessione materiale" tra l'inserzionista e l'azienda, tale connessione deve essere esplicitata[44].

Sempre nell'aprile 2017, anche l'Unione Nazionale Consumatori ha deciso di intervenire sul fenomeno[45]. Proprio per questo motivo, l'associazione ha sentito il dovere di segnalare delle anomalie all'interno di *Instagram* presentando un esposto all'Autorità *Antitrust*, con il fine di accertare la liceità o meno della pubblicità "camuffata" all'interno di post di noti *influencer* su *Instagram*. L'obiettivo dell'UNC è quello di ottenere maggiore trasparenza proponendo l'accompagnamento al post di una didascalia che informi i *follower* del carattere promozionale del messaggio, nel rispetto dell'art. 22 Cod. cons[46]. Nel giugno 2017, a seguito della denuncia da parte dell'UNC, l'onorevole Sergio Boccadutri ha presentato un ordine del giorno (Odg) in sede di votazione del Disegno di legge Concorrenza con l'obiettivo di regolamentare l'attività dei *web influencer*, impegnando il governo ad assumere le opportune iniziative al fine di:

- Sancire un chiaro obbligo di identificazione di qualsiasi forma di pubblicità *online* e dei relativi committenti;
- Assicurare una tutela maggiore al consumatore, in particolare attraverso strumenti di rafforzamento della trasparenza delle comunicazioni commerciali attraverso i *social;*
- Garantire un efficace sistema sanzionatorio per i casi di pubblicità ingannevole;
- Adottare le idonee misure di prevenzione e controllo nei casi di promozione di prodotti vietati ai minori o sottoposti a limitazioni[47].

[44] *https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2017/04/ftc-staff-reminds-influencers-brands-clearly-disclose*

[45] L'UNC è la prima associazione consumeristica Italiana, nata nel 1955 con l'obiettivo di rappresentare e tutelare i consumatori, attraverso proposte di nuove leggi e l'attività di assistenza, educazione, informazione e orientamento rivolta ai cittadini presso gli sportelli della stessa associazione. Essa interviene su vari ambiti, tra cui anche quello delle comunicazioni via Internet.

[46] Massimiliano Dona, presidente dell'UNC, in un'intervista spiega "Mancano in Italia le linee guida per gestire questa nuova modalità di business. Belen, Fedez, Tatangelo, Satta hanno pubblicato, con evidenti finalità promozionali, foto e video su popolari piattaforme *social*, promuovendo di fatto marchi e prodotti commerciali noti, senza però dare indicazioni esplicite circa la natura pubblicitaria di questo *endorsement* e quindi omettendo ogni dicitura idonea a spiegare che si trattava di contenuti sponsorizzati".

[47] *http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=Emendc&leg=17&id=1036335&idoggetto=1040778*

L'Odg rappresenta il primo tentativo in Italia di attuare una regolamentazione a livello legislativo del fenomeno, permettendo ai consumatori di identificare in modo univoco i contenuti *online* sponsorizzati. La pubblicità occulta, specie se effettuata da personaggi con un ampio seguito, ha il potere di influenzare inconsapevolmente i consumatori nella scelta di un prodotto o nel giudizio su un *brand*. L'Odg è stato prima approvato dalla Camera, ma poi è stato disatteso dal Senato; all'interno de La Legge annuale sulla concorrenza (legge 4 agosto 2017 n. 124) non è presente alcuna previsione sul tema[48].

La percepita trasparenza e chiarezza richiesta dall'UNC, già contenuta nella *Digital Chart,* si è consolidata con l'intervento effettuato nel luglio del 2017 da parte dell'AGCM, con la collaborazione del Nucleo speciale *Antitrust* della Guardia di Finanza. A causa del progressivo diffondersi del fenomeno dell'*influencer marketing* e delle sollecitazioni effettuate dall'UNC, l'*Antirust* ha deciso di intervenire inviando delle lettere di *moral suasion* a 7 *influencer*, tra cui Fedez, Chiara Ferragni, Belen Rodriguez e undici aziende, tra cui *Adidas* e *Alberta Ferretti*, titolari dei marchi mostrati nelle loro foto pubblicate sui *social "senza l'indicazione evidente della possibile natura promozionale della comunicazione"*[49]. Nelle sue lettere l'*Antitrust*, dopo aver sottolineato che la pubblicità deve essere trasparente e chiaramente percepibile come tale, ha evidenziato come il divieto di pubblicità occulta abbia portata generale e quindi debba essere applicato anche ai messaggi diffusi attraverso i *sn.* L'Autorità ha invitato gli *influencer* ad inserire, qualora stessero promuovendo un prodotto, un *brand* o un servizio, i c.d. "*hashtag della trasparenza*", tra cui: #pubblicità, #sponsorizzato, *#advertising*, #inserzioneapagamento o #prodottofornitoda, seguito dal nome del marchio. Inoltre, con tali lettere, l'Autorità ha invitato tutti gli operatori coinvolti nel fenomeno a conformarsi alle prescrizioni del Codice del Consumo.

Questo primo intervento di *moral suasion* non ha però ottenuto gli effetti auspicati dall'UNC; pochi mesi dopo, nel novembre del 2017, l'UNC ha presentato un'integrazione alla prima segnalazione, sottolineando come molti *influencer* abbiano continuato a pubblicizzare prodotti senza alcuna avvertenza, e come si siano moltiplicati i *microinfluencer* che pubblicano post con evidenti scopi promozionali senza etichettarli in modo trasparente o inserendo l'*hashtag* "*#Ad"* o "*#Adv"* in modo non corretto nella descrizione (per esempio inserendoli tra altri *hashtag* o troppo in basso, così da non essere evidenti ai *follower).* La denuncia dell'UNC non prende di mira soltanto gli *influencer* più noti, ma anche i *microinfluencer*, che pur avendo un numero più contenuto di *follower* sono in grado di avere un'influenza ancora più pervasiva, tenendo conto anche del fatto che sono seguiti da migliaia di adolescenti[50].

Nonostante ciò, in un comunicato stampa del 1 dicembre 2017, l'Autorità si dichiara soddisfatta degli effetti ottenuti dal primo intervento di *moral suasion*, che

[48] Barbotti, *op. cit.,* p. 110

[49] *http://www.agcm.it/media/comunicati-stampa/2017/7/alias-8853*

[50] *https://www.consumatori.it/comunicati-stampa/pubblicita-urge-intervento-antitrust-influencer/*

ha deciso di concludere in modo positivo. Nel capitolo dedicato alla tutela del consumatore all'interno della relazione annuale sull'attività svolta nel 2017, l'Autorità sottolinea come la risposta degli *influencer* e delle aziende sia stata pienamente collaborativa: è stato osservato un maggior utilizzo degli "*hashtag* della trasparenza", anche da coloro che non sono stati destinatari delle lettere di *moral suasion*[51].

Nel maggio del 2018, dopo aver continuato a monitorare i profili *Instagram* di *influencer* più o meno noti, l'UNC è intervenuta con una nuova denuncia riguardante un'azienda di prodotti dimagranti e depuranti chiamata *"Fitvia"* (prima "*Fittea")* e i relativi post pubblicati da un numero elevato di *influencer* in cui "consigliano" l'utilizzo dei prodotti senza dichiarare la sponsorizzazione da parte dell'azienda. Inoltre, tali *influencer* offrono anche dei codici sconto per l'acquisto *online* dei prodotti, in modo da *"tracciare il grado di rispettiva influenza sui consumatori"*[52]. L'UNC ha chiesto un controllo all'*Antitrust* anche sui contenuti che vengono divulgati, riguardanti l'alimentazione e di conseguenza anche la salute. In tale denuncia rientrano personaggi noti come Belen Rodriguez e Anna Tatangelo, immortalate nell'atto, apparentemente "non studiato", di fruizione dei prodotti dell'azienda, il tutto corredato da una descrizione volta ad esaltare le proprietà benefiche degli stessi. Ancora una volta, la richiesta dell'UNC è quella di rafforzare il controllo e gli interventi a tutela del consumatore contro la pubblicità camuffata all'interno dei *sn*, e di passare dalle lettere di *moral suasion* a vere e proprie sanzioni.

Nell'agosto del 2018 l'Autorità è intervenuta nuovamente sul fenomeno dell'*Influencer marketing* e della pubblicità occulta attraverso una seconda *moral suasion*. Questa volta, l'azione è rivolta a *influencer* con un numero di *follower* non elevatissimo, ma pur sempre consistente, che non si sono adeguati alle norme e continuano a proporre prodotti sponsorizzati senza segnalarlo ai propri *follower*. Anche in questo secondo intervento viene raccomandato l'utilizzo degli *hashtag* della trasparenza. Il punto fondamentale è che promuovere un prodotto o un *brand* non è vietato, ma lo è farlo in modo occulto, non utilizzando i giusti accorgimenti per rendere trasparente il rapporto commerciale[53].

La seconda azione di contrasto alla pubblicità occulta sui *sn* è stata conclusa nel dicembre del 2018 con esiti positivi, ma al contempo è stata aperto un procedimento istruttorio da parte dell'*Antitrust* nei confronti delle società *Alitalia Società Italiana s.p.a.* e *Aeffe s.p.a.*, quest'ultima riconducibile alla stilista Alberta Ferretti, già destinataria del primo intervento di *moral suasion*. L'oggetto della denuncia riguarda la diffusione sul profilo *Instagram* di alcuni *influencer* di post nei quali appare in evidenza il logo *Alitalia* sui capi di abbigliamento a marchio *Alberta Ferretti*, indossati dagli stessi *influencer*[54]. Già nel luglio 2018 l'UNC aveva sottolineato come

[51] *http://www.agcm.it/media/comunicati-stampa/2017/12/alias-9049*

[52] *https://www.consumatori.it/tv/nuova-denuncia-linfluencer-marketing-belen-fitvia/*

[53] *http://www.agcm.it/media/comunicati-stampa/2018/8/alias-9449*

[54] *http://www.agcm.it/media/comunicati-stampa/2018/12/L'Antitrust-chiude-anche-la-seconda-moral-suasion-su-influencer-e-marchi,-ma-avvia-istruttoria-per-possibili-promozioni-occulte*

pochissimi giorni dopo la firma dell'accordo commerciale tra *Alitalia* e *Aeffe*, tantissimi personaggi più o meno noti avevano iniziato a postare fotografie in cui indossavano la *t-shirt* o il maglioncino con il marchio *Alitalia.* Alcuni *influencer* hanno evidente la natura promozionale del post, come per esempio Chiara Ferragni utilizzando la dicitura *"#SuppliedbyAlbertaFerretti";* altri invece, come Martina Colombari, Federica Fontana e Alessia Marcuzzi, non hanno reso nota la natura promozionale del post, che al contrario appare una semplice fotografia fatta in modo spontaneo. Un esempio è il post che ritrae Martina Colombari di fronte alla riva con indosso la *t-shirt* del marchio *Alitalia;* nella descrizione sono presenti *hashtag* generici come "#Alitalia" e #AlbertaFerretti", considerati inadeguati per veicolare l'intento commerciale[55].

[55] *https://www.consumatori.it/comunicati-stampa/antitrust-segnalazione-alitalia-alberta-ferretti-influencer-marketing/*

Indice Generale 2020

Indice delle rubriche

SAGGI E PARERI

Francesco Delfini
Professore ordinario di Diritto civile, Università di Milano
The Control of Contract Power and Standard Terms in Italy and Canada: a Comparative Overview 1, 9

Giovanni De Cristofaro
Professore ordinario di Diritto civile, Università di Ferrara
La tutela degli acquirenti di opere d'arte contemporanea non autentiche tra codice civile, codice del consumo e codice dei beni culturali 1, 29

Maria Rosaria Ferrarese
Professore ordinario di Sociologia del diritto, Università di Cagliari
Private lawmaking a livello globale tra potenzialità e problemi 1, 67

Angelo Viglianisi Ferraro
Ricercatore di Diritto privato, Università "degli studi Mediterranea" di Reggio Calabria
Danno da illegittimo trattamento dei dati personali, tra "inasprimento sanzionatorio" europeo ed "interpretazioni restrittive" della giurisprudenza italiana 1, 85

Rosario Franco
Professore a contratto di Diritto privato comparato, Università degli Studi di Catanzaro "Magna Graecia"
Fondazion(*i*) e (interessi delle) famigli(*e*): *tipologie* legislative e *conformazioni* private 1, 109

Enrico Gabrielli
Professore ordinario di Diritto civile, Università di Roma "Tor Vergata"
Alea e teoria del contratto. Una visione italiana 2, 167

Antonio Lamorgese
Consigliere della Corte Suprema di Cassazione
Il giudice è garante della dignità umana nelle scelte di fine vita (e non solo)? 2, 181

Luciano Pontiroli
Avvocato in Milano
La riforma del diritto francese delle obbligazioni e dei contratti, dopo la legge di ratifica dell'*Ordonnance* del 10 febbraio 2016 n. 2016-131, ed alcune sue letture italiane 2, 199

Francesco Rampone
Avvocato in Milano
Smart contract: né *smart*, né *contract* 2, 241

Roberto Russo
Professore Straordinario a Tempo Determinato, Università Telematica eCampus
Riflessioni sull'intervento del decreto legislativo delegato 21/18 in tema di assegno di mantenimento 2, 259

Maura Tampieri
Professore aggregato di Diritto privato, Università di Bologna
La presupposizione e la frustrazione del sinallagma 2, 287

Giuseppe Minniti
Notaio, Dottore di ricerca in Diritto civile
Accertamento negoziale e costituzione del titolo dell'acquisto 3, 327

Nicolò Muciaccia
Dottore di ricerca in Diritto commerciale, Università di Bari Aldo Moro
Osservazioni preliminari per uno studio sul riutilizzo dei *big healthcare data* 3, 345

Angela Maria Romito
Ricercatore di Diritto dell'Unione europea, Università di Bari Aldo Moro
Sulla perdita della cittadinanza europea: da Rottmann a Tjebbes, e poi? 3, 395

Francesca Zagaria
Dottore di ricerca in Diritto privato
L'assegno di divorzio nell'evoluzione giurisprudenziale 3, 411

Giuliano Zanchi
Ricercatore di Diritto privato, Università Ca' Foscari di Venezia
Autorità e autonomia nelle fondazioni: i controlli gestori 3, 449

Carmelita Camardi
Professore ordinario di Diritto privato, Università Ca' Foscari di Venezia.
Il sovraindebitamento dopo il codice della crisi. Il diritto privato che cambia e la dogmatica civilistica 4, 487

Carlos Antonio Agurto Gonzáles
Professore di Diritto comparato, Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú)
La influencia de la cultura jurídica italiana en el Libro Primero del Código Civil Peruano de 1984: Derecho de las Personas 4, 533

Ettore Battelli
Professore associato di Diritto privato, Università Roma TRE
Fine vita e consenso informato 4, 561

Giuseppe Werther Romagno
Professore associato di Diritto privato, Università di Sassari
Riflessioni intorno alla rilevanza della presentazione della dichiarazione di successione ai fini del conseguimento del titolo ereditario 4, 591

Chiara Sartoris
Assegnista di ricerca PostDoc in Diritto Privato, Università di Firenze
Nullità di protezione e integrazione del contratto 4, 609

Daniele Corvi
Dottorando di ricerca, Università di Perugia
La tutela dei consumatori nei *social network* 4, 635

Indice analitico

CONSUMATORI

Daniele Corvi
La tutela dei consumatori nei *social network* 4, 635

CONTRATTI

Giovanni De Cristofaro
La tutela degli acquirenti di opere d'arte contemporanea non autentiche tra codice civile, codice del consumo e codice dei beni culturali 1, 29

CONTRATTO IN GENERALE

Francesco Delfini
The Control of Contract Power and Standard Terms in Italy and Canada: a Comparative Overview 1, 9

Enrico Gabrielli
Alea e teoria del contratto. Una visione italiana 2, 167

Francesco Rampone
Smart contract: né *smart*, né *contract* 2, 241

Maura Tampieri
La presupposizione e la frustrazione del sinallagma 2, 287

Chiara Sartoris
Nullità di protezione e integrazione del contratto 4, 609

DATI PERSONALI

Angelo Viglianisi Ferraro
Danno da illegittimo trattamento dei dati personali, tra "inasprimento sanzionatorio" europeo ed "interpretazioni restrittive" della giurisprudenza italiana 1, 85

Nicolò Muciaccia
Osservazioni preliminari per uno studio sul riutilizzo dei *big healthcare data* 3, 345

DIRITTI FONDAMENTALI

Antonio Lamorgese
Il giudice è garante della dignità umana nelle scelte di fine vita (e non solo)? 2, 181

Ettore Battelli
Fine vita e consenso informato 4, 561

DIRITTO COMPARATO

Luciano Pontiroli
La riforma del diritto francese delle obbligazioni e dei contratti, dopo la legge di ratifica dell'Ordonnance del 10 febbraio 2016 n. 2016-131, ed alcune sue letture italiane 2, 199

Carlos Antonio Agurto Gonzáles
La influencia de la cultura jurídica italiana en el Libro Primero del Código Civil Peruano de 1984: Derecho de las Personas 4, 533

DIRITTO DELLE SUCCESSIONI

Giuseppe Werther Romagno
Riflessioni intorno alla rilevanza della presentazione della dichiarazione di successione ai fini del conseguimento del titolo ereditario 4, 591

DIRITTO DI FAMIGLIA

Roberto Russo
Riflessioni sull'intervento del decreto legislativo delegato 21/18 in tema di assegno di mantenimento 2, 259

Francesca Zagaria
L'assegno di divorzio nell'evoluzione giurisprudenziale 3, 411

DIRITTO EUROPEO

Angela Maria Romito
Sulla perdita della cittadinanza europea: da Rottmann a Tjebbes, e poi? 3, 395

ENTI

Rosario Franco
Fondazion(*i*) e (interessi delle) famigli(*e*): *tipologie* legislative e *conformazioni* private 1, 109

Giuliano Zanchi
Autorità e autonomia nelle fondazioni: i controlli gestori 3, 449

INSOLVENZA E CRISI D'IMPRESA

Carmelita Camardi
Il sovraindebitamento dopo il codice della crisi. Il diritto privato che cambia e la dogmatica civilistica 4, 487

NEGOZI DI ACCERTAMENTO

Giuseppe Minniti
Accertamento negoziale e costituzione del titolo dell'acquisto 3, 327

Indice degli autori

Carlos Antonio Agurto Gonzáles
Professore di Diritto comparato, Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú)
La influencia de la cultura jurídica italiana en el Libro Primero del Código Civil Peruano de 1984: Derecho de las Personas 4, 533

Ettore Battelli
Professore associato di Diritto privato, Università Roma TRE
Fine vita e consenso informato 4, 561

Carmelita Camardi
Professore ordinario di Diritto privato, Università Ca' Foscari di Venezia.
Il sovraindebitamento dopo il codice della crisi. Il diritto privato che cambia e la dogmatica civilistica 4, 487

Daniele Corvi
Dottorando di ricerca, Università di Perugia
La tutela dei consumatori nei *social network* 4, 635

Giovanni De Cristofaro
Professore ordinario di Diritto civile, Università di Ferrara
La tutela degli acquirenti di opere d'arte contemporanea non autentiche tra codice civile, codice del consumo e codice dei beni culturali 1, 29

Francesco Delfini
Professore ordinario di Diritto civile, Università di Milano
The Control of Contract Power and Standard Terms in Italy and Canada: a Comparative Overview 1, 9

Maria Rosaria Ferrarese
Professore ordinario di Sociologia del diritto, Università di Cagliari
Private lawmaking a livello globale tra potenzialità e problemi 1, 67

Rosario Franco
Notaio
Fondazion(*i*) e (interessi delle) famigli(*e*): *tipologie* legislative e *conformazioni* private 1, 109

Enrico Gabrielli
Professore ordinario di Diritto civile, Università di Roma "Tor Vergata"
Alea e teoria del contratto. Una visione italiana 2, 167

Antonio Lamorgese
Consigliere della Corte Suprema di Cassazione
Il giudice è garante della dignità umana nelle scelte di fine vita (e non solo)? 2, 181

Giuseppe Minniti
Notaio, Dottore di ricerca in Diritto civile
Accertamento negoziale e costituzione del titolo dell'acquisto 3, 327

Nicolò Muciaccia
Dottore di ricerca in Diritto commerciale, Università di Bari Aldo Moro
Osservazioni preliminari per uno studio sul riutilizzo dei *big healthcare data* 3, 345

Luciano Pontiroli
Avvocato in Milano
La riforma del diritto francese delle obbligazioni e dei contratti, dopo la legge di ratifica dell'*Ordonnance* del 10 febbraio 2016 n. 2016-131, ed alcune sue letture italiane 2, 199

Francesco Rampone
Avvocato in Milano. Presidente Associazione Blockchain Italia
Smart contract: né smart, né contract 2, 241

Giuseppe Werther Romagno
Professore associato di Diritto privato, Università di Sassari
"Riflessioni intorno alla rilevanza della presentazione della dichiarazione di successione ai fini del conseguimento del titolo ereditario" 4, 591

Angela Maria Romito
Ricercatore di Diritto dell'Unione europea, Università di Bari Aldo Moro
Sulla perdita della cittadinanza europea: da Rottmann a Tjebbes, e poi? 3, 395

Chiara Sartoris
Assegnista di ricerca in Diritto Privato, Università di Firenze
Nullità di protezione e integrazione del contratto 4, 609

Maura Tampieri
Professore aggregato di Diritto privato, Università di Bologna
La presupposizione e la frustrazione del sinallagma 2, 287

Angelo Viglianisi Ferraro
Ricercatore di Diritto privato, Università "degli studi Mediterranea" di Reggio Calabria
Danno da illegittimo trattamento dei dati personali, tra "inasprimento sanzionatorio" europeo ed "interpretazioni restrittive" della giurisprudenza italiana 1, 85

Francesca Zagaria
Dottore di ricerca in Diritto privato
L'assegno di divorzio nell'evoluzione giurisprudenziale 3, 411

Giuliano Zanchi
Ricercatore di Diritto privato, Università Ca' Foscari di Venezia
Autorità e autonomia nelle fondazioni: i controlli gestori 3, 449

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.

P.IVA (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	
❑ abbonamento annuale 2020	❑ abbonamento in versione PDF	❑ abbonamento annuale 2020	❑ abbonamento in versione PDF
€ 135,00	€ 67,50	€ 270,00	€ 67,50

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

Magistrati e Uditori giudiziari

Sconto del 30% sull'acquisto dell'abbonamento annuale alla rivista, applicabile rivolgendosi alla Cacucci Editore S.a.s., Via Nicolai, 39 - 70122 Bari, o via Fax al n. 080/5234777 o rivolgendosi al Servizio clienti al n. 080/5214220, o via e-mail riviste@cacuccieditore.it. Nell'ordine d'acquisto i magistrati dovranno allegare fotocopia del proprio tesserino identificativo attestante l'appartenenza alla magistratura e dichiarare di essere iscritti all'Associazione Nazionale Magistrati.

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

Arretrati, cambi d'indirizzo, ecc.

Cacucci Editore S.a.s. – Servizio clienti, Via Nicolai, 39 - 70122 Bari
Tel. 080/5214220, Fax 080/5234777, e-mail: riviste@cacuccieditore.it

Egregio abbonato, ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, La informiamo che i Suoi dati saranno conservati nel database informatico del titolare del trattamento Cacucci Editore Sas. I Suoi dati saranno utilizzati dalla nostra società, da enti e società esterne ad essa collegati, nonché da soggetti terzi, titolari autonomi del trattamento, solo per l'invio di materiale amministrativo-contabile, commerciale e promozionale. Ai sensi dell'art. 7 del citato D.Lgs., Lei ha diritto di conoscere, aggiornare, rettificare, cancellare i Suoi dati, nonché di esercitare tutti i restanti diritti ivi previsti, mediante comunicazione scritta a Cacucci Editore Sas, Via Nicolai, 39 - 70122 Bari.

DATA FIRMA

CACUCCI
EDITORE
BARI
Fondata nel 1929

Amministrazione e redazione
Via D. Nicolai 39
70122 Bari
Tel. 080 5214220
Fax 080 5234777
info@cacucci.it

www.cacuccieditore.it

Librerie
Via B. Cairoli 140 - 70122 Bari
Tel. 080 5212550
Via S. Matarrese 2/d - 70124 Bari
Tel. 080 5617175

ISBN 978-88-6611-946-3

€ 38,00