

# PERSONA E MERCATO



Rivista periodica on-line

[www.personaemercato.it](http://www.personaemercato.it)

Anno 2014 – Numero 2

## Saggi

- Diritto europeo e tutele contrattuali, di Giuseppe Vettori ..... p. 89
- Tutela dei soggetti “deboli” e autonomia privata: dalla fine degli anni '60 al fiscal compact, di Marisaria Maugeri ..... p. 96
- Il debito da eccezione a regola, di Stefano Pagliantini ..... p. 104
- Inabilitazione e interdizione, due arcaici istituti al crepuscolo, di Gaspare Lisella ..... p. 123

## Materiali e commenti

- Prescrizione ed effettività, nel dialogo tra Corti italiane e Corti europee, di Mario Mauro ..... p. 139
- Successione legittima e necessaria alla luce della riforma sulla filiazione, di Serena Meucci ..... p. 153

## Attualità

- Qualità del bene immobile e validità del contratto, di Antonio Marrese ..... p. 165

*Persona e Mercato* è una rivista fondata da Giuseppe Vettori.

**Direzione:** Giuseppe Vettori  
**Comitato di direzione:** Emanuela Navarretta; Stefano Pagliantini; Giovanni Passagnoli; Pietro Sirena.  
**Comitato dei revisori:** Fabio Addis; Carmelita Camardi; Giuseppina Capaldo; Sebastiano Ciccarello; Massimo Confortini; Giovanni D'Amico; Giancarlo Filanti; Carlo Granelli; Massimo Franzoni; Francesco Macario; Marisaria Maugeri; Fabio Padovini; Maddalena Rabitti; Antonio Rizzi; Claudio Scognamiglio; Paolo Zatti; Massimo Zaccheo.  
**Segreteria:** P.zza San Marco 5, 50121 Firenze.  
**E-mail:** [info@personaemercato.it](mailto:info@personaemercato.it)  
**Info:** [www.personaemercato.it](http://www.personaemercato.it)

*Persona e Mercato* è testata registrata in data 9/10/2000 al n. 4995 dell'elenco della stampa periodica curato dal Tribunale di Firenze.

ISSN 2239-8570

Tutti i diritti di riproduzione sono riservati, comprese le rappresentazioni grafiche ed iconografiche. Ogni riproduzione, anche parziale e qualunque sia il formato e il supporto, è vietata, tranne per uso privato senza alcuno scopo commerciale. Sono consentite, inoltre, le citazioni a titolo di cronaca, studio, critica o recensione. In ogni caso, l'integrità dei documenti riprodotti dovrà essere rispettata e la riproduzione, anche parziale, dovrà essere accompagnata dall'indicazione della fonte.

Hanno collaborato a questo numero: Gaspare Lisella; Antonio Marrese; Marisaria Maugeri; Mario Mauro; Serena Meucci; Stefano Pagliantini; Giuseppe Vettori;

Tutti i contributi pubblicati su questo numero sono stati oggetto di valutazione positiva e anonima da parte di un membro del Comitato dei revisori.

# Saggi



## DIRITTO EUROPEO E TUTELE CONTRATTUALI\*

Di Giuseppe Vettori

**SOMMARIO: 1. La metafora delle fonti e le tutele contrattuali. - 2. La validità. - 3. Norme di comportamento. - 4. Problema e sistema.**

### 1. La metafora delle fonti e le tutele contrattuali

Le tutele contrattuali sono al centro dell'attenzione degli studiosi per un motivo chiaro.

Si manifestano sempre più le interferenze con le fonti comunitarie e con le trasformazioni di un contratto che si può definire pos-moderno, per segnalare che si sta lasciando alle nostre spalle “un terreno storico definito per inoltrarsi su un sentiero ancora non tracciato bene che attraversa, travolgendole, le fondamenta sociali, politiche e giuridiche del nostro ordine”<sup>1</sup>.

Umberto Breccia ha fissato bene tutto ciò descrivendo, con una metafora, l'apporto di molteplici sorgenti “situate a livelli diversi capaci di creare vortici che soltanto uno sforzo paziente potrà riportare, fra mille ostacoli, entro un alveo fecondo per la vita collettiva”<sup>2</sup>. Credo da sempre che questo sforzo dia maggiori risultati riflettendo, sulle tutele più che

sulla fattispecie, sulla funzione più che sulla struttura degli atti e dei contegni. Niente di nuovo certo. La scelta di Norberto Bobbio in tal senso si ha nel 1969, con il saggio sulla funzione promozionale del diritto e nel 1975 con la raccolta di scritti, con un titolo esplicito: dalla struttura alla funzione. L'intento era precisato subito.

Si poneva, in quegli scritti, a confronto la diversità radicale fra lo stato liberale (che tutela, garantisce e reprime) e lo Stato costituzionale che promuove (il lavoro, gli enti intermedi, la cooperazione), incoraggia (il risparmio), agevola (la famiglia), rimuove gli ostacoli per il pieno sviluppo di ogni personalità. La distinzione fra un ordinamento con funzione protettivo-repressiva e un ordine con funzione promozionale era tracciata benissimo. Al primo interessano soprattutto i comportamenti socialmente non desiderati che si reprimono, al secondo i contegni desiderati che si incoraggiano e promuovono<sup>3</sup>.

Riparto volentieri da quella traccia, dalla distinzione fra norme di organizzazione e norme di comportamento per esaminare come entrambe siano, oggi, la risultante di una pluralità di valutazioni espresse da regole, principi e clausole generali in un contesto da

\* Il testo riproduce, con alcune integrazioni, la relazione svolta a Pisa il 18 ottobre 2013 nel convegno in onore di Umberto Breccia dal titolo *La metafora delle fonti e il diritto privato europeo*.

<sup>1</sup> Così P. GROSSI, *Introduzione al novecento giuridico*, Laterza, Roma-Bari, 2012, p. 3 ss.

<sup>2</sup> U. BRECCIA, *Immagini della giuridicità contemporanea tra disordine delle fonti e ritorno al diritto*, in *Pol.dir.*, 2006, 3, p. 380-381.

<sup>3</sup> N. BOBBIO, *La funzione promozionale del diritto*, in N. Bobbio, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di filosofia del diritto. Prefazione di M.G. Losano*, Roma-Bari, 2007, p.3 ss.



definire, ma altro e diverso dal passato. Cominciamo dalle prime.

## 2. La validità.

90 I vecchi dogmi, si sa, non furono capaci di risolvere il problema della giustizia e della razionalità del contratto perché unificarono nel concetto di causa ciò che non poteva essere compreso in una sola categoria<sup>4</sup>.

Per tutto il novecento si è andati alla ricerca in Europa di rimedi più efficienti, seguendo ideologie ed esigenze diverse<sup>5</sup>. Una lucida analisi storica ha posto in luce come la giustizia contrattuale “sia stata un nodo irrisolto del diritto privato italiano fra otto e novecento”, ed ha spiegato bene il perché. Nel volume si riproducono le decisioni di casi sulle clausole vessatorie, sui patti gravosi, gli interessi usurari e le sopravvenienze, tutte unite dall’intento di dare risposte alle istanze di equilibrio e di protezione in conflitto con i principi cardine dell’individualismo e della dottrina classica del contratto.<sup>6</sup>

Il problema era già allora chiaro. L’utilizzo insufficiente di tutele e istituti (vizi della volontà, rescissione) in funzione di limite alla forza obbligatoria del contratto e dell’intangibilità dell’accordo. Una prima risposta si tentò nel 1938 nella riforma del codice ove si riproduceva nell’art. 22 le scelte del Progetto italo-francese che aveva ipotizzato un rimedio di grande modernità, ripreso oggi sostan-

zialmente dei testi dei Principi europei. Dalla iniquità delle prestazioni era presunto un consenso non libero e si attribuiva al giudice il potere, su istanza di parte, di annullare o correggere il contenuto del contratto<sup>7</sup>.

“La reazione di Betti fu netta (contro giuristi come D’Amelio e Scialoja). La scelta era un corollario del famigerato dogma della volontà, tipica manifestazione della concezione individualistica propria del diritto naturale ed eredità del liberalismo. Di più. Espressione delle democrazie borghesi asservite al capitalismo non corporativo ispirato da suggestioni della mitologia socialista”. Il modello da seguire era, invece, tedesco e si optò come rimedio all’usura e allo squilibrio per l’illiceità della causa chiamata ad assolvere, appunto, funzioni molto diverse: fondare la giuridicità dell’atto e la giustizia del suo contenuto<sup>8</sup>.

A ciò contribuì non poco l’ideologia del tempo. Come si è osservato, in modo acuto “tendenze giacobine, hegeliane, fasciste e marxiste suggerirono di contrapporre l’interesse sociale e collettivo all’interesse individuale: l’invalidità fu graduata sui difetti della fattispecie, sicché la violazione dell’interesse collettivo fu considerato un disordine inaudito, mentre la violazione dell’interesse individuale un vizio più lieve”<sup>9</sup>.

<sup>4</sup> v. U. BRECCIA, *Causa e consideration*, in G. Vettori (a cura di), *Remedies in contract*, Padova, 2008, p. 31ss; ed ivi, V. SCALISI, *Il diritto dei rimedi: invalidità e inefficacia*, p. 231 ss., E. NAVARRETTA, *La complessità del rapporto fra interessi e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, p. 161 ss, P. PERLINGIERI, *Rimedi e modello sociale europeo*, p. 203, V. ROPPO, *Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico (schivando il “terzo contratto”)?*, p. 207 ss; E. NAVARRETTA, *Le ragioni della causa e il problema dei rimedi: l’evoluzione storica e le prospettive nel diritto europeo dei contratti*, in *Studi in onore di Cesare Bianca*, III, Milano, 2006, p. 637 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, in Roppo (a cura di), *Trattato del contratto*, II, *Il Regolamento*, (a cura di) G. Vettori, Milano, 2006, p. 97 ss.

<sup>5</sup> M.W. HESSELINK, *La dimensione politica di un codice civile europeo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, pp. 379 ss. e A. SOMMA (a cura di), *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*, Torino, 2007.

<sup>6</sup> G. CHIODI, *La Giustizia contrattuale. Itinerari della giurisprudenza italiana tra otto e novecento*, Milano, 2009, XI ss. Le risposte, diverse, che giudici e giuristi forniscono a quei problemi, in quel contesto storico, affrontano tutte, con diversi risultati e diversa sensibilità, il tema della eguaglianza e dell’equità nei contratti che può tradursi appunto nella formula della giustizia contrattuale che attesta l’esistenza di un problema. L’utilizzo, discusso e discorde, di tutele e istituti (vizi del consenso, rescissione, buona fede, causa, ordine pubblico e buon costume) in funzione di limite alla forza obbligatoria del contratto e alla intangibilità dell’accordo.

<sup>7</sup> L’art. 22 di tale progetto precisava: “se le obbligazioni di uno dei contraenti sono del tutto sproporzionate ai vantaggi che egli trae dal contratto e alla prestazione dell’altro contraente, di maniera che, secondo le circostanze, debba presumersi che il suo consenso non sia stato sufficientemente libero, il giudice può, su domanda della parte lesa, annullare il contratto o ridurre l’obbligazione”. U. BRECCIA (*Continuità e discontinuità negli studi di diritto privato. Testimonianze e divagazioni negli anni anteriori e successivi al secondo conflitto mondiale*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, I, (28), 1999, pp. 328-334 e 462-464) ricorda lucidamente il dibattito su questa norma. Alle opinioni favorevoli di D’Amelio e Scialoja Betti replicò che in tal modo si sarebbe solo codificato un quarto vizio della volontà in linea con “il famigerato dogma della volontà tipica manifestazione della concezione individualistica propria del diritto naturale ed ereditata dal liberalismo”. “E aggiungeva che la vittima del contratto ingiusto dev’essere difesa anche all’infuori di ogni pressione, poiché ... dovrebbe essere decisiva... unicamente la illiceità della causa... secondo il modello tedesco della nullità per contrarietà al buon costume”. Tale vicenda è stata ricordata, mirabilmente, da U. BRECCIA, *Causa e consideration*, cit, p. 31.

<sup>8</sup> U. BRECCIA, *Continuità e discontinuità negli studi di diritto privato*, cit., p. 328, 462; ID., *Causa e consideration*, p. 50 ss., 55-56.

<sup>9</sup> R. SACCO, *Il contratto*, II, a cura di R. Sacco-G. De Nova, in *Trattato di diritto civile* a cura di R. Sacco, Torino, 2004, p. 523; V. SCALISI, *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto privato europeo*, Milano, 2011, p. 155 ss.; G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, Padova, 2009, p. 571ss.



Nella seconda metà del novecento in Francia<sup>10</sup> e in Germania<sup>11</sup>, la giustizia del contratto tornò all'attenzione della dottrina più autorevole e si prese progressivamente atto che la nullità è un rimedio (spesso di protezione) che oltrepassa la fattispecie e si frantuma in una pluralità di statuti che tagliano trasversalmente i modelli nazionali e i testi dei Principi. Sicché essa si "storicizza, si relativizza, si frantuma"<sup>12</sup>.

Che cosa accade nei tentativi di uniformazione in Europa è noto.

L'abbandono della causa e il riconoscimento del nudo patto è accompagnato da un ruolo forte della buona fede cui è affidato anche il compito di controllo della disparità di potere e dell'equilibrio contrattuale. Scompare il concetto di causa ma non l'esigenza del controllo che ispirava in modo ambiguo quello strumento e l'ideologia sottostante è evidente<sup>13</sup>.

L'ordine giuridico del mercato ispira il nuovo diritto dei contratti tramite un sistema spontaneo "fatto di scelte contrattuali consapevoli e orientate, sentenze correttive fondate sulla buona fede, sfiducia in controlli demolitivi dell'assetto di interessi voluto dalle parti"<sup>14</sup>. Basta pensare che la Proposta di rego-

lamento sul diritto comune della vendita in Europa non regola l'azione di nullità.

L'impressione diffusa è che tale visione debba essere ripensata per almeno due ordini di ragioni.

Le Istituzioni si sono mostrate impotenti nei confronti di un capitalismo finanziario globale che ha concentrato in poche reti invisibili le decisioni e il potere che incide sulle elementari regole di convivenza<sup>15</sup>. L'ordinamento europeo è oramai un assetto dotato di principi costituzionali che sollecitano strumenti preventivi di controllo sugli atti di autonomia privata. La Corte di Giustizia indica una strada ancora cauta e prudente sul tema delicatissimo del mancato rispetto da parte degli intermediari finanziari dell'obbligo di valutare l'adeguatezza dell'operazione proposta. Si rinvia all'ordinamento interno la "disciplina delle conseguenze delle violazioni di tali obblighi, fermo restando il rispetto dei principi di equivalenza e di effettività previsti dall'art.47 della carta di Nizza"<sup>16</sup>.

Le linee di sviluppo sono sostanzialmente due.

Sul piano interno l'uso giurisprudenziale della causa in concreto porta ad ammettere "un controllo dell'equità del contratto da parte del giudice, come variante nazionale domestica di una regola generale di controllo equitativo della giustizia degli scambi che si sta affermando in campo internazionale"<sup>17</sup> con tale strumento le norme di organizzazione (di validità) hanno trovato la clausola generale che (sostituisce l'art.1374 e) incide sull'atto<sup>18</sup>.

Sul piano comunitario il diritto ad un rimedio effettivo serve da cornice per ripensare una tutela eliminativa degli effetti che consente, con l'aiuto delle Corti, di foggare interventi integrativi, correttivi, e/o sostitutivi coerenti, con la storicità dell'assetto di interessi, secondo un'attenzione estranea alle in-

<sup>10</sup> J. GHESTIN, *L'utile e le juste dans le contracts*, in *Archiv. Phil.d.*, 1981, p. 35 ss.

<sup>11</sup> L. RAISER, *Il compito del diritto privato*, (1977) trad. it. di M. Graziadei, a cura di C.M. Mazzone, Milano 1990, p. 98 mi permetto di richiamare, G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 21 ss.; Id., *Diritto dei contratti e costituzione europea. Regole e principi ordinanti*, Milano, 2005, p. 83ss.; Id., *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, p. 53ss, ma v. in particolare H. COLLINS, *La giustizia contrattuale in Europa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 659 ss.; Il Manifesto intitolato "Giustizia sociale nel diritto contrattuale europeo: un manifesto", pubblicato in G. Vettori (cura di), *Contratto e costituzione in Europa*, Padova, Cedam 2005, e in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, p. 99 ss. e da ultimo V. SCALISI, *Giustizia contrattuale e rimedi: fondamento e limiti di un controverso principio*, in V. Scalisi, *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, Giuffrè, 2011, p.337 ed ivi un'ampia bibliografia. L'opera più ampia e completa sul diritto europeo si deve a C. CASTRONOVO e S. MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, 2 ed., Milano, 2013.

<sup>12</sup> V. SCALISI, *Il contratto in trasformazione*, cit., p. 421 ss.

<sup>13</sup> U. BRECCIA, *Morte e resurrezione della causa: la tutela*, in S. Mazzamuto (a cura di), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002, p. 250 ss.; Id., *Causa e consideration*, cit., p. 36 ss.; E. NAVARRETTA, *Causa e giustizia contrattuale a confronto: prospettive di riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, p. 411 ss.

<sup>14</sup> M. LIBERTINI, *Il vincolo del diritto positivo per il giurista*, in Studi in onore di A. Falzea, Milano, Giuffrè, 1991; Id., *Le fonti private del diritto commerciale. Appunti per una discussione*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, I, p. 599 ss.; Id., *Clausole generali, norme generali e principi fondamentali nel diritto commerciale. Riflessioni introduttive*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2011.

<sup>15</sup> Mi permetto di richiamare G. VETTORI, *Il contratto senza numeri e aggettivi*, cit.

<sup>16</sup> V. sull'ambiguità della Direttiva MIFID in ordine ai rimedi S. GRUNDMANN, *The Bankinter case on Mifid Regulation and contract law*, ERCL, 2013, 9(3) p. 267-280.

<sup>17</sup> M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme generali e principi fondamentali nel diritto commerciale. Riflessioni introduttive*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2011; con posizione diverse V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 4, p.957 ss.; A. GENTILI, *Il ruolo della razionalità cognitiva nelle invalidità negoziali*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 5, p. 1105; G. VETTORI, *Il contratto senza numeri e aggettivi. Oltre il consumatore e l'impresa debole*, in *Con. impr.*, 2012, p. 1190 ss. e A. DI MAJO, *Giustizia e "materializzazione" nel diritto delle obbligazioni e dei contratti tra (regole) di fattispecie e (regole) di procedura*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, 3, 797 ss.

<sup>18</sup> così M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme generali e principi fondamentali nel diritto commerciale. Riflessioni introduttive*, op. cit.

validità codicistiche e nazionali, ma tipiche, invece, delle strategie rimediali<sup>19</sup>.

### 3. Norme di comportamento.

92 | Sulle norme di comportamento e sul loro rapporto con le norme di validità la dottrina si divide. Fra chi reputa che tali regole esprimano valori diversi e contrapposti e chi crede che la distinzione si fondi su criteri mobili capaci di sanzionare in modo più forte certi contegni o di far convivere le due tutele. E' noto che la giurisprudenza di legittimità negli ultimi dieci anni afferma che la responsabilità (precontrattuale o aquiliana) non si arresta alle soglie del contratto, ma ne completa la tutela, correggendo con il risarcimento le condizioni sfavorevoli determinate da un contegno scorretto o illecito.

Il rimedio utilizza in pieno le clausole generali (di buona fede e sul danno ingiusto), potenzia l'azione risarcitoria (ai sensi degli art. 1337 e 2043), corregge il contenuto di un contratto valido in presenza di un comportamento riprovato, ed è alla ricerca di un'azione che concorre con le tutele contrattuali, frutto di diverse ricostruzioni della dottrina a seconda che si individui un "vizio incompleto del contratto", un autonomo danno da scorrettezza, o l'indebolimento di una posizione contrattuale.

Il dialogo nella giurisprudenza teorica e pratica, è noto. Ne ricordo alcuni passaggi.

Si osserva che la legge riconosce la rilevanza della "debolezza" di una parte entro precisi limiti. Sicché l'utilizzo, in tal caso, degli articoli 1337 e 2043 sarebbe incompatibile con la tipicità e la *ratio* dei rimedi conosciuti e consentirebbe di aggirare i limiti e il fondamento degli istituti contrattuali. Ma la replica può essere altrettanto immediata.

Il rapporto fra illecito e contratto è da sempre al centro della riflessione della schiena giuridica privatistica in Europa. Se in Francia e in Germania si sono avute idee diverse sull'ammissibilità di un concorso fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, in Italia la riflessione sul danno ingiusto inizia dagli anni sessanta. La sentenza annotata da Rodolfo Sacco in quel anno, ammette il concorso in caso di informazioni inesatte provenienti da un terzo. Negli anni ottanta la dottrina e la giurisprudenza utilizzano, entro certi limiti, l'azione aquiliana a prote-

zione del contratto. Quanto all'autonomia fra regole di responsabilità e di validità l'ultima sentenza sul tema è chiara e condivisibile: non esistono ostacoli di sistema ad un'azione di risarcimento in presenza di un contratto viziato o anche del tutto valido, per una serie di motivi<sup>20</sup>.

La sola impugnativa dell'atto può portare ad un risultato impossibile (la restituzione di ciò che non esiste più) o contrario all'interesse della parte. L'autonomia della tutela risarcitoria è oramai espressione di un principio espresso da una pluralità di fonti interne e comunitarie, a partire dall'art. 30 del Codice del processo amministrativo. La responsabilità (aquiliana e contrattuale) attiene alla dimensione funzionale del rapporto e alla valutazione dei contegni formativi ed esecutivi che hanno piena autonomia rispetto alla struttura dell'atto. In questa fase esistono doveri di comportamento la cui violazione legittima una correzione secondo buona fede della vicenda negoziale tramite un risarcimento e un rimedio di questo tipo non è in contrasto con le esigenze di stabilità e certezza dei rapporti giuridici perché la slealtà e l'illecito non possono non avere conseguenze sul piano risarcitorio di natura riparatoria e compensativa<sup>21</sup>.

Uno sguardo ai Principi e alla giurisprudenza comunitaria conferma il quadro che sopra si è ricostruito per la disciplina interna. Basta un rapido cenno.

L'art. 8.102 dei PECL (Principi di diritto europeo dei contratti) e l'art. 3.102 (*cumulation of remedies*) del Charter 3 del DCFR affermano la possibilità di un cumulo dei rimedi con il solo limite della compatibilità. Gli art. 7:216 e 7:304 del Charter 7 del DCFR prevedono la possibilità di altri rimedi in presenza di un'invalidità. La Convenzione sulla vendita internazionale di merci agli art. 45 (obblighi del venditore) e 61 (obblighi dell'acquirente) prevedono la possibilità di cumulo fra adempimento, risoluzione e risarcimento. La Proposta di Regolamento relativo ad un diritto comune europeo della vendita, all'art. 29 (Rimedi in caso di violazione di un obbligo di informazione) prevede che il risarcimento non pregiudica l'applicazione dei rimedi previsti

<sup>20</sup> G. VETTORI, *Validità, responsabilità e cumulo dei rimedi*, in *Danno resp.*, 2, 2014, p. 150 ss. ed ivi la diversa ricostruzione di A. PALMIERI, R. PARDOLESI e A. ROMANO, 191, o giù di lì, p. 164 ss.; G. LENER, *La "retta via per il risarcimento del danno?"*, p. 168 ss.; B. TASSONE, *Il caso Cir-Fininvest e il nesso causale in Cassazione*, p. 174 ss.; R. SIMONE, *Lodo Mondatori e risarcimento del danno: di contaminazione e (possibili) duplicazioni*, p. 186; P.G. MONATERI, *Revocazione ex art.396 c.p.c. e azione risarcitoria: a government of the judges, by the judges and for the judges*, p. 189.

<sup>21</sup> G. VETTORI, *op. cit.*, p. 155 e già ID., *La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obb. cont.*, 2008, ora in *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, p. 271 ss.



<sup>19</sup> v. da ultimo le profonde e limpide analisi di S. PAGLIANTINI, *La tutela del consumatore nell'interpretazione delle Corti*, Torino, 2012; ID., *Profili sull'integrazione del contratto abusivo parzialmente nullo*, in G. D'Amico-S. Pagliantini, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto. Saggi*, Torino, 2013, p. 67ss. ed ivi la rigorosissima analisi di G. D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, p. 213 ss.



nell'art.42 (recesso), 48 (dolo), e negli altri casi di annullamento o inefficacia del contratto<sup>22</sup>.

La sentenza Courage<sup>23</sup> della Corte di Giustizia afferma la compatibilità fra un'azione di danni del consumatore pur in presenza di una nullità del contratto cui lui stesso ha dato causa. Alla Corte era stato richiesto se osta con il diritto comunitario "il risarcimento di un preteso danno subito a causa dell'assoggettamento della parte ad una clausola contrattuale in contrasto con l'art. 85 e, di conseguenza, se il diritto comunitario osti ad una norma di diritto nazionale che nega ad un soggetto il diritto di fondarsi sui propri atti illeciti per ottenere un risarcimento dei danni". La risposta è netta. "Qualsiasi singolo è legittimato a far valere in giudizio la violazione dell'art. 85 n. 1 del Trattato, anche qualora sia parte di un contratto che può restringere o falsare il gioco della concorrenza ai sensi di tale disposizione". "La piena efficacia dell'art. 85 del Trattato e l'effetto utile del divieto sancito al n. 1 di detto articolo sarebbero messi in discussione se fosse impossibile per chiunque chiedere il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere o falsare il gioco della concorrenza".

Dall'art. 3 e 24 della Costituzione si evince, con un sillogismo chiaro, il principio di effettività della tutela a fronte di diritti e interessi meritevoli. "Il titolare del diritto deve (poter contare) su mezzi che gli consentano di reagire alla violazione", e di reazione si può parlare solo là dove vi è proporzione tra tutela e offesa arrecata. Sicché non è in armonia con l'art. 24 una tutela che si esprime in un risarcimento non pari al danno cagionato o al sacrificio subito<sup>24</sup>.

L'art. 8 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo, l'art. 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea esprimono tutti un principio che si manifesta non solo come "un diritto di accesso al giudizio o all'esercizio in esso di un determinato potere processuale", ma come "diritto alla misura appropriata alla soddisfazione del bisogno di tutela"<sup>25</sup>.

La costruzione di un rimedio risarcitorio efficiente a partire da tale principio è scandita benissimo, nel dialogo fra dottrina, Corti Supreme e legge sulla vicenda della responsabilità della Pubblica Amministrazione. Dalla sentenza 500 del 1999, che amplia la nozione di danno ingiusto sino a comprendere la lesione di un interesse giuridicamente protetto, alla delicatissima questione del rapporto fra tutela de-

molitoria e risarcitoria in presenza di un provvedimento illegittimo dell'Amministrazione. Il conflitto sulla pregiudizialità o meno della eliminazione dell'atto impegna, ai massimi livelli la Corte di Cassazione e il Consiglio di Stato ed è poi affrontata dalla legge nel Codice del processo amministrativo<sup>26</sup>.

#### 4. Problema e sistema.

Tutto ciò che si è descritto in forma estremamente sintetica si può comporre in un quadro omogeneo. Adolfo di Majo fa riferimento ad una nuova stagione delle tutele contrattuali ispirata dal diritto europeo attento a potenziare "strumenti flessibili commisurati ai bisogni più che agli elementi di una fattispecie"<sup>27</sup>. Così l'adempimento specifico, il ruolo della buona fede, la nuova estensione del danno contrattuale, completano la disciplina dell'atto di autonomia in una direzione diversa da quella dell'inadempimento e il contratto può raggiungere pienamente il suo scopo<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> v. G. VETTORI, *Validità, responsabilità e cumulo dei rimedi*, cit. ed ivi "Le sezioni unite della Cassazione hanno rafforzato, sul piano della tutela, la svolta sulla risarcibilità degli interessi legittimi affermando una regola che va ben oltre quella situazione soggettiva. «Se l'ordinamento protegge una situazione sostanziale, in presenza di condotte che ne implicano o non ne consentano la realizzazione, non può non essere negato al suo titolare almeno il risarcimento del danno, posto che ciò costituisce la misura minima e perciò necessaria di tutela di un interesse, indipendentemente dal fatto che la protezione assicurata dall'ordinamento in vista della sua soddisfazione, sia quella propria del diritto soggettivo o dell'interesse legittimo». Ai sensi dunque degli artt. 24 e 113 Cost. «spetta al loro titolare l'azione e se a questa si aggiunge altra forma di tutela, spetta al titolare della situazione protetta, in linea di principio, scegliere a quale far ricorso in vista di ottenere ristoro al pregiudizio»<sup>26</sup> arrecato da una condotta altrui".

L'autonomia fra azione di impugnazione e azione di danni risulta nel sistema e nel diritto civile dove si regola in più occasioni il «concorso tra le varie forme di protezione della situazione soggettiva». Nel diritto societario l'art. 2377 c.c. limita la impugnativa della delibera assembleare condizionandola al possesso di una soglia minima di partecipazione al capitale sociale, ma non impedisce il diritto al risarcimento dei danni. Nel diritto del lavoro la giurisprudenza non esclude l'azione di danni quando sia preclusa l'azione di impugnativa del licenziamento. L'art. 1440 del codice civile sancisce espressamente la coesistenza di un contratto valido e di un'azione di risarcimento, in presenza di un contegno illecito della controparte. Da ciò si trae la conclusione che «nei diversi settori dell'ordinamento, sia possibile chiedere il risarcimento senza aver prima ottenuto l'invalidazione dell'atto». Per un motivo chiaro: «l'atto annullabile produce provvisoriamente i propri effetti; l'atto nullo, anche se non produce effetti, lascia dietro di sé, in ogni caso, la traccia di un comportamento»<sup>26</sup> illecito che giustifica la reazione dell'ordinamento e legittima un'azione di danni

<sup>27</sup> A. DI MAJO, *Una New Age per le tutele contrattuali?*, in S. Mazzamuto (a cura di), *Le tutele contrattuali e il diritto europeo. Scritti per Adolfo di Majo*, Napoli, 2012, p. 5

<sup>28</sup> A. DI MAJO, op. cit., p. 5 ss.

<sup>22</sup> Così testualmente in G. VETTORI, *Validità responsabilità e cumulo dei rimedi*, cit. p. 158.

<sup>23</sup> Corte di Giustizia, 20 settembre 2001, C-453/99

<sup>24</sup> Cass., sez.un., 23 dicembre 2008, n. 30254

<sup>25</sup> Cass. 27 giugno 2013, n. 21255

Mi limito a integrare questa lucida riflessione con un'analisi di ciò che è mutato nel sistema delle fonti e nell'assetto istituzionale. Basta qualche cenno.

La forma democratica voluta dai costituenti è mutata sul piano formale ma è stata scossa anche da eventi epocali nel corso degli ultimi decenni. Le istituzioni non hanno saputo fronteggiare un capitalismo finanziario globale che ha imposto regole e strategie<sup>29</sup>. Le risposte alla crisi economica hanno determinato mutamenti forti nelle forme giuridiche. Con il Fiscal Compact gli Stati hanno stabilito di rafforzare il pilastro economico dell'Unione, potenziando il coordinamento delle loro politiche economiche e l'art. 81 della nostra Costituzione prevede ora una profonda novità. Lo Stato deve assicurare, con il pareggio di bilancio, l'equilibrio economico e può ricorrere all'indebitamento, non finanziato dalle tasse, solo in casi eccezionali e con procedure speciali. Tutto ciò può incidere sul contenuto di molti diritti fondamentali<sup>30</sup>.

D'altra parte anche nella tutela giurisdizionale di tali situazioni muta qualcosa. Nel nuovo dialogo fra le Corti la teoria dei controlimiti è superata o attenuata perché frutto, si dice, di una preoccupazione non più attuale. Dal momento che la tutela dei diritti deve essere sistemica e non frazionata in una serie di norme nazionali in potenziale conflitto. Sicché il bilanciamento con le norme CEDU e l'attuazione della carta di Nizza-Strasburgo, in tutti i giudizi delle Corti interne, non può essere volta

“all'affermazione della primazia dell'ordinamento nazionale ma alla integrazione delle tutele”<sup>31</sup>.

Si capisce così come il principio di effettività divenga sempre più regola cardine del sistema costituzionale interno e comunitario<sup>32</sup>. Gli articoli 24 e 100 della Costituzione, l'art. 8 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, l'art.13 della CEDU e l'art. 47 della Carta di Nizza fanno riferimento al diritto, questi sì intangibile ad una tutela effettiva commisurata alla specifica situazione sostanziale protetta e attuata da strumenti idonei a garantire la piena soddisfazione dell'interesse. Ed è questo il perno attorno cui ruota la dinamica delle tutele dei privati<sup>33</sup>.

Il senso della contemporaneità che ha radici nella saggezza millenaria del diritto canonico<sup>34</sup> sta qui.

<sup>31</sup> V. Corte EDU 31 maggio 2011, *Maggio ed altri c. Italia*, in *Foro it.*, Rep. 2011, voce *Diritti politici e civili*, n.177; Corte. cost. 28 novembre 2012, n. 264, in *Foro it.*, 2013, I, con note di R. ROMBOLI e di G. AMOROSO, ed ivi, 788 con nota di E. SCODITTI, *Se un diritto umano diventa diritto fondamentale: la CEDU come parametro interposto di costituzionalità*, e di M. DE LUCA, *Quanto incide l'allargamento dei controlimiti sulla efficacia delle norme CEDU*; Corte giust., Grande Sez., 26 febbraio 2013, C-399/11 *Melloni-Ministero Fiscale* su cui v. il commento di A. RUGGERI, *La Corte di Giustizia, il primato incondizionato del diritto dell'Unione e il suo mancato bilanciamento col valore della salvaguardia dei principi di struttura degli ordinamenti nazionali nel loro fare "sistema"*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it); R. CONTI, *Mandato di arresto europeo ed esecuzione di una pena irraggiata in absentia*, in *Corr. Giur.*, 4/2013,8; ID., *Da giudice (nazionale) a Giudice (eurocomunitario). A cuore aperto dopo il caso Melloni*, in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu).

<sup>32</sup> E. LUPO, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2012*, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it), osserva che (p.17) che la tesi dottrinale dei controlimiti “pare potersi ritenere ormai superata ( o almeno attenuata) soprattutto in quanto fondata su preoccupazioni non più attuali nell'odierno assetto interordinamentale” ed ivi il richiamo a A. TIZZANO, *Dall'unità nazionale all'integrazione sopranazionale*, in *Dallo Statuto albertino alla Costituzione repubblicana. Atti del seminario svoltosi a Roma*, Palazzo della Consulta, 25 novembre 2001, Milano, Giuffrè, p.9ss.

<sup>33</sup> G. VETTORI, *Validità, responsabilità e cumulo dei rimedi. A proposito del caso Cir-Fininvest*, in *Persona e mercato*, 2013,4, in [www.personaemercato.it](http://www.personaemercato.it)

<sup>34</sup> P. GROSSI, *Diritto canonico e cultura giuridica*, in *Quaderni fiorentini*, 3, 2003, p. 380-381: “la dialettica particolare/universale è fortissima nel diritto canonico e fortissima la valorizzazione del particolare: il peccato non può non essere il singolo peccato del singolo soggetto, e il diritto non può non consistere ne rimedio efficiente volto ad evitare, attenuare, sanzionare quello specifico peccato. Nel diritto della Chiesa, proprio per il suo carattere strumentale, non è il primato della norma generale che viene affermato, ma esattamente il contrario, la considerazione del particolare significa considerazione del re/peccatore che cerca la propria salvezza e in questa va aiutato.” Paolo Grossi cita la Somma Teologica di Tommaso d'Aquino e la *Questio VII De circumstantiis humanorum actuum* la quale “verte sulle circostanze degli atti umani, età, stato, ignoranza, povertà, luogo, tempo, gravità del danno, conseguenze dell'atto. In altre parole, non basta che cosa si è compiuto e con quale volontà; è rilevante indagare chi sia l'agente,

<sup>29</sup> Mi permetto di rinviare a G. VETTORI, *Il contratto senza numeri e aggettivi. Oltre il consumatore e l'impresa debole*, in *Cont. impr.*, 2012, 4-5, p. 1190 ss.

<sup>30</sup> G. VETTORI, *Il tempo dei diritti*, in *Persona e Mercato*, 2013, 3, in [www.personaemercato.it](http://www.personaemercato.it) ed ivi le “*fasi avverse e le fasi favorevoli del ciclo economico*”, *l'equilibrio di bilancio e le limitazioni alla spesa pubblica*, sono entrati come principi ordinatori nei Trattati europei e nella costituzione nazionale. Resta da precisare l'impatto di tali scelte sul contenuto dei diritti perché tutto ciò pesa come un macigno e acuisce alcune critiche insidiose. Dall'idea che i diritti siano un lusso superfluo in un tempo di crisi, ove prevalgono l'esigenze della sicurezza e dell'economia, alla convinzione, mai sopita, che i diritti sociali non siano veri diritti o comunque siano subordinati ai rapporti di forza nella distribuzione della ricchezza, sino alla negazione di ogni loro rilievo nella dimensione del diritto”. Da qui alcune osservazioni forti. L'eccezionalità della spesa pubblica non interamente finanziata dalla tassazione è attaccato sia ideologicamente sia per il suo impatto attuale. Ciò perché è difficile, se non impossibile, ipotizzare schemi pubblici di protezione sociale in una situazione di pareggio di bilancio, specie in un momento in cui in Italia, e non solo, gli istituti del *Welfare* debbono essere disciplinati *ex novo* o ristrutturati con riforme costose non sostenibili, spesso, con un aumento della tassazione che ha raggiunto livelli assai elevati. A questo si aggiunge l'impatto di tale scelte in una situazione di medio periodo caratterizzata ancora da scarsa crescita o recessione.



Nella rilevanza attribuita, dopo l'astrazione della modernità, ad ogni manifestazione concreta della soggettività e personalità di cittadini e migranti, di anziani minori e disabili, di consumatori ed operatori, di imprese grandi piccole e microscopiche. Tutte dotate di un grado giuridico e non di fatto che l'interprete deve individuare e ricostruire in termini di conseguenze e di risposte.

Questo nuovo ordine positivo e non certo spontaneo deve essere ancora in gran parte costruito ma il metodo è chiaro. Ermeneutica e diritto, legge e giudici sono gli archi portanti di una volta che sarà solida solo se è saldo l'equilibrio delle sue componenti.

La definizione di tutele efficienti è uno strumento primario di questo equilibrio e di questo nuovo ordinamento integrato che tutti siamo chiamati a edificare.

---

come l'abbia compiuto, dove ,quando, in quali circostanze. E' quel contesto che il teologo/canonista deve approfondire, se si vuol conseguire pienamente l'ideale del giusto; che in un ordinamento sacro, non è al di là del diritto, ma nazi vi si mescola e con esso si fonde."v. anche ID., *Storia della canonistica moderna e storia della codificazione canonica*, ivi,14 1985; *Aequitas canonica*, ivi, 27 1998; *Valori e limiti della codificazione del diritto (con qualche annotazione sulla scelta codicistica del legislatore canonico)*, in *L'eredità giuridica di san Pio X*, a cura di A. Cattaneo, Venezia, 2006. Gli scritti sono ora raccolti in P. GROSSI, *Scritti canonistici*, a cura di C. Fantappié, Milano, 2013).

## TUTELA DEI SOGGETTI “DEBOLI” E AUTONOMIA PRIVATA: DALLA FINE DEGLI ANNI '60 AL FISCAL COMPACT

Di Marisaria Maugeri

| 96

Tutela dei soggetti “deboli” e autonomia privata: dalla fine degli anni '60 al fiscal compact (Marisaria Maugeri)

**SOMMARIO:** 1. Note introduttive - 2. Le diverse fasi di politica economica ed evoluzione normativa. La prima fase: il Welfare State e gli interventi del legislatore a favore di categorie di soggetti deboli - 3. (segue) La seconda fase: lo smantellamento del Welfare State, l'affermarsi del neo-liberismo e gli interventi volti a risolvere il problema dei fallimenti di mercato - 4. (segue) La terza fase la fine degli anni novanta: le spinte protezionistiche e la reazione anti neo-liberale dell'accademia e delle Corti - 5. (segue) La quarta fase: il Trattato di Lisbona e alcune nuove Direttive dei primi anni di questo secolo: timida rinascita di un'Unione caratterizzata da un maggiore grado di solidarietà? - 6. Una battuta di arresto: la crisi e il fiscal compact - 7. Una fotografia del presente.

### 1. Note introduttive.

Per Virginia Woolf “Uno dei segni che cominciamo a non essere più giovani è il nascere di un senso di solidarietà con gli altri esseri umani”.

Ascrivo, dunque, all'avanzare dell'età la curiosità e il gusto di verificare se e in che termini oggi vi sia una reale tutela dei soggetti deboli ad opera dell'ordinamento e se e in che termini questa si realizzi attraverso la compressione dell'autonomia privata.

In questa sede mi chiederò se attualmente il nostro ordinamento abbia o non un'impronta di solidarietà e, se sì, come essa sia declinata; se si possano individuare dei trend *crescenti* o *decescenti* di tutela dei soggetti deboli; in che modo venga coinvolta l'autonomia privata<sup>1</sup>; e da ultimo, se tutte le discipline che vengono iscritte all'interno del paradigma di solidarietà siano realmente tali.

<sup>1</sup> Sull'evoluzione dell'autonomia privata da ultimo E. NAVARRETTA, *L'evoluzione dell'autonomia contrattuale fra ideologie e principi*, in corso di pubblicazione.

Questo scritto ha, però, esclusivamente l'ambizione di avviare una riflessione e non certo di affrontare *funditus* un tema che necessiterebbe di ben altri spazi (e competenze). Chiedo, dunque, da subito scusa per le necessarie semplificazioni e approssimazioni che lo caratterizzeranno. Chiedo, inoltre, scusa perché i dati oggetto di osservazione saranno limitati e perché almeno uno di questi (quello relativo all'abrogazione di discipline volte a promuovere la solidarietà verticale) non sarà dimostrato.

Con queste precisazioni mi accingo ad elencare i dati che ho assunto come rilevanti per capire come oggi vengano protetti i soggetti deboli e, in particolare, come vengano protetti nelle relazioni contrattuali.

I dati sono i seguenti:

1. abrogazione di discipline volte a promuovere la solidarietà verticale;
2. mantenimento, seppur con alcuni interventi modificativi, di vecchie discipline a protezione del contraente debole (lavoratore subordinato, durata della locazione ..);



3. reazioni ai c.d. fallimenti del mercato (io iscrivo all'interno di queste le discipline a tutela del consumatore e alcuni interventi a tutela delle imprese, ad es. il caso degli obblighi di informazione previsti dalla disciplina in tema di affiliazione commerciale);

4. uso accentuato di clausole generali da parte della giurisprudenza (principalmente buona fede e abuso del diritto);

5. interventi protezionistici in materia di contratti fra imprese (segnatamente la disciplina di abuso di dipendenza economica e di imprese operanti nell'agroalimentare);

6. alcuni rapsodici nuovi interventi in tema di protezione di clienti disabili e vulnerabili (prezzi imposti);

7. il fiscal compact.

È evidente che vi sono altri dati di cui si potrebbe tener conto e che l'analisi che qui propongo si potrebbe, con molta generosità, definire embrionale. Credo, però, che quelli selezionati siano paradigmatici e, in quanto tali, possano essere considerati idonei a fungere da base di riflessione.

Prima di offrire la mia lettura sull'attuale protezione dei soggetti deboli, mi sia consentito di tentare di collocare i dati elencati all'interno di una cornice di evoluzione politico-istituzionale più generale che consentirà – spero - di comprendere meglio il senso e la *ratio* degli stessi.

## 2. Le diverse fasi di politica economica ed evoluzione normativa. La prima fase: il Welfare State e gli interventi del legislatore a favore di categorie di soggetti deboli.

Opererò una divisione in fasi precisando, però, che come ogni categorizzazione quella che segue non può che comportare una riduzione, a volte brutale, della complessità dell'oggetto analizzato. Nel caso in specie, per altro, il limite della netta distinzione è ancora più grave perché la caratteristica forte della fase precedente si riduce ma non scompare nella fase successiva. Si registrano, inoltre, palesi sovrapposizioni e nell'ultima fase, addirittura, l'accentuazione stessa della sovrapposizione di tipologie diverse di intervento diventa la cifra caratterizzante. Ciò non di meno mi sembra che fissare dei confini possa essere di una qualche utilità per cogliere i *trend* di mutamento.

La prima fase potrebbe essere definita come quella del *Welfare State* e degli interventi del legislatore a favore di *categorie* di soggetti deboli.

Su questa fase non spenderò molte parole perché ritengo che sia quella più nota e studiata<sup>2</sup>. Basti solo ricordare che anche in Italia – così come, in diverso grado e con caratteri diversi, in tutti i sistemi economici dell'Occidente<sup>3</sup> - vi è stata una fase di forte intervento a favore dei ceti “deboli” che si è espressa anche attraverso la limitazione dell'autonomia privata.

Fra le conquiste sociali si annovera certamente lo Statuto dei lavoratori (Legge n. 300 del 20 maggio 1970, recante "*Norme sulla tutela della libertà e dignità dei lavoratori, della libertà sindacale e dell'attività sindacale nei luoghi di lavoro e norme sul collocamento*"), che interviene sul contratto di lavoro limitando in modo significativo l'autonomia privata del datore di lavoro.

Ricordo anche la disciplina in tema di locazione degli immobili adibiti a uso abitativo (Legge 27/7/1978 n° 392. Disciplina delle locazioni di immobili urbani).

Si tratta in entrambi i casi di discipline che proteggono *categorie* di soggetti ritenute tipicamente deboli nei confronti di controparte. I soggetti considerati vengono tutelati sia sotto il profilo dell'equilibrio economico dello scambio sia sotto il profilo della stabilità e durata del rapporto.

Parte di quel tipo di intervento, in vero ridotto, è giunto fino a noi (così è per quanto riguarda lo Statuto dei lavoratori, anche se – come è noto – è stato oggetto di contestatissima revisione ad opera della c.d. Legge Fornero, la n. 92 del 2012, e così è con riferimento, quanto meno alla durata ancorché non solo, del contratto di locazione).

In quella fase storica (o addirittura ancor prima<sup>4</sup>) comincia anche ad affermarsi la c.d. costituzionalizzazione del diritto privato<sup>5</sup>. Per quella via, parte della dottrina intendeva (quanto meno anche) accelerare il processo di protezione di interessi non ancora presi in considerazione dal legislatore (si pensi all'ambiente). Ha, infatti, ragione chi afferma che all'interno della corrente di pensiero che faceva allora riferimento ai valori costituzionali occorre distinguere fra chi si appellava, in via preferenziale al legislatore, e chi, invece, affidava in via preferen-

<sup>2</sup> Cfr., fra l'altro, i contributi contenuti in L. NIVARRA (*a cura di*), *Gli anni settanta del diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2008.

<sup>3</sup> F. GALGANO, *Lex Mercatoria, autonomia privata e disciplina del mercato*, in *Annali del Seminario giuridico*, 2001-2002/2003, 467.

<sup>4</sup> Cfr. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969.

<sup>5</sup> Cfr. P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino, 1972; M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975.



ziale al giudice un compito di mediazione sociale alla luce dei suddetti valori<sup>6</sup>.

Intervento del legislatore da una parte e spinta in chiave solidaristica di parte della dottrina erano, dunque, la cifra di quel periodo.

### 3. (segue) La seconda fase: lo smantellamento del Welfare State, l'affermarsi del neo-liberismo e gli interventi volti a risolvere il problema dei fallimenti di mercato.

La seconda fase è quella in cui si assiste allo smantellamento dello Stato sociale e all'affermarsi del neo-liberismo.

Alcuni imputano il suddetto processo alla globalizzazione. L'apertura totale dei mercati, le nuove tecnologie, i nuovi mezzi di trasporto, l'accelerazione dei processi di interdipendenza economica, avrebbero impedito ai singoli Stati di fare politiche di *Welfare*, pena la perdita totale di competitività delle imprese nazionali. Sempre alla globalizzazione viene, pressoché unanimemente, ricondotta anche la perdita di significato dello Stato nazione e la ri-dislocazione di parte del potere prima tipicamente esercitato da quest'ultimo ai mercati<sup>7</sup>.

Non solo, dunque, l'assenza di politiche di *Welfare* da parte dello Stato ma anche una più radicale perdita del significato stesso di Stato nazione. Decisioni che vengono sempre più, direttamente o indirettamente, prese non da organi politici ma dagli AD delle diverse società.

Ricordo, a questo proposito, quanta "impressione" mi fece leggere l'*incipit* del primo capitolo di

un libro di Guido Rossi del 2008<sup>8</sup> in cui veniva riportato, fra l'altro, un dato: "All'inizio di questo secolo tra le cento maggiori economie mondiali compaiono cinquantun gruppi societari multinazionali e solo quarantanove Stati..."; e un commento: "Le corporation vanno ormai considerate i veri protagonisti della scena economica contemporanea: dominano in molti casi le entità statuali ai cui ordinamenti sarebbero in teoria assoggettati"<sup>9</sup>.

Stati nazione vincolati e dipendenti, dunque, da decisioni prese "altrove" e gruppi societari capaci di influenzare se non tutti i singoli Stati sicuramente quell'"altrove" da cui i singoli Stati risultano interdipendenti.

È in questo contesto che si afferma sempre più il c.d. neo liberismo<sup>10</sup> secondo il quale il mercato alloca efficientemente le risorse e in tal modo garantisce anche l'interesse pubblico<sup>11</sup>.

Il nucleo centrale del neoliberalismo si è formato nel corso degli anni Settanta con la forte spinta di Carter<sup>12</sup>, si è consolidato sotto Reagan e Thatcher nel corso degli anni Ottanta, e ha raggiunto il suo acme con la caduta dei regimi comunisti, imperniandosi sulla fiducia nella capacità di regolazione spontanea dei mercati<sup>13</sup>.

Una delle peculiarità del neo-liberismo è l'attenzione per l'efficienza delle singole contrattazioni. "L'idea è che da una somma di efficienze non possa che nascere un mercato pur esso necessariamente efficiente"<sup>14</sup>.

A livello sovranazionale il neoliberalismo – sostiene un famoso politologo – "riuscì a radicarsi nel corso degli anni Ottanta e Novanta nelle principali organizzazioni internazionali (FMI, Banca Mondiale, OCSE: il cosiddetto Washington Consensus), la Commissione europea e l'Istituto Monetario Europeo, poi la Banca Centrale"<sup>15</sup>.

<sup>6</sup> Così L. NIVARRA, *Ipotesi sul diritto privato e i suoi anni settanta*, in L. NIVARRA (a cura di), *Gli anni settanta del diritto privato*, cit., 11.

Un ruolo di decisa e forte mediazione sociale, che per certi versi va anche oltre il compromesso costituzionale come fonte di ispirazione, viene affidato ai giudici nel convegno sull'uso alternativo del diritto, svoltosi a Catania il 15-17 maggio 1973 (i cui lavori sono poi stati pubblicati in due volumi a cura di P. BARCELLONA, *L'uso alternativo del diritto*, Laterza, 1973).

<sup>7</sup> In un recente libro sulla "Storia della globalizzazione" di due storici (JÜRGEN OSTERHAMMEL E NIELS P. PETERSSON) edito da Il Mulino nel 2013, si afferma che, nonostante non esista affatto unanimità di vedute fra gli studiosi circa la portata e il senso dell'espressione "globalizzazione", su una cosa sembrano concordare tutti e cioè che il fenomeno che va sotto quel nome "revo- ca in dubbio il significato dello Stato nazionale e disloca il rapporto di potere tra gli Stati e i mercati a vantaggio di questi ultimi ... Le possibilità di intervento di politica economica da parte dei governi degli Stati nazionali ne risult[ano] pregiudicate, al pari del loro accesso alle risorse, soprattutto fiscali. Anche gli interventi assistenziali di politica sociale s[ono] smantellati e così ridotta nel contempo la legittimità dello Stato".

<sup>8</sup> *Il mercato dell'azzardo*, Adelphi (il cui primo capitolo riprendeva un saggio *Dalla compagnia delle Indie al Sarbanes-Oxley Act*, apparso nella Rivista delle Società nel 2006).

<sup>9</sup> G. ROSSI, *op. cit.*, 17 – 18.

<sup>10</sup> O neo liberalismo (trattandosi della traduzione di Neo-Liberalism) secondo alcuni, ad es. F. DENOZZA, , *La frammentazione del soggetto nel pensiero giuridico tardo-liberale*, in corso di pubblicazione.

<sup>11</sup> Non posso in questa sede per ovvi motivi neanche sfiorare la questione, oggetto di dibattito anche in questi giorni, relativa al rapporto, necessitato o non, fra politiche neoliberiste e processi di globalizzazione.

<sup>12</sup> F. GALGANO, *Lex Mercatoria*, cit., 468.

<sup>13</sup> M. LIBERTINI, *Concorrenza e coesione sociale*, in *Persona e Mercato*, 2/2013, 121. Vedi anche P. KRUGMAN, *Il ritorno dell'economia della depressione e la crisi del 2008*, Garzanti, 2009, 16 ss.

<sup>14</sup> F. DENOZZA, *op. cit.* L'autore sviluppa una tesi secondo la quale il neo-liberalismo avrebbe caratteri significativamente diversi da quelli del liberismo classico.

<sup>15</sup> M. FERRERA, *Neowelfarismo liberale: nuove prospettive per lo stato sociale in Europa*, in *Stato e mercato*, 2013, n. 97, 6.



Ovviamente non è questa la sede per discutere *funditus* di neoliberalismo, ho fatto questi pochi cenni al fenomeno perché mi sembra importante comprendere quale fosse il principale riferimento politico culturale di quella stessa Commissione (Europea) che tanto impulso ha dato all'elaborazione della nostra disciplina a tutela del consumatore<sup>16</sup>.

La scuola di pensiero che ha tradotto con maggiore fedeltà a livello di analisi giuridica le convinzioni del neo liberalismo è stata sicuramente quella di *Law and Economics*. Scuola che ha influenzato non solo l'interpretazione delle norme ma anche e soprattutto la redazione di queste.

“L'idea che “*in the beginnings there were markets*” (Williamson) interpretata nel senso che il mercato è l'archetipo di riferimento, e che il diritto deve favorire la nascita e il buon funzionamento dei mercati o, dove ciò sia impossibile, simularne gli esiti, ispira in fondo, e sia pure con diversa radicalità, tutto il movimento dell'EAL”<sup>17</sup>.

Per l'EAL “la transazione è l'unità elementare di analisi e i c.d. costi di transazione sono lo strumento teorico operativo che consente di classificare, distinguere, aggregare i vari tipi di transazioni e poi di progettare interventi relativi alle varie tipologie di transazioni, afflitte dall'uno o dall'altro tipo di costi”<sup>18</sup>

L'EAL dedica grande attenzione allo studio dei c.d. fallimenti del mercato, primo fra tutti quello derivante dall'asimmetria informativa, nei termini in cui ne discuteva Akerlof, e alla modalità per rendere efficiente una transazione pur in presenza di *market failure* (individuando, ad esempio, meccanismi di perequazione delle asimmetrie informative).

Secondo alcuni studiosi ad esempio, nei rapporti con i professionisti, i consumatori sono in una tipica situazione di asimmetria informativa.

I consumatori entrano razionalmente in una contrattazione solo se ritengono che i costi da affrontare per accedere all'informazione e per contrattare siano inferiori ai rischi cui vanno incontro. In una transazione occasionale tali costi tipicamente non vengono affrontati. Questo fa sì che molte clausole non

vengano controllate dai consumatori e non vengano assunte come dati rilevanti ai fini della valutazione comparativa fra prodotti.

Risulterebbe, dunque, razionale per i professionisti utilizzare le clausole meno vantaggiose per il consumatore, facendosi concorrenza solo sul prezzo e abbassando lo stesso.

Questo determinerebbe un orientarsi del mercato verso il basso (*race to the bottom*), dando luogo a un fenomeno del tipo di quello del c.d. *Market for Lemons* descritto da Akerlof<sup>19</sup>.

Ed è per evitare questo fenomeno, e non per proteggere il contraente in generale debole o solo meno informato, che il legislatore dovrebbe intervenire.

Ho spiegato altrove perché la soluzione sul piano dell'analisi economica non risulta convincente (secondo me, infatti, proprio tenendo conto dei costi transattivi, si potrebbe per un verso estendere la soluzione in alcuni casi anche ai professionisti e per un altro verso limitare la tutela dei consumatori in caso di transazioni con corrispettivi molto elevati) ma non è questo qui il punto<sup>20</sup>.

In questa sede, infatti, ciò rileva è che – nonostante alcune ambiguità – la cultura neoliberista ha fortemente influenzato la redazione della disciplina contenuta Direttiva 93/13. La *ratio* di quest'ultima, infatti, è palesemente quella di perequare l'asimmetria informativa in quanto idonea a determinare un “fallimento del mercato”. Se si fosse, infatti, voluto perequare l'asimmetria di potere di mercato (monopolio, posizione dominante, etc..) o tener conto dello stato di minore potere economico del consumatore, coerenza avrebbe voluto che la valutazione in chiave di abusività investisse anche le condizioni economiche. Avrebbe, cioè, avuto più senso adottare una regola simile a quella contenuta nell' art. 36 del *Nordic Contracts Act*<sup>21</sup>. Ma così

<sup>19</sup> G. AKERLOF, *The Market for «Lemons»: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, in 84 *Q. J. Econ.* 488, 1970.

<sup>20</sup> Sia consentito rinviare a M. MAUGERI, *Il controllo delle clausole abusive nei contratti fra imprese: dal modello delineato nei §§ 305 ss. del BGB a quello della CESL*, in NGCC, 2013, II, 121 ss. Si rinvia a quello scritto anche per la ricostruzione del pensiero dei cultori dell'analisi economia del diritto sul punto (112 ss.). Per un approccio critico nei confronti di questa soluzione, seppur per ragioni in parte diverse da quelle da me accolte, vedi F. DENOZZA, *Fallimenti del mercato: i limiti della giustizia mercantile e la vuota nozione di “parte debole”*, in ODC, 2013, 4 ss. Sulla disciplina a tutela del consumatore come modo per affrontare uno dei fallimenti del mercato vedi da ultimo P. SIRENA, *L'europeizzazione degli ordinamenti giuridici e la nuova struttura del diritto privato*, in ODCC, 2014, I, 1 ss.

<sup>21</sup> L'art. 36 del *Contract Act*, dispone quanto segue: “(1) *An agreement may be amended or set aside, in whole or in part, if its enforcement would be unreasonable or contrary to principles of fair conduct. The same applies to other legal transactions.* (2) *In applying subsection 1 of this provision, consideration shall be given to the circumstances at the time of the con-*

<sup>16</sup> Dico principale e non unico perché credo che abbia ragione chi sostiene che anche nella fase ascendente il neoliberalismo non sia riuscito a travolgere le fondamenta istituzionali dello stato sociale (con una battuta “smantellamento e picconate sì ma abbattimento totale ancora no”. Siamo ancora in una fase non definitiva della triste “dismissione”, per dirla con Ermanno Rea, e speriamo che quella dell'ILVA resti solo una metafora letteraria).

<sup>17</sup> F. DENOZZA, *op. cit.*

<sup>18</sup> F. DENOZZA, *op. cit.*. Secondo l'autore “La diffusione di questo orientamento spiega la ... sensazione di progressiva frammentazione dell'ordinamento e il moltiplicarsi di discipline sempre più speciali. In fondo ogni transazione presenta a suo modo qualche peculiarità e il gioco delle suddivisioni può svilupparsi praticamente all'infinito”.



non è stato<sup>22</sup>. E, d'altra parte, se il problema fosse stato quello della debolezza del consumatore perché fermarsi alla debolezza "informativa" e non andar oltre? In vero, il problema che assume rilievo per il legislatore europeo è solo quello del possibile cattivo funzionamento del mercato.

La disciplina va iscritta, dunque, all'interno di quel paradigma che si muove verso la massimizzazione e l'efficienza della transazione. Essa, cioè, al pari di altre (penso, solo ad es. a quella in tema di affiliazione commerciale), non ha nulla da dire sotto il profilo della solidarietà sociale.

Occorre, dunque, stare attenti quando si costruiscono paradigmi generali e si tratteggiano linee di unione fra le varie discipline. E questo vale sia quando si pretende di mettere insieme discipline con ispirazioni profondamente diverse (solidarietà sociale, protezionismo, efficienza ...) sia quando si pretende di mettere insieme discipline che intendono risolvere tipi di fallimento di mercato differenti (asimmetria informativa, *market power*,...) <sup>23</sup>.

#### 4. (segue) La terza fase la fine degli anni novanta: le spinte protezionistiche e la reazione anti neo-liberale dell'accademia e delle Corti.

Negli anni novanta comincia a registrarsi la nascita e la crescita di movimenti contro la globalizzazione neoliberista.

In questa sede per noi rileva soprattutto un movimento, legato prevalentemente al mercato agroalimentare (soprattutto in Francia) e alle piccole e

*clusion of the agreement, the content of the agreement, and later developments.' On the basis of this article even the price may be controlled".*

<sup>22</sup> Per una più compiuta argomentazione della tesi riportata nel testo sia consentito rinviare a M. MAUGERI, *Alcune perplessità in merito alla possibilità di adottare il DCFR come strumento opzionale (o facoltativo)*, in *NGCC*, 2011, II, 256.

<sup>23</sup> In una pluralità di incontri pubblici sono stata annoverata fra le fautrici del terzo contratto. Non lo sono affatto. Secondo me la distinzione non deve assumere come punto di riferimento i tipi di soggetti bensì i tipi di conflitti o, se si vuole, i tipi di asimmetria, e il modo in cui il legislatore ha visto e disciplinato gli stessi. Ci si accorgerà in tal modo che a volte il conflitto riguarda nello stesso modo tanto i consumatori quanto i professionisti – si pensi ai contratti stipulati fra un soggetto in posizione dominante e il cliente – e il legislatore coerentemente non opera distinzione alcuna fra i soggetti. A volte astrattamente il tipo di conflitto riguarda tanto i consumatori quanto i professionisti ma il legislatore ha scelto di operare delle distinzioni fra categorie di soggetti, si pensi ai problemi di asimmetria informativa di cui ho appena parlato e al diverso modo in cui vengono affrontati nella disciplina in tema di affiliazione commerciale e in quella contenuta negli artt. 33 ss. cod. cons. Ciò significa che se non convince l'idea che esista un tipo unico di contratto asimmetrico non convince neanche la distinzione fra contratti *Btoc* e contratti *BtoB*.

medie imprese (in Italia rappresentate soprattutto dalla Lega, ma non solo).

I piccoli produttori dell'agroalimentare non riescono più a resistere all'apertura dei mercati e in Francia riescono ad ottenere prima (nel 1986, in controtendenza rispetto a quanto avveniva nel resto d'Europa) una disciplina in tema di "abuso di dipendenza economica", disciplina resa, però, ineffettuale dal richiamo all'attenduto alla concorrenza, e nel 2001 la *Loi* n. 2001-420 del 15 maggio 2001 "*Nouvelles régulations économiques*" che estende la nozione di dipendenza rilevante fra imprese e che ha fatto parlare di risveglio del vecchio demone statalista e protezionista francese<sup>24</sup>.

In Italia, con un asse politico di sostegno veramente singolare (Lega e Rifondazione comunista), alla fine degli anni '90 (1998) riesce a passare la disciplina in tema di subfornitura, che contiene al suo interno l'art. 9 in tema di abuso di dipendenza economica<sup>25</sup> che – come è noto – si ritiene applicabile a tutti i rapporti fra imprese<sup>26</sup>.

Soprattutto quest'ultima disciplina, per come è formulata – nonostante alcuni tentativi in tal senso – non può in alcun modo essere letta come volta a raggiungere l'efficienza della transazione. Questa disciplina va oltre e deve – come ho spiegato in altra sede – essere letta come protezionistica. Desidero chiarire che io non uso quest'espressione in senso negativo ma esclusivamente descrittivo: norma che intende proteggere le piccole e medie imprese in quanto costituenti l'impalcatura fondamentale del paese. Norma, dunque, a protezione della produzione italiana. Si tratta, dunque, di una particolare forma di solidarietà sociale<sup>27</sup>.

Disciplina frutto di una scelta politica. Scelta politica che trova il limite fra protezionismo e autonomia attraverso l'individuazione di specifici requisiti di applicazione (definizione di dipendenza economica).

Il quadro è stato di recente arricchito dalla Disciplina delle relazioni commerciali in materia di cessione di prodotti agricoli e agroalimentari. Mi riferisco al secondo comma dell'art. 62 della L.27/2012, anche'esso, ma non posso qui approfondire, palesemente protezionistico.

Accanto alla reazione descritta, e un po' a cavallo con la fase che segue, ve ne è un'altra di più ampio raggio. Mi riferisco a quella che ha alla base la

<sup>24</sup> Sul punto vedi M. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Giuffrè, 2003, 67 ss.

<sup>25</sup> Sulla genesi della disciplina sull'abuso di dipendenza economica sia consentito rinviare a M. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica*, cit., 1 ss.

<sup>26</sup> Cass. S.U., ord. 25.11.2011, n. 24906, in *NGCC*, 2012, I, 298.

<sup>27</sup> M. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica*, cit., 218 ss.





rivendicazione di un generale ruolo di giustizia distributiva per il diritto dei contratti.

Efficacissimo è quanto affermato, ad esempio, nel Manifesto sulla Giustizia sociale nel diritto contrattuale: “Nella misura in cui gli Stati nazionali riducono il loro uso dei diretti meccanismi redistributivi del welfare state, gli effetti distributivi del mercato diventano la forza determinante che governa le opportunità di vita delle persone. Una moderna dichiarazione dei principi del diritto privato dei contratti deve riconoscere il suo ruolo sempre più cardinale nello stabilire la giustizia distributiva nella società” (ma la tendenza si radica prima del Manifesto)<sup>28</sup>.

Attraverso quali strumenti raggiungere quest’obiettivo? Nuovamente attraverso i valori Costituzionali (il Manifesto fa riferimento alla Carta di Nizza) e attraverso la rivalutazione delle clausole generali quali la buona fede, l’equità e l’abuso del diritto<sup>29</sup>.

Anche in Italia si afferma questa corrente, a dire il vero molto articolata al suo interno<sup>30</sup>.

A volte sono gli stessi protagonisti del movimento che si sviluppa negli anni ‘settanta’ – già descritto – a portare avanti il progetto di lettura “solidaristica” del diritto privato.

Ma il movimento non resta confinato all’interno dell’Accademia. Esso si afferma, seppur con ritardo, in giurisprudenza. Si ricorderà senz’altro, fra le altre, la decisione (commentata da diversi autori) della Corte di Cassazione n. 20106 del 18.9.2009 (il caso Renault) in cui la Suprema Corte ha cassato la decisione della Corte di Appello in quanto quest’ultima non aveva tenuto conto della presenza nel nostro ordinamento di principi generali, quali quelli in temi di buona fede e abuso del diritto letti alla luce del principio di solidarietà di cui all’art. 2 della Cost.

Al di là delle condivisibili ragioni che hanno spinto accademia e corti verso questi esiti a me sembra che questa nasconda molte insidie e fra queste, prima fra tutte l’attribuzione di un compito di mediazione politica a soggetti che non rispondono politicamente delle scelte fatte (i giudici) e che esprimono esclusivamente il personale punto di vista sulla solidarietà sociale. In vero, tutti vogliono che il mondo vada meglio ma non tutti sono d’accordo

sul modo per raggiungere questo obiettivo, neanche i giudici<sup>31</sup>.

Oggi, come è stato efficacemente detto, ciò che si propone è un’etica senza principi condivisi la cui concretizzazione è affidata all’arbitrio dei giudici<sup>32</sup>. Cosa che rende la tutela realmente frammentaria e non prevedibile.

Si tratta di un tipo di tutela che fa perdere la visione di sistema e fa operare la selezione degli interessi cui tributare rilevanza prevalentemente a soggetti politicamente irresponsabili

### 5. (segue) La quarta fase: il Trattato di Lisbona e alcune nuove Direttive dei primi anni di questo secolo: timida rinascita di un’Unione caratterizzata da un maggiore grado di solidarietà?

Nel 2007, prima della grande crisi che stiamo ancora vivendo, viene firmato il Trattato di Lisbona. All’interno del Trattato viene inserito il riferimento all’*economia sociale di mercato*<sup>33</sup> *fortemente competitiva* (art. 3, comma 3, del Trattato sull’UE). Prima del Trattato di Lisbona, il Trattato Ce utilizzava la formula “economia di mercato aperta e in libera concorrenza” (art. 4, comma 1, Trattato Ce).

La nozione di ESM è stata introdotta per la prima volta da un economista ordo-liberale, Alfred Muller-Armack. L’espressione è tradizionalmente ricondotta a quel filone di pensiero (preesistente alla definizione), per l’appunto ordo-liberale, che si sviluppa a Friburgo negli anni ‘30 del secolo scorso, e che annovera fra i suoi esponenti principali Röpke, Eucken, Rüstow, Böhm e lo stesso Ehrard. La teoria ordoliberal era inscritta dentro il paradigma liberale, seppur in un certo modo ibridato. Il termine “sociale” in quel contesto, derivava dal credere che la possibilità stessa per gli individui di partecipare al processo e di avere eguali opportunità aveva in sé (inglobava) un valore sociale<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> L’auspicio – come dice S. RODOTÀ – (*Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 718) di potere avere «una costruzione consapevole» da parte degli interpreti che, rompendo con l’unicità di valori presente nel codice, riesca a «dar voce ad un pluralismo di valori, atteggiamenti, culture presenti contemporaneamente in una organizzazione sociale» (auspicio che spiega bene, ripeto, la ragione per cui anche la migliore dottrina ha guardato con favore all’affermarsi delle clausole generali) sembra irrealizzabile.

<sup>32</sup> F. DENOZZA, L’interesse sociale tra «coordinamento» e «cooperazione», in AAVV, *L’interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders*. In ricordo di Pier Giusto Jaeger, Giuffrè, 2010, 16.

<sup>33</sup> Da ora in poi ESM nel testo e in nota.

<sup>34</sup> Sull’economia sociale di mercato vedi M. LIBERTINI, *Autorità indipendenti, mercati e regole*, in *Riv. it. Per le scienze giuridiche*, 2010, 66; Id., voce «Concorrenza», in *Enc. del dir.*, Annali

<sup>28</sup> In *Riv. crit.dir.priv.*, 2005, 99. I lavori che portano alla pubblicazione del Manifesto vengono avviati nel 2003 ma le idee in esso contenute erano già presenti negli scritti di alcuni dei redattori.

<sup>29</sup> Cfr. G. VETTORI, *I contratti per l’impresa fra tipi e clausole generali*, in GITTI-MAUGERI-NOTARI (a cura di), *I contratti per l’impresa, I. Produzione, circolazione, gestione, garanzia*, Il Mulino, 2012, 97 ss.

<sup>30</sup> Per una sintesi delle diverse posizioni vedi G. VETTORI, *op.ult.cit.*



Come ha già sottolineato Francesco Forte nel 2008, però, "Molti di coloro che si pronunciano a favore dell'economia sociale di mercato non usano questo termine nel senso di Röpke o Einaudi, ma si riferiscono a una socialità che corregge il sistema di concorrenza"<sup>35</sup>.

Di qui un certo entusiasmo per la svolta effettuata. Entusiasmo anche giustificato da alcune aperture che si registravano nei documenti legati alla strategia Europa 2020 (mi riferisco soprattutto ai punti 36 e 38 della Comunicazione della Commissione Per un'economia sociale di mercato altamente competitiva – Relazione 2010 sulla cittadinanza dell'Unione in cui si fa riferimento ad esempio a "iniziative per l'imprenditoria sociale intese a sostenere e ad accompagnare lo sviluppo di progetti imprenditoriali innovativi sul piano sociale nell'ambito del mercato unico, utilizzando in particolare il rating sociale, l'etichettatura etica e ambientale, gli appalti pubblici, l'attuazione di un nuovo regime per i fondi di investimento e la raccolta del risparmio "dormiente"")

Accanto a queste indicazioni di programma si registravano nei primi anni di questo secolo alcune misure concrete in favore di soggetti deboli.

Penso ad esempio, a quanto previsto dal primo comma dell'art. 57 (Misure speciali destinate agli utenti disabili) del Codice delle Telecomunicazioni (Decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, in recepimento della Direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica) secondo il quale: "1. L'Autorità adotta, ove opportuno, misure specifiche per garantire che gli utenti finali disabili fruiscano di un accesso, ad un prezzo accessibile, ai servizi telefonici accessibili al pubblico, compresi i servizi di emergenza ed i servizi relativi agli elenchi, che sia equivalente a quello degli altri utenti finali".

E ancora a quanto previsto dall' articolo 22 del decreto legislativo n. 164 del 2000, ora modificato dal Dlgs n. 93/2011, in recepimento dell'art. 36 della Direttiva 2009/72/CE del 13 luglio 2009, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica, che tutela e definisce i clienti vulnerabili. Protezione, però che aveva introdotto la Direttiva 2003/54/CE.

III, Giuffrè, 2011, 214 ss.; C. JOERGES, *Cosa resta della Costituzione economica europea?*, in *Riv. crit. Dir. Priv.*, 2005, 40 ss. Sul punto sia consentito anche rinviare a M. MAUGERI, *Il controllo delle clausole abusive*, cit., 122, n.59.

<sup>35</sup> F. FORTE lo scrive, criticando questa impostazione, in un articolo "Come evitar di far pasticci sull'economia sociale di mercato", pubblicato su *Il Foglio* il 26 agosto 2008. Intende l'ESM come legata ai doveri di solidarietà E. NAVARRETTA, *op. cit.*

## 6. Una battuta di arresto: la crisi e il fiscal compact.

Una cauta apertura verso profili di socialità sembrava, dunque, profilarsi nei primi anni del 2000.

Il grande crac del settembre 2008, con il fallimento della banca d'affari Lehman Brothers, segna però l'avvio di una crisi mondiale da cui ancora non siamo usciti<sup>36</sup>.

A ciò si aggiunga che nel 2009 la Grecia ha rivelato l'esistenza di un enorme buco di bilancio, nel 2010 sono scoppiate prima tensioni sul debito greco e successivamente preoccupazioni per l'Irlanda e il suo eccesso di debito nel settore immobiliare e per il Portogallo e il suo disavanzo. Nell'estate del 2011, da ultimo, anche la Spagna e l'Italia sono state lambite dal rischio di default. La situazione di crisi nell'Eurozona si è, dunque, accentuata<sup>37</sup>.

Tutto ciò ha portata all'approvazione in Europa, il 2 marzo 2012, di un Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla governante nell'Unione economica e monetaria (cd. *Fiscal Compact*).

Tale Trattato impone, fra l'altro, (i) l'inserimento del "pareggio di bilancio" nella disciplina delle parti contraenti (in Italia è stato modificato l'art. 81 della Cost.), pareggio che si considera rispettato se il saldo strutturale (non legato ad emergenze) annuo è pari all'obiettivo di medio termine specifico per il paese, quale definito nel patto di stabilità e crescita rivisto, con il limite inferiore di un disavanzo strutturale dello 0,5% del prodotto interno lordo ai prezzi di mercato; (ii) l'obbligo di mantenere il deficit di bilancio pubblico inferiore al 3% del PIL; (iii) obbligo di mantenere il debito pubblico inferiore al 60% del PIL, o in costante diminuzione verso questo limite di riferimento<sup>38</sup>.

Con questi vincoli immaginare nuovi e stabili interventi in chiave di solidarietà orizzontale è arduo.

<sup>36</sup> In Italia sulla crisi del 2008 vedi, fra gli altri, F. VELLA, *Capitalismo e finanza. Il futuro fra rischio e fiducia*, Il Mulino, 2011.

<sup>37</sup> Sulla crisi dell'eurozona vedi L. BINI SMAGHI, *Morire di austerità. Democrazie europee con le spalle al muro*, Il Mulino, 2013.

<sup>38</sup> L'art. 4 del c.d. *Fiscal Compact* dispone quanto segue: Quando il rapporto tra il debito pubblico e il prodotto interno lordo di una parte contraente supera il valore di riferimento del 60% di cui all'articolo 1 del protocollo (n. 12) sulla procedura per i disavanzi eccessivi, allegato ai trattati dell'Unione europea, tale parte contraente opera una riduzione a un ritmo medio di un ventesimo all'anno come parametro di riferimento secondo il disposto dell'articolo 2 del regolamento (CE) n. 1467/97 del Consiglio, del 7 luglio 1997, per l'accelerazione e il chiarimento delle modalità di attuazione della procedura per i disavanzi eccessivi, come modificato dal regolamento (UE) n. 1177/2011 del Consiglio, dell'8 novembre 2011. L'esistenza di un disavanzo eccessivo dovuto all'inosservanza del criterio del debito sarà decisa in conformità della procedura di cui all'articolo 126 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea.



Da più parti si sta chiedendo la rinegoziazione dei vincoli di bilancio. Allo stato non è prevedibile l'evoluzione sul punto.

### 7. Una fotografia del presente.

Cosa caratterizza allora il presente?

In primo luogo, il passaggio da una solidarietà verticale (ossia quella forma di trasferimento diretto dallo Stato ai cittadini in vario modo bisognosi) a una solidarietà prevalentemente orizzontale (ossia quella forma di redistribuzione della ricchezza che opera da cittadino a cittadino e che interviene attraverso la disciplina del contratto) ha fatto inevitabilmente sì che la soddisfazione di alcuni bisogni essenziali (un tetto, l'istruzione, la salute, ma anche un lavoro o un reddito minimo, un trattamento pensionistico adeguato e il sostegno durante la fase della vecchiaia, ecc.) sia rimasto in larga misura senza tutela. In altre parole, il passaggio in questione si è tradotto in un aumento significativo degli indigenti e, ovviamente, in una sottrazione di tutela a tutti i soggetti non in grado di operare transazioni (gli esclusi).

In secondo luogo, il deciso passaggio dalla solidarietà orizzontale indirizzata da scelte politiche (ancorché con l'eccezione derivante dalla debole inversione di tendenza della quarta fase) e operata per categoria sociale (intervento sul contratto di lavoro dipendente, equo canone nella locazione, ecc.) alla solidarietà orizzontale di tipo occasionale, la giustizia del singolo scambio, in larga misura slegata dalla scelta politica di tutela di categorie sociali di soggetti, ha fatto in modo significativo perdere di vista la visione di sistema. Si aggiunga a ciò che la selezione degli interessi cui tributare rilevanza è stata affidata anche a soggetti politicamente irresponsabili (i giudici).

In terzo luogo, l'incremento di interventi che in vero non sono di solidarietà orizzontale (cioè distributivi) bensì (almeno nelle intenzioni) meramente allocativi ha consentito, attraverso la retorica della tutela del consumatore/soggetto debole, di mascherare questa progressiva riduzione degli interventi in chiave di reale solidarietà. La tutela del funzionamento del mercato è stata presentata come una forma di attenzione nei confronti dei deboli.

In quarto luogo, la coesistenza di più spinte ha dato luogo a una decisa non unidirezionalità degli interventi e a distonie di sistema. Mentre in passato, infatti, i limiti all'autonomia privata erano prevalentemente (ancorché non solo) orientati a limitare in via politica il mercato (e i suoi esiti) al fine di redistribuire ricchezza a categorie di soggetti, oggi, accanto a questo tipo di regole (vecchie e nuove), co-

me si è detto, troviamo una pluralità di discipline che tendono più a ricreare condizioni di mercato efficienti (o, se si vuole, a risolvere i problemi di *market failure* inevitabili) che a proteggere "chi non ha". A ciò si aggiunga che si annoverano anche regole che devono essere iscritte più in un paradigma di neo-protezionismo economico che in quello di solidarietà sociale in senso stretto. La non unidirezionalità degli interventi ha portato in alcuni casi a vere e proprie distonie di sistema (concorrenza e protezionismo, ad es. sono antitetici, si può scegliere una via, se si vogliono proteggere alcuni interessi o l'altra via se si vuole tributare rilevanza ad altre esigenze, ma non ha senso alcuno sceglierle entrambe, per di più senza coordinamento, quanto meno rispetto agli ambiti di operatività dell'uno e dell'altro criterio ordinatore). La distonia di sistema non si può dire caratterizzi solo la fase che stiamo attraversando. Oggi si assiste solo a una accentuazione del fenomeno.

Aumento delle povertà e incertezze sulle direzioni politico-economiche da seguire per uscire dalla crisi nel presente. Non si può che sperare che il futuro sia migliore.



## IL DEBITO DA ECCEZIONE A REGOLA

Di Stefano Pagliantini

| 104

**SOMMARIO:** 1. Prologo: l'indeterminatezza di una formula e la sua concretizzazione nascosta. Dal debito colpa al debito errore.- 2. Primo significato: lo spersonalizzarsi del rapporto obbligatorio nella legislazione consumeristica tra statuto debole dell'interesse creditorio e strict liability del professionista in funzione del e per l'efficienza del mercato. Il caso *Le Crédit Lyonnais SA* (C-565/12). - 3. Secondo significato: la nuova interazione tra debito e patrimonio nei rapporti obbligatori di diritto comune. L'inadempimento di necessità e spunti per una rilettura degli artt. 2740 e 2744 c.c., nella prospettiva di una proprietà - garanzia.- 4. Segue: l'effettività rimediata affievolita della tutela creditoria nel tempo presente: il contrappunto preminente dell'interesse familiare, la *Verwirkung* secondo il *mos italicum* ed il privilegio esecutivo della parte pubblica alla maniera di Corte costituzionale 186/2013. Il convitato di pietra dei *délais de grâce* secondo l'art. 1244 cod. civ.- 5. Terzo significato (in due contesti apparentemente lontani): il mutuo fondiario con causa solutoria (cioè di una metamorfosi convenzionale del debito originario), la saga del trust liquidativo (e dintorni).- 6. Quarto significato: la stagione (al termine ?) dei derivati degli enti pubblici. - 7. Epilogo: credit crunch e merito creditizio. I molteplici fattori di restrizione del credito ed un finanziamento all'impresa che latita.

### 1. Prologo: l'indeterminatezza di una formula e la sua concretizzazione nascosta. Dal debito colpa al debito errore

Il debito da eccezione a regola: un titolo agli antipodi di quella raffigurazione del debito che si legge nella *Genealogia della morale* (1887) di Nietzsche dove la nozione morale di colpa e quella giuridica di debito stanno assieme perché l'intera morale procederebbe «dal diritto delle obbligazioni»<sup>1</sup>: nella prospettiva di Nietzsche, la comunità tratta chi

delinque come il creditore fa col debitore inadempiente, irrogando cioè una pena, nel terreno giuridico dell'obbligazione denominata poi risarcimento dei danni. In questa visione debito e colpa sono un binomio inscindibile, l'indebitarsi un *fatto patologico*: e d'altra parte, come sempre notava Nietzsche, *Schuld*, in tedesco, sta sia per debito che per colpa, *Schuld* è il nome di uno dei quattro fantasmi del Faust di Goethe e la sua radice pare che sia la stessa del latino *scelus*, cioè delitto<sup>2</sup>. Anche per lo Schopenauer de "Il mondo come volontà e rappresentazione", sebbene il dato sia molto meno noto, il debitore inadempiente è la parte che «rompe il patto e,

<sup>1</sup> V. G. ROSSI, *Il gioco delle regole*, Milano, 2006, p. 46. La citazione di Nietzsche insiste su di una compensazione che implica la sofferenza del debitore colpevole «in quanto il danneggiato» baratta «il danno, con l'aggiunta dello scontento [per il pregiudizio patito con] uno straordinario godimento: il far soffrire» (p. 51 e p. 54).

<sup>2</sup> Il riferimento linguistico è tratto da G. COSÌ, *Il debito: un fenomeno patologico?*, in *Studi Senesi*, CXXV, (III Serie, LXII), 2013, p. 230.

insinuando nella mia conoscenza motivi solo illusori, ha diretto la mia volontà secondo i propri fini, ha esteso il dominio della volontà propria sopra un altro individuo, e quindi ha compiuto una vera e propria ingiustizia»<sup>3</sup>: dove il trittico delle parole illustranti la “cifra” del ragionamento sta tutto in una rottura, preceduta da un’*insinuazione illusoria*, seguita da una *volontà di potenza* e culminante in un’*ingiustizia*. Il debitore è pur sempre colui che ha infranto la *fides* riposta nel contratto<sup>4</sup>.

Com’è risaputo, almeno dal Rudolf von Jhering del *Der Kampf ums Recht* (1872)<sup>5</sup>, proprio la storicità è però la caratteristica essenziale del diritto: sicché, in una società dove l’*homo habens* o *consumens* ha soppiantato quello *faber*, tanto che quest’*homo* è «virtuoso finché s’indebita»<sup>6</sup>, non deve destare alcuna sorpresa la circostanza che il debito da momento patologico venga ad essere percepito come una *vicenda fisiologica*. Un debito che, per l’appunto, da eccezione si è fatto regola, quale logico complemento di un nuovo archetipo di «soggetto antropologico» protagonista di quelle società contemporanee che esistono se sono «a crescita obbligatoria»<sup>7</sup>. Il debito, in un contesto programmato per promuoverlo ed incentivarlo, non può declinarsi come una *colpa*. Piuttosto è un *errore*: e le normative che lo governano alla dimensione di una responsabilità *che sanziona* devono costitutivamente assommare quella di un rimedio *che ripara* ad una pecca. Quella pecca che quando è troppa e trasmoda potrebbe però arrivare ad inficiare l’ordine sociale: di qui la sacralità non del debito ma dell’atto rimetterlo o di condonarlo. D’altronde il verbo *dimettere* ha un doppio significato, sta per condonare/perdonare ma anche per pagare/soddisfare un creditore: e se di nuovo per Nietzsche ogni soggetto è in debito con la società alla quale appartiene, è Carnelutti a definire il peccato come «un debito dell’uomo verso Dio»<sup>8</sup>.

In un debito fattosi regola, questo si vuol mettere in luce, la componente del risarcire/restituire, ripri-

stinando così quello *status quo ante* che evidentemente era la «condizione giusta»<sup>9</sup>, inevitabilmente si appanna mettendo in mostra un’opacità crescente. La cultura contemporanea è tutta incentrata sul debito, che sia sovrano o del privato: il prestito vitalizio ipotecario, l’ultima figura che si conosce, vede un finanziamento garantito da un’ipoteca di primo grado su immobili residenziali a favore di persone fisiche di età superiore a 65 anni, i quali dunque *si indebitano* per soddisfare le loro esigenze di vita (art. 11-*quaterdecies* l. 248/2005). È un debito che involge sia il *finanziato* che i suoi *eredi*, se è vero che costoro, alla morte del beneficiario, hanno la facoltà di scegliere tra l’estinzione del debito ed il sopportare la vendita dell’immobile per consentire al creditore di soddisfarsi. Insomma il debito è una situazione che, nella società contemporanea, impera in modo incontrastato.

Ma, in aggiunta e scendendo un po’ più nel dettaglio, debito da eccezione a regola è pure un titolo intrinsecamente polisemico: che sarebbe probabilmente inappropriato declinare in una sola accezione. Ecco per quale motivo qui si proverà ad affinarlo ricorrendo ad una rosa di quattro (possibili) significati.

## 2. Primo significato: lo spersonalizzarsi del rapporto obbligatorio nella legislazione consumeristica tra statuto debole dell’interesse creditorio e *strict liability* del professionista in funzione del e per l’efficienza del mercato. Il caso *Le Crédit Lyonnais SA (C-565/12)*.

Il primo: la *desoggettivizzazione* del rapporto obbligatorio ovvero, pur se è lo stesso, la perdita di individualità dell’obbligazione, quando questa si situa nell’area delle operazioni di consumo, a *latere debitoris*. Non, come si potrebbe opinare, una *soggettività funzionalizzata* bensì –e più propriamente– uno svuotamento della soggettività perché disancorata dai bisogni e dalla dimensione di fattualità dell’individuo.

La traiettoria argomentativa che illustra questo primo archetipo del discorso si può così sintetizzare: la specialità del diritto dei consumi, sulla scorta della precomprensione fallace che la classe dei consumatori esprima un interesse isoforme tutelabile portando al grado massimo il loro benessere, ha prodotto il risultato di un fitto *segmentarsi* delle discipline. Questa *moltiplicazione* degli statuti normativi, perché il diritto comune pensato per dei contraenti di eguale potere non riesce intrinsecamente a

<sup>3</sup> V. A. SCHOPENAUER, *Il mondo come volontà e rappresentazione*, a cura di P. Savj-Lopez e G. Di Lorenzo, Bari, 1968 (ristampa della III ed.), vol. I, Libro IV, § 62, p. 445. Utilissimi spunti in L. ALFIERI – E. CASTRUCCI – C. TOMMASI, *Schopenhauer filosofo del diritto. Tre studi e una selezione di testi*, Siena, 2004, spec. p. 7 ss. e p. 27 ss.

<sup>4</sup> Per un succoso quadro storico, che dall’esperienza storico – politica dell’antica Roma, passando per le *lettres de répit* dei re di Francia, giunge al dato normativo vigente, v. A.D. MANFREDINI, *Rimetti a noi i nostri debiti. Forme della remissione del debito dall’antichità all’esperienza europea contemporanea*, Bologna, 2014, *passim*.

<sup>5</sup> Vedilo in *La lotta per il diritto ed altri saggi*, Milano, 1989.

<sup>6</sup> Cfr. G. COSÌ, *Il debito: un fenomeno patologico?*, cit. p. 231.

<sup>7</sup> V. G. COSÌ, *op. ult. cit.* p. 229.

<sup>8</sup> Cfr. F. CARNELUTTI, *Interpretazione del Padre Nostro. Il poema di Gesù*, Venezia, 2001, p. 68.

<sup>9</sup> Cfr. G. Cosi, *op. ult. cit.* p. 234.

neutralizzare i *market failures*, non è però concepita in funzione di un *soggetto* quanto e piuttosto in vista dell'abbattimento dei costi transattivi propri di questa o quella operazione economica. Il sottinteso assiologico di gran parte della normativa consumeristica ruota infatti intorno alla premessa che i *sud-detti costi*, impedendo il realizzarsi di scambi efficienti perché vantaggiosi per entrambe le parti, sia *in danno* del pubblico interesse: naturalmente se, in linea con i dettami del pensiero tardo-liberale ispirante tutta questa normativa<sup>10</sup>, si è dell'avviso che l'efficienza della singola transazione, in quanto ottimizza l'interesse di ogni contraente, sia un tassello di quel benessere collettivo tutt'uno giust'appunto con la massimizzazione dei benessere individuali. Quand'è così, se tutto il *welfare consumerism* è coniato in vista di un mercato efficiente perché soltanto questo *mercato concorrenziale* è in grado di assicurare una prosperità generale, apparirà allora chiaro come il perimetro del corrente *consumer law* sia per sua natura tarato fisiologicamente sulla *sola* figura asettica di un consumatore che *sceglie* tra questo e quel prodotto, non sul prototipo concreto di un *consumatore persona*. Il *consumatore debitore* non è insomma visto nella sua individualità ma rileva *serialmente* come membro di una categoria anonima. Come si è acutamente scritto, la libertà di scelta del consumatore debitore non è di tipo *strategico* ma *parametrico* visto che egli è concepito *ex lege* come un *soggetto che si determina unicamente nell'atto e per l'atto* di «destina[re] le proprie risorse nella maniera che gli consente di ottenere il massimo di soddisfazione possibile nella situazione data»<sup>11</sup>. La penetrante critica di chi, nell'illustrare l'attuale stato del diritto dei consumi, parla di una mano visibilissima del mercato che vince sulla ben diversa idea di una *soziale Marktwirtschaft*<sup>12</sup>, fa mostra di un intercalare argomentativo dove mutano i *nomina* ma non la *substantia* del discorso. La *personalizzazione del debitore consumatore*, in quanto non figura deviante ma che tutt'al più *pecca*, è all'origine dell'*absentia* nella legislazione consumeristica di un qualsiasi riguardo per il mutuatario che incappi in una sopravvenienza penalizzante: nel

<sup>10</sup> Si mutua questa terminologia dalla densa pagina di F. DENOZZA, *La frammentazione del soggetto nel pensiero giuridico tardo-liberale*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, I, ripercorrendo diacronicamente la parabola di quell'EAL che ha fornito il substrato ideologico a quell'idea di asimmetria informativa alla base di tutto il sistema contemporaneo di *consumer law*, al quale si rinvia anche per tutti i (fitti) riferimenti bibliografici.

<sup>11</sup> Cfr. F. DENOZZA, *La frammentazione del soggetto nel pensiero giuridico tardo-liberale*, cit. p. 19.

<sup>12</sup> Il riferimento, anche per l'illustrazione della dicotomia tra consumatore *homo oeconomicus* ovvero *homo consumens*, è a H. MICKLITZ, (a cura di), *The Many Concepts of Social Justice in European Private Law*, Elgar, 2011, p. 3 ss.

dettaglio, ma l'indicazione è puramente esemplificativa, può farsi il caso del consumatore incolpevolmente licenziato ovvero colpito da una grave malattia; tutte fattispecie nelle quali, potrebbe sostenersi, essendo mutati i presupposti della stipula, le ragioni di una perdurante efficienza del sinallagma contrattuale o di un legittimo affidamento del professionista alla stabilità dell'operazione economica devono cedere alle ragioni di vita personale di un consumatore che eccipisce motivazioni non patrimoniali intercettanti una causa costituzionalizzata di solidarietà familiare<sup>13</sup>. Ebbene, forme atipiche di sospensione del pagamento, uscendo dal «paradigma della stretta sinallagmaticità commerciale»<sup>14</sup>, mancano totalmente nelle direttive che, a vario titolo, reggono la materia. Il fine periodare di Corte costituzionale 19/94<sup>15</sup>, con un principio di inesigibilità della prestazione che manda esente il debitore dalle conseguenze dell'inadempimento ex art. 1218 c.c. ogni qualvolta la pretesa creditoria entri «in conflitto con un interesse del debitore tutelato dall'ordinamento giuridico o, addirittura, dalla Costituzione come valore preminente o, comunque, superiore a quello sotteso alla pretesa creditoria», non riecheggia neppure un po' in questi testi.

Il che a cascata introduce al secondo livello del discorso: un consumatore rilevante alla sola stregua di un soggetto vulnerabile, in quanto la sua libertà negoziale è «*disqualifiée*» e tutta rinserrata in uno scegliere lo scambio più conveniente cioè meglio massimizzante il suo benessere<sup>16</sup>, necessariamente invero reclama un apparato rimediabile che sia *effettivo* ai sensi degli artt. 38 e 47 CDFUE. Dove *-cave-effettività* significa però sempre e solo un rimedio acconcio *se e perché dissuadente*, chi ne potrebbe profittare, a servirsi di costi transattivi in danno della controparte.

<sup>13</sup> Ma, come facilmente può immaginarsi, non meno emblematico finisce per essere il catalogo dei casi nei quali si registri la sopravvenienza di figli, la malattia di un congiunto ovvero il «debito di mantenimento dopo il divorzio di una famiglia che vive separata dal debitore consumatore»: così A. NICOLUSSI, *I consumatori*, in *Gli anni settanta del diritto privato*, a cura di Luca Nivarra, Milano, 2008, p. 438. Per un puntuale censimento critico delle situazioni idonee a controbilanciare l'effettività della tutela creditoria, in un quadro includente il riferimento allo stato di necessità, v. recentemente O. CLARIZIA, *Sopravvenienze non patrimoniali e inesigibilità nelle obbligazioni*, Napoli, 2012, p. 158 ss., spec. p. 211 ss. e p. 217 ss.

<sup>14</sup> Così A. NICOLUSSI, *I consumatori*, cit. p. 439.

<sup>15</sup> È la notissima C. cost. 3 febbraio 1994, Pres. Casavola, rel. Baldassarre.

<sup>16</sup> Così J. ROCHFELD, *La protection du consommateur – contractant dans l'Union européenne: quelques enseignements sur le statut de la liberté contractuelle et des contrats à durée indéterminée*, in *RDC*, 2013, p. 847, che parla di uno statuto della libertà contrattuale, in materia di rapporti di consumo, di tipo scettico o realista.



Si delinea così, nella parabola di un debito che da eccezione si fa regola, la fisionomia di uno *statuto debole* dell'interesse creditorio in qualche maniera oscurato da un *favor* non, come superficialmente si potrebbe concludere, *debitoris* ma *marked oriented* perché il consumatore non è un attore razionale: e dunque è il professionista creditore che va onerato di una *strict liability* la cui deterrenza punitiva è unilateralmente direzionata alla maggior efficienza degli scambi. La recentissima *Le Crédit Lyonnais SA (C-565/12)*<sup>17</sup> disegna alla perfezione l'abbozzo di una responsabilizzazione dell'attività d'impresa espressa seguendo coordinate che vedono il *cattivo professionista irresponsabile* soccombere ogni qualvolta il lucro deducibile dalla propria colpa *non sia notevolmente inferiore al profitto* «di cui avrebbe potuto beneficiare se avesse ottemperato al suo obbligo di verifica della solvibilità del debitore». Nel pronunciarsi sull'interpretazione degli artt. 8 e 23 della direttiva 2008/48/CE, si legge infatti che il professionista, se ha mancato all'obbligo precontrattuale di verifica del merito creditizio, decade tanto dagli interessi convenzionali quanto da quelli legali perché, se potesse legittimamente esigere i secondi, la sanzione per l'inadempimento di un obbligo di legge *non sarebbe sufficientemente dissuasiva*.

Il tutto, per inciso, è dotato di una logica stringente. Se sta infatti nel massimizzare il consumo individuale il valore assunto a fattore guida di tutta la legislazione odierna sul *welfare consumerism*, essendo la somma dei consumi individuali massimizzati a produrre benessere, l'omissione negligente del professionista causa di danno per il consumatore va efficacemente repressa perché essa, *in concreto*,

<sup>17</sup> La questione pregiudiziale verteva sulla legittimità di quell'art. L. 311-48, cc. 2 e 3 *c. consom.* che, per il caso di mancata verifica della solvibilità del debitore, contempla la decadenza dal diritto agli interessi, totalmente o in una misura fissata dal giudice, con un debitore obbligato soltanto alla restituzione della somma capitale ovvero, per l'ipotesi di una decadenza parziale, anche degli interessi superstiti. Degli interessi però corrispettivi: per quelli legali infatti, già dovuti in forza della previsione generale di cui all'art. 1153 *c.c.* per il caso di condanna all'adempimento, la previsione dell'art. L.313-3 *cod. mon. et financ.* contempla la variabile di un tasso di interesse legale maggiorato di cinque punti, allorché sia spirato inutilmente il termine di due mesi decorrenti dal giorno in cui la sentenza di condanna sia divenuta esecutiva. Una maggiorazione, lo si apprende dalla narrativa del fatto, che la giurisprudenza è solita poi interpretare come di pieno diritto, nel senso quindi di un *surplus* dovuto *automaticamente*, quantunque la legge autorizzi il giudice, su domanda di parte ed in considerazione della situazione patrimoniale del debitore, ad escluderla ovvero a rivederne l'importo. Di qui allora il forte dubbio che la sanzione francese, a presidio dell'art. 8 della direttiva, per il fatto di assicurare un *beneficio al creditore*, non fosse né efficace né dissuasiva. Il che, come si chiarisce nel testo, la Corte di Giustizia ha, senza tante circonlocuzioni o distinguo, subito provveduto a rilevare.

prima di tutto nuoce *al mercato*. Detto in modo più prosaico: il *consumatore consuma*, nella cornice ordinativa di un mercato interno efficiente, se può fare affidamento sui propri diritti. Le condotte avventate o irresponsabili dei professionisti, producendo situazioni di insolvenza o di sovraindebitamento ostative alla crescita dei consumi, *in concreto* minano quel mercato concorrenziale trasfigurato in una situazione di *public interest*. Allocazione del rischio sul professionista e selezione come *effettivo* del rimedio meglio contrastante pratiche di *market failures* sono, in altre parole, due facce della stessa medaglia. Dire perciò, come spesso si legge, che la nuova disciplina sul credito ai consumatori vuol premiare un *prestito responsabile* in quanto espressione di un'assunzione consapevole del debito, non è errato: ha però il vistoso difetto di scambiare per *scopo* dello direttiva quel che, in realtà, è soltanto un fine mediato e per ciò stesso strumentale<sup>18</sup>.

Una piccola chiosa prima di passare oltre.

Debito da eccezione a regola, si diceva, con l'emersione di un *favor mercatorum* che mette tra parentesi i *singoli interessi creditor* visto che ciascuno di loro è, in una qualche misura, *al servizio* di un supposto *interesse comune* all'efficienza del mercato. Trattasi di un *favor* che è sempre in procinto di allargare la sua latitudine: ma per l'elementare ragione che l'estensione di un regime protettivo alle PMI, nonostante le ragioni di subalternità siano molto diverse, obbedisce alla medesima logica efficientistica. Un'impresa vessata, costretta a subire condizioni contrattuali ingiustamente gravose, farà infatti mancare una sequenza di singoli scambi efficienti, col risultato che fisiologicamente non si troverà a svolgere il *suo ruolo* economico nel mercato di riferimento. In quest'ottica, il tredicesimo considerando della direttiva 2011/83, in ordine alla facoltà degli Stati membri di assoggettare al regime protettivo anche chi non sia un *consumatore puro*, dà totalmente corpo ad un piano d'azione impregnato dell'idea di un mercantilismo efficiente *se e quando* ogni contratto, in quanto stipulato «in condizioni di assenza di *market failure*»<sup>19</sup>, massimizzi l'utilità. Il CESL, visto che la normativa sulle clausole abusive si applica al contratto concluso tra un professionista ed una piccola o media impresa (artt. 79 - 86)<sup>20</sup>, non parrebbe decampare da questa cornice.

<sup>18</sup> Così, *inter alios*, L. MODICA, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, Napoli, 2012, p. 228.

<sup>19</sup> Cfr. F. DENOZZA, *La frammentazione del soggetto nel pensiero giuridico tardo-liberale*, cit. p. 11.

<sup>20</sup> Che tanto piccola però non è se tale risulta quella costituita da imprese che occupano meno di 250 persone, il cui fatturato annuo non supera i 50 milioni di EUR oppure il cui totale di bilancio annuo non supera i 43 milioni di EUR. Questo stando alla raccomandazione 2003/361 della Commissione, del 6 mag-

**3. Secondo significato: la nuova interazione tra debito e patrimonio nei rapporti obbligatori di diritto comune. L'inadempimento di necessità e spunti per una rilettura degli artt. 2740 e 2744 c.c. nella prospettiva di una proprietà - garanzia.**

Il secondo: cioè la revisione del rapporto, non più nei termini di un'asettica indifferenza, tra *debito e patrimonio* quanto e piuttosto nell'ottica di un *bilanciamento di interessi*.

Qui l'apparato argomentativo è forse meno sofisticato del precedente ma parimenti accattivante e si snoda muovendo dalla facile notazione che, nell'ottica codicistica, la relazione tra debito e responsabilità patrimoniale è di tipo funzionale perché il patrimonio sta al debito come *garanzia* per un creditore ammesso a promuovere le azioni –artt. 2900 ss.- utili a conservarne l'integrità<sup>21</sup>. Nella sua accezione più pregnante, quel che è stato definito come un vincolo funzionale vuole precisamente significare che la tutela conseguente all'inadempimento mette in campo giust'appunto una *responsabilità patrimoniale*. Responsabilità che è «fuori del debito» in quanto lo affianca come una tecnica che *rimedia* all'inadempimento<sup>22</sup>. La coppia tedesca *Schuld – Haftung*, forse meglio di altre, rende l'idea di una responsabilità evocante l'immagine di un patrimonio del debitore assoggettato alle azioni esecutive di un creditore rimasto insoddisfatto: e la metafora, che si deve notoriamente a Larenz, di una responsabilità succedanea del debito alla stregua di un'ombra che lo accompagna<sup>23</sup>, descrive in modo calzante il suo essere *oltre* il debito, quale *garanzia* per il soddisfarsi del credito. Per inciso, quando Nicolò vede nella responsabilità patrimoniale il dato disvelante la *giuridicità* dell'obbligazione, cioè uno stato di soggezione all'azione esecutiva dovuto al fatto che a monte c'è «un obbligo giuridico da parte del debitore e[d] ... un diritto soggettivo da parte del creditore»<sup>24</sup>, non è

gio 2003, relativa alla definizione delle microimprese, piccole e medie imprese (art. 2, § 1).

<sup>21</sup> V., per un elegante scrutinio dell'intera problematica, A. DI MAJO, *Debito e patrimonio nell'obbligazione*, in *Le obbligazioni e i contratti nel tempo della crisi economica. Italia e Spagna a confronto*, a cura di Grisi, Napoli, 2014, p. 23 ss.

<sup>22</sup> Così A. DI MAJO, *Debito e patrimonio nell'obbligazione*, cit. p. 25.

<sup>23</sup> V. K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, München, 1982, p. 22.

<sup>24</sup> Cfr. NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale*,

che mostri di ragionare troppo diversamente: e si può dire lo stesso per Giorgianni<sup>25</sup>, con l'istantanea di una responsabilità quale potere di aggressione *in fieri*, sino agli autori più recenti, fintanto che l'ossatura del discorso dogmatico si impenna sul binomio soggezione/diritto potestativo<sup>26</sup> ovvero sulla correlazione tra patrimonio del debitore e situazione di vantaggio, che vi insiste, del creditore<sup>27</sup>.

Dunque un rapporto di consequenzialità, non già una compenetrazione: in un contesto siffatto, distorti -è vero- sono gli artt. 1186 e 1461 c.c., forme manifestative di casi nei quali si hanno dei «rimedi preventivi contro l'insolvenza patrimoniale»<sup>28</sup>. Ma si tratta, è bene sottolinearlo, delle sole due ipotesi che si conoscono di una *tutela anticipata* perché, di norma, la responsabilità patrimoniale dell'art. 2740 c.c. fa da corredo a quella personale dell'art. 1218 c.c. quale strumentario tecnico che *reagisce* ad un *default* del debito.

Orbene, altrettanto notoriamente se il debito si definisce in ragione del suo oggetto, la responsabilità patrimoniale prende corpo invece in ragione dei *mezzi* necessari per spazzare via l'inadempimento: mezzi però *-hic Rhodus, hic salta-* che disconoscono *seu* ignorano il limite di un'«impossibilità e/o eccessiva difficoltà del loro reperimento». Non a caso la responsabilità patrimoniale è illimitata o, com'anche si trova scritto<sup>29</sup>, *universale*. Non solo, anche se con un costruito argomentativo per la verità più asserito che dimostrato, l'opinione tradizionale è nel senso che l'art. 2740, c. 2 c.c. circoscrive le restrizioni dell'oggetto della responsabilità patrimoniale al solo perimetro *di legge*, con un'allegata radicale nullità per *tutti* gli atti di autonomia privata preordinati a circoscrivere direttamente od in modo

*le*, in *Comm. cod. civ. Scialoja – Branca*, Bologna – Roma, 1960, p. 11.

<sup>25</sup> L'obbligazione, Milano, rist. 1968, p. 160 ss. e p. 173.

<sup>26</sup> Così L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali, artt. 2740 – 2744*, Milano, 2010<sup>2</sup>, p. 20 e F. ROSELLI, *Responsabilità patrimoniale. I mezzi di conservazione*, in *Tratt. dir. priv.* Bessone, Torino, 2005, p. 8.

<sup>27</sup> Rispettivamente V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, 19, Torino, 1997<sup>2</sup>, p. 375 e p. 378 e F. MACARIO, *Responsabilità e garanzia patrimoniale*, in *Diritto civile*, diretto da Lipari e Rescigno, IV, *Attuazione e tutela dei diritti*, II, *L'attuazione dei diritti*, Milano, 2009, p. 167. Una diversa prospettiva oggettivistica, volta a valorizzare l'interpolarsi della norma «all'interno del binomio ... volontà individuale - effetto», spostando così l'accento, «dall'individuo e dalle sue prerogative ... all'ordinamento e alle sue valutazioni», si incontra invece in E. MIGLIACCIO, *Parità di trattamento e concorso dei creditori*, Napoli, 2012, p. 64 ss. ed *amplius*, ID. *La responsabilità patrimoniale. Profili di sistema*, Napoli, 2012.

<sup>28</sup> Cfr. A. DI MAJO, *Debito e patrimonio nell'obbligazione*, cit. p. 26 (anche -p. 28- per la citazione che segue).

<sup>29</sup> Così V. ROPPO, *Responsabilità patrimoniale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1041 ss.





obliquo la garanzia generica dell'art. 2740, c. 1<sup>30</sup>. Retaggio dell'idea che un siffatto accordo si verrebbe a tradurre in un'inammissibile rinuncia del creditore all'azione esecutiva in quanto potestà pubblica, è innegabile che questa lettura veda nella tutela del credito un *valore assoluto*, rispetto al quale la nullità diventa un attributo qualificante persino le convenzioni dotate di un'efficacia personale *seu* obbligatoria<sup>31</sup>. Nasce di qui in ogni caso, pur se la preclusione ad un'intesa mimante funzionalmente gli effetti di un *pactum de non petendo* persuade assai poco<sup>32</sup>, l'inconfigurabilità di una situazione creditoria corredata di una responsabilità la quale sia compresa *ex ante* e ciò nondimeno, limitatamente a quella parte del patrimonio, di pieno diritto. Né il dato deve sorprendere: se tutto per l'appunto si tiene, l'antecedente logico di questa nullità già si incontra nella mancata recezione, a livello codicistico, del modello francese di un termine di grazia giudiziale, concesso al debitore *aequitatis causa*. L'art. 1181 cancella infatti quella dilazione ope iudicis che ancora si leggeva nell'art. 178 del Progetto italo-francese di Codice delle Obbligazioni<sup>33</sup>. Dunque nessun *favor debitoris*.

Ed allora, se questo è il panorama di riferimento, quel che esattamente si va profilando, nella stagione presente, è il tentativo di una riscrittura del rapporto tra debito e patrimonio *sub specie* di un *interesse del debitore*, rilevante perché meritevole di tutela, a modulare se non a conformare le vicende del debito che ha contratto *sullo stato* contingente del proprio patrimonio.

Alle corte: la separatezza congenita tra debito e responsabilità implica che di massima sia proprio l'insufficienza e/o una condizione di minorità patrimoniale ad occasionare l'inadempimento di un'obbligazione civile o fiscale. Ebbene, visto che la penuria di liquidità non fa *da limite* alla responsabilità patrimoniale proprio perché questa è per sua

natura una tecnica *che contrasta* l'inadempimento, i tentativi che il diritto della crisi ha escogitato per soccorrere un imprenditore, costretto per pagare i propri debiti ad un drastico taglio del personale od a mettere in liquidazione l'azienda, si incistano tutti nella valorizzazione del suo *default* finanziario alla stregua di un fattore capace di qualificare come incolpevole la mancata esecuzione della prestazione pecuniaria, con un'insolubilità patrimoniale del debitore basculante così tra una vicenda innominata di sospensione o di estinzione dell'obbligazione. Di là dalla *vexata quaestio* del mancato versamento dell'IVA, con una sopravvenuta crisi di liquidità dell'azienda che è molto discusso se valga da causa di non punibilità *ex art. 45 c.p.*<sup>34</sup>, i percorsi interpretativi che, al riguardo, si possono immaginare sono numerosi e, quale più quale meno, di sperimentata esperienza. Se in prima battuta, quando la *sopravvenuta insolvenza dell'obligato sia incolpevole*, si può infatti pensare ad una buona fede oggettiva che si attegga a limite di esigibilità della prestazione, a mo' di scudo di *altri* valori, di pari se non provvisti di una meritevolezza persino potiore<sup>35</sup>, neanche è da trascurare l'idea, contigua alla logica viceversa troppo descrittiva di una crisi economica trasformata in una forza maggiore c.d. sociale<sup>36</sup>, di

<sup>34</sup> Si tratta della c.d. evasione di necessità, detta anche di sopravvivenza. Per la qualificazione della crisi di liquidità dell'azienda come una scriminante, si pensi all'imprenditore che, in luogo di adempiere all'obbligo fiscale, si risolve piuttosto a versare le retribuzioni ai propri dipendenti, v. Trib. Roma, 16 giugno 2013 e, prima ancora, Trib. Roma, 7 maggio 2013, in [www.dejure.it](http://www.dejure.it). Ma l'approccio dei giudici di legittimità continua ad essere restrittivo, se è vero che -v. Cass. pen., 6 marzo 2014, n. 19426- l'esimente è reputata esistente soltanto laddove sia stata preceduta dalla prova a) che la crisi economica aziendale non si deve all'autore dell'omesso versamento e b) che la suddetta crisi non era altrimenti fronteggiabile con misure lecite.

<sup>35</sup> Questo, notoriamente, è l'itinerario interpretativo che si incontra nelle classicissime pagine di L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1089 s., senza dimenticare che la revisione della nozione di obbligazione in un'accezione «sensibile ai valori e ai principi fondamentali dell'ordinamento e quindi orientata ad attuarsi in funzione costituzionale», è già in P. PERLINGIERI, *Le obbligazioni tra vecchi e nuovi dogmi*, Napoli, 1990, p. 31 s. Nel testo non si fa invece rimando all'art. 1467 c.c. per l'ovvia ragione che la crisi economica non è certo annoverabile tra gli avvenimenti straordinari ed imprevedibili causa legittima di una risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta. Di recente, una nitida rilettura della nozione di inesigibilità, quale criterio di bilanciamento, si incontra nel volume di O. CLARIZIA, *Sopravvenienze non patrimoniali e inesigibilità nelle obbligazioni*, cit. p. 9 ss., p. 47 ss. e p. 93 ss.

<sup>36</sup> Ove, al fine di dare un più spesso sostrato tecnico all'eccezione di impossibilità di adempiere all'obbligo fiscale, si fa mostra di intendere la crisi economica come una forza esterna «in grado di condizionare la condotta del sostituto d'imposta, il quale non avrà alcuna possibilità se non quella di agire illecitamente» (c.vo aggiunto).

<sup>30</sup> V., *inter alios*, L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, cit. p. 34; V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit. 510 s.; F. GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista "non vivente" su trust e trascrizione)*, in *Riv. not.*, 2001, p. 21 ed A. NERVI, *La responsabilità patrimoniale dell'imprenditore - Profili civilistici*, Padova, 2001, p. 54 s.

<sup>31</sup> Fa eccezione il solo D. RUBINO, *La responsabilità patrimoniale - Il pegno*, in *Tratt. dir. civ. it.*, diretto da F. Vassalli, XIV, T. I, Torino, 1949<sup>2</sup>, p. 11 s., seppure nella prospettiva di una validità implicante una mera obbligazione negativa: col risultato, perciò, di svilire l'efficacia del patto (e la propensione a stipularlo).

<sup>32</sup> Per l'accostamento tra le due figure, nell'ottica di una validità v. G. ROJAS ELGUETA, *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, Milano, 2012, p. 185 ss. e in questo scritto *infra* § 5, testo e nt. nn. 77- 79.

<sup>33</sup> V., per tutti, A. DI MAJO, *Rilevanza del termine e poteri del giudice*, Milano, 1972, pp. 32 ss. e p. 161 ss.

un'illiquidità patrimoniale come forma di un'impossibilità temporanea ex art. 1256, c. 2 c.c., causa perciò di esonero da una responsabilità per ritardo<sup>37</sup>. Diversamente dall'impossibilità sopravvenuta che *estingue*, l'illiquidità, proprio perché *species* concretizzante un fatto che rende incoercibile l'obbligazione neutralizzando per riflesso la pretesa di esigere del creditore, verrebbe così a rappresentare una *situazione modificativa* «del rapporto obbligatorio perché consente, ove possibile, una modifica concordata dell'esecuzione della prestazione»<sup>38</sup>. Per *incidens*, se il bilanciamento tra gli opposti interessi può portare all'effetto di un *inadempimento giustificato* sul presupposto di un valore preminente dell'interesse del debitore, logica vuole che per la stessa ragione si dovrebbe reputare non più (*in*)*valida* pure quella convenzione limitativa della responsabilità patrimoniale ex art. 2740, c. 1, che si trovasse a mettere in mostra la stessa prevalenza.

Di primo acchito, per la verità, verrebbe facile replicare che la sola impossibilità rilevante è quella oggettiva di cui all'art. 1218 non foss'altro perché la diligenza è misura di vaglio delle sopravvenienze impedienti e non un limite della responsabilità<sup>39</sup>. Il che, giusta poi la concorrente notazione che i debiti pecuniari *mai* pongono una questione di impossibilità dell'oggetto, dovrebbe ragionevolmente portare a concludere che, almeno per le obbligazioni pecuniarie, lo stato di responsabilità patrimoniale del debitore inadempiente è «permanente»<sup>40</sup>: col tritico degli artt. 2930, 2931 e 2933 c.c. a soccorrere coattivamente l'aspettativa del creditore<sup>41</sup>. Epperò, non è men vero che l'oggetto del debito, in quanto *regola di struttura*, non dovrebbe interferire sull'agire diligente del debitore: questa, in quanto *regola di comportamento*, non può venire messa in scacco da una norma di struttura attinente all'esserci e non allo svolgersi dell'obbligazione<sup>42</sup>. Di qui allora il convincimento di una *vis attractiva* dell'art. 1256, c. 2 rispetto a quegli episodi di insolubilità patrimoniale del debitore che siano il riflesso di una crisi

economica generale. Perché a venire in evidenza sarebbe una *causa di esonero da responsabilità* e non una di *estinzione atipica* dell'obbligazione. In dottrina lo si è voluto chiamare *inadempimento di necessità*, contrapponendolo ad una *mala gestio* nella conduzione dell'impresa: e partecipe di una logica consimile è –evidentemente– anche il tentativo di rileggere l'art. 1186 c.c. per il medio di una restrizione teleologica volta a legare l'effetto della decadenza dal termine ad un debitore responsabile e non vittima della propria crisi patrimoniale<sup>43</sup>. La direttiva generale di Corte cost. 19/94, con un'inesigibilità che segna il limite del sacrificio, anche qui potrebbe tornare utile.

Che si parteggi per l'una o per l'altra concezione, al netto delle perplessità che ognuna delle due è destinata inevitabilmente a sollevare, il dato agglutinante che qui interessa risiede tuttavia nella circostanza che ambedue le interpretazioni sono proiettate a dare un *vestmentum* all'idea di una *situazione di mercato* del debitore tale per cui il suo essere imprenditore o consumatore lo legittima a gestire la propria crisi finanziaria. *Cave* però: *conditio sine qua non* perché possa stilizzarsi un potere o una facoltà del debitore di gestire *in executivis* la propria illiquidità è avviare una rimodulazione del rapporto tra debito e patrimonio, non trattandoli alla stregua di «fratelli separati»<sup>44</sup> quanto e piuttosto in un'ottica di interdipendenza la quale, mettendo in risalto la sproporzione tra le obbligazioni contratte ed il patrimonio esistente, dischiuda una legittimazione ad opporre delle cause di sospensione dal pagamento tutte le volte che la rilevante difficoltà di adempiere possa venire vinta *soltanto* sacrificando *altre libertà* fondamentali dell'obbligato<sup>45</sup>.

Detto diversamente: l'insolvenza commerciale, vicenda più del patrimonio che del debito in quanto parametrata non sull'inadempimento ma sulla difficoltà del debitore di soddisfare regolarmente le pro-

<sup>43</sup> V. G. GRISI, *L'inadempimento di necessità*, cit. p. 298.

<sup>44</sup> Così . DI MAJO, *Debito e patrimonio nell'obbligazione*, cit. 36.

<sup>45</sup> E qui potrebbe tornare utile il richiamo al diritto fondamentale del debitore a godere di un 'minimo vitale': quel diritto che, nella motivazione dapprima del Tribunale costituzionale portoghese n. 509/2002 e, più diffusamente poi, nel periodare della Corte costituzionale tedesca del 9 febbraio 2010, scaturirebbe dal combinato disposto degli articoli che assicurano l'invulnerabilità della dignità umana e la garanzia di uno Stato di diritto democratico e sociale. Sull'argomento, v. H. CAROLI CASAVOLA, *Dignità della persona e diritto al minimo vitale nello stato sociale tedesco*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, p. 298 ss. e V. PIERGIGLI, *Quale tutela per i soggetti deboli in tempo di crisi? Alcune recenti risposte della Corte costituzionale*, in *Studi senesi*, CXXV, (III Serie, LXII), 2013, spec. p. 443. La garanzia di un minimo vitale sufficiente ad assicurare una vita sociale dignitosa esplicita infatti un limite, parafrasando le motivazioni dei due Tribunali supremi, che non fa da condizione demarcante la sola ragionevolezza dell'azione legislativa.

<sup>37</sup> È la prospettiva che ha finemente tratteggiato G. GRISI, *L'inadempimento di necessità*, in *Le obbligazioni e i contratti nel tempo della crisi economica*, cit. p. 306 ss.

<sup>38</sup> V., limpidamente, P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2014<sup>7</sup>, p. 339.

<sup>39</sup> Per tutti U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 1991, 65.

<sup>40</sup> Cfr. A. DI MAJO, *Debito e patrimonio nell'obbligazione*, cit. p. 29.

<sup>41</sup> V., almeno, M. GIORGIANNI, *Tutela del creditore e tutela "reale"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, p. 854 e L. MONTESANO, *Esecuzione pecifica*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, p. 525. Di recente, per un acuto spaccato storico, v. F. ROSELLI, *La salvaguardia delle ragioni del creditore. Bilanciamento di interessi*, §§ 1e 3 (del manoscritto).

<sup>42</sup> Il distinguo tra regole di struttura e di comportamento è tematizzato da DI MAJO, *op. loc. ult. cit.*



prie obbligazioni (art. 5 l. fall.), non è causa di risarcimento ma ad es. di una ristrutturazione del debito d'intesa con i creditori. Ebbene se, a presidio di interessi fondamentali patrimoniali e non, si dice che il debitore comune è tenuto ad un adempimento correlato alla propria contingente condizione patrimoniale, allora è *in re ipsa* che pure l'insolvenza civile si avvia a trasformarsi in una situazione bilanciata sull'asse debito – patrimonio del debitore, immaginando così che i tra i due termini possa instaurarsi quello che non a caso è stato ribattezzato come un «nesso di causa ed effetto»<sup>46</sup>. La disciplina sul sovraindebitamento, nelle forme e nei modi di cui al d.l. 179/2012, è l'epifania settoriale del concretizzarsi di una responsabilità patrimoniale che sembra perciò ormai evolversi *dualisticamente*: da un lato la penuria di mezzi finanziari, sebbene non sia un limite al debito, può costituire titolo di inesigibilità della prestazione allo scopo di evitare un grave pregiudizio ai propri beni, dall'altro il suo esercizio anziché a carattere indifferenziato risulta modellato su rime –piani, accordi, concordati *et similia*- decisamente obbligate.

Quand'è così, l'evoluzione del debito da eccezione a regola passa, questo si vuol dire, anche per il medio di un'interpretazione evolutiva dell'art. 2740 c.c., nel senso che la responsabilità da situazione a contenuto indeterminatamente mutevole si avvia sempre più a trasformarsi in una condizione ad oggetto predefinito, col qualificativo ad indicare non un debitore chiamato a rispondere del proprio obbligo *con tutti i beni che si trovi ad avere al tempo dell'inadempimento* quanto e piuttosto un *debitore responsabile* secondo delle «concrete modalità di ... attuazione»<sup>47</sup>. Nella nomenclatura lessicale dell'art. 160, lett. a, l. fall., è vero, si discorre, non a caso, dei *mezzi* con i quali l'obligato risponderà del proprio debito così come rinegoziato<sup>48</sup>. Anche se, *meglio ancora*, l'immagine di un art. 2740 il cui perimetro è *delimitato contrattualmente*, lo rendono nell'ordine:

- a) Il disposto dell'art. 6, c. 2 della l. 170/2004, se è vero che i contratti di garanzia finanziaria, ove contemplino il trasferimento della proprietà con funzione di garanzia, vanno esenti dall'applicazione dell'art. 2744;
- b) il progressivo erodersi della responsabilità patrimoniale come situazione universale, con uno *specializzarsi* della garanzia limitante la responsabilità del debitore impresa ovvero a

tutela di interessi della famiglia o personali ma meritevoli di tutela (artt. 2 e 29 Cost.). L'elenco sarebbe lungo: la società di capitali unipersonale, i patrimoni di s.p.a destinati a specifici affari e gli atti destinazione trascrivibili ex art. 2645-ter, con l'ultimo capoverso che sottrae dall'esecuzione forzata sia i beni conferiti che i loro frutti<sup>49</sup>, concretizzano vistosamente una distinzione tra cespiti, in una sorta «di inespropriabilità soggettiva relativa»<sup>50</sup>, che si dipana per tanti altri esempi;

- c) la tendenza *in fieri* ad affievolire la portata precettiva dell'art. 2744 c.c., inteso restrittivamente in modo da dilatare l'ambito delle fattispecie contemplanti *valide* cessioni della proprietà a titolo di garanzia. E qui il discorso si fa assai intrigante.

L'allusione, in una più moderna prospettiva bilanciante la tipicità delle regole di attuazione forzata del credito con l'interesse del debitore, è infatti a quelle convenzioni, atipiche perché «alternativ[e] al modello legale»<sup>51</sup>, congegnate in modo tale che, nell'ordine, vedono

- la vicenda traslativa conseguente al solo inadempimento,
- il *surplus* residuo imputato al debitore,
- la *res* vocata all'adempimento sí venduta ma alla sua stima di mercato al tempo dell'alienazione.

Senza infatti stressare il dato normativo, quel che l'art. 2744 parrebbe preposto a *vietare* non è tanto il fenomeno di una proprietà in garanzia quanto e piuttosto quell'alienazione a scopo di garanzia difettante di una perequazione tra l'entità del debito ed il valore di mercato del bene. Sicché, anestetizzata la variabile di un indebito *approfittamento* del creditore, allo stato non sembrerebbe esserci in realtà una qualche ragione plausibile per rinnovare quel frusto orientamento giurisprudenziale ancora *tranchant* viceversa tanto nel cassare qualsiasi trasferimento immobiliare al creditore che si ricolleggi all'inadempimento di un'obbligazione quanto nel falcidiare, quando si faccia questione di un patto commissorio autonomo, l'intera operazione, nonostante per verità l'art. 2744 c.c. riservi la nullità alla sola clausola commissoria senza estenderla al mu-

<sup>46</sup> Così A. DI MAJO, *op. ult. cit.* 36.

<sup>47</sup> Così A. DI MAJO, *op. ult. cit.* p. 35.

<sup>48</sup> Ed il combinato disposto degli artt. 8 e 12-ter, c. 2 della disciplina sul sovraindebitamento, relativamente alla procedure di accordo con i creditori od al piano del consumatore, senza dubbio gli fa da eco.

<sup>49</sup> Tutti i riferimenti, al riguardo, in L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, in *Il Codice Civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, 2010<sup>2</sup>, p. 35 ss.

<sup>50</sup> Così F. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645 ter c.c.*, in *www.judicium.it*, p. 14 s.

<sup>51</sup> Cfr. R. LENZI, *Il credito per l'accesso all'abitazione*, in A. BUCELLI (a cura di), *L'esigenza abitativa. Forme di fruizione e tutela giuridica*, Padova, 2013, p. 318 ove un'attenta disamina della questione.

tuo ed alla connessa garanzia<sup>52</sup>. E qualche *novitas*, non a caso, si incomincia ad intravederla.

Cass. 2013/10986<sup>53</sup>, in particolare, nella parte in cui sentenza che l'«elemento sintomatico della frode è costituito dalla sproporzione tra l'entità del debito ed il valore dato in garanzia», illustra un canovaccio che *condiziona* il binomio nullità – disvalore dell'alienazione estintiva al fatto che vi sia una *garanzia eccedente il credito*. Nella sentenza, è vero, non si tiene «distinto l'elemento 'garanzia' dall'elemento 'patto commissorio'»<sup>54</sup>, in modo da far emergere con nettezza la funzione di pagamento traslativo del patto<sup>55</sup>: e forse l'idea di un trasferimento solutorio del bene senza sperequazioni, donde l'essenzialità di un congegno tecnico che rimoduli la clausola commissoria obbligando il creditore a restituire quanto corrisponde alla differenza tra i due valori, è più intuita che sistematicamente elaborata<sup>56</sup>. Ma, nell'ottica di una riscoperta del patto marciano affrancante dall'illiceità l'operazione, non è affatto poco. E, a seguire, Cass. 2014/6175<sup>57</sup>, nella parte in cui esclude la nullità per la vendita compiuta allo scopo non di garantire un'obbligazione che non si può dire ancora inadempita ma un pregresso credito rimasto invece insoluto, dando per sottinteso che l'art. 2744 c.c. si fonda sulla *presunzione relativa* di una sproporzione suscettibile di una prova contraria allineante la vicenda allo schema contiguo del pegno irregolare, è dello stesso tenore. Dopodi-

<sup>52</sup> L'allusione è alla notissima Cass., 3 aprile 1989, n. 1611, in *Foro it.*, 1989, I, c. 1428 ss., con note di V. MARICONDA, *Trasferimenti commissori e principio di causalità* e di F. REALMONTE, *Stipulazioni commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi*. In dottrina, altrettanto notoriamente, l'idea che l'art. 2744 con un divieto connesso alla funzione, non già alla struttura della fattispecie, donde la nullità delle alienazioni in garanzia, successive o antecedenti (ma con la pattuizione di un ritrasferimento per l'ipotesi che il debitore adempia), è di C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957, p. 115 e, di recente, *Diritto civile. 7. Le garanzie reali. La prescrizione*, Milano, 2012, p. 277 ss. In giurisprudenza v., nel senso consolidato Cass. 21 maggio 2013, n. 12462, in *Giust. civ.*, 2013, I, p. 1991 ss.

<sup>53</sup> V. Cass. 9 maggio 2013, n. 10986, in *Vita not.*, 2013, p. 719 ss.

<sup>54</sup> Così N. CIPRIANI, *Patto commissorio autonomo: come salvare la validità del finanziamento e della garanzia*, cin [www.giustiziacivile.com](http://www.giustiziacivile.com)

<sup>55</sup> L'insistenza sulla natura solvendi del patto è sistematicamente evidenziata da F. ANELLI, *Alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996, p. 303 ss. e da N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, Napoli, 2000, p. 89 ss. e p. 116 ss.

<sup>56</sup> È quanto mostra di credere N. CIPRIANI, *Patto commissorio autonomo: come salvare la validità del finanziamento e della garanzia*, cit. p. 16 s.

<sup>57</sup> V. Cass. 17 marzo 2014, n. 6175, in [www.deiure.it](http://www.deiure.it) (per esteso). Ma può tornare utile anche il richiamo a Cass. 20 febbraio 2013, n. 4262, *ibid.*, sull'esclusione che integri un patto commissorio la vendita fiduciaria stipulata per far ottenere un mutuo al fiduciario onde costui potesse soddisfare un suo credito nei confronti del fiduciante.

ché, se un trasferimento immobiliare a scopo estintivo implica che la perequazione dei valori economici si sostituisca alla loro indifferenza iniziale, non ci sarà una nullità per qualsiasi patto ma soltanto di quelli – è da credere – che osservano una proporzionalità in termini di «capienza» e non di una «ponderazione tra i rispettivi sacrifici delle parti»<sup>58</sup>.

Un debito da eccezione fattosi regola mette così in archivio, questo si vuol dire, l'idea di un art. 2744 c.c. quale disposizione formalizzante un *divieto generale di autotutela* convenzionale del credito<sup>59</sup>, tratteggiando un diverso sistema nel quale la realizzazione soddisfattiva per via convenzionale del credito diventa pure un modo per tutelare l'interesse del debitore, favorendone l'accesso al credito. Ma, del resto, già Cass. 15449/2012<sup>60</sup>, allorché sentenza la validità del mutuo garantito dalla dazione in pegno di una quota societaria, se il mutuante per conseguirla a soddisfazione dell'intero credito restitutorio rimasto inadempito si rivolge all'autorità giudiziaria, aveva dato una convincente versione di quella che dovrebbe essere un'interpretazione evolutiva dell'art. 2744 c.c. Nell'ipotesi descritta manca infatti l'*automatismo* della vicenda traslativa che è tipico del patto commissorio. La riforma francese del 2006<sup>61</sup>, che ha visto abrogato il divieto del patto commissorio (artt. 2078 e 2088 *cod. civ.*, rispettivamente per il pegno e l'anticresi) e coniato due figure di alienazione in garanzia valide perché sorrette da un meccanismo di salvaguardia in caso di sperequazione (v. gli artt. 2348, 2459 e 2450, il primo per il pegno e gli altri due per l'ipoteca), offre *significativamente* uno spaccato disciplinare più moderno del patto commissorio. Minimizzarla, sostenendo che la *novitas* si è tradotta in una codificazione del patto marciano<sup>62</sup>, non coglie del tutto nel segno, se è vero che la novella, lungi dall'affiancare ad un patto commissorio illecito una convezione marciana valida, contempla viceversa una tecnica di riconversione *ex lege* del primo. Insomma, quando non via sia un problema di illegittimo arricchimento del creditore, è proprio il patto commissorio che dovrebbe cessare di mostrarsi *illecito*. Senza che l'argomento di una *par condicio creditorum* da preservare, perché l'alienazione ha l'effetto di sottrarre una *res*

<sup>58</sup> V. R. LENZI, *Il credito per l'accesso all'abitazione*, cit. p. 320.

<sup>59</sup> *Amplius*, in luogo di tanti, F. ANELLI, *Alienazione in funzione di garanzia*, cit. p. 460 ss.

<sup>60</sup> V. Cass. 14 settembre 2012, n. 15449, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, p. 2063 ss.

<sup>61</sup> V. *Ordonnance* n. 2006-346.

<sup>62</sup> Come scrive BIANCA, *Le garanzie reali*, cit. p. 277. Ma v. le puntuali osservazioni critiche di N. CIPRIANI, *Patto commissorio autonomo: come salvare la validità del finanziamento e della garanzia*, cit. p. 13, testo e nota 36.



dalla garanzia comune<sup>63</sup>, possa fare da schermo ad una *tutela satisfattiva* del singolo interesse creditore.

**4. Segue: l'effettività rimediale affievolita della tutela creditoria nel tempo presente: il contrappunto preminente dell'interesse familiare, la *Verwirkung* secondo il *mos italicum* ed il privilegio esecutivo della parte pubblica alla maniera di Corte costituzionale 186/2013. Il convitato di pietra dei *délais de grâce* secondo l'art. 1244 *cod. civ.***

Fatto affiorare il problema, più labilmente incerto, è destinato invece a rimanere l'altro interrogativo, ancora quasi tutto da sgrezzare, su quand'è che, prendendo spunto dal diritto applicato<sup>64</sup>, l'estrema difficoltà o persino l'impossibilità di trovare degli acquirenti per degli immobili da eseguire nell'ambito di un Piano Integrato di Intervento, riesca ad atteggiarsi *ad effetto della crisi* anziché come una vicenda da imputare ad una negligente valutazione del costruttore. Discorrere di un debito tramutatosi da eccezione a regola significa, com'è intuitivo, riflettere anche sulla filigrana delle *regole di traslazione del rischio*: e propendere, come spesso si ritiene corretto, per un normale rischio d'impresa, innescante quella responsabilità patrimoniale che rimedia all'inadempimento, ha il valore di assottigliare molto l'efficienza esimente di una precarietà finanziaria *che sia conseguenza oggettiva della crisi economica*. Forse che, per evitare una vaghezza destinata altrimenti a sfociare in una grossolana indeterminatezza, il richiamo alla crisi economica quale esimente *che sospende* vale, nel segno di una *communis opinio* ancora solida, soltanto se la si lega a vicende puntuali ostantive all'adempimento per uno qualsiasi degli imprenditori che si trovassero ad operare nello specifico spicchio di mercato? Oppure, con un ragionamento molto accattivante perché ha dalla sua una lettera dell'art. 1256, c. 2 c.c. contemplate un'impossibilità carente di genitivo, è più proficuo valorizzare l'idea di un'impossibilità temporanea la quale, diversamente sia dalla *definitiva* che dalla *parziale*, sta non con la prestazione quanto

e piuttosto con l'adempimento?<sup>65</sup> La temporaneità dell'impossibilità, archiviata la frusta idea che ne fa una mera articolazione interna di quella definitiva, può invero ben leggersi come espressiva di una «regola di comportamento»<sup>66</sup> giustificante la mancata esecuzione: e se la si rapporta al fatto del *ritardo* nell'adempire, visto che quanto transitoriamente è impossibile rimane *ex lege* possibile da compiere, il senso dell'art. 1256, c. 2 cambia di spessore. *Se l'impossibilità è solo temporanea ... , finché essa perdura ...* diventa, in quest'ottica, la perifrastica di un onere della prova imputato al debitore, *responsabile* fino al limite dell'impossibilità oggettiva ma *irresponsabile* del ritardo nell'adempimento quando documenti la sopravvenienza di una vicenda impeditiva che, nonostante l'utilizzo della diligenza dovuta, funge da causa temporaneamente ostantiva al pagamento. Dunque un art. 1256, c. 2 rilevante alla stregua di una norma che fornisce un'istantanea del rapporto tra un fatto impeditivo transitorio e la *diligentia* del debitore, con un risultato applicativo di non poco momento: se lo sciopero, com'è pacifico in dottrina<sup>67</sup>, esemplifica un caso di impossibilità temporanea che scaccia la responsabilità *ex art. 1218*, perché mai non dovrebbe qualificarsi come *sospensivo* dell'obbligo di adempire il blocco dei pagamenti della P.A., causa precipua se non unica dell'incapienza patrimoniale dell'imprenditore a sua volta debitore? L'illiquidità da crisi economica congiunturale, è vero, potrebbe non essere così transitoria: ma l'art. 1256, c. 2, viene facile replicarlo, siccome ipotizza un fatto impeditivo perdurante, *proietta l'irresponsabilità nel tempo*.

Sullo sfondo naturalmente, quale riflesso complementare di un principio di inesigibilità come limite dell'obbligazione in specie se pecuniaria, è destinata a stagliarsi la sagoma dell'abuso del diritto: per un'autorevole dottrina<sup>68</sup>, il solo congegno tecnico, operante a mo' di contrappunto, idoneo a censire i casi nei quali il dissesto patrimoniale del debitore si possa dire *rilevante come se fosse incolpevole*.

Abuso, inadempimento di necessità, impossibilità temporanea di adempire, più che per loro, c'è da credere però che valgano soprattutto per quanto hanno di sottinteso: nella specie un *quid* da conden-

<sup>63</sup> A seguire l'impostazione che fu di F. CARNELUTTI, *Mutuo pignoratizio e vendita di clausola di riscatto*, in *Riv. dir. proc.*, 1946, II, p. 146 ss. ed oggi torna nella pagina di L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, cit. p. 213 ss. In giurisprudenza v. Cass. 30 settembre 2013, n. 22314, in *Riv. not.* 2013, p. 1394 ss.

<sup>64</sup> V. TAR Milano Lombardia, sez. II, 21 maggio 2013, n. 1337, in *Foro amm.* TAR 2013, p. 1450.

<sup>65</sup> È quanto, cercando di sintetizzarne il pensiero, propone G. GRISI, *L'inadempimento di necessità*, cit. p. 309. Ma la suggestiva operazione intellettuale non è detto che si ritagli uno spazio di azione diverso da quello che, come si fa notare nel testo, già il principio di inesigibilità si mostra in grado di inglobare.

<sup>66</sup> Così G. GRISI, *op. ult. cit.* p. 310

<sup>67</sup> V., in luogo di tanti, C.M. BIANCA, *Diritto civile. 4. L'obbligazione*, Milano, 1990, p. 537.

<sup>68</sup> Si pronuncia per l'abuso del diritto, onde evitare un uso strumentalizzato della crisi economica quale esimente, A. DI MAJO, *Debito e patrimonio nell'obbligazione*, cit. p. 33.

sare nella circostanza che una stagione dominata da un stato di debitore vestito sempre più coi panni della *dimensione subiettiva perdurante* deve di necessità sia *ingentilire* la carica coercitiva e profilattica dell'interesse creditorio che *infittire* il novero dei casi nei quali una gamma di interessi, del debitore o della collettività, va anteposta ad una situazione creditoria per riflesso spogliata in tutto o in parte dell'utilità attesa. Nella prima prospettiva, gli artt. 3 del D.L. 93/2008 (decreto Tremonti) ed 8, c. 6 della l. 106/2011, relativi *anche* all'obbligo di rinegoziazione dei mutui ipotecari per l'acquisto della prima casa, onde assicurare al mutuatario la riduzione e la stabilizzazione della rata per tutta la durata residua del mutuo, sono molto più di un sintomo di come stiano evolvendo le regole *di gioco* del rapporto obbligatorio. Nella seconda prospettiva invece, il disposto dell'art. 67 lett. L.F., laddove sottrae all'azione revocatoria i contratti di vendita od i preliminari trascritti ai sensi dell'art. 2645-*bis*, se abbiano ad oggetto immobili destinati a costituire l'*abitazione principale* dell'acquirente o di suoi parenti ed affini entro il terzo grado, più delle eccezioni già contemplate negli artt. 46 e 47 L.F., testimonia come il valore della famiglia possa agire da fattore degradante o conculcante l'interesse creditorio. Tutto infatti si tiene: un perimetro più allargato dei casi nei quali *si inceppa* l'inefficacia dell'azione revocatoria fallimentare, *se* le liberalità del fallito risultano atti di disposizione compiuti in adempimento di un dovere morale o per uno scopo di pubblica utilità (art. 64 L.F.), non è forse un formidabile *atout*<sup>69</sup>, a disposizione del debitore, attenuante la tutela del credito? Con un effetto moltiplicatore, naturalmente, nel caso dovesse optarsi per l'idea che vuole la suddetta preclusione estesa alla revocatoria ordinaria ex art. 66 quando sia acclarato che la liberalità, per es. al convivente *more uxorio* o al familiare, è proporzionata al patrimonio del donante (art. 64)<sup>70</sup>. Non che il dato, in chiave di un dimidiato *favor creditoris*, sporga poi troppo: notoriamente nella disciplina delle crisi da sovraindebitamento, perché l'omologazione dell'accordo di composizio-

ne sia concessa, basta che l'intesa sia raggiunta coi creditori rappresentanti il 60% dei crediti, ancorché il suddetto accordo sia poi vincolante *per tutti* (art. 11, c. 2 l. 3/2012, nel testo riformato). Che allora la formula di un debito da eccezione fattosi regola voglia siglare la fine di una stagione che aveva visto gli interpreti protesi ad allargare le maglie della tutela giurisdizionale del credito onde assicurarle, si pensi alle classiche pagine di Rescigno<sup>71</sup>, il maggior grado possibile di effettività? Da due angolature diverse Cass. 23382/2013<sup>72</sup> e Corte cost. 186/2013 mettono in evidenza *quanto* questa tutela si stia sfrangiando.

Nella prima la Cassazione, pur rieditando il classico argomento che il comportamento omissivo del creditore, protrattosi a lungo ma senza che sia maturato il termine di prescrizione non lo fa decadere dalla sua pretesa, è nitida ma non poi così *tranchant* nel rigettare l'istituto della *Verwinkung*: come già Cass. 5240/2004<sup>73</sup>, non ipotizza —è vero— una rilevanza dell'affidamento ma per la ragione che la (possibile) tutela del debitore volontaristicamente passa per il medio obbligato di un'*inequivoca rinuncia tacita*. Sicché, di là dai *nomina* utilizzati, operativamente tutto il problema finisce per addensarsi nell'appurare se le corti, quando dibattono di un'inerzia creditoria affidante per la controparte, certificano il ricorrere di una rinuncia siffatta in modo rigoroso o blando.

Nella seconda, passata pressoché inosservata, la Corte costituzionale ha proceduto alla declaratoria di illegittimità dell'art. 1, c. 51 della l. 220/10 (come modificato dall'art. 17, c. 4 lett. E del d.l. 98/2011), una norma scopertamente *singolare* se è vero che, nelle Regioni commissariate perché assoggettate a piano di rientro per ingenti disavanzi sanitari, si contemplava un divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive, decretando nel contempo l'inefficacia retroattiva dei pignoramenti già effettuati nei confronti delle aziende sanitarie (locali o ospedaliere) debitorie. Palese la *ratio*, mantenere intatti i livelli di assistenza dei cittadini a tutela del loro diritto fondamentale alla salute (artt. 32 Cost.), non meno vistosa però l'ingiustificata *espropriazione* dei creditori, nella specie la massa delle imprese commerciali fornitrici munite di titoli giudiziali esecutivi divenuti nel frattempo inutili. La disposizione

<sup>69</sup> Nella misura in cui paralizza «il funzionamento dei mezzi di conservazione del patrimonio»: così F. ROSELLI, *La salvaguardia delle ragioni del creditore. Bilanciamento di interessi*, cit. 8.

<sup>70</sup> Si orientano in tal senso C.M. BIANCA, *Diritto civile, V, La responsabilità*, Milano, p. 447; L. GATT, *Dal trust al trust. Storia di una chimera*, Napoli, 2010, 285, nt. 110 e, più di recente, A. MORACE PINELLI, *Tutela della famiglia e dei soggetti deboli mediante la destinazione allo scopo*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 1374 s. e p. 1401. Di contrario avviso G. SICCHIERO, *Azione sulla revocabilità del trust e dell'atto di destinazione, ovvero delle tesi scritte alla lavagna*, in *Contr. impr.*, 2010, p. 18 ss., non a caso argomentando dall'esigenza di evitare la pretermisione dell'interesse creditorio.

<sup>71</sup> V. *Obbligazioni (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 181 s. e 184 s. Una fine indagine sui riflessi giuslavoristici di questa *crisi* di una tutela ottimale del credito, col dilagare di rimedi risarcitori, si incontra nello scritto di ROSELLI, *La salvaguardia delle ragioni del creditore. Bilanciamento di interessi*, cit. § 5.

<sup>72</sup> V. Cass. 15 ottobre 2013, n. 23382, consultabile per esteso in [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

<sup>73</sup> V. Cass. 15 marzo 2004, n. 5240, in *Giust. civ.*, 2005, I, p. 2179 ss.



*de qua* è stata ritenuta illegittima per violazione degli artt. 24 e 111 Cost., giacché da oltre un triennio i creditori non potevano iniziare o proseguire azioni esecutive nel frattempo estintesi, ma la riscoperta di un *primato* del credito è assai meno incontrastata di quello che in apparenza potrebbe sembrare. Al legislatore, osserva la Corte, è *consentito* dettare norme contemplanti l'inammissibilità o l'improcedibilità delle azioni esecutive, con l'effetto di differirle nel tempo, tanto rispetto a singoli e specifici beni quanto in ordine all'intero patrimonio del debitore. Se non fosse che l'eccezionale ragione contingente dev'esser supportata da *due* condizioni, un ristretto periodo temporale (mentre nella specie la proroga della sospensione eccedeva il triennio) e la coeva previsione, a guisa di contrappunto, di misure alternative all'esecuzione giudiziale idonee a garantire i creditori insoddisfatti, secondo lo schema per es. di un'unica procedura concorsuale nella quale canalizzare *tutte* le azioni individuali. Insomma, il *privilegio* del debitore pubblico, perché tale è un'*immunità* dagli effetti di una condanna al pagamento, vince sulla libertà di iniziativa economica privata nonostante l'art. 41 Cost. ed una stringente normativa europea -di armonizzazione massima- sanzionante i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (dir. 2011/7 UE)<sup>74</sup>. L'illegittimità dell'art. 1, c. 1 l. 220/2010 si deve infatti *unicamente* alla circostanza che l'impignorabilità patrimoniale delle aziende sanitarie, soggette ad una speciale procedura di risanamento, era stata foggata -nella specie- come piena ed incondizionata, non trovando un qualche correttivo a tutela dei creditori precedenti. Il che porta a fare riemergere quel *bilanciamento* tra credito e debito, non a caso già tutto condensato nelle motivazioni complementari delle decisioni 155/2004 (sulla normativa di proroga della sospensione in materia di sfratti), 277/2012 e 364/2007 (ambidue sull'inefficacia degli atti di esecuzione promossi contro degli enti pubblici debitori)<sup>75</sup>: tutti e tre arresi emblematicamente richiamati da una Corte sempre più indirizzata -parrebbe- a distinguere *tra statuti creditori differenziati* in ragione del coefficiente assiologico costituzionale per volta per volta incorporato.

Ancora però, pur con una Corte costituzionale tollerante la reiterata inibizione *ex lege* dell'esecuzione forzata avverso dei debiti scaduti, difetta la tessera che, completando il mosaico, potrebbe indurre a discorrere con sollecita nettezza di

un diritto vivente imbevuto ormai di una «forte carica ideologica filodebitoria»<sup>76</sup>: all'appello infatti manca *il titolo* che solitamente giustifica il doppio effetto collaterale di una sospensione sia delle procedure esecutive che delle penalità dovute a motivo del ritardo, quei *délais de grâce* si vuol dire che il diritto comune francese, affiancato da un nugolo di previsioni speciali spesso più favorevoli al singolo debitore, annovera negli artt. 1244-1 - 1244-3 *cod. civ.* Nella nuova versione, introdotta dalla *Loi* n. 91/650, il giudice, su istanza del debitore ma anche officiosamente, *può* dilazionare il pagamento dell'intera somma così come disporre la rateizzazione seppure nel termine massimo di un biennio, ridurre l'ammontare degli interessi convenzionali ad un tasso non inferiore a quello legale e, in deroga al principio generale dell'art. 1254 *cod. civ.*, disporre che il pagamento degli interessi sia imputato in conto capitale<sup>77</sup>: dopodiché, se così è, non ci vuole molto a comprendere che un giudice legittimato ad intervenire sull'obbligazione di interessi in realtà *riduce* il debito, visto che nel periodo di grazia non si produrranno interessi o almeno non allo stesso tasso. Quale sia la *ratio* di un intervento giudiziale, la cui concretizzazione casistica viene per legge affidata al medio della *situazione del debitore* ed in *considerazione dei bisogni del creditore* (art. 1244-1, c. 1), è tuttora alquanto controverso: il *τόπος* delle Corti è un debitore, vittima delle contingenze, che non versi in una situazione di grave dissesto, meritevole per ciò stesso di tutela al cospetto di un creditore al quale non si può invece imputare un *sacrificio* che sia *eccessivo*. Torna così l'idea di un bilanciamento degli interessi, nell'ottica del canone pretorio di un «debitore sfortunato e di buona fede»<sup>78</sup>: anche se qui conta di più però mettere in risalto che quanto il debitore non è ammesso a fare, costringere cioè il creditore ad accettare un pagamento parziale ov'anche il debito sia divisibile (art. 1181 c.c. ed art. 1244 *cod. civ.*), si ammette che possa farlo motivatamente il giudice, insignito di una funzione correttiva di tipo premiale, quale che sia la natura del debito<sup>79</sup>, sul presupposto che il debitore sia in condizione di porre in essere atti idonei a facilitare od a garantire il pagamento al creditore (art. 1244-1, c. 3). Insomma il termine giudiziale di grazia *accompagna* l'adempimento più di quanto non farebbe una tempestiva esecuzione forzata: tanto è vero che la sequenza degli artt. 1244-1 - 1244-3 è reputata di

<sup>74</sup> Sulla quale sia consentito il rinvio a S. PAGLIANTINI, *I ritardi di pagamento al tempo della crisi: note sparse*, in *Oss. dir. civ. e comm.*, 2013, p. 265 ss.

<sup>75</sup> V., rispettivamente, C. cost., 28 maggio 2004, n. 155, 7 novembre 2007, n. 364 e 5 dicembre 2012, n. 277, tutte consultabili per esteso in [www.dejure.it](http://www.dejure.it)

<sup>76</sup> L'espressione è di A.D. MANFREDINI, *Rimetti a noi i nostri debiti*, cit. p. 295.

<sup>77</sup> Per tutti, l'ampio lavoro critico di A. SÉRIAUX, *Réflexions sur les délais de grâce*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1993, pp. 790 ss.

<sup>78</sup> Cfr. A.D. MANFREDINI, *Rimetti a noi i nostri debiti*, cit. p. 299.

<sup>79</sup> Eccetto, evidentemente, quelli alimentari (art. 1244-1, c. 3).

*ordine pubblico*, col risultato che ogni pattuizione contraria, che mirasse ad escluderne in tutto od in parte l'applicazione, incapperà nella sanzione dell'essere *réputée non écrite* (art. 1244-3). Che, allora, sia la Francia il contesto ove la parabola di un debito fattosi regola trova la sua acme? Anche se, per poco che uno rifletta, non sfuggirà il parallelismo instaurabile tra questo canovaccio normativo e l'idea, richiamata poc'anzi, di un art. 1256, c. 2 c.c. che rimette al giudice il vaglio sull'esistenza di un'impossibilità temporanea sopravvenuta. Gli è infatti che, nel momento in cui fissa il *dies ad quem* della sospensione, implicitamente questo giudice temporalizza il *dies a quo* a partire dal quale, decorsa la durata dell'impossibilità, l'adempimento torna esigibile.

Se si dovesse ragionare così, quella che si continua ad etichettare come la "disgrazia" dei termini in Italia<sup>80</sup>, andrebbe considerata come una notazione tutta da ripensare.

### 5. Terzo significato (in due contesti apparentemente lontani): il mutuo fondiario con causa solutoria (cioè di una metamorfosi convenzionale del debito originario), la saga del *trust* liquidativo (e dintorni).

Il terzo: la riscoperta degli imperativi di sistema, nell'ottica di una normativa del tipo contrattuale che giochi a protezione dell'eguale diritto dei creditori di venire soddisfatti sui beni dell'obbligato allorché uno di loro sia riuscito a confezionare un'*illegittima causa di prelazione* (art. 2741, c. 1 c.c.). La vicenda dei mutui fondiari provvisti di una *causa solvendi*, perché stipulati al *solo scopo* di estinguere dei debiti pregressi già scaduti, è sintomatica di come un'interpretazione orientata al tipo (*typengereche Auslegung*) possa operare protettivamente ogni qual volta, per il tramite di un'operazione negoziale che ha la veste del *collegamento negoziale con funzione solutoria*, un creditore si trovi ad invocare un regime di trattamento premiale palesemente in danno o in frode di tutti gli altri<sup>81</sup>. L'idea è che, se il contratto di finanziamento sottoscritto non annovera uno o più degli elementi qualificanti il tipo legale, sia un

problema non di *derogabilità* ma di *mancata conformità* ad uno standard normativo.

Se si sta infatti alla migliore dottrina, l'alternativa derogabilità/inderogabilità è mal posta ogni qual volta l'utilizzo di una figura avvenga obliterando uno o più dei tratti caratteristici che valgono a *qualificare* un certo tipo contrattuale. Gli è, invece, che le norme descrittive una fattispecie astratta rappresentano in realtà un *tertium genus*, governato da una logica di «dentro o fuori»: o il regolamento è riducibile alla fattispecie ... oppure non lo è<sup>82</sup>, sicché ragionare in termini di *deroga* per ciò che viceversa merita un altro appellativo, tipico od atipico che questo poi sia, sarebbe inconferente, se è vero che il derogare suppone prima di tutto che *quel* contratto *risulti* intanto sussumibile nel tipo individuato dalla legge. Riferito all'art. 38 t. un. bancario, un siffatto ragionamento implica che *non c'è un mutuo fondiario*, con una preclusione perciò a che si abbia quel *favor* per il mutuante falciante tutti gli altri creditori, se il finanziamento, anziché a presidio di un imprenditore in difficoltà onde rendere possibili quei processi di ristrutturazione aziendale impraticabili senza una robusta iniezione di nuova liquidità, serve *soltanto* ad estinguere dei debiti contratti con l'istituto mutuante espropriando nel contempo gli altri creditori<sup>83</sup>. Non è, come potrebbe facilmente equivocarsi, un problema di causa concreta o di mutuo di scopo<sup>84</sup>: più semplicemente, se il mutuante *svuota* o *deforma* quel che contenutisticamente identifica la fondiarietà di un finanziamento, non si può fare questione di un credito garantito da un'ipoteca di primo grado che si consolida in dieci giorni e che, nel contempo, va per di più immune dal rischio della revocatoria ex art. 67 l. fall. Deve tornare a valere la considerazione che una qualificazione convenzionale *perde* sulla diversa tipicità di questo o quel finanziamento perché la libertà di determinare il contenuto di un contratto tipico è pur

<sup>82</sup> Il rilievo è in P. SPADA, *La tipicità delle società*, Padova, 1974, p. 288, nota 104. Come nota G. D'AMICO, *La categoria dei contratti reali "atipici"*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, I, p. 354, l'attributo comune della normalità non impedisce di evidenziare che, diversamente dalle norme dispositive, quelle preposte alla qualificazione dei tipi hanno la funzione di «individuare la *species facti*».

<sup>83</sup> Di solito infatti questi tipi di contratto contemplano la clausola di conferimento alla banca di un mandato irrevocabile al pagamento: di talché la liquidazione della rata in scadenza del debito progressivo avviene, secondo il piano di ammortamento, con la provvista del nuovo mutuo. Sulla questione sia consentito il rinvio a S. PAGLIANTINI, *La logica (illogica) dell'art. 38 TUB ed il canone (mobile) della Cassazione*, in *Contratti* 2014, p. 439 ss.

<sup>84</sup> Che infatti la giurisprudenza, mettendo a raffronto il mutuo fondiario con quello edilizio, correttamente esclude abbia a delinearli nelle fattispecie *de quibus*: v., in luogo di tante, Cass. 27 dicembre 2013, n. 28662, in *Contratti*, 2014, p. 439 ss.



<sup>80</sup> Così A.D. MANFREDINI, *Rimetti a noi i nostri debiti*, cit. p. 307 ss.

<sup>81</sup> Per una più diffusa disamina della vischiosissima questione ci sia consentito il rinvio a S. PAGLIANTINI, *La logica (illogica) dell'art. 38 T.U.B. ed il canone (mobile) della Cassazione*, in *Contratti*, 2014, 439 ss. ed ivi anche l'elegante commento di D'AMICO, *Sull'ambito di applicazione della disciplina del credito fondiario*, ivi, 450 ss.



sempre riconosciuta, ai sensi dell'art. 1322, c. 1, «nei limiti imposti dalla legge»<sup>85</sup>.

Allo stato dottrina e la giurisprudenza si stanno vivacemente dividendo sulla qualificazione del limite massimo di finanziabilità, se debba valere come una regola di responsabilità anziché di validità, donde poi la corrente esclusione di una nullità, totale o parziale, del contratto di mutuo che abbia ad oggetto un finanziamento oltrepassante la soglia dell'80%<sup>86</sup>. La sensazione però è che il problema, così declinato, siccome il suddetto limite è pur sempre un *prius* che soddisfa apertamente il criterio di legalità di cui all'art. 1418, c. 3 c.c., finisca per sviare l'interprete. Se infatti, com'è ormai costume, il contratto di c.d. mutuo fondiario fa da titolo per il pagamento dell'esposizione pregressa con la provvista erogata nel conto corrente del mutuatario ex art. 1723, c. 2 c.c., si ha che il superamento del limite di finanziabilità, sommandosi nuovo e vecchio debito, da variabile finisce *de facto* per diventare una costante *in re ipsa*.. Ed allora, senza tante perifrastiche, andrebbe piuttosto evidenziato, nell'ordine:

- a) *Nulla quaestio* sulla circostanza che il superamento della soglia di finanziabilità possa integrare la violazione di una regola di comportamento senza chiamare in causa la *struttura* del contratto. Il fatto che l'art. 38 dia corpo alla tutela di un interesse generale, per la Cassazione quello alla stabilità patrimoniale del sistema bancario, non implica che meccanicisticamente debba profilarsi una questione di invalidità. Il canone del minimo mezzo<sup>87</sup>, tecnica largamente sperimentata dalle Corti per raffinare ulteriormente l'ambito di operatività dell'art. 1418, c. 1 primo cpv. quand'anche venga in gioco un interesse colorato di una valenza pubblica, ha proprio come primo effetto di deselezionare la conseguenza della nullità

<sup>85</sup> V. già C. CASTRONOVO, *Tra rischio e caso fortuito. La responsabilità da cassette di sicurezza*, in *Le operazioni bancarie*, a cura di G.B. Portale, Milano, 1978, p. 500, (se le parti «hanno inteso riversare il loro accordo in una delle forme previste dalla legge», rinunciando così a «correre l'avventura dei contratti "che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare", cui fa riferimento l'art. 1322, comma 2, esse non possono stravolgere il tipo prescelto»).

<sup>86</sup> V. Cass. 28 novembre 2012, n. 26672, in *www.dejure.it* e, per una serrata critica, ampiamente corredata dei necessari riferimenti dottrinali e giuri prudenziali, v. lo scritto di L. BALESTRA, *Il superamento dei limiti di finanzia abilità nel mutuo fondiario tra regole di validità e regole di comportamento: a proposito di un (clamoroso) equivoco da parte della Cassazione*, in *Fall.*, 2014, p. 410 ss.

<sup>87</sup> Per tutti i riferimenti, in luogo di tanti, le classiche pagine di G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, 446, di G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993, p. 130 e di G. D'AMICO, *Nullità non testuale*, *Enc. dir.*, *Annali IV*, 2011, p. 822 ss.

se la contravvenzione alla norma imperativa può venire dissuasivamente neutralizzata con un altro genere di sanzione. Epperò si dovrà trattare di un *altro rimedio* che sia appropriato, nel senso di una sanzione che possa presentarsi almeno come «sufficiente al conseguimento dello scopo della norma imperativa violata»<sup>88</sup>: in caso contrario, ed un mutuo fondiario *contra legem* sembra esattamente mimare il genere di fattispecie in parola, questa *diversa sanzione* finisce per tramutarsi in una regola di *responsabilità virtuale*<sup>89</sup>.

- b) Non meno evidente è che, *in concreto*, l'uso a fini solutori dell'art. 38 è destinato a posizionare il mutuo fondiario in un contesto punteggiato da una selva di *interessi creditori concorrenti*. Pensare perciò che la legge abbia coniato una deroga tanto vistosa al principio della *par condicio creditorum* senza che la banca preferita, pur disapplicando il comma 2, nulla o molto poco abbia a soffrirne, sinceramente carica il discorso di un tasso di vischiosità che lo fa apparire lasco. E, sulla premessa di una *typengereche Auslegung*, l'irragionevolezza è neutralizzabile escludendo che il finanziamento erogato *sia retto* dalle norme speciali governanti la fattispecie di cui agli artt. 38 e ss. t. un. bancario. Donde l'operare, a tacer d'altro, della revocatoria<sup>90</sup>.
- c) della fondiarietà qui, d'altra parte, si ha soltanto il *nomen*. L'impiego dell'art. 38 a fini c.d. di consolidamento ha infatti la *peculiarità* che il *debito originario non nasce come fondiario*: lo si fa diventare tale *novando* il titolo dell'operazione. Il «vizio» dell'80% vuole, in realtà, far trasparire l'incongruenza di questa operazione novativa ex art. 1230, c. 1 c.c. All'evidenza, la tecnica del collegamento negoziale fa così da schermo alla circostanza che qui manca del tutto una *contestualità* tra il rilascio del finanziamento e la concessione dell'ipoteca. Quel che davvero si ha è piuttosto una *metamorfosi*: perché ad un credito insufficientemente garantito se ne sostituisce un altro, coperto per l'intero e *cum privilegio*!

<sup>88</sup> Così G. D'AMICO, *Nullità non testuale*, cit. p. 823 (c. vo aggiunto).

<sup>89</sup> L'ossimoro, evidentemente, intende alludere alla circostanza che la sanzione, se non è dissuasiva, finisce per innescare un *premio* a favore di quell'istituto di credito che si è reso artefice della violazione. Si pensi, a mo' di *exemplum*, alla speciale disciplina del procedimento esecutivo ex art. 41 T.U.B. *Amplius* v. S. PAGLIANTINI, *La logica (illogica) dell'art. 38 TUB ed il canone (mobile) della Cassazione*, cit. p. 445 ss.

<sup>90</sup> Come fa incisivamente notare G. D'AMICO, *Sull'ambito di applicazione della disciplina del credito fondiario*, in *Contratti*, 2014, p. 450 ss.

Se così stanno le cose, il senso utile che formule come quella di un debito trasformatosi da eccezione a regola sono in grado di evocare, sembra concentrarsi tutto nel rilievo secondo cui il rimedio di una contrattualizzazione preventiva dell'incapienza patrimoniale del debitore è sottratto alla disponibilità delle parti. Quando il debito è d'impresa, pur nella prospettiva di un'interpretazione aggiornata dell'art. 2740 c.c., c'è un criterio di legalità che impronta la regola di governo dello squilibrio patrimoniale nei termini di una «gestione collettiva della responsabilità patrimoniale» del mutuatario fallito<sup>91</sup>. La contrattualizzazione preventiva con effetti *erga omnes* avrebbe l'effetto di un'espunzione che *autonomizza* il singolo credito, quando questo tutt'al contrario ha una rilevanza vincolata che non può fuoriuscire dal perimetro dell'art. 52 l. fall. È come se, secondo la versione di un *contrattualismo* quasi in purezza, ammettendo questa fondiarietà di risulta, si riconoscesse che i creditori possono pattiziamente foggia- re «in anticipo le regole da applicare in caso di fallimento del debitore»<sup>92</sup>. Dove poi creditore è sostantivo da declinare direzionalmente, nel senso di quel creditore che sia provvisto del maggior *contractual power*. Certo, quel che alle parti sembra consentito, se si abbandona l'idea tradizionale di un art. 2740, c. 2 come una norma denegativa di qualsiasi parcel- lazione volontaria dell'oggetto della responsabilità<sup>93</sup>, è pattuire una limitazione della stessa a singoli cespiti patrimoniali del debitore, espressamente indicati: una lettura aggiornata dell'art. 2740, c. 2, quale «norma di chiusura di un sistema votato al principio di tipicità degli atti opponibili ai terzi e non come una norma imperativa ispirata all'esigenza della tutela del credito»<sup>94</sup>, consente senz'altro di *immunizzare dalla nullità* quei patti coi quali, lungi dal formalizzare una vicenda dismissiva/rinunziativa dell'azione esecutiva, il creditore assai più semplicemente dispone del proprio diritto alla garanzia generica, restringendo per conseguenza «l'oggetto potenziale della responsabilità patrimoniale»<sup>95</sup>. Dunque non un patto costitutivo di un'obbligazione negativa la quale, se violata dal creditore che aggredisse beni diversi da quelli con- venuti, funga da esclusiva causa di risarcimento

<sup>91</sup> Così A. DI MAJO, *Debito e patrimonio nell'obbligazione*, cit. p. 35.

<sup>92</sup> V., con una notazione che ben si attaglia alla fattispecie descritta, G. ROSSI, *Il gioco delle regole*, cit. p. 24 s. (ove poi anche il rilievo che si tratterebbe del conio convenzionale di «una ... futura situazione di privilegio nella liquidazione del patrimonio del debitore insolvente»).

<sup>93</sup> V. *supra* § 3, testo e note nn. 28 – 30.

<sup>94</sup> Così, nell'ambito di una serrata rivisitazione del problema, G. ROJAS ELGUETA, *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, cit. p. 175.

<sup>95</sup> Cfr. G. ROJAS ELGUETA, *op. ult. cit.* p. 182.

danni: piuttosto un atto parzialmente ablativo in senso stretto di quella situazione potestativa che si trova iscritta nel corpo dell'art. 2740, c. 1 c.c.. Epperò, non v'è chi non lo veda, una convenzione che si parcellizzi la responsabilità debitoria ma corre- dandola di una sola efficacia *inter partes*, è esattamente l'opposto di ciò che, nel caso di mutuo fon- diario, interessa al mutuante.

Il debito da eccezione a regola evoca così una dimensione *esterna* al rapporto mutuatario – mutu- ante, a presidio delle ragioni dell'intero ceto credi- torio. Un mutuo fondiario solutorio e superante la soglia di finanziabilità, scopertamente viola infatti l'imperativo di sistema di cui al disposto dell'art. 2741 c.c. È un mutuo che, pur scongiurando un'esecuzione forzata imminente, soltanto in modo molto lato ed obliquo si può dire a sostegno dell'attività d'impresa. E se così è, si sgretola se non si sbriciola pure quella meritevolezza sociale, affiorata nella motivazione della Corte costituziona- le del 2004<sup>96</sup>, che aveva provato a (ri)legittimare in qualche maniera la figura *de qua*.

Autonomia privata e *par condicio creditorum* si muovono su di un terreno accidentato e dai confini mobili, ma senza che ciò legittimi delle inconsulte fughe in avanti: altrimenti dovrebbe riconoscersi validità, quando invece è nullo ai sensi dell'art. 1418, c. 2 c.c. se non prima ancora inesistente per- ché non riconoscibile *ex lege* (art. 13 Convenzione dell'Aja del 1 luglio 1985), a quel *trust* liquidatorio che, in presenza di uno stato di insolvenza del di- sponente, sia stato costituito al deliberato scopo di eludere la disciplina concorsuale.

Vero che non *una qualsiasi* forma di segregazio- ne dell'intero patrimonio aziendale potrà dirsi vieta- ta: sennonché un *trust* endoconcorsuale (quale va- riabile negoziale di questa o quella vicenda concor- data per la risoluzione della crisi d'impresa) nulla ha a che spartire con fattispecie nelle quali lo scopo perseguito, *impedendo in realtà lo spossessamento del debitore insolvente*, è quello di «sottrarre agli organi della procedura fallimentare la liquidazione dei beni con le norme imperative concorsuali»<sup>97</sup>, rimettendo così per intero la liquidazione dell'attivo patrimoniale alla discrezionalità del *trustee*. Il che, non v'è chi non lo veda, abbozza una situazione che risulta essere l'esatto contrario di una *liquidazione vigilata* ad opera di un curatore. Al termine di una corposa motivazione, Cass. 10105/2014 lo mette, per la verità, ben in evidenza: siccome l'amministrazione dell'azienda sociale trasferita in *trust* è insindacabilmente sottratta al controllo dei

<sup>96</sup> V. C. Cost., 22 gennaio 2004, n. 175, in *Fall.*, 2004, 864 ss. ed in *Giur. cost.*, 2004, 1797 ss.

<sup>97</sup> Così Cass. 9 maggio 2014, n. 10105, consultabile per esteso in [www.dejure.it](http://www.dejure.it)



creditori, sicché la loro qualifica di beneficiari non li rende in alcun modo partecipi al programma di gestione liquidativa del patrimonio, il *trust* anticorsuale finisce per essere null'altro che un modo per eludere una disciplina pubblicistica di *ordine pubblico*. E tanto basta per *limitare* un'autonomia privata che verrebbe così a compiere un atto istitutivo di tipo segregativo nonostante l'insolvenza sia *preesistente*.

La sentenza non lo dice, perché la fattispecie decedenda era diversa, ma pure un *trust* c.d. anticipatorio degli effetti di cui all'art. 168 l. fall., dunque in sede di concordato preventivo, non è che di per sé vada immune da abusi: il *concordato in bianco* – è vero – ha l'effetto di proteggere l'imprenditore, impegnato nelle trattative con i creditori in vista di un accordo di ristrutturazione oppure per la predisposizione della proposta di concordato preventivo, dalle azioni esecutive interinali avviate dai creditori non ricompresi nel *quorum* del 60%. Epperò il *trust* anticipatorio arretra ancora di più questo effetto di protezione, col risultato di una *nullità* che rimonta se non fosse contemplata la variabile di un caducarsi dello stesso ove il futuro concordato non dovesse ricevere un'omologazione. Ed discorso si ripete, con una nullità ad incombere sullo sfondo, per il *trust* con funzione liquidatoria dell'attivo ovvero di prosecuzione dell'attività aziendale perché, se è vero che qui il *trustee* liquida i beni assegnatigli e col ricavato paga i creditori in conformità a quanto previsto dal piano concordatario, non è men vero che il tutto sarà sempre risolutivamente condizionato al passaggio in giudicato dell'omologa del concordato preventivo. Di nuovo *regole di gioco* e non, come qualche decisione di merito si è avveduta per tempo<sup>98</sup>, *gioco delle regole*<sup>99</sup>.

Insomma, i piani di risanamento attestati (art. 67, c. 3, lett. d) l. fall.), il concordato e gli accordi di ristrutturazione (art. 67, c. 3, lett. e) l. fall.), la previsione di un trattamento differenziato fra creditori appartenenti a classi diverse, possibile nelle proposte di concordato fallimentare e preventivo ai sensi degli artt. 124, c. 2 lett. b) e 160, c. 2 lett. d) l. fall., sono tutte situazioni senza dubbio disegnanti un quadro espressivo di una modulata *interazione convenzionale* tra debito e patrimonio: e, in seno a questa cornice, il *trust* liquidatorio, se corredato da clausole che ne evidenzino la finalizzazione all'esclusivo interesse del ceto creditorio, può porsi come una *valida* alternativa a procedure legali *concordate*. Epperò l'autonomia privata non può sostituirsi ad una procedura concorsuale retta da norme

imperative che assicurano, diversamente dal *trust*, la *par condicio creditorum* in una logica di controllo giudiziale e di potere partecipativo del ceto creditorio. Il *trust*, sintomatico quello costituito con i beni di un terzo a garanzia dell'adempimento del piano<sup>100</sup>, può *affiancarsi* al concordato preventivo oppure lo si può utilmente sperimentare in vista di una chiusura anticipata del fallimento, nell'accezione allora di una modalità extraconcorsuale di liquidazione e riparto dei beni dell'imprenditore fallito «così come accertato secondo le regole della legge fallimentare, affidata al *trustee* [ed] avente come beneficiari i creditori già concorsuali»<sup>101</sup>. In soccorso, al riguardo, viene il disposto dell'art. 106 l. fall., se è vero che è facoltà del curatore fallimentare cedere i crediti, compresi quelli fiscali e futuri, oggetto di contestazione al pari delle azioni revocatorie concorsuali i cui giudizi siano pendenti. Il comma 2 gli riconosce d'altra parte pure il potere, *in alternativa* alla cessione, di concludere contratti di mandato per la riscossione dei suddetti crediti. Ma il canone del *distingue frequenter* rimane, piaccia o no, la bussola: *nulla quaestio* infatti sulla circostanza che il curatore fallimentare possa aderire all'istanza di conferire in *trust* (l'ingente) somma di denaro recuperata in seguito all'esercizio di un'azione revocatoria, istanza avanzata dall'istituto di credito soccombente in primo grado nelle more del giudizio di impugnazione<sup>102</sup>. Niente, in un contesto siffatto, sembra invero ostare alla previsione di un *trust* avente ad oggetto le somme liquidate giudizialmente, vincolandole fino alla sentenza d'appello salvo un precedente accordo transattivo, con una loro destinazione ai creditori concorsuali nel modo che verrà poi stabilito dal giudice di seconde cure. Non si potrà dire lo stesso invece per il *trust* che venisse costituito non appena sia stato dichiarato esecutivo lo stato passivo, conferendogli di rimando tutti i cespiti seppure questi siano destinati ai creditori concor-

<sup>100</sup> V. Trib. Napoli, 12 marzo 2009, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, I, p. 76 ss.e, prima ancora, Trib. Parma, 3 marzo 2005, in *Riv. not.*, 2005, p. 858 (ove in *trust* vengono costituiti i beni di un terzo in vista di addivenire a quella quota aggiuntiva, rispetto al *quantum* ottenuto con la liquidazione dei beni della società concordataria, necessaria per realizzare la percentuale concordataria).

<sup>101</sup> Così C. CAVALLINI, *Trust e procedure concorsuali*, in *Riv. soc.*, 2011, p. 1093. In giurisprudenza, seppure con le cautele che si espongono nel testo, v. Trib. Saluzzo, 9 novembre 2006, in *Giur. comm.*, 2008, II, p. 206 ss.

<sup>102</sup> V. Trib. Prato, 12 luglio 2006, in *La giurisprudenza italiana sui trust*, a cura di Lupoi, Milano, 2009<sup>3</sup>, p. 294 ss. Non diversamente, sempre spigolando tra le più significative applicazioni giurisprudenziali, nel caso di un *trust* costituito allo scopo di recuperare dei crediti d'imposta si maturati durante la procedura epperò destinati a divenire esigibili soltanto dopo la chiusura del fallimento (v. Trib. Roma, 3 aprile 2004, in *Fall.*, 2004, p. 101 ss.).

<sup>98</sup> V. Trib. Ravenna, 4 aprile 2013, in *Ifallimentarista.it* e Trib. Chieti, 14 maggio 2013, in *www.ilcaso.it*

<sup>99</sup> Il *calembour*, com'è di tutta evidenza, vuole riprendere lo scritto di G. ROSSI citato nella nota n. 1.

suali, secondo l'ordine di graduazione, nella loro qualità di beneficiari<sup>103</sup>. Tutte le attività di liquidazione e di distribuzione del ricavato, nell'ipotesi sunteggiata, saranno infatti rette non dalla *normativa di legge ma dalla lex del trust*, con una cessazione degli organi fallimentari, perché il fallimento è stato anticipatamente chiuso, sostituiti da un *Trustee* pienamente legittimato ad agire come un curatore ... senza esserlo. Il che, nella misura in cui mima la fattispecie dalla quale si è presso le mosse, fa vedere quanto sia facile che lo strumento *trust* si presti rapidamente a cambiare pelle, trasformandosi in un mezzo di patente elusione delle norme imperative fallimentari.

#### 6. Quarto significato: la stagione (al termine?) dei derivati degli enti pubblici.

Il richiamo agli imperativi di sistema, segnatamente ad una riscoperta dell'art. 1418, c. 1 c.c.<sup>104</sup>, si mostra indispensabile anche come capitolo della *vetusta questio* relativa ai derivati stipulati dagli enti pubblici. Tema, come si sa, vischioso nel quale si affollano una pluralità di questioni concorrenti: l'annullamento in autotutela ex art. 21-*nonies* l. 241/1990, sull'assunto che il provvedimento di affidamento della ristrutturazione del debito sia illegittimo perché adottato contravvenendo al principio di convenienza economica di cui al combinato disposto degli artt. 41 (l. 448/2001) e 3 (circolare Ministeriale del 27/5/2004), con a farle da inevitabile contrappunto la forza di legge del contratto ex art. 1372 c.c.; di seguito, l'obbligo della P.A., a tutela dell'interesse pubblico, di rivalutare la convenienza economica del contratto ed il suo opposto rappresentato dall'affidamento dell'intermediario sulla corretta esecuzione di un contratto pendente; la difficile, per finire, *actio finium regundorum*, decisiva ai fini del riparto di giurisdizione<sup>105</sup>, tra vizi del procedimento e quelli del contratto, con un'autotutela che, almeno secondo l'indirizzo corrente, è da escludere se, al momento della scelta dell'intermediario, non era stata bandita una gara ad evidenza pubblica. Un vero e proprio groviglio di questioni speciose, dunque.

<sup>103</sup> Tutti i riferimenti del caso in P. G. DEMARCHI, *Il trust postfallimentare e l'apparente chiusura del fallimento*, in *Giur. mer.*, 2008, p. 741 ss.

<sup>104</sup> V., per tutti, V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non compiacente, né reticente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 983.

<sup>105</sup> La questione è stata per altro rimessa all'A.P. del Consiglio di Stato, da CdS., 14 ottobre 2013, n. 4998, in [www.dejure.it](http://www.dejure.it)

Allo stato, il dato è talmente noto che non serve più di un cenno<sup>106</sup>, la nozione puramente descrittiva di causa in concreto è l'artificio tecnico col quale le Corti provvedono a tutelare ablativamente il sottoscrittore di un IRS rivelatosi, per la presenza di costi imprevisi, diverso da quello stipulato. Vero che il derivato è una scommessa legalmente autorizzata e vero pure che un'alea vicendevole o bilaterale funge da sua causa. Questa alea, come di recente ha sentenziato la Corte d'appello di Milano<sup>107</sup>, «deve essere [però] razionale per entrambi gli scommettitori»: e tale è soltanto quella di cui l'investitore abbia piena contezza, nel senso che si dovrà profilare una situazione nella quale «tutti gli elementi dell'alea e gli scenari che da essa derivano ... [siano] definiti e conosciuti *ex ante*, con certezza». Ergo, con un ragionamento che descrittivamente non fa una grinza, siccome i c.d. costi impliciti e gli scenari probabilistici sono parte dell'alea, ove l'intermediario non abbia espressamente provveduto ad esplicitarli, il contratto sarà nullo perché questa opacità compromette la razionalità del contratto. Sintetizzando il discorso, è come se questa opacità, incidendo sull'alea che l'investitore assume, vanificasse lo scopo pratico del contratto<sup>108</sup>. Donde una nullità ex art. 1418, c. 2, delineandosi per le Corti un caso di difetto in concreto della causa. A chi sembrasse distonico che sia consentito invocare un difetto di causa per ovviare ad uno *squilibrio unilaterale* del sinallagma, si potrà sempre opporre che la nullità per mancanza di causa *operativamente* si atteggia, in realtà, a nullità relativa in quanto trattasi di una comminatoria che mappa sì le ipotesi includenti fatti che minano il sinallagma ma sempre in danno di una delle parti<sup>109</sup>. Niente di anomalo, dunque, sotto questo profilo: semplicemente una nullità assoluta che si comporta *come se* fosse relativa.

Viene da chiedersi però, con specifico riguardo al caso dell'investitore pubblico, se già il disposto dell'art. 1418, c. 1 c.c. non potrebbe utilmente governare certe ipotesi di *squilibrio* allorquando quel che in realtà finisce per registrarsi è una situazione nella quale il contratto di finanza aggregata, lungi dal servire ad una riduzione dell'indebitamento, contravviene all'imperativo della convenienza eco-

<sup>106</sup> Per tutti i riferimenti v. il volume collettaneo, a cura di D. MAFFEIS, *Swap tra banche e clienti. I contratti e le condotte*, Milano, 2014, p. 33 ss., p. 91 ss. e p. 211 ss.

<sup>107</sup> V. App. Milano, sez. I, 18 settembre 2013, n. 2349, in *Contratti*, 2014, p. 213 ss.

<sup>108</sup> È questo l'avviso, facendo il punto sulla questione, di G. VETTORI, *Il contratto senza numeri e aggettivi. Oltre il consumatore e l'impresa debole*, in *Contr. impr.*, 2012, p. 1202.

<sup>109</sup> La configurazione della nullità per mancanza di causa come una previsione «aspirata ad una *ratio* privata», secondo «il paradigma delle nullità relative», si legge in V. ROPPO, *Il contratto*, cit. p. 708.



nómica ex art. 1, c. 136 della legge finanziaria del 2005. Dunque una nullità per contrarietà ad una norma inderogabile perché il parametro della convenienza economica è a tutela di quell'interesse generale che l'ente locale è preposto a curare, donde il divieto di stipulare contratti derivati che non siano di copertura. Un divieto che l'art. 1, c. 572, l. 147/2013 –legge di stabilità del 2014– ha amplificato, se è vero che la preclusione per gli enti territoriali di ricorrere alla finanza derivata è stata resa permanente, salve le eccezioni espressamente consentite dalla legge. Delle eccezioni che, per il fatto di ammettere le sole ristrutturazioni dei derivati esistenti volte a mantenere una corrispondenza tra passività rinegoziate e la collegata operazione di copertura, sembrano comporre un quadro dove la distinzione tra destinazione di fondi costituzionalmente doverose (artt. 2, 31-35, 38, 44 e 47 Cost.) ed altre soltanto consentite (artt. 41 e 42 Cost.) fa da parametro ad un utilizzo delle risorse pubbliche secondo modalità idonee a rafforzare la coesione sociale.

Richiamare la formula di un debito che da eccezione si è fatto regola potrebbe allora qui servire a demarcare le fattispecie nelle quali non c'è una meritevolezza dell'interesse perseguito ex art. 1322, c. 2 c.c.<sup>110</sup>: con l'art. 1418, c. 1 che prende il posto di quell'annullamento in autotutela il quale, se si sta all'ultimo TAR Piemonte<sup>111</sup>, è precluso quando la stipula non è stata preceduta da un procedimento di evidenza pubblica con annesso atto di aggiudicazione.

### 7. Epilogo: *credit crunch* e merito creditizio. I molteplici fattori di restrizione del credito ed un finanziamento all'impresa che latita.

Notoriamente la stagione economica attuale è dominata da una situazione di *credit crunch*, con una accresciuta selettività dei criteri che presiedono all'erogazione di un qualsiasi finanziamento: e visto che una strategia bancaria di restrizione del credito penalizza principalmente quelle PMI che non vantano forme alternative di accesso al credito, si potrebbe utilizzare l'argomento del debito divenuto *una regola* per censurare politiche di mercato moltiplicanti le fattispecie di esclusione di questa o quella classe di clientela dal circuito creditizio.

Vero, epperò una critica siffatta regge se fosse vero che la domanda di credito, allo stato rimasta

insoddisfatta, lo è *illegittimamente*, nel senso che chi domanda un finanziamento ha *un suo merito creditizio* ed il conseguente rifiuto è ingiustificato. Il che, in realtà, è proprio il *thema demonstrandum* in quanto il suddetto merito, lungi dall'essere un dato oggettivo, è un *quid* parametrato sulla capacità di rimborso del soggetto finanziando, niente più che una stima su flussi futuri –perché attesi– di cassa. Merito creditizio, riassuntivamente, è la sintesi che si deduce dal rapporto comparativo tra tasso di interesse e rischio di perdita: ed *un merito c'è* quando i suddetti fattori risultano tra loro «legati da una relazione di congruità del primo rispetto al secondo»<sup>112</sup>.

Stando così le cose, è forse allora più utile capovolgere i termini della questione: non ragionare, questo si vuol dire, di una *domanda di credito* quanto e piuttosto di una *proposta di rischio* che, chi esercita un'attività intrinsecamente rischiosa qual'è quella d'impresa, avanza alla banca. Impostando così il discorso, si ha invero subito la percezione che il c.d. *razionamento del credito*, più che l'effetto di una strategia di mercato, è il risultato di una dinamica relativa alla stima di questo rischio, nello specifico ad un giudizio prognostico sul fatto che il *rischio de quo* possa venire assunto «e sia remunerato dal tasso di interesse praticabile». Ora, nella realtà, i fattori che concorrono alla commisurazione di questo rischio sono molteplici: bisogna tenere distinte, secondo la letteratura specialistica, le situazioni di *non-price rationing*, formula condensante le fattispecie nelle quali le ragioni di rifiuto del credito non dipendono dalla remuneratività del prezzo praticabile, da quelle di *price rationing* dove il diniego è invece tutt'uno con l'imposizione di un tasso remunerativo. Se le prime infatti annoverano casi di una restrizione imputabile ora alla circostanza che il rischio di *default* del cliente supera la classe – limite di rischio accettabile ora al fatto che il rischio non sia quantificabile *ex ante* nei termini di una stima affidante ovvero perché i codici di responsabilità sociale dell'istituto escludono dal credito certi tipi di clientela<sup>113</sup>, per le seconde è sempre e soltanto una questione di *pricing* e di tassi attivi praticabili. E, in una dimensione di mercato che sia competitivo, siccome qualsiasi istituto sarà un soggetto *price-taker* dovendo allinearsi al tasso di interesse corrente, di norma le situazioni di *credit crunch* hanno una valenza transitoria perché un au-

<sup>112</sup> Così MOTTURA, *Razionamento del credito? Miti, realtà e la soluzione della cartolarizzazione*, in *Bancaria*, 2013, fasc. 3, p. 3 (anche per la citazione che segue).

<sup>113</sup> Si pensi alle imprese che producono o commerciano in armi, a quelle impegnate in produzioni non eco-sostenibili o al gioco d'azzardo, a quante sono dedite allo «sfruttamento di condizioni del lavoro minorile»: v. MOTTURA, *Razionamento del credito? Miti, realtà e la soluzione della cartolarizzazione*, cit. p. 4.

<sup>110</sup> V., in tal senso, R. DI RAIMO, *Interest rate swap, teoria del contratto e nullità: e se finalmente dicessimo che è immeritevole e che tanto basta?*, in *Rass. dir. civ.* 2014, 308 ss.

<sup>111</sup> V. TAR Piemonte, sez I, 21 dicembre 2012, n. 1390, in *www.dejure.it*.



mento dei tassi attivi è destinato a riammettere al credito quelle tipologie di clientela dapprima escluse perché espressive di una classe di rischio troppo elevato. Insomma, in un contesto competitivo, *l'esclusione dal mercato* è vicenda che involge chi pratica strategie di *pricing* restrittive rispetto ai concorrenti, non i soggetti finanziabili.

Ora, con riguardo specifico al panorama italiano, la stretta creditizia è il prodotto –viene fatto notare– di una serie di concause piuttosto note: un *stock* di prestiti che ha visto nel tempo aggravare la qualità del loro rischio; un livello del tasso di usura che, quando è inferiore al tasso di rendimento reputato necessario per finanziare certi clienti a più alto rischio, ha come conseguenza l'automatica espunzione di costoro dal circuito del credito; *maxime* una regolamentazione prudenziale (Basilea 3) che ha innalzato gli standard minimi di disponibilità patrimoniale dell'istituto, elevati a *condizione* per la concessione di un *nuovo credito*. Gli è infatti che, se si accresce la soglia di patrimonio disponibile vocato a coprire le perdite, nell'ottica di un equilibrio finanziario che perduri allorché il passivo effettivo risulti superiore a quello *atteso* già compensato dai tassi attivi, va da sé che la curvatura dei nuovi prestiti è destinata a subire una *contrazione*. Una maggiorazione dei requisiti minimi di liquidità e di stabilità della banca di per sé comprime la concessione di credito perché, se il finanziante deve ottemperare ad un più stringente equilibrio gestionale, razionerà il credito *più di quanto discrezionalmente* sarebbe disposto a fare sia pure nei termini di una sana ed efficiente gestione. D'altra parte, la situazione di sotto-capitalizzazione di molte imprese italiane, se da un lato implica una loro maggiore domanda di credito, dall'altro richiede un sovracapitalizzarsi delle banche onde fare fronte alla «probabilità che le perdite effettive su credito sopravanzino quelle attese»<sup>114</sup>.

Risultato: è vero che il *credit crunch* italiano dipende principalmente dalla circostanza che l'attuale liquidità delle banche è di tipo squisitamente *ancillare*, nel senso che «è al servizio della liquidità della banca (e dei suoi creditori) oppure è riservata al finanziamento del debito pubblico»<sup>115</sup>. E vero pure è che un regime vincolato del livello dei tassi attivi ha quale suo complemento necessario un sempre più spiccato cautelarsi della banca in sede di garanzie, personali o, come la saga dei mutui fondiari sta dimostrando, reali. Il fine, se non si può distinguere la clientela in base al tasso, è di marginalizzare «la *loss given default* a parità di *probability of default*».

Ma, ultimo *caveat*, un debito da eccezione fattosi regola, se vuole essere non una formula magica intellettuale bensì un utile strumento di lavoro deve tener conto di questa nuova disciplina prudenziale del sistema bancario: introducendo dei criteri gestionali maggiormente restrittivi, è in *re ipsa* che si finisca proporzionalmente per innescare scenari di *de-risking*. Il che scaccia fuori dal mercato molte –troppe– tipologie di clientela.

<sup>114</sup> Cfr. MOTTURA, *Razionamento del credito? Miti, realtà e la soluzione della cartolarizzazione*, cit. p. 11.

<sup>115</sup> V. MOTTURA, *op. ult. cit.* p. 10 (pure per quella che segue).

## INABILITAZIONE E INTERDIZIONE: DUE ARCAICI ISTITUTI AL CREPUSCOLO

Di Gaspare Lisella

| 123

**SOMMARIO:** 1. Linea di demarcazione tra amministrazione di sostegno, inabilitazione e interdizione: una questione «tendenzialmente» definita. – 2. Intervento della Consulta. Legittimità costituzionale della nuova disciplina per il diverso ambito di operatività dei tre istituti. – 3. Una prima decisione della Corte di Cassazione. Discrimen da rinvenire non nel diverso grado di infermità o di impossibilità a provvedere a se medesimi (profilo «quantitativo»), ma nella maggiore o minore idoneità di ciascuna misura a proteggere il soggetto debole, anche in considerazione del tipo di attività da compiersi nella concreta fattispecie (profilo «funzionale»). Conferma della sentenza d'interdizione nonostante il «carattere residuale» dell'istituto. – 4. Una seconda sentenza. Valorizzazione delle potenzialità dell'amministrazione di sostegno in considerazione della graduabilità del «progetto di sostegno». Cassazione con rinvio della sentenza d'interdizione. – 5. Consolidamento dell'orientamento nella giurisprudenza di legittimità. Rilevanza dell'attività da compiersi nell'interesse del soggetto da proteggere, cospicuità del patrimonio e rapporti conflittuali all'interno della famiglia. Conferma della sentenza d'interdizione. – 6. Segue: obbligo del giudice di valutare nel caso concreto «la conformità dell'amministrazione di sostegno alle esigenze del destinatario». Cassazione con rinvio della sentenza d'interdizione. – 7. Segue: una sentenza di Corte d'Appello in dissonanza con l'insegnamento della Suprema Corte: scelta della misura di protezione da applicare in considerazione della condizione personale del soggetto. Accoglimento del ricorso contro la sentenza d'interdizione sulla base della discordanza tra il non discutibile «carattere residuale» dell'istituto e «la postulata “preferibilità”». – 8. Una recente decisione della Corte di Cassazione di conferma di una sentenza d'interdizione emanata sulla base della gravità e irreversibilità delle condizioni di salute dell'interdicendo e della straordinaria consistenza e varietà del patrimonio mobiliare e immobiliare. – 9. Critiche alla sentenza di conferma della decisione della Corte territoriale perché condizionata dall'idea latente dell'amministrazione di sostegno quale misura più blanda rispetto all'interdizione, dunque da riservare alle situazioni meno gravi. Perplexità sulla scelta della misura di protezione sulla base di criteri c.dd. oggettivi. – 10. Tendenza del soggetto a non collaborare quale causa ostativa all'istituzione dell'amministrazione di sostegno: confutazione. – 11. Residua capacità del soggetto di relazionarsi con i terzi quale motivo di preferenza dell'interdizione: superamento. – 12. Complessità del patrimonio quale elemento determinante l'interdizione. Conseguenze inaccettabili. – 13. Sentenza d'interdizione dettata da criteri c.dd. oggettivi: limiti. Dubbi sulla necessità dell'interdizione per l'instaurazione di un'adeguata tutela in alcune circostanze. Idoneità dell'amministrazione di sostegno a proteggere qualsiasi soggetto carente di autonomia. Inabilitazione e interdizione quali istituti destinati al crepuscolo.



**1. Linea di demarcazione tra amministrazione di sostegno, inabilitazione e interdizione: una questione «tendenzialmente» definita.**

124 In uno scritto di alcuni mesi fa<sup>1</sup>, nel tracciare un primo bilancio sulle più importanti problematiche dell'amministrazione di sostegno venute all'attenzione della civilistica e della giurisprudenza, a quasi due lustri dall'entrata in vigore della legge istitutiva (l. 9 gennaio 2004, n. 6), si è reputato di poter inserire tra le «questioni tendenzialmente definite» quella, di fondamentale importanza, relativa alla relazione tra la nuova misura di protezione e i vecchi istituti dell'inabilitazione<sup>2</sup> e, soprattutto, dell'interdizione.

Il quesito si poneva, e ancora si pone, perché il legislatore, pur avendo costruito (almeno secondo l'opinione dominante) l'amministrazione di sostegno come idonea a far fronte a qualsiasi situazione di impossibilità di provvedere ai propri interessi riconducibile ad una condizione personale patologica (o comunque di alterazione), perfino a quelle più drammatiche, non ha proceduto all'abrogazione dell'interdizione e dell'inabilitazione. Anzi, nel se-

gno della flessibilità, ha creato una sorta di ponte tra gli istituti di protezione dei maggiori di età, prevedendo, per un verso, la possibilità che nel decreto di nomina dell'amministratore di sostegno o in un successivo provvedimento il giudice tutelare possa «disporre che determinati effetti, limitazioni o decadenze, previsti da disposizioni di legge per l'interdetto o l'inabilitato, si estendano al beneficiario dell'amministrazione di sostegno, avuto riguardo all'interesse del medesimo ed a quello tutelato dalle predette disposizioni» (art. 411, comma 4, c.c.)<sup>3</sup>; per altro verso, che nella «sentenza che pronuncia l'interdizione o l'inabilitazione, o in successivi provvedimenti dell'autorità giudiziaria», sia possibile stabilire che «taluni atti di ordinaria amministrazione possano essere compiuti dall'interdetto senza l'intervento ovvero con l'assistenza del tutore, o che taluni atti eccedenti l'ordinaria amministrazione possano essere compiuti dall'inabilitato senza l'assistenza del curatore» (art. 427, comma 1, c.c.)<sup>4</sup>.

Constatata l'insostenibilità della posizione di una minoritaria giurisprudenza di merito tendente a configurare l'amministrazione di sostegno quale inter-

<sup>1</sup> G. LISELLA, *Questioni tendenzialmente definite e questioni ancora aperte in tema di amministrazione di sostegno*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, p. 284 s.

<sup>2</sup> Per vero, posta la flessibilità e duttilità dell'amministrazione di sostegno (v., *infra*, nota 4), la relazione tra questa e l'inabilitazione non sembra presentare particolari problemi, giacché in dottrina è un dato oramai acquisito che la nuova misura di protezione possa trovare giustificazione anche in una delle cause tipizzate del vecchio istituto, quali la prodigalità e l'abuso abituale di sostanze alcoliche o di stupefacenti (E. CALÒ, *Amministrazione di sostegno. Legge 9 gennaio 2004, n. 6*, Milano, p. 80 ss.; F. ANELLI, *Il nuovo sistema delle misure di protezione delle persone prive di autonomia*, in *Jus*, 2005, p. 197 ss.) soprattutto se si reputa, in una prospettiva attenta ai valori costituzionali, che esse devono comunque costituire il sintomo di un'alterazione della sfera psichica (cfr., per tutti, G. LISELLA, *Interdizione e inabilitazione*, in *Le persone*, I, *Persone fisiche*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di P. Cendon, Torino, 2000, p. 277 s., ove riferimenti anche in senso contrario). Non a caso, di recente, in giurisprudenza, per far fronte alle esigenze di un soggetto affetto da «sindrome schizoaffective con prevalente componente paranoidea» e, in quanto tale, incapace di provvedere alla cura della persona e alla gestione del patrimonio, è stata decisa la revoca dell'inabilitazione (considerati la «inadeguatezza» e il «carattere residuale» dell'istituto), è stata rigettata l'istanza d'interdizione avanzata dal p.m. e, tenuto conto del contesto sociale in cui la persona era inserita e della «non complessa consistenza del suo patrimonio», è stata disposta la trasmissione degli atti al giudice tutelare per l'applicazione dell'amministrazione di sostegno: Trib. Mantova, 1° ottobre 2013, in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it) (con osservazioni di L. PROVENZALI, *Inabilitato e richiesta di amministrazione di sostegno*), che ha anche riconosciuto la legittimazione dell'inabilitato a chiedere la revoca della sentenza sebbene l'art. 429 c.c. non lo contempra espressamente.

<sup>3</sup> Sulla portata della disposizione v. G. LISELLA, *Questioni tendenzialmente definite*, cit., p. 289 ss.

<sup>4</sup> Com'è noto, sulla base di esperienze straniere e seguendo le indicazioni della dottrina più sensibile, il legislatore con l'amministrazione di sostegno ha inteso istituire una forma di protezione che non producesse effetti predeterminati dalla legge, come l'interdizione e l'inabilitazione, ma che rispondesse alle effettive specifiche esigenze del singolo beneficiario. L'obiettivo è stato conseguito ponendo alla base del nuovo istituto il criterio della graduabilità dell'incapacità legale, che si può esplicare (almeno secondo una chiave di lettura), nel minimo, fino a rendere addirittura ammissibile, là dove non sia assolutamente necessaria un'attenuazione della capacità per la tutelare la persona priva di autonomia, un'amministrazione di sostegno non incapacitante; nel massimo, nel rendere possibile la rimozione completa della capacità, là dove l'impossibilità di provvedere ai propri interessi sia totale. La prima soluzione è sorretta, tra l'altro, dal disposto normativo che impone di proteggere «le persone prive in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana» «con la minore limitazione possibile della capacità di agire» (art. 1 l. 9 gennaio 2004, n. 6) e da quello che dispone la conservazione della «capacità di agire per tutti gli atti che non richiedono la rappresentanza esclusiva o l'assistenza necessaria dell'amministratore di sostegno» (art. 409, comma 1, c.c.). La seconda trova giustificazione (anche qui in sintesi estrema) nell'enunciato che può essere protetta con l'amministrazione di sostegno la persona che si «trova nella impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi» (art. 404 c.c.) e in quello che ammette l'interdizione di coloro che «si trovano in condizioni di abituale infermità di mente che li rende incapaci di provvedere ai propri interessi» esclusivamente «quando ciò è necessario per assicurare la loro adeguata protezione» (art. 414 c.c.). In argomento sia consentito richiamare G. LISELLA, *Gli istituti di protezione dei maggiori di età*, in G. LISELLA e F. PARENTE, *Persona fisica*, in *Tratt. dir. civ.* CNN diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2012, p. 247 ss., ove indicazioni, anche in senso contrario.



vento più tenue rispetto sia all'interdizione sia alla stessa inabilitazione<sup>5</sup>, si è creduto di poter ricondurre la questione tra quelle tendenzialmente definite, non perché convinti che fosse stato individuato un idoneo criterio di demarcazione della linea di confine tra i tre istituti, ma perché al riguardo c'era già stato un importante intervento della Corte Costituzionale e, sulla sua scia, si stava consolidato anche un univoco orientamento della Corte di Cassazione.

## 2. Intervento della Consulta. Legittimità costituzionale della nuova disciplina per il diverso ambito di operatività dei tre istituti.

La Consulta, infatti, aveva chiarito che l'ambito di operatività dell'amministrazione di sostegno non poteva coincidere con quello dell'interdizione o dell'inabilitazione, in quanto la legge «affida al giudice il compito di individuare l'istituto che, da un lato, garantisca all'incapace la tutela più adeguata alla fattispecie e, dall'altro, limiti nella minore misura possibile la sua capacità»: soltanto se egli non ravvisi interventi di sostegno utili ad assicurare al soggetto carente di autonomia un'adeguata protezione, «può ricorrere alle ben più invasive misure dell'interdizione o dell'inabilitazione, che attribuiscono uno *status* di incapacità».

Aveva, altresì, specificato che, pur potendo sempre trovare applicazione l'art. 411, comma 4, c.c., «in nessun caso i poteri dell'amministratore possono coincidere "integralmente" con quelli del tutore o del curatore»<sup>6</sup>.

## 3. Una prima decisione della Corte di Cassazione. *Discrimen* da rinvenire non nel diverso grado di infermità o di impossibilità a provvedere a se medesimi (profilo «quantitativo»), ma nella maggiore o minore idoneità di ciascuna misura a proteggere il soggetto debole, anche in considerazione del tipo di attività da compiersi nella concreta fattispecie (profilo «funzionale»). Conferma della sentenza d'interdizione nonostante il «carattere residuale» dell'istituto.

Nella medesima prospettiva si era mossa successivamente anche la Suprema Corte, la quale con un'articolata decisione, dopo aver proceduto ad «una operazione di "perimetrazione" dell'istituto dell'amministrazione di sostegno» e dopo aver analizzato criticamente le diverse opinioni sull'individuazione del *discrimen* tra la nuova misura di protezione e la vecchia interdizione, giungeva alla conclusione che la linea di confine non poteva essere individuata nel profilo «quantitativo», ma andava rinvenuta in quello «funzionale», con la consapevolezza però del «carattere residuale» dell'interdizione, riservata dal legislatore, in considerazione della «gravità degli effetti [...], a quelle ipotesi in cui nessuna efficacia protettiva sortirebbe una diversa misura».

Si che la scelta non poteva non essere influenzata dal tipo di attività da compiersi in nome del beneficiario: ad «un'attività minima, estremamente semplice, e tale da non rischiare di pregiudicare gli interessi del soggetto – vuoi per la scarsa consistenza del patrimonio disponibile, vuoi per la semplicità delle operazioni da svolgere (attinenti, ad esempio, alla gestione ordinaria del reddito da pensione) e per l'attitudine del soggetto protetto a non porre in discussione i risultati dell'attività di sostegno nei suoi confronti –, e, in definitiva, ad una ipotesi in cui non risulti necessaria una limitazione generale della capacità del soggetto, corrisponderà l'amministrazione di sostegno»; per converso, ad «un'attività di una certa complessità, da svolgere in una molteplicità di direzioni», ovvero a ipotesi «in cui appaia necessario impedire al soggetto da tutelare di compiere atti pregiudizievoli per sé, eventualmente anche in considerazione della permanenza di un minimum di vita di relazione che porti detto soggetto ad avere contatti con l'esterno», o ancora a casi in relazione ai quali si stimi da parte del giudice di merito comunque non sufficiente l'amministrazione di sostegno, corrisponderà l'istituto dell'interdizione.

Si concludeva affermando il seguente principio di diritto: «l'amministrazione di sostegno, introdotta

<sup>5</sup> G. LISELLA, *op. ult. cit.*, pp. 255 s. e 260 ss., ove riferimenti.

<sup>6</sup> Corte cost., 9 dicembre 2005, n. 440, in *Giur. cost.*, 2005, p. 4746 ss., con nota di M.D. BEMBO, *Amministrazione di sostegno e interdizione: un rapporto difficile*; in *Famiglia*, 2006, p. 361 ss., con note di L. BALESTRA, *Sugli arcani confini tra amministrazione di sostegno ed interdizione*, e di M.A. LUPOI, *Profili processuali del rapporto tra amministrazione di sostegno e le altre misure di protezione dell'incapace*; in *Fam. pers. succ.*, 2006, p. 136 ss., con nota di S. PATTI, *Amministrazione di sostegno: la sentenza della Corte costituzionale*; in *Fam. dir.*, 2006, p. 121 ss., con nota di F. TOMMASEO, *L'amministrazione di sostegno al vaglio della Corte costituzionale*; in *Corr. giur.*, 2006, p. 775 ss., con nota di M.N. BUGETTI, *Ancora sul discrimen tra amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, p. 1101 ss., con nota di A. VENCHIARUTTI, *Il discrimen tra amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione al vaglio della Corte Costituzionale*; in *Nuove leggi civ. comm.*, 2006, p. 851 ss., con nota di U. ROMA, *Sunt certi denique fines (?): la Corte costituzionale definisce (parzialmente) i rapporti tra amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione*; in *Giust. civ.*, 2006, I, p. 773 ss., con nota di L. PASSANANTE, *Rapporti tra amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione: profili processuali*.

nell'ordinamento dall'articolo 3 della legge 6/2004 ha la finalità di offrire a chi si trovi nella impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi uno strumento di assistenza che ne sacrifichi nella minor misura possibile la capacità di agire, distinguendosi, con tale specifica funzione, dagli altri istituti a tutela degli incapaci, quali la interdizione e la inabilitazione, non soppressi, ma solo modificati dalla stessa legge attraverso la novellazione degli articoli 414 e 417 del c.c.

Rispetto ai predetti istituti, l'ambito di applicazione dell'amministrazione di sostegno va individuato con riguardo non già al diverso, e meno intenso, grado di infermità o di impossibilità di attendere ai propri interessi del soggetto carente di autonomia, ma piuttosto alla maggiore capacità di tale strumento di adeguarsi alle esigenze di detto soggetto, in relazione alla sua flessibilità ed alla maggiore agilità della relativa procedura applicativa. Appartiene all'apprezzamento del giudice di merito la valutazione della conformità di tale misura alle suindicate esigenze, tenuto conto essenzialmente del tipo di attività che deve essere compiuta per conto del beneficiario, e considerate anche la gravità e le durata della malattia, ovvero la natura e la durata dell'impedimento, nonché tutte le altre circostanze caratterizzanti la fattispecie».

In quest'ottica, il Supremo collegio respingeva il ricorso proposto contro la sentenza della Corte d'Appello, che a sua volta aveva rigettato il reclamo avverso il decreto del giudice tutelare di mancata nomina dell'amministratore di sostegno – con trasmissione degli atti al p.m. affinché venisse promosso il giudizio d'interdizione – di persona affetta da infermità tale da risultare totalmente incapace di provvedere ai propri interessi, proprio sul presupposto che essa avesse correttamente preso in considerazione «non già la sola condizione fisica del soggetto [...] ma altresì la complessità degli atti da compiere per suo conto»<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> Cass., 12 giugno 2006, n. 13584, in *Fam., pers. succ.*, 2006, p. 675 ss., e *ivi*, 2007, p. 410 ss., con nota di F.M. SBARBARO, *Il tramonto della logica autoritativa nel trattamento della disabilità*; in *Guida dir.*, 2006, n. 27, p. 81 ss., con nota di M. FIORINI, *Uno strumento d'intervento flessibile adattabile a tutte le situazioni di disagio*; in *Corr. giur.*, 2006, p. 1529 ss., con nota di M.N. BUGETTI, *Amministrazione di sostegno e interdizione tra tutela della persona e interessi patrimoniali*; in *Dir. fam. pers.*, 2007, p. 126 ss., con nota di A. VENCHIARUTTI, *Il discrimen tra amministrazione di sostegno e interdizione: dopo la Corte Costituzionale si pronuncia la Corte di Cassazione*; in *Fam. dir.*, 2007, p. 31 ss., con nota di M. SESTA, *Amministrazione di sostegno e interdizione: quale bilanciamento tra interessi patrimoniali e personali del beneficiario?*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, p. 275 ss., con nota di U. ROMA, *La Cassazione alla ricerca del discrimen tra amministrazione di sostegno e interdizione*; in *Riv. not.*, 2007, p. 485 ss., con nota di A. PEDRON, *La Cassazione si pronuncia: actio finium regundorum*

La decisione veniva definita da autorevole dottrina una «buona sentenza che fa onore alla nostra Cassazione, poiché esalta [...] risolutamente i meriti dell'Amministrazione di sostegno, sottolineando per converso l'oppressività e la residualità della vecchia coppia di risposte codicistiche», anche se non si mancava di auspicare un ulteriore passo in avanti sulla strada della valorizzazione della nuova misura di protezione<sup>8</sup>.

#### 4. Una seconda sentenza. Valorizzazione delle potenzialità dell'amministrazione di sostegno in considerazione della gradualità del «progetto di sostegno». Cassazione con rinvio della sentenza d'interdizione.

Il principio di diritto enunciato veniva successivamente richiamato in altro arresto della Suprema Corte, ove anzi venivano rimarcate ancor di più le potenzialità dell'amministrazione di sostegno. In effetti, si procedeva a cassare con rinvio una sentenza di Corte d'Appello per aver ritenuto che, poiché l'infermo di mente «poteva compiere atti negozialmente rilevanti, occorreva una maggior protezione che poteva essere assicurata soltanto dal provvedimento d'interdizione». Là dove si rilevava che, se a norma dell'art. 405, comma 5, c.c. il provvedimento di nomina deve indicare gli atti che l'amministratore di sostegno ha il potere di compiere in nome e per conto del beneficiario (n. 3) e quelli che questo può realizzare soltanto con l'assistenza dell'amministratore stesso (n. 4), è di tutta evidenza che «ben può il giudice graduare il progetto di sostegno in modo tale da escludere che, fermo restando il diritto, assicurato al beneficiario dall'art. 409 c.c., di conservare la capacità di agire per gli atti che non richiedono la rappresentanza esclusiva o l'assistenza necessaria dell'amministratore di sostegno, l'incapace possa svolgere un'attività negoziale pregiudizievole». In sostanza si rimproverava al giudice di merito di non aver soppesato sufficientemente

*tra amministrazione di sostegno, interdizione, inabilitazione e necessità di difesa tecnica*; in *Giur. it.*, 2009, p. 136 ss., con nota di A. FABBRICATORE, *Amministrazione di sostegno, interdizione, inabilitazione: insoddisfacente l'individuazione degli ambiti applicativi*; in argomento v., altresì, S. PATTI, *Amministrazione di sostegno e interdizione: interviene la Corte di Cassazione*, in *Fam. pers. succ.*, 2006, p. 811 ss.; S. LAPPA, *L'ambito di applicazione dell'amministrazione di sostegno alla luce della sentenza n. 13584/2006 della Corte di Cassazione*, in *Studium iuris*, 2007, p. 257 ss.; U. ROMA, *La Corte di Cassazione sul discrimen tra amministrazione di sostegno ed interdizione*, *ivi*, 2007, p. 119 ss.

<sup>8</sup> P. CENDON, *L'amministrazione di sostegno come strumento cardine per la protezione dei soggetti deboli*, in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it).



temente nel caso concreto l'adeguatezza della nuova misura di protezione<sup>9</sup>.

Anche questa seconda decisione era stata accolta con favore da una parte della dottrina: la si reputava perfino più avanzata della prima, perché in essa, nel decidere se applicare l'una o l'altra misura di protezione, veniva accantonato il riferimento ai due parametri, quello funzionale dell'attività da realizzare nell'interesse della persona e quello quantitativo della gravità della sua condizione psicofisica, per valorizzare il binomio, in parte differente, dell'attività da compiersi (criterio funzionale) e dell'idoneità dell'amministrazione di sostegno ad assicurarne il compimento (criterio definibile "strumentale")<sup>10</sup>.

Altri, invece, aveva qualificato non del tutto convincente l'annullamento della pronuncia della Corte d'Appello, perché reputava la decisione di merito correttamente argomentata, lamentando peraltro che la eccessiva complessità delle motivazioni dei provvedimenti di interdizione e di nomina dell'amministratore di sostegno avrebbe potuto finire con l'essere di incentivo ai gravami, i quali sicuramente non giovano alla migliore tutela del soggetto debole<sup>11</sup>.

**5. Consolidamento dell'orientamento nella giurisprudenza di legittimità. Rilevanza dell'attività da compiersi nell'interesse del soggetto da proteggere, cospicuità del patrimonio e rapporti conflittuali all'interno della famiglia. Conferma della sentenza d'interdizione.**

Proprio perché reputata sufficientemente motivata, non aveva trovato censura in sede di legittimità altra sentenza di interdizione. Ribadito il criterio funzionale del *discrimen*, con coerenza reputato rilevante anche per giustificare la revoca dell'interdizione o dell'inabilitazione (art. 429 c.c.), la Suprema Corte, dopo avere opportunamente precisato che «la dignità della persona, che potrebbe essere violata da strumenti troppo invasivi, è valore da garantire e preservare, anche se il soggetto non ne abbia piena consapevolezza», aveva considerata adeguata e non illogica la decisione di merito perché basata non soltanto sull'infermità e sulla conseguente incapacità di provvedere ai propri interessi, ma anche su altri elementi, quali «un cospicuo patrimonio che rischiava di essere impoverito, ed un conflitto aspro ed insanabile all'interno della famiglia, tra i parenti e la moglie» dell'interdetto, «riscontrato pure dalla pendenza di una procedura per l'annullamento del matrimonio per incapacità»<sup>12</sup>.

**6. Segue: obbligo del giudice di valutare nel caso concreto «la conformità dell'amministrazione di sostegno alle esigenze del destinatario». Cassazione con rinvio della sentenza d'interdizione.**

Per converso, era stata cassata con rinvio la sentenza d'appello che aveva confermato l'interdizione sul presupposto che non potesse ricorrersi utilmente all'amministrazione di sostegno in quanto il soggetto da proteggere «non aveva indicato la persona che avrebbe dovuto essere nominata, né i concreti bisogni che l'amministratore di sostegno avrebbe potuto aiutare a soddisfare meglio del tutore». Poiché tali circostanze non sono assolutamente condizione necessaria per la istituzione della nuova misura di protezione, la Suprema Corte aveva censurato la sentenza di merito per non aver in alcun modo valutato, come sarebbe stato suo compito secondo il già consolidato orientamento di legittimità, «la conformità dell'amministrazione di sostegno alle esigenze del

<sup>9</sup> Cass., 22 aprile 2009, n. 9628, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, p. 963 ss., con nota di M.N. BUGETTI, *L'attitudine dell'amministrazione di sostegno a realizzare l'adeguata protezione degli interessi patrimoniali del beneficiario*; in *Fam. dir.*, 2010, p. 15 ss., con nota di M. GOZZI, *La Cassazione sul discrimine fra amministrazione di sostegno e interdizione*; in *Giur. it.*, 2010, p. 316 ss., con nota di G. RISPOLI, *Amministrazione di sostegno o interdizione? Una scelta difficile*; in *Dir. fam. pers.*, 2010, p. 1103 ss., con nota di M. COCUCCHIO, *L'amministrazione di sostegno come strumento prioritario di protezione e "progetto di sostegno" della persona con disabilità*.

<sup>10</sup> R. ROSSI, *Un nuovo uppercut all'interdizione*, in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it); M. COCUCCHIO, *op. cit.*, p. 1123; v., altresì, M.N. BUGETTI, *op. cit.*, p. 966 ss., secondo la quale «la Cassazione compie un passo in avanti nell'interpretazione della effettiva estensione operativa del nuovo istituto di protezione, andando di fatto a superare la statuizione contenuta nella [...] sentenza CASS., n. 13584/2006 in cui proprio la complessità del patrimonio pareva essere indicato, in ultima istanza, quale parametro definitorio degli incerti confini tra i due istituti» (p. 971).

<sup>11</sup> A. GORGONI, *L'infermità tra amministrazione di sostegno e interdizione*, in [www.personaemercato.it](http://www.personaemercato.it) (2010), il quale definisce la decisione «dubbia» (p. 5).

<sup>12</sup> Cass., 24 luglio 2009, n. 17421, in *Fam. dir.*, 2009, p. 1085 ss., con nota di R. RUSSO, *L'interdizione: misura residuale ma a volte necessaria*, la quale peraltro mette in evidenza che il Collegio giudicante è il medesimo di quello della sentenza n. 9628 del 2009 anche se con diverso estensore (p. 1091).

destinatario, alla stregua della peculiare flessibilità dell'istituto, della maggiore agilità della relativa procedura applicativa, nonché della complessiva condizione psico-fisica del soggetto e di tutte le circostanze caratterizzanti il caso di specie»<sup>13</sup>.

**7. Segue: una sentenza di Corte d'Appello in dissonanza con l'insegnamento della Suprema Corte: scelta della misura di protezione da applicare in considerazione della condizione personale del soggetto. Accoglimento del ricorso contro la sentenza d'interdizione sulla base della discordanza tra il non discutibile «carattere residuale» dell'istituto e «la postulata “preferibilità”».**

Fin qui gli interventi del Supremo collegio si erano esplicitati in valutazioni sulla adeguatezza oppure no delle motivazioni poste alla base delle decisioni delle corti di appello, le quali mai avevano messo in discussione il principio di diritto affermato più volte nella giurisprudenza di legittimità.

Costituiva perciò un elemento di novità il decreto di una Corte d'Appello la quale, nel confermare il provvedimento del giudice tutelare che aveva respinto il ricorso di nomina dell'amministratore di sostegno con trasmissione degli atti al p.m. per la valutazione della possibilità di promuovere procedura di interdizione, aveva espressamente affermato «di condividere solo in parte l'orientamento» della Corte di Cassazione, soprattutto perché non si reputava corretto il criterio interpretativo «che fa dipendere la scelta dell'istituto da applicare non dalla condizione personale del soggetto, ma da fattori contingenti e variabili non valutabili oggettivamente».

Nel caso di specie, essendo risultato il soggetto da proteggere, in quanto affetto da sindrome di Down grave, del tutto incapace di provvedere a se medesimo, era necessaria la sua sostituzione sia nel compimento degli atti di ordinaria amministrazione sia in quelli di straordinaria amministrazione. Di talché, se si fosse proceduto alla nomina dell'amministratore di sostegno, gli si sarebbero

<sup>13</sup> Cass., 1° marzo 2010, n. 4866, in *Giur. it.*, 2010, p. 2301 ss., con note di C. RUFO SPINA, *La residualità dell'interdizione e dell'inabilitazione*, e di L. CARBONARA, *Residualità del provvedimento interdittorio e preventiva valutazione giudiziale della misura di sostegno*, il quale sottolinea che dalla sentenza si deduce uno specifico dovere del giudice di merito di considerare, prioritariamente all'assunzione di qualunque provvedimento, i pregi di carattere sostanziale e procedurale che fanno dell'amministrazione di sostegno la misura da preferire nella maggior parte dei casi, «anche atteso il rispetto, da essa meglio garantito, della dignità personale del beneficiario» (p. 2309).

dovuti conferire gli «stessi poteri, peraltro collegati anche a doveri, che la legge attribuisce al tutore». Perciò, secondo la Corte territoriale, la misura di protezione più idonea non poteva non essere l'interdizione.

La Corte di Cassazione, dopo aver precisato che i suoi interventi, contrariamente a quanto ritenuto nella sentenza impugnata, si erano posti in linea di continuità con la sentenza della Corte Costituzionale, e dopo aver ripercorso le salienti tappe argomentative che avevano portato alla prima decisione in argomento della Corte medesima, ribadiva il «carattere residuale» dell'interdizione, normativamente sancito, che evidentemente ne faceva escludere «la postulata “preferibilità”», e cassava il provvedimento impugnato con rinvio alla stessa Corte d'Appello, in diversa composizione, con l'obbligo di attenersi all'univoco principio di diritto oramai consolidatosi nella giurisprudenza di legittimità<sup>14</sup>.

**8. Una recente decisione della Corte di Cassazione di conferma di una sentenza d'interdizione emanata sulla base della gravità e irreversibilità delle condizioni di salute dell'interdicendo e della straordinaria consistenza e varietà del patrimonio mobiliare e immobiliare.**

Come risulta evidente, il Supremo collegio, seppur con decisioni in diverso senso, di accoglimento o di censura dei ricorsi, sostanzialmente non si era mai discostato dalla posizione assunta nella prima sentenza. Cosa che, per vero, non fa nemmeno nel suo ultimo e recente arresto (successivo allo scritto da cui si sono prese le mosse). Dove però ricorre una particolarità: la Corte, dopo aver ribadito che appartiene all'apprezzamento del giudice di merito la valutazione della conformità dell'amministrazione di sostegno alle specifiche esigenze della persona interessata, tenuto conto essenzialmente del tipo di attività che deve essere compiuta in nome del beneficiario, e considerate anche la gravità e la durata della malattia, ovvero la natura e la durata dell'impedimento, nonché tutte le altre circostanze caratterizzanti la fattispecie, respinge il ricorso inoltrato contro la sentenza d'interdizione, reputando corretta una motivazione quantomeno dubbia.

In effetti, la Corte d'Appello, senza trascurare di valutare la residualità dell'interdizione nell'ambito del nuovo panorama delle misure di protezione (al-

<sup>14</sup> Cass., 26 ottobre 2011, n. 22332, in *Dir. fam. pers.*, 2012, p. 315 ss.; sulla decisione v. L. MARAVITA, *Commento a Cass. Sez. I Civ. sentenza 26 ottobre 2011 n. 22332*, in [www.oltrenoilavita.it](http://www.oltrenoilavita.it).



meno secondo il parere dei giudici di legittimità), ha individuato proprio in questo istituto lo strumento più idoneo a tutelare gli interessi dell'infermo di mente, in considerazione sia della gravità e irreversibilità delle sue condizioni di salute sia della «consistenza e natura composita del patrimonio (caratterizzato anche da rilevanti partecipazioni azionarie)».

Pertanto, sarebbero risultati rispettati tutti i parametri indicati dalla giurisprudenza di legittimità nel pervenire alla conclusione che nel caso di specie «la flessibilità dell'amministrazione di sostegno e la predisposizione di limitazioni parziali ai poteri di gestione patrimoniale del ricorrente [il soggetto interdetto] fossero del tutto inadeguati a fronteggiare una condizione economico-patrimoniale integralmente non affrontabile, per la sua oggettiva complessità, nelle riscontrate condizioni fisiopsichiche del ricorrente»<sup>15</sup>.

**9. Critiche alla sentenza di conferma della decisione della Corte territoriale perché condizionata dall'idea latente dell'amministrazione di sostegno quale misura più blanda rispetto all'interdizione, dunque da riservare alle situazioni meno gravi. Perplessità sulla scelta della misura di protezione sulla base di criteri c.dd. oggettivi.**

Una studiosa della materia<sup>16</sup>, non senza giustificati motivi, si è subito allarmata di fronte ad una decisione che finisce per considerare l'interdizione non misura residuale rispetto all'amministrazione di sostegno, ma alternativa ad essa, in sostanziale dissonanza con altra sentenza Corte di Cassazione la quale, come constatato, proprio qualche anno addietro aveva chiarito che la preferibilità è in contrasto con la caratteristica della residualità<sup>17</sup>.

Ora, a parte una fondata osservazione, subito avanzata, sulla portata della discrezionalità del giudice di merito nella determinazione della misura di protezione da adottare<sup>18</sup>, la sentenza *de qua* effettivamente si presta a più di una riflessione critica.

Essa, infatti, sembra rispolverare l'idea, mai del tutto abbandonata nella giurisprudenza di merito<sup>19</sup>, che l'amministrazione di sostegno sia misura di protezione più blanda rispetto all'interdizione e valga dunque per le situazioni meno gravi<sup>20</sup>: il riferimento fatto dalla Corte alla insufficienza delle «limitazioni parziali» apportabili ai poteri dell'interessato sembra proprio presupporre una tale convinzione. Là dove, la diversa soluzione si impone, a parte ogni altra considerazione<sup>21</sup>, in virtù del disposto dell'art. 409, comma 2, c.c., che, nel garantire «in ogni caso» al beneficiario la possibilità di compiere validamente gli atti necessari a soddisfare le esigenze della vita quotidiana<sup>22</sup>, implicitamente afferma la possibile operatività dell'incapacità legale, riconducibile al decreto di nomina dell'amministratore di sostegno, con riguardo a tutti gli altri atti di carattere patrimoniale.

che nella decisione criticata, il giudice non può a suo insindacabile giudizio, fatto salvo l'obbligo di motivazione, decidere quale sia nella fattispecie concreta la misura di protezione più adeguata, ma è obbligato a muoversi all'interno e nel rispetto dei principi della l. n. 6 del 2004 e, quindi, è tenuto a valutare l'opportunità di fare luogo all'amministrazione di sostegno e, se del caso, a rimettere gli atti al giudice tutelare ai fini dell'attivazione. In effetti si legge nella sentenza n. 12466: «Invero, ai sensi dell'art. 6 della l. 6/2004, “se nel corso del giudizio di interdizione o di inabilitazione, appare opportuno applicare l'amministrazione di sostegno, il giudice d'ufficio o ad istanza di parte, dispone la trasmissione degli atti del provvedimento al g.t.…”; tale disposizione di legge [...] non è stata tenuta presente dal giudice di merito che ha totalmente ommesso di valutare, dandone conto in motivazione, se fosse opportuno soprassedere a pronuncia di interdizione trasmettendo gli atti al giudice tutelare, data l'opportunità di nominare alla ricorrente l'amministratore di sostegno.

Trattasi, come appare evidente dalla lettera della norma, di valutazione discrezionale, nella sua determinazione finale, ma che deve tuttavia essere delibata dal giudice dell'interdizione tenuto conto della logica posta dal legislatore a base della nuova normativa in materia di interdizione, finalizzata a limitare i casi di interdizione a favore di istituti compatibili, nei limiti del possibile con il mantenimento della capacità di agire di soggetti aventi deficit nella formazione del pensiero.

Pertanto in accoglimento del secondo motivo l'impugnata sentenza va cassata con rinvio al giudice di merito, in diversa composizione, affinché valuti, dandone conto in motivazione, se ricorra l'opportunità di rimettere gli atti al giudice tutelare per la nomina dell'amministratore di sostegno».

<sup>19</sup> V., ad esempio, di recente, Trib. Teramo, 14 febbraio 2013, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), secondo cui l'amministratore di sostegno, diversamente da quanto accade nell'interdizione, «non si sostituisce al rappresentato, ma sceglie “con questo” il suo best interest» (p. 6): perciò, in presenza di un soggetto affetto da patologia psichiatrica che lo conduca ad irrefrenabili atti auto o etero lesivi è preferibile la misura di protezione della interdizione.

<sup>20</sup> Lo rileva R. ROSSI, *L'interdizione è come Tutankhamon?*, cit. <sup>21</sup> V., *retro*, nota 4.

<sup>22</sup> Ma v. G. LISELLA, *I poteri dell'amministratore di sostegno, in L'amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione dei soggetti deboli*, a cura di G. Ferrando, Milano, 2005, p. 123 s.

<sup>15</sup> Cass., 26 luglio 2013, n. 18171, in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it): al «cospicuo patrimonio» che rischiava di essere impoverito e ad «un conflitto aspro ed insanabile all'interno della famiglia» aveva fatto riferimento già Cass., 24 luglio 2009, n. 17421, cit., nel definire correttamente motivata una sentenza d'interdizione; nella giurisprudenza di merito, cfr., di recente, Trib. Mantova, 1° ottobre 2013, cit.

<sup>16</sup> R. ROSSI, *L'interdizione è come Tutankhamon?*, in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it).

<sup>17</sup> Cass., 26 ottobre 2011, n. 22332, cit.

<sup>18</sup> R. ROSSI, *L'interdizione è come Tutankhamon?*, cit., la quale ricorda che, secondo Cass., 28 maggio 2007, n. 12466 (in [www.studiolegaleritarossi.it](http://www.studiolegaleritarossi.it)), sentenza peraltro richiamata an-

Non soltanto. Qualche dubbio si può nutrire anche in relazione alla decisione assunta dal giudice di attribuire all'interdetto il potere di disporre di un importo mensile di euro 4000,00 a fronte di una affermata «gravità ed irreversibilità delle [sue] condizioni fisio-psichiche»<sup>23</sup> che, correlate alla complessità del patrimonio, avevano consigliato l'interdizione. La perplessità non riguarda ovviamente la legittimità del provvedimento, assunto verosimilmente a norma dell'art. 427, comma 1, c.c., quanto piuttosto la constatazione che tale circostanza (risultante dagli atti di causa) sia un chiaro indizio che si era di fronte ad un soggetto gravemente infermo, ma non del tutto incapace di provvedere a se medesimo. Certo, si è consapevoli che la capacità/incapacità di un soggetto di gestire i propri interessi va commisurata in concreto, in relazione alla sua personalità, alla sua condizione sociale, alla natura e alla entità degli interessi patrimoniali affidati alla sua disposizione e alla sua gestione<sup>24</sup>: dunque la straordinaria consistenza e varietà del patrimonio mobiliare e immobiliare non possono non assumere al riguardo un ruolo di primo piano.

Ma il punto è proprio qui. E' sempre opportuno decidere l'applicazione di una misura di protezione anziché di altra in considerazione della complessità dell'attività da compiersi o di altri criteri c.dd. oggettivi?<sup>25</sup>

#### 10. Tendenza del soggetto a non collaborare quale causa ostativa all'istituzione dell'amministrazione di sostegno: confutazione.

La Corte di Cassazione, come constato, con orientamento univoco, nell'affermare il principio di diritto che la scelta della misura di protezione da applicare non va effettuata avendo riguardo al grado

<sup>23</sup> Il ricorso per l'interdizione in primo grado era stato proposto dal figlio «sulla base della condizione d'incapacità fisiopsichica del padre, molto anziano, evidenziata da recenti ed ingenti atti di "prodigalità" consistenti nella dismissione di otto beni immobili e dalla progressiva riduzione della propria liquidità, consistente in esborsi per circa 200.000 euro annui». Sempre nel primo grado il CTU aveva formulato «una diagnosi di demenza senile, caratterizzata da una riduzione della capacità cognitiva e dall'impovertimento del pensiero e delle relazioni affettive ed interpersonali».

<sup>24</sup> E' l'insegnamento, lontano nel tempo, di Cass., 20 aprile 1942, n. 1083, in *Rep. Foro it.*, 1942, voce *Inabilitazione e interdizione*, n. 4; nella giurisprudenza di merito, v. Trib. Napoli, 13 aprile 1983, in *Giur. it.*, 1983, I, 2, c. 449.

<sup>25</sup> Per una risposta in senso positivo nella giurisprudenza di merito v., di recente, Trib. Lecce, 16 maggio 2013, in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it). In dottrina, invece, non manca chi al riguardo manifesta il proprio scetticismo, anche in considerazione della sostanziale prevalenza del criterio patrimoniale: M. SESTA, *Amministrazione di sostegno e interdizione*, cit., p. 39.

di infermità o di impossibilità di attendere ai propri interessi, ma individuando quella che nella concreta fattispecie risulti la più efficace per far fronte alle specifiche esigenze dell'interessato, ha sempre fatto riferimento (oltre alla gravità e alla durata della malattia) a criteri di carattere oggettivo, quali la consistenza del patrimonio, la persistenza di un *minimum* di vita di relazione del soggetto protetto – che lo porti ad avere contatti con il mondo esterno – o la sua attitudine a non porre in discussione i risultati dell'attività di sostegno.

Proprio in attuazione di quest'ultimo criterio, di recente, si è esclusa l'applicabilità dell'amministrazione di sostegno perché non idonea a proteggere adeguatamente la persona che «non ha coscienza della propria malattia; è rimasta insensibile alla procedura di cura coatta, non è stata aiutata dal supporto amorevole e coraggioso dei familiari, non ha reagito alle proposte di collaborazione e supporto; non ha seguito con frequenza il trattamento terapeutico». Sul presupposto che fosse l'interdizione la risposta più efficace, si è perciò ordinata l'immediata trasmissione degli atti al p.m., precisando che nel caso di specie «l'amministrazione di sostegno – anche per lo speciale ed esclusivo meccanismo di confronto continuo con la persona beneficiaria (v. art. 410 c.c.) – rischierebbe di pregiudicare in modo gravissimo la persona protetta perché anche le tendenze suicidarie non potrebbero essere inibite prontamente ed in modo efficace»<sup>26</sup>.

Ora, di là da ogni considerazione sulla presunta maggiore utilità dell'interdizione a prevenire tendenze suicide<sup>27</sup>, ciò che colpisce in questa decisione è il riferimento al confronto tra beneficiario e amministratore di sostegno, perché evoca l'idea che l'amministrazione di sostegno presupponga una residua capacità di relazione e dunque, ancora una volta, che sia misura più blanda rispetto all'interdizione. Là dove la stessa Corte di Cassazione ha opportunamente chiarito che l'art. 410 c.c. non prevede che la interazione tra amministratore e beneficiario «sia necessaria in ogni caso, ma solo che debba essere ricercata quando la situazione concreta lo consente»<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> Trib. Milano, decr. 28 agosto 2013, in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it) (p. 3), con nota di R. ROSSI, *Chi viene interdetto ha un motivo in più per suicidarsi*, e di G. SCOZZAFAVA, *Tremate tremate le streghe son tornate*.

<sup>27</sup> Cfr. R. ROSSI, *op. ult. cit.*

<sup>28</sup> Così Cass., 26 ottobre 2011, n. 22332, cit.; ma v. già Cass., 12 giugno 2006, n. 13584, cit.; in dottrina cfr., per tutti, S. DELLE MONACHE, *Prime note sulla figura dell'amministrazione di sostegno: profili di diritto sostanziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, p. 37 ss.



### 11. Residua capacità del soggetto di relazionarsi con i terzi quale motivo di preferenza dell'interdizione: superamento.

Lascia riflettere anche il criterio della residua capacità del soggetto da tutelare di avere contatti con i terzi che potrebbe far preferire l'interdizione in luogo dell'amministrazione di sostegno<sup>29</sup>. In effetti i due provvedimenti, quanto all'invalidità degli atti irregolarmente realizzati dalla persona protetta o dal rappresentante legale hanno analogo regime sia nella determinazione dell'annullabilità (artt. 412 e 427 c.c.), sia nella decorrenza della prescrizione (artt. 412, comma 3, e 1442, comma 2, c.c.), sia nella legittimazione all'azione, se si esclude quella del p.m. *ex art.* 412, comma 1, c.c.<sup>30</sup>, sia nel controllo da parte dell'autorità giudiziaria, non assumendo importanza la diversa competenza del giudice tutelare o del tribunale (art. 411, comma 1, c.c.)<sup>31</sup>, sia nel regime di pubblicità (artt. 405, commi 7 e 8, 423 e 430 c.c.; v. anche d.P.R. 14 novembre 2002, n. 313, come modificato dall'art. 18 l. n. 6 del 2004): non a caso, ai fini della c.d. tutela fisiologica e preventiva, nella giurisprudenza di merito è stata ammessa la trascrizione *ex art.* 2645 *ter* c.c. della sentenza d'interdizione e del provvedimento di nomina di amministratore di sostegno<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> Cfr. A. GORGONI, *L'infermità tra amministrazione di sostegno e interdizione*, cit., p. 8, testo e nota 22; nella giurisprudenza di merito attribuisce rilevanza ai possibili contatti sociali Trib. Milano, 13 febbraio 2013, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), secondo cui l'esteso deficit intellettuale e volitivo può trovare adeguata protezione con la nomina dell'amministratore di sostegno: l'ulteriore forma di tutela che consegue all'interdizione, strumento che produce l'effetto di togliere al soggetto la capacità di agire in ogni ambito, si impone quando è necessario inibire allo stesso di esplicare all'esterno capacità viziate che espongano sé od altri a possibili pregiudizi, e non già quando è la stessa patologia che, per le sue caratteristiche e le modalità di assistenza di cui necessita, mostra di impedire qualunque contatto diretto e autonomo con la realtà esterna.

<sup>30</sup> In argomento cfr., per tutti, A. GORGONI, *Autonomia del beneficiario e amministrazione di sostegno*, Padova, 2012, p. 191 ss.; ma v. G. LISELLA, *Amministratore di sostegno e funzioni del giudice tutelare. Note su una attesa innovazione legislativa*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 225 ss.; ID., *Gli istituti di protezione dei maggiori di età*, cit., p. 286 ss.

<sup>31</sup> Cass., 26 ottobre 2011, n. 22332, cit., secondo cui non si può preferire l'interdizione sul presupposto che il compimento di alcuni atti da parte del tutore debba essere autorizzato dal tribunale (art. 375 c.c.) e non dal giudice tutelare: «l'art. 411, nel richiamare alcune norme che disciplinano la tutela, espressamente richiama anche gli artt. 374 e 375 c.c. che prevedono le autorizzazioni per il compimento di atti da parte dell'amministratore di sostegno, essendo irrilevanti che tali autorizzazioni siano attribuite alla "competenza" del giudice tutelare invece che a quella del "tribunale"».

<sup>32</sup> V., rispettivamente, App. Roma, decr. 4 luglio 2013, cit. in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it), e App. Roma, decr. 4 febbraio 2009, in *Riv. dir. civ.*, 2009, II, con nota critica di A. MORACE PINELLI, *Trascrizione degli atti negoziali di destinazione e amministra-*

### 12. Complessità del patrimonio quale elemento determinante l'interdizione. Conseguenze inaccettabili.

Ma è sicuramente il riferimento alla consistenza del patrimonio che desta i maggiori dubbi<sup>33</sup>.

Innanzitutto non è assolutamente corretto reputare che il tutore al riguardo abbia poteri necessariamente più estesi di quelli che possono essere conferiti nel provvedimento di nomina all'amministratore di sostegno. Questo, in effetti, sul piano patrimoniale (ma non solo)<sup>34</sup> potrebbe avere il potere di compiere tutti gli atti, di ordinaria<sup>35</sup> e di straordinaria amministrazione. Conclusione questa alla quale necessariamente bisogna pervenire una volta che si reputi applicabile la nuova misura di protezione anche alle situazioni più drammatiche<sup>36</sup>, come quella di chi si trova in stato vegetativo permanente.

In tal senso non sembra trovare giustificazione la stessa affermazione della Corte Costituzionale, già ricordata, che «in nessun caso i poteri

*zione di sostegno*; più di recente, v. ID., *Tutela della famiglia e dei soggetti deboli mediante la destinazione allo scopo*, ivi, 2013, I, p. 1403 ss., ove altre indicazioni.

<sup>33</sup> A. GORGONI, *L'infermità tra amministrazione di sostegno e interdizione*, cit., p. 8; cfr., pure, M. COCUCIO, *L'amministrazione di sostegno come strumento prioritario di protezione*, cit., p. 1120 ss.

<sup>34</sup> Oramai non si dubita più che all'amministratore di sostegno possano essere conferiti anche poteri relativi alla sfera personale del beneficiario: sul punto v., per tutti, G. LISELLA, *Gli istituti di protezione dei maggiori di età*, cit., p. 298 ss., ove riferimenti.

<sup>35</sup> Se si può discutere sulla privazione della capacità di agire del beneficiario anche con riguardo agli atti della vita quotidiana, certamente non si può mettere in dubbio che tali atti possano essere compiuti dall'amministratore di sostegno (se così stabilito nel decreto di nomina) perché il beneficiario non è in grado di compierli di persona: G. LISELLA, *op. ult. cit.*, pp. 264 s. e 276.

<sup>36</sup> Cfr., per tutti, M. PALADINI, *Amministrazione di sostegno e interdizione giudiziale: profili sistematici e funzionalità della protezione alle caratteristiche relazionali tra il soggetto debole e il mondo esterno*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, p. 594, il quale afferma che l'amministrazione di sostegno si presenta come protezione adeguata in relazione a chi, impossibilitato totalmente allo svolgimento della vita di relazione, non ha l'opportunità di recare pregiudizio a sé o ad altri; M.N. BUGETTI, *Nuovi strumenti di tutela dei soggetti deboli tra famiglia e società*, Milano, 2008, p. 164; in giurisprudenza, Trib. Teramo, 3 febbraio 2010, n. 960, Trib. Cosenza, 28 ottobre 2004, e Trib. Roma, 28 gennaio 2005, cit. da C. RUFO SPINA, *La residualità dell'interdizione e dell'inabilitazione*, cit., p. 2306, il quale invece si pone in posizione critica; in diverso senso v., anche, L. BALESTRA, *Sugli arcani confini tra amministrazione di sostegno e interdizione*, cit., p. 374, e in giurisprudenza, Trib. Varese, decr. 17 novembre 2009, in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it), con nota di R. ROSSI, *L'interdizione non è un marchio e la persona in coma, in fondo, non ne sa nulla*, e in [www.adiantum.it](http://www.adiantum.it), con osservazioni critiche di EAD., *Varese: una sentenza ostile all'amministrazione di sostegno*.

dell'amministratore possono coincidere "integralmente" con quelli del tutore o del curatore»<sup>37</sup>.

Suscita, pertanto, non poche perplessità la riserva avanzata in una recente (e condivisibile) decisione nella quale si afferma che l'amministrazione di sostegno costituisce misura idonea e sufficiente, sul piano pratico, per la tutela di un soggetto affetto da gravissima infermità fisiopsichica, tale da impedirgli di relazionarsi con l'esterno e di compiere i più elementari atti della vita quotidiana, atteso il carattere residuale dell'interdizione, sempreché la gestione del patrimonio del destinatario non sia particolarmente complessa<sup>38</sup>.

In effetti, proprio non si capisce perché la complessità della gestione patrimoniale debba consigliare la pronuncia d'interdizione<sup>39</sup>, soprattutto se si considera che al tutore non si richiedono particolari competenze gestionali, dal momento che egli è individuato con i medesimi criteri previsti per la nomina dell'amministratore di sostegno (art. 424, comma 3, che richiama l'art. 408 c.c.); che «deve amministrare il patrimonio del minore con la diligenza del buon padre di famiglia» (art. 382, comma 1, c.c. applicabile all'interdetto ai sensi dell'art. 424, comma 1, c.c., che rende estensibili alla tutela degli interdetti e alla curatela degli inabilitati, rispettivamente, le disposizioni dettate sulla tutela dei minori e quelle sulla curatela dei minori emancipati); che *ex art.* 411, comma 1, c.c. si applica all'amministratore di sostegno anche l'art. 379, comma 2, c.c., a norma del quale il giudice può, «se particolari circostanze lo richiedono, sentito il protutore, autorizzare il tutore a farsi coadiuvare nell'amministrazione, sotto la sua personale responsabilità, da una o più persone stipendiate»; che, seppur in assenza di un espresso richiamo nell'art. 411,

commi 1 e 2, c.c., in dottrina non si manca di reputare applicabili all'amministrazione di sostegno alcune disposizioni dettate in materia di tutela, quali ad esempio quelle che impongono al tutore la redazione dell'inventario (art. 362 ss. c.c.)<sup>40</sup>; che le disposizioni sulla tutela e quelle sulla curatela potrebbero comunque essere estese, ai sensi dell'art. 411, comma 4, c.c. all'amministrazione di sostegno con il decreto di nomina o con successivo provvedimento del giudice, avuto riguardo all'interesse del beneficiario e a quello tutelato dalle disposizioni medesime<sup>41</sup>; ed è questa la soluzione che sembra da preferire<sup>42</sup>.

La determinazione della pronuncia dell'interdizione in considerazione della complessità degli interessi economici del soggetto da proteggere desta ancora maggiore preoccupazione se si pone mente alle conseguenze che scaturiscono da un provvedimento di tale gravità. Infatti la portata della relativa sentenza può essere mitigata soltanto con riguardo agli atti di ordinaria amministrazione (art. 427, comma 1, c.c.), ma non in relazione agli altri effetti predeterminati per legge<sup>43</sup>.

Di recente, ad esempio, un amministratore di sostegno si è convinto dell'opportunità di sospendere le pubblicazioni matrimoniali riguardanti la sostenuta e di conseguenza ha avanzato istanza all'autorità giudiziaria per estendere alla medesima *ex art.* 411, comma 4, c.c. l'applicazione dell'art. 85 c.c. che, com'è noto, fa divieto di celebrare matrimonio all'interdetto per infermità di mente<sup>44</sup>. Il giudice tutelare, valutate tutte le circostanze, accertato che la patologia non era ostativa «alla creazione di un nuovo nucleo familiare fondato sul matrimonio», verificato «dal punto di vista terapeutico» la possi-

<sup>37</sup> V., *retro*, § 2.

<sup>38</sup> Trib. Sulmona, 26 agosto 2013, in *Foro it.*, 2013, I, c. 3211 ss., ove si legge: «Applicate le suesposte coordinate ermeneutiche al caso di specie, può affermarsi che la misura dell'interdizione non è quella maggiormente idonea a garantire una massima protezione, nel rispetto dei diritti fondamentali riconosciuti dall'ordinamento»; «il collegio, pur tenendo nella dovuta considerazione la documentata infermità psicofisica del R. affetto da un complesso di patologie gravemente invalidanti nonché attualmente incapace di deambulare e di compiere i più elementari atti della vita quotidiana, ritiene che sul piano pratico sia sufficiente per la sua tutela provvedere alla nomina di un amministratore di sostegno» (c. 3215); infatti, «da quanto dedotto nel ricorso a fondamento dell'invocata pronuncia di interdizione, si evince che la stessa è sostanzialmente motivata dall'incapacità di R. G. di provvedere, in dette condizioni fisiche, agli atti normali della vita quotidiana, compresa l'amministrazione del suo patrimonio la cui gestione, allo stato, non risulta sia particolarmente complessa» (c. 3216).

<sup>39</sup> Sul punto, cfr. M.N. BUGETTI, *L'attitudine dell'amministrazione di sostegno a realizzare l'adeguata protezione degli interessi patrimoniali del beneficiario*, cit., p. 967 ss., e *ivi* ulteriori indicazioni.

<sup>40</sup> In argomento, cfr. M. PALOMBI, in *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di G. Perlingieri, I, Naled., 2010, p. 1276 ss., ove riferimenti anche in diverso senso.

<sup>41</sup> Si pone la questione G. BONILINI, in G. BONILINI e F. TOMMASEO, *Dell'amministrazione di sostegno*, in *Il Codice Civile. Commentario* fondato da Schlesinger e continuato da Busnelli, Artt. 404-413, Milano, 2008, p. 418.

<sup>42</sup> D'altro canto l'apertura della tutela è un effetto della sentenza d'interdizione (v. il combinato disposto degli artt. 343, 421 e 424, comma 1, c.c.) e nell'art. 411, comma 4, c.c. si discorre appunto di «determinati effetti [...] previsti da disposizioni di legge per l'interdetto».

<sup>43</sup> E infatti scrive P. CENDON, *Un altro diritto per i soggetti deboli. L'amministrazione di sostegno e la vita di tutti i giorni*, in *L'amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione dei soggetti deboli*, a cura di G. Ferrando, Milano, 2005, p. 60: «Di fatto, l'interdizione è rimasta quella di prima, anche nel nome. Il *pedigree* è quello di sempre. E il Tribunale non può far nulla per ammorbidirla, neanche se vuole».

<sup>44</sup> Sulla problematicità dell'art. 85 c.c. sia consentito richiamare G. LISELLA, *Interdizione "giudiziale" e tutela della persona. Gli effetti dell'incapacità legale*, Camerino-Napoli, 1984, p. 83 ss.





bile utilità della creazione del vincolo coniugale, ha espresso «giudizio positivo sulla sua capacità di vivere consapevolmente il rapporto di coniugio» e le conseguenti «gravose responsabilità» e ha opportunamente respinto la richiesta<sup>45</sup>. Ebbene, se la beneficiaria fosse stata titolare di un cospicuo patrimonio, nella prospettiva giurisprudenziale delineata, forse sarebbe stata sottoposta alla misura dell'interdizione, con conseguenze facilmente immaginabili e sicuramente inaccettabili<sup>46</sup>.

**13. Sentenza d'interdizione dettata da criteri c.dd. oggettivi: limiti. Dubbi sulla necessità dell'interdizione per l'instaurazione di un'adeguata tutela in alcune circostanze. Idoneità dell'amministrazione di sostegno a proteggere qualsiasi soggetto carente di autonomia. Inabilitazione e interdizione quali istituti destinati al crepuscolo.**

Da qui una conclusione inquietante: se la scelta tra amministrazione di sostegno e interdizione non è determinata esclusivamente dall'incapacità di provvedere a se stessi ricollegabile ad una situazione di alterazione<sup>47</sup>, ma anche da altre circostanze oggettive, quali quelle richiamate, si corre il serio rischio di avere trattamenti diversi in casi sostanzialmente molto simili, in violazioni del principio di egua-

glianza<sup>48</sup>, col risultato di porre due persone che presentano lo stesso livello di debolezza in differenti posizioni giuridiche, le quali evidentemente si riverberano anche sulla loro sfera di libertà e di autodeterminazione<sup>49</sup>.

A ben vedere, l'equivoco di fondo alla base sia della sentenza della Corte Costituzionale sia dell'orientamento univoco della giurisprudenza di legittimità e di quello prevalente della giurisprudenza di merito è da rinvenire nella convinzione che le esigenze di carattere oggettivo, quale ad esempio la complessità del patrimonio, possano determinare l'instaurazione dell'interdizione o dell'amministrazione di sostegno, là dove le due misure di protezione presentano connotazioni qualitativamente diverse, in quanto l'una è caratterizzata da una rigidità non superabile se non in relazione agli atti patrimoniali di ordinaria amministrazione (art. 427, comma 1, c.c.), l'altra, almeno secondo l'opinione più accreditata, da intrinseche duttilità e flessibilità, che la rendono idonea a far fronte anche alle situazioni più difficili, mediante l'estensione di effetti, limitazioni o decadenze previste per l'interdetto o l'inabilitato (art. 411, comma 4, c.c.)<sup>50</sup>. In sostanza, mentre con la nuova misura di protezione si può realizzare una tutela a tutto tondo, con l'interdizione si corre il rischio, per proteggere al meglio, di sacrificare le residue capacità intellettive della persona, in spregio al principio della «mi-

<sup>45</sup> Trib. Modena, decr. 18 dicembre 2013, in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it), con nota favorevole di R. ROSSI, *Il matrimonio del folle*. Su diversi presupposti, a conclusione opposte perviene altro giudice tutelare, il quale su sollecitazione dei servizi sociali ha nominato l'amministratore di sostegno ad una ragazza di ventidue anni al solo fine di sospendere, mediante l'estensione dell'art. 85 c.c., la celebrazione del matrimonio: Trib. Trieste, decr. 28 settembre 2007, in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it), con osservazioni di P. CENDON, *22 anni, un forte ritardo mentale: meglio che la ragazza non si sposi subito*; reputa, invece, non estensibile l'art. 85 c.c. al beneficiario di amministrazione di sostegno Trib. Varese, decr. 9 luglio 2012, in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it), con osservazioni critiche di P. CENDON e R. ROSSI, *Impedire il matrimonio, ove occorra: con l'ads si può*.

<sup>46</sup> L'amministrazione di sostegno era stata attivata in quanto ella era affetta da «ritardo mentale lieve, sintomatologia psicotica con persistenza di allucinazioni uditive e disabilità nelle competenze sociali e relazionali». La limitazione della capacità di agire era «circoscritta al compimento degli atti di riscossione della pensione mensile ed alla prestazione di consenso in materia di cure e trattamenti sanitari».

<sup>47</sup> Sulla necessità di una situazione personale patologica (o comunque di alterazione) e di un nesso eziologico tra le precarie condizioni di salute e la difficoltà a provvedere a se stessi ai fini dell'instaurazione di una misura di protezione, v. G. LISELLA, *Gli istituti di protezione dei maggiori di età*, cit., pp. 267 ss., 270 ss. e 319 s.

<sup>48</sup> Lo mette in evidenza anche A. GORGONI, *L'infermità tra amministrazione di sostegno e interdizione*, cit., p. 10: «da sovrapposizione tra gli artt. 404 e 414 cod. civ. con riguardo all'infermità non ha agevolato un procedimento ermeneutico "motivato e trasparente". I confini tra interdizione e amministrazione di sostegno, precisati dalla giurisprudenza di legittimità, appaiono – forse – non tanto sfumati quanto piuttosto causa d'intralci e incertezze nella fase processuale. Il che danneggia la persona, poiché le pronunce giudiziali sono, spesso, censurate sotto il profilo dell'erronea applicazione dell'istituto».

<sup>49</sup> Cfr. G. LISELLA, *Interdizione per infermità mentale e situazioni giuridiche esistenziali*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, p. 758.; in argomento v. altresì A. GORGONI, *Autonomia del beneficiario e amministrazione di sostegno*, cit., p. 235, il quale scrive: «Il pericolo esiste ma non va sopravvalutato. L'importante è non incentrare il *decisum* giudiziale esclusivamente su mere circostanze esterne al soggetto, come la consistenza e la complessità del patrimonio o la più o meno accentuata difficoltà delle operazioni da compiere. Altrimenti la normativa incorrerebbe, davvero, in un vizio di costituzionalità [...]. Non è un caso, infatti, che la Cassazione non abbia appiattito i criteri su siffatte circostanze che, probabilmente, non hanno la forza di differenziare le due situazioni. Essa ha fatto riferimento anche alla "gravità e alla durata della malattia", nonché alla presenza o meno di un minimo di vita di relazione; fatti, questi, che esprimono comunque un diverso stato di salute».

<sup>50</sup> Cfr. M.N. BUGETTI, *Nuovi strumenti di protezione dei soggetti deboli*, cit., p. 75, la quale precisa che l'art. 411, comma 4 c.c. non compendia un limite quantitativo agli effetti «incapacitanti», ma piuttosto intende assicurare che l'estensione sia possibile soltanto a seguito di una specifica e motivata valutazione da parte del giudice.



nore limitazione possibile della capacità di agire» (art. 1 l. n. 6 del 2004)<sup>51</sup>.

In realtà, nella determinazione della tutela dei soggetti deboli non sembra corretta la distinzione tra circostanze soggettive, che riguardano la persona (grado di infermità o di impossibilità di attendere ai propri interessi), e oggettive che riguardano l'attività da compiersi a loro vantaggio (consistenza del patrimonio, conservazione di un minimo di relazioni, attitudine a porre in discussione l'attività del rappresentante legale). La legge ricollega sempre la misura di protezione non all'entità della condizione patologica o di alterazione ma alla conseguente (da qui la necessità di un nesso eziologico) impossibilità/incapacità di provvedere ai propri interessi (artt. 404 e 414 c.c.)<sup>52</sup>, i quali evidentemente non possono

<sup>51</sup> Sulle residue capacità di intendere e di volere di una donna interdetta emblematica è la vicenda analizzata da Trib. Catanzaro, decr. 18 novembre 2013, in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it), con nota di S. ROSSI, *Per il suo bene: note sulla sterilizzazione coatta dell'interdetta*. Il giudice tutelare, a fronte di una richiesta, avanzata dal tutore con l'avallo del medico curante, di sterilizzazione coatta di una donna nata nel 1990 (motivata dall'esigenza di preservarla «in quanto giovane, appetibile e non in grado di proteggersi da eventuali abusi») nonché di interruzione della gravidanza (*ex art. 13 l. 22 dicembre 1978, n. 194*), anche contro la sua volontà (la ragazza «ha manifestato nel corso di tutto il colloquio una notevole capacità di relazione e, pur infarcendo il racconto di elementi di fantasia o evidenziando importanti punti di inconsapevolezza relativamente al momento del concepimento ed al processo di gestazione, ha dimostrato di reagire positivamente all'idea di aver concepito un figlio, esprimendo in termini semplici ma efficaci il nucleo essenziale delle cure parentali da somministrare al nascituro»), considera giustamente «del tutto aberrante» l'intervento sulla capacità riproduttiva (anche perché scongiurerebbe «soltanto il "rischio" che la stessa concepisca dei figli ma non che possa essere abusata da chicchessia»), correttamente non autorizza l'interruzione di gravidanza, sospende il tutore dalle funzioni e nomina un tutore provvisorio. Nel caso di specie, forse, ci sarebbero stati gli estremi anche per l'applicazione dell'art. 429, comma 2, c.c.: «Il giudice tutelare deve vigilare per riconoscere se la causa dell'interdizione o dell'inabilitazione continui. Se ritiene che sia venuta meno, deve informarne il pubblico ministero».

<sup>52</sup> G. LISELLA, *Gli istituti di protezione dei maggiori di età*, cit., pp. 267 ss., 270 s., 317 e 319 s.; in giurisprudenza cfr., di recente, Cass., ord. 4 febbraio 2014, n. 2364, in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it), nella quale si specifica che la «misura protettiva si compone di un duplice accertamento rimesso al giudice di merito [...], il primo concernente la sussistenza di una infermità o di una menomazione fisica o psichica (requisito soggettivo) e il secondo riguardante l'incidenza di tali condizioni sulla capacità del soggetto di provvedere ai propri interessi (requisito oggettivo)». Sulla decisione v., *ivi*, le osservazioni di M.R. MOTTOLA, *Ads: assistere e accompagnare*, e di R. ROSSI, *Ads: presupposti di applicazione e scelta dell'amministratore*, la quale critica la posizione della Corte perché darebbe una lettura «riduttiva» dell'art. 404 c.c.: «Limitare la verifica dei presupposti di attivazione dell'ads al riscontro di una condizione rilevabile e rilevante sul terreno sanitario (infermità/disabilità fisica o psichica) significa [...] escludere l'operatività dell'Ads in tutti i casi in cui la persona presenta un deficit (più o meno grande) di autonomia non necessariamente discendente da una malattia della mente o del corpo»; ma sulla

essere individuati se non in concreto e dunque anche in relazione alla complessità del patrimonio e/o alle esigenze di carattere personale.

In definitiva, tra interdizione e amministrazione di sostegno non è prospettabile una distinzione funzionale e nemmeno strumentale. Se ci si muove nella logica della portata generale dell'art. 411, comma 4, c.c., la nuova misura, con la sua flessibilità e duttilità, è idonea a far fronte a qualsiasi tipo di situazione, anche a quelle più difficili<sup>53</sup>. Di talché quelle circostanze di carattere oggettivo poste dalla giurisprudenza alla base del *discrimen* non è che non assumano rilevanza; al contrario, costituiscono proprio le «dimensioni» per confezionare quell'abito «su misura» che consenta di proteggere adeguatamente il beneficiario con la minore limitazione della capacità di agire.

Da qui la domanda su quando e come l'interdizione, con la sua rigidità, possa essere l'unico strumento idoneo a tutelare gli interessi dell'infermo<sup>54</sup>.

Rispetto all'amministrazione di sostegno, l'interdizione, a fronte del «vantaggio» (non certamente per la persona da proteggere) della predeterminazione degli effetti e della tendenziale portata generale, presenta infatti tutti gli inconvenienti che hanno portato alla legge istitutiva della nuova misura di protezione<sup>55</sup>.

necessità di una situazione patologica o comunque di alterazione ai fini dell'instaurazione della misura di protezione, v. B. MALAVASI, *L'amministrazione di sostegno: le linee di fondo*, in *Notariato*, 2004, p. 320; F. ANELLI, *Il nuovo sistema delle misure di protezione*, cit., p. 196 s.; e, già in commento alla Bozza Cendon del 1987, G. LISELLA, *Infermità fisica o mentale e codice civile. Note su una proposta di riforma*, in *Rass. dir. civ.*, 1989, p. 58 ss.

<sup>53</sup> Scrive M.N. BUGETTI, *L'attitudine dell'amministrazione di sostegno a realizzare l'adeguata protezione degli interessi patrimoniali del beneficiario*, cit., p. 971: «assodato il carattere preferenziale dell'amministrazione di sostegno e, viceversa, quello residuale dell'interdizione, da applicare solo nell'ipotesi in cui si renda necessaria per l'adeguata protezione dell'interessato [...] viepiù angusti appaiono gli ambiti operativi dell'interdizione, a fronte del riconoscimento nell'amministrazione di sostegno di un istituto che, come dimostra l'esperienza di altre ordinamenti [...], è idoneo a far fronte alla protezione di qualunque specie di "impossibilità"». L'abolizione della capacità d'agire quale estremo rimedio al quale ricorrere è messa in evidenza dalla dottrina più attenta subito dopo la pubblicazione della legge n. 6 del 2004: cfr., per tutti, F. RUSCELLO, «Amministrazione di sostegno» e tutela dei «disabili». *Impressioni estemporanee su una recente legge*, in *Studium iuris*, 2004, p. 149 ss.

<sup>54</sup> G. LISELLA, *Gli istituti di protezione dei maggiori di età*, cit., p. 264; ID., *Questioni tendenzialmente definite*, cit., p. 284 s.

<sup>55</sup> Cfr. P. CENDON, *Infermi di mente e altri «disabili» in una proposta di riforma del codice civile*, in *Pol. dir.*, 1987, p. 621 ss.

Ecco perché in questi anni molti si sono augurati il suo progressivo accantonamento<sup>56</sup>.

Ecco perché si è reputato di poter affermare che se si vuol porre una questione di legittimità costituzionale, sotto il profilo della ragionevolezza, di alcune delle disposizioni normative che costituiscono l'attuale sistema di protezione dei maggiori di età, essa non può riguardare quelle che hanno istituito l'amministrazione di sostegno, bensì quelle che mantengono in vita l'interdizione e l'inabilitazione<sup>57</sup>.

Ecco perché, sin dai tempi della gestazione della riforma si richiamava l'attenzione sulla opportunità della loro abrogazione<sup>58</sup>.

In definitiva, nel decennale dell'entrata in vigore della legge istituiva dell'amministrazione di sostegno, non ci si può non augurare il crepuscolo degli arcaici istituti dell'inabilitazione e dell'interdizione, funzionali alla tutela dei patrimoni ma non alla protezione e alla promozione delle persone<sup>59</sup>.

<sup>56</sup> In dottrina v'è chi giustifica la sopravvivenza dell'interdizione e dell'inabilitazione in quanto istituti che possono svolgere, «finché sarà necessario, l'utile ruolo sociale di contenitori dello stigma psichiatrico»: E. CARBONE, *Libertà e protezione nella riforma dell'incapacità d'agire*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, p. 549.

<sup>57</sup> G. LISELLA, *Gli istituti di protezione dei maggiori di età*, cit., p. 265 s.

<sup>58</sup> G. LISELLA, *Infermità fisica o mentale e codice civile*, cit., p. 80 ss.; la dottrina da tempo si è fatta carico di elaborare un'ipotesi di riforma in tal senso: cfr. P. CENDON e R. ROSSI, *Cenni sulla bozza di progetto di legge volto al rafforzamento dell'amministrazione di sostegno e all'abrogazione di interdizione e inabilitazione*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, p. 7 ss.

<sup>59</sup> L'interdizione non a caso è stata definita nel tempo terribile «tirannia», «morte civile parziale» (C. DEMOLOMBE, *Corso di codice civile*, IV, trad. it. di G. de Filippo e G. Tucci, Napoli 1952, p. 382 s.), «camicia di forza giuridica» (P. CENDON, *Non tutto il tempo in una stanza*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 250), «anticaglia oppressiva» (R. ROSSI, *L'interdizione è come Tutankhamon?*, cit.).



# Materiali e commenti



## PRESCRIZIONE ED EFFETTIVITA', NEL DIALOGO TRA CASSAZIONE E CORTI EUROPEE.

Di Mario Mauro

| 139

**SOMMARIO:** 1. Il fondamento della prescrizione, tra esigenze tradizionali di certezza e rinnovate esigenze di effettività. – 2. La durata. – 2.1. (segue) Nella giurisprudenza della CGUE. – 2.2. Riflessi sulla giurisprudenza italiana. – 3. La decorrenza e le ragioni del creditore. – 3.1. La decorrenza e le ragioni del creditore nella giurisprudenza italiana. – 3.2. La decorrenza e le ragioni del debitore nella giurisprudenza delle Corti europee – 3.3. (segue) e nella giurisprudenza italiana. – 4. Sospensione ed interruzione. – 5. Conclusioni, la prescrizione tra principi e regole.

### 1. Il fondamento tradizionale della prescrizione, tra esigenze tradizionali di certezza e rinnovate esigenze di effettività.

Secondo l'opinione tradizionale, la prescrizione affonda le proprie radici in astratte esigenze di certezza del diritto<sup>1</sup>.

Allo stesso tempo, non sono mancate voci autorevoli di segno differente. Alcune hanno posto l'accento sull'effetto di troncamento con rapidità con-

troversie tardivamente instaurate, prescindendo da ogni giudizio sulla fondatezza della pretesa<sup>2</sup>; altre, invece, hanno fatto riferimento all'interesse del soggetto passivo a che la soggezione del suo patrimonio non si prolunghi eccessivamente nel tempo alle pretese altrui<sup>3</sup>; altre, ancora, parlano di sanzione per l'inerzia<sup>4</sup>.

Sebbene trattasi di opinioni contrastanti, presupposto comune è una concezione della prescrizione in termini pubblicistici<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> La tesi è riferibile inizialmente agli scritti di F.C. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, V, Torino, 1898, p. 309; B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, Torino, 1902, p. 428; R.T. TROPLONG, *Della prescrizione*, I, Palermo, 1846, p. 26. Più di recente è stata portata avanti da G. AZZARITI- G. SCARPELLO, *Prescrizione e decadenza*, in *Commentario*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, 1964, sub artt. 2934, p. 203. Sulla stessa linea, con qualche sfumatura differente V. TEDESCHI, *(Lineamenti della distinzione tra prescrizione estintiva e decadenza*, Milano, 1948, p. 55) secondo il quale l'ordinamento giuridico, mediante la prescrizione, pone riparo alle conseguenze alle conseguenze economico-sociali di incertezza derivanti dal prolungarsi del mancato esercizio del diritto; F. SANTORO PASSARELLI (*Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1964, p. 113), parla di adeguamento della situazione di diritto a quella di fatto; R. CATERINA (*Impium presidium. Le ragioni a favore e contro l'usucapione*, Milano, 2001, p. 36) preferisce, invece, parlare di sicurezza dei rapporti giuridici.

<sup>2</sup> P. VITUCCI, *La prescrizione*, in *Il Codice civile. Commentario*, a cura di P. Schlesinger, Milano, 1999, p. 28.

<sup>3</sup> In dottrina, sembra questa una delle posizioni maggiormente accreditate. P. TRIMARCHI, *Prescrizione e decadenza*, cit., p. 218; A. AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione*, Napoli, 1971, p. 41 e ss.; B. GRASSO, voce *Prescrizione*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, IV, Padova, 1999, p. 312; F. ROSELLI, *La prescrizione e la decadenza*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, vol. IV, *Attuazione e tutela dei diritti*, Milano, 2009, p. 486;

<sup>4</sup> F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1959, I, p. 187; G. SCALFI, *Osservazioni sulla prescrizione e decadenza*, in *Temi*, 1952, n. 3.

<sup>5</sup> La relazione ministeriale che ha accompagnato la pubblicazione del Codice civile, lo assumeva come un dato scontato. A commento dell'art. 2936 c.c., che sancisce la nullità di ogni patto diretto a modificare la disciplina della prescrizione, si legge



L'idea poggia su una tradizione secolare e affonda le proprie basi teoriche in un approccio giuridico naturalista diffuso nella mentalità dei giuristi di fine '700. Costoro sostenevano che essa violasse i diritti naturali degli individui.

Leggendo le pagine di Troplong<sup>6</sup>, «i diritti considerati idealmente sono interminabili e sempiterni, ed il tempo non ha impero se non su ciò che è contingente, non può smuoverli, come non può attaccare lo stesso essere supremo. Poiché il tempo non può dare principio né termine a ciò che è eterno e assoluto».

D'altra parte, proprio per evitare che un soggetto rimanesse debitore a vita<sup>7</sup>, la prescrizione divenne «una delle principali guarentigie sociali»<sup>8</sup>: poiché è la stessa natura che impone tranquillità ed ordine sociale, tramite questa via si armonizzò la legge positiva con la legge di natura.

Del resto, già Bartolo<sup>9</sup>, successivamente ripreso da Savigny e Windscheid<sup>10</sup>, affermava che la prescrizione è *inducta ad publicam utilitatem* ed è, quindi, un istituto *iuris publici*<sup>11</sup>.

Su queste basi, la dottrina europea era concorde nell'indicare un interesse pubblico a fondamento della prescrizione.

Con l'avvento del nuovo millennio, però, quelli che erano i tratti comuni della disciplina sono mutati: nella riforma tedesca del 2001, in quella francese del 2008, nella legislazione di settore europea e nei progetti di soft law si registrano profili di continuità<sup>12</sup>.

che la norma è coerente «alla finalità d'ordine pubblico che informa l'intero istituto della prescrizione».

<sup>6</sup> R.T. TROPLONG, *Della prescrizione, o commentario del Tit. 20., Lib. 3. del Codice Civile*, Torino, 1841, I, p. 27

<sup>7</sup> In termini analoghi ma più concreti G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, VIII, Firenze, 1911, p. 343, «se eravate debitori ieri, rimarrete debitori domani, se non sborsate denari per pagare».

<sup>8</sup> L'espressione è di A. AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione*, cit., p. 39

<sup>9</sup> Riportato da G. PUGLIESE, *Trattato della prescrizione acquisitiva nel diritto civile italiano*, Torino, 1889, p. 144

<sup>10</sup> Richiamato da P. VITUCCI, *La prescrizione*, cit., p. 179

<sup>11</sup> L'idea della matrice pubblicistica della prescrizione affonda le proprie radici anche più indietro nel tempo quando, nel II sec. d.C., si iniziò a parlare di *longi temporis praescriptio*: al fine di garantire certezza e stabilità nei rapporti giuridici, si disposero termini di prescrizione lunghi. Per approfondimenti cfr. M.R. CIMMA, *Prescrizione e decadenza nel diritto romano e intermedio*, in *Dig. disc. priv.*, XIV, Torino, 1996, p. 253 e ss.

<sup>12</sup> Per un primo approccio alle riforme sulla prescrizione in Europa cfr. S. PATTI, *Certeza e giustizia nel diritto della prescrizione in Europa*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, p. 21. Per una trattazione più ampia cfr. R. ZIMMERMANN, *Comparative foundations of European Law of Set-off and Prescription*, Cambridge, 2002. Per ulteriori approfondimenti sulla riforma tedesca cfr. anche S. DELLE MONACHE, *Profili dell'attuale normativa del codice civile tedesco in tema di prescrizione*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 179 e R. CAPONI (*La nuova disciplina*

I termini lunghi, che favorivano il creditore, sono sostituiti da termini brevi, poiché si ritiene maggiormente degno di tutela l'interesse del debitore ad un rapido consolidamento della situazione<sup>13</sup>.

L'esordio della prescrizione viene parametrato a circostanze soggettive riferibili al creditore coincidenti con la conoscenza-conoscibilità di tutti gli elementi che consentano di agire in giudizio, per tutelare uno specifico interesse.

La diversificazione dei termini avviene non sulla base del rimedio esercitato ma sulla base dell'interesse sotteso al rimedio. Ad esempio, termini più lunghi sono previsti per i danni all'integrità della persona.

Oltre al termine breve, viene introdotto anche un ulteriore termine lungo, destinato alla tutela delle ragioni del debitore e legato a criteri oggettivi<sup>14</sup>. A questo non si applicano cause di sospensione o di interruzione.

Sotto altro aspetto, è dato valore all'autonomia privata entro determinati limiti, affinché una delle parti non abusi eccessivamente di questo potere, prevedendo termini eccessivamente iugulatori o dilatori.

Trattasi di regole nuove che riflettono un approccio, in linea con la metodologia europea, ove l'area di messa a fuoco non è sulla realizzazione del fenomeno estintivo<sup>15</sup> ma sull'interesse che le parti hanno in un determinato rapporto.

*della prescrizione nel codice civile tedesco: spunti per una riforma italiana*, in *Corr. giur.*, 2006, p. 1322 mentre per quella francese v. E. CALZOLAIO, *La riforma della prescrizione in Francia nella prospettiva del diritto privato europeo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, p. 1098.

<sup>13</sup> Termini lunghi erano coerenti con il precedente contesto socio-economico ove le esigenze di regolarità e di sicurezza, nonché di frequente lentezza di svolgimento dei rapporti giuridici erano dominanti, cfr. S. PATTI, *Certeza e giustizia nel diritto della prescrizione in Europa*, cit., p. 21.

<sup>14</sup> Vale a dire, indipendentemente dalla conoscenza. Mentre la soluzione francese parla di *naissance du droit*, quella tedesca lega la decorrenza del termine lungo al *compimento dell'azione o alla violazione dell'obbligo*.

<sup>15</sup> Il dibattito sugli effetti della prescrizione è strettamente legato a quello sull'oggetto: se si vuole mantenere ferma l'estinzione, questa non può avere ad oggetto un diritto; se si vuole mantenere fermo il diritto, questo non sembra estinguersi. Già nella vigenza del precedente codice autorevole dottrina dubitava che la prescrizione potesse produrre effetti estintivi sostenendo, piuttosto, che la maturazione del periodo prescrizione produceva un indebolimento dell'obbligazione originaria e ciò che residuava fosse un'obbligazione naturale (F. CARNELUTTI, *Appunti sulla prescrizione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1933, I, p. 32, tesi successivamente ripresa da P. PERLINGIERI, *Il fenomeno dell'estinzione delle obbligazioni*, Napoli, 1972, p. 117).

Entrato in vigore il nuovo Codice civile, la dottrina più attenta si è divisa in due posizioni: alcuni Autori hanno parlato di efficacia preclusiva; altri di efficacia acquisitiva.

La tesi in ordine all'efficacia preclusiva muove da un'acuta intuizione. Mantenendo fermi i termini usati dal legislatore, ra-





Vale a dire, la prescrizione non è oggi studiata nelle problematiche sull'estinzione del diritto quanto, piuttosto, di durata nel tempo del rimedio.

In quest'ottica, già in una pronuncia del 1975, *Golder*, i Giudici affermavano che non avrebbe senso rispettare nel processo determinate regole finalizzate alla protezione dei diritti fondamentali dell'uomo, se alla base si negasse la possibilità di portare determinate istanze davanti ad un Giudice<sup>16</sup>.

gionare sull'estinzione del diritto, presuppone l'esistenza di questo. Invece, è proprio il giudizio sull'esistenza del diritto che l'eccezione prescrizione esclude: quando il giudice deve decidere sull'eccezione proposta dal convenuto, valuta solamente se il termine sia decorso o meno, senza alcuna valutazione in ordine alla validità o esistenza di una preesistente situazione giuridica e senza alcun accertamento ulteriore (così A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 498 ripreso poi da P. VITUCCI, *La prescrizione*, in *Commentario al Codice Civile*, a cura di P. Schlesinger, Milano, 1991, p. 20). Diversamente, chi propende per un'efficacia acquisitiva, muove dal presupposto che oggetto della prescrizione sia il rapporto: maturato il periodo prescrizione, gli effetti prodotti possono essere esaminati tanto nell'ottica del creditore quanto nell'ottica del debitore.

Guardando la questione *ex latere creditoris*, l'effetto estintivo non è in grado di spiegare (a) le ragioni per cui spetti al debitore eccepire la prescrizione e questa non possa essere d'ufficio rilevata dal Giudice (c.c. 2938); (b) come mai il debitore possa rinunciare a qualcosa che, invece, si è estinto (c.c. 2937); (c) le ragioni per cui non è possibile ripetere ciò che è stato spontaneamente pagato in adempimento di un debito prescritto (c.c. 2940).

Invece, spostando l'attenzione verso il lato passivo del rapporto obbligatorio, la prescrizione, anziché estinguere un diritto del creditore, fa acquistare un diritto al debitore il quale, a fronte della domanda proposta dal primo, avrà uno strumento in più per difendersi (in questo senso, A. AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione*, cit., p. 40 e ss.).

Entrambi gli spunti sono stati, più di recente, ripresi, distinguendo gli effetti sostanziali da quelli processuali. Con riferimento ai primi, il diritto del creditore entrerebbe in una fase di quiescenza e l'effetto estintivo è rimesso ad una decisione del debitore. Con riferimento agli effetti processuali, è sposata la tesi degli effetti preclusivi, prima illustrata (così G. TRAVAGLINO, *L'elaborazione teorica*, in A. Batà-V. Carbone – M.V. De Gennaro-G. Travaglino, *La prescrizione e la decadenza*, Milano, 2001, p. 11 e ss.).

Tra coloro che continuano a parlare di efficacia estintiva e rimangono più aderenti alla lettera dell'art. 2935 c.c., per dare giustificazione alla posizione, viene indicato, nell'oggetto della prescrizione, un concetto eccessivamente astratto per avere una sicura definizione normativa: l'azionabilità intesa come «la possibilità che la pretesa sia dedotta nell'actio» (così P.G. MONATERI, *Natura, regime e scopi della prescrizione*, in P.G. Monateri – C. Costantini *La prescrizione*, in *Trattato di Diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, p. 7

<sup>16</sup> CEDU, 21 febbraio 1975, n. 4451/70, *Golder v. United Kingdom*, «the principle whereby a civil claim must be capable of being submitted to a judge ranks as one of the universally "recognised" fundamental principles of law; the same is true of the principle of international law which forbids the denial of justice. Article 6, para 1, must be read in the light of these principles. It would be inconceivable, in the opinion of the Court, that Article 6 para 1 should describe in detail the procedural guarantees afforded to parties in a pending lawsuit and should

L'affermazione si inserisce a margine dell'interpretazione sull'art. 6 CEDU, a norma del quale ciascuna persona ha diritto che la sua causa sia esaminata da un Tribunale. Tuttavia, tale diritto non è assoluto ma può essere sottoposto a limitazioni dettate dai singoli stati aderenti, purchè ci sia una proporzione tra la legittimità degli scopi perseguiti e gli strumenti adoperati<sup>17</sup>.

Con riferimento alla durata del rimedio, un termine di prescrizione eccessivamente ristretto rischierebbe di minare l'effettività del rimedio e della tutela giurisdizionale; uno eccessivamente esteso, al contrario, pregiudicherebbe le difese di un soggetto in giudizio.

La prescrizione diventa così uno di quegli aspetti che determinano o compromettono l'effettività di una tutela<sup>18</sup>.

Da qui, il problema: se si possano conciliare le nuove istanze di effettività con il tradizionale fondamento di certezza.

Nel dare una forma all'istituto, la forza del principio di effettività impone di rimeditare la nozione di certezza, legando la prescrizione non ad astratte istanze pubblicistiche ma alle concrete esigenze dei privati.

Lungo questa prospettiva sembra muoversi la CGUE, che riprende l'indicazione ed in una sentenza del 2003 afferma «la fissazione di termini ragionevoli a pena di decadenza risponde (...) al principio di effettività, in quanto costituisce l'applicazione del fondamentale principio di certezza del diritto»<sup>19</sup>.

Riguardo la giurisprudenza CEDU, invece, mancano affermazioni di principio analoghe. Tuttavia, dall'esame delle pronunce si può inferire una certa corrispondenza tra le due corti sovranazionali.

A premessa dell'indagine, i giudici di Strasburgo adottano una lettura della prescrizione non come istituto di natura sostanziale che esclude la respon-

not first protect that which alone makes it in fact possible to benefit from such guarantees, that is, access to court. The fair, public and expeditious characteristics of judicial proceedings are of no value at all if there are no judicial proceedings». Nello stesso senso si è anche successivamente pronunciate CEDU, Gr. Ch., 14 dicembre 2006, n. 1398/03, *Markovic*; CEDU, 7 dicembre 2010, n. 50330/07, *Seal*.

<sup>17</sup> In questo senso CEDU, *Markovic*, cit. (§ 99); CEDU, *Seal*, cit. (§ 75).

<sup>18</sup> Sul fondamento normativo del principio di effettività basti pensare agli articoli 24 e 111 Cost. nonché all'art. 6 CEDU e 47 della Carta di Nizza

<sup>19</sup> CGCE, 18 settembre 2003, C-125/2001, *Peter Pflücke c. Bundesanstalt für Arebit*. In senso analogo cfr. anche CGCE, 16 luglio 2009, C-69/08, *Raffaello Visciano c. INPS*; CGCE, 24 marzo 2009, C-445/06, *Danske Slagterier*; CGCE, 11 luglio 2002, C-62/00, *Marks&Spencer*; CGCE, 5 ottobre 1999, C-84/86, *Paesi Bassi c. Commissione*; CGCE, 26 maggio 1982, C-44/81, *Germania C. Commissione*;

sabilità di un soggetto (*immunity from liability*) ma di valenza processuale che incide sull'azione (*immunity from suit*)<sup>20</sup>.

In tal senso, è opportuno ricordare che il diritto processuale degli Stati membri non rientra nelle materie coperte direttamente dalla Convenzione EDU.

142 Tuttavia, la Corte può essere chiamata a verificare se l'applicazione della disciplina produca conseguenze non coerenti con i principi della Convenzione, così come interpretati dalla Corte<sup>21</sup>.

Obiettivo dello scritto è indagare la giurisprudenza CEDU e CGUE per stimare se le affermazioni sistematiche appena svolte siano corroborate o falsificate; stante la loro forza precettiva, analizzare se e come siano state recepite dalla giurisprudenza della Cassazione. La Suprema Corte, infatti, opera in un contesto ove l'immutato dato normativo risente ancora della impostazione tradizionale e la valen-

<sup>20</sup> Così M. BONA, *Appunti*, op. cit., p. 1716. Sulla distinzione tra *immunity from liability* e *immunity from suit* cfr. CEDU, *Markovic*, cit., in part. § 92 e ss.

In dottrina, è uno dei temi più dibattuti la natura sostanziale o processuale della prescrizione.

Come già ricordato, la tesi processualista interpreta la prescrizione come fatto estintivo dell'azione che, per operare, necessita dell'atto processuale dell'eccezione. In dottrina cfr. E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1957, p. 84; S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, I, Milano, 1962, p. 47; T. AULETTA, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1962, p. 35; C. GANGI, *Le obbligazioni*, Milano, 1951, p. 86; R. NICCOLÒ, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1962, p. 35; R. FERRUCCI, *Prescrizione estintiva*, in *Noviss. Dig. It.*, XIII, Torino, 1966, p. 45 e più di recente G. PANZA, *Contributo allo studio della prescrizione*, Napoli, 1984, p. 194 e ss. e *Id.*, voce *Prescrizione*, in *Dig. disc. priv.*, XIV, Torino, 1997, p. 229.

Secondo la tesi sostanzialista, invece, trattasi di una fattispecie impeditiva in senso sostanziale in quanto si contrappone un fatto incompatibile con il rapporto azionato in via principale. Questo perché il contrario della fattispecie impeditiva non è altro che un fatto giuridico ad efficacia positiva e si tratta di due facce della medesima considerazione normativa. In dottrina cfr. N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, Milano, 1929, p. 485; G.A. PUGLIESE, *La prescrizione acquisitiva*, Torino, 1911, p. 509; N. STOLFI, *Diritto civile*, II, Torino, 1926, p. 171; F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale*, I, Padova, 1936, p. 415; B. GRASSO, *Sulla distinzione tra prescrizione e decadenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, p. 883 e più di recente P. VITUCCI, *La prescrizione*, op. cit., p. 28. Decisamente critico a questa posizione è R. ORIANI, *Processo di cognizione e interruzione della prescrizione*, Napoli, 1977, p. p. 79 e ss., ripreso successivamente da G. PANZA, *Contributo*, op. cit., p. 261.

Isolata, invece, la posizione di B. TROISI, *La prescrizione come procedimento*, Napoli, 1980. Secondo questo Autore, l'operare della prescrizione si articola in differenti fasi: una fase preliminare (che si realizza sul piano sostanziale per effetto dell'inerzia e del trascorrere del tempo. Il diritto è così prescrivibile), una fase costitutiva (che si perfeziona con la proposizione dell'eccezione di prescrizione e l'obbligo per il giudice di pronunciare una sentenza che estingua il rapporto) ed una fase integrativa dell'efficacia (costituita dalla sentenza con funzione confermativa ed efficacia retroattiva).

<sup>21</sup> *Inter alia* cfr. CEDU, Gr. ch., 29 marzo 2006, n. 36813/97, *Scordino v. Italia*

za precettiva sempre più diffusa del principio di effettività richiede importanti sforzi ermeneutici di adeguamento al mutato quadro.

Per facilitare l'indagine, la prescrizione sarà scomposta lungo tre aspetti essenziali: durata; decorrenza e cause di sospensione ed interruzione.

## 2. La durata.

Naturalmente, l'indicazione di un termine di prescrizione è questione rimessa alla discrezionalità di ciascun legislatore nazionale.

D'altra parte, un termine eccessivamente dilatorio o eccessivamente iugulatorio può incidere sulla effettiva tutela dei diritti protetti dalla Carta.

Con riferimento al primo, si segnala il caso *Oleksandr Volkov v. Ukraine*, con il quale è stato sancito che la mancanza di un termine di prescrizione si configuri come una violazione del principio di certezza legale<sup>22</sup> legato all'art. 6 CEDU.

Muovendo dall'assunto che la prescrizione è tratto caratterizzante di tutti gli ordinamenti che hanno ratificato la Convenzione, la sentenza si trasforma in un'occasione per elencarne i differenti scopi: assicurare la certezza e la stabilità dei rapporti giuridici; proteggere i potenziali convenuti da pretese ormai datate contro le quali sarebbe difficile difendersi; prevenire ingiustizie che potrebbero sorgere se le Corti dovessero decidere su eventi che si siano verificati in un passato lontano e sulla base di prove che potrebbero essere diventate inaffidabili e incomplete a causa dello scorrere del tempo<sup>23</sup>.

Le finalità, da un lato, richiamano quelle ricordate in apertura e, dall'altro, si discostano per essere formulate in termini più concreti e vicini agli inte-

<sup>22</sup> CEDU, 9 gennaio 2013, n. 21722/11, *Oleksandr Volkov v. Ukraine*, in *www.echr.com*. Il caso riguarda un procedimento disciplinare promosso contro un Giudice della Corte Suprema Ucraina culminato nella sua rimozione dall'incarico per aver agito in violazione degli standard professionali. La Corte critica la legislazione interna che non prevede un termine di prescrizione per l'applicazione della sanzione. Gli illeciti addebitati al Giudice risalivano a sette anni rispetto alla data di inizio del procedimento disciplinare.

Secondo la Corte ciò avrebbe messo il convenuto in una posizione difficile, non avendo egli la possibilità di articolare le proprie difese per eventi che si sono verificati in un passato lontano.

Pur ammettendo che la mancata previsione di un termine si configuri nei termini di un attacco al principio di certezza legale, la Corte non trova appropriato indicare un termine di prescrizione preciso.

<sup>23</sup> CEDU, 9 gennaio 2013, n. 21722/11, *Oleksandr Volkov v. Ukraine*, § 135 e ss. Affermazioni simili erano contenute anche in CEDU, 30 agosto 2007, n. 44302/02, *J.A. PYE (Oxford) Ltd and J.A. PYE (Oxford) Land Ltd v. Regno Unito*, §68 e CEDU, 22 ottobre 1996, *Stubblings c. Regno Unito*, §51



ressi dei singoli individui coinvolti in una relazione giuridica.

Condivisibilmente, i Giudici si sono limitati ad accertare la violazione, senza sostituirsi al legislatore nell'introduzione del termine mancante.

Riguardo periodi eccessivamente ristretti, un'altra sentenza, percorrendo il medesimo solco, indica quali siano i criteri che il legislatore è chiamato a seguire per accertare la violazione della Convenzione.

Il riferimento è al caso *Giavi c. Grecia*<sup>24</sup>. La disputa riguarda il regime salariale: per la richiesta di incrementi di stipendio non corrisposti ed indennità, la Corte ha ammesso la possibilità che possano coesistere differenti termini di prescrizione tra settore privato (cinque anni) e settore pubblico (due anni).

Ricalcando le considerazioni della sentenza *Volkov*, si afferma che le regole dettate dagli Stati aderenti alla Convenzione, non possono rendere praticamente impossibile o eccessivamente oneroso l'esercizio di diritti riconosciuti dall'ordinamento<sup>25</sup>.

Si aggiunge però un ulteriore tassello. La valutazione sull'effettività del termine non deve avvenire in astratto ma bisogna valutare *in concreto se effettivamente* il limite temporale imposto abbia inciso sull'esercizio del diritto, azzerandolo<sup>26</sup>.

Con riferimento all'oggetto del giudizio, si tratta di valutare se vi sia stato un *ragionevole rapporto di proporzionalità* tra, da una parte, chi si è visto negato il diritto garantito e, dall'altra, l'attuazione ragionevole dell'obiettivo di assicurare la certezza, allo scopo di realizzare un equo bilanciamento tra gli interessi della comunità, i diritti dei convenuti e le esigenze dei diritti fondamentali della persona<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> CEDU, 3 ottobre 2013, n. 25816/98, *Giavi c. Grecia*, in [www.echr.com](http://www.echr.com), in part. § 51

<sup>25</sup> Letteralmente, «those rules did not in practice render impossible or unduly difficult the exercise of the rights conferred by the domestic legal order».

<sup>26</sup> Nello specifico, non è possibile mettere in discussione il diritto degli Stati ad emanare leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni conformemente all'interesse generale. Le richieste dei dipendenti delle persone giuridiche di diritto pubblico possono quindi giustificare una regolamentazione che tenga conto dell'interesse della tesoreria, di una gestione efficace del denaro pubblico e della continuità del servizio pubblico. Secondo le Alte giurisdizioni greche, l'interesse pubblico cui si applica il termine speciale di due anni è costituito dall'esigenza di una risoluzione rapida dei crediti che derivano dalle somme mensili concesse dalle persone giuridiche di diritto pubblico, in quanto una liquidazione rapida è necessaria per la tutela del patrimonio e della situazione finanziaria delle persone giuridiche cui i cittadini contribuiscono tramite il pagamento delle tasse (§31 e ss.).

<sup>27</sup> La giurisprudenza CEDU parla di *reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought*, v. CEDU, 12 gennaio 2006, *Mizzi c. Malta*; CEDU, 30 gennaio 2003, *Cordova c. Italia*; CEDU, 25 luglio 2002, *Papon c. Francia*; CEDU, 14 dicembre 1999, *Khalifaoui c. Francia*; CEDU, 22 ottobre 1996, *Stubbings c. Regno Unito*; CEDU, 21

## 2.1. La durata nella giurisprudenza della CGUE.

La declinazione dell'effettività in termini di impossibilità o onerosità si rileva anche nella giurisprudenza della CGUE.

È affermazione ricorrente nelle sentenze dei giudici lussemburghesi quella per cui ciascuno Stato membro, in mancanza di una disciplina comunitaria, sia libero di stabilire il termine di prescrizione, purché siano rispettati i principi di equivalenza e di effettività<sup>28</sup>.

A norma del primo, i suddetti termini non devono essere meno favorevoli di quelli previsti per analoghe azioni fondate sul diritto interno<sup>29</sup>; a norma del secondo, non possono in alcun caso essere tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti che il Giudice nazionale dovrà tutelare<sup>30</sup>.

Tuttavia, con esclusivo riferimento all'effettività, i criteri per definire se la previsione comporti impossibilità o difficoltà ad esercitare il diritto sono rimasti indefiniti<sup>31</sup>.

settembre 1994, *Fayed c. Regno Unito*. Per ulteriori approfondimenti cfr. M. BONA, *Appunti sulla giurisprudenza comunitaria e Cedu in materia di prescrizione e decadenza: il parametro della «ragionevolezza»*, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, p. 1716.

<sup>28</sup> *Ex multis* cfr. CGUE, 13 luglio 2006, C-297/04, *Manfredi*, in [curia.europa.eu](http://curia.europa.eu) «in mancanza di una disciplina comunitaria in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza dell'effetto diretto del diritto comunitario, purché tali modalità rispettino i principi di equivalenza ed effettività». Vedi anche CGCE, 19 novembre 1991, C-6 e 9/90, *Francovich*; CGCE, 14 dicembre 1995, C-312/93, *Peterbroeck*; CGCE, 1 giugno 1999, C-126/97, *Eco Swiss*; CGCE, 22 febbraio 2001, C-52 e 53/99, *Camarotto e Vignone*; CGCE, 20 settembre 2001, C-453/99, *Courage e Crehan*; CGCE, 6 giugno 2002, C-159/00, *Sapod Audic*; CGCE, 13 luglio 2006, C-295/04, *Manfredi*.

<sup>29</sup> *Ex multis*, cfr. V. CGCE, 16 dicembre 1976, C-33/76, *Rewe* (punto 1 del dispositivo); CGCE, 15 settembre 1998, C-231/96, *Edis* (punto 2 del dispositivo); CGCE, 27 febbraio 1980, C-68/79, *Just* (punto 3 del dispositivo); CGCE, 27 marzo 1980, C-61/79, *Denkavit italiana* (punto 1 del dispositivo); CGCE, 10 luglio 1980, C-811/79, *Ariete* (dispositivo); CGCE, 10 luglio 1997, C-261/95, *Palmisani* (dispositivo); CGCE, 17 novembre 1998, C-228/96, *Aprile* (punto 1 del dispositivo); CGCE, 9 febbraio 1999, C-343/96, *Dilexport* (punto 1 del dispositivo); CGCE, 10 settembre 2002, cause riunite C-216/99 e C-222/99, *Prisco e Caser* (punto 2 del dispositivo); CGCE, 2 ottobre 2003, causa C-147/01, *Weber's Wine e a.* (punto 3 del dispositivo).

<sup>30</sup> Cfr., in proposito, sentenze CGCE, 9 novembre 1983, C-199/82, *San Giorgio* (punto 12 e dispositivo); CGCE, 8 febbraio 1996, C-212/94, *FMC e a.* (punto 64 e punto 4 del dispositivo); CGCE, 24 settembre 2002, C-255/00, *Grundig Italiana* (punto 33); CGCE, 2 ottobre 2003, *Weber's Wine e a.*, cit. punto 103.

<sup>31</sup> In questo senso cfr. *Conclusioni rese dall'Avvocato Generale nel caso Recheio-Cash&Carry SA c. Fazenda Pública/Registo Nacional de Pessoas Colectivas*. Con sentenza CGCE, 17 giu-



Le prime sentenze ad essersi pronunciate statuiscano che non si possa parlare di impossibilità «nel caso della fissazione di ragionevoli termini di impugnazione»<sup>32</sup>.

Altre pronunce in materia di ripetizione dell'indebito svolgono il giudizio sull'impossibilità esclusivamente alla stregua del principio di equivalenza. Nei casi *Aprile*<sup>33</sup>, *Edis*<sup>34</sup>, *Spac*<sup>35</sup>, *Caser* e *Prisco*<sup>36</sup>, si riconosce che l'Unione europea non vieta la fissazione di un termine di decadenza triennale, purché questo si applichi indistintamente a tutte le azioni di ripetizione che siano fondate sul diritto interno e sul diritto comunitario<sup>37</sup>.

Solo una pronuncia sembra essersi spinta oltre, con risultati non del tutto accettabili e, da qui, un profilo di contrasto con la giurisprudenza CEDU, oggi apparentemente risolto.

Nella sentenza *Grundig*<sup>38</sup>, la Corte ha ritenuto non conforme al diritto comunitario un periodo transitorio di 90 giorni per passare da un termine quinquennale di prescrizione ad uno triennale. Questo perché i previsti 90 giorni non avrebbero permesso ai contribuenti di continuare a disporre di una possibilità ragionevole di far valere il diritto al rimborso. Infatti, prosegue la Corte, assumendo come riferimento un periodo di cinque anni, i contribuenti i cui diritti erano sorti circa tre anni addietro avrebbero dovuto agire in giudizio nell'arco di tre mesi, quando, invece, contavano sul fatto di disporre ancora di quasi due anni.

Secondo la CGUE, invece, «il periodo transitorio minimo tale da non rendere eccessivamente difficile l'esercizio del diritto a un siffatto rimborso dev'essere valutato pari a sei mesi».

La decisione, come anticipato, non convince nella parte in cui si sostituisce al legislatore, in questo caso italiano. Al di là dell'obiezione sul rispetto della sovranità e l'invasione sulle aree di competen-

za del legislatore nazionale<sup>39</sup>, l'arbitraria introduzione di un termine in nome dell'effettività rischia di violare il principio di equivalenza: solo gli organi nazionali hanno contezza della complessità del sistema in cui operano, anche con riferimento alla prescrizione e decadenza; il giudice comunitario, per converso, non può avere la stessa consapevolezza. Rischia di introdurre regole che violano quei principi di cui lui è tutore.

Trattasi, ad ogni modo, di un arresto isolato, contraddetto successivamente nel 2013<sup>40</sup>. In un caso molto simile al *Grundig*, la CGUE afferma che il principio di effettività non ammette una normativa nazionale che riduca, con effetto retroattivo e senza regime transitorio, il termine nel corso del quale poteva essere richiesto il rimborso degli importi versati in violazione del diritto dell'Unione, con ciò violando anche i principi di certezza e di legittimo affidamento.

La frattura tra le due Corti sovranazionali è così composta in termini convincenti: il Giudice sovranazionale può solo accertare la violazione del principio di effettività ma non si può sostituire al giudice interno perché sprovvisto di quella visione globale che consideri l'insieme delle condizioni di fatto e di diritto, formali e sostanziali, di ogni singolo ordinamento, richieste per l'esercizio di una determinata azione<sup>41</sup>. Sostenere il contrario significherebbe accettare la potenziale violazione del principio di equivalenza.

In Italia, l'unico organo giurisdizionale competente ad emettere un giudizio in tal senso è la Corte costituzionale.

Quest'ultima, in una sentenza dell'aprile 2014<sup>42</sup>, ha sancito l'illegittimità costituzionale di una norma che, nel ridurre il termine di prescrizione da dieci a tre anni del diritto ad accessori e a ratei arretrati di prestazioni pensionistiche già riconosciute, lo riteneva applicabile anche ai giudizi già pendenti<sup>43</sup>. In

gno 2004, C-30/02, *Recheio - Cash & Carry SA contro Fazenda Pública/Registo Nacional de Pessoas Colectivas* la Corte si pronuncia sulla legittimità di una norma portoghese che prevedeva un termine di 90 giorni, decorrenti dalla scadenza del termine per il pagamento volontario, per poter ripetere i tributi riscossi dallo Stato in violazione di disposizioni comunitarie.

<sup>32</sup> CGCE, 16 dicembre 1976, C-33/76, *Rewe* e, nella stessa data, C-45/76, *Comet*. In termini analoghi v. anche CGCE, 27 marzo 1980, C-61/79, *Denkavit*.

<sup>33</sup> CGCE, 17 novembre 1998, C-228/96, *Aprile*

<sup>34</sup> CGCE, 15 settembre 1998, C-231/96, *Edis*

<sup>35</sup> CGCE, 15 settembre 1998, C-260/96, *Spac*

<sup>36</sup> CGCE, 10 settembre 2002, Cause riunite C-216 e C-222/99, *Prisco e Caser*

<sup>37</sup> Se ne potrebbero citare anche molte altre e l'orientamento è ormai radicato. V. ad esempio CGCE, 9 novembre 1989, C-386/87, *Bassin e Salson/Administration des douanes et droits indirects* nonché CGCE, 17 luglio 1997, C-90/94, *Haahr Petroleum* e le pronunce ivi richiamate.

<sup>38</sup> CGCE, 24 settembre 2002, C-255/00, *Grundig Italiana*

<sup>39</sup> Che potrebbe essere superata, sebbene non facilmente, muovendo dall'art. 10 Cost.

<sup>40</sup> CGUE, 12 dicembre 2013, C-362/12, *Test Claimants in the Franked Investment Income Group Litigation c. Commissioners of Inland Revenue, Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs*.

<sup>41</sup> In questo senso v. le conclusioni dell'Avvocato Generale Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer rese nel caso *Recheio - Cash&Carry SA c. Fazenda Pública/Registo Nacional de Pessoas Colectivas*, «per determinare se un termine specifico soddisfi o meno il principio di effettività, occorre prendere in considerazione la totalità delle condizioni di fatto e di diritto, formali e sostanziali, che l'ordinamento nazionale richiede per l'esercizio delle azioni di ripetizione. Solo con questa visione globale, della quale dispongono unicamente i giudici nazionali, si può dare una soluzione definitiva».

<sup>42</sup> Corte Cost., 2 aprile 2014, n. 69, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)

<sup>43</sup> Trattasi dell'art. 38, comma 4, del d.l. 6 luglio 2011, n. 98.



particolare, la norma prevedeva che il diritto a queste prestazioni si fosse estinto ove la domanda non fosse stata proposta nel nuovo e più ridotto termine. Secondo la Consulta è vulnerato «principio dell'affidamento dei consociati nella certezza dell'ordinamento giuridico»<sup>44</sup>.

Peraltro, già nel 2005, gli stessi giudici avevano escluso che l'istituto della decadenza<sup>45</sup> potesse tollerare, per sua natura, applicazioni retroattive, «non potendo logicamente configurarsi una ipotesi di estinzione del diritto (...) per mancato esercizio da parte del titolare in assenza di una previa determinazione del termine entro il quale il diritto (...) debba essere esercitato»<sup>46</sup>.

Sebbene entrambe le pronunce facciano riferimento al parametro della ragionevolezza e alla violazione dell'art. 3 Costituzione, è evidente come la *ratio decidendi* che ha ispirato i magistrati europei sia la medesima di quelli italiani: l'efficienza fa scorrere la tradizionale idea di certezza da parametri pubblici ed astratti a istanza concreta da calare in uno specifico rapporto ove soggetti privati ripongono specifici interessi.

### 3. La decorrenza.

Il principio di effettività trova un riscontro non solo nella individuazione di un termine per esercitare un diritto ma anche con riguardo al momento in cui esso fa il suo esordio. Non avrebbe senso indicare una 'scadenza' ad anni senza la certezza del momento esatto ove iniziare il calcolo. Anche qui, il riferimento è ad una certezza non astratta ma concreta: che attribuisce al singolo la consapevolezza di poter agire in giudizio.

Ad esempio, nell'ambito dell'occupazione usurpativa<sup>47</sup>, in mancanza di un atto formale di espro-

priazione, è soltanto con la decisione giudiziaria definitiva che si supera l'incertezza giuridica e si può considerare il principio dell'espropriazione indiretta come effettivamente applicato. Vale a dire, solamente con il passaggio in giudicato della sentenza è determinata l'acquisizione al demanio pubblico.

Ne deriva che da questo momento, e non dal venire meno del provvedimento che legittima un'occupazione temporanea, possa iniziare a decorre il termine di prescrizione per domandare il risarcimento del danno patito<sup>48</sup>.

L'indicazione generale che si può trarre è la seguente. A prescindere da quale sia l'oggetto, l'istituto della prescrizione incide su una situazione giuridica che deve essere non solo certa e determinata ma anche conosciuta dal titolare. In difetto, il termine non potrà iniziare a decorrere.

Tuttavia, precisano i Giudici EDU, l'ignoranza non deve dipendere da un atteggiamento colposo imputabile al titolare della situazione stessa<sup>49</sup>.

L'orientamento trova ulteriori conferme. L'effettività del rimedio non è pregiudicata solamente dalla pendenza di procedimenti giudiziari ma anche da impedimenti di fatto che ostacolano la conoscenza.

Non dare rilevanza, significherebbe introdurre delle barriere che si trasformerebbero in un diniego di giustizia.

È quanto avvenuto nel caso *Stubbings*<sup>50</sup>. La fattispecie riguarda una domanda di risarcimento del danno proposta da tre vittime di abusi sessuali perpetrati in famiglia. Gli abusi risalivano agli anni '60, quando le vittime erano ancora piccole, ma le conseguenze dannose, soprattutto quelle di tipo psichico, si sono manifestate solo sul finire degli anni '70<sup>51</sup>.

<sup>44</sup> Sul punto cfr. anche 170 e n. 103 del 2013, n. 271 e n. 71 del 2011, n. 236 e n. 206 del 2009, tutte in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)

<sup>45</sup> Ma le medesime considerazioni valgono anche per la prescrizione.

<sup>46</sup> Corte Cost., 10 maggio 2005, n. 191, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)

<sup>47</sup> Questa figura è una delle possibili articolazioni dell'istituto della espropriazione indiretta. Secondo TAR Lazio, 18 gennaio 2012, n. 554, in *Iusexplorer*, l'occupazione usurpativa si ha qualora la P.A. occupi un suolo di proprietà privata per realizzare un'opera di pubblica utilità, ma in assenza di un titolo legittimante. Ricorre tale figura quando l'occupazione del fondo non sia accompagnata da una dichiarazione di pubblica utilità oppure, sebbene vi sia stata, questa sia stata annullata o sia stata dichiarata l'inefficacia per l'inutile decorso dei termini stabiliti per l'esecuzione dell'opera. In dottrina, per approfondimenti cfr. S. BONATTI, *La protezione della proprietà nella giurisprudenza della Corte di Europa dei diritti dell'Uomo*, in *Riv. dir. pubbl. com.*, 1999, p. 833, R. NUNIN, *Osservazioni sulla tutela del diritto di proprietà nel sistema della Convenzione europea*

*dei diritti dell'Uomo*, in *Dir. dell'Unione europea*, 1998, p. 53. Più di recente, soprattutto in relazione agli interventi del legislatore e della Corte costituzionale, cfr. G. FILANTI, *L'accessione invertita è dura a morire*, in *Persona e Mercato*, 2010, 4, p. 274; G. DE MARZO, *Occupazione appropriativa e principio di legalità, la rinascita dell'acquisizione sanante dopo l'intervento della Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 2011, I, 2723.

<sup>48</sup> Cfr. Corte EDU, 14 febbraio 2006, *Prenna e a. c. Italia*; Corte EDU, 17 maggio 2005, *Colazzo c. Governo Italiano* e Corte EDU, 17 maggio 2005, *Scordino c. Governo Italiano*, entrambe in *Foro it.*, 2006, IV, c. 65 nonché da Corte EDU, 6 luglio 2006, *G. ed altri c. Governo italiano*, in [www.anptes.org](http://www.anptes.org).

In particolare, Corte EDU, 30 maggio 2000, n. 25638/94, *Carbonara e Ventura c. Governo italiano* e n. 31524/96, *Belvedere Alberghiera Srl c. Italia*, entrambe in *Foro it.*, 2001, IV, c. 235.

<sup>49</sup> Corte EDU, 30 settembre 2008, *Maria Pia Marchi c. Italia* e Corte EDU, 19 gennaio 2010, *D'Aniello c. Italia*.

<sup>50</sup> CEDU, 22 ottobre 1996, n. 22083/93, *Stubbings c. Regno Unito*

<sup>51</sup> In ipotesi di lesione dell'autodeterminazione sessuale, l'ordinamento tedesco prevede una specifica causa di sospensione, § 208 BGB, «la prescrizione delle pretese derivanti dalla



Secondo i giudici, sebbene gli Stati contraenti godano di una certa discrezionalità nello stabilire delle limitazioni temporali al diritto di accesso alla giustizia e questo diritto non è da considerarsi assoluto, tuttavia il diritto di una vittima a vedere le sue pretese equamente considerate da una Corte non può essere azzerato o ristretto eccessivamente, al punto da menomare alla radice l'esistenza stessa del diritto<sup>52</sup>.

Tuttavia, a questa affermazione di principio, non ha fatto seguito una pronuncia di condanna nei confronti del Regno Unito. Invece, si afferma che un termine di sei anni decorrente dal compimento della maggiore età non limita l'esercizio del diritto e garantisce quelle esigenze di certezza alla base dell'istituto<sup>53</sup>.

Solo le opinioni dei Giudici Fohghel e Mac Donald si sono discostate da questa linea e si sono soffermate sulla necessità di non considerare come aprioristicamente prevalenti le esigenze di certezza e di riduzione del rischio per i potenziali convenuti di trovarsi a dover rispondere di fatti risalenti nel tempo, ogni qual volta le vittime siano state inconsapevoli, per causa loro non imputabile, della possibilità di agire in giudizio per la tutela.

Questa istanza di effettività è stata accolta da una sentenza di circa vent'anni successiva rispetto a *Stubbings*, pronunciata in tema di danni lungolatenti da amianto<sup>54</sup>. In particolare, si incrimina alla Sviz-

violazione dell'autodeterminazione sessuale è sospesa fino al compimento del 21° anno di età del creditore. Se il creditore di pretese derivanti dalla violazione dell'autodeterminazione sessuale vive al momento dell'inizio della prescrizione in comunione di vita familiare con il debitore, la prescrizione è sospesa fino alla fine della comunione di vita familiare».

<sup>52</sup> In senso simile anche CEDU, 21 settembre 1994, *Fayed c. Regno Unito*, «in laying down such regulation, the Contracting States enjoy a certain margin of appreciation, but the final decision as to observance of the convention's requirements rests with the court. It must be satisfied that limitations applied do not restrict or reduce the access left to the individual in such way or to such extent that the very essence of the right is impaired». Per successive conferme v. anche CEDU, 14 dicembre 1999, *Khalfaoui c. Francia*; CEDU, 10 maggio 2001, *T.P.-K.M. c. Regno Unito*; CEDU, 24 ottobre 2006, *Szwagrun-Baurycza c. Polonia*

<sup>53</sup> CEDU, 22 ottobre 1996, n. 22083/93, *Stubbings v. United Kingdom*, «It is clear that the United Kingdom legislature has devoted a substantial amount of time and study to the consideration of these questions. Since 1936, there have been four statutes to amend and reform the law of limitation and six official bodies have reviewed aspects of it (see paragraphs 28-34 above). The decision of the House of Lords, of which the applicants complain (see paragraphs 15 and 47 above), that a fixed six-year period should apply in cases of intentionally caused personal injury, was not taken arbitrarily, but rather followed from the interpretation of the Limitation Act 1980 in the light of the report of the Tucker Committee upon which the Act had been based (see paragraph 31 above)».

<sup>54</sup> CEDU, 11 marzo 2014, n. 52067/10 e 41072/11, *Howald Moor and Others c. Switerland*. Il caso riguarda un operaio al

zera una sistematica declaratoria di prescrizione nei confronti di persone affette da patologie che possono essere diagnosticate molti anni dopo il momento infettivo, privandole della possibilità di ottenere tutela innanzi un giudice.

Secondo la CEDU tale orientamento è da censurare: nel calcolo della prescrizione bisogna considerare anche i casi in cui sia scientificamente provato che un individuo non possa essere a conoscenza del contagio.

Si badi, i Giudici non introducono alcuna regola in punto di esordio ma si limitano ad indicare l'obiettivo. Sotto questo profilo, i modelli europei astrattamente ipotizzabili potrebbero essere almeno due.

Da un lato, quello tedesco e francese che parametrerà l'esordio del termine alla conoscenza da parte del creditore.

Dall'altro, quello proposto dal DCFR<sup>55</sup> ove la conoscenza rientra tra le cause di sospensione e la decorrenza rimane legata a criteri oggettivi<sup>56</sup>.

La differenza tra loro ha forti ricadute sul piano probatorio. Se la mancata conoscenza rientra tra i fatti sospensivi, l'onere della prova ricade sul creditore; nell'altro caso, invece, spetta al debitore<sup>57</sup>.

E' compito degli Stati nazionali scegliere il modello verso cui tendere oppure ipotizzarne eventualmente un terzo.

Rimane ferma l'esigenza di intervenire sul piano dell'effettività, creando spazi di ingresso alla conoscenza.

In tal modo si è così creata una vera e propria inversione di tendenza in punto di decorrenza, sancendo il passaggio dall'ontologico al gnoseologico: dal fatto che accade, per essere rilevante, al fatto che deve essere conosciuto.

### 3.1. La decorrenza e le ragioni del creditore nella giurisprudenza italiana

Anche in Italia, pur in mancanza di uno specifico intervento riformatore sul punto, si è registrata, gra-

quale nel maggio 2004 è stato diagnosticato un tumore maligno con esito letale causato dall'esposizione ad amianto durante il lavoro tra gli anni '60 e '70. Le Corti svizzere gli negarono il risarcimento del danno sul presupposto che la sua pretesa si fosse prescritta.

<sup>55</sup> Ma abbandonato dalla CESL, COM(2011) 635 final.

<sup>56</sup> In questo testo è previsto un termine di tre anni che decorre dal momento in cui si verifica il fatto che dà origine al diritto. Il termine è però sospeso fino a quando il creditore non conosca o non sia ragionevolmente in grado di conoscere l'identità del debitore e i fatti che danno origine al diritto, v. III-7:301.

<sup>57</sup> Sul punto cfr. S. PATTI, *Certezza e giustizia nel diritto della prescrizione in Europa*, cit., p. 31.

zie alla giurisprudenza, la medesima inversione di rotta.

Ai sensi dell'art. 2947 co. 1, il diritto al risarcimento del danno da illecito aquiliano si prescrive dal giorno in cui il fatto si è verificato<sup>58</sup>.

Le prime applicazioni giurisprudenziali proponevano un impianto fortemente sbilanciato a favore del debitore. In nome della certezza, si prescindeva da qualsiasi considerazione sulle ragioni soggettive ed oggettive di fatto -ad eccezione di quelle indicate negli art. 2941 e 2942- che impedissero al soggetto di instaurare un procedimento.

In particolare, anche qualora il fatto illecito ed il verificarsi del danno non coincidessero cronologicamente, la prescrizione decorreva dal sorgere del danno, senza attribuire alcun rilievo alla conoscenza<sup>59</sup>.

Semplificando l'orientamento in vigore in quegli anni<sup>60</sup>, ai fini dell'esordio della prescrizione,

<sup>58</sup> In riferimento ai rapporti tra art. 2935 c.c. e 2947 c.c. cfr. Cass., 9 maggio 2000, n. 5913, «la norma di cui all'art. 2947 c.c. non riveste carattere di specialità, e non ha quindi efficacia prevalente e derogatoria rispetto a quella di cui all'art. 2935 c.c.: le due disposizioni si collocano infatti su diversi piani di operatività giuridica, in quanto la prima attiene alla determinazione del termine prescrizionale applicabile a una delle tante specifiche ipotesi che il legislatore ha assoggettato a prescrizione più breve rispetto a quella ordinaria decennale, mentre l'altra disciplina la decorrenza della prescrizione con riferimento a qualsivoglia termine applicabile, escludendone il periodo durante il quale non sia possibile far valere il diritto, onde fra l'una e l'altra non può configurarsi un conflitto che possa essere risolto in termini di prevalente specialità».

<sup>59</sup> Molte sono le pronunce che affermavano questo principio. A titolo esemplificativo cfr. Cass., 27 marzo 1942, n. 332; Cass., 24 novembre 1966, n. 2797, Cass., 12 gennaio 1972, n. 74, in *Foro it.*, 1972, I, c. 2958

In dottrina, cfr. G. AZZARITI- G. SCARPELLO, *Prescrizione e decadenza*, in *Commentario*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, 1964, sub artt. 2947, p. 292

<sup>60</sup> Una pronuncia del 1966 della Suprema Corte, di cui si riporta uno stralcio della motivazione, è chiarissima, Cass., 24 novembre 1966, n. 2797. La sentenza non è stata pubblicata ma i fatti e gli estratti sono riportati, insieme ad altre pronunce, da F. ALBISINNI - L. MOCCIA, *Termine di prescrizione, precedente giudiziale ed ignorantia iuris*, in *Foro it.*, 1975, c. 130. Si tratta del caso di vendita di un fondo, con impegno da parte dell'alienante di non costruire oltre una determinata altezza su un proprio terreno confinante. Con un successivo atto, lo stesso venditore vende il fondo confinante, senza far menzione della *servitus altius non tollendi*. A distanza di oltre vent'anni da quest'ultima compravendita (1937-1958) gli eredi edificano e il proprietario del fondo contiguo propone azione per ottenere il risarcimento del danno.

La Cassazione ritiene che l'azione sia prescritta, poiché la violazione del diritto è avvenuta già al momento della seconda vendita. In particolare, si afferma che «con la costruzione, invero, l'elemento danno diventò solo più evidente e concreto nei suoi precisi estremi, ma non può dubitarsi che un danno risarcibile venne ad esistenza fin dal momento della violazione delle clausole contrattuali (...) per il semplice fatto della vendita (...) a prescindere, cioè, dalla costruzione sul fondo già servente, avvenuta solo molti anni dopo».

l'ignoranza dell'esistenza del diritto da parte del suo titolare o qualunque altro ostacolo soggettivo o di fatto non erano rilevanti.

Ciò veniva desunto da una interpretazione restrittiva del concetto di possibilità di cui all'art. 2935 c.c. ('può'), suggerita dalla relazione al Codice civile, «l'art. 2935 c.c. dà formulazione legislativa al principio che la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere, e l'espressione deve essere intesa con riferimento alla possibilità legale, non influendo sul decorso della prescrizione, salve le eccezioni stabilite dalla legge, l'impossibilità di fatto di agire in cui venga a trovarsi il titolare del diritto».

Il sistema fu particolarmente avversato dalla dottrina, proprio per la sua rigidità ed indifferenza verso la posizione del creditore<sup>61</sup>.

I primi segni di un cambiamento iniziarono a percepirsi negli anni '70 e la conoscenza cominciò ad essere un elemento da valutare ai fini dell'*exordium praescriptionis*<sup>62</sup>.

Leggendo la motivazione, «l'art. 2935 cod. civ., consacrando il principio già accolto sotto l'impero del codice del 1865 che la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere, si riferisce alla possibilità legale non influendo sul decorso della prescrizione, salvo le eccezioni stabilite dalla legge, l'impossibilità di fatto di agire in cui venga a trovarsi il titolare del diritto. Il principio *contra non valentem agere non currit praescriptio* non ha portata generale nel nostro ordinamento, cosicché l'ignoranza da parte del titolare dell'esistenza del proprio diritto, l'inerzia del titolare medesimo nell'accertare il proprio diritto nei confronti del debitore, ed i semplici impedimenti di fatto in genere non valgono ad impedire il corso della prescrizione. Che l'impedimento deve concernere la 'possibilità legale', non influendo sul decorso della prescrizione, salvo le eccezioni stabilite dalla legge, l'impossibilità di fatto di agire in cui venga a trovarsi il titolare del diritto, è detto anche nella relazione al Codice civile (n.1198). Onde può concludersi, in piena armonia con la più autorevole dottrina ed alcuni precedenti giurisprudenziali di questa Suprema corte (cfr. 4 aprile 1949, n. 779; 12 gennaio 1940, n. 73; 30 dicembre 1959, n. 3218) che l'art. 2935, secondo il quale la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere, si riferisce alle sole cause impeditive dell'esercizio del diritto e non anche ai semplici ostacoli soggettivi o di fatto. In altri termini, quando esistono obiettivamente dal punto di vista giuridico le condizioni necessarie e sufficienti perché un diritto possa essere fatto valere, non hanno rilevanza, al fine di impedire il corso della prescrizione, eventuali ostacoli all'esercizio del diritto, anche se tali ostacoli siano costituiti dallo stato di ignoranza in cui il titolare del diritto versi sull'esistenza o pertinenza del diritto medesimo».

<sup>61</sup> Le prime critiche si riscontrano già negli anni '60, A. RAVAZZONI, *La riparazione del danno non patrimoniale*, Milano, 1962, p. 1991. Negli anni '70 cfr. M. OTTOLENGHI, *Prescrizione dell'azione per danni*, Milano, 1976. Per una autorevole posizione contraria cfr. A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1979, p. 277

<sup>62</sup> Cfr. Cass., 6 marzo 1970, n. 569, in *Giust. civ.*, 1970, I, 674; Cass., 6 ottobre 1975, n. 3161, in *Mass. giur. it.*, 1975.

La svolta avviene nel 1979 in un caso di responsabilità medica<sup>63</sup>.

Secondo la Suprema corte, la responsabilità extracontrattuale configurata nell'art. 2043 c.c., è una fattispecie complessa che si perfeziona quando si sono realizzati tutti i fatti ed eventi che la compongono, tra cui la manifestazione del danno ingiusto. Pertanto, ove il danno si sia verificato in un determinato momento, ma si sia esteriorizzato successivamente ed in quel frangente sia divenuto conoscibile, è da quell'istante che il termine comincia a decorrere.

Il principio venne ripreso e confermato dalla successiva giurisprudenza<sup>64</sup>.

Tuttavia, la semplice manifestazione del pregiudizio non garantiva alla vittima adeguata tutela. Poteva accadere -soprattutto nei danni lungolatenti che vi fossero difficoltà a ricostruire il nesso di causalità materiale tra condotta ed evento e, di conseguenza, l'individuazione del soggetto responsabile cui la condotta fosse addebitabile.

Un nuovo passo è stato così compiuto nel 2003<sup>65</sup> ed è stato superato l'orientamento che individuava il momento iniziale dell'esordio con esclusivo riguardo alla sola esteriorizzazione del danno. La pronuncia, resa sempre in un caso di responsabilità medica, stabilisce che, ai fini della decorrenza della prescrizione del diritto al risarcimento del danno, a rilevare non è più unicamente il momento in cui il pregiudizio si è manifestato in tutte le sue componenti es-

<sup>63</sup> Cfr. Cass., 24 marzo 1979, n. 1716, in *Resp. civ. e prev.*, 1980, p. 90; in *foro it.*, 1980, I, c. 1115; in *Giust. civ.*, 1979, I, p. 1440 e in *Riv. it. med. leg.*, 1981, p. 880. Il caso era il seguente: alla vittima erano state praticate, per un errore diagnostico dei sanitari, delle irradiazioni che avevano comportato una incapacità irreversibile a procreare, per lungo tempo non riconosciuta in quanto nascosta dal prodursi di 'simulacri di mestruazioni'.

<sup>64</sup> A titolo di esempio, cfr. Cass., 6 febbraio 1982, n. 685, in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 2781 e ss. con nota di VENTRELLA, *Danno occulto e illecito permanente: questioni di decorrenza del termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno*; Cass., 24 febbraio 1983, n. 1442, in *Resp. civ. e prev.*, 1983, p. 627; Cass., 5 luglio 1989, n. 3206, in *Arch. civ.*, 1989, p. 1168; Cass., 4 gennaio 1993, n. 13, in *Giur. it.*, I, 1, p. 1686; Cass., 12 agosto 1995, n. 8845, in *Giust. civ. mass.*, 1995, 1517; Cass., 9 maggio 2000, n. 5913, in *Dir. econ. ass.*, 2000, p. 1226; Cass., 10 giugno 2000, n. 7937, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 2771 con nota di S. BRUN, *Danno biologico e dies a quo della prescrizione*.

<sup>65</sup> Cass., 21 febbraio 2003, n. 2645, in *Giur. it.*, 2003, p. 285, con nota di M. BONA, *Prescrizione e danno alla persona: il nuovo leading case della Cassazione sposta il dies a quo della manifestazione del danno all'addebitabilità del pregiudizio al responsabile (la nuova regola a confronto con il modello inglese...idee per una riforma)*; in *Danno e resp.*, p. 845, con nota di I. RIGHETTI, *Prescrizione e danno lungolatente* e di U. IZZO, *La decorrenza della prescrizione nell'azione risarcitoria da danno lungolatente: quali regole per governare l'incertezza probatoria?*

senziali, ma occorre altresì la conoscibilità, secondo l'ordinaria diligenza e tenuto conto della diffusione delle conoscenze scientifiche, della causa del danno e, conseguentemente, della sua addebitabilità ad un soggetto.

Il principio riceve la piena consacrazione in due pronunce a Sezioni Unite, la prima del 2007 in tema di illecito antitrust<sup>66</sup> e la seconda del 2008 in tema di responsabilità medica<sup>67</sup>.

In entrambe le sentenze, gli articoli 2935 e 2947 sono interpretati in termini di complementarietà: se, per un verso, l'art. 2947 c.c. fa decorrere la prescrizione del diritto al risarcimento del danno dal giorno in cui il *fatto* si è verificato, per altro verso, la disposizione generale, contenuta nell'art. 2935 c.c. stabilisce che la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto *può* essere fatto valere. La possibilità di far valere un diritto presuppone, a sua volta, la consapevolezza della titolarità e la comprensione del fatto illecito in tutta la sua globalità<sup>68</sup>.

### 3.2. La decorrenza e le ragioni del debitore nella giurisprudenza delle Corti europee

Proprio in nome dell'effettività, la rilevanza della conoscenza rischia di postergare eccessivamente l'esordio del termine a favore del creditore ma a danno del debitore.

A questo problema la Corte EDU non ha ancora offerto una risposta convincente. La CGUE, invece, ha proposto alcune soluzioni, spesso dettate dall'esigenza di tutelare gli interessi economici delle istituzioni europee convenute (i.e. Commissione).

Sebbene in alcune pronunce sia affermata la rilevanza della conoscenza<sup>69</sup>, in altre

<sup>66</sup> Per una visione storica e sistematica sulla disciplina della concorrenza e, più dettagliatamente, della L. 10 ottobre 1990, n. 287 si rinvia a G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, Padova, 2009, pp. 44 e ss ed agli Autori ivi richiamati.

<sup>67</sup> Cass., S.U., 11 gennaio 2008, n. 581, in *Foro it.*, 2008, I, c. 453 con nota di A. PALMIERI; in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 827, con nota di F. GRECO, *Le sezioni unite ed il limite prescrizione nel danno da emotrasfusioni infette*.

<sup>68</sup> Si badi, la Cassazione equipara la conoscenza alla conoscibilità e lega quest'ultima a due parametri, l'ordinaria diligenza e le conoscenze scientifiche dell'epoca.

<sup>69</sup> Cfr. CGUE, 7 novembre 1985, C-145/83, *Adams c. Commissione* la quale dispone che la prescrizione non possa essere eccepita nei confronti della vittima del danno che abbia potuto avere conoscenza del fatto che lo ha causato solo con ritardo e non abbia quindi potuto disporre di un termine ragionevole per esperire l'azione e presentare la domanda prima della scadenza del termine. In termini sostanzialmente analoghi, CGUE, 25 luglio 1991, C-208/90, anche in *Foro it.*, 1993, IV, c. 324; CGUE, 1 dicembre 1998, C-326/96, *B.S. Levez c. T.H. Jennings (Harlow Pools) Ltd.*; CGUE, 2 dicembre 2004, C-226/03, *Commissione c. José Mari Peix SA*.



l'allontanamento è dettato da motivi legati proprio al principio di effettività<sup>70</sup>.

Tra queste, si segnala il caso *Holcim*<sup>71</sup>. Esso muove dall'annullamento di una decisione della Commissione del 30 novembre 1994 (c.d. *decisione cemento*) con la quale alcune società venivano condannate a pagare ammende di € 3,841 milioni ed € 1,85 milioni per condotte anticoncorrenziali.

Dopo aver ottenuto l'annullamento della decisione, la ricorrente domandava alla Commissione il risarcimento del danno consistente nel rimborso delle spese di garanzia bancaria sostenute onde poter differire il pagamento delle ammende inflitte e poi annullate.

Mentre la *Holcim* sosteneva che l'annullamento della decisione Cemento fosse, nella specie, una condizione dell'obbligo di risarcimento, secondo la Commissione un danno potenziale si era già verificato con la decisione stessa: il fatto generatore della responsabilità risiedeva nella illegittimità della decisione. Pertanto, era da questo momento che sorgeva la previsione di un danno e la decorrenza della prescrizione.

I giudici sposano quest'ultima linea interpretativa, sostenendo che nell'ordinamento comunitario esiste un principio di autonomia dei ricorsi: gli esiti della domanda di risarcimento del danno non pos-

sono dipendere dall'esito di una richiesta di annullamento<sup>72</sup>.

Infatti, secondo il principio sancito dalla sentenza *Kampffmeyer*, «non (è) vieta(to) di adire la Corte per far dichiarare la responsabilità della comunità per danni imminenti e prevedibili con una certa sicurezza, anche se l'entità del danno non è ancora esattamente determinabile»<sup>73</sup>.

Ne deriverebbe che i ricorrenti avrebbero dovuto «proporre un ricorso inteso a far dichiarare la responsabilità extracontrattuale delle Comunità sin dal momento in cui a causa del danno essa era divenuta certa, cioè, nella specie, sin dal momento della costituzione delle garanzie bancarie»<sup>74</sup>.

Parafasando le conclusioni dell'Avvocato Generale, se si ragionasse diversamente, si finirebbe per rimettere al creditore stesso la possibilità di far decorrere o meno il termine di prescrizione: questo non inizierebbe fino al momento in cui non si promuova un'azione di annullamento e si ottenga l'accertamento dell'illiceità del comportamento dell'istituzione. Vale a dire, l'esordio del termine di prescrizione sarebbe rimesso all'arbitrio decisionale di una delle parti.

Una sentenza successiva si allinea alle stesse dichiarazioni di principio, sancendo che un approccio soggettivo comporterebbe la variazione della decorrenza della prescrizione secondo la percezione individuale che ogni parte avrebbe dell'effettività del pregiudizio, in contrasto con il principio di certezza del diritto. Pertanto, il termine di prescrizione per domandare il risarcimento del danno derivante dall'applicazione di un regolamento illegittimo, inizierebbe a decorrere da quando questo ha iniziato a produrre i suoi effetti pregiudizievoli<sup>75</sup>.

### 3.3. (segue) e nella giurisprudenza italiana.

Nella giurisprudenza interna un principio di autonomia dei ricorsi non è affermato con lo stesso rigore espresso da parte dei giudici comunitari.

Piuttosto, si registrano contrasti sul rapporto tra invalidità e connesse azioni di ripetizione.

Secondo l'orientamento maggioritario, «il termine di prescrizione inizia a decorrere non già dalla data del passaggio in giudicato della decisione che

<sup>70</sup> Non convince CGUE, 18 luglio 2002, C-136/01P, *Autosalone Ispra dei Fratelli Rossi Snc c. CECA*.

La pronuncia riguarda il danno subito dal proprietario di un autosalone a seguito della tracimazione di un collettore fognario di proprietà del Centro Comune di Ricerca (CCR) della CEEA, durante un'alluvione nel luglio 1992.

Il ricorrente, allegando di aver avuto una esatta cognizione del danno solamente a seguito di ATP conclusosi il 10 maggio 1995, il 21 maggio 1999 proponeva ricorso dinanzi al Tribunale di I grado al fine di ottenere la condanna della CEEA della somma di L. 1.245.000.000.

Instaurato il giudizio, la Commissione eccepiva l'intervenuta prescrizione essendo trascorsi più di cinque anni dal giorno in cui il danno si è verificato. L'autosalone, diversamente, sosteneva di essere venuto a conoscenza delle cause del danno solo dal giorno in cui l'ATP si è concluso.

Secondo la CGUE, «la conoscenza di tali fatti non rientra nel novero degli elementi che devono sussistere per far decorrere il termine di prescrizione».

L'affermazione sembra in contrasto con quanto affermato nel caso *Adams* e la Corte sente l'esigenza di indicare le ragioni per cui se ne è distaccata: questa «non si pronuncia in merito ai presupposti necessari per il decorso del termine di prescrizione (...). La citata sentenza *Adams/Commissione* riguarda, piuttosto, la scadenza del termine di prescrizione».

L'argomentare della Corte non convince. Infatti, si può facilmente obiettare che una valutazione sulla scadenza del termine di prescrizione, presuppone un esame sulla decorrenza del suddetto termine.

<sup>71</sup> CGUE, 11 gennaio 2007, C-282/05P, *Holcim (Deutschland) AG c. Commissione*.

<sup>72</sup> Si riporta uno stralcio della motivazione: «è, infatti, indifferente ai fini del decorso del termine di prescrizione, che il comportamento illegittimo della comunità sia stato constatato con una decisione giudiziaria».

<sup>73</sup> CGUE, 2 giugno 1976, C56 e 60/74, *Kampffmeyer*, cit.

<sup>74</sup> CGUE, 11 gennaio 2007, C-282/05P, *Holcim (Deutschland) AG c. Commissione*.

<sup>75</sup> CGCE, 17 luglio 2008, C-51/05 P, *Commissione c. Cantina Sociale di Dolianova Soc. coop. arl*



abbia accertato la nullità del titolo giustificativo del pagamento, ma da quella del pagamento stesso»<sup>76</sup>.

Invece, secondo un orientamento minoritario, prima di un accertamento incontrovertibile permane l'esistenza del titolo che aveva dato luogo al versamento della somma, restando esclusa la possibilità di esercizio (c.c. 2935). Solamente dal giorno del passaggio in giudicato inizierà a decorrere il termine di prescrizione per il *solvens* che voglia ottenere la restituzione di quanto corrisposto<sup>77</sup>.

Quest'ultima tesi, tuttavia, non convince per due ordini di motivi.

Sostenendo che prima della dichiarazione di nullità permane l'esistenza del titolo, così escludendo la natura indebita del pagamento, si omette di considerare la natura dichiarativa della sentenza e non sono tenuti in debito conto gli effetti retroattivi della pronuncia.

In secondo luogo, produce la stortura di rendere sostanzialmente imprescrittibile il diritto alla ripetizione, a detrimento delle ragioni di effettività protettive dell'interesse del debitore.

Diversamente, il principio di autonomia dei ricorsi produce un risultato per certi tratti simile a quello del doppio termine di prescrizione. Tuttavia, non riesce a rispondere a quelle obiezioni della dottrina che si interroga sul «perché (...) debba essere trattato diversamente il preteso debitore che non ha pagato (il quale si avvantaggia, appunto, dell'imprescrittibilità) e il preteso debitore che invece, avendo pagato, è circoscritto al decennio»<sup>78</sup>.

Una punto di equilibrio sembra essere stato suggerito dalla Cassazione in una sentenza del 2011 resa sul rapporto tra azione revocatoria e domanda di risarcimento del danno<sup>79</sup>. Secondo i giudici, «affin-

<sup>76</sup> In questo senso, Cass., 15 luglio 2011, n. 15669, in *DeJure*; Cass, sez. un., 2 dicembre 2010, n. 24418, in *DeJure*; Cass., 13 aprile 2005, n. 7651, in *DeJure*; Cass., 9 luglio 1987, n. 5978, in *DeJure*.

<sup>77</sup> «Qualora l'accertamento della nullità del titolo, che aveva giustificato il versamento di una determinata somma, costituisce l'effetto di una sentenza, soltanto dal giorno del relativo passaggio in giudicato inizierà a decorrere il termine di prescrizione per il *solvens* che voglia ottenere la restituzione di quanto corrisposto: infatti prima di allora permane l'esistenza del titolo, che aveva dato luogo al versamento della somma, e resta, perciò, esclusa la stessa possibilità giuridica dell'esercizio del diritto ai sensi dell'art. 2935 c.c.», Cass., 19 maggio 2004, n. 9470, in *DeJure*; in senso conforme v. anche Cass., 12 settembre 2000, n. 12038.

<sup>78</sup> A.A. DOLMETTA, *Versamenti in conto corrente e prescrizione dell'indebito*, in *Contratti*, 2011, p. 489

<sup>79</sup> Cass., 18 gennaio 2011, n. 1084, in *Foro it.*, 2011, I, c. 2424, con nota di richiami di A.L. OLIVA ed in *Corr. giur.*, 2011, p. 488, con nota di A. DI MAJO, *La prescrizione: un istituto mal tollerato dai Giudici*, consultabile anche sulla banca dati *Leggi d'Italia*. Il caso era il seguente: a seguito di un grave sinistro stradale, ove la compagnia di assicurazione aveva già provveduto alla liquidazione dell'intero massimale, il responsabile

ché si dispieghi l'effetto interruttivo/sospensivo della prescrizione del diritto al risarcimento del danno, è sufficiente l'instaurazione di un diverso giudizio, purché *inscindibilmente connesso* a quello volto alla tutela di tale diritto»<sup>80</sup>.

L'espressione è usata in senso atecnico<sup>81</sup>. Sembra suggerire una interpretazione estensiva del termine *domanda* di cui al secondo comma dell'art. 2943 c.c., legandola non tanto alla fattispecie quanto, piuttosto, all'interesse che si intende perseguire con l'azione. In tal modo, efficacia interruttiva e sospensiva può anche essere prodotta tramite l'attivazione di più giudizi, purché inscindibilmente connessi tra loro.

In mancanza di un doppio termine, questa soluzione sembra la più ragionevole nel perseguire il tentativo di compensare i contrapposti interessi delle parti.

D'altra parte, la sua applicazione rimane circoscritta a determinate ipotesi di concorso di rimedi aventi effetti differenti. In via generale, invece, la giurisprudenza interna non ha ancora prodotto soluzioni efficienti che compensino il sacrificio subito dal debitore determinato dalla postergazione del *dies a quo* a favore del creditore.

#### 4. Sospensione ed interruzione del termine di prescrizione.

Una volta che il termine ha fatto il suo esordio, vi sono determinate circostanze che possono impedire un effettivo esercizio del diritto nel tempo e, pertanto, devono essere adeguatamente prese in considerazione.

Da segnalare in tal senso è il caso *Zolotas v. Grecia* che affronta una questione sulla quale non si riscontrano precedenti<sup>82</sup>. Ad essere incriminata è una legge greca che destina allo Stato le somme presenti in contratti di deposito bancario dormienti da più di vent'anni<sup>83</sup>. Questa misura draconiana, combinata con una prassi giurisprudenziale per cui l'accredito di interessi non costituisce attività idonea ad interrompere la prescrizione, produce l'effetto di porre i titolari del conto, in particolare

civile, onde evitare di rispondere personalmente dei danni cagionati, aliena la casa di sua proprietà. Il danneggiato, pertanto, agisce in revocatoria e propone separata domanda di risarcimento del danno.

<sup>80</sup> Cass., 18 gennaio 2011, n. 1084, cit.

<sup>81</sup> Il riferimento non è quindi alla nozione di cause scindibili ed inscindibili di cui all'art. 331 e 332 c.p.c. che presuppongono processi con pluralità di parti.

<sup>82</sup> CEDU, 29 gennaio 2013, n. 66610/09, *Zolotas v. Grecia*.

<sup>83</sup> La legge di riferimento è il D.L. 1195/1942 ai sensi del quale i depositi in contanti e gli interessi nelle banche nazionali sono definitivamente devoluti allo Stato quando non sono stati richiesti dai loro titolari, per i depositi, per una durata di vent'anni, e per gli interessi, per una durata di cinque anni.



quando si tratti di cittadini poco esperti di diritto bancario, in una posizione di svantaggio nei confronti della banca o dello Stato.

La Corte non mette in dubbio l'opportunità della legge<sup>84</sup> ma sostiene che nella sua interpretazione bisogna cercare un bilanciamento tra le esigenze legate all'interesse generale della società e gli imperativi dettati dalla protezione dei diritti fondamentali dell'uomo<sup>85</sup>.

Anche in questo caso l'interpretazione adeguatrice proposta dalla Corte avviene in nome del principio di effettività, introducendo un obbligo di informare, gravante sulle banche, affinché il correntista possa tenere una condotta ininterrotta del termine.

L'obbligo è creato muovendo, da un lato, dalla clausola di buona fede; dall'altro, argomentando intorno alla fiducia, sottesa a qualsiasi rapporto istituto di credito-cliente e che informa l'intero diritto bancario<sup>86</sup>. Più concretamente, si afferma che i correntisti ripongono un legittimo affidamento sulla sicurezza e stabilità del contratto stipulato<sup>87</sup>, soprattutto quando l'accredito degli interessi avvenga con costante regolarità.

In nome dell'affidamento, pertanto, è dovere della banca informare di qualunque situazione che potrebbe mettere a rischio l'accordo, affinché il correntista possa prendere gli opportuni provvedimenti per allinearsi alla legge e soddisfare i propri interessi patrimoniali.

Solo introducendo questo obbligo, prosegue la Corte, è garantito quell'equilibrio tra le istanze provenienti dalla comunità e le esigenze di protezione dei diritti fondamentali di ciascuno.

La pronuncia si segnala per la creazione di un obbligo di informazione che permette al suo destinatario di esperire rimedi opportuni al fine di evitare l'estinzione di una determinata posizione giuridica.

Gli strumenti usati dalla CEDU sono disponibili anche in Italia e la generalizzazione di un obbligo simile in situazioni di squilibrio informativo metterebbe, almeno parzialmente, il debitore al riparo da pretese potenzialmente illimitate nel tempo.

Se il passaggio da un piano ontologico ad un piano gnoseologico comporta attribuire un valore preponderante alle informazioni disponibili da parte del

danneggiato, è proprio da queste che bisogna muovere e, più in particolare, dal dovere di informare del debitore.

Trattasi di un obbligo che si affianca alla prestazione principale e che, se non espressamente previsto dalla legge, può essere ricostruito muovendo dalla clausola generale di buona fede, adottando lo stesso procedimento ermeneutico seguito dalla Corte EDU.

Con una importante precisazione. L'introduzione di un obbligo di questo tenore ha senso nella misura in cui creditore e debitore si trovino in una situazione di squilibrio: la disponibilità dell'informazione è in mano al debitore e il creditore interessato a questa si trova in una posizione deteriore ed asimmetrica. Come è avvenuto nella sentenza CEDU che si inserisce nel rapporto banca-cliente.

Da qui, i corollari. Il corretto e compiuto adempimento in termini chiari per la controparte, non solo nella fase delle trattative ma anche durante l'esecuzione del contratto, metterebbe a disposizione del creditore tutte le informazioni per esercitare la pretesa nei tempi indicati dalla legge.

Dall'altro lato, il debitore disporrebbe di una difesa che gli eviterebbe di dover rispondere a richieste risarcitorie riferibili a fatti risalenti troppo indietro nel tempo a causa di un omesso o negligente adempimento di un proprio dovere.

Si badi, l'introduzione di questo obbligo non produce effetti interruttivi e sospensivi ma, piuttosto, dovrebbe sollecitare l'interessato a porre in essere condotte con efficacia ininterrotta. Ne deriverebbe che, nel caso di rigetto della domanda per intervenuta prescrizione, la violazione dell'obbligo informativo aprirebbe la strada alla nascita di un nuovo rimedio risarcitorio.

## 5. Conclusioni, dai principi alle singole regole.

Al termine di questo ipotetico dialogo tra Corti supreme si può notare un'influenza reciproca: sono stati isolati nuovi principi che governano la prescrizione, successivamente declinati in specifiche regole comuni.

### a) I principi.

L'istituto della prescrizione non sottende come unico interesse quello della certezza del diritto, nei termini di astratta istanza pubblicistica.

A ben vedere, la certezza del diritto sembra essere posta a protezione di un interesse dei privati e deve essere bilanciata con il principio di effettività, che vieta una disciplina che renda l'esercizio del diritto nel tempo, o la difesa avverso l'esercizio del diritto, praticamente impossibile o eccessivamente difficile.

<sup>84</sup> In tal senso, condivide la sentenza dei giudici greci che individuano la *ratio* della norma nel perseguimento di un interesse pubblico: liquidare, per ragioni di economia sociale, rapporti giuridici creati in un passato così lontano da risultare incerta la loro esistenza.

<sup>85</sup> CEDU, 29 gennaio 2013, n. 66610/09, *Zolotas v. Grecia*, §47.

<sup>86</sup> Riportando le parole dei Giudici §52, «Such a relationship of trust is inherent in banking transactions and banking law».

<sup>87</sup> Letteralmente §52, «account holders are therefore entitled to believe, in good faith, that their deposit are safe»



Emerge così un dato significativo. Alla base dell'istituto c'è una molteplicità di interessi riferibili a più persone. Pur non abbandonando la 'certezza', questa assume connotati differenti a seconda del titolare: se è il creditore si fonda sulla conoscenza; se è il debitore, coincide con l'esigenza di limitare, con sicurezza e nel tempo, l'esposizione del suo patrimonio alle pretese della controparte.

Il mancato allineamento a queste caratteristiche rischia di pregiudicare l'effettività del rimedio, non garantendo agli interessati la possibilità di adire un giudice che tuteli i loro diritti.

#### b) *Le regole*

L'attività delle Corti non si è fermata solo all'enucleazione di principi ma ha anche isolato specifiche regole che il legislatore italiano, qualora decidesse di mettere mano ad una disciplina risalente ancora al 1942, non può ignorare.

*La durata.* I vecchi termini lunghi sono sostituiti da periodi più brevi, tali comunque da non rendere l'esercizio del diritto praticamente impossibile o eccessivamente oneroso. L'idea è legare la durata non ad una specifica fattispecie ma all'interesse, in modo da rispettare non solo il principio di effettività ma anche quello di equivalenza.

*La decorrenza.* Nel dettare la disciplina sulla decorrenza debbono essere considerate due istanze, quella del creditore e quella del debitore.

Con riferimento al creditore, deve essere data rilevanza alla conoscenza. Con riferimento al settore del danno risarcibile la questione è delicatissima, soprattutto nei casi di danno lungolatente. Nel legame tra prescrizione e danno, l'oggetto della conoscenza è il nesso di causalità che scorre da quando è stata posta in essere la condotta illecita fino al momento in cui si sono prodotte le prime conseguenze dannose. Vale a dire, la riferibilità della conseguenze illecite alla condotta, attiva o omissiva, di un determinato soggetto.

Per quanto riguarda i criteri, alla conoscenza è equiparata la conoscibilità, la quale si fonda su due parametri. Il primo ha natura oggettiva e coincide con la migliore scienza ed esperienza del momento storico<sup>88</sup>. Il secondo ha natura soggettiva e si fonda sull'obbligo di informarsi da parte del danneggiato, il cui adempimento diligente deve essere valutato alla stregua dell'*homo eiusdem professionis et conditionis*<sup>89</sup>.

Evidentemente, l'accertamento di tali criteri richiederebbe un significativo appesantimento processuale, con tutte le conseguenze pregiudizievoli

che ne potrebbero derivare a carico sia dell'intero sistema sia delle parti stesse.

Per scongiurare il rischio la giurisprudenza potrà integrare il dato normativo e, in determinati contenziosi dove la litigiosità è più frequente, introdurre presunzioni relative di conoscenza che operano a vantaggio tanto del creditore quanto del debitore (c.c. 2729)<sup>90</sup>.

Con riferimento al debitore, onde evitare che si trovi a dover rispondere a pretese potenzialmente illimitate nel tempo, necessaria sarebbe la previsione di un secondo termine, più lungo rispetto al primo ma ancorato a circostanze oggettive e che non possa essere interrotto o sospeso.

Nelle situazioni di asimmetria, rileva un obbligo di informazione gravante sul debitore affinché il creditore sia reso edotto di un ipotetico pregiudizio che rischierebbe di subire a seguito di una condotta negligente del debitore e possa prendere opportuni provvedimenti.

*Concorso di azioni.* A garanzia sia del creditore sia del debitore dovrebbe essere introdotto un principio di autonomia dei ricorsi tale per cui l'esordio del termine di prescrizione non sia legato ad un atto volitivo del creditore ma, al contempo, la presentazione di una domanda possa interrompere e sospendere l'esercizio di altri rimedi funzionali al raggiungimento dello specifico interesse azionato.

*Autonomia privata.* Poiché la prescrizione è un istituto finalizzato a realizzare interessi specifici delle parti, dovrebbe essere dato ingresso all'autonomia privata, purché questa non violi il principio di effettività.

Trattasi di regole ricavate da un esame congiunto degli approdi cui è giunta la giurisprudenza CEDU, comunitaria e nazionale, tutte espressione del più generale principio di effettività, che oggi concorre, insieme alla certezza, ad informare l'istituto della prescrizione.

<sup>90</sup> Ad esempio, cfr. Cass., 11 dicembre 2011, n. 26188, in *Foro it.*, 2012, I, c. 799, con nota di A. PALMIERI, *Illecito antitrust e decorrenza della prescrizione: una soluzione equilibrata (e i possibili adattamenti)*. Sulle questioni affrontate dalla pronuncia cfr. anche G.A. BENACCHIO, *Alcune questioni in tema di risarcimento del danno antitrust nella giurisprudenza nazionale e comunitaria*, in *Studi in onore di Aldo Frignani*, Napoli, 2011, p. 566; B. NASCIBENE – F. ROSSI DAL POZZO, *L'azione di risarcimento antitrust e la prescrizione nel diritto comunitario e nel diritto nazionale*, in *Dir. comm. Internaz.*, 2008, p. 513; M.R. MAUGERI, *Violazione della disciplina antitrust e tutela dei privati: competenza, prescrizione, duplicazione dei danni e deterrenza*, in *Nuova giur. civ.*, 2008, I, p. 175

<sup>88</sup> Cfr. Cass., 11 gennaio 2008, n. 581, cit.

<sup>89</sup> In tal senso cfr. Cass., 9 ottobre 2012, n. 17143 e Cass., 25 settembre 2012, n. 16254, entrambe in *DeJure*



## SUCCESSIONE LEGITTIMA E NECESSARIA ALLA LUCE DELLA RIFORMA DELLA FILIAZIONE

Di Serena Meucci

| 153

**SOMMARIO: 1.- La riforma della filiazione. Dalla parificazione al principio di unicità di status. 2. - Parentela naturale e chiamati all'eredità nella successione ab intestato. 3. - Parentela naturale e successione c.d. necessaria. L'abrogazione della commutazione. 4. - Il regime transitorio.**

### 1. La riforma della filiazione. Dalla parificazione al principio di unicità di status.

L'ambito successorio rappresenta da sempre un terreno che ha consentito alla giurisprudenza di tracciare importanti svolte nel processo di parificazione tra filiazione legittima e naturale e, più in generale, di attuazione dei principi costituzionali<sup>1</sup>.

Il carattere fecondo della prospettiva successoria si desume dal tratto tradizionalmente "tormentato" che accompagna i progetti di riforma, soprattutto in punto di rivisitazione della successione necessaria. Non sorprende allora come anche per un intervento di impatto e respiro generali quale quello sulla filiazione, il profilo successorio fornisce un contributo significativo e al contempo problematico.

La riforma della filiazione del 2012<sup>2</sup>, pur con alcuni punti oscuri, si spinge oltre quanto fatto dal Legislatore del 1975 introducendo nell'ambito che

qui direttamente ci occupa, importanti innovazioni. Con l'obiettivo di delineare una sostanziale parificazione tra figli (legittimi e naturali) sul piano del trattamento successorio, la Legge 151/1975 si fermava alla tutela del figlio stesso nei confronti del proprio genitore. Così facendo si è determinato un rapporto omogeneo in quanto attributivo ai figli degli stessi diritti successori; al contempo quello stesso rapporto risultava essere "unidirezionale" e, per questo, limitato giacché espresso nella sola linea retta discendente. Non sorgevano diritti successori nel senso inverso: dal genitore (naturale) nei confronti del figlio deceduto (salvo quanto disposto dall'art. 578 c.c. per il caso di mancanza di prole o di coniuge), né diritti successori pieni tra fratelli naturali né tantomeno tra parenti naturali.

La discontinuità apprestata dalla riforma del 2012 è netta.

Il quadro normativo – completato dal Decreto 154/2013 - appresta un sensibile mutamento dell'assetto successorio con ricadute anche sulla disciplina delle donazioni. Disposizione centrale e al contempo principio ispiratore è quella contenuta all'art. 315 del codice, con il quale viene codificato il principio di unicità di stato ("tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico")<sup>3</sup>. A tale norma si affiancano,

<sup>1</sup> S. PAGLIANTINI, *Principi costituzionali e sistema della filiazione*, in M. Sesta e V. Cuffaro (a cura di), *Persona, famiglia e successioni nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli 2006, p. 507 ss.

<sup>2</sup> Si tratta della legge delega 10 dicembre 2012, n. 219, "Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali" e del d. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154 — in vigore dal 7 febbraio 2014 — "Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della l. 10 dicembre 2012, n. 219".

<sup>3</sup> Proprio alla luce di questo "principio", parte della dottrina ritiene di poter ricostruire una diversa rilevanza della famiglia



ai fini che qui interessano, il novellato articolo 74 c.c. che ridefinisce i contorni della nozione di parentela intesa come rapporto tra soggetti discendenti da uno stesso stipite senza che a tal fine rilevi la circostanza di un precedente matrimonio<sup>4</sup>, e l'articolo 258 c.c. Tale disposizione estende gli effetti del riconoscimento del figlio ai parenti del genitore autore del riconoscimento ("il riconoscimento produce effetti riguardo al genitore da cui fu fatto e riguardo ai parenti di esso") laddove la precedente formulazione ne circoscriveva in modo rigoroso gli effetti al solo genitore, con ciò codificando il principio di relatività del riconoscimento limitato dunque ai casi tassativamente previsti dalla legge.

Il rapporto successorio, e lo vedremo, si instaura non solo con il genitore che ha riconosciuto il figlio (e con gli immediati ascendenti), ma con l'intera rete parentale, in linea retta e collaterale.

In questo contesto, un primo dato di ordine generale può essere rilevato: il principio di unicità di stato supera in chiave successoria quello, assai più circoscritto sia a livello quantitativo che qualitativo, della *parificazione*. Espressione di tale diversa impostazione si ravvisa a mio avviso nelle argomentazioni già accolte dalla Consulta<sup>5</sup> nel rigettare la questione di legittimità dell'art. 565 c.c., in riferimento agli articoli 3, 29, primo comma e 30 terzo comma Cost. Osserva la Corte come il legislatore costituente abbia previsto la filiazione naturale stabilendone l'equiparazione a quella legittima (con la clausola di compatibilità): *equiparazione* da intendersi circoscritta al rapporto tra il genitore che ha provveduto

"legale". Al riguardo, M. Sesta, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2014, 1.

In tema A. RENDA, *Equiparazione o unificazione degli status filiationis? Proposte per una riforma del sistema di accertamento della filiazione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2008, p. 103 ss.

Per una ricostruzione dei modelli europei di disciplina successoria dei figli nati nel matrimonio e fuori del matrimonio, A. FUSARO, *Diritti successori dei figli: modelli europei e proposte di riforma a confronto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, 747 ss.

<sup>4</sup> L'attuale previsione dell'art. 74 c.c. modificato dall'art. 1, L. 10 dicembre 2012, n. 219 stabilisce che "la parentela è il vincolo tra le persone che discendono da uno stesso stipite, sia nel caso in cui la filiazione è avvenuta all'interno del matrimonio, sia nel caso in cui è avvenuta al di fuori di esso, sia nel caso in cui il figlio è adottivo. Il vincolo di parentela non sorge nei casi di adozione di persone maggiori di età, di cui agli articoli 291 e seguenti.". La precedente formulazione recitava: "La parentela è il vincolo tra le persone che discendono da uno stesso stipite."

<sup>5</sup> Corte Cost. 15-23 novembre 2000, n. 532 (Gazz. Uff. 29 novembre 2000, n. 49 - Prima serie speciale). In questo senso si era espressa anche l'ordinanza n. 363 del 1988 con la quale la Corte aveva osservato l'insussistenza nell'ordinamento di "una norma che all'accertamento formale della filiazione naturale colleghi l'effetto di far entrare il figlio nella famiglia di origine del genitore, in guisa da attribuirgli uno status familiare rapportato non solo a un padre o a una madre, ma anche a nonni, zii, e cugini".

al riconoscimento del figlio naturale (o nei cui confronti la paternità o maternità sia stata giudizialmente accertata) ed il figlio stesso. In assenza di una previsione normativa, i rapporti tra prole naturale ed i parenti del genitore restano quindi estranei all'ambito di operatività del parametro costituzionale della equiparazione.

Per effetto del principio di unicità di status, invece, non si tratta di estendere alla parentela naturale profili di rilevanza successoria propri di quella legittima attraverso un'analisi che, seppur con le aperture autorevoli e innovatrici apportate dalla giurisprudenza costituzionale<sup>6</sup>, trova necessariamente limiti all'iter argomentativo. E tale diversa prospettiva assume valenza generale con importanti conseguenze, sia in punto di applicazione che di interpretazione.

La rigidità propria della chiamata successoria in senso unidirezionale viene spezzata, esplicandosi ora nei riguardi della prole naturale in tutte le direzioni e non solo nella linea retta discendente<sup>7</sup>. Il principio di unicità di stato così ricostruito travolge e supera - nel contesto successorio - quello della parificazione.

Queste considerazioni di fondo forniscono il percorso lungo il quale dipanare l'analisi, articolata sistematizzando in chiave critica i profili di incidenza successoria della riforma. Più precisamente l'indagine si snoda con riguardo agli istituti riconducibili alla successione legittima (con particolare riguardo alla estensione della vocazione successoria) e alla successione necessaria (in primis, l'abrogazione dell'istituto della commutazione), fino al novellato art. 448 bis c.c. in tema di diseredazione.

Partiamo dalle novità in punto di successione ab intestato, l'aspetto più rilevante non solo sul piano teorico ma anche concreto.

## 2. Parentela naturale e chiamati all'eredità nella successione ab intestato.

Quanto osservato al precedente paragrafo trova una prima, significativa conseguenza in punto di successione legittima, con riguardo ai successibili

<sup>6</sup> L'aspetto più rilevante riguarda la vicenda dei fratelli naturali. Si veda al riguardo il successivo paragrafo.

<sup>7</sup> Una precisazione linguistica si impone: la legge n. 219/2012 stabilisce all'art. 1, comma 11 che le parole "figli legittimi" e "figli naturali", ovunque ricorrono, debbano essere sostituite dalla parola "figli", delegando al Governo il compito di adeguare la disciplina delle successioni e donazioni al principio di unicità dello stato di figlio (art. 2, lett. l); allo stesso tempo, all'art. 2 lettera a) si dispone di mantenere le denominazioni di "figli nati nel matrimonio" e "figli nati fuori del matrimonio", allorché si tratti di disposizioni agli stessi specificamente relative.

ex lege ai sensi dell'art 565 c.c.<sup>8</sup>. L'effetto è quello di una ridefinizione di tale categoria di soggetti conseguente al nuovo assetto del rapporto di parentela tracciato dall'art. 74 c.c. e non piuttosto ad un'espressa e puntuale estensione normativa a certi parenti naturali di effetti giuridici che altrimenti si produrrebbero solo nei confronti di quelli legittimi.

Le esigenze a fondamento dell'estensione della rilevanza successoria alla parentela naturale sono da tempo note ed espresse nel corpo sociale e recentemente accolte anche dalla giurisprudenza di legittimità. Degna di nota al riguardo è una pronuncia del 2007<sup>9</sup> con la quale la Cassazione preso atto dell'orientamento del Giudice delle leggi che già aveva ritenuto non fondata la questione di legittimità costituzionale dell' art. 565 c.c.<sup>10</sup>, ha lamentato

<sup>8</sup> L'attuale formulazione della norma, rubricata "Categorie dei successibili" così recita: "Nella successione legittima l'eredità si devolve al coniuge, ai discendenti, agli ascendenti, ai collaterali, agli altri parenti e allo Stato, nell'ordine e secondo le regole stabilite nel presente titolo". Il testo in vigore prima della novellazione ad opera dall'art. 75, comma 1, D.Lgs. 28 dicembre 2013, n. 154 era il seguente: "Nella successione legittima l'eredità si devolve al coniuge, ai discendenti legittimi e naturali, agli ascendenti legittimi, ai collaterali, agli altri parenti e allo Stato, nell'ordine e secondo le regole stabilite nel presente titolo".

<sup>9</sup> Si tratta della pronuncia n. 19011 del 10 settembre 2007, n. 19011 (in *Mass. Giur. It.*, 2007; *CED Cassazione*, 2007) resa a conclusione di un procedimento che ha visto l'intervento della Consulta (pronuncia 532/2000) la quale aveva rigettato l'appello dando atto della insussistenza, nel nostro ordinamento di un'organica normativa imperniata su un unitario "status filiationis", riferibile a tutte le persone che, ex art. 74 cod. civ., discendono dallo stesso stipite. La Cassazione, richiamando la menzionata pronuncia della Consulta che aveva ritenuto infondata la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 565 c.c., esclude che possa essere rimessa alla Corte, nello stesso processo, una identica questione di legittimità.

Il rigetto dei motivi di ricorso non ha impedito alla Cassazione di ritenere "condivisibili sul piano della coerenza a principi ed orientamenti sempre più diffusi" gli argomenti volti a "sollecitare la realizzazione, con adeguata normativa, della completa parificazione di tutti i parenti naturali a quelli legittimi, con tutte le conseguenze che ne derivano". Si auspica così un intervento normativo organico che "partendo dall'affermazione e riconoscimento di un unico *status filiationis*, per cui tutti i figli avranno lo stesso stato giuridico, dovrà coerentemente pervenire ad una nuova definizione dell'istituto della parentela, riferibile a tutte le persone che discendono da uno stesso stipite, con conseguente inclusione, per quanto attiene alla materia successoria, nella categoria dei successibili ex art. 565 c.c., dei predetti soggetti, senza distinzione tra eredi legittimi ed eredi naturali", in coerenza con la tendenza recepita da altri sistemi europei e da accordi internazionali, quali la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo (1989), la Convenzione europea sulla salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, la Convenzione di Strasburgo (1996) e da regolamenti comunitari.

<sup>10</sup> La Corte Costituzionale è stata chiamata più volte a pronunciarsi sulla rilevanza successoria della parentela naturale e, quindi, sulla legittimità costituzionale dell'art. 565 c.c. In questo contesto possiamo distinguere due ordini di pronunce: quelle relative all'estensione della chiamata ai fratelli naturali come categoria "ultima", prima dello Stato, per la cui analisi si rinvia

l'assenza di una disciplina che consentisse il prodursi dell'effetto successorio tra parenti naturali, prendendo le mosse proprio dal riconoscimento di un unico stato di filiazione.

Per effetto della riforma, tra i chiamati all'eredità in caso di apertura della successione legittima (in concorrenza o meno con quella testamentaria), a seguito dell'abrogazione del riferimento ai soli ascendenti legittimi, sono ora ricompresi gli ascendenti naturali. Si completa così la rilevanza successoria della linea retta "naturale", percorsa non solo in direzione discendente, come consentito per effetto della legge 151/1975, ma anche in quella ascendente.

L'apertura si produce altresì nella linea collaterale, determinandosi un rapporto di parentela a pieno titolo con i fratelli naturali la cui comune paternità sia stata riconosciuta o accertata giudizialmente. Ancora. Successibili ex lege diventano i parenti naturali fino al sesto grado. All'estensione della chiamata successoria nei termini indicati consegue l'applicazione della più ampia disciplina in ordine alla accettazione di eredità, alla problematica della tutela dell'avente causa dall'erede apparente (ex art. 534 c.c.) fino alla comunione ereditaria della quale faranno parte i parenti naturali, con le relative conseguenze, si pensi alla prelazione ereditaria e al reatratto successorio di cui all'art. 732 c.c.

La ridefinizione dei successibili ex lege conseguente al nuovo assetto di parentela richiede una riflessione più attenta quanto al rapporto tra fratelli naturali.

alla successiva nota; e dall'altro quelle rese in risposta a dubbi di costituzionalità finalizzati a estendere la rilevanza successoria alla parentela naturale in genere. A questo riguardo, con sentenza 15-23 novembre 2000, n. 532 (*Gazz. Uff.*, 29 novembre 2000, n. 49 - Prima serie speciale), la Corte ha dichiarato non fondata la questione di legittimità dell'articolo 565 c.c., in riferimento agli articoli 3, 29, primo comma e 30 terzo comma Cost. nella parte in cui la norma, in mancanza di altri successibili chiamati all'eredità, non prevede la successione legittima dei parenti naturali di grado corrispondente al quarto. L'individuazione degli aventi diritto alla successione in assenza di testamento, si osserva, è espressione di scelte di politica legislativa rimesse alla discrezionalità non sindacabile dalla Corte, se non per violazioni del dettato costituzionale, escluse nella fattispecie. Sicché una sentenza (additiva) che individui ulteriori categorie di eredi legittimi comporterebbe un'incidenza sull'ordine successorio tale da modificare le scelte compiute dal legislatore. La Corte, come già precisato rigetta anche la censura riguardante l'art. 30 Cost. giacché da tale norma, si osserva, non discende in maniera "costituzionalmente necessitata" la parificazione di tutti i parenti naturali ai parenti legittimi.

In tema si veda anche la pronuncia della Consulta n. 377 del 7 novembre 1994 (in *Gazz. Uff.*, 16 novembre 1994, n. 47 - Prima serie speciale) la quale ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale degli artt. 565, 572 e 468 cod. civ. sollevata dalla Corte di Appello di Genova in riferimento agli artt. 3 e 30, terzo comma della Costituzione.



Una delle principali censure mosse dalla dottrina al legislatore della riforma del '75 era proprio quella di non aver preso posizione sul problema dell'inserimento dei fratelli e delle sorelle naturali nei gradi di parentela, omissione che ha indotto la giurisprudenza a richiedere l'intervento della Consulta. La Corte è intervenuta con una fondamentale pronuncia additiva di accoglimento, la cui paternità è da ricondurre all'opera di Luigi Mengoni<sup>11</sup>. L'art. 565 c.c. – come riformato dalla legge 151/1975 – viene dichiarato costituzionalmente illegittimo nella parte in cui, in mancanza di altri successibili all'infuori dello Stato, non prevede la successione tra fratelli e sorelle naturali dei quali sia accertato lo status di filiazione nei confronti del comune genitore. Le argomentazioni accolte poggiano su una lettura coordinata degli articoli art. 30 e 3 cost.: le disparità di trattamento delle due specie di filiazioni, si osserva, non possono essere conservate più di quanto richiedano un ragionevole bilanciamento ed il contemperamento degli interessi in gioco. Non potendo la Corte giustificare la chiamata successoria dei fratelli naturali sulla scorta del rapporto di parentela in ossequio al quadro normativo allora vigente, si fa ricorso - e qui si coglie la sensibilità e la capacità innovatrice della Consulta - al vincolo di consanguineità che lega i soggetti<sup>12</sup>. In questo contesto, due sono i piani sui quali opera l'art. 30 terzo comma Cost. ("La legge assicura ai figli nati fuori del matrimonio ogni tutela giuridica e sociale, compatibile con i diritti della famiglia legittima") e che ne riempiono in contenuto: il primo si esprime

<sup>11</sup> Si tratta della sentenza n.184 del 12 aprile 1990, in *Giust. Civ.*, 1990 I, 2240, con nota di E. PEREGO, *La successione tra fratelli naturali dopo la sentenza della Corte costituzionale n.184 del 1990* (ivi 1991, I, 1133); in *Nuove Leggi civ. comm.*, 1990, p.1452 con nota di M. COSTANZA, *Fratelli naturali: successione solo senza il concorso con parenti legittimi*; in *Rass. Dir. civ.*, 1991, p. 4222 con nota di F. PROSPERI, *L'incerto incidere della Corte Costituzionale nei confronti della parentela naturale*.

<sup>12</sup> La Corte, con la menzionata pronuncia 184/1990, ha introdotto una nuova categoria di successibili (i fratelli e le sorelle naturali) senza alterare l'ordine successorio della parentela del defunto giacché tali soggetti sono chiamati all'eredità in mancanza di altri successibili, con precedenza soltanto sullo Stato. E non poteva essere diversamente.

Giova ricordare che la successione dello Stato esercita nel quadro della successione legittima una funzione suppletiva, una norma di chiusura del sistema. In tema, per tutti, L. Mengoni, *Successione legittima*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da Ciu-Messineo, Milano, 2000.

Diversa è la questione che ha determinato la pronuncia n. 377 del 7 novembre 1994 (in *Giust. Civ.*, 1994, I, 84, con nota di NUNZIATA, *Sulla collocazione dei fratelli naturali nell'ordine successorio legittimo: discutibile pronuncia obiter dicta della Corte Costituzionale*) relativa alla legittimità dell'inserimento dei fratelli e delle sorelle naturali non come "ultimi" chiamati prima dello Stato bensì come "terzi" negli ordini parentali tra ascendenti e fratelli e sorelle legittimi.

in una regola di equiparazione dello status di figlio naturale (riconosciuto o dichiarato) allo status di figlio legittimo; in questo senso, la disposizione riguarda i rapporti tra genitori e figli e non i rapporti dei figli tra di loro. Il secondo concerne i rapporti della prole naturale con i parenti del genitore, in particolare con gli altri figli: tale piano interpretativo giustifica un *favor* nei confronti dei figli naturali che orienta la lettura del limite di efficacia del riconoscimento di cui al primo comma dell'art. 258 c.c. Il fatto naturale della consanguineità viene a esprimere una direttiva di miglioramento della condizione di diritto familiare della prole naturale anche nei rapporti con i parenti del genitore (e quindi anche nei rapporti dei figli naturali riconosciuti tra loro), espressa nel secondo dei due livelli di interpretazione ammessi dall'art. 30, terzo comma, Cost.

Nell'ambito dei successibili e, precisamente, dell'ampliamento di tale categoria occorre riservare alcune considerazioni alla *successione dei figli incestuosi*. Anche in questo contesto, l'originario divieto di riconoscimento ha subito un notevole ridimensionamento grazie all'opera della Corte Costituzionale. Di particolare rilievo è la pronuncia 494 del 2002 con la quale la Consulta dichiarava illegittima la disposizione che non consentiva la dichiarazione giudiziale della paternità riguardo ai figli incestuosi<sup>13</sup>.

In tale percorso si innesta, quale ultima tappa, la riforma della filiazione in coerenza al dettato costituzionale: l'art. 30, comma 3° Cost., come da più parti osservato, richiede al legislatore di assicurare ai figli nati fuori del matrimonio tutela giuridica ma non legittima la creazione di una sottocategoria di figli irriconoscibili all'interno di quella dei figli nati fuori del matrimonio. Una delle novità che più significativamente caratterizzano, nei principi, la riforma riguarda infatti il riconoscimento dei figli nati da incesto ex art. 251 c.c.<sup>14</sup>. Venuto meno il requisiti-

<sup>13</sup> Corte Costituzionale 28 novembre 2002, n. 494, in *Fam. e dir.*, 2004, 96 con nota di M. DOGLIOTTI, *La Corte costituzionale interviene a metà sulla filiazione incestuosa, la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 278, comma 1°, c.c.*, nella parte in cui esclude la dichiarazione giudiziale della paternità e della maternità naturali e le relative indagini, nei casi in cui, a norma dell'art. 251, comma 1°, del codice civile, il riconoscimento dei figli incestuosi è vietato. Per ulteriori riflessioni al riguardo v. S. PAGLIANTINI, *Principi costituzionali e sistema della filiazione*, cit., p. 570. V. altresì C.M. BIANCA, *La Corte costituzionale ha rimosso il divieto di indagini sulla paternità e maternità di cui all'art. 278, comma 1, c.c. (ma i figli irriconoscibili rimangono)*, in *G. cost.*, 2002, p. 4068 ss.; C. CICERO, *Il problema della filiazione incestuosa: osservazioni a margine di C.Cost. 494/02*, in *Riv. giur. sarda*, 2003; G. FERRANDO, *La condizione dei figli incestuosi: la Corte costituzionale compie il primo passo*, in *Famiglia*, 2003, p. 848 ss.

<sup>14</sup> Ai sensi del novellato art. 251 "Il figlio nato da persone, tra le quali esiste un vincolo di parentela in linea retta all'infinito o in linea collaterale nel secondo grado, ovvero un vincolo di af-





to della buona fede dei genitori e quello della dichiarazione di nullità del matrimonio, il solo presupposto è dato, oggi, dalla autorizzazione del giudice avuto riguardo al preminente “interesse del figlio e alla necessità di evitare allo stesso qualsiasi pregiudizio”. L’area dei figli irricognoscibili viene così notevolmente erosa, ancorché non eliminata, e coerente appare la centralità che assume nella valutazione giudiziale l’interesse del figlio, interesse ad evitare che il riconoscimento possa cagionare per le motivazioni più varie (sociali, culturali ...), un danno maggiore rispetto a quello che conseguirebbe al non riconoscimento<sup>15</sup>. Vengono allora a delinearli figli incestuosi il cui riconoscimento non è stato chiesto o autorizzato dal giudice, e figli riconosciuti a seguito di autorizzazione ex art. 251 c.c.

Più problematica è la ricostruzione relativa alle interferenze che qui ci interessano, ovvero quelle di ordine successorio. Alla categoria pur ridimensionata dei figli irricognoscibili l’art. 580 c.c. riserva un assegno vitalizio pari all’ammontare della rendita della quota di eredità alla quale avrebbero diritto se la filiazione fosse stata dichiarata o riconosciuta, con facoltà per gli stessi di chiedere la capitalizzazione dell’assegno in denaro o – a scelta degli eredi legittimi – in beni ereditari<sup>16</sup>. Tale disposizione non è stata incisa dalla Riforma, se non nella componente formale conseguente alla eliminazione del riferimento ai “figli naturali” così evidenziando problemi di coordinamento tra il novellato art. 251 c.c. e la normativa successoria che riserva ai figli non riconosciuti il solo assegno. L’incongruenza si manifesta nel momento in cui venuta meno la categoria dei figli (prima, in linea generale) irricognoscibili e accolto il principio di unicità di status ex art. 315 c.c., si determina una parificazione sul piano successorio tra figli nati nel e al di fuori del matrimonio. Questi ultimi vengono a trovarsi in posizione deteriore sul piano successorio in quanto esclusi dalla successione ex artt. 580 e 594 c.c.

D’altra parte sembra irragionevole una lettura che muova nel senso della abrogazione implicita degli artt. 580 e 594 c.c. (l’assegno vitalizio) giusti-

ficata dal fatto che non vi sono, oggi, figli che non possono proporre l’azione di stato. I diritti successorii attribuiti ex artt. 580 e 594 c.c. possono a ben vedere trovare applicazione non solo per i figli ai quali è stata negata l’autorizzazione giudiziale al riconoscimento ma anche per coloro che risultano non riconosciuti in astratto, per effetto cioè dei limiti generali al riconoscimento di cui all’art. 250 c.c.<sup>17</sup>.

Tali considerazioni offrono lo spunto per risolvere un altro problema di coordinamento evidenziato dalle disposizioni in parola e cioè se l’azione per la dichiarazione giudiziale della paternità o maternità (incestuosa) sia condizione necessaria per poter accedere ai diritti successorii ex art. 580 cod. civ. Ben può verificarsi il caso del figlio che, in situazioni particolari quali quelle che ci occupano, non intenda agire per conseguire lo status di figlio riconosciuto: in queste ipotesi pare del tutto irragionevole precludere ex ante il ricorso all’assegno vitalizio lasciando privo di tutela il figlio stesso<sup>18</sup>. In senso analogo si era espressa ben prima della novella parte della dottrina che aveva evidenziato i limiti di quegli orientamenti tesi a far conseguire al riconoscimento dello stato di figlio i diritti successorii connessi agli obblighi alimentari<sup>19</sup>; appare cioè ingiustificato negare la scelta tra accedere ai diritti (ancorché limitati) ex artt. 580 e 594 c.c. ovvero agire per

<sup>17</sup> Oltre all’ipotesi del figlio che volontariamente non intenda agire per far accertare il proprio stato di figlio naturale, si pensi al caso del soggetto inferiore di anni quattordici non riconoscibile per mancanza del consenso del genitore che abbia già effettuato il riconoscimento (art. 250, comma 3°, c.c.) oppure dell’autorizzazione del giudice (art. 250, comma 4°, c.c.). Altro caso che può verificarsi è quello del figlio non riconoscibile in quanto nato da genitori che non hanno compiuto il sedicesimo anno di età e che, valutate le circostanze e avuto riguardo al loro interesse, non siano stati autorizzati dal giudice (art. 250, comma 5°, c.c.). In tema, O. CLARIZIA, *Innovazioni e problemi aperti all’indomani del decreto legislativo attuativo della riforma della filiazione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2014, 3, 597.

<sup>18</sup> In senso analogo M. SESTA, *L’unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, cit., p. 238 s.; O. CLARIZIA, *Innovazioni e problemi aperti all’indomani del decreto legislativo attuativo della riforma della filiazione*, cit., 597; V. BARBA, *Le successioni mortis causa dei figli naturali dal 1942 al disegno di legge recante “Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali”*, in *Fam. pers. succ.*, 2012, p. 665 ss.

<sup>19</sup> L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Successione legittima*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, XLIII, 1, 6a ed., Milano, 1999, p. 130, ad avviso del quale dietro la soluzione che esclude dagli artt. 269, 580 e 594 colui che possa agire per la dichiarazione giudiziale si annida un “falso moralismo” dal momento che “in una società interamente affrancata dall’orrore dell’Ottocento per i figli naturali dovranno esserci ragioni ben serie perché egli sia indotto ad accontentarsi del diritto successorio minore previsto dall’art. 580”. In questo senso, salvo il caso del figlio che voglia sottrarsi all’obbligo di alimenti verso il genitore, pare irragionevole che tali “ragioni” non trovino espressione e tutela giuridica proprio nell’applicazione dell’art. 590 c.c.

finità in linea retta, può essere riconosciuto previa autorizzazione del giudice avuto riguardo all’interesse del figlio e alla necessità di evitare allo stesso qualsiasi pregiudizio”. Ad essere riscritta è anche la rubrica della norma: da “Riconoscimento dei figli incestuosi” a “Autorizzazione al riconoscimento”.

<sup>15</sup> In tema, in particolare, G. LISELLA, *Riconoscimento di figlio nato da relazione incestuosa e autorizzazione del giudice*, in R. PANE (a cura di), *Nuove frontiere della famiglia*, cit., p. 57 ss.; T. AULETTA, *Riconoscimento dei figli incestuosi (art. 251 c.c., come modificato dall’art. 1, comma 3°, l. n. 219/12)*, in *Aa.Vv., Riforma del diritto della filiazione*, cit., p. 475 ss.;

<sup>16</sup> Da un punto di vista ricostruttivo l’assegno in parola configura un’ipotesi di legato obbligatorio ex lege non attributivo di un diritto sui beni ereditari né della qualità di erede bensì di un diritto di credito nei confronti degli eredi, legatari e donatari.

ottenere la dichiarazione giudiziale di paternità o di maternità naturale.

Nel contesto dei profili di incidenza della riforma della filiazione sulla disciplina della successione ab intestato, accanto alla estensione delle categorie dei successibili, si pone il tema della rappresentazione<sup>20</sup>. Dal punto di vista oggettivo la rappresentazione interviene laddove il rappresentato non possa (sono i casi di premorienza rispetto al de cuius, di commorienza, di assenza e di decorrenza dei termini di cui all'art.485 e 487 c.c.) o non voglia (è il caso della rinuncia all'eredità) accettare l'eredità. L'interesse protetto è quello della conservazione del patrimonio tra coloro che appartengono alla medesima stirpe dal momento che i discendenti subentrano nel luogo e nel grado successorio del rappresentato (discendenti o fratelli/sorelle del de cuius) e ne acquistano i corrispondenti diritti ereditari.

La rappresentazione opera ex art. 468 c.c. sin da prima della riforma del 2012 in favore dei discendenti anche naturali del de cuius, pur essendo preclusa, per esempio, ai figli naturali del fratello.

Oggi, a seguito dei principi fissati dalla legge n. 219/2012, l'art. 468 c.c. letto alla stregua delle previsioni sottese al combinato disposto degli artt. 74 e 258 c.c. legittima la rappresentazione in linea collaterale, sicché possono succedere i discendenti dei fratelli naturali del defunto, la cui comune paternità o maternità sia stata riconosciuta o accertata giudizialmente.

### 3. Parentela naturale e successione c.d. necessaria. L'abrogazione della commutazione.

In punto di successione necessaria la novella interviene in modo significativo sull'ultimo residuo di disegualianza giuridica tra figli, il diritto di com-

mutazione di cui all'art. 537 c.c., espressamente abrogato dall'art. 71 del D.Lgs. 154/2013<sup>21</sup>.

Ai sensi del comma 3 dell'art. 527 c.c. infatti i figli legittimi potevano soddisfare in denaro o in beni immobili ereditari la porzione spettante ai figli naturali, ferma la facoltà per questi ultimi – introdotta dalla legge 151/1975 - di opporsi alla commutazione; proprio l'opposizione ha determinato una rilettura della natura giuridica dell'istituto in parola, da diritto potestativo a strumento soggetto all'apprezzamento discrezionale del giudice che decide valutate le circostanze personali e patrimoniali<sup>22</sup>.

Nonostante il ridimensionamento consistente nella valutazione giudiziale sollecitata dall'opposizione del figlio naturale, la commutazione è espressione del trattamento differenziato in ambito patrimoniale per i figli naturali<sup>23</sup>. Ai dubbi

<sup>21</sup> G. BONILINI, *L'abrogazione della norma concernente il diritto di commutazione*, in *Famiglia e Diritto*, 2014, 5, 517; M. PARADISO, *Status di filiazione e diritti successori nella riforma*, in R. Cippitani e S. Stefanelli (a cura di), *La parificazione degli status di filiazione*, pp. 239 ss.; R.D. COGLIANDRO, *Diritti successori e commutazione*, ivi, p. 261 ss.; F. DELFINI, *Riforma della filiazione e diritto successorio*, in *Corr. giur.*, 2013, p. 545 ss.

<sup>22</sup> In tema, per tutti, L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale, Successione legittima*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già dir. da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, Milano, 1993, V ed., 69 ss.; di recente, A. P. SCARSO, *Il diritto di commutazione*, in *Tratt. dir. delle successioni e donazioni*, III, *La successione legittima*, Milano, 2009, dir. da G. Bonilini, 287 ss.; G. bonilini

L'esercizio della commutazione determina l'estromissione dei figli nati fuori del matrimonio dalla comunione ereditaria e può essere esercitato da parte dei figli legittimi fino allo scioglimento della comunione stessa. E' discussa in dottrina la natura giuridica di tale istituto. Da alcuni ricondotto alla *datio in solutum* (art. 1197 cod. civ.) sicché in luogo della porzione ereditaria sulla massa vengono attribuiti denari o beni immobili. In senso contrario si è osservato come la dazione in pagamento abbia natura contrattuale, natura esclusa nella commutazione ove i figli nati fuori del matrimonio si trovano in posizione di soggezione, fermo il diritto di opporsi. Maggiori consensi raccoglie la ricostruzione in termini di modificazione oggettiva del diritto dei figli nati fuori del matrimonio alla quota di eredità. Ad avviso di altri interpreti, la fattispecie è da inquadrarsi quale atto divisionale, sottoposto alle norme sulla divisione, in quanto compatibili.

Pur nelle diverse ricostruzioni, vi era comunanza in dottrina nel ritenere che in caso di pluralità di figli, la commutazione richiedesse da un lato il consenso di tutti i figli legittimi "commutanti" in quanto atto collettivo e, dall'altro, che destinatari fossero tutti i figli naturali in ossequio al principio della parità di trattamento degli stessi. D'altra parte in caso di alienazione della quota ereditaria a un estraneo, non essendo stato esercitato il diritto di prelazione ex 732 c.c., il diritto di commutazione non si trasmetteva all'acquirente in quanto attributo proprio dei figli nati nel matrimonio e attinente alla qualità di erede e non alla quota.

<sup>23</sup> Vi è un'altra disparità di trattamento tra figli nati fuori e all'interno del matrimonio che la riforma ha inteso superare: si tratta della previsione in tema di revocazione della donazione

<sup>20</sup> Numerosi sono i contributi in tema di rappresentazione. V. in particolare: A. ALBANESE, *Sostituzioni rappresentazione e accrescimento*, Padova, 2007, p. 590; G. AZZARITI-G. MARTINEZ, *Successioni per causa di morte*, Padova, 1980; A. CICU, *Successioni per causa di morte Parte gen. Delazione e acquisto dell'eredità Divisione ereditaria*, in *Tratt. Cicu Messineo*, Milano, XLII, 1961; L. FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni. Successioni in generale sub art. 456-511*, in *Comm. Scialoja Branca*, Bologna Roma, 1980; G. GROSSO-A. BURDESE, *Le successioni*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, XII, 1, 1977; L. MENGONI, *Successioni per causa di morte Parte gen. Successione legittima*, in *Tratt. Cicu Messineo*, Milano, XLIII, 1973; E. MOSCATI, *Rappresentazione (diritto privato)*, op. cit. p.646; A. PALAZZO, *Le successioni*, Milano, 2000, p. 229; E. PEREGO, *La rappresentazione*, in *Tratt. dir. priv. Rescigno*, Torino, 6, t.2, 1982.





di legittimità costituzionale dell'istituto, la Consulta ha opposto la considerazione, costituzionale (art. 29, primo comma, Cost.), della famiglia fondata sul matrimonio come modello familiare (art. 30 terzo comma)<sup>24</sup>.

In una recente pronuncia la Corte ha escluso l'illegittimità dell'art. 537, comma 3° dai rilievi di incostituzionalità con riferimento agli artt. 30, comma 3° e 3, comma 1°, Cost osservando come il precetto di cui all'art. 30 sia espressione di uno "spirito evolutivo" cui la legge ordinaria si adegua nel tempo, come già accaduto attraverso l'introduzione del controllo discrezionale del giudice. Sicchè, la clausola di compatibilità con i diritti dei membri della famiglia legittima ex art. 30, comma 3°, da un lato, e la facoltà per il giudice di "calibrare la singola decisione alle specifiche circostanze personali (attinenti ai pregressi rapporti tra i figli) e patrimoniali (riguardanti la situazione dei beni lasciati in eredità, in considerazione, sia della loro migliore conservazione e gestione, sia del rapporto che lega l'erede al bene)" dall'altro, hanno consentito alla Consulta di ravvisare nella commutazione una scelta legislativa "costituzionalmente non obbligata né vietata"<sup>25</sup>.

La riflessione in punto di incidenza della riforma della filiazione sulla disciplina della successione necessaria ci conduce a una disposizione inusuale quantomeno per la collocazione e di non immediata intelligibilità: il nuovo art. 448 bis c.c. ai sensi del

---

per sopravvenienza di figli, prevista dall'art. 803 c.c. Già la Corte Costituzionale con sentenza 3 luglio 2000 n. 250 aveva dichiarato l'illegittimità dell'art. 803, primo comma, nella parte in cui prevede che - in caso di sopravvenienza di un figlio naturale - la donazione possa essere revocata solo se il riconoscimento del figlio sia intervenuto entro due anni dalla donazione. Nella motivazione la Consulta osserva come tale disposizione possa "trovare giustificazione unicamente nel tradizionale disfavore verso la filiazione naturale, che pervadeva ancora il nuovo codice civile nonostante la cauta apertura manifestatasi nella disposizione stessa". Tale disfavore "appare incompatibile col principio espresso nell'art. 30, terzo comma, Cost., attuato dal legislatore con la riforma del diritto di famiglia".

Tale decisione, che pure ha eliminato la sperequazione temporale tra le due categorie di figli, non è giunta alla piena equiparazione della categoria dei legittimati attivi alla revocazione. La prima parte del comma 1 dell'art. 803 c.c., infatti, consente la revocazione della donazione anche quando essa sia stata posta in essere dall'ascendente (nonno/a, bisnonno/a), mentre la seconda parte la consente solo al donante genitore. In altri termini il nonno naturale non poteva revocare la donazione per sopravvenienza del nipote. Su questo aspetto è intervenuto il decreto 2013.

<sup>24</sup> Corte cost. 18 dicembre 2009, n. 335, in *Nuova giur. civ. commentata*, 2010, I, 567 ss., con nota di A. GORGONI, *La commutazione e la compatibilità con i membri della famiglia legittima*.

<sup>25</sup> Meriterebbe allora interrogarsi in ordine alla ricostruzione del significato della clausola di compatibilità di cui al comma 3° dell'art. 30 Cost, In tema S. PAGLIANTINI, *Principi costituzionali e sistema della filiazione*, cit.

quale "il figlio, anche adottivo, e, in sua mancanza, i discendenti prossimi non sono tenuti all'adempimento dell'obbligo di prestare gli alimenti al genitore nei confronti del quale è stata pronunciata la decadenza dalla potestà e, per i fatti che non integrano indegnità di cui all'art. 463 c.c., *possono escluderlo dalla successione*". L'art. 463 cod. civ. al n. 3 bis novellato nel 2005 già prevede tra i casi di indegnità quello di chi, decaduto dalla potestà genitoriale nei confronti della persona della cui successione si tratta a norma dell'articolo 330, non sia stato reintegrato nella potestà stessa alla data di apertura della successione.

La formulazione del nuovo art. 448 bis c.c. appare a ben vedere dirompente giacché legittima l'inserimento in testamento di una clausola di diseredazione del legittimario, in specie del genitore, sin'ora del tutto sconosciuta. La fattispecie è molto diversa dall'indegnità: questa ai sensi dell'art. 463 c.c. consegue ad ipotesi tipiche; nella diseredazione ex 448 bis c.c., l'esclusione dalla successione discende dall'esercizio di un diritto espresso in un'apposita disposizione testamentaria.

D'altra parte sembra ragionevole ritenere che la disposizione *de qua* sia da interpretare nel senso di legittimare l'esclusione dalla successione del genitore che - ancorché non indegno - si sia reso responsabile di fatti pregiudizievoli per il figlio e contrari ai doveri familiari. Fatti peraltro non indicati nella norma e il cui contenuto è tutto da definire. A questo riguardo giova ricordare che per i successibili *diversi* dai legittimari la recente giurisprudenza della Cassazione ha opportunamente sancito la legittimità della clausola di diseredazione anche quando sia l'unico contenuto della scheda testamentaria<sup>26</sup>. Si tratta infatti di una clausola espressiva della regolamentazione di rapporti patrimoniali, rientrante nel contenuto tipico del testamento, volta ad indirizzare la destinazione "post mortem" delle sostanze ereditarie.

Ecco che superato anche nella giurisprudenza di legittimità l'ostacolo della compatibilità tra disposizione negativa di diseredazione e contenuto del te-

---

<sup>26</sup> Cass. 25 maggio 2012, n. 8352, in *Fam. Pers. Succ.*, 2012, 11, 763 con nota di V. BARBA; in *Nuova Giur. Civ.*, 2012, 11, 1, 991 con nota di R. PACIA; in *Vita Notar.*, 2012, 2, 665 con nota di PASTORE; in *Corriere Giur.*, 2013, 5, 614 con nota di CALIENDO. La massima di tale pronuncia così recita: "è valida la clausola del testamento con la quale il testatore manifesti la volontà destitutiva - che può includersi nel "disporre", di cui all'art. 587, primo comma, cod. civ - diretta ad escludere dalla propria successione legittima alcuni dei successibili ed a restringerla così ai non diseredati ..... senza che per diseredare sia, quindi, necessario procedere ad una positiva attribuzione di bene, né occorra prova di un'implicita istituzione".

stamento<sup>27</sup>, il nuovo art. 448 bis c.c. apre alla possibilità per il testatore di sanzionare quei comportamenti riprovevoli del legittimario – pur non integranti le ipotesi di indegnità - attraverso la clausola di diseredazione oggi nella “disponibilità” del de cuius. E in questo senso la strada può essere quella di estendere tale previsione non solo in senso ascendente (dal figlio al genitore) ma anche in quello discendente: dal genitore nei confronti del figlio che abbia agito con condotte biasimevoli.

#### 4. Il regime transitorio.

In ultimo, sia consentito rivolgere alcune considerazioni al regime transitorio, regime che, raramente come in questo caso, appare destinato a perdurare nel tempo e ad avere notevole incidenza pratica.

Il problema è stabilire cosa accade per le successioni aperte prima dell'entrata in vigore della riforma. La scelta del legislatore è nel senso di stabilire che - fermi gli effetti del giudicato formatosi prima dell'entrata in vigore della legge 10 dicembre 2012, n. 219 - possono proporre azioni di petizione di eredità, ai sensi dell'articolo 533 c.c., coloro che, in applicazione del novellato articolo 74, hanno titolo a chiedere il riconoscimento della qualità di erede. Non solo. Sempre fermi gli effetti del giudicato formatosi prima dell'entrata in vigore della legge 219/2012, i diritti successori che discendono dall'articolo 74 c.c. possono essere fatti valere con termine di prescrizione che prende avvio dall'entrata in vigore della legge stessa.

Per comprendere a pieno il regime transitorio così delineato e se, con esso, si venga a introdurre una deroga al generale principio di irretroattività della normativa successoria occorre porre mente a due importanti precedenti<sup>28</sup>. Il primo è fornito dal legislatore codicistico “storico” del 1942 il cui libro Secondo ha introdotto profonde innovazioni in punto di successione dei figli naturali riconosciuti ri-

spetto al codice unitario. In quel contesto la problematica è risolta con una disposizione transitoria (art. 122) ai sensi della quale le disposizioni in tema di riconoscimento dei figli naturali trovano applicazione ai figli nati o concepiti *prima* dell'entrata in vigore; tale riconoscimento opera *a cascata* agli effetti delle successioni apertesi prima di tale data. Non si introducono dunque disposizioni dirette a rendere applicabili in via retroattiva le norme codicistiche alle successioni già aperte<sup>29</sup>. Sicché all'interrogativo che investe la natura di detta disposizione e se la stessa costituisca una eccezione al principio generale della irretroattività delle norme successorie, la più attenta dottrina ha risposto in termini negativi<sup>30</sup>. Si tratta invero delle conseguenze della normale retroattività del riconoscimento (e della dichiarazione giudiziale di genitorialità), non espressione della retroattività di norme successorie.

Scelta analoga è stata accolta in occasione della riforma del diritto di famiglia del 1975 che ha profondamente innovato i diritti successori dei figli naturali (art. 566 c.c.). Non è stata prevista alcuna retroattività delle norme successorie bensì si è stabilito che le disposizioni in materia di riconoscimento e di dichiarazione giudiziale della genitorialità trovino applicazione anche a vantaggio dei figli nati prima della entrata in vigore, con effetto alle successioni già aperte.

Seguendo i precedenti, il legislatore del 2012, pur con alcune perplessità avanzate in dottrina<sup>31</sup>, non incide (derogandola) sulla generale irretroattività della disciplina successoria bensì agisce sui presupposti della vocazione ereditaria<sup>32</sup>.

Sicché una volta accertato lo stato di figlio naturale e ottenuta la dichiarazione giudiziale di paternità o maternità, il figlio stesso potrà accettare l'eredità nel termine decennale decorrente dal passaggio in giudicato della decisione di accertamento sullo *status* ed esercitare l'azione di petizione ex art. 533 c.c. contro gli eredi del genitore deceduto

<sup>27</sup> In dottrina, v. già A. TRABUCCHI, *L'autonomia testamentaria e le disposizioni negative*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, I, 39 ss.

L'orientamento tradizionale della giurisprudenza di legittimità (Cass., 23 novembre 1982, n. 6339, in *Mass. Giur. it.*, 1982, e Cass., 18 giugno 1994, n. 5895, in *Notariato*, 1995, II e in *Corr. giur.*, 1994, 149812) e la dottrina più risalente avevano accolto una tesi contraria alla clausola di diseredazione per lo più argomentando dalla lettera dell'articolo 587 c.c. che qualifica il testamento quale “atto revocabile con il quale taluno dispone, per il tempo in cui avrà cessato di vivere, di tutte le proprie sostanze o di parte di esse”. La clausola di diseredazione, si osserva, manca della funzione dispositiva e attributiva di beni propria del testamento e comunque sarebbe priva di contenuto rilevante ai fini patrimoniali.

<sup>28</sup> In tema, da ultimo, M. SESTA, *Il problema della retroattività della disciplina successoria*, in *Giur. It.*, 2014, 5.

<sup>29</sup> Con l'eccezione rappresentata dall'art. 136 delle disposizioni transitorie che ha sancito l'applicazione degli artt. 580 e 594 cod. civ. alle successioni già aperte, con la precisazione che si tratta, come abbiamo visto, di norme che non attribuiscono ai destinatari la qualità di erede bensì diritti di credito.

<sup>30</sup> L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale, Successione legittima*, in *Tratt. Dir. Civ. e Comm.* già diretto da Cicu, Messineo, continuato da Mengoni, 4a ed., Milano, 1999, 87.

<sup>31</sup> M. SESTA, *Il problema della retroattività della disciplina successoria*, cit.; V. BARBA, *Principi successori del figlio nato fuori del matrimonio e problemi di diritto transitorio*, in *Famiglia e Diritto*, 2014, 5, 497.

<sup>32</sup> Presupposti consistenti per il Codice Civile e la Riforma del 1975 nel riconoscimento e, per la riforma del 2012, nel rapporto di parentela.



prima dell'entrata in vigore della legge<sup>33</sup>. Azione, questa, imprescrittibile salvi gli effetti dell'usucapione. A questo riguardo la Suprema Corte ha recentemente<sup>34</sup> precisato che, con riferimento a successioni apertesesi prima della entrata in vigore della riforma del diritto di famiglia del 1975, al soggetto che abbia visto accogliere la domanda di dichiarazione della paternità naturale nei confronti del "de cuius" e che faccia valere i diritti successori riconosciutigli dalla L. 151/1975, l'erede non può opporre l'usucapione dei beni ereditari ricollegabile al loro possesso nel periodo precedente l'esperimento della azione. Il possesso come strumento per l'acquisto della proprietà (dotato dunque dei requisiti previsti dall'art. 1158 c.c.) "ha come suo tipico contrappeso la possibilità di interruzione da parte dell'effettivo proprietario". Ove manchi la possibilità di compiere atti interruttivi, non si prospetta un possesso utile ai fini dell'usucapione. Vero è che la circostanza per la quale il legislatore della riforma non introduca una deroga al generale principio di irretroattività della disciplina successoria lascia impregiudicata una problematica di grande rilevanza alla quale in questa sede è possibile solo fare un cenno conclusivo, e cioè quella della definitività degli acquisti mortis causa e della tutela dell'avente causa dall'erede apparente.

<sup>33</sup> Nel caso di cui al testo opererà altresì la rappresentazione a favore dei discendenti del figlio riconosciuto premorto ai sensi dell'art. 467 c.c. ovvero la trasmissione del diritto di accettare l'eredità ex art. 479 c.c.

<sup>34</sup> Cass. civ., sez. II, 2 febbraio 2011, n. 2424, in *Fam. e dir.*, 2011, 466.





# Materiali e commenti





## QUALITÀ DEL BENE IMMOBILE E VALIDITÀ DEL CONTRATTO

Di Antonio Marrese

| 165

L'intervento che sono stato incaricato di svolgere è l'occasione per interrogarci ancora su un tema classico della attività notarile: la delimitazione del confine fra incommerciabilità del bene immobile e irregolarità non comportante esclusione dal commercio giuridico, ovvero del confine fra le categorie dell'invalidità e dell'inadempimento.

Ogni notaio, chiamato a negoziare un fabbricato che ha subito interventi edilizi non conformi al titolo abilitativo, la prima domanda che si pone è se quel fabbricato possa essere validamente dedotto come oggetto del contratto e, ove la risposta sia affermativa, quali effetti produca la presenza di tali difformità.

In questo ambito gli argomenti che possono essere evocati sono molti, ma io in questa sede li vorrei sintetizzare in alcuni interrogativi che ritengo fondamentali.

Innanzitutto, un sintetico riepilogo delle questioni che si agitano intorno alla natura della nullità prevista prima dalla legge 47/85 e ora dal TU in conseguenza della mancanza o della totale difformità dal titolo abilitativo, anche alla luce di recenti importanti interventi giurisprudenziali.

Il combinato disposto degli artt. 17 e 40 l. n. 47/1985 (c.d. "legge sul condono edilizio"), ha sancito, come è noto a tutti, la nullità degli atti tra vivi, pubblici o privati, aventi ad oggetto il trasferimento o la costituzione o lo scioglimento della comunione di diritti reali (escluse le servitù e i diritti reali di garanzia) su edifici o loro parti (cioè singole unità

edilizie) se da essi non risultano le cc.dd. *dichiarazioni (o menzioni) urbanistiche*, consistenti nella indicazione degli estremi del permesso di costruire o del permesso in sanatoria (v. art. 46, comma 1°, t.u., che ha così sostituito, rispettivamente, la concessione ad edificare e la concessione in sanatoria).

La prescrizione normativa ha suscitato ampio dibattito sin dalla promulgazione della legge 47 del 1985 e i campi della "nullità documentale", della "nullità sostanziale" e della irregolarità edilizia, tuttora inducono negli interpreti molta incertezza.

L'intervento del legislatore del 1985 ha in effetti generato un regime sanzionatorio davvero singolare che, da un lato, sembra introdurre nell'ordinamento una ipotesi di nullità di carattere assoluto ispirata apparentemente dalla esigenza di sottrarre al commercio giuridico manufatti abusivi, ma contemporaneamente esclude dalla sanzione della nullità gli atti di trasferimento di edifici il cui originario carattere abusivo sia stato successivamente oggetto di sanatoria, ovvero ancora, non sottopone alla sanzione atti in cui il carattere abusivo dell'immobile non sia ancora sanato al momento della stipula del negozio, ma possa venire meno dopo l'atto per effetto del rilascio della concessione in sanatoria in virtù di un provvedimento della Pubblica Amministrazione o addirittura in conseguenza del silenzio della stessa. La norma sembra allora lasciare intendere che causa di quella nullità è solo una carenza documentale; ma nello stesso tempo e in modo apparentemente incoerente, ammette la confermabilità degli atti in cui le menzioni previste siano omesse



nell'atto, qualora, nella sostanza, al tempo dell'atto, i titoli abilitativi richiesti per la circolazione giuridica dell'immobile.

Le incertezze che il sistema ha indotto sono ben rilevabili nelle pronunce della giurisprudenza sull'argomento.

166 Ricordo al riguardo le conclusioni raggiunte da Cass. civ. Sez. II Sent., 30 novembre 2007, n. 25050<sup>1</sup>, il cui caso era costituito dalla stipula di tre contratti preliminari, con i quali una società di costruzioni aveva promesso in vendita la proprietà di porzioni di fabbricato in corso di realizzazione e sulle quali, durante i lavori di completamento, la stessa aveva eseguito delle variazioni rispetto al progetto originario in mancanza di titolo abilitativo. La Cassazione conferma la sentenza del giudice di merito che aveva dichiarato la non esperibilità dell'azione ex art. 2932, argomentando dalla natura abusiva che doveva riconoscersi agli immobili, in quanto realizzati con difformità rispetto al progetto assentito dal titolo edilizio abilitativo.

Così Suprema Corte, pronunciandosi in maniera specifica in ordine al rapporto tra contratto preliminare e sistema normativo di cui agli artt. 17 e 40 l. 28.2.1985, n. 47 ribadisce che la incommerciabilità di un immobile causata dall'assenza o dalla difformità degli stessi dai titoli edilizi abilitativi rende impossibile anche la pronuncia della sentenza costitutiva che tenda luogo del contratto definitivo non concluso, in quanto, precisa la Corte, "ne deriverebbe altrimenti l'aggiramento della disciplina urbanistica che sanziona con la nullità gli atti traslativi di diritti reali su edifici da cui non risultano gli estremi del titolo abilitativo delle opere".

Dunque, la conclusione della pronuncia citata sembra allora essere la seguente: dalla prescrizione degli artt. 17 e 40 della legge 47/85 (oggi art. 46 del DPR 380 del 2001) - che introduce solo la nullità documentale - si deduce che la vendita di un immobile con difformità dal titolo abilitativo sia nulla; dunque la tutela del 2932 non è parimenti azionabile.

Conclusione questa che, a mio parere, mostra in tutta la sua evidenza che le incertezze sui temi sopra evocati non sono affatto risolte e che il rapporto fra l'invalidità del contratto dipendente dalla mancanza delle menzioni previste e quella derivante dalla natura abusiva dell'immobile negoziato, dopo tanti anni, non sembra affatto chiarito.

E' allora utile riassumere rapidamente i termini della discussione sull'argomento.

<sup>1</sup> Cass. civ., Sez. II, 30 novembre 2007, n. 25050, in *Nuova Giur. Civ.*, 2008, 6, 701.

Ricordo che fin dall'entrata in vigore della legge sul condono edilizio, vi è stata sostanziale unanimità intorno alla *ratio legis* su cui la prescritta sanzione civilistica della nullità si fonderebbe<sup>2</sup>:

- Secondo una prima prospettiva, sarebbe tenuta presente dalla legge la necessità di garantire l'interesse privato della parte acquirente affinché questa venga resa edotta sulla regolarità urbanistica o meno dell'immobile che la stessa intende acquistare, tutelandone, dunque, l'affidamento (*funzione informativa*);
- In una seconda prospettiva, si sarebbe inteso tutelare l'interesse pubblico a colpire il fenomeno dell'abusivismo edilizio: non essendo possibile indicare in atto gli estremi di un titolo abilitativo in realtà mancante, l'irregolarità dell'immobile finirebbe, di fatto, per determinare la nullità del negozio dispositivo impedendo così a chi realizza l'intervento abusivo di trarre vantaggio dalla propria condotta illecita (*funzione preventiva*).

Sulla base di questo doppio fondamento si delineano sin dall'inizio due diverse teorie in ordine alla natura giuridica della c.d. *nullità urbanistica*, a seconda di quale delle due funzioni sopra descritte si intendesse maggiormente privilegiare<sup>3</sup>.

1. Secondo la *ricostruzione della natura "sostanziale"*, prevalente in dottrina<sup>4</sup>, occorre attribuire fun-

<sup>2</sup> LA MARCA, *Nullità urbanistiche e preliminare di vendita di immobili abusivi: inammissibile l'esecuzione ex art. 2932 cod. civ.*, nota a Cass. Civ., II sez., 30.11.2007, n. 25050, in *NGCC*, 2008, I, 699

<sup>3</sup> Per una disamina degli orientamenti sulla materia cfr. La Marca, *Nullità urbanistiche e preliminare di vendita di immobili abusivi: inammissibile l'esecuzione ex art. 2932 cod. civ.*, cit., 701

<sup>4</sup> Cfr. ALPA, *Questioni relative alla nozione di nullità nella legge sul condono edilizio*, in *Riv. giur. edil.*, 1986, II, 89 ss.; CATAUDELLA, *Nullità «formali» e nullità «sostanziali» nella normativa sul condono edilizio*, in *Quadrimestre*, 1986, 487 ss.; BOTTARO, *Legge di sanatoria dell'abusivismo. Ruolo del notaio*, in *Riv. notar.*, 1985, 840; CASU, *Brevi questioni sulla nullità ex artt. 17 e 40 l. n. 47/1985*, ivi, 2001, 146; CASU, *La commercializzazione dei fabbricati tra testo unico sull'edilizia e legge n. 47 del 1985 sul condono edilizio*, approvato dalla Commissione Studi Civilistici del Consiglio Nazionale del Notariato il 17 giugno 2003, n. 4509. Sostengono la natura formale della nullità fra gli altri FICI, *Abusivismo edilizio, invalidità negoziale e contratto preliminare*, in *NGCC*, 1998, I, 10 e SAPORITO, *Sanzioni civili in materia urbanistica e responsabilità del notaio*, in *Riv. giur. urb.*, 1986, 493. L'impostazione "sostanzialistica" è stata condivisa anche dal Consiglio Nazionale del Notariato nella circolare esplicativa formulata all'entrata in vigore della legge n. 47 del 28 febbraio 1985. In essa fu rilevato come gli estremi della concessione ad edificare o della concessione in sanatoria sono forniti dall'alienante senza alcun obbligo di controllo né da parte dell'acquirente né da parte del notaio, essendo sufficiente per la validità dell'atto la dichiarazione dell'alienante, ma fu anche sottolineato come non possa ritenersi



zione preminente alla funzione preventiva della sanzione civilistica della nullità; la legge disporrebbe infatti, a pena di nullità, non semplicemente l'inserimento in atto della "menzione" in ordine legittimità urbanistica dell'edificio in oggetto, ma presupporrebbe anche la sostanziale conformità alla disciplina urbanistica dell'immobile negoziato, e che quindi, in altre parole, la dichiarazione di parte sia in questo senso corrispondente alla verità. La "documentazione" sarebbe perciò solo il mezzo per formalizzare in atto la sussistenza del titolo abilitativo, ma la stessa documentazione intanto sarebbe idonea a consentire la circolazione del bene in quanto rispecchi la sostanziale ammissibilità del bene alla circolazione giuridica.

2. Diversamente, secondo la *teoria della natura "formale"* (fatta propria da molta giurisprudenza anche di legittimità<sup>5</sup>), ciò che sarebbe indispensabile ai fini della validità della negoziazione è solo che le cc.dd. "menzioni" siano contenute nel documento negoziale, senza che la loro eventuale mendacità possa in qualche modo pregiudicare la validità dell'atto medesimo. Le prescrizioni degli artt. 17 e 40 l. n. 47/1985, infatti, avrebbero solo funzione informativa e sarebbe preordinate alla tutela dell'affidamento della parte acquirente. In questa prospettiva l'approccio del legislatore alla materia non sarebbe diverso da quello assunto in ordine alla nullità introdotta a suo tempo dall'art. 15, comma 7°, della legge Bucalossi (l. 28.1.1977, n. 10 - Norme per la edificabilità dei suoli), secondo il quale "gli atti giuridici aventi per oggetto unità edilizie costruite in assenza di concessione sono nulli ove da essi non risulti che l'acquirente era a conoscenza della mancanza della concessione".

Quest'ultimo orientamento è stato affermato anche di recente dalla giurisprudenza di legittimità<sup>6</sup> la

---

si che tale dichiarazione sia di per sé sufficiente a reggere la validità dell'atto pure in presenza di falsa od erronea enunciazione degli estremi di concessione, potendo l'atto essere ugualmente nullo una volta accertata la falsità dell'enunciazione. La tesi è stata poi ripresa e sviluppata dallo stesso Consiglio Nazionale del Notariato in un ulteriore intervento sul punto (CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *La legge 28 febbraio 1985, n. 47. Criteri applicativi*, in Consiglio Nazionale del Notariato, *Condono edilizio Circolari, studi e riflessioni del notariato*, Milano, 1999, 3 ss.

<sup>5</sup> cfr. per tutte Cass., 8 febbraio 1997, n. 1199; Cass., 15 giugno 2000, n. 8147

<sup>6</sup> Cfr. Cass. civ., Sez. II, 22 maggio 2008, n. 13225, in *Imm. e propr.*, 2012, 12, 734.

La tesi della rilevanza solo formale delle c.d. *menzioni urbanistiche* è anche confermata da una recentissima pronuncia della Suprema Corte avente ad oggetto la veridicità della dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà circa l'antiorità al 1° settembre 1967 dell'inizio della costruzione dell'immobile dedotto in contratto (Cass., 5 luglio 2013, n. 16876). In tale sede la Corte di Cassazione ha sostenuto che l'art. 40, 2° comma, della legge n. 47 del 28 febbraio 1985, preveda un'ipotesi di nullità

quale ha sostenuto che "La nullità prevista dalla legge 28 febbraio 1985, n. 47, di cui all'art. 40, comma 2, per omessa dichiarazione degli estremi della concessione edilizia dell'immobile oggetto della compravendita, ovvero degli estremi della domanda di concessione in sanatoria, assolve la sua funzione di tutela dell'affidamento sanzionando specificamente la sola violazione di un obbligo formale, imposto al venditore al fine di porre l'acquirente di un immobile in condizione di conoscere lo stato del bene acquistato e di effettuare gli accertamenti sulla regolarità del bene attraverso il confronto tra la sua consistenza reale e quella risultante dalla concessione edilizia ovvero dalla domanda di concessione in sanatoria". Da tale presupposto i giudici di legittimità traggono la conseguenza che "in presenza della dichiarazione, nessuna invalidità deriva al contratto dalla concreta difformità della realizzazione edilizia dalla concessione o dalla sanatoria e, in generale, dal difetto di regolarità sostanziale del bene sotto il profilo del rispetto delle norme urbanistiche".

Nello stessa direzione sembra muoversi anche la giurisprudenza amministrativa<sup>7</sup> che anch'essa ritiene che "La nullità prevista per omessa dichiarazione degli estremi della concessione edilizia dell'immobile oggetto della compravendita, ovvero degli estremi della domanda di concessione in sanatoria, assolve la sua funzione di tutela dell'affidamento sanzionando specificamente la sola violazione di un obbligo formale, imposto al venditore al fine di porre l'acquirente di un immobile in condizione di conoscere lo stato del bene acquistato e di effettuare gli accertamenti sulla regolarità del bene attraverso il confronto tra la sua consistenza reale e quella risultante dalla concessione edilizia ovvero dalla domanda di concessione in sanatoria".

Da ciò consegue –secondo i giudici amministrativi – che, "in presenza della dichiarazione richiesta dalla legge, nessuna invalidità deriva al contratto dalla concreta difformità dell'edificio realizzato dalla concessione o dalla sanatoria e, in generale, dal difetto di regolarità sostanziale del bene sotto il profilo del rispetto delle norme urbanistiche, concludendosi che la eventuale alienazione a terzi di esso non incide sulla oggettiva abusività del bene medesimo e sulla necessità che sia demolito".

Occorre peraltro segnalare che, pur aderendo all'idea di una nullità solo documentale, la Cassa-

---

formale e non sostanziale, in quanto per la validità del contratto è necessaria unicamente l'esistenza dell'autodichiarazione urbanistica dell'alienante e non la veridicità della stessa, né possono estendersi per analogia i tassativi casi di nullità previsti dalla citata norma.

<sup>7</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 10/01/2014, n. 46



zione<sup>8</sup> aveva già in passato avuto l'accortezza di precisare che la legge sul condono edilizio, pur avendo previsto certamente una nullità di tipo documentale in caso di omissione delle menzioni urbanistiche, "ha previsto implicitamente anche una nullità di tipo sostanziale" legata alla carenza tout court dei titoli abilitativi edilizi prescritti, "come è dimostrato dalla norma di cui al comma 4° dell'art. 46 t.u. (già comma 4° dell'art. 17 l. n. 47/1985)": in deroga a quanto sancito dall'art. 1423 cod. civ., infatti, essa prevede la possibilità di sanare la nullità degli atti privi degli estremi urbanistici solo nei casi in cui tale omissione "non sia dipesa dall'insussistenza del permesso di costruire al tempo in cui gli atti medesimi sono stati stipulati".

Questo orientamento "sostanzialistico" che già si era affacciato timidamente in alcune passate pronunce ha di recente trovato un notevole sviluppo<sup>9</sup>.

Emblematico in tal senso è il caso che dà origine alla Sentenza n. 23.591 del 2013.

Il Tribunale di Benevento, con sentenza del 1° marzo 2003, respinge la domanda di nullità fondata sul carattere abusivo dell'immobile oggetto di vendita, osservando come nell'atto di compravendita fossero stati ritualmente indicati gli estremi dei titoli abilitativi edilizi in forza dei quali era stato edificato il fabbricato, mostrando con ciò di aderire evidentemente alla teoria del carattere c.d. formale della nullità portata dalla disciplina urbanistica conformemente all'orientamento costante della Cassazione, per cui non assume rilevanza ai fini della validità dell'atto la difformità del bene rispetto al titolo abilitativo edilizio.

La Corte d'Appello di Napoli, investita del gravame, con Sentenza del 29 giugno 2006 rigetta l'appello incidentale e ritiene "insussistente la nullità per illiceità della causa" (compravendita di im-

mobile abusivo), osservando al riguardo che "a essere illecita è l'attività di costruzione in assenza di licenza, e non, invece, quella di vendita di un manufatto realizzato in violazione di tali norme".

All'esito della vicenda, investita la Cassazione, questa, completamente sconfessando il precedente orientamento, circa la validità del contratto di compravendita sulla base della richiamata normativa urbanistica, evidenzia il carattere sostanziale della nullità derivante dalla violazione della normativa urbanistica, tale cioè da comportare l'invalidità del contratto avente ad oggetto immobili non in regola con le disposizioni urbanistiche, e ciò anche se in atto siano indicati gli estremi dei relativi titoli abilitativi edilizi.

La rinnovata impostazione viene sostenuta da un lato dalla considerazione che "se lo scopo del legislatore è quello di rendere incommerciabili gli immobili urbanisticamente irregolari", esso risulterebbe "frustrato dalla rilevanza meramente formale della nullità". Infatti "limitando a quest'ultimo ambito la sanzione della nullità, si rimetterebbe alla disponibilità dei privati la scelta degli strumenti di reazione che non potrebbero che essere rintracciati nella disciplina dell'inadempimento", con il risultato di vanificare lo scopo del legislatore che con la disciplina del 1985 avrebbe inteso inasprire il previgente regime la cui disciplina era contenuta nell'art. 15 legge 10 gennaio 1977.

Se l'orientamento giurisprudenziale legato ad una qualificazione solo formale della nullità appariva, a mio parere, non condivisibile, criticabile appare pure il ragionamento su cui si basa il nuovo orientamento dei giudici di legittimità, che muovono dal presupposto che tutta la disciplina della nullità degli atti negoziali abbia la propria sede negli artt. 17 e 40 della legge 47 prima e nell'art. 46 del T.U. ora, dalla considerazione cioè che in quelle disposizioni sarebbe dunque sanzionata sia la negoziazione di un bene in mancanza della cd "menzione" dei titoli edilizi abilitativi, sia dell'immobile sostanzialmente privo del titolo abilitativo richiesto.

Così invece a mio parere non è, poiché il fondamento della nullità cd "sostanziale" deve essere ricercata necessariamente altrove, stante il chiarissimo tenore letterale delle disposizioni ricordate nelle quali non si può riconoscere come evocata una nullità solo documentale.

Le conclusioni del ragionamento a cui dunque sembra allora doversi pervenire<sup>10</sup> e da cui, per prosegui-

<sup>8</sup> Ciò anche in Cass., 8 febbraio 1997, n. 1199.

<sup>9</sup> Cass., sez. II, 17 ottobre 2013, n. 23591 (Cassa Appello Napoli, 29 giugno 2006) "Il contratto preliminare di vendita di un immobile irregolare dal punto di vista urbanistico è nullo per la comminatoria di cui all'art. 40, secondo comma, della legge 28 febbraio 1985, n. 47, che, sebbene riferita agli atti di trasferimento con immediata efficacia reale, si estende al preliminare, con efficacia meramente obbligatoria, in quanto avente ad oggetto la stipulazione di un contratto definitivo nullo per contrarietà a norma imperativa". Cass., Sez. II, 17 dicembre 2013, n. 28194 (Cassa Appello Firenze, 23 novembre 2006) - Il contratto preliminare di vendita di un immobile irregolare dal punto di vista urbanistico è nullo per la comminatoria di cui all'art. 40, secondo comma, della legge 28 febbraio 1985, n. 47, che, sebbene riferita agli atti di trasferimento con immediata efficacia reale, si estende al preliminare, con efficacia meramente obbligatoria, in quanto avente ad oggetto la stipulazione di un contratto definitivo nullo per contrarietà a norma imperativa.

Le due pronunce sono puntualmente esaminate dall'Ufficio Studi del Consiglio Nazionale del Notariato, (Andrea Todeschini Premuda) *Contratto preliminare e normativa urbanistica. Gli ultimi orientamenti della Cassazione*, 2014.

<sup>10</sup> LA MARCA, loc. op. cit.



re il discorso che qui stiamo svolgendo, possiamo muovere sono allora le seguenti:

1. nel caso in cui *nell'atto di alienazione non siano riportate le menzioni urbanistiche ma il titolo abilitativo edilizio sussista*, opera senza dubbio la nullità soltanto formale di cui al comma 1° dell'art. 46 t.u., a tutela del diritto dell'acquirente di ricevere una adeguata informazione sulla situazione urbanistica dell'edificio acquistato: tale nullità sarà quindi suscettibile di sanatoria, successivamente all'atto, mediante un atto separato contenente le menzioni omesse;

2. *nel caso di effettiva mancanza del titolo edilizio abilitativo*, invece, l'atto non sarebbe affetto dalla mera nullità documentale del comma 1°, ancorché da esso non risultino gli estremi del titolo abilitativo: nessuna menzione, infatti, potrebbe essere ragionevolmente imposta in mancanza del suddetto titolo.

Ma in questo caso la non ammissibilità della conferma che, a contrario, si evince dal comma 4°, non discende da una presunta natura (anche) sostanziale della nullità in parola, ma piuttosto costituisce applicazione della naturale insanabilità di una nullità autonoma e concettualmente precedente, che ha il fondamento nella disciplina degli artt. 1418, comma 2° e 1346 cod. civ. L'atto, infatti, conterrebbe un oggetto illecito (cioè un trasferimento illecito) per contrarietà alle norme imperative che impongono come condizione di negoziabilità dell'opera la sussistenza del titolo abilitativo richiesto<sup>11</sup>, ovvero un oggetto giuridicamente impossibile<sup>12</sup>, in quanto relativo ad una cosa incommerciabile perché urbanisticamente irregolare;

3. Infine, *nel caso in cui, nonostante il carattere abusivo dell'immobile, il dante causa abbia dichiarato l'esistenza del titolo abilitativo*, la disciplina applicabile non sarebbe, anche qui, quella urbanistica - posta la conseguente incongruenza di dover ritenere valido il relativo atto di disposizione -, bensì quella generale contenuta nel codice civile: l'atto dunque sarebbe affetto da nullità sostanziale, che trae il suo fondamento dalla tutela dell'interesse generale a disincentivare l'abusivismo edilizio ed è perciò insuscettibile di sanatoria ai sensi dell'art. 1423 cod. civ.; mentre il sistema normativo urbanistico-edilizio (e cioè la disciplina contenuta nella legge 47 prima e nel Testo Unico poi) rilevarebbe unicamente come termine esterno di riferimento per l'individuazione normativa della fattispecie a cui

l'ordinamento connette l'esclusione dalla circolazione giuridica.

Perfettamente condivisibile appare allora la conclusione<sup>13</sup>, in ordine al rapporto fra nullità formale e nullità sostanziale, nel senso che il legislatore del 1985 abbia finito "solo" per rafforzare, con la previsione della nullità di cui agli artt. 17 e 40 l. n. 47/1985, la funzione deterrente di pratiche abusivistiche-speculative, invero già assolta dall'operatività dei principi generali che informano la sanzione della nullità di diritto comune: in questo senso, allora, la funzione caratterizzante ed assorbente della nullità urbanistica è la tutela dell'ulteriore interesse dell'acquirente a conoscere direttamente in atto la condizione urbanistica del bene acquistato; interesse, però, che verrebbe meno - e con esso la giustificazione stessa della nullità formale - se l'oggetto di tale conoscenza non esistesse.

In altri termini, la nullità urbanistica non svolge propriamente quella funzione preventiva che si è ricordata, ma, imponendo al dante causa anche l'obbligo di menzionare gli estremi del titolo abilitativo edilizio, "*contribuisce ad aumentare (e non a fondare!) il grado di tutela dell'interesse generale contro l'abusivismo edilizio, a cui è già preordinata la nullità di fonte codicistica*".

La nullità del contratto avente ad oggetto un immobile abusivo non discenderebbe allora dalla violazione degli artt. 17 e 40 della legge 47/85 ma dal sistema codicistico e dagli effetti che lo stesso ricollega alla illiceità o alla impossibilità dell'oggetto.

Resta da intendersi anche sulle categorie appena richiamate della illiceità e dell'impossibilità che vengono sovente richiamate anche dalla giurisprudenza richiamate insieme, quasi nella consapevolezza che sia arduo delimitare il confine fra "*illiceità*" e "*impossibilità giuridica*" dell'oggetto del contratto.

Certo non è possibile addentrarsi in un tema che da solo meriterebbe molto più tempo e soprattutto ben altri relatori. In questa sede basti ricordare che la dottrina pare costantemente orientata nel senso che il bene in sé e per sé considerato non può essere mai considerato illecito, perché ciò che la legge vieta non è il bene ma l'agire negoziale che vede coinvolto quel bene. Ed anche la giurisprudenza ha mostrato di condividere tale impostazione, proprio in ordine alla compravendita di fabbricati abusivi.

La dottrina<sup>14</sup> ha proprio messo in evidenza come l'ipotesi delle cd. "nullità sostanziali" della legge 47/85 siano riportabili sia alla categoria dell'illiceità quanto a quella della impossibilità giuridica.

<sup>11</sup> Secondo l'interpretazione da ultimo espressa in Cass., 25.1.2007, n. 1626, su [www.newslex.it](http://www.newslex.it)

<sup>12</sup> Secondo la tesi di DONISI, *Sulla circolazione giuridica dei fabbricati abusivi*, in *Ricerche di diritto civile*, Napoli, 1979, 98.

<sup>13</sup> LA MARCA, op. cit., 703

<sup>14</sup> LUMINOSO, *La Compravendita*, Torino, 2011, 78.



E la dottrina prevalente e la giurisprudenza mostrano però di prediligere quest'ultima raffigurazione, della impossibilità giuridica, connotata dalla inidoneità del bene ad essere dedotto come oggetto del contratto, impossibilità peraltro opportunamente qualificata in dottrina come "relativa", atteso che l'impossibilità dipende anche dal tipo negoziale, in quanto il medesimo bene potrebbe essere o no dedotto quale oggetto dell'operazione economica a seconda del tipo contrattuale che la governa<sup>15</sup>. Si pensi a tal riguardo alla eccezione contenuta nell'art. 46, V comma secondo cui "le nullità di cui al presente articolo non si applicano agli atti derivanti da procedure esecutive immobiliari, individuali o concorsuali". E non si tratta solo della nullità documentale perché "l'aggiudicatario, qualora l'immobile si trovi nelle condizioni previste per il rilascio del permesso di costruire, dovrà presentare domanda di permesso in sanatoria entro centoventi giorni dalla notifica del decreto emesso dalla Autorità Giudiziaria"<sup>16</sup>.

Per completezza, occorre però qui ricordare che vi è anche incertezza in ordine alla individuazione di una nozione univoca dell'oggetto del contratto: se si intende per tale la cosa che forma oggetto della prestazione traslativa è giusto escludere una valutazione di essa in termini di liceità; ma se si ritiene<sup>17</sup> che oggetto della vendita siano "i risultati programmati, ossia l'attribuzione traslativa prevista"<sup>18</sup>, si può certo ammettere una valutazione di tale risultato, oltre che in termini di possibilità (sia materiale che giuridica) anche in termini di liceità.

Concludendo, la "nullità sostanziale" in materia edilizia, sarebbe configurabile come una nullità per impossibilità giuridica relativa dell'oggetto ex artt. 1346 e 1418, 2° comma C.C. L'art. 46 integra quella disciplina non solo prevedendo la cd "nullità documentale" ma individuando le caratteristiche dell'immobile abusivo, cioè quello realizzato in assenza di permesso di costruire (o in totale difformità) e per il quale non sia stato rilasciato o richiesto il permesso in sanatoria. E ciò costituisce riferimento normativo per l'individuazione delle fattispecie in cui trova applicazione la cd. "nullità sostanziale".

<sup>15</sup> Sull'argomento GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Tratt. Dir. Civ. e Comm.*, a cura di Cicu – Messineo – Mengoni, Milano, 1995, 375 ss.

<sup>16</sup> A tale nozione si riferisce spesso la giurisprudenza, la quale ad esempio ha ritenuto nullo per impossibilità giuridica il contratto di locazione relativo a beni che per essere situati in una particolare zona possono avere solo una certa destinazione e non un'altra (Cass. 24313 del 2008) oppure la locazione ad uso commerciale di un immobile dichiarato agibile dalla pubblica amministrazione (Cass. 2886/2007).

<sup>17</sup> LUMINOSO, *op. cit.*, 79

<sup>18</sup> LUMINOSO, *op. loc. cit.*

Da notare che, come esattamente rileva Luminoso, il ricorso alla categoria dell'impossibilità giuridica non è senza rilievo. Basti, a tal fine, pensare agli effetti dell'applicazione della regola (art. 1347 c.c) secondo la quale l'impossibilità dell'oggetto non nuoce alla validità del contratto sottoposto a termine o condizione ove l'impossibilità venga meno prima della scadenza del termine o dell'avveramento della condizione.

Riportare nel giusto ambito la categoria della "nullità sostanziale" che per la giurisprudenza appare implicitamente evocata dalle disposizioni del TU e della legge 47, consente di affrontare altri temi di enorme importanza e sui quali anche il nuovo orientamento giurisprudenziale perviene o sembra pervenire a conclusioni affatto appaganti.

Mi riferisco in particolare alla apparente confusione che traspare in alcune pronunce fra abuso edilizio e irregolarità edilizia; al rapporto fra l'area dell'invalidità e quella dell'inadempimento contrattuale, alla applicabilità dell'art. 46 T.U. ai contratti preliminari. E mi riferisco anche alla applicazione dell'art. 47 del T.U. secondo il quale "il ricevimento e l'autenticazione da parte dei notai di atti nulli previsti dagli articoli 46 e 30 e non convalidabili costituisce violazione dell'art. 28 della legge 16 febbraio 1913, n. 89 e successive modificazioni e comporta l'applicazione delle sanzioni previste dalla legge medesima". Ritenerne che la ricordata "nullità sostanziale" trovi il proprio fondamento nella disciplina generale della nullità, conferma il principio che la responsabilità del notaio può sussistere solo in presenza di una nullità documentale, che è l'unica che trova il suo fondamento nell'art. 46 del T.U., responsabilità fra l'altro esclusa quando, nonostante la mancanza delle menzioni, l'atto sarebbe comunque convalidabile. Ove si concepisse la disciplina del T.U. come fonte non solo della mera nullità documentale, ma anche di quella cd. sostanziale, si dovrebbe coerentemente ritenere sussistente la violazione dell'art. 28 ove formi oggetto dell'atto un immobile sostanzialmente abusivo. Soluzione questa evidentemente paradossale, atteso che "dal notaio non sono esigibili altro che controlli estrinseci circa l'esistenza di dichiarazioni"<sup>19</sup>.

Fatta questa distinzione fra la nullità attinente agli aspetti formali dell'atto e quelli sostanziali attinenti alla commerciabilità o meno del bene, resta da chiedersi quale sia l'ambito della cd "nullità sostanziale".

Il grado di difformità fra il titolo abilitativo e l'opera realizzata può avere diverse intensità, che,

<sup>19</sup> GAMBARO, *op. cit.*, p. 386



se rimaniamo nell'ambito delle irregolarità di maggiore gravità, si esprimono nel linguaggio del legislatore nella totale assenza del titolo, della totale o parziale difformità ed infine nella variazione essenziale; differenziazione a cui la legge connette sanzioni differenti, di natura amministrativa, nonché, nei casi più gravi, di natura penale ed anche sotto il profilo civilistico.

Da quest'ultimo punto di vista, la dottrina (soprattutto di estrazione notarile) è pervenuta alla conclusione che l'incommerciabilità del bene non derivi dalla variazione essenziale o dalla parziale difformità rispetto al progetto, ma sia limitata ai casi in cui si riscontri l'assenza di titolo abilitativo o la totale difformità da esso.

Innanzitutto c'è da chiedersi se sia legittimo estendere la sanzione della incommerciabilità anche alla fattispecie della totale difformità.

Ricordiamo al riguardo che per l'art. 31, comma primo del testo unico sull'edilizia (D.P.R. n. 380 del 2001) *“sono interventi eseguiti in totale difformità dal permesso di costruire quelli che comportano la realizzazione di un organismo edilizio integralmente diverso per caratteristiche tipologiche, planivolumetriche o di utilizzazione da quello oggetto del permesso stesso, ovvero l'esecuzione di volumi edilizi oltre i limiti indicati nel progetto e tali da costituire un organismo edilizio o parte di esso con specifica rilevanza ed autonomamente utilizzabile”*.

Nell'interpretare questa norma la Cassazione penale ha sempre parlato di *“organismo con specifica rilevanza ed autonomamente utilizzabile”*<sup>20</sup>; oppure di *“corpo autonomamente utilizzabile caratterizzato dal requisito della specifica rilevanza”*<sup>21</sup>

Anche se vi sono opinioni in senso contrario, crediamo che una sostanziale equiparazione fra mancanza e totale difformità dal titolo si imponga.

Ciò sia da un punto di vista strutturale, atteso che l'opera prevista dal 31 1° comma è totalmente diversa da quella assentita e quindi il permesso rilasciato ha previsto la realizzazione di un'opera del tutto diversa da quella venuta ad esistenza; sia sotto il profilo delle delle sanzioni amministrative, considerato che in entrambi i casi opera l'ordine di demolizione e, in caso d'inottemperanza, l'acquisizione gratuita al patrimonio del Comune.

Si comprende perciò come per la maggior parte degli interpreti, la totale difformità –che, lo si ricorda, presuppone l'esistenza di un permesso di costruire da cui l'opera realizzata però si differenzi in modo radicale - costituisca un abuso da tenere in considerazione e da valutare alla stessa stregua di un abuso

derivante dalla mancanza assoluta di permesso di costruire<sup>22</sup>.

Questa conclusione che la sanzione civilistica si applichi solo alla assenza di titolo abilitativo o alla totale difformità da esso, con conseguente esclusione delle altre tipologie di abuso, merita essere certamente condivisa. E ciò per molteplici considerazioni.

- innanzi tutto, per il tenore letterale dell'art. 46 del TU (e precedentemente degli artt. 17 e 40 della legge 47/85. E' vero che abbiamo sostenuto fin qui che la nullità sostanziale non è disciplinata dalla norma sopra ricordata, perché essa discende dalla illiceità o dalla impossibilità giuridica dell'oggetto della negoziazione. Ciò però non toglie che quella norma costituisca comunque un sicuro indice normativo anche per

<sup>22</sup> Sulle varie tipologie di abuso edilizio e sulle relative sanzioni cfr. RIZZI, *Testo unico, nuovo condono edilizio e attività negoziale*, Milano, 2004. Vedi anche RIZZI, *Terzo condono edilizio: formalità redazionali con istanza di sanatoria in itinere*, in *Banca Dati del Notariato*; ID. *Menzioni urbanistiche e validità degli atti notarili*, in *Banca Dati del Notariato*; CASU – RAITI, *Condono edilizio e attività negoziale*, Milano, 1999, 40 ss.; CASU, *In tema di modifica di destinazione d'uso funzionale*, in *Consiglio Nazionale del Notariato, Studi e Materiali*, VI, Milano, 2001, 977. Sulla configurazione della categoria della “difformità totale” cfr. Cass. pen., 5 giugno 1986 n. 4918, in *Riv. giur. edilizia*, 1988, 206, per la quale è configurabile la contravvenzione di costruzione in totale difformità dalla concessione, soltanto quando venga realizzato un organismo edilizio integralmente diverso da quello previsto, per caratteristiche tipologiche, planivolumetriche o di utilizzazione. Cass. pen., 23 aprile 1990, n. 5891, in *Riv. giur. edilizia*, 1991, 1185 che riconduce la totale difformità dalla concessione edilizia al caso in cui vi sia eccedenza volumetrica, creazione di un organismo edilizio o di parte di esso, quando ricorra una rilevanza specifica dell'opera e una sua autonoma utilizzabilità; per Cass. pen., 2 dicembre 1997, n. 11044, il mutamento abusivo di destinazione di uso di un immobile preesistente, va equiparato al fatto della realizzazione di una costruzione edilizia in assenza della richiesta concessione allorché esso non sia puramente funzionale, ma si verifichi attraverso opere strutturali che comportino una totale modificazione del realizzato rispetto al previsto che sia urbanisticamente rilevante; v. anche Cass. 31 gennaio 2011, n. 2187, in *Riv. giur. edilizia*, 2011, 457, con nota di DE TILLA, *Nullità dell'appalto per l'esecuzione di opere in difformità rispetto alla concessione edilizia*. Per CASU - LOMONACO, *Risposta a Quesito n. 553-2008/C*, cit., come solo in presenza di un abuso maggiore, che consiste o nella costruzione dal nulla di un intero edificio, oppure, nel caso di edificio già esistente, nella creazione di una parte del tutto autonoma di esso, tale cioè da poter essere commercializzata autonomamente dalla restante parte e non come porzione inscindibile o perché fisicamente aggregata al resto si avrebbe l'incommerciabilità del bene. Sarebbe, invece, commerciabile (ma con i dovuti chiarimenti che fanno carico al notaio diligente, nell'interesse di una chiara e trasparente informazione delle parti) un immobile interessato da un abuso non primario, sul presupposto che in tal caso l'atto sarebbe valido e sarebbe a rischio soltanto il bene, che manterrebbe in tal caso la sua irregolarità urbanistica.

<sup>20</sup> Cass. pen., 23 maggio 1997, n. 6875

<sup>21</sup> Cass. pen., 19 maggio 1986, n. 4918.



- l'individuazione dell'ambito della nullità sostanziale.
- In secondo luogo, perché un confine normativo all'area della incommerciabilità deve essere certo, se non si vuole rischiare di ledere irragionevolmente l'interesse (anche questo di carattere generale) alla certa e sicura circolazione dei diritti reali immobiliari;
  - Perché infine, allargando l'ambito della cd. "nullità sostanziale" rischierebbe di crearsi una asimmetria fra sanzione civilistica della nullità e sanzioni amministrative: beni che in quanto oggetto di abusi non primari non sarebbero suscettibili di demolizione, ma nello stesso tempo non potrebbero essere negoziati; beni cioè che sarebbero suscettibili di godimento ma insuscettibili di negoziazione.

Ecco quindi che non sarà ogni, anche minima, irregolarità del bene a determinare l'invalidità del negozio giuridico dispositivo, ma solo quella che si traduca in una non riferibilità del provvedimento al bene negoziato. E' non è dubbio che l'affermazione di un limite certo alla categoria della incommerciabilità debba avvenire con forza, soprattutto considerando le conclusioni cui sono pervenute alcune sentenze recenti dei giudici di legittimità che lasciano il dubbio all'interprete che ogni irregolarità urbanistica e, quindi, ogni scostamento rilevante tra quanto autorizzato e quanto realizzato determini, nei fatti, l'incommerciabilità del bene.

E' ovvio peraltro che la circostanza che l'atto non sia affetto da nullità non esclude la rilevanza della difformità dell'immobile oggetto di negoziazione rispetto al titolo abilitativo, poiché è evidente che la funzione che deve essere fornita al cittadino consiste nell'acquisto di un immobile che sia idoneo all'uso a cui deve essere destinato e che non sia affetto da vizi che possano pregiudicarne il valore. Vero è però che dobbiamo abbandonare il campo dell'invalidità negoziale per spostarci in quello dell'inadempimento della obbligazione.

Si tratta a questo punto di capire qual è la reazione che l'ordinamento offre al privato che abbia acquistato un immobile che presenti delle difformità edilizie ascrivibili appunto all'area dell'inadempimento contrattuale.

Non si possono al riguardo che evocare l'istituto della garanzia per vizi ex art. 1490 c.c., l'ipotesi della cosa gravata da oneri cui fa cenno l'art. 1489 e la fattispecie dell'evizione parziale ex art. 1489 c.c..

In proposito la Suprema Corte ha da tempo adottato una posizione precisa<sup>23</sup>, ritenendo che «*in ipotesi di compravendita di costruzione realizzata in difformità della licenza edilizia non è ravvisabile un vizio della cosa, non vertendosi in tema di anomalie strutturali del bene, ma trova applicazione l'art. 1489 cod. civ., in materia di oneri e diritti altrui gravanti sulla cosa medesima, sempre che detta difformità non sia stata dichiarata nel contratto o, comunque, non sia conosciuta dal compratore al tempo dell'acquisto, ed altresì persista il potere repressivo della P.A. [...]*».

In altre parole, mentre il vizio di cui all'art. 1490 c.c. costituisce «*un'imperfezione materiale della cosa che incide sulla sua utilizzabilità o sul suo valore*»<sup>24</sup> l'"onere" cui fa cenno l'art. 1489 c.c. corrisponde invece ad un concetto molto più ampio e generico tale da poter ricomprendere al suo interno «*tutti quei vincoli che derivano o possono derivare da limitazioni di natura privatistica o pubblicistica al godimento del bene*»<sup>25</sup>.

Tale interpretazione dell'onere risponde pienamente alla finalità dell'art. 1489 c.c., consistente nella tutela del compratore a fronte di qualsivoglia peso - non apparente, né tantomeno dichiarato dal venditore al momento della stipula del contratto (pur gravando sul bene già da epoca antecedente alla vendita) - che comporti «*inesattezza giuridica dell'attribuzione traslativa*»<sup>26</sup>.

Ciò porta a ritenere che, qualora a seguito del contratto, l'irregolarità del bene comporti l'applicazione di una sanzione pecuniaria o impedisca ad esempio la facoltà di intervenire sul bene con un nuovo intervento edilizio, ricorrerà la fattispecie dell'art. 1489, primo comma, che prevede che «*se la cosa venduta è gravata da oneri o da diritti reali o personali non apparenti che ne diminuiscono il libero godimento e non sono stati dichiarati nel contratto, il compratore che non ne abbia avuto conoscenza può domandare la risoluzione del contratto oppure una riduzione del prezzo secondo la disposizione dell'articolo 1480*».

Anzi, in una recente pronuncia, il Tribunale di Trieste<sup>27</sup>, con allontanandosi dall'orientamento espresso anche di recente dalla Cassazione<sup>28</sup> - che

<sup>23</sup> Cass., 28 febbraio 2007, n. 4786, in *I Contratti*, 2007, 674 ss.

<sup>24</sup> BIANCA, *La vendita e la permuta*, 2a ed., Torino, 1993, 885;

<sup>25</sup> GABRIELLI, *Evizione, garanzia e la teoria dei vizi del diritto*, in *Giur. it.*, 1985, I, 1513; RUBINO, *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* Cicu-Messineo, Milano, 1971, 697 s..

Sull'argomento vedi anche FRENDA, *Commento a Trib. Trieste*, 10 aprile 2013, in *I Contratti*, 2013, 659

<sup>26</sup> BIANCA, op. cit. 775

<sup>27</sup> Trib. Trieste, 10 aprile 2013, in *I Contratti*, 2013, 659, con nota di FRENDA.

<sup>28</sup> Cass., 6 marzo 2012, n. 3464, in *Nuova Giur. civ. comm.*,





aveva negato che gli oneri derivanti da procedimenti di condono edilizio determinassero una limitazione del godimento del bene - ammette il principio secondo cui anche la sola esistenza del potere repressivo della pubblica amministrazione è di per sé idonea ad integrare la fattispecie ex art. 1489 c.c., sempre che della presenza degli abusi edilizi il venditore non abbia messo al corrente il compratore all'atto della vendita, né che essi risultassero conoscibili a quest'ultimo senza necessità di indagini in tale direzione.

Occorre però anche precisare che l'irregolarità edilizia appare in grado anche di evocare la fattispecie prevista dal combinato degli artt. 1480 e 1484, quella cioè della "evizione parziale", che ricorre laddove la limitazione preesistente alla vendita del bene porti l'acquirente alla successiva perdita della proprietà di una parte di esso. Può infatti succedere che, stipulato il contratto di vendita, la sanzione si concretizzi in un provvedimento amministrativo o giudiziale che ordini la parziale demolizione del bene.

Chiare in questo senso le parole di Rubino secondo cui ciò che consente di distinguere tra evizione parziale e garanzia per l'esistenza di oneri sul bene, è l'effettiva perdita parziale della proprietà della cosa compravenduta: «a considerarla evizione è decisivo e sufficiente il fatto che ora al compratore non rimane semplicemente diminuito il contenuto del diritto, cioè preclusa una delle facoltà normalmente comprese nella proprietà, come invece accade nell'ipotesi dell'art. 1489, ma viene radicalmente tolta la stessa proprietà (di tutto l'immobile o di una parte di questo), e di fronte a ciò non ha importanza quale sia stata la causa della perdita, purché anteriore alla vendita»<sup>29</sup>.

Anche in giurisprudenza si è tenuta presente la differenza delle fattispecie.

Così la Cassazione<sup>30</sup> ha ritenuto che in ipotesi di costruzione realizzata in difformità dalla licenza edilizia (nella specie trasformazione di una soffitta in locali abitabili) «non è ravvisabile un vizio della cosa, non vertendosi in tema di anomalie strutturali del bene, ma trova applicazione l'art. 1489 c.c., in materia di oneri e diritti altrui gravanti sulla cosa

*medesima, sempre che detta difformità non sia stata dichiarata nel contratto o comunque non sia conosciuta dal compratore al tempo dell'acquisto ed altresì persista il potere repressivo della p.a. (adozione di sanzione pecuniaria o ordine di demolizione), tanto da determinare deprezzamento o minore commerciabilità dell'immobile; nel concorso di tali condizioni, pertanto, deve riconoscersi all'acquirente la facoltà di chiedere la riduzione del prezzo, ancorché l'amministrazione non abbia ancora esercitato detto potere repressivo (salva restando, per il caso in cui venga impartito ed eseguito l'ordine di demolizione, l'operatività della disposizione degli artt. 1483 e 1484 c.c. circa l'evizione totale o parziale).*

Ma quale disciplina applicare allora al caso, non infrequente, in cui il compratore, per evitare la demolizione parziale, corrisponda una sanzione pecuniaria o, se ne ricorrono i presupposti, corrisponda una oblazione per ottenere un titolo abilitativo in sanatoria?

Convieni forse seguire l'insegnamento tradizionale della giurisprudenza della Cassazione e di Rubino: se non si realizza la demolizione del bene (e dunque la perdita parziale del diritto) siamo fuori della fattispecie dell'evizione e risulta comunque applicabile l'art. 1489 c.c., in materia di oneri e diritti altrui gravanti sulla cosa medesima, sempre che detta difformità non sia stata dichiarata nel contratto o comunque non sia conosciuta dal compratore al tempo dell'acquisto.

A ben vedere poi il risultato pratico non è molto diverso, perché sia nella fattispecie dell'art. 1489 che della cd "evizione parziale" la tutela della parte acquirente si concretizza sia la riduzione del prezzo di acquisto sia il risarcimento del danno sofferto.

È pur vero, che l'art. 1489 c.c. fa riferimento solo alla «riduzione del prezzo» e non anche di «risarcimento del danno»; ma è anche vero che l'art. 1489 si richiama espressamente, sul punto, «alla disposizione di cui all'art. 1480 c.c.». Da ciò si trae la conclusione che la norma di cui all'art. 1489 c.c. non intendesse privare il compratore dalla tutela risarcitoria. Conclusione quest'ultima verso cui peraltro propende la giurisprudenza dominante<sup>31</sup>.

A questo punto del ragionamento occorre chiedersi quando un immobile possa effettivamente definirsi irregolare: quando esso non è la fedele esecuzione delle tavole di progetto? E quando dunque la non conformità rispetto al titolo abilitativo diviene effettivamente un vizio, tale da legittimare il ricorso alla

2012, 891 ss., in cui la fattispecie era costituita da una compravendita di un immobile costruito in assenza di permesso di costruire ma per il quale era già in corso, al momento del trasferimento di proprietà, un procedimento di sanatoria per condono, di cui soltanto alcuni degli oneri di urbanizzazione erano stati già pagati dal venditore, senza che però quest'ultimo desse avviso al compratore che la procedura di sanatoria non era giunta a conclusione.

<sup>29</sup> RUBINO, op. cit.

<sup>30</sup> Cass., Sez. II, 23 ottobre 1991, n. 11218

<sup>31</sup> Cfr. per tutte Cass., 20 febbraio 1982, n. 1068



tutela risarcitoria o risolutoria per la parte acquirente?

Esclusa la possibilità di configurare la sanzione della nullità (quella sostanziale) al di fuori dei casi di assenza del titolo abilitativo o di realizzazione di un'opera totalmente difforme dal titolo abilitativo, occorre verificare quando la difformità dell'opera dal titolo determini l'applicazione della disciplina in materia di vizi della cosa o della cosa gravata da oneri o della evizione parziale.

E' evidente infatti che da un lato è necessario che, anche al di fuori dell'ambito della invalidità, l'acquirente non possa rimanere privo di tutela, ma dall'altro occorre che tale difformità abbia una qualche rilevanza tale da poter incidere sulla situazione soggettiva della parte acquirente che si vede limitato (per effetto della difformità del bene) il proprio diritto di godere del bene o la propria facoltà di disporre di esso.

Sul punto non si possono che richiamare ancora i principi dell'ordinamento in ordine alla disciplina dei vizi della cosa (che sono rilevanti quando rendono la cosa inidonea all'uso a cui è destinata o ne diminuiscono in modo apprezzabile il valore. Cfr. 1490), alla cosa gravata da oneri (che ne diminuiscono il libero godimento e non sono stati dichiarati nel contratto - 1489), alla rilevanza dell'inadempimento, che, a norma dell'art. 1455 non deve essere di scarsa importanza.

In breve l'inadempimento per essere tale deve essere "rilevante" e nelle fattispecie di cui stiamo parlando, non scaturisce quindi dalla difformità in sé della realtà esecutiva rispetto al titolo abilitativo, ma dagli effetti di tale difformità, i quali per essere rilevanti o sono tali da determinare l'applicazioni di sanzioni da parte della p.a. oppure devono limitarne l'uso o il valore dell'immobile.

Per l'applicabilità di sanzioni già si è detto e si è ricordato come la giurisprudenza ha ricondotto tale fattispecie a quella disciplinata dall'art. 1489.

Ma quando la non conformità incide sul valore e sull'uso dell'immobile?

Certamente nel caso in cui l'intervento irregolare pregiudichi l'abitabilità dell'immobile, perché ad esempio non sussiste più il cd "rapporto aereo-illuminante" previsto dagli strumenti urbanistici.

Ma, sempre per rimanere sul pratico, sembra dover si ascrivere all'area dell'inadempimento rilevante anche quella difformità che impedisce di fatto un successivo intervento edilizio a causa dell'impossibilità di attestazione della conformità stessa dell'edificio.

Qui ci si rende davvero conto dell'importanza di interventi anche regolamentari in materia<sup>32</sup> che, definendo le fattispecie di interventi "che non necessitano di alcun atto di sanatoria", hanno il grande merito di tentare di individuare un confine, all'interno delle ipotesi di cd "non conformità", fra ciò che è effettivamente rilevante ai fini della futura piena godibilità dell'immobile e ciò che non lo è.

Un ultimo quesito: per quali categorie di negozi giuridici si pone il problema dell'eventuale nullità formale o sostanziale? In particolare la disciplina in questione trova applicazione anche al contratto preliminare di atto ad effetti reali?

Il tema dell'applicabilità della disciplina degli artt. 17 e 40 della legge 47 prima e dell'art. 46 del T.U. al contratto preliminare, risolto in maniera tranquillizzante in senso negativo sia dalla giurisprudenza che dalla maggioranza della dottrina, è divenuto oggetto di rinnovato interesse a seguito di alcune pronunce della giurisprudenza di legittimità.

In particolare Cass., sez. II, 17 ottobre 2013, n. 23591 afferma che « il contratto preliminare di vendita di un immobile irregolare dal punto di vista urbanistico è nullo per la comminatoria di cui all'art. 40, secondo comma, della legge 28 febbraio 1985, n. 47, che, sebbene riferita agli atti di trasferimento con immediata efficacia reale, si estende al preliminare, con efficacia meramente obbligatoria, in quanto avente ad oggetto la stipulazione di un contratto definitivo nullo per contrarietà a norma imperativa ».<sup>33</sup>

<sup>32</sup> Come quello che il Consiglio Comunale di Firenze ha adottato con la delibera n. 40 del 2012, con la quale è stato modificato l'art. 9/bis del Regolamento Edilizio comunale, con l'inserimento di un secondo comma per esplicitare le fattispecie di interventi che non necessitano di alcun atto a sanatoria, che consistono nelle opere realizzate in corso di edificazione, in variante al titolo abilitativo, nei casi i cui si verificano una serie di requisiti (edificio realizzato in forza di Licenza edilizia e provvisto di Certificato di abitabilità/agibilità ed uso ai sensi del R.D. 27 Luglio 1934 nr. 1265; opere realizzate in corso di edificazione in variante alla Licenza ultimate prima dell'entrata in vigore della L. 10/77 e diverse da quelle classificabili come in totale difformità ai sensi dell'art. 7 della L. 47/85; opere interne riconducibili a quelle definite all'art. 26 L.R. 47/85 eseguite prima della sua entrata in vigore (rif. art. 48 della L. 47/85, e circolare del Min. LL.PP. 18/07/1986, nr. 3466/25); opere interne ex art. 26 L.R. 47/85 per le quali sia mancato il deposito della dovuta relazione, eseguite successivamente alla sua entrata in vigore e fino al termine della sua vigenza, che si assume alla data del 10 gennaio 1997 (corrispondente a quella dell'ordinanza comunale 122/1997, con la quale è stato sancito il superamento del particolare regime ex art. 26 della L. 47/85, per effetto della L. 662/96); lievi difformità dal titolo abilitativo, nei limiti di cui all'art. 139, comma 4, L.R. 1/2005; opere riconducibili a quelle escluse da sanzionamento ex art. 142 comma 1 della L.R. 1/05)

<sup>33</sup> Ancora, in tal senso, Cass. Sez. II, 17 dicembre 2013, n. 28194 che cassa App. Firenze 23 novembre 2006. In senso del



Viene fatto allora di domandarsi: come mai la Cassazione, di fronte al tenore letterale dell'art. 46 T.U. "gli atti fra vivi (...) aventi per oggetto trasferimento o costituzione o scioglimento della comunione di diritti reali (...)", ad una dottrina sostanzialmente orientata in modo unitario in una direzione opposta e ad una giurisprudenza anche di legittimità che ha sempre limitato l'applicazione di quella norma ai contratti a effetti reali, la seconda sezione della Cassazione si incammina nella direzione dell'invalidità del contratto preliminare per violazione della predetta norma?

Un recente studio del Consiglio Nazionale del Notariato<sup>34</sup>, nel tentativo di trovare una risposta a questi interrogativi, si domanda se vi siano altre disposizioni nell'ordinamento giuridico che potrebbero inficiare la validità del contratto preliminare avente a oggetto un immobile abusivo e, al riguardo, evoca la disposizione dell'art. 15 della legge n. 10 del 28 gennaio 1977 che, nel prevedere la nullità degli atti ove da essi non risulti che l'acquirente era a conoscenza della mancanza della concessione, si riferisce genericamente agli "atti giuridici". Termine questo che la giurisprudenza aveva sempre interpretato come riferibile anche al contratto preliminare<sup>35</sup>. Ma lo stesso studio offre alla domanda che lo stesso si è posto una risposta negativa rilevando che -anche a prescindere dalla considerazione che l'applicazione di questa disciplina, peraltro, non impedirebbe la stipulazione di un contratto (preliminare) avente a oggetto un immobile abusivo, ma

---

tutto diverso invece altra sentenza, ma della sezione III, Cass. Sez. III, 19 dicembre 2013, n. 28456 (Conferma Trib. Catania, 5 aprile 2006) che invece afferma che "La sanzione della nullità prevista dall'art. 40 della legge 28 febbraio 1985, n. 47 con riferimento a vicende negoziali relative ad immobili privi della necessaria concessione edificatoria, trova applicazione nei soli contratti con effetti traslativi e non anche con riguardo ai contratti con efficacia obbligatoria, quale il preliminare di vendita, come si desume dal tenore letterale della norma, nonché dalla circostanza che successivamente al contratto preliminare può intervenire la concessione in sanatoria degli abusi edilizi commessi o essere prodotta la dichiarazione prevista dalla stessa norma, ove si tratti di immobili costruiti anteriormente al primo settembre 1967, con la conseguenza che in queste ipotesi rimane esclusa la sanzione di nullità per il successivo contratto definitivo di vendita, ovvero si può far luogo alla pronuncia di sentenza ex articolo 2932 c.c.".

<sup>34</sup> UFFICIO STUDI, *Segnalazioni novità giurisprudenziali. Contratto preliminare e normativa urbanistica. Gli ultimi orientamenti della cassazione*, 2014.

<sup>35</sup> Per l'applicabilità dell'art. 15 della legge n. 10 del 28 febbraio 1977 cfr. Cass. 6 ottobre 2005, n. 19467 che si riferisce ad un preliminare di vendita era stato stipulato nel 1980, in piena vigenza, quindi, della L. n. 10 del 28 gennaio 1977; Cass. 1 settembre 1997, n. 8335; Cass. 6 agosto 2001, n. 10831; Cass. 24 maggio 2011, n. 11391, da ultimo Cass., 30 gennaio 2013, n. 2204.

imporrebbe semplicemente, ai fini della validità dell'atto che il (promittente) acquirente fosse a conoscenza dell'abuso e ciò risultasse dall'atto, in questo dimostrando di voler proteggere essenzialmente l'interesse della parte (promittente) acquirente a un consapevole acquisto- è assorbente la considerazione che una specie di ultrattività della detta norma (ritenuta unanimemente abrogata dalla legge 47) a favore della quale certa giurisprudenza sembrava aver limitato è stata superata da mutamento di prospettiva della Suprema Corte che ha correttamente rilevato l'inapplicabilità dell'art. 15 della legge n. 10 del 28 gennaio 1977 a un contratto successivo alla legge n. 47 del 28 febbraio 1985, trattandosi di disciplina ormai abrogata.

Anche l'art. 6 del d.lgs. n. 122 del 20 giugno 2005, che impone che i contratti a esso soggetti, tra cui spesso vi potranno essere dei preliminari, contengano gli estremi del permesso di costruire o della sua richiesta se non ancora rilasciato, nonché di ogni altro titolo, denuncia o provvedimento abilitativo alla costruzione, non sembra offrire una risposta utile trattandosi di una disposizione che risponde a finalità del tutto diverse rispetto a quelle della disciplina urbanistica.

Il discorso della Cassazione forse merita di essere approfondito e in questo non può prescindere dal collegamento con l'altro mutamento di indirizzo della giurisprudenza: quello nella direzione della configurabilità di una nullità oltre che formale anche sostanziale, su cui ci siamo sopra soffermati.

Cosa afferma dunque la terza sezione della Cassazione?

- a) innanzitutto formula un principio di diritto affermando che « la legge 47 del 1985, per contrastare il fenomeno dell'abusivismo edilizio, ha sancito la nullità della compravendita di immobili abusivi, tanto da prevedere la nullità anche solo per la mancata indicazione degli estremi della concessione, ove in fatto esistente. A maggior ragione quindi l'atto è nullo se l'immobile è abusivo e se gli estremi della concessione sono fittizi ». Dunque, secondo la Cassazione, gli artt. 17 e 40 della legge 47/85 non prevedono una nullità solo formale ma anche sostanziale, con la conseguenza che la vendita di un immobile privo di permesso di costruire è nulla.



- b) Prende atto che la questione delle conseguenze dell'alienazione di immobili affetti da irregolarità urbanistiche, non sanate e non sanabili, è stata finora risolta dalla Corte sul piano dell'inadempimento ed esamina molti precedenti della stessa Corte in senso contrario.
- c) Afferma che dalla "non perfetta formulazione" dell'art. 17 si può trarre la conclusione che nella legge 47 si afferma il principio generale della nullità (di carattere sostanziale) degli atti di trasferimento non in regola con la disciplina urbanistica, cui si aggiunge la nullità (di carattere formale) per gli atti di trasferimento di immobili in regola con la disciplina urbanistica o di cui è in corso la regolarizzazione, ove tali circostanze non risultino dall'atto stesso.
- d) Statuisce che "il fatto che l'art. 40, comma 2, cit., faccia riferimento agli atti di trasferimento, cioè agli atti che hanno una efficacia reale immediata, mentre il contratto preliminare di cui si discute abbia efficacia meramente obbligatoria non elimina dal punto di vista logico che non può essere valido il contratto preliminare il quale abbia ad oggetto la stipulazione di un contratto nullo per contrarietà alla legge".
- e) Del resto, sostiene la Corte, verrebbe frustrata la *ratio* della legge e l'intento del legislatore ove, assunta la validità del contratto in quanto presenti le menzioni formali, si consentisse alla parti, in presenza di difformità urbanistiche, di assumere l'iniziativa sul piano dell'inadempimento, che, come tale, è nella disponibilità delle parti e potrebbe essere quindi anche fatto oggetto di transazione.

Il commento del Notariato è nel senso che non sembra in realtà che alcuna delle motivazioni e dei ragionamenti effettuati dalla Suprema Corte sia di per sé idonea e determinante al fine di giustificare l'estensione ai contratti a efficacia obbligatoria delle prescrizioni dettate dal legislatore per gli atti comportanti vicende di carattere reale, concludendo che "può quindi confermarsi l'assunto iniziale, proprio della dottrina dominante e della pregressa giuri-

*sprudenza per cui, stante la lettera delle disposizioni in esame, le menzioni urbanistiche e la conseguente sanzione di nullità sono riferibili e riferiti esclusivamente ai contratti a effetti reali".*

Ciò argomentando dalla lettera della legge, da una lettura sistematica delle norme dettate in materia e dall'adeguata considerazione della *ratio* che ha spinto il legislatore a intervenire sul punto. Se, difatti - si sostiene - "la disciplina in parola appare diretta a contrastare l'abusivismo edilizio e a limitare la circolazione di diritti reali immobiliare riferiti a immobili abusivi, la *ratio* è rispettata anche ove le limitazioni vengano circoscritte ai soli contratti a effetti reali. Diversamente si finirebbe per comprimere irragionevolmente l'autonomia privata delle parti che, ad esempio, legittimamente si potrebbero impegnare a compravendere un immobile sì abusivo al momento del perfezionamento del contratto preliminare, ma da regolarizzarsi, in vista del definitivo".

Dunque, da un lato, autorevole dottrina notarile mostra di condividere che la nullità connessa alla circolazione degli immobili abusivi possa avere una connotazione non soltanto "formale", dall'altro lato, però si rileva che la disciplina dell'art. 46 T.U. non troverebbe applicazione che agli atti improduttivi di effetti reali e dunque con esclusione del preliminare i cui effetti sono solo obbligatori. Ciò perché nelle more delle conclusioni del contratto definitivo, ben potrebbe intervenire una sanatoria che renda commerciabile il bene e anche laddove ciò non sia possibile l'ambito non sarebbe quello della invalidità contrattuale ma dell'inadempimento per impossibilità della prestazione.

Sulla esattezza di tali conclusioni e sulla totale criticabilità della citata sentenza mi sia consentito di esprimere qualche perplessità.

1. Innanzitutto la sentenza non dice che al preliminare si applichino le nullità formali dipendenti dalla mancanza delle menzioni, ma che non può formare oggetto di un contratto preliminare un immobile abusivo. Ora le conclusioni che abbiamo raggiunto nel nostro discorso a proposito della nullità cd "sostanziale" è che essa non si fonda sulla prescrizione dell'art. 46 (che serve solo quale riferimento normativo di identificazione della fattispecie), ma sul generale divieto di dedurre in contratto un oggetto illecito o una prestazione giuridicamente impossibile, proprio a causa della sua incompatibilità con la disciplina normativa in materia edilizia. E allora, tornando sull'argomento a cui si era accennato, basta intendersi sull'oggetto del contratto per ricordare che non è la cosa immobile nella



sua consistenza attuale e con le eventuali difformità che la caratterizzano, ma il bene così come dedotto quale oggetto della prestazione traslativa e dunque il bene come individuato anche a seguito degli eventuali interventi o attività poste a carico del promittente alienante. Insomma una cosa è promettere in vendita un bene che non può essere in alcun modo venduto perché in-commerciabile, altra cosa è promettere in vendita un immobile in ordine al quale il promittente venditore si assuma un obbligo di adeguamento mediante demolizioni, ripristino di destinazione, eliminazione di opere abusive ecc.. In quest'ultimo caso non è dubbio che il contratto preliminare possa essere stipulato, perché oggetto di esso è un immobile regolare nella rappresentazione delle parti. Nel primo caso invece è dubbio che il bene possa essere validamente dedotto in un contratto seppur preliminare, poiché è un bene che se dedotto in contratto come oggetto di esso così com'è è sottratto al commercio giuridico. Del resto, quali sarebbero gli effetti di quel contratto: l'obbligazione di concludere un contratto vietato dalla legge? Come è pensabile che sia valido un contratto preliminare finalizzato alla conclusione di un contratto definitivo nullo per illiceità dell'oggetto o per impossibilità giuridica?

2. Del resto, dobbiamo anche richiamare anche le conclusioni della dottrina a proposito della natura giuridica e degli effetti del contratto preliminare e in ordine ai rapporti col contratto definitivo e con il rimedio della esecuzione in forma specifica. Non è certo questa la sede per ripercorrere tutta l'evoluzione degli studi in tema di contratto preliminare. Basti dire che discussione ancora ferve fra chi attribuisce al contratto definitivo una causa solutoria della obbligazione assunta col preliminare e chi inquadra il contratto definitivo come negozio autonomo (con una propria causa interna) seppur collegato al precedente contratto preliminare. Certo è che, col preliminare le parti non si obbligano alla prestazione di un "nudo consenso" ma ad una successione di prestazioni e si impegnano al compimento di una serie di attività preparatorie<sup>36</sup>. E così

<sup>36</sup> Cass., Sez. Un., 18 maggio 2006, "il contratto preliminare non è più visto come un semplice pactum de contrahendo, ma come un negozio destinato già a realizzare un assetto di interessi prodromico a quello che sarà compiutamente attuato con il definitivo, sicché il suo oggetto è non solo e non tanto un fa-

si spiega anche l'orientamento giurisprudenziale proprio in materia di costruzioni irregolari, per il quale "in una ipotesi di contratto preliminare avente ad oggetto una costruzione risultata difforme dalla licenza edilizia è applicabile l'art. 1489 che prevede la risoluzione del contratto o la riduzione del prezzo quando la cosa sia gravata da oneri o diritti reali o personali non apparenti"<sup>37</sup>. Se, infatti, si ritenesse che oggetto del preliminare è solo la prestazione di un consenso, certo non si spiegherebbe il ricorso in un caso come questo alla risoluzione per inadempimento. Ma così argomentando si perviene coerentemente a dover sostenere che la causa del preliminare di vendita è quella dell'impegno all'effetto traslativo contro l'impegno al pagamento del corrispettivo, tanto che secondo certa dottrina esso si atteggia come vendita obbligatoria i cui effetti non sono subordinati tanto semplicemente ad una nuova mera documentazione dell'accordo ma ad un accertamento della persistenza (o della venuta ad esistenza) di quelle circostanze di fatto e di diritto avute presenti dalle parti alla stipula del preliminare medesimo. Se questo accertamento avviene di norma alla stipula del definitivo nulla esclude che possa avvenire anche in occasione del giudizio instaurato con la domanda di esecuzione in forma specifica.

3. Anche per il contratto preliminare poi, evidentemente, i requisiti sono quelli previsti dall'art. 1325: l'accordo delle parti, la causa, l'oggetto e la forma. L'oggetto del contratto preliminare, seppur nei termini che si sono appena accennati, è un facere, precisamente, come si è visto, l'obbligo di concludere uno specifico contratto definitivo. I requisiti dell'oggetto sono quelli di ogni altro contratto (art. 1345): possibilità, liceità, determinatezza o determinabilità. La possibilità - ed in particolare la possibilità giuridica - è

*cere, consistente nel manifestare successivamente una volontà rigidamente predeterminata quanto alle parti e al contenuto, ma anche e soprattutto un sia pure futuro dare: la trasmissione della proprietà, che costituisce il risultato pratico avuto di mira dai contraenti. Se il bene già appartiene al promittente, i due aspetti coincidono, pur senza confondersi, ma nel caso dell'altruità rimangono distinti, appunto perchè lo scopo può essere raggiunto anche mediante il trasferimento diretto della cosa dal terzo al promissario, il quale ottiene comunque ciò che gli era dovuto, indipendentemente dall'essere stato - o non - a conoscenza della non appartenenza della cosa a chi si era obbligato ad alienargliela".*

<sup>37</sup> Cass., 6 dicembre 1984, n. 6399, in *Foro it.*, 1985, I



un requisito dunque certamente proprio anche del contratto definitivo.

E' possibile, a questo punto, elaborare alcune conclusioni.

| 178

- A mio parere, l'abbandono da parte della giurisprudenza della nullità solo formale (sempre auspicato dalla dottrina, anche notarile) impone la necessità di cogliere la "fonte" di quella nullità, che non può non rintracciarsi proprio nella incommerciabilità del bene, cioè nella impossibilità giuridica dell'oggetto disposta implicitamente dalla disciplina vincolistica contenuta nell'art. 46 del TU, ma che ha origine nella generale disciplina della nullità negoziale per impossibilità giuridica (o forse per illiceità) dell'oggetto.
- Se così è come non può formare oggetto del contratto di vendita un immobile abusivo, così deve ritenersi nullo un contratto preliminare con cui le parti si vincolino alla stipula di un contratto definitivo nullo. Questo non vuol certo dire che al preliminare si applichino le "menzioni", perché quelle attingono alla nullità formale, né occorre alcuna particolare indicazione formale in ordine ai titoli edilizi abilitativi; ma vuol dire solo che non può essere validamente dedotto come oggetto del contratto preliminare un immobile totalmente abusivo.
- Diversamente nel caso in cui il bene sia dedotto nella sua prospettiva di regolarizzazione, prevedendo nelle more o una pratica di sanatoria o l'esecuzione di opere di adeguamento necessarie a rendere l'immobile regolare. Ciò semplicemente per il fatto che l'oggetto del contratto è un bene dedotto appunto nella sua regolarità dal punto di vista edilizio. Il che è fra l'altro perfettamente coerente con ciò che si è detto in ordine alla applicabilità della regola del 1347 (possibilità sopravvenuta dell'oggetto).

Quello che invece occorre con forza affermare è che la nullità sostanziale riguarda esclusivamente le aree dell'assenza di titolo abilitativo o di totale difformità da esso. Tutte le altre irregolarità devono essere necessariamente collocate nell'ambito dell'inadempimento dell'obbligazione e ricevere adeguata regolamentazione contrattuale.





