2
2019

Fondazione Italiana del Notariato

Poste Italiane s.p.a. - Spedizione in a.p. - Aut.MBPA/LO-NO/095/Abb.Postale/2016 Periodico ROC-LO/VA

BIBLIOTECA DELLA FONDAZIONE ITALIANA DEL NOTARIATO

Rivista semestrale

ISSN 2611-4313

IL NOTARIATO COME FATTORE DI REALIZZAZIONE DELL'ORDINE SOCIALE. INVALIDITÀ E CRISI D'IMPRESA

A CURA DI MASSIMO PALAZZO

Giuffrè Francis Lefebvre

BIBLIOTECA DELLA FONDAZIONE ITALIANA DEL NOTARIATO
2019
2

IL NOTARIATO COME FATTORE DI REALIZZAZIONE DELL'ORDINE SOCIALE. INVALIDITÀ E CRISI D'IMPRESA

GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

Direttore responsabile
Antonio Delfino

Consiglio di Amministrazione

Presidente
Antonio Areniello

Vice Presidente
Alessandro Corsi

Componenti
Diego Barone
Paolo Guida
Michele Labriola
Giuseppe Montalti
Vincenzo Pappa Monteforte

Il Comitato scientifico della rivista coincide con quello della Fondazione

Coordinamento Editoriale
Emanuela Paolucci

Segreteria di redazione
Vally Cappelli

Proprietario
Fondazione Italiana del Notariato
Via Flaminia 160
00196 Roma

Stampa
Galli Edizioni S.r.l. - Varese

2

2019

Fondazione
Italiana
del Notariato

BIBLIOTECA DELLA FONDAZIONE ITALIANA DEL NOTARIATO

IL NOTARIATO COME FATTORE DI REALIZZAZIONE DELL'ORDINE SOCIALE. INVALIDITÀ E CRISI D'IMPRESA

A CURA DI MASSIMO PALAZZO

GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

Pagina introduttiva

Massimo Palazzo
Presidente Fondazione Italiana del Notariato (2014 – 2019)

Sommario: 1. Parole introduttive. – 2. Sui contenuti del volume. – 3. Sul significato culturale della collaborazione tra Fondazione Italiana del Notariato e Scuola superiore della Magistratura. – 4. Sulla necessità di un confronto e di un dialogo tra magistrati e notai. – 5. *Ultima verba*.

1. Parole introduttive

Il volume che oggi licenziamo per la stampa ordina e raccoglie le riflessioni frutto di tre importanti seminari di studio promossi dalla Fondazione Italiana del Notariato in collaborazione con la Scuola Superiore della Magistratura, su temi di attualità e di comune interesse. Il primo, sul tema *Le invalidità negoziali e le relative impugnazioni*, si è svolto nella Sala Unità d'Italia, presso la Corte di Appello di Roma, nei giorni 7 – 9 maggio 2018. Il secondo, aveva ad oggetto *Il ruolo del notaio nella crisi di impresa e la collaborazione con il giudice* e si è tenuto presso il Consiglio notarile di Roma il 28 maggio 2018. Il terzo *La separazione patrimoniale e l'autonomia privata: i problemi dibattuti (aspetti normativi, fiscali e contabili) e l'intervento della magistratura*, tenutosi a Roma il 21 e 22 maggio 2019.

Si tratta di tre segmenti di una linea di incontri di studio congiunti, sempre caratterizzati da una considerevole partecipazione di numerosi magistrati e notai. Questa linea ha preso le mosse dal convegno *Processo civile e delega di funzioni* (Consiglio notarile di Roma, 17–18 giugno 2015), i cui atti sono pubblicati nel fascicolo 2/2015 della rivista *I Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato*, ed è proseguita negli anni successivi con i convegni *Operazioni sul capitale: risanamento, responsabilità, abuso* (Consiglio notarile di Roma, 24 – 25 febbraio 2016) e *Pillole di diritto civile: corso ripasso-sorpasso in materia di successioni e diritti reali* (Consiglio notarile di Roma, 3-5 luglio 2017), per concludersi, provvisoriamente, con il *Corso sulla vendita telematica tra presente e futuro: questioni interpretative, profili gestori ed organizzativi, sistema telematico ministeriale e E-commerce*, tenuto a Torino dal 26 al 28 giugno 2019, i cui atti saranno pubblicati in un prossimo fascicolo della rivista.

Un'esperienza che non si è esaurita nelle occasioni di studio di cui si è fatto cenno ma che è proseguita nei seminari organizzati presso l'Aula Magna della Corte dalla Struttura di formazione decentrata della Corte di Cassazione su questioni

di diritto civile all'esame delle sezioni unite, ai quali hanno partecipato accanto ad accademici e magistrati qualificati notai, come ad esempio quello del 22 gennaio 2019 sulla natura formale o sostanziale delle c.d. nullità urbanistiche, cui ha fatto seguito la decisione delle sez. un. civili 22 marzo 2019, n. 8230, oppure quello del 14 novembre 2019 sulla forma del negozio fiduciario in materia immobiliare, in seguito alla ordinanza interlocutoria della sez. II del 5 agosto 2019, n. 20934.

2. Sui contenuti del volume

L'interesse degli argomenti trattati nei tre seminari (le invalidità negoziali e la crisi d'impresa) è di per sé idoneo a giustificare una pubblicazione dei contributi di studio, come si può agevolmente ricavare da una semplice lettura dell'indice di questo volume, senza che occorra in questa sede soffermarsi sulla rilevanza dei problemi affrontati, sia nella prospettiva del magistrato sia in quella del notaio e più in generale del giurista.
Preme piuttosto dedicare qualche riflessione al messaggio culturale che ha ispirato la collaborazione tra la Scuola Superiore della Magistratura e il Notariato.

3. Sul significato culturale della collaborazione tra Fondazione Italiana del Notariato e Scuola superiore della Magistratura

Nella fase storica contemporanea tanto la Magistratura quanto il Notariato, e più in generale il ceto dei giuristi, hanno dovuto prendere atto delle profonde trasformazioni del Novecento giuridico, che hanno dato volto al tempo postmoderno, successivamente alla introduzione della Costituzione repubblicana del 1948 (con la riscoperta di un compiuto pluralismo, pluralismo sociale, pluralismo giuridico[1]), ed il progressivo affermarsi della dimensione europea.
Il percorso che si avvia nei primi decenni del Novecento e si compie durante

[1] Come nota P. GROSSI, *Pluralità delle fonti del diritto e attuazione della Costituzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, 3, 776: «Pluralismo giuridico ha un solo significato: pluralità di fonti, coinvolgimento plurale nella *invenzione* del diritto, che non è più rinserrato nella volontà del *nomoteta*, ma scritto nel sostrato valoriale della comunità, dove sono chiamati a reperirlo decifrarlo registrarlo legislatori, giudici, dottrinari, notai, per non arrivare – addirittura – agli uomini di affari immersi nella prassi economica globale».

il secolo alle nostre spalle può essere compendiato nella formula di Paolo Grossi "sempre più società, sempre meno Stato", il quale, cogliendo con questa espressione l'intimo significato di una linea di tendenza, identifica il diritto, più che come strumento potestativo, come lo specchio della società civile nel suo continuo itinerario storico[2]. La linea è quella, soprattutto, dell'istituzionalismo francese e italiano (Renard, Santi Romano) con le sue affrancatorie prospettazioni pluri-ordinamentali: dalla rivoluzione culturale realizzata per l'universo giuridico dalla Costituzione repubblicana scaturisce chiara l'idea che lo Stato non esaurisce (né è in grado di esaurire) la giuridicità.

La consapevolezza guadagnata dal pensiero giuridico postmoderno e l'approdo ad una positivizzazione intesa come processo ermeneutico condiviso, riguarda anzitutto la articolazione complessa delle fonti, dunque il passaggio da una positività del diritto come solipsistico appannaggio del legislatore ad una positivizzazione come processo collettivo cui partecipano, nell'esercizio dei rispettivi uffici, una pluralità di attori: Corti di giustizia, pubbliche amministrazioni (come l'Agenzia delle entrate), professionisti ed operatori del diritto[3].

Entrata in crisi l'idea che il diritto venga posto dall'alto, secondo modalità solo autoritative, si schiude il varco anche per la rivalutazione del diritto dei privati, autentica traduzione del valore liberale dell'autonomia privata che non solo stipula contratti, ma vuole anche darsi regole di condotta, meccanismi sanzionatori, giudici privati, fino a farsi talora vero e proprio ordinamento giuridico[4].

[2] Una puntuale conferma di questo carattere della posmodernità viene da J.F. LYOTARD, *La condizione postmoderna. Rapporto sul sapere*, (1979), trad. it. di C. Formenti, Milano 1981, secondo questo studioso nell'era contemporanea non esiste una "grande narrazione" universale: bisogna coesistere riconoscendo l'esistenza di valori diversi. Nello stesso senso N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano 2017, 24: «Nella realtà del nostro tempo non vi è più un uniforme panorama assiologico; anzi le divergenze in chiave di valore sono diventate quasi un connotato individuante del nostro contesto sociale». Analogamente si esprime G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 201.

[3] G. BENEDETTI, *Fattispecie e altre figure di certezza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 1103.

[4] P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano, 2006, 279 ss.; M.R. FERRARESE, *Il diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari, 2006, 32 ss. Ma v. altresì F. MACARIO, *Autonomia privata (profili costituzionali)*, in *Enc. dir.* – Annali, vol. VIII, Milano, 2012, 65, il quale guarda al presente con aperta disponibilità a comprendere, senza prevenzioni, il senso di un itinerario in atto, distanziandosi dalle «inibizioni e ritrosie della civilistica, che inducevano a vedere nel dettato costituzionale (soltanto) un programma di politica del diritto, privo di immediata precettività», salutando con favore la odierna stagione del disgelo costituzionale, pienamente vissuta ormai anche a livello scientifico.

Entro il pluralismo giuridico varato dal rinnovamento costituzionale del 1948, si rende preziosa la funzione ordinante del notaio[5] per la realizzazione dell'ordine sociale, la cui attività professionale è fonte del diritto nel suo *cercare e trovare* nella complessità dell'esperienza giuridica, concorrendo – con una funzione nettamente promozionale – alla evoluzione del sistema giuridico.
Accanto alla prassi notarile, un altro chiaro esempio di privatizzazione del diritto contemporaneo è offerto dalla c.d. *globalizzazione giuridica*. Quest'ultima consiste in una singolare circostanza peculiare al maturo capitalismo moderno che stiamo vivendo: a fronte delle esigenze stringenti dello sviluppo economico ormai a proiezione globale e della impotenza degli ordinamenti ufficiali (statali o sovrastatali o internazionali) sono i protagonisti del mercato sempre più globale a pretendere il conio di nuovi disciplinamenti del traffico economico, di nuovi assetti e categorie giuridiche; i quali nati e consolidati nella prassi quotidiana e perciò grezzi ed informi, abbisognando di adeguati rivestimenti tecnici vengono affidati al cesello di grandi studi professionali, di grandi *law firms*. Questo *tiers ordre juridique* è stato definito *lex mercatoria*, pensando ai mercanti medievali inventori di tanti appropriati strumenti organizzativi dei loro affari a livello locale ed europeo.

In conclusione, la Costituzione, il diritto europeo[6], la globalizzazione hanno rappresentato un autentico capovolgimento della visione rigidamente verticistica cui ci ha abituato la vulgata del normativismo positivistico.

---

[5] P. GROSSI, *Sull'esperienza giuridica pos-moderna (riflessioni sull'odierno ruolo del notaio)*, in *Quaderni fiorentini*, 2018, 47, 335; ID., *Il ruolo del notaio nel tempo giuridico pos- moderno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, 2, 653 ss. R. LENZI, *La funzione notarile come fattore ordinante*, in FURGIUELE (a cura di), *Salvatore Romano*, Napoli, 2015, 387 ss. Sul punto si vedano anche il recente volume G. CONTE – M. PALAZZO (a cura di), *Crisi della legge e produzione privata del diritto, in Biblioteca della Fondazione Italiana del Notariato*, 2018, 1; P. GROSSI, *Introduzione ai lavori*; eventualmente, M. PALAZZO, *Pagina introduttiva. Autonomia privata e fonti del diritto: il ruolo del notaio*; questi due ultimi contributi possono leggersi in *Autonomia privata e fonti del diritto*; Atti del convegno tenutosi a Firenze il 16 maggio 2019, in *Biblioteca della Fondazione Italiana del Notariato*, 2019, 23 ss.

[6] Come ben argomentato nei contributi pubblicati in questo volume di F. DI CIOMMO, *Dalla giurisprudenza normativa alla giustizia del caso concreto. Il caso della frantumazione della categoria della nullità*; di G. LENER, *Il nuovo "corso" giurisprudenziale della meritevolezza degli interessi*; di G. GRASSO, *Il principio di "tipicità" delle cause di annullabilità e il problema dei c.d. "nuovi vizi del consenso"*, l'europeizzazione del diritto privato ha generato un rapporto intensamente dialettico tra unità giuridica dei diritti nazionali e singole diversità, sollecitando la scienza giuridica a disegnare principi armonicamente accomunanti. Sul tema si vedano le pagine di P. GROSSI, *Il messaggio giuridico dell'Europa e la sua vitalità: ieri, oggi, domani*, in *Contr. impr. Europa*, 2013, 681, ora ripubblicato, con altri saggi di diversi studiosi sul tema della

Oggi, le profonde trasformazioni del contesto[7] suggeriscono, o meglio impongono, una visione "ordinamentale" del diritto, intendendo con tale espressione una prospettiva che pone l'interprete all'interno della dinamica delle fonti del diritto, e individua nell'interpretazione giuridica una delle chiavi di accesso privilegiate per rendere conto in maniera adeguata dell'articolazione attuale dell'esperienza giuridica e del ruolo del giurista.

Il giudice, al pari del notaio, è collocato nell'estrema trincea dove i cittadini e le imprese chiedono soluzioni ai loro bisogni ed interessi. Il giudice ed il notaio possono corrispondere a queste richieste, unicamente se accanto all'esegesi delle norme, sappiano farsi concretamente interpreti, cioè mediatori tra fatti sopravvenuti e diritto ufficiale.

Come i saggi che di seguito pubblichiamo ampiamente confermano, oggi è il territorio extra-legale che costituisce la parte più vitale dell'ordinamento in continua trasformazione[8].

Il vecchio notaio novecentesco mero documentatore, lentamente è diventato, senza che lui lo volesse, anche artefice e compartecipe della formazione del

costituzionalizzazione del diritto privato, in G. ALPA – G. CONTE (a cura di), *Diritti e libertà fondamentali nei rapporti contrattuali*, Torino, 2018, 83 ss.

[7] Si vedano le puntuali osservazioni di A. GIUSTI, *Argomentazione giuridica e nomofilachia*, in G. CONTE – F. DI MARZIO (a cura di), *La sintesi degli atti giuridici*, Milano, 2018, 59 ss. Sia consentito rinviare anche al mio contributo Il ruolo dell'argomentazione negli atti notarili, nello stesso volume collettaneo sopra citato 219 ss. Ho successivamente sviluppato questa prospettiva in M. PALAZZO, *Pluralismo delle fonti e interpretazione: il ruolo del Notariato*, in RICCI (a cura di), *Principi, Clausole generali, argomentazione e fonti del diritto*, Milano, 2018, 319-342.

[8] Si vedano le acute riflessioni di P. GROSSI, *Il ruolo del notaio nel tempo giuridico pos-moderno*, cit., 653 ss.; eventualmente, M. PALAZZO, *La funzione del notaio al tempo di internet*, Milano, 2017, 40. È forse necessaria, però, una netta precisazione, e ciò al fine di evitare possibili fraintendimenti: resta cospicuo il ruolo dello Stato come principale produttore di diritto, ed è indiscutibile il ruolo della legge per aree dell'esperienza strettamente collegate alla sicurezza della intiera comunità (l'esempio primario è la zona del penale, dove soltanto la legge può assicurare una certezza qui particolarmente necessaria; con l'aggiunta, tuttavia, che, oggi, questa pretesa «verità» è oggetto di problematizzazione da parte di una pensosa dottrina italiana: F. Palazzo, Fiandaca, Donini). Dunque, certamente ruolo cospicuo, ma altrettanto certamente ruolo non esclusivo. Lo Stato, persona giuridica per eccellenza, è una organizzazione di poteri che, grazie alla forza legittima nelle sue mani, riesce a mantenere quella sicurezza di cui i cittadini hanno bisogno per esercitare i loro diritti e per svolgere la loro azione sul piano personale e sociale. È per questo che non si può non riconoscere ad esso una primazìa all'interno della Repubblica; perché è, senza dubbio, l'ordinamento necessario per garantire una pacifica convivenza, ed è senza dubbio il prevalente, il più massiccio, il più vistoso con le sue innumerevoli manifestazioni. Ma c'è – per così dire: al di sopra – una realtà autenticamente pluralistica, ed è la Repubblica, da intendersi come la proiezione socio-politico-giuridica di una comunità che esprime in essa la propria complessità sociale e, di conseguenza, anche la propria complessità giuridica.

diritto vivente, attraverso la propria ordinata prassi negoziale, ma sempre nella consapevolezza che è costitutivo della nostra finitezza storica il fatto che altri verranno dopo di noi e interpreteranno in modo sempre diverso.
Analoghe considerazioni devono farsi per la figura del giudice postmoderno. Nell'inchiodamento «moderno», il giudice doveva limitarsi a adattare il fatto alla norma. Oggi, con un'operazione squisitamente valutativa, egli deve comprendere il caso da risolvere e adattare la norma al fatto di vita individuàndone la più adeguata disciplina. Oggi, la sua ricerca si concretizza in una *invenzione*, in cui non è in gioco la sua lucidità deduttiva, ma piuttosto le sue qualità di intuizione e comprensione, tutte contrassegnate sul piano assiologico.
Esprime bene il rinnovato ruolo dell'interprete nell'attuale tempo pos-moderno anche quel canone interpretativo che chiamiamo comunemente «interpretazione conforme a Costituzione» e che trova la sua origine in una sentenza della Corte costituzionale del 1994, dove era relatore un magistrato di grande spessore culturale, Renato Granata, che sarebbe poi stato un non dimenticabile presidente. È noto il dibattito che c'è su questo canone, e che è – talora – assai acceso con sostenitori convinti e con oppositori altrettanto convinti. Io credo che questa apertura sia da vedere in perfetta coerenza con le esigenze attuali di maggiori responsabilità dell'interprete e, soprattutto, del giudice e del notaio, pur nella evidente diversità dei ruoli. Se così è, la si deve salutare come un passo innanzi nell'itinerario dello sviluppo odierno del diritto in un Paese (come il nostro) di *civil law*, un itinerario segnato, come si diceva più sopra, da uno spostamento durevole dell'asse portante dell'ordine giuridico dalla legge, dal comando, agli interpreti; si allarga il novero dei protagonisti del giudizio di costituzionalità con un più ampio coinvolgimento dei giudici ordinari nell'ingranaggio della giustizia costituzionale. E una più forte responsabilità grava sulle loro spalle, conseguenza della fiducia che ripone in loro la struttura sociale.

4. Sulla necessità di un confronto e di un dialogo tra magistrati e notai

Il quadro delle radicali trasformazioni avvenute nel secondo Novecento, sopra sommariamente tratteggiato, rende evidente la necessità, e non solo la mera opportunità, di un coinvolgimento dei notai, ad un comune banco di lavoro con i magistrati e l'Accademia, la necessità di un confronto e di un dialogo. Dialogo del quale, nel diritto contemporaneo, caratterizzato, ad avviso di taluno, dalla morte delle competenze, se non addirittura dalla "fine dei giuristi", si avverte, oggi più di ieri, la fertilità.

Inevitabilmente, ciascuno di noi ha un osservatorio "particolare", legato alle proprie conoscenze, competenze, convinzioni ideologiche in senso ampio. Il confronto ed il dialogo servono appunto a capire che – mutando la prospettiva – il nostro oggetto conoscitivo può assumere una diversa fisionomia.
Questo emerge non solo dagli studi sulla prospettiva di Filippo Brunelleschi, dai quali è agevole trarre la convinzione che mutando l'angolo di osservazione muta anche la percezione del nostro oggetto conoscitivo e quindi l'ulteriore convinzione che ognuno di noi, collocandosi in un preciso punto di osservazione, non può prescindere dal dialogo e dal confronto. Solo la dialettica inter-professionale e interdisciplinare è in grado di far percepire che esistono altri, e talora più validi, punti di osservazione in cui "sostare" al fine di censire e di elaborare i fenomeni che la realtà sociale, nella sua dirompente complessità, incessantemente sottopone alla lente del giurista.
Ma la necessità di interrogarsi insieme, ascoltare le diverse voci e poi scegliere la soluzione più congrua, deriva in modo ancor più evidente dalla riflessione dell'ermeneutica de-costruttiva gadameriana, secondo la quale il testo normativo non è realtà autosufficiente ma, al contrario, ha compiutezza solo attraverso l'interpretazione/applicazione, che immerge la regola nel flusso della storia quotidiana[9].
Se il perno del processo nomopoietico, non è più il testo immobile, nella sua fissità cartacea, ma il soggetto interpretante, è necessario che l'interprete abbia consapevolezza e controllo delle sue "pre-comprensioni". Tanto più nella fase attuale dell'esperienza connotata da un panorama assiologico non uniforme;

[9] H.G. GADAMER, (1900 – 2002), considerato uno dei maggiori studiosi dell'ermeneutica, afferma, muovendo dalla fenomenologia di Husserl e dall'esistenzialismo di Martin Heidegger, che la comprensione non rappresenta una forma di conoscenza, ma un modo di essere dell'Esserci, per cui l'essere sviluppa la capacità del poter essere, del poter conoscere, del poter affrontare determinate situazioni. Secondo Gadamer l'ermeneutica, intesa come dottrina dell'interpretazione dei testi, va ben oltre la mera spiegazione di un testo: essa mira alla comprensione di una struttura di senso, senza inseguire una verità obiettivamente prefissata, ma lasciando la parola alla realtà che si nasconde in tali strutture di senso. Quindi l'interpretazione non cerca di stabilire oggettivamente qualcosa di certo e predefinito, ma di portare alla luce il senso celato nelle costruzioni umane. «La comprensione è il carattere ontologico originario della vita umana stessa». Gadamer opera dunque un rivolgimento rinnovatore, del quale possiamo riassumere alcune conclusioni degne di essere meditate: *a*) il testo non è una realtà autosufficiente; b) l'interpretazione non è atto passivo meramente ricognitivo, ma è *comprensione* e, quindi, *mediazione* fra *testo*, immobile nel suo passato prossimo o remoto, e la *attualità* dell'interprete; c) l'interpretazione è una fase interna al processo di produzione del diritto, che lo compie e lo conclude rendèndolo vivo con la immersione nel concreto della vita quotidiana; d) il naturale protagonismo dell'interprete. Cfr. H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, (1965), trad. it., Milano, 1975, 307.

anzi, le divergenze in chiave di valore sono diventate quasi un tratto caratteristico individuante del nostro contesto sociale.
Quando il giurista (il giudice, il funzionario amministrativo, l'avvocato, il notaro o lo scienziato del diritto) si accosta ad una disposizione giuridica per comprenderne il contenuto, è sempre guidato da una precomprensione, detta anche «aspettativa di senso» (*Sinnerwartung*), *vale a dire da una prefigurazione di quanto la disposizione prescrive (significato) e della situazione di fatto che essa regola (riferimento)*. La precomprensione dipende da pre-giudizi di cui ciascuno di noi è inevitabilmente portatore.
Un'interpretazione può dirsi corretta o adeguata, infatti, non alla luce dei suoi risultati, ma in virtù dei suoi presupposti. Riprendendo le parole di Martin Heidegger, il problema della corretta interpretazione non si risolve uscendo dalla circolarità del comprendere, per controllarne dall'esterno la legittimità, ma «entrando [nel circolo] nel modo corretto» (*in ihn nach der rechten Weise hineinzukommen*)[10].
Una coscienza ermeneuticamente educata, dovrebbe intendere oggi l'interpretazione non come pura esegesi di un diritto bello e fatto ed ontologicamente dato, ma neppure con riferimento ad uno stato mentale soggettivo, e dunque discrezionale o arbitrario, dell'interprete, bensì come una *prassi istituzionale* alla quale prendono parte, direttamente o indirettamente, una pluralità di soggetti. Tale prassi consiste nel formulare delle ipotesi in ordine alla soluzione di una questione controversa, e nel vagliare dette ipotesi, in modo da selezionare:
– sia il significato pertinente ed adeguato al contesto delle disposizioni normative scelte per disciplinare il caso;
– sia il significato fatti giuridicamente rilevanti, che non sono mai grezzi eventi naturali ma accadimenti problematici.

5. *Ultima verba*

Per le molteplici ragioni che ho cercato di lumeggiare in queste modeste riflessioni, la Fondazione Italiana del Notariato è grata al Consiglio direttivo della Scuola superiore della Magistratura per queste occasioni di confronto ed orgogliosa di offrire agli studiosi ed agli operatori questo ampio materiale studio, frutto di un fertile dialogo tra magistrati, accademici e notai.

[10] M. HEIDEGGER, *Sein und Zeit* , Berlin, 1927, § 32, 153. Nella sua traduzione di *Sein und Zeit*, pubblicata da Longanesi nel 1970, Pietro Chiodi rende questo celebre passo con «l'importante non sta nell'uscir fuori dal circolo, *ma nello starvi dentro nella maniera giusta*» (194).

Desideriamo quindi rivolgere un sentito ringraziamento a tutti coloro che hanno contribuito alla progettazione dei seminari, alla loro realizzazione ed alla elaborazione dei materiali raccolti nel volume. Un ringraziamento particolare alla dottoressa Emanuela Paolucci e alla dottoressa Vally Cappelli della Fondazione per la preziosa e competente collaborazione, ai Magistrati responsabili dei corsi dottoressa Francesca Ceroni e dottoressa Luisa De Renzis, ai Magistrati referenti della formazione decentrata dottoressa Cecilia Bernardo e dottor Guido Romano.

Indice

FRANCESCO DI CIOMMO
Dalla giurisprudenza normativa alla giustizia del caso concreto. Il caso della frantumazione della categoria della nullità negoziale 13

CLAUDIO SCOGNAMIGLIO
La responsabilità, anche disciplinare, per la conclusione di un contratto nullo 39

VITO GUGLIELMI
La responsabilità, anche disciplinare, per la conclusione di un contratto nullo 57

GIORGIO LENER
La meritevolezza degli interessi nella recente elaborazione giurisprudenziale 69

GIANLUCA GRASSO
La "tipicità" delle cause di annullabilità e i "nuovi vizi del consenso" 97

SERENA MEUCCI
("Nuovi") vizi del consenso e disciplina della concorrenza 121

FRANCESCO TERRUSI
Il mutuo fondiario in misura eccedente il limite di finanziabilità: le ragioni della nullità secondo l'attuale assetto giurisprudenziale 135

MARGHERITA MONTE
Orientamenti giurisprudenziali sui rimedi invalidanti nei contratti "derivati finanziari" 147

LUIGI D'ALESSANDRO
Riflessioni sul divieto dei patti successori 159

ANGELO TURCO
Le nullità speciali nella disciplina catastale ed urbanistica 175

DANIELE U. SANTOSUOSSO
Esercizio delle professioni liberali e gestione della crisi di impresa 227

VINCENZO GUNNELLA
Accordi di ristrutturazione e loro attuazione giuridica: il ruolo del notaio 243

MARCO MALTONI
L'aumento di capitale nelle società in concordato preventivo: alcune riflessioni sistematiche 263

LUCA PROVARONI
L'operazione di conferimento nell'ambito del concordato preventivo 275

DANIELE MURITANO
Il trust *in funzione successoria* 285

ANGELO DI SAPIO
Separazione patrimoniale e tutela del credito ex *art. 2929*-bis *c.c.: la massima* nemo liberalis, nisi liberatus *e i* trust *a causa di solidarietà orizzontale e a causa familiare* 305

Dalla giurisprudenza normativa alla giustizia del caso concreto. Il caso della frantumazione della categoria della nullità negoziale[1]

Francesco Di Ciommo
Ordinario di Diritto privato, Università Luiss Guido Carli

Un ordinamento non in grado di garantire certezza di diritto, prevedibilità degli esiti dei processi e applicazione uniforme delle regole risulta inefficiente sul piano economico e non può dirsi giusto. Alcuni recenti arresti della Cassazione in tema di nullità negoziale appaiono emblematici delle criticità che caratterizzano attualmente la giurisprudenza civile italiana, autoproclamatasi (a Costituzione invariata) prima "normativa" e poi "creativa", ma che oggi, smarrita ogni aspirazione sistematica, sembra piegata alla mera ricerca della giustizia del caso concreto.

A system that is not able to guarantee sufficient legal certainty, predictability of the results of trials and uniform application of the rules is not inefficient in economic terms and can not be said to be right. The way in which the Corte di Cassazione has dealt with the contract nullity in recent years appears emblematic of the criticalities currently characterizing the Italian civil jurisprudence: self-proclaimed (without change of the Constitution) first "normative" and then "creative", but as of now, in the absence of any systematic aspiration, ben to the mere search for justice in the concrete case.

[1] Il presente scritto, in differenti versioni, è stato pubblicato: con il titolo *Può la giustizia essere ingiusta? Dalla giurisprudenza normativa alla giustizia del caso concreto, tra (in)certezza del diritto, imprevedibilità delle soluzioni, liquidità dei rapporti giuridici e dubbi di costituzionalità. Scritto in onore di Roberto Pardolesi*, in DI CIOMMO – TROIANO (a cura di), *Il diritto liquido: giurisprudenza e autorità indipendenti nel (c'era una volta?) sistema delle fonti. Studi in onore di Roberto Pardolesi*, Roma, 2018, 127; e con il titolo *Sulla giustizia ingiusta* (dalla giurisprudenza normativa alla giustizia del caso concreto), in *Foro it.*, 2018, parte V, 315.

Sommario: 1. Art. 3 Cost. e (in)certezza del diritto. – 2. Il diritto come interpretazione e la giurisprudenza creativa. – 3. Diritto pretorio, giustizia del caso concreto e (in)certezza/(im) prevedibilità del diritto: dubbi di costituzionalità. – 4. Un caso emblematico: la frantumazione della categoria della nullità. – 5. Conclusione. Un'ipotesi di lavoro.

1. Art. 3 Cost. e certezza del diritto

"La legge è uguale per tutti" afferma solennemente il principio esposto in molte aule di giustizia italiane, ed espresso nell'art. 3 della nostra Costituzione e nell'art. 7 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo. Del resto, se non fosse uguale per tutti, la legge non potrebbe aspirare ad essere giusta in quanto il presupposto necessario, se pure (ovviamente) non sufficiente, perché una norma giuridica sia tale consiste proprio nel fatto che essa non si presti ad essere applicata, a parità di condizioni, in modo diverso da caso a caso.
Inoltre, se difettasse del requisito in parola, la legge impedirebbe ai consociati di adeguare in modo efficace il proprio comportamento ai precetti normativi, in quanto, in assenza di certezze *ex ante* circa l'applicazione di una data regola ad un dato individuo o in un dato caso, nessuno saprebbe esattamente cosa fare, o non fare, per comportarsi in modo rispettoso dell'ordinamento giuridico o, più in generale, per determinare o evitare a suo carico la produzione di certi effetti giuridici piuttosto che altri. Con buona pace della funzione essenziale propria delle regole giuridiche che, per l'appunto, è quella di indirizzare i comportamenti sociali rappresentando ai consociati obblighi, divieti e raccomandazioni.
Come appare evidente da quanto appena cennato, perché il principio in parola non risulti disatteso, a dover essere uguale per tutti non è la legge in quanto tale, intesa nel senso di mera formulazione del precetto, bensì la sua applicazione pratica. Rilievo questo che consente di apprezzare, altresì, come il discorso sia intimamente collegato a quello sulla certezza del diritto giacché, per un verso, se la legge non fosse necessariamente da applicare in modo uguale per tutti i consociati, come già cennato, si determinerebbero inevitabili incertezze nella percezione che questi ultimi hanno dei precetti normativi, e per altro verso, se il precetto risultasse incerto nel suo contenuto, o comunque si prestasse ad una varietà di interpretazioni, va da sé che nella pratica esso rischierebbe di venire applicato in modo non "uguale" da caso a caso.
In estrema sintesi, dunque, può dirsi che l'incertezza costituisce un fattore altamente critico per gli ordinamenti giuridici anche perché rende inattuabile il principio (in Italia, così come in tutti i Paesi evoluti, costituzionalizzato) per cui tutti i consociati sono eguali di fronte alla legge e la legge deve applicarsi allo stesso moto per tutti i consociati. Con le conseguenze – facilmente immaginabili

– anche in termini di (in)efficacia delle regole giuridiche sul piano sociale ed (in)efficienza delle stesse sul piano dei rapporti economici[2].
È appena il caso di precisare che si fa qui riferimento all'incertezza in senso proprio, da non confondere con la fisiologica imprevedibilità interpretativa ed applicativa del diritto[3]. Infatti, come noto, in ambito giuridico il principio di certezza, anche a prescindere dai condizionamenti negativi a cui è esposto, può essere tutelato e apprezzato solo in misura parziale e graduabile, visto che la certezza del diritto è, in senso assoluto, un ideale irrealizzabile.
Di tutto ciò sembrano – se pure solo in una certa misura – consapevoli le sezioni unite della Suprema Corte, che infatti nell'ordinanza n. 23675 del 6 novembre 2014[4] (Pres. Rovelli, Est. Di Iasi), chiamate (da un'ordinanza interlocutoria della sesta sezione) nuovamente ad esprimersi circa il momento in cui si determina la litispendenza a fronte di un giudizio avviato con la notifica di una citazione, hanno avvertito la necessità di precisare, in apertura di motivazione, che «la salvaguardia dell'unità e della "stabilità" della interpretazione giurisprudenziale (massimamente di quella del giudice di legittimità e, in essa, di quella delle sezioni unite), è oramai da considerare – specie […] in riguardo all'art. 374 c.p.c. e all'introduzione dell'art. 360-*bis* c.p.c. – alla stregua di un criterio legale di interpretazione giuridica. Non l'unico certo e neppure quello su ogni altro prevalente, ma di sicuro un criterio di assoluto rilievo. Occorre, dunque, per derogarvi, che ci siano delle buone ragioni. E quando si tratta delle norme processuali, occorre che vi siano ottime ragioni […] posto che, soprattutto in tale ambito, la "conoscenza" delle regole (quindi, a monte, l'affidabilità, prevedibilità ed uniformità della relativa interpretazione) costituisce imprescindibile presupposto di uguaglianza tra i cittadini e di "giustizia" del processo medesimo».

[2] Cfr., *ex multis*, F. DI CIOMMO, *Efficienza allocativa e teoria giuridica del contratto. Contributo allo studio dell'autonomia negoziale*, Torino, 2012; nonché, per una chiara trattazione del legame esistente tra certezza del diritto e tradizione filosofica individualistico-liberale, R. CUBEDDU, *Politica e certezza*, Napoli, 2000. Cfr., inoltre, per riflessioni più datate, ma ancora di grande interesse, v. M. CORSALE, *La certezza del diritto*, Milano, 1970; e F. LÒPEZ DE ONATE, *La certezza del diritto*, Milano, 1968.
[3] Ovviamente, anche il principio per il quale la "legge è uguale per tutti" va intenso – rectius, non può che intendersi – in senso relativo. A questo proposito, ad esempio, P. Calamandrei (citato in M. CAPPELLETTI, *Giustizia e società*, Milano, 1972, 11) osservava sagacemente: «"La legge è uguale per tutti" è una bella frase che rincuora il povero, quando la vede scritta sopra le teste dei giudici, sulla parete di fondo delle aule giudiziarie; ma quando si accorge che, per invocar la uguaglianza della legge a sua difesa, è indispensabile l'aiuto di quella ricchezza che gli non ha, allora quella frase gli sembra una beffa alla sua miseria».
[4] In *Foro it*., Rep. 2014, voce *Competenza civile*, n. 85

Per poi proseguire il discorso fino ad osservare che: «Certo alla giurisprudenza va riconosciuta una importante funzione di aggiornamento, adattamento e adeguamento delle norme, che può presentare profili innovativi, quindi (nei limiti e nei termini dell'adeguamento suddetto) in certa misura "creativi", ed indubbiamente la natura interpretativa dell'attività giurisprudenziale si configura come legittimazione costituzionale delle relative espressioni innovative, essendo proprio la differenza tra interpretazione e "mera dichiarazione" (secondo l'utopia illuministica del giudice "*bouche de la loi*") ciò che spiega – e giustifica – l'innovazione giurisprudenziale quale connotato proprio – naturale e non eversivo – della giurisdizione, senza determinare, al contempo, confusioni tra quest'ultima e la legislazione. Ma i problemi reali posti da questo carattere intrinseco all'esercizio della giurisdizione quando esso determina una svolta giurisprudenziale involgono considerazioni di ampio respiro ed impongono "valutazioni di sistema", specie quando l'interpretazione abbia ad oggetto norme processuali ed il *revirement* riguardi un precedente, peraltro recente, della Corte di cassazione, e, più precisamente, della più elevata espressione dell'attività nomofilattica considerata dall'ordinamento, cioè le sezioni unite della Corte medesima. È per questo che la "creatività" dell'interpretazione giurisprudenziale deve interpellare il senso di misura e soprattutto il senso di responsabilità dell'interprete, dovendo, al di là delle convinzioni tecnico-giuridiche soggettive dei singoli giudici o dei singoli collegi, essere sempre considerati i parametri della "giustizia" del processo – prima ancora che delle singole regole che lo informano – intesa come valore tendenzialmente condiviso»[5].

Sul punto è tornata ad esprimersi la Cassazione anche più di recente, ed in particolare con la (ancora inedita) sentenza n. 92 del 4 gennaio 2018 (sez. lav., Pres. Nobile, Est Amendola), che, richiamando il precedente delle sezioni unite del 2014, ribadisce come «la certezza del diritto e l'affidamento sulla tendenziale stabilità dei principi di diritto» vadano senz'altro difesi come valori primari, e sottolinea che «il principio costituzionale per il quale il giudice è soggetto soltanto alla legge – e non ai precedenti – è necessariamente bilanciato dal principio di eguaglianza, che vuole tutti uguali davanti alla legge, coniugato con il principio della "unità del diritto oggettivo nazionale" (articolo 65 Ord. Giud.)».

[5] Le sezioni unite chiudono il ragionamento sulla fondamentale questione affermando che: «Un *overruling* delle sezioni unite in materia processuale può pertanto essere giustificato solo quando l'interpretazione fornita dal precedente in materia risulti manifestamente arbitraria e pretestuosa e/o comunque dia luogo (eventualmente anche a seguito di mutamenti intervenuti nella legislazione o nella società) a risultati disfunzionali, irrazionali o "ingiusti"».

Parole forti come argini, pesanti come pietre, chiare come acqua sorgiva cristallina.

Ma siamo nell'epoca del diritto liquido (forse, in qualche modo figlio del pensiero debole)[6]. O, in altri termini, del diritto vivente. Che, per l'appunto, "vive" nel guizzo del magistrato decisore e, troppo spesso riducendo alla quasi irrilevanza la "fattispecie" normativa[7], muta al mutare delle condizioni date nel caso concreto, della sensibilità dell'interprete e, in particolare, del concetto di giustizia a cui quest'ultimo accede. Sicché il flusso (sempre più debordante) di provvedimenti giudiziari innovativi, originali (o quanto meno assai riccamente motivati, il che spesso è un bene, ma nei dovuti limiti[8]), e che in ogni caso si auto-propongono agli operatori del diritto quali nuovi *leading case*, supera ogni argine, travolge (o comunque scorre incurante di) ogni pietra e contamina ogni teorica purezza di un diritto che sembra aver smarrito persino l'aspirazione a risultare chiaro.

E tutto ciò in spregio anche alla funzione nomofilattica affidata dall'ordinamento alla Suprema Corte, la quale quotidianamente afferma principi giuridici di fondamentale importanza, ma anche, e contemporaneamente, principi ad essi esattamente, e specularmente, contrari, e con quelli incompatibili, così, a dispetto dei buoni propositi, alimentando l'incertezza del diritto e l'imprevedibilità dell'esito dei processi, in ciò, a volte, assistita anche dalla Corte Costituzionale[9].

[6] Il concetto di liquidità, dopo essere stato variamente applicato alla filosofia e alla sociologia (per tutti v. Z. BAUMAN, *Liquid modernity*, Camrbidge (UK), 1999, trad. it. *Modernità liquida*, Roma-Bari, 2011), più di recente è stato utilizzato anche per definire il "modo" di essere – tanto continuamente mutevole da risultare costantemente indefinito – del diritto dei nostri giorni. Cfr., tra gli altri, G. MESSINA, *Diritto liquido? La* governance *come nuovo paradigma della politica e del diritto*, Milano, 2012; e M.A. QUIROZ VITALE, *op. cit*. In filosofia, come noto, il concetto di "pensiero debole", in contrapposizione al "pensiero forte", è stato teorizzato per la prima volta in G. VATTIMO – A. ROVATTI, *Il pensiero debole*, Milano, 1995.

[7] Sul tema, *ex multis*, v. da ultimo A. CATAUDELLA, *Nota breve sulla fattispecie*, in *Riv. dir. civ*., 2015, 245; N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, cit.; ID., *"Calcolabilità" weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ*., 2014, 987; e A. CATAUDELLA, *L'uso abusivo dei principi*, id., 2014, 747.

[8] Anche sul tema della motivazione dei provvedimenti giudiziali, val la pena di rinviare, *ex ceteris*, al citato dibattito ospitato dal *Foro italiano* nel 2013 e sorto attorno alla riflessione di G.M. BERRUTI su *La dottrina delle corti*.

[9] Emblematico è il caso della caparra confirmatoria. Ed infatti, come noto – secondo le ordinanze della Corte Costituzionale 24 ottobre 2013, n. 248 (in *Foro it*., 2014, I, 382, con osservazioni di F.P. PATTI), e 2 aprile 2014, n. 77 (ibid., 2035, con note critiche di E. SCODITTI, *Il diritto dei contratti fra costruzione giuridica e interpretazione adeguatrice*, R. PARDOLESI, *Un nuovo superpotere giudiziario: la buona fede adeguatrice e demolitoria*, e G. LENER, *Quale sorte per la caparra confirmatoria manifestamente eccessiva?*) – è inammissibile la questione di legittimità

2. Il diritto come interpretazione e la giurisprudenza creativa

Il discorso sin qui appena cennato meriterebbe una trattazione ben più vasta, anche in ragione del fatto che il tema risulta di stringente attualità.
Soprattutto nell'ordinamento giuridico italiano, infatti, l'evoluzione del rapporto tra formanti di matrice legislativa e formanti di matrice giurisprudenziale – come già avvertito – è giunta, di recente, ad un livello tale per cui comunemente si discorre (anche negli arresti della Suprema Corte di Cassazione e della Corte costituzionale) di "diritto vivente", "giurisprudenza normativa" e finanche di "giurisprudenza creativa"[10]. Volendo sottolineare, attraverso l'uso di tali locuzioni, come il formante pretorio, constatata la crisi in cui versano, anche in ragione della contaminazione europea, le fonti di carattere legislativo – e più in generale il diritto (soprattutto il diritto civile[11]) quale strumento di gestione dei

costituzionale dell'art. 1385, 2° comma, c.c., nella parte in cui la norma non consente di ridurre la caparra confirmatoria, e ciò in quanto di fronte ad un regolamento di interessi non equo e gravemente sbilanciato in danno di una parte, quale la previsione di una caparra manifestamente eccessiva, il giudice comune dovrebbe – a dire del Giudice delle Leggi – d'ufficio rilevare la nullità della clausola per contrasto con l'art. 2 Cost. in combinato disposto con il canone della buona fede.

A tale (a parer mio, non condivisibile) risultato, nelle citate due pronunce dalla motivazione (a dir poco) sintetica e sibillina, la Corte è pervenuta attraverso un'interpretazione adeguatrice del combinato disposto degli art. 1385 e 1418 c.c. e del precetto costituzionale di solidarietà sancito dall'art. 2 Cost., ed inoltre (almeno per quanto sembra) riconducendo la questione della proporzionalità del regolamento alle regole di validità dell'atto, e dunque al campo della fattispecie. Sennonché, la Cassazione, con la sentenza n. 22567 del 4 novembre 2015 (Pres. Forte, Es. Nappi; in *Foro it*., 2016, I, 2505, con nota di E. SCODITTI, ma anche in *Contratti*, 2016, 561, con nota di S. FOTI), ha preso le distanze da tale impostazione ed ha affermato (condivisibilmente) che lo squilibrio contrattuale, come tale, non costituisce materia sussumibile nella fattispecie legale e, più in particolare, che lo squilibrio, anche notevole, delle prestazioni non priva di causa il contratto di scambio, ma semmai, e alle condizioni previste dalle legge, rileva ai fini dell'applicazione degli istituti della rescissione, dell'annullamento per dolo e quant'altro, fermo restando che l'iniquità del contratto determinata da una condotta riprovevole della parte che si avvantaggia delle condizioni inique costituisce ipotesi sulla quale il giudice può intervenire perché, per l'appunto, c'è stato il comportamento illecito, in quanto riprovevole, di una parte a danno dell'altra.

[10] Cfr., per tutti, già E. RESTA, *Diritto vivente*, Roma-Bari, 2008; ma v. anche S. EVANGELISTA – G. CANZIO, *Corte di Cassazione e diritto vivente*, in *Foro it*., 2005, V, 3; e da ultimo R. RORDORF, *Pluralità delle giurisdizioni ed unitarietà del diritto vivente: una proposta*, id., 2017, V, 123 e ss.

[11] Di crisi (declinata in termini di "eclissi") della scienza giuridica, e in particolare della scienza privatistica, parla C. CASTRONOVO, *L'eclissi del diritto civile*, Milano, 2015; Cfr. il bel dialogo sulla riflessione di Castronovo svolto tra S. Mazzamuto, A. Di Majo, G. Terranova, A. Gentili, G. Benedetti e L. Nivarra ed ospitato su *Europa e dir. priv*., 2016, 1133 e ss. Sulla medesima

rapporti sociali basato sulla logica della predeterminazione della regola e della prevedibilità della soluzione – abbia oramai acquisito in Italia una identità del tutto nuova rivendicando ed assumendo su di sé il compito di creare diritto. E ciò – giova ribadirlo – non solo laddove vi siano lacune o evidenti contraddizioni del dato normativo positivo, ma anche in qualsiasi altro caso in cui quest'ultimo non appaia, al giudice del caso concreto, offrire una soluzione "equa", "giusta" (in materia di obbligazioni, si fa ricorso anche ai concetti di "equilibrio" e "simmetria") o, in altri termini, "ragionevole", e cioè asseritamente conforme ai principi e/o ai valori fondamentali dell'ordinamento.

Chi scrive ha già avuto modo di esprimere, nel 2010, le proprie perplessità rispetto a questa deriva. In particolare, giova qui rinviare al commento svolto alla sentenza della Cassazione (terza sezione civile) n. 10741 del 11 maggio 2009 (Pres. Varrone, Rel. Spagna Musso)[12], con la quale, per la prima volta[13], i giudici di legittimità rivendicavano espressamente l'esistenza della «giurisprudenza normativa» osservando che il nostro ordinamento, tradizionalmente di *civil law*, si sta(va) evolvendo verso il modello di *common law*[14] (a costituzione e

riflessione, v. anche V. CALDERAI, *L'eclissi in una luce diversa. Considerazioni sullo statuto epistemologico dei concetti giuridici nell'epoca del diritto post-nazionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1621. Sulla crisi del diritto privato, e delle sue categorie, *ex multis*, v. di recente anche F.D. BUSNELLI, *Quale futuro per le categorie del diritto civile?*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 1; e in termini diversi N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013; e M. PENNALISICO, *Le categorie del diritto civile tra metodo e storia*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1246. Per riflessioni più datate, ma ancora attuali, cfr. E. SEVERINO – N. IRTI, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2001; e, se consentito, F. DI CIOMMO, *Civiltà tecnologica, mercato e insicurezza: la responsabilità del diritto*, in F. RUSCELLO (a cura di), *Scritti in onore di Davide Messinetti*, Napoli, 19, e in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010; nonché ID., *Internet e crisi del diritto privato tra globalizzazione, dematerializzazione e anonimato virtuale*, id., 2003, 117.

[12] Il commento, intitolato *Giurisprudenza-normativa e ruolo del giudice nell'ordinamento italiano*, è pubblicato in *Foro it.*, 2010, I, 157. Sulla stessa sentenza, sempre di F. DI CIOMMO, v. anche *Giurisprudenza normativa e "diritto a non nascere se non sano". La Corte di Cassazione in vena di* revirement*?*, in *Danno e resp.*, 2010, 1125.

[13] Sul piano logico, possono considerarsi come precursori della sentenza del 2009 due importanti arresti pretori di circa 20 anni prima. Si tratta delle sentenze di Cassazione n. 434 del 18 gennaio 1999 e n. 10514 del 22 ottobre 1998, in *Foro it.*, 1999, I, 1889, con note di M. Fabiani (c. 1891) e M. De Cristofaro (c. 1912), con le quali la Suprema Corte ha "spostato" il sindacato di legittimità sul giudizio di merito applicativo di norme c.d. elastiche dal n. 5 al n. 3 dell'art. 360, comma 1, c.p.c. E ciò in ragione della constatazione che il giudice di merito, quando applica norme elastiche, svolge una vera e propria attività di integrazione o sub-normazione delle disposizioni di legge, sicché, a detta della Suprema Corte, il sindacato di legittima su tale attività svolta dal giudice di merito consiste nel verificare che quest'ultimo non abbia debordato rispetto ai «principi di civiltà giuridica» espressa dalla stessa Cassazione.

[14] Nel fare riferimento ai sistemi di *common law* la Suprema Corte sembra non considerare che

codici di rito invariati, si intende!), e tutto ciò per arrivare ad affermare – in senso assolutamente innovativo rispetto anche alla giurisprudenza precedente e, soprattutto, in distonia con quanto espressamente previsto dall'art. 1 del codice civile – che il concepito (e cioè l'individuo che vive nel ventre materno ma non è ancora nato) può essere riconosciuto titolare di alcuni diritti soggettivi delle personalità[15].

Con buona pace dell'art. 101 Cost., secondo il quale – necessita ricordarlo – il giudice è soggetto alla legge.

«Una norma terribile» – quest'ultima, secondo G.M. Berruti (il riferimento è ancora al saggio, già citato, intitolato "*La dottrina delle corti*") – «per la sua caratura utopistica e per la sua modernità». E ciò in quanto, secondo l'autorevole magistrato, «è certamente utopistico promettere ai cittadini che i giudici che si occuperanno della loro libertà e dei loro beni, in una parola dei loro diritti, saranno sempre tanto "altro da sé" da risultare in ogni caso interpreti, anche creativi, ma tuttavia della legge, cioè di una volontà politica più alta della decisione giudiziaria. Ma è assai moderno promettere che la dipendenza dalla legge funzioni come antidoto all'arbitrio del giudice e mantenga la sovranità del legislatore». Ed ancora: «Solo chi ignora tutto dell'applicazione della legge può pensare al processo come ad un meccanismo in cui ogni esito è prevedibile, magari in base ai precedenti. Qualunque tesi ha la sua antitesi. E nessuna soluzione è certa perché nessuna posizione espressa da un avvocato è censurabile in anticipo, nemmeno sul rilievo che essa è stata altre volte disattesa. Il diritto vivente cambia con la cultura, con l'economia, con la politica».

in quelli, tradizionalmente, il giudice non è affatto creatore del diritto in quanto egli si limita, in ossequio alla teoria dichiarativa del precedente, a rinvenire il principio di diritto nell'ordinamento e ad applicarlo al caso concreto a lui sottoposto. Come è stato correttamente osservato (B. LEONI, *La libertà e la legge*, Macerata, 1994, in part. 97), infatti, «Secondo il principio inglese della *rule of law*, che è strettamente intrecciato con tutta la storia della *common law*, le norme non erano propriamente il risultato dell'esercizio della volontà arbitraria di uomini particolari. Esse sono oggetto di una indagine spassionata da parte delle corti di giustizia, proprio come le norme romane erano oggetto di una ricerca spassionata da parte dei giuristi romani cui le parti sottomettevano le loro cause».

[15] Il commento si apriva con queste parole: «I tempi cambiano, gli ordinamenti giuridici pure. Si evolvono continuamente, e sempre più rapidamente, le ragioni, i modi e le finalità delle relazioni tra uomini; emergono nuovi valori condivisi, mentre altri tramontano. Mutano, di conseguenza, le forme ed i contenuti del diritto. Nulla di nuovo sotto il sole, si dirà. Ma la sentenza in epigrafe prova che qualcosa di nuovo, anzi di epocale, sta, più o meno silenziosamente, ed inesorabilmente, avvenendo nel sistema giuridico italiano. Qualcosa che sta incidendo profondamente sulla dinamica, gli equilibri e le geometrie dei rapporti tra le fonti – o, se si preferisce, tra i formanti – dell'ordinamento e che, dunque, tocca al cuore la natura stessa del sistema e le sue prospettive di evoluzione futura».

Le espressioni di Berruti, appena riportate, rappresentano in modo plastico: da un lato, l'energia dell'argomentazione dei giudici, che, da nuovi protagonisti in scena, manifestano la determinazione di chi ritiene di essere nel giusto e la forza dell'asserita inevitabilità giustificata dalla liquidità dei mutamenti sociali in atto e dall'inerzia del legislatore; dall'altro, l'impotenza degli studiosi che, pur perplessi, non riescono ad opporre un freno alla giurisprudenza che si fa dottrina, oltre che legislatore, e che afferma l'esigenza di ragionare di giustizia del caso concreto piuttosto che di astratti principi giuridici uguali per tutti.

Tale atteggiamento pretorio si autolegittima attraverso il richiamo espresso ai suggestivi (e, in vero, assai opportuni) approdi a cui è pervenuta la dottrina civilistica più autorevole che, fin dagli anni Settanta dello scorso secolo, ha professato la costituzionalizzazione del diritto civile, e cioè l'esigenza di applicare le disposizioni normative in senso conforme ai valori e ai principi espressi dalla Carta costituzionale[16]. Esso, inoltre, appare incoraggiato e, sul piano squisitamente culturale, avallato dalle conclusioni rassegnate dagli studi più recenti, di carattere teorico generale e filosofico, circa l'interpretazione, che viene considerata, in definitiva, come essenza stessa del diritto[17].

In tal ultimo contesto, si è, infatti, diffusa l'idea che il diritto sia una pratica (ovvero un'attività, ovvero ancora un processo) sociale di carattere essenzialmente interpretativo, che dipende (anche) dall'attività dell'uomo, ma non necessariamente (e comunque, senz'altro, non solo) da un atto autoritativo di volontà e, dunque, dall'atto legislativo. In una prospettiva solo parzialmente diversa si afferma che il diritto, in sostanza, sia soprattutto argomentazione o ragionamento giuridico.

In definitiva, superata l'idea che il diritto possa avere una sua consistenza oggettiva e definitivamente archiviati i convincimenti positivistici, si ritiene oggi (in particolare, nell'ambito della concezione definita epistemologica

[16] Come ovvio, il riferimento in questo caso, tra i tanti che pure hanno propugnato l'interpretazione costituzionale del diritto civile, non può che essere P. PERLINGIERI. Cfr., a riguardo, tra le tante fondamentali opere dell'Autore, *L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il brocardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. Codice civile e la nuova scuola dell'esegesi*, Napoli, 1985; *Scuole, tendenze e metodi. Problemi di diritto civile*, Napoli, 1989; *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, I ed., 1991; P. PERLINGIERI, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, Napoli, 2004; *L'ordinamento vigente e i suoi valori. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2006; *Sulle tecniche di redazione normativa nel sistema democratico*, Napoli, 2010; *Funzione giurisdizionale e Costituzione italiana*, Napoli, 2010; e *Interpretazione e legalità costituzionale: antologia per una didattica progredita*, Napoli, 2012.

[17] Cfr., *ex ceteris*, F. VIOLA – G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 1999; nonché ID., *Le ragioni del diritto*, Bologna, 2003.

costruttivistica) che conoscere il diritto sia cosa diversa dall'apprendere descrittivamente una realtà normativa che esiste in sé ed è conoscibile oggettivamente giacché conoscere il diritto equivale a determinarne le caratteristiche e i contenuti a partire da un materiale che è solo parzialmente dato (sebbene in termini diversi, alimentano questi convincimenti, tra gli altri, Mauro Barberis, Heil MacCormik, Vittorio Villa, Francesco Viola, Giuseppe Zaccaria, Ronald Dworkin[18]).

I pensatori che condividono i presupposti teorici del c.d. "non oggettualismo" (e che, dunque, considerano il diritto non un entità dotata di oggettività, ma, per l'appunto, il prodotto dell'attività interpretativa e più in generale, della puntiforme coazione di diversi fattori in continuo divenire) accolgono, quindi, l'idea di fonte del diritto allargata che comprende tutte le ragioni che possono essere utilizzate nei processi di interpretazione e giustificazione giuridica e possono contribuire alla determinazione della regola del caso concreto. Il diritto, per tanto, sarebbe un fenomeno, o meglio un processo di individuazione progressiva dei contenuti normativi, e non un dato di fatto o complesso predeterminato rispetto alla sua applicazione. In tale processo, ovviamente, un ruolo fondamentale rivestono i principi e i valori morali condivisi dalla società di cui il dato ordinamento è espressione, ma anche la sensibilità, e la capacità argomentativa, del singolo operatore, e quindi del singolo interprete[19].

[18] Tra i tanti scritti che è possibile citare in proposito, oltre a quelli indicati alla nota precedente, v. R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio, ed. italiana del celeberrimo saggio del 1977*, Bologna, 2010; ma anche ID., *Law's Empire*, Cambridge, Mass. (USA), 1986, nonché N. MACCORNICK, *Law as institutional fact*, Edimburg, 1973; e *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, 1978; F. VIOLA, *Il diritto come pratica sociale*, Milano, 1990, 87; V. VILLA, *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, Torino, 2012; e ID., *Disaccordi interpretativi profondi. Saggio di metagiurisprudenza ricostruttiva*, Torino, 2017; M. BARBERIS, *Il diritto come discorso e come comportamento: trenta lezioni di filosofia del diritto*, Torino, 1990; M. BARBERIS – A. VIGNUDELLI, *Nuovi dialoghi sull'interpretazione*, Modena, 2013; ed infine G. PINO – A. SCHIAVELLO – V. VILLA (a cura di), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino, 2013, in part. Parte III, 257-400. Una menzione speciale, a tal riguardo, merita A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, Milano, 2013, nel quale l'autore tratta, dalla particolare angolazione del giurista positivo, istituti e questioni del diritto civile – dal sistema delle fonti al processo, passando, tra l'altro dal diritto soggettivo all'abuso del diritto – in cui egli dimostra la particolare valenza dell'argomentazione.

[19] In questi termini S. BERTEA, *Certezza del diritto e argomentazione giuridica*, Soveria Mannelli, 2002, *passim*. Sull'importanza della argomentazione persuasiva, cfr. anche CAMPANALE, *op. cit*.

3. Diritto pretorio, giustizia del caso concreto e (in)certezza/(im)prevedibilità del diritto: dubbi di costituzionalità

Il riconoscimento della centralità dei processi argomentativi ed ermeneutici, della rilevanza normativa dei principi e dell'esistenza di una connessione necessaria tra diritto e morale – al quale sono recentemente pervenuti, pur muovendo da diversi presupposti concettuali, sia in ambito teorico-generale sia in ambito più strettamente civilistico, gli autori a cui si è fatto riferimento nel precedente paragrafo – implica l'affermazione del carattere necessariamente incerto e indeterminato del fenomeno giuridico[20].

Inoltre, una tale considerazione del diritto è possibile solo a condizione di una critica dei presupposti gnoseologici e ontologici della teoria giuridica tradizionale[21]. E in tale sforzo si è, infatti, cimentata negli ultimi anni anche parte della nostra migliore dottrina civilistica, la quale ha tra l'altro osservato che «il valere del diritto come valore si viene progressivamente svincolando dai modelli che ci aveva trasmesso la strategia del post-illuminismo e della rivoluzione francese e si riposta all'*humus* di un'esperienza che nasce dal basso nella realtà dei rapporti concreti. In questo contesto la giurisprudenza si pone come sensore delle esigenze di adeguamento e come operante coscienza della necessità di dare forma compiuta ad un processo di emissione spontanea del diritto. L'ottica si sposta dal momento della posizione della regola, cioè dal fatto di essere essa espressione di un organismo superiore dotato dell'autorità di proferirla, al momento del suo concreto riconoscimento, che si radica nelle scelte di cui essa è portatrice e che risultano, nel contingente storico, effettivamente condivise»[22].

Tuttavia, anche i più entusiasti sostenitori della c.d. giurisprudenza normativa

---

[20] Così ancora S. BERTEA, *Certezza del diritto e argomentazione giuridica*, cit., in part. 29.

[21] In questi termini già F. VIOLA, *Il diritto come pratica sociale*, cit., in part. 87. Per una stimolante riflessione a più voci sul tema, v. P. SIRENA (a cura di), *Oltre il «positivismo giuridico». In onore di Angelo Falzea*, Napoli, 2011. Cfr. anche, più di recente, V. SCALISI, *Per una ermeneutica giuridica "veritativa" orientata a giustizia*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 1249; N. IRTI, *Sulla «positività ermeneutica» (per Vincenzo Scalisi)*, id., 2016, 923; M. ORLANDI, *Angelo Falzea o del positivismo assiologico*, id., 2017, 1042; e ancora N. IRTI, Nomos *e* lex *(Stato di diritto come stato della legge)*, cit.

[22] Così N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, 35; ma in termini simili già ID., *Parte generale del contratto e norme di settore nel quadro del procedimento interpretativo*, in E. NAVARRETTA, *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, Milano, 2007, in part. 7 e ss. Cfr. anche N. LIPARI, *Intorno ai principi generali del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 28; e, per una riflessione molto più datata, ma ancora di suggestiva attualità, ID., *Il diritto civile tra sociologia e dogmatica: riflessioni sul metodo*, Lecce, 1972.

(o creativa), allo stato, non negano l'esistenza di un potenziale cortocircuito, dovuto al fatto che se è vero che la tendenza ad una sempre maggiore creazione del diritto per via giurisprudenziale è alimentata, in particolare, dalla difficoltà che il giudice incontra nell'individuare, nel composito sistema delle fonti, la regola che tutela nel modo più efficace l'interesse concreto sottoposto alla sua attenzione, è altrettanto vero che la medesima difficoltà il giudice incontra nello «individuare punti di riferimento costanti e ampiamente condivisi cui agganciare le sue soluzioni interpretative»[23].

In altre parole, mentre da un lato si attribuisce alla giurisprudenza il compito di produrre (e non solo di individuare) le regole giuridiche attraverso le quali risolvere le questioni concrete che le vengono sottoposte, e si riconosce alla medesima il potere di farlo attingendo ad un ampio strumentario ermeneutico, dall'altro si ammette che il relativismo culturale imperante, la crisi valoriale sempre più diffusa, il tramonto delle categorie socio-economiche tradizionali e l'oggettivo affievolimento delle idealità rendono davvero difficile per il singolo giudice individuare sicuri punti di riferimento in grado di orientare l'interpretazione sua e dei colleghi che saranno chiamati a risolvere la stessa questione in un diverso caso concreto o, rispetto al medesimo caso concreto, in altri gradi di giudizio.

Da qui il serio rischio che la giurisprudenza creativa diventi anche giurisprudenza incerta o meglio fonte di diritto incerto, e cioè di applicazione incerta, lasciata alla (più o meno) libera e discrezionale sensibilità, abilità e volontà del giudice del caso concreto. E dunque anche (o forse solo) giustizia del caso concreto. Che, però – per questa via – finisce per diventare ingiustizia, se è vero quanto detto nel paragrafo 3, e cioè che la legge, se non ha una applicazione uguale per tutti i consociati, è ingiusta, oltre che inefficace sul piano sociale e inefficiente sul piano delle relazioni economiche.

La qual cosa, *mutatis mutandis*, fa tornare alla memoria l'ammonimento che Pietro Calamandrei lanciava, nel 1921, al fine di sostenere l'esigenza che l'esercizio dell'azione penale da parte della magistratura inquirente fosse obbligatorio, osservando che «affermare da una parte che la legge è uguale per tutti, e dall'altra lasciare al potere esecutivo la facoltà di farla osservare soltanto nei casi in cui ciò non dispiace al partito che è al governo, è tale un controsenso, che non importa spendervi molte parole per rilevarne tutta la enormità»[24].

---

[23] Così ancora N. LIPARI, *Il diritto civile tra leggi e giudizio*, cit., in part. 33.

[24] Così in P. CALAMANDREI, *Governo e magistratura*, 1921, in part. 11. Cfr. anche ID., *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina*, Milano, 1942. Dello stesso A. non può non citarsi, in questa sede, anche *Elogio del giudice scritto da un avvocato*, Firenze, 1935, nel

Del resto, non a caso – come già sopra avvertito – i nostri Padri costituenti, quando dovettero decidere come organizzare il controllo sulla costituzionalità delle leggi, scelsero, un modello accentrato di giustizia costituzionale in quanto temevano non già l'inerzia dei giudici, ma – al contrario – il loro attivismo, e dunque «le conseguenze che [il modello diffuso, n.d.a.] comportava per quanto riguarda la configurazione del rapporto giudice-legge»[25].
In altri termini – come osserva, a riguardo, autorevole dottrina – «l'introduzione di sistemi di giustizia costituzionale alternativi al *judicial review*, quali quelli di matrice europea, incentrati su organi e procedure *ad hoc*, è stata caldeggiata precisamente allo scopo di contrastare la tendenza all'autoinvestitura da parte dei giudici comuni di quel potere di sindacato sulla legge»[26].
È notorio, infatti, che «agli occhi dei Padri costituenti il modello europeo-continentale offrisse un vantaggio indubbio: poteva garantire la superiorità della Costituzione sulla legislazione ordinaria senza rafforzare il potere giudiziario». Realizzava cioè la sintesi perfetta tra superiorità delle norme costituzionali e

quale si racconta, tra l'altro, del cortile della pretura di Monsummano, all'interno del quale gli avvocati si accalcavano con l'orecchio appoggiato al muro della camera di consiglio perché il giudice era solito decidere, dopo l'udienza, gettando il tocco contro il muro di modo che, se cadeva da una certa parte, aveva ragione l'attore, altrimenti il convenuto, e gli avvocati avevano allenato l'udito per cui erano in grado di capire, attraverso il muro, chi aveva vinto e chi perso. Calamandrei commentava, ironicamente, che c'era, dunque, un buon cinquanta per cento di possibilità che chi aveva ragione se la vedesse riconoscere in sentenza e che tale percentuale non è da disprezzarsi. Salvo poi chiosare con il noto ammonimento: «Chi fu l'inventore del motto comodo e *vile habent sua sidera lites*, col quale, sotto decoroso manto latino, si vuol dire in sostanza che la giustizia è un giuoco da non prendersi sul serio? Lo inventò certamente un causidico senza scrupoli e senza passione, che voleva con esso giustificare tutte le negligenze, addormentare tutti i rimorsi, scansare tutte le fatiche. Ma tu, o giovine avvocato, non affezionarti a questo motto di rassegnazione imbelle, snervante come un narcotico: brucia il foglio su cui lo trovi scritto; e quando hai accettato una causa che ti par buona, mettiti fervidamente al lavoro colla sicurezza che chi ha fede nella giustizia riesce in ogni caso, anche a dispetto degli astrologi, a far cambiare il corso delle stelle».

[25] Queste parole sodi di C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulla legge. Le ideologie dei costituenti*, Milano, 1978, spec. 84-88, il quale prosegue la riflessione osservando che «un simile sistema [cioè quello a sindacato diffuso, n.d.a], se appariva in grado di assicurare tutela immediata alle situazioni soggettive contemplate dalla Carta Costituzionale, proprio a cagione di questa sua prerogativa, non poteva contemporaneamente "garantire" la obbligatorietà, per i giudici, per le autorità e per i "sottoposti" in genere, delle leggi ordinarie». Insomma, «il sistema diffuso […] non si prestava di certo ad accordarsi con i dogmi dei quali si era sino ad allora nutrita la cultura giuridica europea: dogmi come la "obbligatorietà, imperatività, esecutorietà della legge, e le altre diverse svariate aggettivazioni usate, nell'Europa continentale, per designare il carattere di assoluta dominanza degli atti del Parlamento».

[26] Così G. ZAGREBLESKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, 331.

privilegio del legislatore, tra intangibilità dei principi costituzionali da parte di tutti i pubblici poteri, ivi compreso quello legislativo, ed esigenza di preservare le scelte politiche del legislatore democratico dalle aggressioni degli altri poteri, *in primis* quello giudiziario»[27].

Oggi, a Costituzione e regole della giustizia costituzionale invariate, il panorama è completamente mutato a colpi di diritto vivente e in forza della prassi sociale e giudiziaria. La consapevolezza di tale radicale trasformazione del nostro ordinamento giuridico, e dell'equilibrio tra i suoi poteri, non deve far difetto ad alcuno, in quanto implica responsabilità precise in capo ad ogni operatore del diritto ed in particolare ai giudici.

4. Un caso emblematico: la frantumazione della categoria della nullità.

Infiniti esempi si potrebbero fare in questa sede, ed in chiusura di questo scritto, circa questioni attuali del diritto, ed in particolare del diritto civile, attorno alle quali regna sovrana l'incertezza interpretativa ed applicativa palesata dalle diverse pronunce dei giudici, con conseguente difformità in ordine agli esiti dei singoli giudizi e, dunque, di trattamento dei cittadini da parte del sistema giudiziario italiano.

Un caso, tra i tanti, è quello della nullità. E riguarda il modo in cui la giurisprudenza, di fronte alla disgregazione, sul piano disciplinare, della tradizionale categoria unitaria della nullità (dovuta all'emersione di ipotesi di nullità sopravvenute, relative, di protezione, prescrittibili, sanabili, convalidabili, derivate, spurie, selettive e quant'altro[28]), ha risposto al dubbio

---

[27] Cosi O. CHEZZA, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Roma, 2014, 55-55, il quale riporta e condivide il pensiero espresso in proposito da E. LAMRQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'età repubblicana*, Roma-Bari, 2012, e v. Zagrebelsky, cit., 331.

[28] Tra i moltissimi scritti in proposito, v. S. POLIDORI, *Nullità di protezione e sistematica delle invalidità negoziali*, Napoli, 2016; P. GAGGERO, *Dalla nullità relativa alla forma dimidiata*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2016, 1220; ID., *Neoformalismo negoziale di "protezione" e struttura della fattispecie contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 2016, 1463; G. MASTROPASQUA, *Gli statuti della nullità contrattuale tra vizi formali e vizi sostanziali*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 1480; C. MARADEI, *Il neoformalismo negoziale nei contratti di intermediazione finanziaria*, in O. CALLIANO (a cura di), *Informazione e trasparenza nei contratti asimmetrici bancari, finanziari e assicurativi, e diritti del consumatore europeo*, Torino, 2013, 68 e in part. 76 e ss.; A. LA SPINA, *Destrutturazione della nullità e inefficacia adeguata*, Milano, 2012, 732; I. PRISCO, *Nullità di protezione: indisponibilità dell'interesse e adeguatezza del rimedio*, Napoli, 2012; G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, 2011; S. PAGLIANTINI (a cura di), *Il diritto vivente nell'età dell'incertezza. Saggi su*

circa la possibilità, ancora oggi, di preservare e valorizzare l'unità funzionale della categoria. In altre parole, non è affatto detto che la disgregazione, sul piano disciplinare, della categoria unitaria determini anche il tramonto della fondamentale funzione che la nullità ha avuto nel nostro sistema civilistico, quanto meno, dal codice del 1942 in avanti, a difesa di interessi superindividuali ritenuti prevalenti rispetto a quelli dei singoli consociati[29].

Dunque, non è detto che le differenze peculiari emerse sul piano disciplinare tra nullità di diversa *species* determinino anche il tramonto della unitarietà, sul piano funzionale, della categoria della nullità, e la disapplicazione sistematica della disciplina generale codicistica della nullità, con conseguente depotenziamento della funzione tradizionale dell'istituto.

Dettaglio questo tutt'altro che marginale, visto che la tenuta sul piano funzionale consentirebbe alla nullità di esprimersi, pur nella differenza disciplinare delle sue connotazioni speciali, come istituto ancora caratterizzato, sul piano applicativo, da una solida (ed a mio avviso fondamentale) omogeneità e coerenza di fondo.

In questo senso si sono espresse le sezioni unite della Suprema Corte di Cassazione, nel 2014, con le note sentenze gemelle del 12 dicembre 2014 n. 26242 e n. 26243 (Pres. Rovelli; Rel. Travaglino[30]). Le pronunce in parola, infatti, in espresso contrasto con l'orientamento espresso dalle medesime sezioni unite solo nel 2012 (con la sentenza n. 14828 del 4 settembre 2012

art. 28 l. not. e funzione notarile oggi, Torino, 2011; A. BELLAVISTA – A. PLAIA (a cura di), *Le invalidità nel diritto privato*, Milano, 2011; G. D'AMICO, *Nullità virtuale – Nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)*, in *Contratti*, 2009; S. PAGLIANTINI, *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, Pisa, 2009; S. MARTUCELLI, *La recuperabilità del contratto nullo*, in *Riv. not*., 2009, 174; ID., *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino, 2007; M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, Padova, 2008; nonché S. POLIDORI, *Nullità relativa e potere di convalida*, in *Rass. dir. civ*., 2003, 950.

[29] In proposito, anche per la dottrina citata, sia dato rinviare a F. DI CIOMMO, *Efficienza allocativa e teoria giuridica del contratto. Contributo allo studio dell'autonomia negoziale*, cit., in particolare capitoli III e IV; e, per una riflessione più recente, ID., *Liquidità del diritto post-moderno e frammentazione della categoria delle nullità negoziali*, in corso di pubblicazione in *Nuovo dir. civ*.

[30] L'una e/o l'altra sentenza risultano pubblicate, tra l'altro, in *Foro it*., 2015, I, 862, con osservazioni di Adorno, e con note di PALMIERI e PARDOLESI, di DI CIOMMO, di PAGLIANTINI, di MENCHINI, e di PROTO PISANI, ed inoltre in *Contratti*, 2015, 113 (m), con nota di PAGLIANTINI, in *Giur. it*., 2015, 71 (m), con nota di I. PAGNI; in *Corr. giur*., 2015, 88 (m), con nota di V. CARBONE; in *Nuova giur. civ*., 2015, I, 299, con nota di RIZZO, in *Danno e resp*., 2015, 592, con note di FORNASARI e LAGHEZZA, in *Giur. it*., 2015, 1386 (m), con nota di BOVE, in *Riv. dir. proc*., 2015, 1560, con nota di GIUSSANI e in *Giur. comm*., 2015, II, 970, con nota di DELLI PRISCOLI.

(Pres. Vittoria, Rel. D'Ascola[31]), hanno affermato che tutte le nullità, e dunque anche le nullità c.d. di protezione, devono essere interpretate ed applicate in coerenza con l'unità funzionale che alla categoria della nullità deve (ancora) riconoscersi nel nostro ordinamento. E ciò in quanto (queste le parole con cui si esprimono le cennate sentenze delle sezioni unite del 2014): «La riconduzione ad unità funzionale delle diverse fattispecie di nullità – lungi dal risultare uno sterile esercizio teorico – consente di riaffermare a più forte ragione l'esigenza di conferire al rilievo d'ufficio obbligatorio il carattere della irrinunciabile garanzia della effettività della tutela di valori fondamentali dell'organizzazione sociale».

Principio questo che appare pienamente condivisibile, ma che invece è stato completamente disatteso, ed anzi espressamente contraddetto, dalle stesse sezioni unite, nella recente sentenza 16 gennaio 2018 n. 898 (Pres. Rordorf, Rel. Di Virgilio)[32], con la quale, come noto – in tema di contratto tra intermediario finanziario e cliente, sottoscritto soltanto da quest'ultimo (c.d. contratto monofirma) – in aperto contrasto con l'orientamento di legittimità sino a quel momento consolidato[33] (salvo due pronunce isolate difformi[34]), e dunque con

[31] Le sezioni unite nel 2012 avevano affermato che il principio della sindacabilità d'ufficio della nullità, da parte del giudice, non può operare per le nullità soggette a regime speciale e, dunque, secondo la Corte, per le «nullità di protezione, il cui rilievo è espressamente rimesso alla volontà della parte protetta». La sentenza è pubblicata in *Foro it*., 2013, I, 1238, con nota di PALMIERI, e inoltre in *Nuova giur. civ*., 2013, I, 15, con nota di SCOGNAMIGLIO, in *Giur. it*., 2013, 299 (m), con nota di RIZZUTI, e 907 (m) con nota di D'ALESSANDRO, in *Danno e resp*., 2013, 273, con nota di LAGHEZZA, e in *Gazzetta forense*, 2013, fasc. 1, 34, con nota di CATALANO.

[32] La sentenza, al 16.7.2018, risulta pubblicata e fruibile on-line nel sito Internet "www.dirittobancario.it", al link: «http://www.dirittobancario.it/giurisprudenza/banca-e-finanza/servizi-di-investimento/valido-sezioni-unite-contratto-quadro-sottoscritto-dal-solo-investitore».

[33] Per l'orientamento sino a quel momento consolidato, v., tra le più recenti, Cass. n. 3623 del 24 febbraio 2016 in *Foro it*., Rep. 2016, voce *Intermediazione e consulenza finanziaria*, n. 116; n. 5919 del 24 marzo 2016, ibid., voce *Contratto in genere*, n. 362, e per esteso in *Corr. giur*., 2016, 1114, con nota di TUCCI; n. 7068 dell'11 aprile 2016, in *Foro it*., Rep. 2016, voce cit., n. 134, e per esteso in *Corr. giur*., 2016, 1113, con nota di TUCCI, in *Nuova giur. civ*., 2016, 1171, con nota di GAGGERO, e in *Contratti*, 2016, 1093, con nota di GIULIANI; e n. 36 del 3 gennaio 2017, in *Foro it*., Rep. 2017, voce *Contratti bancari*, 25. In dottrina, *ex multis*, v. G. LAROCCA, *Sottoscrizione e "forma informativa" nei contratti del mercato finanziario*, in *Riv. dir. banc*., 2017, 1; ID., *La "forma informativa" ed il "potere dell'impresa di comandare il mercato": a margine di Cass. ord. 27 aprile 2017, n. 10447 sul c.d. contratto monofirma*, in *Il Caso.it*, 2017, 15; R. AMAGLIANI, *Della forma del contratto quadro di investimento e di alcune opinabili controverse conseguenze in tema di forme e nullità*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2017, 1363; M. GIROLAMI, *Contratti di investimento non sottoscritti dall'intermediario: la parola alle sezioni unite*, in *Banca, borsa e tit. cred*., 2017, 554; D. MAFFEIS, *La forma responsabile verso le sezioni unite: nullità come sanzione civile per i contratti bancari e di investimento che non*

buona pace anche delle aspettative ingenerate nei consociati a riguardo e, per l'appunto, della certezza del diritto, la Suprema Corte ha affermato il seguente principio: «Il requisito della forma scritta del contratto-quadro relativo ai servizi di investimento, disposto dall'art. 23 del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, è rispettato ove sia redatto il contratto per iscritto e ne venga consegnata una copia al cliente, ed è sufficiente la sola sottoscrizione dell'investitore, non necessitando la sottoscrizione anche dell'intermediario, il cui consenso ben si può desumere alla stregua di comportamenti concludenti dallo stesso tenuti».
A tale conclusione la Corte perviene sulla scorta della considerazione che (sono ancora le parole utilizzate nella sentenza): «Il vincolo di forma imposto dal legislatore […], nell'ambito di quel che è stato definito come neoformalismo o formalismo negoziale, va inteso infatti secondo quella che è la funzione propria della norma e non automaticamente richiamando la disciplina generale sulla nullità. Ora, a fronte della specificità della normativa che qui interessa, correlata alla ragione giustificatrice della stessa [e cioè della protezione del cliente sul piano informativo, n.d.a.], è difficilmente sostenibile che la sottoscrizione da parte del delegato della banca, [una] volta che risulti provato l'accordo (avuto riguardo alla sottoscrizione dell'investitore, e, da parte della banca, alla consegna del documento negoziale, alla raccolta della firma del cliente ed all'esecuzione del contratto) e che vi sia stata la consegna della scrittura all'investitore, necessiti ai fini della validità del contratto-quadro […]. Infine, n.d.a.] come osservato da attenta dottrina, il requisito della forma *ex* art. 1325, n. 4, c.c. va inteso nella specie non in senso strutturale, ma funzionale, avuto riguardo alla finalità propria della normativa»[35].

risultano sottoscritti dalla banca, in *Contratti*, 2017, 393; e, per riflessioni più generali sempre sul tema, R. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente "non qualificato" nel mercato finanziario*, Milano, 1996; D. MAFFEIS, *Forme informative, cura dell'interesse del cliente ed organizzazione dell'attività nella prestazione dei servizi di investimento*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 584; B. INZITARI – V. PICCININI, *La tutela del cliente nella negoziazione di strumenti finanziari*, Padova, 2008; e G. BERTI DE MARINIS, *La forma del contratto nel sistema di tutela del contraente debole*, Napoli, 2013.

[34] Cfr. Cass., 22 marzo 2012 n. 4564, in *Foro it.*, Rep. 2012, voce *Intermediazione e consulenza finanziaria* n. 122., e 7 settembre 2015 n. 17740, inedita. Le due pronunce in parola, che per altro hanno ad oggetto una fattispecie parzialmente diversa, per stessa ammissione delle sezioni unite risultano talmente «isolate che la questione che specificamente interessa è stata correttamente portata all'attenzione delle sezioni unite come di […] particolare importanza *ex* art. 374, comma 2, c.p.c., e non per dirimere un contratto tra sezioni semplici o all'interno della stessa sezione» (così si legge a p. 11 della sentenza n. 898 del 2018.

[35] Sulle c.d. funzioni della forma negoziale, tra i molti autori che hanno recentemente trattato l'argomento, oltre a quelli già citati nelle note precedenti, v. R. FAVALE, *Forme per la validità del contratto e tutela del contraente*, in *Contr. e impr. Europa*, 2008, 975; M. POLI, *L'analisi*

Affermando tale principio la Suprema Corte sembra dimenticare che la nullità (come quasi sempre le accade) svolge, nel caso di specie, funzioni ulteriori oltre alla funzione di protezione della parte debole del rapporto contrattuale, e dunque, nel caso di specie, del cliente dell'intermediario finanziario. Ciò in quanto attraverso l'imposizione della forma forte – atto scritto e consegna al cliente di una copia del contratto – la legge vuole anche, per lo meno, assicurare certezza ai rapporti bancari e finanziari con riguardo ai contenuti, al tempo della sottoscrizione e alle responsabilità evenienti da quest'ultima. In altri termini, imponendo la forma scritta la legge, tra l'altro, obbliga i rappresentanti degli intermediari finanziari, chiamati a firmare i contratti con i clienti, ad assumersi ogni relativa responsabilità, nei confronti dei terzi e nei confronti dello stesso istituto a nome del quale essi firmano, e ciò anche, più in generale, a tutela del mercato del credito[36]. Non a caso, del resto, l'art. 21 del d.lgs. n. 58 del 1998 (c.d. TUF) stabilisce espressamente che nella prestazione dei servizi di investimento i soggetti abilitati devono comportarsi «con diligenza, correttezza, trasparenza, nell'interesse dei clienti», ma anche – e qui è il punto trascurato dalla recente sentenza – «per l'integrità dei mercati»[37].

Inoltre, va considerato che se la legge – che, come visto, già attribuisce al solo cliente la possibilità di far valere in giudizio l'invalidità del negozio – avesse voluto consentire alle parti di sanare la nullità in parola, avrebbe utilizzato l'istituto dell'annullabilità, piuttosto che quello della nullità. Dunque, anche l'argomento, utilizzato dalla Corte, che fa perno sull'esecuzione che le parti avevano dato (nel caso di specie) al contratto, malgrado la mancanza di firma sullo stesso da parte dell'intermediario, non coglie nel segno, ed anzi finisce per rivelare l'intrinseca debolezza anche dell'impianto motivazionale della pronuncia in parola.

funzionale della forma, Milano, 2011; E. FAZIO, *Dalla forma alle forme. Struttura e funzione del neoformalismo negoziale*, Milano, 2011; e, da ultimo, anche per le citazioni dottrinali ivi contenute, E. TOSI, *Forma informativa nei contratti asimettrici*, Milano, 2018.

[36] La soluzione adottata dalla innovativa – ma non condivisibile – sentenza n. 898 del 2018, in buona sostanza, consente agli intermediari finanziari e alle banche di concludere contratti senza che nessuna persona fisica si assuma la diretta responsabilità dell'operazione negoziale così realizzata. Il che ha rilevanti conseguenze, tra l'altro, sulla possibilità, per gli stessi istituti, di contestare al dipendente infedele o negligente le proprie eventuali responsabilità al riguardo.

[37] In proposito, *ex multis*, v. P. GAGGERO, *La trasparenza del contratto. Per un'analisi dei rapporti di intermediazione creditizia*, Milano, 20122; E. CAPOBIANCO – F. LONGOBUCCO, *La nuova disciplina sulla trasparenza dei contratti bancari e trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*, in *Contr. e impr.*, 2011, 1142. Da ultimo, sia dato rinviare a F. DI CIOMMO, *La consulenza finanziaria alla luce della MIFID 2: profili giuridici*, in *Riv. trim. dir. dell'econ.*, 2017, 39.

In definitiva, sostenere, come fanno le sezioni unite con la sentenza n. 898/2018, che, quand'anche la legge richieda la forma scritta – a pena di nullità – per un contratto, questo può essere sottoscritto da una sola parte, vuol dire valorizzare una certa (pure, in vero, opinabile) funzionalizzazione del requisito della forma ed allo stesso tempo negare in radice il concetto e la funzione unitaria della categoria della nullità, riducendola ad uno strumento la cui disciplina va considerata oggi talmente frammentata da potere lo stesso operare anche in senso nettamente difforme da quanto previsto dal codice civile nell'ambito della disciplina generale dell'istituto.

E ciò in barba all'insegnamento della sopra richiamata sentenza delle sezioni unite del 2014, e persino (si fa per dire, ovviamente) in barba alla legge, visto che il testo unico dell'intermediazione finanziaria (il citato TUF) non prevede, sotto il profilo in parola (cioè riguardo al concetto di forma scritta dell'atto), alcuna deroga all'applicazione della disciplina codicistica in materia di nullità negoziale, altro e diverso essendo il piano su cui opera il comma 3 dell'art. 23 del TUF, ai sensi del quale, in caso di mancanza di forma scritta del contratto, «la nullità può essere fatta valere solo dal cliente».

Altro, infatti, è parlare di validità, o meno, del contratto; altro è stabilire chi possa far valere in giudizio la nullità dello stesso. Ma, confondendo i due piani, la Cassazione – probabilmente condizionata dall'ansia di individuare una soluzione che appariva giusta per il caso concreto ad essa sottoposto – nella sentenza del 2018 ha finito per capovolgere il senso della norma in questione giacché, all'esito del pronunciamento delle sezioni unite, l'art. 23 TUF, da regola di protezione per la parte debole del rapporto, oggi è incredibilmente divenuto (per via pretoria) regola che consente agli intermediari di stipulare contratti sui quali è presente la sola firma dei clienti, con le conseguenze negative già sopra cennate in termini, tra l'altro, di (ir)responsabilità civili e penali delle persone fisiche che promuovono (e in teoria concludono) in rappresentanza dell'intermediario il contratto, e dunque anche di maggiore esposizione dei clienti ai relativi rischi, e più in generale di incertezza dei rapporti bancari e finanziari e, dunque, di inefficiente operatività dei relativi mercati.

Al contrario, la Cassazione non sembra aver minimamente pensato a fare giustizia nel caso concreto (o quanto meno a tutelare gli interessi della Pubblica Amministrazione) in un'altra recente pronuncia resa in tema di nullità, nell'ambito del quale (per altro, ribaltando la sentenza d'appello) la Suprema Corte è pervenuta ad una conclusione, che può per certi versi apparire paradossale, ma che invece rispetta la sistematica ordinamentale e la funzione dell'istituto della nullità.

Si tratta della ordinanza (sez. I civile, Pres. Nappi, Rel. Lamorgese), ancora inedita, n. 25631 del 27 ottobre 2017, con la quale si è affermato che un contratto tra Pubblica Amministrazione e intermediario finanziario richiede necessariamente la forma scritta non solo ai sensi dell'art. 23 TUF, ma anche e soprattutto ai sensi dell'art. 97 Cost. In ragione di ciò, secondo la Corte, l'opzione ermeneutica che fa leva sull'art. 23 TUF per sostenere che sia solo il contraente debole a poter far valere la nullità del contratto per difetto di forma, non può essere accettata perché la forma forte richiesta dall'art. 97 Cost. «non è volta a tutelare gli interessi sia pure pubblici ma settoriali […] di un determinato ente pubblico, quanto gli interessi generali della collettività che soverchiano quelli dell'ente pubblico che è parte in causa, quale strumento di garanzia del regolare svolgimento dell'attività amministrativa e di tutela delle risorse pubbliche, in attuazione dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento della P.A.».

L'apparente paradosso è che, in applicazione di tale principio, la Cassazione – come detto, cassando sul punto la sentenza di merito impugnata – ha riconosciuto all'intermediario la legittimazione a far valere in giudizio il difetto di forma del contratto, penalizzando così la pubblica amministrazione, e cioè il cliente, che invece non aveva interesse a tale declaratoria. Si tratta di una situazione in cui, come detto, i giudici non sembra abbiano voluto fare giustizia del caso concreto, preferendo rispettare la sistematica ordinamentale e valorizzando il concetto di responsabilità che assume la persona fisica che firma il contratto per l'organizzazione che rappresenta. Esattamente il concetto che le sezioni unite, nella sentenza n. 898 del 2018 sembra abbiano omesso di considerare adeguatamente.

Un analogo atteggiamento sembra essere stato tenuto, in un'altra recente sentenza, ancora in tema di nullità, dalla I sezione civile della Suprema Corte.

Si tratta della sentenza n. 17352 del 13 luglio 2017 (Pres. Didone, Rel. Terrusi)[38], nella quale in aperto contrasto con l'orientamento giurisprudenziale divenuto dominante a partire da Cass. 29 novembre 2013 n. 26672[39] (sez. I civile, Pres. Rordorf, Est. Ragonesi), si afferma che «Il superamento del limite

[38] La sentenza è pubblicata in *Foro it*., 2017, I, 3379, con nota di richiami di A. CROZZOLI.

[39] La sentenza è pubblicata in *Foro it*., Rep. 2014, voce *Credito fondiario*, n. 21, e per esteso in *Nuova giur. civ*., 2014, I, 381, con nota di TOMMASINI, in *Fallimento*, 2014, 407, con nota di BALESTRA, in *Contratti*, 2014, 439 (m), con note di PAGLIANTINI e D'AMICO, in *Corr. giur*., 2014, 923, con note di PIZZA e MARTINO, in *Giur. comm*., 2014, II, 156, con nota di FALCONE, in *Banca, borsa* ecc., 2014, II, 123, con note di DOLMETTA, MINNECI, MALVAGNA, ONNIUS CUGIA.

di finanziabilità del credito fondiario comporta la nullità integrale del contratto di finanziamento e della connessa garanzia ipotecaria per violazione della norma imperativa attinente ad un elemento intrinseco della fattispecie».

Il nuovo orientamento è stato ribadito dalle ulteriori sentenze nn. 19015 e 19016 del 31 luglio 2017[40] (sez. I civile, Pres. Didone, Rel. Terrusi). Esso si basa sul convincimento, espresso dalla Corte, che il limite di finanziabilità previsto dall'art. 38, comma 2°, pur non essendo riconducibile all'art. 117, comma 8°, del medesimo d.lgs. n. 185 del 1993, e dunque non ingenerando la sua violazione una nullità testuale, costituisca norma imperativa di validità in quanto la relativa prescrizione «si inserisce in ogni caso tra gli elementi essenziali perché un contratto di mutuo possa dirsi fondiario»[41].

Secondo la sentenza del 2013, invece, le norme in parola sarebbero sì imperative, ma di comportamento e non di validità, sicché la loro violazione potrebbe determinare conseguenze sul piano del risarcimento dei danni, e non anche sul piano dell'efficacia del contratto[42]. Al contrario, come appena visto, secondo le

---

[40] In *Foro it*., Rep. 2017, voce *Contratto in genere*, nn. 186 e 187, e voce *Credito fondiario*, nn. 3 e 4; nonché in *Fallimento e altre proc. conc*., 2018, 1, 111, con nota di E. STAUNOVO POLACCO.

[41] Testualmente la sentenza stabilisce che «il mancato rispetto del limite di finanziabilità, ai sensi dell'art. 38, secondo comma, del TUB e della conseguente delibera del Cicr, determina di per sé la nullità del contratto di mutuo fondiario; e poiché il detto limite è essenziale ai fini della qualificazione del finanziamento ipotecario come, appunto, "fondiario", secondo l'ottica del legislatore, lo sconfinamento di esso conduce automaticamente alla nullità dell'intero contratto fondiario, salva la possibilità di conversione di questo in un ordinario finanziamento ipotecario ove ne risultino accertati i presupposti». Dunque, secondo la pronuncia in questione: 1) il mutuo è nullo *ex* art. 1418 c.c. perché parte del suo contenuto, *id est* la somma erogata, è in contrasto con una norma imperativa (il limite di finanziabilità); e 2) non è configurabile una nullità parziale (cioè limitata alla sola somma eccedente il limite). Di conseguenza, la banca che eroghi un finanziamento di ammontare superiore alla percentuale del valore dell'immobile consentita dalla delibera CICR non potrà usufruire né del c.d. privilegio processuale previsto dall'art. 41 TUB, né del ridottissimo termine di consolidamento dell'ipoteca previsto dall'art. 39 TUB, con gli ovvi riflessi in materia esecutiva e concorsuale (ad esempio, la possibile revocatoria dell'ipoteca). Inoltre, la banca, quando non abbia proposto la domanda di conversione entro i termini di preclusione previsti dal rito applicabile (sulla necessità di una specifica domanda di parte perché il giudice possa pronunciare la conversione *ex* art. 1424 c.c., v. Cass., 30 aprile 2012, n. 6633, in *Foro it*., Rep. 2012, voce *Contratto in genere*, n. 572, che richiama Cass. 1° agosto 2001, n. 10498, id., Rep. 2001, voce cit., n. 455; e infine Cass., sez. un., sentenze nn,. 26242 2 26243 del 12 dicembre 2014, cit; ma, per la tesi contraria, v. Cass., 19 novembre 2013, n. 25903, id., Rep. 2014, voce *Credito fondiario*, n. 22), a seguito della pronuncia di nullità non perde solo i particolari diritti previsti dal TUB, ma anche il diritto alla remunerazione del capitale concesso in prestito e la prelazione derivante dall'ipoteca, giacché anche quest'ultima sarà travolta dalla nullità del contratto principale.

[42] La dicotomia tra norme imperative di validità e norme imperative di comportamento fu accolta dalle sezioni unite (Rel. Rordorf) nelle note sentenze del 19 dicembre 2007 n. 26724 (in *Foro*

citate recenti sentenze del 2017 si tratta proprio di norme imperative di validità, e da ciò deriverebbero le conseguenze anzidette.
Come evidente già da questi pochi, rapidi, sparsi e del tutto superficiali, riferimenti giurisprudenziali, anche su un tema di assoluta rilevanza, per il diritto civile, qual è – per l'appunto – la nullità negoziale[43], la giurisprudenza più recente manifesta atteggiamenti, spesso tra loro in contrasto, che sembrano sempre figli del caso concreto ed in capaci di assurgere a regola generale, tanto da non consentire alcuna prevedibilità dell'esito del giudizio.

4. Conclusione. Un'ipotesi di lavoro

Per concludere, giova partire dalla fine.
In tema di nullità negoziali potrebbero farsi molti altri esempi, oltre a quelli che si sono cennati nel precedente paragrafo. Ciò al fine di dimostrare ulteriormente l'assoluta incertezza pratica che, a prescindere da ogni dato teorico, regna nella

it., 2008, I, 784, con nota di SCODITTI; nonché, *ex multis*, in *Corr. giur*., 2008, 230, con nota di MARICONDA, in *Danno e resp*., 2008, 536, con nota di ROPPO, e in Società, 2008, 449, con nota di SCOGNAMIGLIO) e n. 26725 (id., Rep. 2008, voce *Intermediazione* finanziaria, n. 200, e *Giur. it*., 2008, 347, con nota di COTTINO, nonché in *Contratti*, 2008, 221, con nota di SANGIOVANNI; e in *Dir. fall*., 2008, II, 1, con nota di SARTORI). Secondo il principio di diritto affermato in tali pronunce solo la violazione delle prime, in quanto attinenti alla struttura o al contenuto del contratto, comporta la nullità del contratto medesimo, a meno che la legge non preveda un diverso rimedio altrettanto efficace (su quest'ultimo profilo, v. anche Cass., ord. 14 dicembre 2010, n. 25222, in *Foro it*., Rep. 2010, voce *Contratto in genere*, n. 469; 28 settembre 2016, n. 19196, id., Rep. 2016, voce cit., n. 407), mentre la violazione delle seconde non riguarda ed inficia il momento genetico del contratto, e per tale ragione non comporta nullità ai sensi dell'art. 1418, 2° comma, c.c., ma può determinare la risarcibilità del danno patito dalla controparte a causa della violazione della norma di comportamento o, ove espressamente previsto dalla legge, invalidità del contratto in ipotesi di nullità testuale ai sensi dell'art. 1418, 3° comma, c.c. In dottrina, v. R. RORDORF, *La patologia del contratto: tra regole di validità e regole di comportamento*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Le tutele contrattuali e il diritto europeo. Scritti per Adolfo di Majo*, Napoli, 2012, 225; G. LAROCCA, *Sezione prima vs. Sezioni Unite: differenti visioni del diritto dei contratti del mercato finanziario in Cassazione*, in *Foro it*., 2009, I, 1851; C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di validità e di comportamento. I principî e i rimedi*, in *Europa e dir. priv*., 2008, 599; e G. D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ*., 2002, I, 37.

[43] La categoria della nullità negli ultimi lustri, sul piano meramente pratico, ha manifestato una ipertrofia sorprendente, tanto che i giudizi in cui si fa questione di nullità negoziale si sono moltiplicati in maniera davvero imprevista e rimarchevole, e tanto che, in questa sede, oltre a quelli cennati nel testo, altri numerosi esempi recenti di applicazioni pretorie incerte e oscillanti della categoria della nullità potrebbero farsi.

materia in ragione della imprevedibilità ed eterogeneità delle soluzioni a cui, negli ultimi anni, sono approdati i giudici di merito e di legittimità per decidere i casi concreti sottoposti alla loro attenzione[44].

Lo sforzo, tuttavia, sarebbe, a conti fatti, ingiustificato posto che la consapevolezza del dato appena sottolineato è sufficientemente diffusa tra gli operatori del diritto, e (purtroppo) non solo nel campo della nullità, per consentirmi di darla qui come acquisita.

Può affermarsi, dunque, serenamente (e allo stesso tempo, con una certa dose di preoccupazione) che su uno dei versanti più rilevanti del diritto civile, e gravidi di ricadute concrete nel sistema economico – per l'appunto quello delle invalidità negoziali – il nostro ordinamento oggi non riesce (e forse neanche prova) ad offrire ai consociati riferimenti normativi sicuri o, in altre parole, regole in funzione delle quali orientare i propri comportamenti e le proprie scelte.

Sicché questi ultimi, quando concludono un contratto, non sono in grado oggi di prevedere se quel contratto in futuro, qualora portato all'attenzione di un giudice, sarà considerato valido o invalido, né quale disciplina dell'eventuale invalidità si riterrà, nel caso, di applicare. Con ogni ovvia ricaduta, tra l'altro, in termini di inefficienza del nostro ordinamento giuridico sul piano economico perché, come noto, l'incertezza fa aumentare i costi transattivi e rende, in ogni caso, il c.d. sistema-Paese meno attrattivo per gli investimenti e, più in generale, meno competitivo sullo scenario internazionale[45].

Anche qualora si volesse, per gioco, prescindere dalle considerazioni giuseconomiche appena accennate, non pare possano esserci dubbi, in ragione di quanto sopra osservato, circa il fatto che la ricerca pretoria della migliore giustizia possibile per il caso concreto – pur se giustificata dalla crisi in cui versano oggi in Italia il formante legislativo e quello dottrinale, così come

---

[44] anto per aggiungere un tema, potrebbe farsi riferimento alla *querelle* giurisprudenziale e dottrinale sorta, e non ancora sopita, a seguito della distinzione tra regole di comportamento e regole di validità operata dalla citata sentenza di Cassazione n. 26724 del 19 dicembre 2007. Sul punto v. la nota n. 56 che precede.

[45] Per fermarci agli esempi svolti nel precedente paragrafo, è evidente come il principio di diritto affermato dalla cennata recente sentenza di Cassazione in tema di mutuo fondiario, in contrasto con la più recente giurisprudenza anche di legittimità, non sia affatto irrilevante per i fondi finanziari internazionali che hanno investito nei c.d. non *performing loans* italiani (e cioè che hanno acquistato i crediti deteriorati delle nostre banche). Le operazioni in parola hanno avuto ad oggetto, tra l'altro, mutui fondiari per miliardi di euro, ma adesso i relativi contratti rischiano di essere nulli. Per gli opportuni approfondimenti sul punto, sia dato rinviare ancora a F. DI CIOMMO, *Efficienza allocativa e teoria giuridica del contratto*, cit.

dalla liquidità dei rapporti sociali e dalla dissoluzione di valori realmente condivisi tra i consociati – si traduce nella perdita di una dimensione unitaria dell'ordinamento e nello smarrimento delle funzioni essenziali alle quali questo deve necessariamente assolvere, visto che determina inevitabilmente condizioni di giustizia non eguali per tutti e dagli esiti largamente imprevedibili.
Una giustizia, dunque, per questo sol fatto, profondamente ingiusta.
Come arginare questa deriva?
Si è ricordato nel paragrafo 4 che nel 2009 la Cassazione ha sostenuto che il nostro ordinamento, storicamente di *civil law*, sia stato, di recente, fortemente contaminato dall'influenza del *common law*, e che per tale ragione la giurisprudenza italiana può rivendicare, e deve svolgere, la propria funzione normativa.
Senza entrare nel merito della complessa questione (che necessiterebbe di più ampio spazio), va qui ricordato che in *common law* il giudice è sottoposto al principio del precedente vincolante (c.d. *stare decisis*). Ciò in ragione del fatto che negli ordinamenti anglo-americani i giudici non creano il diritto, ma lo dichiarano (principio della dichiaratività), applicandolo laddove vi sia una norma di legge che disciplina la questione o, in mancanza, rinvenendolo nel tessuto sociale. I *revirement* giurisprudenziali sono affidati alle Corti superiori, le quali, quando ritengono che su una certa questione con il passare del tempo si sono registrati mutamenti sociali significativi, dichiarano il nuovo principio di diritto che prende il posto del precedente.

Tale meccanismo – governato tradizionalmente dalla *Rule of law*, e cioè dal principio fondamentale che afferma la supremazia della legge su tutti i poteri dello Stato[46] – consente all'ordinamento di evolversi e di essere al passo con i cambiamenti sociali, ma anche di preservare, nei limiti del possibile, la certezza del diritto e la prevedibilità degli esiti dei processi, negando alla radice che la decisione del caso concreto possa dipendere dal giudizio personale del giudice[47].

---

[46] «La *rule of law* consiste nella eredità medievale della supremazia della legge, di una legge che né il governo può violare, né il Parlamento radicalmente cambiare, proprio perché nella concezione medievale nessuno "fa" la legge; essa non deriva dall'atto di volontà di un singolo o di una maggioranza nella misura in cui la legge viene semplicemente dichiarata o ricordata; e soltanto in caso di una lacuna interviene – in funzione meramente suppletiva – il re con l'*equity* o il Parlamento con uno statuto. Questa legge antica e immemoriale, la *common law*, si fonda nel consenso, non in quello di una assemblea, ma in quello tacito delle popolazioni, comprovato dall'uso delle generazioni» (brano tratto dall'introduzione scritta da N. MATTEUCCI a C.H. McILWAIN, *La Rivoluzione americana*, Bologna, il Mulino, 1965, 26).

[47] A conferma del fatto che la giurisprudenza di *common law* è stata negli ultimi decenni molto più "stabile" rispetto a quella italiana, può osservarsi che, sia negli Stati Uniti che in Inghilterra, il

Insomma, il precedente giudiziale in *common law* è una cosa seria. Da noi (ancora) non lo è. Perché, come già ricordato a più riprese, la nostra Costituzione stabilisce che il giudice è soggetto solo alle legge e non ai precedenti pretori. Tuttavia, la libertà che la Costituzione riconosce ai giudici rispetto alle sentenze dei propri colleghi, e quella che gli stessi si sono recentemente auto-attribuiti rispetto al formante legislativo, rischia di determinare le condizioni ideali perché il diritto giurisprudenziale diventi in Italia, oltre che incerto e imprevedibile, anche arbitrario.

E tale prospettiva, senz'altro, non può essere agognata – né passivamente accettata – da nessuno. Occorre, dunque, e con una certa urgenza, approntare i giusti correttivi affinché l'evoluzione in atto del nostro ordinamento giuridico non si traduca in una seria involuzione dello stesso, in termini, quanto meno, di efficienza e giustizia.

In questa direzione, una strada da battere, nel mutato scenario – e, dunque, non già rinnegando il nuovo ruolo che la giurisprudenza ha assunto nel nostro Paese, ma al contrario facendo i conti proprio con questo – passa senz'altro per un approccio più severo alla funzione (se non precettiva, almeno persuasiva) che deve riconoscersi ai precedenti giurisprudenziali, soprattutto di legittimità. Approccio che deve esplicarsi non tanto – ed anzi, assolutamente non – impedendo agli avvocati di impugnare sentenze che dei precedenti facciano applicazione, in quanto solo attraverso tale dinamica l'ordinamento può correttamente evolversi[48]; bensì, determinando circuiti virtuosi che inducano i giudici di merito ad attenersi, salvo casi (davvero) particolari, ai principi di diritto affermati dalla Suprema Corte.

È vero: muovendo per questa via si rischia di limitare l'applicazione del principio costituzionale cristallizzato nel citato art. 101, 2° comma, Cost., imponendo al giudice condizionamenti ulteriori rispetto all'ossequio che la norma in parola

diritto dei contratti ancora oggi si ricava per larga parte da importanti sentenze molto risalenti nel tempo, laddove, invece, in Italia – come noto – le uniche sentenze che contano per gli operatori sono quelle degli ultimissimi anni, vista la facilità con cui gli orientamenti pretori cambiano.

[48] Del tutto condivisibile, tuttavia, appare, sotto questo profilo, l'ordinanza n. 4366 del 22 febbraio 2018, ancora inedita, con la quale la sesta sez. civile della Cassazione (Pres. Amendola, Rel. De Stefano) ha affermato che «in tema di ricorso per cassazione, anche un solo precedente, se univoco, chiaro e condivisibile, integra l'orientamento della giurisprudenza della Corte di legittimità cui si sia conformata la pronuncia gravata ed in mancanza, nel ricorso, di valide critiche al quale, il ricorso stesso va dichiarato inammissibile ai sensi dell'art. 360-*bis* c.p.c., n. 1». È, infatti, onere del ricorrente censurare i precedenti dai quali egli chiede alla Corte di prendere di distanze. È giusto, per tanto, ed anzi funzionale rispetto a quanto propugnato nelle conclusioni del presente lavoro, che il mancato adempimento di tale onere, renda inammissibile, alle condizioni indicate, il ricorso proposto.

dispone che egli abbia nei confronti della legge. Il problema, però, è che questo ossequio, nella prassi, per le ragioni accennate in questo lavoro, non esiste più. Da qui l'esigenza di un ripensamento del modo in cui deve esercitarsi, nella quotidianità, il ruolo dei giudici nel nostro ordinamento giuridico.

La responsabilità, anche disciplinare, per la conclusione di un contratto nullo[1]

Claudio Scognamiglio
Ordinario di Istituzioni di diritto privato, Università di Roma Tor Vergata

Il problema della responsabilità, anche disciplinare, del notaio per la conclusione di un contratto nullo ha assunto caratteri differenti rispetto al passato a causa dell'evoluzione della categoria delle nullità, con il diffondersi delle nullità di protezione, così come per effetto del modificarsi della figura del notaio. Di qui l'opportunità di una riflessione sul tema, attenta anche alla nuova dimensione funzionale delle nullità.

The problem of the notary liability, even from a disciplinary point of view, for the conclusion of a void contract has assumed different characters than in the past both because of the evolution of the category of voidness (with the spread of cases arising from scope of consumer's protection) and as the effect of the changing the figure of the notary. Hence the opportunity for a reflection on the theme, also attentive to the new functional dimension of voidness.

Sommario: 1. Le ragioni di interesse dell'argomento: una prospettiva privilegiata sull'assetto attuale dell'area delle nullità e sulla qualificazione della posizione del notaio. – 2. Articolazione dei modelli di nullità e diversificazione degli interessi tutelati – 3. La responsabilità del notaio attraverso il prisma della lettura funzionale del sistema delle nullità.

1. Le ragioni di interesse dell'argomento: una prospettiva privilegiata sull'assetto attuale dell'area delle nullità e sulla qualificazione della posizione del notaio

Affrontare i temi oggetto di questo saggio significa confrontarsi con due questioni di particolare interesse, rispettivamente, per lo studioso del diritto civile generale e per chi si interroghi sull'inquadramento della figura del notaio e della sua attività.

Sotto un primo angolo visuale, il processo di evoluzione, e – per molti aspetti – di frammentazione, se non disgregazione, delle categorie civilistiche consegnateci dalla tradizione, e la rilettura dei corrispondenti istituti normativi[1], hanno riguardato negli ultimi anni, e non è certo notazione nuova, anche l'istituto della nullità del contratto: così da indurre taluni autori ad esprimersi, perfino più drasticamente, nel senso di una destrutturazione della nullità[2]. Eppure, l'istituto della nullità del contratto – sia per essere storicamente oggetto di una disciplina normativa, a livello di codice civile, che pareva inserirsi all'interno

[1] Sulla distinzione tra categorie giuridiche ed istituti, cfr. le puntualizzazioni di N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, 21, il quale, muovendo dalla definizione della categoria «della quale si vale l'operatore giuridico come criterio di classificazione dell'esperienza volto in qualche modo ad agevolare il risultato interpretativo», precisa che «essa va comunque ricondotta ad un'operazione mentale compiuta dall'interprete funzionale ad un effetto applicativo, anche quando il procedimento risulti implicito o scontato in conseguenza del significato corrente assegnato ai termini utilizzati o della forza attrattiva discendente da paradigmi concettuali legati a consolidate sedimentazioni storiche», concludendo, appunto, nel senso che le categorie non sono la medesima cosa degli istituti giuridici. Cfr., per un'impostazione del discorso in materia in termini di nullità speciali, il volume di G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, dove già il discorso era imperniato su 'il contratto nullo tra unità e frammentazione del sistema', 27 ss., e 'il contratto nullo e pluralità di discipline', 77 ss. Assai puntuale è il quadro che offre della disciplina delle nullità speciali, da ultimo, G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, 3ª ed., Padova, 2017, 460 ss.

[2] In questo senso, l'ancora recente monografia di A. LA SPINA, *Destrutturazione della nullità e inefficacia adeguata*, Milano, 2012. Volendo offrire subito un esempio in materia riguardante la responsabilità notarile, si pensi alle questioni che vengono in considerazione in tema di irregolarità urbanistiche, fitte di previsioni di nullità certamente per molti aspetti assai lontane al modello tradizionale della nullità: su di esse cfr. G. TRAPANI, *La regolarità urbanistica e la responsabilità del notaio*, in *Riv. not*., 2018, 895 ss.

di una solida tradizione, sia per la sua originaria conformazione di rimedio tale da rappresentare la reazione più severa dell'ordinamento giuridico avverso l'atto di autonomia privata difforme dalle sue prescrizioni –, poteva sembrare, al contrario di altri, destinato a risentire meno di questo processo, se non addirittura a sottrarsi ad esso. Si tornerà tra breve sulle ragioni e sui concreti contenuti di questa evoluzione, ma certamente essa ha fatto sì – e si tratta ormai di notazione addirittura banale – che si modificasse radicalmente il quadro di riferimento normativo della formulazione racchiusa nell'art. 28 della legge notarile (l. 16 febbraio 1913, n. 89) secondo la quale, com'è noto, «il notaro non può ricevere o autenticare atti: 1° se essi sono espressamente proibiti dalla legge o manifestamente contrari al buon costume o all'ordine pubblico».

Da un ulteriore angolo visuale, la riflessione sulla responsabilità del notaio per redazione di un atto nullo rappresenta uno dei banchi di prova più significativi della lettura della stessa attività del notaio: ed infatti, come è stato anche di recente puntualmente osservato in dottrina[3], chi intenda enfatizzare i profili di natura pubblicistica dell'attività del notaio sarà, coerentemente, incline a porre l'accento sul ruolo di quest'ultimo quale custode della legalità, con i ben comprensibili corollari di questa premessa anche sul piano della delimitazione dell'ampiezza della responsabilità del notaio. Non a caso, infatti, l'impostazione del problema della responsabilità del notaio per la redazione di un atto nullo era stata dominata per diversi decenni, e fino a circa venti anni fa[4], in un contesto generale caratterizzato dalla prevalenza della lettura che potremmo definire pubblicistica dell'attività notarile, da un'interpretazione estensiva della responsabilità del notaio, che la ravvisava in tutte le ipotesi di invalidità negoziali del contratto e perfino in quelle di inefficacia in senso stretto del medesimo. Mentre la rimeditazione del problema, nei termini che potranno almeno in parte emergere da questo scritto, si è accompagnata ad un approccio incline a vedere nel notaio un professionista (quasi) come tutti gli altri, che deve

[3] Cfr. M. RIZZUTI, *La responsabilità civile del notaio – invalidità negoziali e responsabilità del notaio*, in *Giur. it*., 2017, 11, 2549 ss. Si vedano anche gli ulteriori scritti raccolti nel medesimo fascicolo di *Giur. it*. sul tema della responsabilità del notaio, sotto il titolo complessivo GABRIELLI – PALAZZO (a cura di), *La responsabilità civile del notaio*, 2523 ss.: M. FRANZONI, *La colpa professionale del notaio*, 2523 ss.; M. PALAZZO, *Note in tema di responsabilità civile del notaio*, 2535 ss.; R. LENZI, *Responsabilità del notaio nelle operazioni difensive del patrimonio*,, 2541 ss.; S. LANDINI, *L'assicurazione contro la responsabilità civile del notaio*, 2556 ss. Torna sull'argomento della posizione complessa del notaio, al tempo stesso professionista e pubblico ufficiale, anche M. FRANZONI, *La responsabilità del notaio*, in *Danno e resp*., 2019, 315

[4] Il punto di svolta è rappresentato, com'è noto, da Cass., 11 novembre 1997, n. 11128, in *Riv. not*., 1998, 493 e ss.

informare, e consigliare, il proprio cliente su come risolvere il problema che questi gli sottopone e non già limitarsi a dire, in ipotesi, che quel problema non si può risolvere[5].

Ben si comprendono, dunque, già in via di prima approssimazione, le ragioni dell'interesse di un approfondimento del problema, che si arricchisce di ulteriori spunti di suggestione ove si consideri che esso, da un lato, costituisce anche l'occasione per una messa a punto dei rapporti tra responsabilità disciplinare e responsabilità civile del notaio e, dall'altro, si colloca sullo sfondo del dibattito, pure da ultimo svoltosi in dottrina, sull'evoluzione complessiva della responsabilità del notaio: quest'ultima è sembrata, a qualche Autore, e per ragioni sulle quali si avrà modo di tornare, collocarsi a cavallo tra il modello classico, costruito sulla figura del professionista intellettuale di tradizione ottocentesca, e destinato ad aggregare intorno a sé le professioni legali, ed un nuovo modello, al quale invece ricondurre sia le professioni tecniche che quelle mediche[6].

2. Articolazione dei modelli di nullità e diversificazione degli interessi tutelati

L'evoluzione più recente della categoria della nullità del contratto, com'è noto, si colloca largamente nel solco degli innesti nel nostro sistema di norme

[5] Parafrasando un aforisma attribuito a Rockefeller e riportato da A. GENTILI, *Atti notarili 'proibiti' e sistema delle invalidità*, in *Riv. dir. priv*., 2005, 274, ripreso anche da M. RIZZUTI, *La responsabilità civile del notaio …*, cit. La distinzione tra i due aspetti o profili dell'attività del notaio è, del resto, consueta nella letteratura in argomento. Cfr. anche le sintetiche, ma efficaci, notazioni di F. PENE VIDARI, *Il notaio e la sua presenza nell'apparato giurisdizionale*, in *Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato*. Sono preziose, da ultimo, le riflessioni sull'attività del notaio, collocate in una suggestiva prospettiva di sistema, di M. PALAZZO, *La funzione del notaio al tempo di internet*, Milano, 2017, su cui si veda anche la recensione di P. GROSSI, *Il ruolo del notaio nel tempo giuridico pos-moderno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 2019, 653 ss.

[6] Così, R. DE MATTEIS, *La responsabilità del notaio e modelli di riferimento*, in *Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato*. La sempre maggiore complessità del problema della responsabilità del notaio è descritta efficacemente da M. PALAZZO, *Note in tema di responsabilità civile del notaio*, cit., 2539, dove si sottolineano le ragioni che hanno reso il notaio «nei modelli di decisione e nelle aspettative dei clienti un professionista poliedrico: documentatore, interprete qualificato e consulente delle parti, che ad esse si rivolgono per la redazione degli atti pubblici, attraverso i quali realizzare assetti di interessi meritevoli, che trovino composizione secondo principi di ragionevolezza, adeguatezza e proporzionalità, in un ordinamento caratterizzato da una crescente complessità».

di derivazione comunitaria. Non sono più recenti, ma rimangono ancora pienamente condivisibili, le considerazioni di chi ha sottolineato che «al pari delle più importanti categorie di diritto privato, anche la nullità europea, come il suo oggetto di qualificazione, il contratto, è venuta strutturandosi in un senso ormai necessariamente molteplice e plurale, passando dalla tradizionale disciplina generale e indifferenziata, seriale ed astratta, facente leva soltanto sull'esistenza di determinate cause e predefiniti caratteri ad un regime giuridico invece diversificato e complesso, variamente articolato e graduato, a seconda della specifica patologia inficiante l'atto, e come tale irriducibile ad un concetto o principio unico»[7].

Questo fenomeno, che è stato efficacemente definito in termini di pluralizzazione della nullità e che, per la sua complessità, non può essere oggetto di trattazione appena adeguata in questa sede, è tuttavia suscettibile di essere ricondotto ad alcune coordinate di fondo comuni. Innanzi tutto, l'immagine della nullità che ne emerge è essenzialmente quella di una «nullità esclusivamente 'funzionale', in quanto commisurata e in stretto e immediato rapporto con il concreto assetto di interessi perseguito dalle parti ed avente come tale finalità essenzialmente conformativa di rimodellamento del regolamento contrattuale»[8], che spesso si presenta preordinata al raggiungimento dell'obiettivo dell'equità e della giustizia contrattuale: in questi casi, peraltro, si delinea il problema della determinazione della portata della nullità in questione, soprattutto perché per lo più virtuali, e perché, in questi casi, «l'ordinamento giuridico … enuncia, sì, ai fini della conformazione del regolamento, il valore di azione da perseguire (l'equità), ma non indica nel contempo, né il contenuto, né la modalità realizzativa del valore»[9].

Questo fenomeno evolutivo ha condotto qualche Autore a ritenere senz'altro mutato il fondamento della figura, che dovrebbe essere ormai ravvisato «non più e necessariamente nella tutela di un interesse solo pubblico o sociale, astratto e spesso contrapposto a quello particolare delle parti contraenti, ma direttamente e immediatamente anche soltanto in questo, quante volte in tale direzione, ossia nella protezione di determinate categorie di soggetti, si manifesti il senso e la *ratio* stessa dell'intervento normativo», con l'ulteriore corollario che «da sanzione la nullità è divenuta nel diritto europeo dei contratti essenzialmente protezione, qualificandosi appunto come nullità di protezione di ben individuate

---

[7] Cfr. V. SCALISI, *L'invalidità e l'inefficacia*, in CASTRONOVO – MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, II, 477.

[8] Così, di nuovo, V. SCALISI, *L'invalidità e l'inefficacia*, cit., 479.

[9] La citazione è tratta, ancora una volta, da V. SCALISI, *L'invalidità e l'inefficacia*, cit., 483.

categorie di interessi, che in ipotesi non necessariamente devono identificarsi con quelli seriali di un ente esponenziale, ma anche soltanto con quelli di una sola parte, quante volte dall'ordinamento elevati a valori costitutivi di sistema»[10]. Qui, però, si impone un approfondimento della questione alla luce degli ancora recenti interventi delle sezioni unite in materia di estensione del potere del giudice di rilievo officioso della nullità e quanto alla *ratio* di questa regola[11]. Il fondamento di quest'ultima viene, infatti, ravvisato nella circostanza che la nullità è funzionale anche alla tutela di interessi generali sovraindividuali, proprio perché «la natura superindividuale dell'interesse protetto giustifica la reazione dell'ordinamento nell'ambito del processo, comportando che una convenzione affetta da sì grave patologia imponga al giudice di negare efficacia giuridica ad un atto nullo»[12]; mentre la predetta funzionalità al perseguimento di interessi sovraindividuali viene colta – pure in questo caso nel quadro di un passaggio argomentativo attento ad opzioni ricostruttive dottrinali di segno difforme – anche nelle ipotesi delle c.d. nullità strutturali, perché, osserva la motivazione, «in tali ipotesi, insieme con il *particulare*, si tutela comunque un interesse generale, seppure in via indiretta: l'interesse 'proprio dell'ordinamento giuridico a che l'esercizio dell'autonomia privata sia corretto, ordinato e ragionevole».

Il passaggio che compie, sul punto della ricostruzione della categoria della nullità, la motivazione delle sezioni unite è tuttavia ancora più drastico e significativo, sotto il profilo sistematico. Infatti, e muovendo dalla premessa che «una scelta volta all'eccessiva frammentazione della categoria della nullità risulterebbe insormontabile ostacolo ad una ricostruzione unitaria e coerente dell'estensione dei poteri officiosi riconosciuti al giudice *ex* art. 1421 c.c.»[13], si esclude senz'altro che le nullità speciali abbiano fatto implodere il sistema originario delineato dal legislatore del 1942, osservandosi che «una equilibrata soluzione che ricostruisca le diverse vicende di nullità negoziale in termini di rapporti di *genus* a *species* appare del tutto predicabile ancor oggi, così come solidamente confortata dalla stessa giurisprudenza comunitaria». Coerentemente a questa impostazione si osserva che anche le nullità c.d. di protezione sono «volte a

[10] Sono le conclusioni di V. SCALISI, *L'invalidità e l'inefficacia*, cit., 485.

[11] Il riferimento è a Cass., sez. un., n. 14828/2012 che si legge, tra gli altri luoghi, in *Nuova giur. civ. comm*., 2013, I, 28 ss., con nota di chi scrive, *Il giudice e le nullità: punti fermi e problemi aperti nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, cui si rinvia anche per ulteriore apparato bibliografico e giurisprudenziale sulla questione oggetto del presente scritto.

[12] Così le pagine 23-24, § 3.5. della motivazione di Cass., sez. un., n. 26242 – 26243 del 12 dicembre 2014.

[13] Cfr. pagina 22 della motivazione § 3.3.

tutelare interessi generali, quali il complessivo equilibrio contrattuale (in un'ottica di microanalisi economica) ovvero le stesse regole di mercato ritenute corrette (in un'ottica di macroanalisi), secondo quanto chiaramente mostrato dalla disciplina consumeristica, specie di derivazione comunitaria, per le quali si discorre sempre più spesso, e non a torto, di 'ordine pubblico di protezione», tanto più che «il potere del giudice di rilevare la nullità, anche in tali casi, è essenziale al perseguimento di interessi che possono addirittura coincidere con valori costituzionalmente rilevanti, quali il corretto funzionamento del mercato (art. 41 Cost.) e l'uguaglianza quanto meno formale tra contraenti forti e deboli (art. 3 Cost.)»[14].

Questa impostazione della motivazione delle sezioni unite ha suscitato qualche perplessità nei primi commenti intervenuti, a suo tempo, sull'argomento. Si è, in particolare, osservato che le sezioni unite avrebbero offerto, attraverso «il trinomio nullità codicistica – struttura dell'atto – tutela di un interesse sovraindividuale … una rappresentazione rigorosa di quella concezione normativistica della nullità tutta rinserrata nella logica della fattispecie e condensabile in un rifiuto netto di giuridicità», mentre sarebbe molto diverso lo scenario che avrebbe delineato la dottrina più recente, ponendo l'accento sul fatto che le nullità, nel discorso del legislatore, avrebbero sempre obbedito «ad una logica duale, di repressione certo quando comminate per contrarietà all'ordine pubblico ed al buon costume» ovvero «di protezione in senso stretto, una protezione che agglutinerebbe la classe delle nullità strutturali unilaterali unitamente a quelle connesse ad un abuso in contratto»[15]. Si dovrebbe, dunque, ritenere che lo statuto delle nullità codicistiche sia in effetti plurimo, posto che le singole comminatorie conoscono diversi gradi di intensità, in presenza di un dato legislativo in cui «già le proposizioni eccettuative degli artt. 1421 e 1423 c.c. lasciano intravedere una configurazione binaria del sistema delle nullità con un disporre che il discorso degli interpreti, non quello del legislatore, ha voluto testuale in luogo di un risultare più realisticamente modellato sullo scopo della norma imperativa violata»[16].

È tuttavia lo stesso Autore del cui pensiero stiamo qui discorrendo a dare atto che, infine, la motivazione delle sezioni unite – ulteriore conferma, la notazione è nostra, della consapevolezza che essa mostra dell'apporto dottrinale in materia

[14] I brani riportati nel testo si rinvengono, rispettivamente, a pagina 25, § 3.7. ed a pagina 28, § 3.12.1., della motivazione.

[15] Cosi S. PAGLIANTINI, *Spigolando a margine* …, cit., che riprende il pensiero di A. GENTILI, *La 'nullità di protezione'*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 77 ss.

[16] Così di nuovo S. PAGLIANTINI, *Spigolando a margine* …, cit.

– si palesa tutt'altro che sorda nei confronti di questa diversa interpretazione del dato normativo. Infatti, le decisioni, pur imperniate in più luoghi sull'idea della nullità come sanzione civile, che si dà oggettivamente, si manifestano consapevoli della «diversa caratura delle nullità strutturali rispetto a quelle c.d. politiche», in particolare nella misura in cui «la salvaguardia dalla stipula di contratti inutili è vista come la tutela *de relato* ed indiretta di un interesse della collettività», sotto il profilo dello «ordinato svolgersi del contrarre, salvaguardando di riflesso il valore della certezza nella circolazione dei diritti»[17].
In effetti, riprendendo a questo punto più da vicino il filo del discorso sulla motivazione delle sentenze delle sezioni unite, è proprio sul problema della rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione (problema destinato ad assumere particolare rilievo anche nella prospettiva del nostro discorso), che si coglie lo stacco più marcato rispetto al precedente intervento in materia dell'Organo di nomofilachia[18].
Infatti, nell'ambito di quest'ultima, era proprio il riferirsi della nullità che potremmo definire codicistica a profili di interessi generale che pareva alla base dell'ulteriore sviluppo della motivazione; laddove, cioè, Cass. n. 14828/12 precisava che l'unica distinzione rilevante ai fini della soluzione del problema della rilevabilità d'ufficio della nullità era quella che aveva riguardo alle nullità per le quali fosse dettato un regime speciale, che le sezioni unite nella sentenza da ultimo citata facevano sostanzialmente coincidere con l'area delle nullità di protezione in cui, osservava la decisione, «il rilievo del vizio genetico è espressamente rimesso alla volontà della parte».
Questo passaggio argomentativo dell'intervento nomofilattico del 2012 era stato oggetto di notazioni critiche da parte di uno dei primi annotatori della sentenza[19], notazioni che paiono essere state alla base della più articolata conclusione cui sono pervenute le sezioni unite nel successivo intervento del 2014. Si era, in particolare, osservato che la motivazione della sentenza, sul punto, sembrava ragionare sulla premessa che, in difetto di un'espressa previsione di legge in tal senso, le nullità di protezione incompleta sarebbero state sprovviste di una rilevabilità officiosa; e questo avrebbe condotto, da un lato, ad esiti argomentativi incongrui (poiché, queste erano le esemplificazioni proposte per rendere conto della consistenza del problema, in relazione alla presenza, o meno, di un'esplicita previsione di rilevabilità officiosa della nullità,

[17] Sono ancora passaggi di S. PAGLIANTINI, *Spigolando a margine* …, cit.
[18] Il riferimento è ovviamente a Cass., sez. un., n. 14828/2012.
[19] Cfr. S. PAGLIANTINI, *La rilevabilità officiosa delle nullità secondo il canone delle sezioni unite. Eppur si muove*, in *Contratti*, 2012, 877.

il giudice avrebbe potuto rilevare il difetto di forma di un contratto bancario, in relazione alla disposizione dell'art. 127, comma 2 d.lgs. n. 385 del 1993, mentre non avrebbe potuto rilevare d'ufficio la nullità di un preliminare di immobili da costruire nel caso in cui mancasse il rilascio di una fideiussione richiesta a pena di nullità: art. 2, comma 1 d.lgs. n. 122 del 2005) e, dall'altro, avrebbe contraddetto il carattere della rilevabilità officiosa che la dottrina sarebbe ormai incline ad affermare quale tratto comune alle nullità di protezione, sulla base di un'interpretazione della norma racchiusa nell'art. 36, comma 3 Cod. cons. suscettibile di assumere portata generale, nell'ambito del sottosistema del diritto dei contratti dei consumatori. Il ragionamento delle sezioni unite avrebbe condotto, pertanto, a configurare l'art. 1421 come una norma generale «ed i casi di irrilevabilità officiosa come altrettante eccezioni, da cui poi una tipicità delle fattispecie di nullità relativa non rilevabile *ex officio*»[20].

Sul punto, come si è visto, la scelta delle sezioni unite, nelle sentenze 26242 e 26243 del 2014[21] rappresenta uno sviluppo ed una precisazione della precedente impostazione: e si tratta di uno sviluppo, e di una precisazione, sicuramente condivisibili, poiché ispirate all'applicazione di una griglia di valutazione duttile ed affidabile, al tempo stesso, per l'operazione ricognitiva cui è chiamato l'interprete, consistente nella rilevazione della natura dell'interesse tutelato dalla norma che sancisce la nullità. Sembra, dunque, trovare conferma quanto chi scrive aveva ipotizzato in sede di commento al precedente intervento delle sezioni unite[22] nel senso che, in assenza di un'esplicita statuizione normativa circa la rilevabilità d'ufficio della nullità, la conclusione nel senso della estensibilità alla singola ipotesi del modulo argomentativo già accreditato dalle sezioni unite del 2012, e qui sviluppato ed affinato, è destinata a discendere da un'analisi attenta essenzialmente all'aspetto funzionale della sanzione di volta in volta predisposta dalla norma. Proprio per questo è del tutto coerente

[20] Cfr. S. PAGLIANTINI, *La rilevabilità officiosa della nullità* …, cit., 878.

[21] Nel senso – cfr. pagina 30, § 3.13.2., della motivazione – di recepire le indicazioni della giurisprudenza della Corte di giustizia, secondo le quali «il giudice deve esaminare di ufficio la natura abusiva di una clausola contrattuale e, in quanto nulla, non applicarla, tranne nel caso in cui il consumatore vi si opponga». Ha analizzato, di recente, il problema della possibile ricaduta di questo indirizzo giurisprudenziale della Corte di giustizia sulla costruzione della categoria della nullità di protezione e, in particolare, sulla possibilità di inferirne una convalidabilità, G. PASSAGNOLI, *Note critiche in tema di sanabilità e rinunziabilità delle nullità di protezione (art. 36)*, in VETTORI (a cura di), *Il contratto dei consumatori, dei turisti, dei clienti, degli investitori e delle imprese deboli. Oltre il consumatore*, Padova, 2013, 496 ss., il quale osserva che la portata delle pronunzie della Corte di giustizia è tuttavia insuscettibile di accreditare, in termini generali, l'assunto della sanabilità della nullità.

[22] Ci si permetta il riferimento al nostro *Il giudice e le nullità*, cit.

il ragionamento delle sezioni unite del 2014, laddove le stesse, dopo avere escluso, nei termini dei quali si è riferito, la sostenibilità sistematica di un'eccessiva frammentazione della categoria della nullità negoziale, mostrano di condividere la chiave di lettura secondo la quale la nullità deve essere ormai definita «all'esito del sopravvento del diritto europeo, ad assetto variabile e di tipo funzionale, in quanto calibrata sull'assetto di interessi concreto, con finalità essenzialmente conformativa del regolamento contrattuale, ma non per questo meno tesa alla tutela di interessi e di valori fondamentali che trascendono quelli del singolo»[23], per poi muovere dalla premessa della «riconduzione ad unità funzionale delle diverse fattispecie di nullità» al fine di «riaffermare a più forte ragione l'esigenza di conferire al rilievo d'ufficio obbligatorio il carattere della irrinunciabile garanzia della effettività della tutela di valori fondamentali dell'organizzazione sociale»[24].

La solidità sistematica, e la congruenza anche dal punto di vista degli esiti pratici ed applicativi, della conclusione cui pervengono le sezioni unite del 2014 nel senso di affermare che la rilevabilità officiosa «sembra costituire il *proprium* anche delle nullità speciali, incluse quelle denominate 'di protezione virtuale'», con la conseguente attribuzione dello statuto di norma generale all'art. 36 del Cod. cons. non paiono intaccate dalle sottili notazioni di chi[25], sulla base della ricognizione di una serie di soluzioni normative concrete, ha sollevato il dubbio se, nell'ambito di esse, l'integrazione dovrà svolgersi sulla base del canone dell'art. 1421 c.c. oppure se l'art. 36 Cod. cons. sia «provvisto di una *vis expansiva* oltre che intra pure interordinamentale»: proprio perché sulla base della premessa assunta dalle sezioni unite la scelta nel senso della natura di norma generale dell'art. 36 appare in effetti tanto coerente quanto condivisibile. Ulteriori elementi preziosi per il successivo svolgimento dell'indagine derivano anche dalla elaborazione della giurisprudenza della Corte di giustizia in

[23] Così pagina 30, § 3.13.2 della motivazione; il brano riprodotto nel testo è abbastanza chiaramente tributario della nota e suggestiva impostazione di V. SCALISI, *Autonomia privata e regole di validità: le nullità conformative*, ora in ID., *Il contratto in trasformazione*, Milano, 2013, 385 ss. nonché, in precedenza, ID., *L'invalidità e l'inefficacia*, in CASTRONOVO – MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano, 2007, 479 ss.

[24] Così pagina 31 § 3.13.4 della motivazione. Nel quadro di una più articolata motivazione, attenta anche al problema processuale dell'effetto devolutivo dell'appello, riafferma la regola della rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione Cass., 17 gennaio 2017, n. 923, in *Nuova giur. civ. comm*., 2017, 946 ss., con nota di CAPECCHI.

[25] Il riferimento è di nuovo a S. PAGLIANTINI, *Spigolando a margine* …, cit., il quale propone il caso della nullità dei contratti di subfornitura e degli ordinativi periodici di forniture privi della forma scritta.

materia di limiti al rilievo officioso della nullità da parte del giudice. Non si vuole certo sovrapporre il problema del rilievo officioso della nullità da parte del giudice a quello del dovere del notaio di rifiutare la stipula di un atto che risulti espressamente proibito dalla legge o manifestamente contrario all'ordine pubblico o al buon costume, bensì sottolineare, così anticipando in parte i risultati cui perverremo, che sia l'ambito, e le modalità, del potere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità del contratto, sia l'estensione del dovere del notaio di rifiutare la stipula dell'atto nella sussistenza dei presupposti anche poc'anzi richiamati, discendono largamente dalla rilevazione della qualità degli interessi implicati nella vicenda e dallo scopo di protezione della disciplina normativa che di volta in volta viene in considerazione. Deve essere rammentata, in questa prospettiva, in primo luogo la decisione della Corte di giustizia nella controversia Pannon[26], secondo la quale, in particolare, «il giudice nazionale deve esaminare d'ufficio la natura abusiva di una clausola contrattuale a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine. Se esso considera abusiva una siffatta clausola, non la applica, tranne nel caso in cui il consumatore vi si opponga».

Si delinea così una procedimentalizzazione dell'esercizio dei poteri di ufficio del giudice, attraverso il preventivo necessario interpello del consumatore, che li rende così pienamente funzionali e coerenti con l'obiettivo primario di tutela di questi, che, da un lato, rimane arbitro del diritto a vedere caducata o meno la clausola abusiva, dall'altro si giova di quel ruolo attribuito al giudice di supplenza, proprio attraverso il potere-dovere conferitogli di rilevare d'ufficio la nullità, di una difesa che potrebbe essere carente non solo al momento della stipulazione del contratto ma anche nel processo. Pertanto, la nullità di protezione incorpora un controllo di meritevolezza funzionalizzato ai valori dell'equità, dell'equilibrio e della giustizia, ma c'è rilevabilità officiosa soltanto se il giudice può procedere a questa valutazione nell'ambito di ricorsi analoghi di natura interna e solo se si tratta di un potere/dovere officioso azionabile negli stretti limiti previsti dalle norme processuali vigenti nei singoli ordinamenti. Tali affermazioni sono state ribadite dalla sentenza Eva Martin Martin[27], nella quale la Corte ribadisce che un giudice nazionale ha il potere dovere di rilevare d'ufficio la nullità di un contratto ancorché questa non sia mai stata opposta dal consumatore e che come limite opera la sola circostanza che il suddetto consumatore, debitamente interpellato dal giudice, dichiari di non volersi avvalere di questa nullità ed infine che il diritto comunitario non obbliga il

[26] Corte di giustizia, Quarta Sezione, decisione del 4 giugno 2009 nel procedimento C – 243/08.
[27] Corte giust., sentenza 17 dicembre 2009.

giudicante nazionale a rilevare officiosamente l'infrazione a questa o quella direttiva consumeristica quando ciò possa importare un travalicare dei limiti della lite così come le parti li hanno definiti, oltre tutto basandosi su fatti e circostanze diversi da quelli che la parte processuale ha posto a fondamento della propria domanda

La necessità di orientare l'utilizzazione del rimedio della nullità in senso funzionale, risultando, dunque, centrale, in questa prospettiva, il momento della rilevazione dell'interesse perseguito, si desume anche dalla più recente giurisprudenza della Suprema Corte.

Infatti, la recentissima sentenza della Corte di Cassazione a sezioni unite del 16 gennaio 2018, n. 898[28], intervenuta a seguito della ordinanza interlocutoria n. 12390 del 17 maggio 2017 dalla sezione I della Corte, e che ha affrontato, e risolto, la questione di diritto oggetto altresì dell'ordinanza n. 10447 del 27 aprile 2017 («se il requisito della forma scritta del contratto di investimento esiga, oltre alla sottoscrizione dell'investitore, anche la sottoscrizione *ad substantiam* dell'intermediario»)[29], conferma che anche il requisito della forma del contratto assume ormai significato in una prospettiva funzionale.

In un ordine di idee analogo, un'ancora recente giurisprudenza delle sezioni unite della Corte di Cassazione[30] ha accreditato la praticabilità di un percorso ricostruttivo secondo il quale le forme negoziali comporrebbero un sistema «all'ombra del quale il carattere inderogabile o meno della prescrizione può essere frutto di un'operazione ermeneutica svolta anche con un occhio alla funzione che il vincolo di forma (o, meglio, l'atto formale) è chiamato a svolgere». In questo modo, è stata tratteggiata l'idea di un «*vestimentum* finalmente liberato dalla

[28] Vedila, con la nota di A. DALMARTELLO, *La forma dei contratti di investimento: chiarimenti delle sezioni unite e problemi ancora aperti (dal contratto 'monofirma' alla consegna del documento come 'obbligo di fattispecie'?)*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2018, 658 ss.

[29] L'ordinanza è pubblicata in *Nuova giur. civ. comm*., 2017, 1363 ss., con nota di R. AMAGLIANI, *La forma del contratto quadro di investimento: la parola alle sezioni unite*. La questione sollevata da quest'ultima è stata oggetto della decisione con la sentenza 23 gennaio 2018 n. 1653 delle medesime sezioni unite (pubblicata, tra gli altri luoghi, in *Nuova giur. civ. comm*., 2018, 658 ss. con la nota citata di DALMARTELLO, e sulla quale vedi la discussione su *Nuova giur. civ. comm*., 2018, 729 ss., con scritti di S. PAGLIANTINI, *Il contratto monofirma nella prospettiva dell'art. 1341 c.c.*; di U. SALANITRO, *Nullità per mancanza di forma e 'contratti mediante corrispondenza'*; e di chi scrive, *Contratti monofirma nei servizi di investimento e scopo di protezione della forma*.

[30] Si tratta di Cass., sez. un., n. 18214/2015, sulla quale, intelligentemente, si sofferma appunto S. PAGLIANTINI, *Usi (ed abusi)* …, cit., 685, ravvisandola come, ancorché inespresso, e peraltro opinabile, referente argomentativo dell'impostazione condivisa dalla decisione che fa da sfondo a queste notazioni

consueta fissità, con l'ulteriore risultato di ridimensionare la pretesa bizzarria di soluzioni normative derivanti dal formalismo strutturale proprio della tradizione, non a caso inserito nel quadro di una nullità irrelata e demolitoria, e perciò stesso ostativa alla produzione di qualsivoglia effetto giuridico»[31].

3. La responsabilità del notaio attraverso il prisma della lettura funzionale del sistema delle nullità

I risultati dell'analisi fin qui svolta consentono, dunque, di affermare la rilevanza del profilo funzionale della previsione di nullità, che si estrinseca in modo particolare nelle nullità di protezione, dove sono presenti entrambe le anime della nullità e cioè sia quella protettiva che quella repressiva, sia la tutela del singolo che la direzione del mercato[32].
Pertanto, come è stato detto in dottrina, il problema della responsabilità del notaio, nella sua forma di responsabilità disciplinare ovvero di responsabilità (solo) civile verso il cliente, postula, per essere risolto, un'indagine condotta caso per caso sulla natura dell'interesse che di volta in volta viene tutelato dalla norma: esemplificando «se l'assetto di interessi non è tollerabile dalla legge (come nella lista nera delle clausole abusive, o nei patti di abuso di dipendenza economica e forse nei contratti a valle di illeciti *antitrust* che possano essere detti nulli), è la difesa dell'interesse generale il compito primario ed è quindi il ruolo di pubblico ufficiale che prevale: è l'ordine pubblico che rileva, e la protezione del contraente è solo riflesso. Se invece l'assetto in sé non è legalmente intollerabile, ma è pregiudizievole per l'interessato cui perciò è dato contestarlo con l'azione di nullità, non è il notaio che può erigersi a giudice. Il suo compito professionale di assistenza gli impone di informare, avvisare, suggerire, ma anche di non decidere lui per il cliente»[33].
Da questo punto di vista, si colgono due aspetti di grande importanza ai fini della corretta soluzione del problema e che possono indirizzare verso la conclusione dell'indagine.
Infatti, e da un primo angolo visuale, il parallelismo che avevamo tracciato con riferimento al potere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità del contratto,

[31] I brani riportati nel testo sono di L. MODICA, *Cass., sez. un., n. 18214/2015: i giudici di legittimità sulla "interpretazione assiologicamente orientata" delle nullità per vizio di forma*, in *Dir. civ. cont.*, 28 dicembre 2015.
[32] Cfr. A. GENTILI, *Nullità di protezione e ruolo del notaio*, in *Riv. not.*, 2010, 285 ss.
[33] Così A. GENTILI, *Nullità di protezione e ruolo del notaio*, cit., 302.

salvo che il contraente, interpellato, si opponga alla declaratoria di nullità trova una conferma della propria utilizzabilità anche in materia di obblighi del notaio e rappresenta una chiave di soluzione più persuasiva del problema della sussistenza della responsabilità disciplinare del notaio in caso di c.d. nullità relativa. È noto, al riguardo, che, su questo problema, un orientamento giurisprudenziale della Suprema Corte ancora recente aveva affermato che l'esonero da responsabilità per le fattispecie di nullità relativa è da ritenersi circoscritto alle ipotesi in cui questa risulti rilevabile solo da chi abbia interesse e non d'ufficio[34]; e si potrà allora ritenere che la responsabilità disciplinare del notaio sia esclusa quando questi abbia segnalato al cliente il profilo di nullità – appunto rilevabile solo ad istanza di quest'ultimo – ed il cliente abbia dichiarato di non voler avvalersi del potere di far valere la nullità.

Inoltre, ed è questo il secondo profilo poc'anzi accennato, può essere valorizzato, anche al fine di impostare correttamente la questione della responsabilità del notaio, l'obbligo di indagare la volontà del contraente, che è posto a carico del notaio dall'art. 47, comma 2 legge notarile e che trae con sé anche un obbligo di informazione nei confronti del cliente, da questo punto di visto concretizzato nel senso della informazione circa la sussistenza della causa di nullità: una volta somministrata la quale, ed all'esito della manifestazione della volontà del cliente, in caso di nullità relativa, di non avvalersi del potere di far valere la nullità, non sarà ipotizzabile una responsabilità del notaio. La responsabilità sarà da escludere sia sul piano disciplinare (proprio perché, a questo punto, l'atto non potrà dirsi nullo), sia sul versante civilistico: infatti, dopo che sia stata fornita dal notaio al cliente l'informazione dovuta circa la possibilità di far valere la nullità, il secondo non potrà addebitare al primo le conseguenze della valutazione che l'ha condotto a non volersi avvalere del relativo potere[35].

Da questo punto di vista, si coglie anche un'interessante interferenza tra piano della responsabilità civile e piano della responsabilità disciplinare del notaio, proprio perché l'affermazione di responsabilità del notaio, nel caso di inadempimento dell'obbligo di informazione e di consiglio che sia fonte di conseguenze pregiudizievoli per il cliente, muove dalla «norma deontologica, elaborata, dunque, nel seno dell'ordinamento professionale, ma non per questo meno giuridica»[36]: in particolare, così come il notaio ha l'obbligo di illustrare ai

---

[34] Cfr. Cass., 9 dicembre 2010 n. 24867, in *Giur. it*., 2011, 12, 2523, con nota di DALMOTTO nonché in *Notariato*, 2011, 2, 219.

[35] Si sofferma, di recente, sull'obbligo di informazione e consulenza gravante sul notaio anche P. ROMEO, *La responsabilità professionale del notaio*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2017, 1612 ss.

[36] Così M. RIZZUTI, *La responsabilità del notaio e il "dovere di consiglio"*, nota a Cass., 18 maggio 2017, n. 12482, in *Giur. it*., 2018, 1393 ss.

contraenti, al fine di assicurare la realizzazione più completa della loro volontà, da lui in precedenza indagata, anche soluzioni tecniche alternative rispetto a quelle dagli stessi da principio ipotizzate, allo stesso modo egli avrà l'obbligo di segnalare la causa di nullità relativa a quella parte che sia legittimata a farla valere, dando, poi, atto nel rogito della scelta del cliente nel senso di non avvalersi del potere di rilevarla. Si delinea, in questo ordine di idee, anche un ulteriore sviluppo di particolare interesse del problema della responsabilità del notaio, destinato ad investire pure la modalità stessa di redazione dell'atto: ed infatti è stato sottolineato che la funzione del notaio si modella ormai non più nei meri termini della registrazione di una volontà delle parti, assunta come già completa in tutte le sue articolazioni, richiedendo altresì, all'interno dell'atto, la presenza di una componente motivazionale, che consenta di ricostruire, *a posteriori* e soprattutto nel caso di contestazione al notaio di un suo eventuale inadempimento, il modo in cui questi abbia informato e consigliato la parte che si è a lui affidata[37]. Un'evoluzione di questa portata colloca, del resto, il notaio in una posizione non dissimile da quella degli altri professionisti che, sempre più spesso, sono chiamati da norme deontologiche[38] ovvero da norme di legge[39] a fornire informazioni circa gli aspetti qualificanti dell'incarico che si accingono a svolgere; informazioni che i predetti professionisti, ove pure difetti un obbligo legale di somministrazione in forma scritta[40], avranno evidentemente interesse a fornire in quella forma in chiave di agevolazione probatoria a fronte di eventuali, successive doglianze della clientela[41].

Vi è, poi, almeno un altro aspetto cui è necessario dedicare qualche notazione finale nel quadro di questa riflessione circa la responsabilità del notaio per

---

[37] Cfr. M. PALAZZO, *La funzione del notaio al tempo di internet*, cit., 93 ss.; M. PALAZZO, *La motivazione dell'atto notarile nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, in *giustiziacivile.com*, 3 agosto 2017. Sul punto si sofferma anche, all'interno di una riflessione circa l'evoluzione della posizione professionale del notaio, M. IMBRENDA, *La responsabilità notarile nella ermeneutica delle giurisdizioni superiori fra obbligazioni civili e tutela della fede pubblica*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, in particolare 1636 ss.

[38] Si pensi, ad esempio, all'art. 35 del Codice di deontologia medica, in materia di acquisizione del consenso informato.

[39] Cfr., quanto alla professione forense, l'art. 13, comma 5, l. n. 247 del 2012, in tema di obblighi di informazione circa il livello di complessità dell'incarico nonché in ordine ai costi che lo stesso possa implicare.

[40] Forma scritta dell'informazione che, in materia di professione forense, vi è per quel che concerne la prevedibile misura del costo della prestazione, ripartito tra oneri, spese e compenso professionale: art. 13, comma 5, l. n. 2472 del 2012, cit.

[41] Si sofferma sul parallelismo tra la posizione del notaio e quella degli altri professionisti, M. RIZZUTI, *La responsabilità del notaio e il dovere di consiglio*, cit., 1395.

la redazione di un atto nullo: e cioè quello del limite alla responsabilità del notaio che si ricollega all'uso dell'avverbio 'espressamente' da parte dell'art. 28 ovvero 'manifestamente' per quel che concerne gli atti contrari all'ordine pubblico o al buon costume. È nota, sul punto, la soluzione ancora di recente proposta dalla giurisprudenza di legittimità, la quale ha escluso l'illecito disciplinare quando vi fosse un rilevante contrasto sia in seno alla dottrina che alla giurisprudenza di merito circa la ricostruzione della nullità, sancendo che quando il contenuto della propria decisione fosse divenuto noto al pubblico, si sarebbe dovuta affermare la responsabilità disciplinare del notaio che avesse rogato l'atto[42]. E qui la prospettiva problematica si allarga e si arricchisce anche alla luce della nota elaborazione giurisprudenziale circa la portata del c.d. *overruling*, che, dalla impostazione ad esso data con riferimento a preclusioni o decadenze sancite dalla disciplina di diritto processuale[43], ben può riferirsi, con gli adattamenti del caso, anche alla questione ora oggetto di indagine, escludendo, dunque, la responsabilità disciplinare del notaio per avere rogato un atto nullo che si palesi tale all'esito di un imprevedibile – al momento della stipula dell'atto – mutamento giurisprudenziale[44].

La corretta ricostruzione dello scopo di protezione della norma che sancisce la nullità e la valorizzazione dell'obbligo di informazione del notaio possono, dunque, rappresentare una chiave di lettura adeguata del problema della

[42] Cfr., Cass., 20 luglio 2011, n. 15892, in *Vita not*., 2012, I, 359, che intervenendo, nel solco di Cass. n. 24867/2010 e di Cass., 11 marzo 2011, n. 5913, in *Vita not*., 2011, 3, 1696, sul problema della responsabilità disciplinare in caso di nullità derivante da nullità per violazione dell'art. 34 d.lgs. n. 5 del 2003, ha affermato appunto che eventuali atti costitutivi rogati da notai recanti clausole nulle sotto il profilo della violazione della disciplina delle clausole compromissorie sarebbero divenuti sanzionabili disciplinarmente solo dopo che il principio affermato dalla Corte avesse acquisito notorietà.

[43] Si allude alla notissima Cass., sez. un., 11 luglio 2011, n. 15144, in *Corr. giur*., 2011, 10, 1392, con note di CAVALLA, CONSOLO e DE CRISTOFARO, nonché in *Foro it*., 2011, 12, 1, 3343 con nota di CAPONI.

[44] La conferma dell'utilità, e dell'attualità, di questa indicazione è offerta dall'ancora recente riorientamento della giurisprudenza della Suprema Corte sulla questione del vincolo del prezzo massimo di cessione degli alloggi costruiti, *ex* art. 35 della l. n. 865 del 1971, sulla base di convenzioni per la cessione di aree in diritto di superficie, ovvero per la cessione del diritto di proprietà se stipulate, quest'ultime, precedentemente all'entrata in vigore della l. n. 179 del 1992, qualora non sia intervenuta la convenzione di rimozione, *ex* art. 31, comma 49-*bis*, della l. n. 448 del 1998: infatti, la valutazione circa la natura imprevedibile, o meno, del mutamento introdotto da Cass., sez. un., 16 settembre 2015, n. 18135, in *Giur. it*., 2105, 12, 2572 con nota di SGOBBO potrà orientare verso la soluzione negativa, o affermativa, della responsabilità disciplinare del notaio per avere rogato un contratto che, sulla base del nuovo indirizzo, dovesse essere ritenuto affetto da nullità parziale.

responsabilità del notaio, sia disciplinare che civile, contribuendo a delineare un'immagine del notaio equilibrata tra quella di rigoroso custode della legalità e, per riprendere la suggestiva formulazione di Grossi riferita al notaio dell'epoca medievale, quella di fabbro del diritto, e dunque protagonista attivo nel delineare schemi negoziali in grado di vivificare, e non di intralciare, la realtà dei traffici.

La responsabilità, anche disciplinare, per la conclusione di un contratto nullo

Vito Guglielmi
Notaio in Arzignano
Consigliere Nazionale del Notariato

Riflettendo sul cambiamento del concetto di nullità che da categoria in origine unitaria si declina oggi, a seguito delle evoluzioni dottrinarie e giurisprudenziali, in più sottocategorie, l'Autore si propone di esaminare gli effetti di tale cambiamento in tema di responsabilità civile, penale e disciplinare del notaio e le possibili interferenze tra diversi giudizi nel caso di conclusione di un contratto nullo, analizzando infine brevemente la categoria dell'invalidità in ambito societario.

After considering how the concept of nullity has changed, from being a single concept to – following the evolutions of jurisprudence and case law – consisting of multiple sub-categories, the Author analyses the effects of such changes on the notary's civil, criminal, and disciplinary liability, as well as the possible interferences of the various judgments in the event that a null and void contract is concluded. Lastly, invalidity in the company law framework is also investigated.

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Brevi cenni sulla responsabilità professionale. – 3. Possibili interferenze tra diversi giudizi nel caso di conclusione di un contratto nullo. – 4. La responsabilità civile del notaio. – 5. La responsabilità penale del notaio. – 6. La responsabilità disciplinare del notaio. – 7. Le diverse ipotesi di nullità enucleate dalla giurisprudenza. – 8. Art. 28 della legge notarile e atti viziati da nullità sanabile. – 9. L'invalidità in ambito societario.

1. Introduzione

Desidero ringraziare il Comitato direttivo della Scuola Superiore della Magistratura e la Fondazione Italiana del Notariato, in persona del Presidente Massimo Palazzo, per l'invito a svolgere un intervento in questo importante convegno incentrato sulle invalidità negoziali e le relative impugnazioni. L'abbinamento nel dialogo con il Prof. Claudio Scognamiglio rappresenta per me un motivo di ulteriore gratificazione. Nel tempo a disposizione proverò a tratteggiare alcuni aspetti del tema assegnato, focalizzando l'attenzione su specifiche questioni, ferma restando la disponibilità per eventuali domande in sede di successivo dibattito.

2. Brevi cenni sulla responsabilità professionale

È stato ben delineato dai relatori che mi hanno preceduto il cambiamento del concetto di nullità che, a seguito delle evoluzioni dottrinarie e giurisprudenziali intervenute, da categoria unitaria, quale inizialmente si presentava, si declina invece oggi in più sottocategorie, circostanza che ha evidenti riflessi in tema di responsabilità, anche disciplinare, del notaio.

Quale considerazione di carattere generale, di inquadramento del contesto temporale in cui operano le professioni, vi ricordo la recente stretta della Cassazione (sentenza n. 25112 del 24 ottobre 2017) sulla responsabilità professionale. L'avvocato o il commercialista rispondono anche senza prova certa del danno causato da una loro inattività, essendo sufficiente il criterio del "più probabile che non", in base al quale il pregiudizio al cliente diventa più probabile in caso di omissione della prestazione professionale. Nonostante la difesa avesse sostenuto che non vi era nessuna prova certa che l'impugnazione avrebbe condotto a una vittoria processuale, la Suprema Corte, con ampia motivazione, si è espressa nei termini sopra ricordati.

In ambito prettamente notarile, peraltro, la Cassazione (sentenza n. 2071/2013) reputa necessaria, nell'espletamento dell'incarico, una diligenza «speciale e rafforzata, di contenuto tanto maggiore quanto più specialistica sia la prestazione

richiesta». La considerazione, poi, che la prestazione notarile si estenda a tutti gli adempimenti preparatori e successivi necessari ad assicurare la serietà e la certezza del contratto, e quindi «il conseguimento dello scopo tipico dell'atto e del risultato voluto dalle parti», non deve però arrivare a determinare un cambio di prospettiva per cui la stessa, nonostante sia qualificata un'obbligazione di mezzi, finisca di fatto per divenire un'obbligazione di risultato, anche se, lo comprendo, la giustificazione causale di tale approdo risente inevitabilmente della duplicità che caratterizza la funzione notarile, stretta fra l'attività privatistica di consulenza giuridica e redazione di atti negoziali e quella pubblicistica volta al controllo del loro contenuto e alla produzione di certezze legali, ma anche connotata da una serie di obblighi imposti dall'ordinamento giuridico.
Ricordo alcune disposizioni, tra le più rilevanti, che delimitano il perimetro entro il quale il notaio deve operare:
– il secondo comma dell'art. 47 della legge notarile «il notaio indaga la volontà delle parti e sotto la propria direzione e responsabilità cura la compilazione integrale dell'atto» (funzione di adeguamento);
– il punto n. 1 del primo comma dell'art. 28 della legge notarile «il notaro non può ricevere o autenticare atti se essi sono espressamente proibiti dalla legge, o manifestamente contrari al buon costume o all'ordine pubblico» (controllo di legalità);
– il punto b) del primo comma dell'art. 42 del Codice Deontologico «il notaio è tenuto, in particolare, a proporre la scelta del tipo negoziale più adeguato alle decisioni assunte dalle parti, accertandone la legalità e la reciproca congruenza, svolgendo le richieste attività preparatorie e dirigendo quindi la formazione dell'atto nel modo tecnicamente più idoneo per la sua completa efficacia e per la stabilità del rapporto che ne deriva».

3. Possibili interferenze tra diversi giudizi nel caso di conclusione di un contratto nullo

È accaduto, e potrà accadere ancora, che il notaio, superando tale perimetro, incappi in un inciampo professionale concludendo un contratto nullo, evento che, oltre a essere fonte di responsabilità disciplinare, può determinare a suo carico una responsabilità civile e penale, il cui accertamento non potrà che avvenire nelle sedi a ciò deputate. Al riguardo ricordo che mentre il giudizio disciplinare è condizionato da un eventuale giudizio penale, disponendo il terzo comma dell'art. 146 della legge notarile che «se per il fatto addebitato è iniziato procedimento penale, il decorso della prescrizione è sospeso fino al passaggio

in giudicato della sentenza penale», non vi sono, invece, ostacoli al fatto che in parallelo, senza alcun reciproco condizionamento, possano instaurarsi per la medesima condotta un giudizio disciplinare e un giudizio civile, ove siano derivati pregiudizi alle parti suscettibili di pretese risarcitorie.
A proposito di possibili "interferenze" tra i due giudizi, ho provato a documentarmi, chiedendo anche all'ufficio legale della nostra compagnia assicuratrice, se nell'ambito di un giudizio civile, *ad adiuvandum*, sia mai accaduto che la parte attrice abbia prodotto una decisione definitiva di condanna accertativa della responsabilità disciplinare del notaio per la stipula di un atto nullo, evento che può ragionevolmente verificarsi se si confrontano i tempi necessari per la conclusione del giudizio disciplinare (4/5 anni, di norma) con quelli del giudizio civile, in cui, in quello stesso arco temporale, è ben probabile che la causa non sia ancora matura, in primo grado, per la decisione. Non sembra però, questo perlomeno il mio riscontro, che ciò sia avvenuto.

4. La responsabilità civile del notaio

Continuando a ragionare sul parallelismo tra giudizio disciplinare e giudizio civile, ricordo che solo la declaratoria di nullità dell'atto pronunciata in quest'ultimo contesto, quindi nel processo civile, può determinare conseguenze nella sfera giuridica dei contraenti, determinando effetti solutori del contratto concluso, lo scioglimento dei vincoli assunti e, ove accertata la sua responsabilità, il conseguente obbligo risarcitorio a carico del notaio per i danni causati. La declaratoria di nullità dell'atto, nel giudizio disciplinare, costituisce, invece, solo l'antecedente logico per ritenere violato l'art. 28 della legge notarile e, di conseguenza, irrogare al notaio, in ipotesi, la sanzione della sospensione.
Non appare, invece, essere stato questo il percorso argomentativo della Co.Re. Di. Sicilia che, nella decisione n. 2/07 R.G. del 27 novembre 2007, dopo aver statuito la nullità di alcuni atti per violazioni formali ha poi «ordinato al notaio di effettuare le relative annotazioni a margine degli atti anzidetti e al Conservatore dei Registri immobiliari di procedere all'esecuzione delle relative formalità a margine delle trascrizioni e dell'iscrizione già eseguite, il tutto a spese del notaio resistente», in tal modo, a mio parere, confondendo ambiti che andavano tenuti ben distinti.
La decisione in oggetto, appellata dal notaio e dal Procuratore della Repubblica di Catania per la sua riforma nella sola parte in cui venivano ordinate al notaio e al Conservatore le annotazioni dipendenti dalla declaratoria di nullità, rilevandosi al riguardo «[...] il difetto di giurisdizione e competenza

ai fini della dichiarazione di nullità di un atto, ... la violazione del principio del contraddittorio, non potendo la nullità di un atto essere dichiarata senza che sia presente neanche una delle parti contraenti, l'intervento o la citazione delle quali non è prevista dalle norme disciplinanti i procedimenti disciplinari a carico dei notai, [...] la circostanza che la Commissione è deputata unicamente alla cognizione delle questioni attinenti all'esercizio dell'attività professionale notarile aventi rilevanza disciplinare, atteso che, se così non fosse, ci troveremmo di fronte a un giudice speciale, in violazione del disposto dell'art. 102 della Costituzione [...]», è stata però confermata dalla Corte di Appello di Palermo con la sentenza in data 26 settembre 2008, n. 2611 Cron. La Suprema Corte, a quanto mi consta, non si è espressa sul punto, non risultando proposto il relativo ricorso.

5. La responsabilità penale del notaio

La conclusione di un atto nullo può determinare una responsabilità anche di natura penale. È una possibilità che può concretizzarsi, ad esempio, in relazione alla compatibilità di atti "eccessivamente" difensivi del patrimonio (fondi patrimoniali, costituzioni di *trust*, vincoli di destinazione) con la norma penale di cui all'art. 11, primo comma, del d.lgs. n. 74 del 2000, che punisce con la reclusione chiunque aliena simulatamente o compie atti fraudolenti finalizzati alla sottrazione di beni alla riscossione di imposte.

La Commissione Studi civilistici del Notariato ha licenziato nel marzo 2012 un importante studio sull'argomento nel quale è evidenziato che «se è vero che il concorso del notaio nella commissione del reato è astrattamente configurabile, è altrettanto vero che la condotta antigiuridica non può essere ascritta al solo fatto che il notaio abbia ricevuto un atto simulato o fraudolento. La fattispecie criminosa prevede, infatti, ai fini della punibilità che il notaio sappia e voglia, quindi che vi sia consapevolezza e volontà di contribuire con la propria condotta alla realizzazione dell'evento antigiuridico».

La Suprema Corte, nella sentenza n. 1716/2016, emessa nell'ambito di un procedimento disciplinare in cui era in discussione il ministero notarile prestato per la stipula in serie di alcuni atti in violazione della citata norma penale ma anche, per uno di essi, dell'art. 334 c.p. (sottrazione o danneggiamento di cose sottoposte a sequestro disposto nel corso di un procedimento penale o dall'autorità amministrativa) perché riguardava immobili sui quali risultavano trascritti, e quindi conoscibili, alcuni sequestri preventivi penali, ha statuito la responsabilità del notaio *ex* art. 28 l. not., in quanto l'attività negoziale compiuta

in spregio della norma penale è colpita da nullità derivante dal contrasto con disposizioni di legge imperative, ma ha anche fatto cenno alla valutazione dei profili di responsabilità penale del notaio, precisando che non erano in discussione in quel contesto, ma lasciando intendere che potevano sussistere.

6. La responsabilità disciplinare del notaio

Parlando, ora, di responsabilità disciplinare per la conclusione di un contratto nullo, il pensiero non può che andare all'art. 28 l. not. che, come noto, vieta al notaio di ricevere o autenticare atti espressamente proibiti dalla legge, e all'interpretazione che ne è stata data dalla giurisprudenza di legittimità, inizialmente portata a ritenere che riguardasse tutti gli atti contrari a disposizioni di legge e non solo gli atti nulli. Il notaio, ricevendo un atto invalido, viene meno al dovere professionale di evitare il pericolo di effetti negativi nella sfera giuridica delle parti, esponendosi alle sanzioni risultanti dal combinato disposto degli artt. 28 e 138 l. not. (sospensione da sei mesi a un anno), senza che possa avere rilevanza, ai fini disciplinari, il grado di invalidità (annullabilità, nullità, inesistenza) dell'atto.

La Suprema Corte, con la sentenza n. 11128/97, ha invertito la rotta ancorando alla sfera di applicazione dell'art. 28 le sole ipotesi di nullità assoluta e inequivoca, con esclusione delle fattispecie di annullabilità e delle violazioni dell'art. 54 del reg. not. «che vieta ai notai di rogare contratti nei quali intervengono persone che non siano assistite o autorizzate nel modo espressamente previsto dalla legge».

Secondo la Cassazione «l'atto nullo è l'atto contrario a norme imperative, ai sensi dell'art. 1418, primo comma, c.c. Ma ove anche la norma imperativa non contenga un'espressa comminatoria di nullità dell'atto, la stessa dovrebbe pur sempre ritenersi espressa per effetto del combinato disposto costituito da detta norma imperativa e il primo comma dell'art. 1418 c.c., che sanziona con la nullità ogni atto contrario a norma imperativa». Trattasi del concetto di nullità virtuale, che si configura quando viene violata una norma avente carattere imperativo e quest'ultima non contempli espressamente la nullità dell'atto.

L'avverbio espressamente, che nell'art. 28 l. not. qualifica la categoria degli atti proibiti dalla legge, va inteso come "inequivocabilmente", per cui si riferisce a contrasti dell'atto con la legge che risultano in termini inequivoci per effetto di un consolidato orientamento interpretativo dottrinale e in virtù di un consolidato indirizzo giurisprudenziale. Ne deriva, al contrario, che il notaio non è passibile di sanzioni disciplinari allorché una questione di validità sia

dubbia, controversa e particolarmente complessa sotto il profilo ermeneutico, respingendosi, però, l'equivalenza di significato tra orientamento consolidato e orientamento univoco. In caso contrario, altrimenti, anche una sola opinione discordante (magari priva di un pur minimo e coerente supporto argomentativo) sarebbe sufficiente a rendere dubbia e controversa una questione in cui si profili l'invalidità del negozio giuridico e la conseguente responsabilità disciplinare del notaio.

7. Le diverse ipotesi di nullità enucleate dalla giurisprudenza

La Suprema Corte, nella sentenza n. 21493/2005, ha affrontato il problema dell'applicabilità dell'art. 28 all'intero atto o anche alle singole clausole in esso contenute. Il Collegio, nel confermare il principio in virtù del quale l'atto vietato è quello affetto da nullità assoluta, ha tuttavia aggiunto che non ha rilevanza se la nullità investa l'intero atto (nullità totale) o solo alcune clausole (nullità parziale). Al notaio è preclusa la possibilità di compiere un atto contrastante con l'ordinamento, essendo irrilevante, se non ai fini della determinazione della sanzione in concreto irrogabile, se detto contrasto investa tutto l'atto o solo una sua parte. Neppure può essere operata una differenza, ai fini dell'esclusione dell'illecito, a seconda che la clausola nulla, essenziale per l'economia del contratto, lo travolga interamente (art. 1419, primo comma, c.c.) o sia sostituita di diritto da norme imperative, come previsto dal secondo comma dell'art. 1419 c.c.

L'eventuale eterointegrazione del contenuto del contratto non esclude, ma anzi presuppone necessariamente che sia stata posta in essere una nullità assoluta.
Ed è proprio l'esistenza di detta nullità, posta in essere dal notaio con la redazione della clausola, che segna il momento consumativo dell'illecito, sul quale non possono spiegare efficacia sanante o estintiva della punibilità i rimedi predisposti dal legislatore per conservare l'atto ai fini privatistici.
Negli ultimi tempi sono state emanate alcune disposizioni di legge che prevedono fattispecie di nullità relativa, qualificate anche nullità di protezione. Per l'attività notarile gli esempi più significativi sono nel Codice del Consumo (d.lgs. n. 206 del 2005), in cui la nullità di determinate clausole vessatorie «opera soltanto a vantaggio del consumatore», nel testo unico bancario (d.lgs. n. 385 del 1993), in cui determinate nullità dei contratti bancari «possono essere fatte valere solo dal cliente», e nella legislazione di tutela per l'acquirente dell'immobile da costruire (d.lgs. n. 122 del 2005), in cui la nullità del contratto per mancato rilascio della fideiussione «può essere fatta valere unicamente dall'acquirente».

Vengono qualificate nullità di protezione perché disposte per l'inosservanza di norme a tutela principalmente del contraente che versi in condizioni di debolezza nei confronti della controparte contrattuale. Trattasi di nullità caratterizzate dal fatto che possono essere fatte valere in giudizio soltanto da una parte negoziale, con disciplina del tutto contrastante con il principio desumibile dall'art. 1421 c.c. per il quale la nullità può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse. Le argomentazioni dell'esclusione della nullità relativa dalla previsione dell'art. 28 l. not. non sono fornite dalla Cassazione: è un principio che viene affermato in modo ripetitivo (Cass. n. 11071/98 – Cass. n. 1766/98 – Cass. n. 4657/00 – Cass. n. 21493/05 – Cass. n. 3526/08), quasi un "*obiter dictum*". Per tale motivo un'attenta e recente dottrina, alla luce del fatto che la rilevabilità del vizio solo a vantaggio di una delle parti non intacca le componenti strutturali dell'istituto della nullità, comunque ben lontane da quelle dell'annullabilità o dell'inefficacia, e che sotto il profilo dell'interesse protetto non si può *a priori* escludere che in alcuni casi la disciplina della nullità relativa possa tutelare anche interessi generali, reputa che la sua esclusione dal perimetro applicativo dell'art. 28 l. not., ancorché ripetutamente affermata, possa essere in futuro messa in discussione. Ovviamente, escluderne l'applicazione, non significa mandare il notaio esente da ogni responsabilità, potendo essere irrogate allo stesso le sanzioni di cui all'art. 136 l. not. (avvertimento o censura).

Esaminiamo ora se l'art. 28 l. not., nel proibire gli atti viziati da nullità, si limiti ai soli vizi di nullità sostanziale o coinvolga anche vizi di natura formale. L'opinione che l'art. 28 non trovi applicazione in caso di nullità per vizi di forma, accolta da una parte della giurisprudenza di merito, era sostenuta anche da una parte della dottrina notarile in base alla quale la scelta della forma negoziale costituisce per le parti un onere e non un obbligo; per tale motivo la mancanza di forma dell'atto non può mai essere considerata alla stregua di un atto proibito dalla legge. L'ambito operativo delle norme di cui agli artt. 28 e 58 l. not. è differente: l'art. 28 impedisce che il notaio riceva un atto proibito dalla legge, si tratta quindi di norma che definisce la possibilità di accesso alla facoltà di rogito; l'art. 58 dà per presupposto che l'atto non sia vietato e si limita a prescriverne le formalità operative per evitare la nullità documentale.

Nella sentenza n. 1394/01 la Corte di Cassazione, affrontando in maniera puntuale il problema dell'applicabilità dell'art. 28 anche ai vizi dell'atto che comportano nullità di ordine formale, include espressamente in tale previsione anche le nullità dell'atto notarile disciplinate dall'art. 58 l. not. In base all'art. 28 sono nulli tutti gli atti contrari a norme imperative, senza che abbia alcun rilievo la motivazione della nullità (per carenza di contenuto o per carenza di forma).

Per il notaio, come per ogni pubblico ufficiale, una distinzione tra norme proibitive (prevedenti un obbligo di comportamento) e norme ordinative (prevedenti solo un onere) non è concepibile: ove la legge richieda uno schema legale tipico, a pena di nullità, egli non può che ricevere l'atto con quei requisiti formali e sostanziali. L'atto, essendo fuori dallo schema legale tipico che la legge prevede come necessario e indispensabile per attuare quelle modificazioni delle situazioni giuridiche volute dalle parti, si pone in contrasto con l'ordinamento che lo sanziona con la nullità.

8. Art. 28 della legge notarile e atti viziati da nullità sanabile

Un altro aspetto da affrontare è quello relativo al ricevimento da parte del notaio di atti nulli ma successivamente sanabili. Il testo unico dell'edilizia (d.P.R. n. 380/2001) prevede espressamente, per i fabbricati e per i terreni, la possibilità di conferma di atti nulli che siano carenti delle menzioni o delle allegazioni previste. In tal caso, sotto il profilo disciplinare, è applicabile la norma di cui all'art. 47 del T.U. da cui si deduce l'assenza di responsabilità *ex* art. 28 l. not. del notaio che riceve o autentica atti nulli ma convalidabili ai sensi della normativa urbanistica.

Al riguardo va segnalata la sentenza della Cassazione n. 3526 del 14 febbraio 2008 che, nel ribadire il principio che identifica «gli atti espressamente proibiti dalla legge» con gli atti affetti da nullità assoluta, non sembra richiedere l'effettivo intervento di un atto di conferma o di integrazione che provveda a sanare l'atto nullo per escludere la responsabilità *ex* art. 28 l. not. Secondo la Suprema Corte, trattandosi di "invalidità sanabile", non si rientra nella sfera applicativa dell'art. 28, e ciò a prescindere da una sanatoria effettivamente intervenuta. A questo orientamento si è adeguata la successiva giurisprudenza disciplinare (per tutte, Co.Re.Di. Sicilia del 28 aprile 2008) che ha sostanzialmente affermato il principio secondo cui ciò che rileva, ai fini della sanzione, non è che l'atto sia o meno sanato, quanto che sia sanabile, non sia cioè affetto, *ab origine*, da quella invalidità irrimediabile che è data dalla nullità assoluta.

Una parte di dottrina notarile, soprattutto in ambito degli Archivi notarili, non condivide tale assunto sulla base della considerazione che la natura della nullità in esame non muta ancorché la stessa sia suscettibile di sanatoria. Trattasi, pur sempre, di nullità derivante dalla violazione di norme imperative (quali sono gli artt. 30 e 46 del testo unico sull'edilizia), dettate a tutela di interessi generali e pertanto aventi carattere assoluto e inderogabile. Il legislatore ha consentito alla possibilità di rimediare *ex post* alla prescrizione formale mancante (omessa

menzione del permesso di costruire o omessa allegazione del certificato di destinazione urbanistica) purché tale carenza non sia il riflesso di una sottostante irregolarità sostanziale (insussistenza, ad esempio, del permesso di costruire con conseguente incommerciabilità dell'immobile abusivo). Per escludere la responsabilità disciplinare del notaio è necessario, pertanto, che intervenga effettivamente la conferma del precedente atto nullo, dovendo intendersi la ragione esonerativa della sanzione prevista dalla legge non come condizione astratta e potenziale, ma come situazione concretamente verificatasi (in tal senso Co.Re.Di. Puglia del 25 febbraio 2008).

È una problematica che si è recentemente riproposta a seguito della novella legislativa che consente di sanare gli atti nulli in quanto carenti della dichiarazione di "conformità oggettiva", anche se, a ben guardare, la redazione successiva dell'atto di conferma, che, come abbiamo visto in tema di normativa urbanistica, secondo la prospettazione più rigorosa degli Archivi Notarili, esclude la responsabilità del notaio *ex* art. 28 l. not., non sembra in tale ambito aver conseguito il medesimo risultato, così perlomeno ha reputato la Corte di Appello di Venezia in due recenti ordinanze (R.G. 2176/2017 del 9 novembre 2017 e R.G. 2770/2017 del 30 novembre 2017) emanate nel giudizio di appello avverso le decisioni della Co.Re.Di. Triveneto.

Secondo i giudici lagunari non vale a «escludere l'illecito la rinnovazione dell'atto nullo dovendosi considerare che la regolarità della condotta del notaio ai fini disciplinare deve essere valutata al momento della stipula dell'atto, e che le valutazioni riservate al notaio con riferimento alla validità dell'atto devono effettuarsi con un giudizio *ex ante*, per non esporre le parti alle conseguenze pregiudizievoli derivanti dalla stipula di un atto nullo [...] il divieto imposto al notaio dall'art. 28 l. not. [...] è violato nel momento stesso della redazione dell'atto [...], in quanto la ricezione dell'atto stesso segna il momento di consumazione istantanea dell'illecito.

Neppure possono esseri invocati gli effetti del d.l. 24 aprile 2017, n. 50, art 8, comma I-*bis*, entrato in vigore dal 24 giugno 2017, che ha introdotto il principio della conferma, trattandosi di una previsione non rilevante ai fini della verifica della sussistenza dei presupposti per la responsabilità disciplinare al momento della redazione dell'atto [...] in materia di illecito disciplinare riconducibile al *genus* amministrativo, in difetto della *eadem ratio*, non trova applicazione, in via analogica, il principio del *favor rei* sancito dall'art. 2 c.p., bensì quello del *tempus regit actum*.

Secondo l'insegnamento di Cass. n. 7274/2008 "l'illecito disciplinare del professionista è soggetto alle norme vigenti al tempo in cui fu commesso a nulla rilevando che successivamente tali norme siano state abrogate o modificate in

senso favorevole all'incolpato" e, dunque, nel caso in disamina, deve escludersi che la introduzione della possibilità di conferma dell'atto nullo possa in qualche modo valere ad escludere la responsabilità del notaio incolpato, anche solo sotto il profilo del venir meno di una nullità assoluta ai sensi dell'art. 28 l. not.».
Può darsi che abbia avuto il suo peso nelle valutazioni effettuate dalla Corte veneziana la circostanza che non sia stata riprodotta nella disposizione di legge che consente la conferma dell'atto nullo carente della dichiarazione di conformità oggettiva anche la previsione dell'esenzione da responsabilità *ex* art. 28 l. not., come invece risulta nel testo unico dell'edilizia; se però così fosse, lascia veramente perplessi il fatto che si sia valorizzato il mancato richiamo dell'espressa esclusione a scapito della sostanziale identità della fattispecie. Vedremo quale sarà il punto di vista della Suprema Corte, sicuramente investita della questione.

9. L'invalidità in ambito societario

Apro una finestra su verbali e atti costitutivi di società di capitali dei quali il notaio chiede l'iscrizione nel Registro delle imprese nonostante «risultino manifestamente inesistenti le condizioni richieste dalla legge», previsione contemplata dall'art. 138-*bis* l. not. che ritiene in tal caso violato l'art. 28 l. not., con comminatoria della sospensione da sei mesi a un anno, oltre alla sanzione pecuniaria da 516 Euro a 15.493 Euro.

La manifesta inesistenza delle condizioni richieste dalla legge significa, con parole diverse, ricadere nella patologia della nullità assoluta?
Nell'ambito di un procedimento disciplinare avviato da un Consiglio notarile per aver il notaio chiesto l'iscrizione nel Registro delle imprese di una verbalizzazione di modifica di statuto di Srl assunta a maggioranza, anziché all'unanimità (*ex* art. 2468 c.c.), recante l'introduzione di diritti particolari dei soci, oltre al fatto che tale modifica non fosse tra gli argomenti all'ordine del giorno, la Co.Re.Di. ha assolto il notaio, ritenendo che il fatto non costituisse illecito disciplinare poiché le deliberazioni dell'assemblea non erano affette da nullità assoluta.
Avverso tale decisione il Consiglio notarile ha proposto reclamo in Corte di Appello, reclamo che è stato accolto e le considerazioni del giudice del gravame sono state poi integralmente confermate dalla Corte di Cassazione che, nella sentenza n. 14766 del 19 luglio 2016, ha affermato «che al notaio verbalizzante spetta, ai sensi dell'art. 2436 c.c., il controllo che la deliberazione sia conforme alle condizioni stabilite dalla legge prima di chiederne l'iscrizione

nel Registro delle imprese, senza che sia di rilievo il fatto che i vizi determinino l'annullabilità, e non la nullità, della deliberazione non unanime. [...] Il notaio è tenuto a una verifica di conformità al modello legale di riferimento che prescinde dalla tradizionale distinzione dei vizi negoziali, in termini di nullità o di annullabilità, da cui l'atto può essere affetto».

Le considerazioni della Suprema Corte, espresse con riferimento a un verbale di assemblea, ma, ovviamente, estensibili anche all'ipotesi in cui il notaio non abbia avuto il ruolo di verbalizzante ma di ufficiale rogante di un atto costitutivo di società di capitali, mettono in crisi l'equivalenza più volte ricordata tra nullità assoluta e art. 28 l. not., seppure con riferimento a una particolare categoria di atti (quelli da iscrivere nel Registro delle imprese).

A mitigare gli effetti dell'allargamento della forbice, soccorre la stessa Corte affermando, nella citata sentenza, che «[...] non ogni violazione dell'art. 2436 c.c. si risolve, automaticamente e necessariamente, in una condotta disciplinarmente rilevante, essendo necessario, per la configurabilità dell'illecito disciplinare, che la difformità dalla legge sia comunque manifesta. Come per l'avverbio espressamente previsto dall'art. 28 l. not., analogamente l'avverbio manifestamente previsto dall'art. 138-*bis* l. not. deve essere inteso come inequivocamente, palesemente, per cui si riferisce a contrasti con la legge che risultino in termini inequivoci per effetto di un consolidato orientamento, non potendo di certo addossarsi al notaio compiti ermeneutici, con le connesse responsabilità, in presenza di incertezze interpretative oggettive».

Tanto ancora potrebbe essere detto in tema di invalidità in ambito societario, ma il tempo a disposizione non consente altro. Vi ringrazio per l'attenzione prestata.

La meritevolezza degli interessi nella recente elaborazione giurisprudenziale

Giorgio Lener
Ordinario di Diritto privato, Università di Roma Tor Vergata

La Suprema Corte di Cassazione, negli ultimi anni, ha ripetutamente fatto ricorso al giudizio di meritevolezza, di cui all'art. 1322, comma 2, c.c., riscoprendone così la portata, dopo decenni di costante identificazione col giudizio di liceità. Questo nuovo «filone» giurisprudenziale sembra innestarsi all'interno di un sempre più ampio ricorso alle clausole generali, per assicurare la «giustizia del caso concreto». Tuttavia, l'esame di alcune delle principali fattispecie prese in considerazione dai giudici di legittimità lascia trasparire come le finalità avute di mira potessero conseguirsi attraverso «strumenti» più puntuali, quali, per lo più, quelli che ruotano intorno al concetto di causa (in concreto) del contratto.

In the latest years, the Suprema Corte di Cassazione has repeatedly appealed to the judgement of worthiness, as per art. 1322, para. 2, Civil Code, thus rediscovering its significance, after decades of constant identification with the judgment of lawfulness. This new course of jurisprudence seems to be part of an increasingly widespread use of general clauses, to ensure the «justice of the concrete case». However, an examination of some of the main cases taken into consideration by the Supreme Court shows that the objectives pursued could have been achieved by means of more specific «instruments», such as, for the most part, those relating to the concept of «causa» («in concreto») *of the contract.*

Sommario: 1. La recente riscoperta giurisprudenziale della meritevolezza. – 2. Il giudizio di meritevolezza nelle "intenzioni" del legislatore del 1942. – 3. La classificazione delle ipotesi di immeritevolezza nella giurisprudenza della Suprema Corte. – 4. Sintetiche conclusioni.

1. La recente riscoperta giurisprudenziale della meritevolezza

Il concetto di meritevolezza, dopo le declamazioni enfatiche che ne hanno segnato gli esordi col codice del 1942, e l'immediato declino di rilevanza nell'Italia repubblicana[1], ha conosciuto, nelle pronunce giurisprudenziali dell'ultimo decennio, una nuova "stagione" di rinnovato interesse[2].
Su tutte basti pensare alle sentenze della Suprema Corte – di notevole rilevanza ricostruttiva, perché contengono una tassonomia dei precedenti in tema di meritevolezza – riguardo alle polizze assicurative con clausola "*claims made*"[3], nonché alle sentenze relative ai "prodotti" previdenziali-finanziari nelle fattispecie note sotto l'"etichetta" "4You" e "MyWay"[4].
Particolarmente apprezzabile, per la sintesi e la linearità del pensiero, è Cass. 10509/17[5], nella quale, passate brevemente in rassegna le recenti decisioni intorno

[1] Al punto che se n'è sostenuta una «lettura abrogativa […] o, a tutto concedere, […] una lettura ispirata a grande cautela»: così le conclusioni di A. GUARNERI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale del contratto*, in *Riv. dir. civ*., 1994, I, 814.

[2] Come si riporterà più avanti, la dottrina, da svariati decenni, aveva mostrato particolare sensibilità nei riguardi del "dialogo" tra valori costituzionali e autonomia privata: P. PERLINGIERI, *Il diritto privato nella legalità costituzionale*, Napoli, 1984, *passim*, spec. 139 ss., 204 ss. (vedine ora la terza edizione, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, *passim*, e, per il tema che qui interessa, spec. 314 ss., 346 ss.). Per una lettura critica dei recenti orientamenti giurisprudenziali, fortemente influenzati dai valori costituzionali, V. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, 15 ss., e, ivi, ampi riferimenti bibliografici.

[3] Il riferimento è a Cass. civ., sez. un., 6 maggio 2016, n. 9140, in *Foro it*., 2016, I, 2014, con nota di R. PARDOLESI, *Le sezioni unite sulla clausola claims made: a capofitto nella tempesta perfetta,* nonché alle sentenze "gemelle" 28 aprile 2017, n. 10506, in *id*., 2017, I, 2721, con nota di B. TASSONE, *Ulteriori note sulle* claims made*: la trama si infittisce e ancora non se ne esce*, e 28 aprile 2017, n. 10509, in *id*., 2017, I, 1919, con nota di R. PARDOLESI – A. PALMIERI, *Meritevoli e no:* claims made *senza rete, e, da ultimo, all'ordinanza di rimessione alle sez. un., 19 gennaio 2018, n. 1465*, in *id*., I, 452, con osservazioni di A. PALMIERI.

[4] Cass. civ., sez. VI, 30 settembre 2015, n. 19559, in *Banca, borsa, tit. cred*., 2016, II, 137, con nota di A. TUCCI, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, e Cass. civ., sez. I, 10 novembre 2015, n. 22950, in *Società*, 2016, 721, con nota di M. COSTANZA, For you for nothing *o immeritevolezza*, e la recente 14 marzo 2018, n. 6252, in *Banca dati del Foro it*.

[5] Ripresa testualmente dall'ordinanza della Cass. n. 1465/18, cit., d'altronde, dello stesso estensore.

alla (im)meritevolezza dell'agire negoziale, le relative fattispecie vengono classificate in tre categorie, a seconda che il contratto o il patto abbia per effetto di: (a) «attribuire ad una delle parti un vantaggio ingiusto e sproporzionato»; (b) «porre una delle parti in indeterminata soggezione rispetto all'altra»; (c) «costringere una delle parti a tenere condotte contrastanti coi superiori doveri di solidarietà costituzionalmente imposti». In breve, «[l]'immeritevolezza discende […] dalla contrarietà (non del patto, ma) del risultato che il patto atipico intende perseguire con i principi di solidarietà, parità e non prevaricazione che il nostro ordinamento pone a fondamento dei rapporti privati»[6-7].

Va subito chiarito che la riscoperta della meritevolezza si inserisce in quel filone giurisprudenziale, oramai consolidato[8], di ampio ricorso alle clausole generali – interpretate alla luce dei principi costituzionali, primo fra essi, la solidarietà,

[6] Ancora Cass. n. 10509/17, cit.

[7] Il rinnovato interesse per la meritevolezza, peraltro, si era già segnalato anche a livello normativo, poco più di dieci anni or sono: il riferimento, va da sé, è all'introduzione, nel 2005, dell'art. 2645-*ter* c.c., relativo agli atti di destinazione, vale a dire quegli «atti in forma pubblica con cui beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri sono destinati, per un periodo non superiore a novanta anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria, alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'articolo 1322, secondo comma»; e la relativa disciplina è stata "rinverdita" dalla recente adozione della l. n. 112 del 2016, c.d. "Dopo di noi", che prevede il ricorso, tra gli altri, agli atti di destinazione aventi, quale «finalità esclusiva, l'inclusione sociale, la cura e l'assistenza delle persone con disabilità grave, in favore delle quali sono istituiti», tenuto conto dell'assenza di sostegno familiare o in vista del venir meno di quel sostegno. La meritevolezza ivi richiamata, pur muovendo dal riferimento a finalità particolarmente elevate (la tutela di persone disabili, come ora prevede la l. n. 112 del 2016), degrada rapidamente nell'indistinto, chiosando col genericissimo riferimento alle persone fisiche. Il tema, tra gli altri, che si è posto, sin dall'inizio, è del significato da attribuire alla meritevolezza degli interessi perseguiti attraverso l'atto di destinazione, se nella direzione della mera liceità o di un *quid pluris*: all'indomani della novella (G. LENER, *Atti di destinazione del patrimonio e rapporti reali*, in *Contr. impr.*, 2008, 1054), si era presa posizione a favore del perseguimento di finalità di interesse super-individuale e, dunque, non squisitamente egoistiche (ma, nel senso dell'identificazione con la liceità e dell'assenza di pregiudizio per i creditori "generali", perché, in ipotesi, tutelati dall'azione revocatoria, v., per tutti, limitandosi ad una citazione coeva, A. GENTILI, *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Esegesi dell'art. 2645-*ter *c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, 12 ss.). Sulla distinzione tra controllo *ex* art. 1322 c.c., «che penetra l'atto dall'interno, investendone la causa e la funzione», e controllo *ex* art. 2645-*ter* c.c., «esterno all'atto e dinamico», v., da ultimo, I. MARTONE, *Il giudizio di meritevolezza. Questioni aperte e profili applicativi*, Napoli, 2018, 31, cui si rinvia anche per i riferimenti bibliografici essenziali.

[8] A partire da Cass. civ., sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Foro it.*, 2005, I, 2985 (e, quindi, in *id.*, 2006, I, 106, con nota di A. PALMIERI, *Supervisione sistematica delle clausole penali: riequilibrio (coatto ed unidirezionale) a scapito dell'efficienza?*), in punto di rilevabilità *ex officio* della manifesta eccessività della penale.

e di quelli di rango costituzionale, a partire dai principi fissati dalla Carta di Nizza –, quale "strumento" di controllo dell'esercizio dell'autonomia privata, se non, addirittura, di intervento modificativo sul contenuto del contratto[9]. In questa direzione, appare utile ricordare che, ad avviso delle SS.UU. – è vero, con riguardo alla clausola penale, ma con affermazione di valenza generale, relativamente all'autonomia privata –, «[…] il potere di riduzione ad equità, attribuito al giudice dall'art. 1384 a tutela dell'interesse generale dell'ordinamento, può essere esercitato d'ufficio per ricondurre l'autonomia contrattuale nei limiti in cui essa appare meritevole di tutela […]».

L'odierna centralità della meritevolezza, che va affermandosi a "colpi" di solidarietà a tutti i costi, appare (ulteriore) "strumento" per sancire un asserito principio generale di "giustizia" contrattuale. Si tratta, però di "strumento" che andrebbe "maneggiato" con ben diversa cura e impiegato solo là dove vi siano situazioni di effettivo squilibrio cognitivo-negoziale, vale a dire nei contratti "tra diseguali" o "asimmetrici"[10], e non in via di indifferente

[9] Cass. civ., sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106, in *Foro it*., I, 85, con nota di di R. PARDOLESI – A. PALMIERI, *Della serie «a volte ritornano»: l'abuso del diritto alla riscossa*; Corte Cost., 24 ottobre 2013, n. 248, in *id*., 2014, I, 382, con osservazioni di F.P. PATTI, e in *Contratti*, 2014, 926, con nota di G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria «eccessiva»*, e la successiva, identica, 2 aprile 2014, n. 77, in *Foro it*., 2014, I, 2042, con nota di G. LENER, *Quale sorte per la caparra confirmatoria manifestamente eccessiva?*

[10] *Ex multis*, R. PARDOLESI, *Terzo contratto: postilla*, in GITTI e VILLA (a cura di), *Il terzo contratto: l'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, Bologna, 2008, 323 ss.; V. ROPPO, *Il contratto del Duemila*, Torino, 3ª ed., 2011, 65 ss. Persino nel caso del c.d. "Codice del consumo" – vale a dire per quella "provincia", oramai divenuta "continente", del diritto dei contratti in cui massima è l'attenzione verso il contraente "debole" – è ben vero che l'art. 2, comma 2, lett. *e*), sancisce il «fondamentale diritto» alla «correttezza, alla trasparenza ed all'*equità* nei rapporti contrattuali» (corsivo aggiunto), ma è altrettanto vero che, nell'ambito delle discipline racchiuse nel Codice, la più rilevante, in tema di clausole abusive (o vessatorie), è chiarissima, all'art. 34, comma 2, nel sancire che «[l]a valutazione del carattere vessatorio della clausola non attiene alla determinazione dell'oggetto del contratto né all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi, purché tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile». Nell'ambito del c.d. "terzo contratto" (i.e. contratto tra imprese non in posizione di parità), vi sono molteplici indici normativi di emersione del controllo sul contenuto, ma, per l'appunto, ove si riscontri uno squilibrio di poteri negoziali (su tutti, si veda l'art. 9, l. n. 192 del 1998, in tema di subfornitura, ma per la cui applicazione generale la Cassazione si è pronunciata a partire da Cass. civ., sez. un., 25 novembre 2011, n. 24906, in *Foro it*., 2012, I, 805, con osservazioni di OLIVA); e appare troppo di margine la disciplina dei prodotti agroalimentari, per poterne desumere principi non limitati a quello specifico settore dell'attività d'impresa (il riferimento è all'art. 62, comma 1, d.l. 1/2012, ove si statuisce che «[i] contratti che hanno ad oggetto la cessione dei prodotti agricoli e alimentari, ad eccezione di quelli conclusi con il consumatore finale, […] devono essere informati

generalizzazione (non dimenticando, al riguardo, l'ammonimento di autorevole dottrina, secondo cui, in tesi generale, il contratto "giusto" è il contratto frutto della [libera] negoziazione delle parti[11]). Soprattutto, si tratta di "strumento" che – come si confida di dimostrare nel prosieguo, non prima di aver valutato se e quale "spazio" di autonomia concettuale possa riconoscersi al giudizio di meritevolezza – appare eccentrico rispetto alle finalità perseguite dai Supremi giudici, specie tenendo conto che vi sono altri, e più rodati, "strumenti" (che, in prevalenza, ruotano intorno all'assenza o alla illiceità della causa in concreto) grazie ai quali conseguire le medesime finalità.

2. Il giudizio di meritevolezza nelle "intenzioni" del legislatore del 1942

La norma dell'art. 1322, comma 2, c.c. costituisce una novità assoluta del codice d'età fascista, assente nei due modelli di riferimento, il *Code Napoléon* e il *BGB*. La portata di questa innovazione – e della sua limitazione ai soli contratti atipici – può cogliersi solo avendo riguardo anche al primo comma, perché i "confini" dell'autonomia privata sono delineati dalla disposizione codicistica nella sua interezza. Il legislatore, in particolare, persegue lo scopo – prevalentemente enfatico-retorico, attraverso la sostituzione della locuzione «signoria del volere», ritenuta «individualistica», con la locuzione, giudicata più coerente con l'«ordine nuovo», «autonomia [o libertà] del volere» – di rimarcare che quell'autonomia, diversamente dalla signoria, «non è sconfinata libertà del potere di ciascuno»: essa, infatti – come si legge, testualmente, nell'*incipit* del par. 603 della Relazione del Guardasigilli, con riguardo all'art. 1322, comma 1, c.c. –, se «legittima nei soggetti un potere di regolare il proprio interesse, nel contempo impone ad essi di operare sempre sul piano del diritto positivo, nell'orbita delle finalità che questo sanziona e secondo la logica che lo governa» (così, anche, il par. 8, peraltro ancora attuale, *ex litteris*, se pur oggi assumendosi un'accezione radicalmente diversa di ordinamento). Finalità, si diceva, enfatico-retorica, perché anche nell'"ordine previgente" il potere dei privati non era affatto sconfinato (si vedano gli artt. 1104, 1119 e 1122 del codice civile 1865, tra l'altro, riguardo alla causa «falsa o illecita»).

a principi di trasparenza, correttezza, *proporzionalità e reciproca corrispettività delle prestazioni*, con riferimento ai beni forniti. […]»: il corsivo è aggiunto). Ovviamente, la questione meriterebbe (come ha sin qui meritato) una trattazione a sé; e la letteratura è sconfinata, per cui è preferibile rinunciare a qualsivoglia citazione.

[11] A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, 5ª ed., Torino, 2019, 220 ss.; ID., *La giustizia del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, 625.

L'aver confinato il giudizio di meritevolezza ai soli contratti atipici è del tutto coerente con la centralità, nella codificazione dello scorso secolo, del tipo legale, nonché con l'accezione della causa del contratto quale funzione economico-sociale. È ben noto che entrambi i concetti, funzione economico-sociale e meritevolezza, hanno in Emilio Betti il loro "genitore"[12]: l'agire dell'individuo si inserisce e, soprattutto, trova giustificazione esclusivamente all'interno della comunità statale e del perseguimento di finalità di «utilità sociale». Chiarissimo il par. 6 della Relazione del Guardasigilli: «l'ordinamento […] della nostra economia rispetta le iniziative private, ma l'individuo non è un atomo disperso; la sua attività è coordinata e associata a quella degli altri e tutti sono subordinati agli interessi dello Stato. […] Non vi è diritto che non sia attribuito al singolo con finalità sociale, e la tutela che la legge appresta all'interesse del singolo non è tutela di un interesse egoistico, ma è tutela, diretta o indiretta, dell'interesse nazionale». Come si è efficacemente sottolineato in dottrina, nel diritto dei contratti del tempo – e le stesse considerazioni valgono per il sistema nazional-socialista[13] – l'individuo era considerato non già *uti singulus*, bensì *uti civis*, al quale attribuire un insieme di compiti o doveri finalizzati al soddisfacimento dell'utilità generale[14].

In questo contesto, ben si comprende come i contratti atipici rappresentassero una sorta di "provincia residuale" rispetto ai contratti nominati, schemi predefiniti, questi ultimi, che assicura(va)no l'ordine: ciò rende ragione della necessità di verificare, solo con riguardo ai primi, che non si appresti «protezione al mero capriccio individuale» (se non, addirittura, alla mera «vanità» di una delle parti), dovendosi, anzi, perseguire «funzioni utili che abbiano una rilevanza sociale», come, ancora testualmente, recita il par. 603 della Relazione, al secondo capoverso.

Tuttavia, l'incolmabile distanza tra capriccio individuale e utilità sociale svela la probabile intenzione dei compilatori, di là dall'enfasi retorica in ordine all'utilità sociale: per certo, e in modo assai più semplice, non apprestare tutela giuridica a convenzioni futili e, forse, richiedere – superato il vaglio di liceità

---

[12] Sin dalla prima edizione della *Teoria del negozio giuridico*, Torino, 1943, 119 (quanto alla funzione economico-sociale) e 43 (quanto alla meritevolezza, e, ivi, i riferimenti al «mero arbitrio, al capriccio individuale», proprio come nel par. 603 della Relazione: v. subito appresso, nel testo).

[13] D'altronde, era stato costituito un comitato italo-germanico, tra l'altro, per la riforma del sistema contrattuale, che si riunì a Vienna nella primavera del 1939, ove si discusse di [funzionalizzazione] dell'autonomia privata: da ultimo, v. P.G. MONATERI, *The authoritarian theory of contract*, in MONATERI (a cura di), *Comparative Contract Law,* Cheltenham – Northampton, 2017, 53 ss.

[14] V., per tutti, G. ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma-Bari, 2000, 264 ss.

dell'operazione negoziale – non già la funzionalizzazione dell'autonomia privata al perseguimento dell'interesse dello Stato, pur declamata, bensì il perseguimento di interessi rilevanti sul piano socio-economico. D'altronde, se davvero si fosse inteso imporre la funzionalizzazione sociale del contratto – fermo l'assoggettamento a controllo di ogni iniziativa del singolo, anche nell'esercizio dell'autonomia negoziale –, la si sarebbe dovuta affermare pure con riguardo ai contratti tipici, nel senso di assoggettare anch'essi al controllo di meritevolezza. Lo stesso legislatore del '42, infatti, era ben consapevole che altra è la funzione economico-sociale del tipo, altra la funzione concreta dello specifico contratto stipulato dalle parti: si legge, infatti, al par. 614 della Relazione, che «in ogni singolo rapporto deve esser controllata la causa che in concreto il negozio realizza, per riscontrare non solo se essa corrisponda a quella tipica del rapporto, ma anche se la funzione in astratto ritenuta degna dall'ordinamento giuridico, possa veramente attuarsi avuto riguardo alla concreta situazione sulla quale il contratto deve operare»[15].

E, invece, dal vaglio dell'art. 1322, comma 2, c.c. i contratti tipici venivano espressamente esclusi, lasciando, tra le pieghe, emergere l'effettiva anima liberale del codice d'età fascista, non per nulla "sopravvissuto" sino ai giorni nostri[16].

A questo stadio, la meritevolezza, intesa come volontà delle parti di vincolarsi sul piano giuridico[17], non ha una valenza autonoma, perché la verifica preliminare, del superamento della soglia dell'irrilevante (se non dell'inesistente) giuridico, s'impone dinanzi a qualsiasi (ipotesi di) negozio, atipico o tipico che sia.

Lo stesso è a dirsi là dove si identifichi la meritevolezza con la liceità, come emerge

[15] Cfr., con riferimento al par. 613 della Relazione del Guardasigilli e alla menzione del «fine intrinseco del contratto», G.B. FERRI, *Motivi, presupposizione e l'idea di meritevolezza*, in *Europa dir. priv*., 2009, 335, il quale retoricamente si chiede «cosa altro esprime il *fine intrinseco del contratto*, se non lo *scopo pratico individuale* perseguito dai contraenti e, dunque, l'idea di causa del contratto come sua *funzione economico individuale*?» (corsivo dell'A.).

[16] Peraltro, la riduzione dell'effettiva portata, nelle intenzioni del legislatore del tempo, del giudizio di meritevolezza non toglie che esso – se pur allo stadio di proclami e declamazioni – fosse espressione di una deriva politica anti-liberal/individualistica, a vocazione autoritaria; ed è stata la ragione del suo declino; ciò che rende ancor più singolare la prospettiva odierna.

[17] V. F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ*., 1978, I, 72, secondo cui, «a tutto concedere […] lo schema ideato dai privati è eventualmente *inidoneo* non già perché *asociale*, ma perché l'ipotetica futilità sarebbe sintomo ed indizio di una assenza di reale, seria e definitiva volontà giuridica delle parti» (corsivo dell'A.) e, 57 ss., la differenza col giudizio di liceità (la cui funzione è di «salvaguardare l'ordinamento giuridico dalla presenza di accordi impegnativi i cui contenuti siano in contrasto con i propri canoni regolamentari […]»).

dalla Relazione del Guardasigilli (sebbene, diversamente dalla liceità, non siano state delineate, nell'art. 1322, comma 2, c.c., le caratteristiche né la sanzione, in ipotesi di immeritevolezza)[18]. Si legge, ancora al par. 603, che il risultato pratico perseguito col contratto atipico dev'essere «ammesso dalla coscienza civile e politica, dall'economia nazionale, dal buon costume e dall'ordine pubblico»: gli ultimi due "indicatori" della meritevolezza, di cui la Relazione fa parola, coincidono con i parametri di legge della liceità; il primo, plurimo (coscienza civile e politica, economia nazionale), *prima facie* no. Tuttavia, affinché non resti allo stadio di mera suggestione, esso va concretizzato con riferimento ai valori fondanti l'ordinamento (perché sono tali valori a delineare la coscienza civile e politica, nonché gli indirizzi dell'economia nazionale), i quali sono necessariamente posti da norme imperative, in quanto, per la loro realizzazione, occorre vincolare l'agire dei consociati[19].

A favore dell'identificazione tra meritevolezza e liceità è schierata, ancora oggi, la dottrina largamente prevalente[20], così come lo era la giurisprudenza, sino

[18] V. G.B. FERRI, *Motivi, presupposizione e l'idea di meritevolezza*, cit., 366. Mette nitidamente in risalto le differenze tra liceità e meritevolezza sin dalla collocazione sistematica nel codice del 1942, M. BIANCA, *Alcune riflessioni sul concetto di meritevolezza degli interessi*, in *Riv. dir. civ*., 2011, I, 225 ss. (quindi, in *Studi in onore di Antonino Cataudella*, Napoli, 2013, I, 223 ss.), secondo la quale «[l]'originario intendimento della meritevolezza come *predicato* dell'autonomia negoziale e non quale *limite* della stessa, segnava già allora la distinzione con il diverso concetto di illiceità, peraltro già presente nel codice civile del 1865 e riprodotto nel codice civile del 1942. Già allora l'intendimento dell'illiceità come limite e come divieto posto all'autonomia privata derivava in primo luogo dalla collocazione sistematica dell'illiceità accanto alla sanzione della nullità. […] Appare chiaro dalla diversa collocazione sistematica della meritevolezza rispetto alla illiceità che la prima è da valutarsi in positivo come qualità che deve avere l'atto di libera autonomia negoziale, mentre la seconda è da valutarsi in negativo come *giudizio* che segna il momento patologico del contratto e in genere dell'atto negoziale cui segue la sanzione della nullità» (corsivo dell'A.). Cfr., inoltre, F. CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, in PERLINGIERI (diretto da), *Tratt. di dir. civ. del Consiglio Nazionale del Notariato*, Napoli, 2008, 188 ss.

[19] Ancora G.B. FERRI, *Motivi, presupposizione e l'idea di meritevolezza*, cit., 372.

[20] Per tutti, G. GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I, *Lineamenti generali*, Milano, 1954, 203; G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961, 29; G.B. FERRI, Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico, Milano, 1966, 406 ss.; R. SACCO, in SACCO – DE NOVA, *Il contratto*, 4ª ed., Torino, 2016, 870 ss. (peraltro, rilevando che, se pur la norma dell'art. 1322, comma 2, c.c. risulta superflua, per il "presidio" già esercitato dall'art. 1344 c.c., essa «avverte che non sfugge alla nullità colui che, senza costituire il rapporto vietato, conclude un contratto che vuol proteggere quello stesso interesse con un rapporto diverso da quello che corrisponde al contratto tipico»); da ultimo, V. ROPPO, *Il contratto*, in IUDICA – ZATTI (a cura di), *Trattato dir. priv*., 2ª ed., Milano, 2011, 346 e 403 (nella stessa "linea" di Sacco, appena riportata).

all'inizio del nuovo millennio[21], salvo rare eccezioni[22]. E, risalendo al secolo scorso, non possono annoverarsi tra le eccezioni le pronunce relative ai c.d. "contratti nuovi", in cui la meritevolezza *ex* art. 1322, cpv., c.c. è stata invocata più *ad colorandum*, come generico suggello della rilevata tipicità sociale, interna o internazionale, che non per fondare su di essa un autonomo vaglio di ammissibilità nell'ordinamento giuridico[23].

Il giudizio di meritevolezza presenta, viceversa, portata autonoma, solo se lo s'intenda volto a verificare il perseguimento, attraverso lo schema atipico, di interessi significativi sul piano socio-economico e coerenti coi valori dell'ordinamento. Da una diversa "angolatura", può dirsi che il giudizio (positivo) di meritevolezza sta ad indicare che il legislatore ben potrebbe disciplinare quello schema atipico, elevandolo al rango di contratto nominato[24]. E questo può, in linea di massima, affermarsi qualora vi sia uno scambio di utilità, intese come grandezze patrimonialmente valutabili[25], oppure vi sia l'attribuzione unilaterale di utilità attraverso contratti gratuiti atipici, anche traslativi[26]: in sintesi, la meritevolezza inerisce al tipo[27]. Tuttavia, lo scambio di utilità economicamente apprezzabili (ma non necessariamente a valori di mercato) oppure l'attribuzione unilaterale di quelle utilità non è in sé sufficiente, occorrendo positivamente

[21] In vero, pure da ultimo: v. Cass. civ., sez. I, 24 maggio 2016, n. 10710, in *Foro it*., Rep. 2016, voce *Titoli di credito*, n. 23.

[22] V. l'innovativa pronuncia in tema di *leasing* resa dal Trib. Vigevano, 14 dicembre 1972, in *Foro it*., Rep. 1973, voce *Contratto in genere*, n. 73.

[23] Se ne veda una breve rassegna in P. GALLO, *Trattato del contratto*, II, Torino, 2010, 140 ss.; ID., *Meritevolezza dell'interesse e controllo contenutistico del contratto*, in CONTE – LANDINI (a cura di), *Principi, regole, interpretazione, contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Furgiuele*, Mantova, II, 2017, 59.

[24] È quanto accaduto con la c.d. "Legge concorrenza" dello scorso agosto (l. n. 124 del 2017), riguardo al contratto di *leasing*. Cfr. F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, cit., 57 ss., secondo cui il giudizio di meritevolezza non si incentra «nella difesa dei principi fondamentali dell'ordinamento, ma piuttosto nella valutazione dell'*idoneità* dello strumento elaborato dai privati ad assurgere a *modello giuridico* di regolamentazione degli interessi, vista l'assenza di una preventiva opera di tipizzazione legislativa, intesa come mera predisposizione di una certa serie (più o meno variabile) di schemi» (corsivo dell'A.). V. anche nota 27.

[25] G. SICCHIERO, *La distinzione tra meritevolezza e liceità del contratto atipico*, in *Contr. impr.*, 2004, 552.

[26] Cfr., sul punto, C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, in ROPPO (diretto da), *Trattato del contratto*, II, VETTORI (a cura di), *Regolamento*, Milano, 2006, 120 ss., spec. 123, e, ivi, ampi riferimenti bibliografici.

[27] Cfr. M. COSTANZA, *Il contratto atipico*, Milano, 1981, 24 ss., spec. 30; da ultimo, EAD., *Della meritevolezza. Il caso* claims made, in *Foro it*., 2017, I, 3115 ss.; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 18ª ed., Napoli, 2017, 823.

riscontrare che l'uomo medio compirebbe quell'operazione negoziale, in quanto connotata da una giustificazione oggettiva sul piano socio-economico (e, in quanto tale, si ripete, coerente coi valori dell'ordinamento): solo in presenza di questi presupposti, dunque, l'operazione atipica supererà la soglia dell'irrilevante giuridico e sarà produttiva di effetti[28]. Peraltro, va nuovamente ribadito che non s'intende, con ciò, affermare la funzionalizzazione dell'autonomia privata al perseguimento di valori sovra-individuali, quasi che «il contratto privo di una positiva, specifica utilità sociale vada disapprovato e represso»[29].

Che, poi, quanto precede significhi che lo schema atipico divenga tipo sociale è senz'altro vero, allorché si proceda a tipizzazione normativa (perché il legislatore interviene a tipizzare ciò che è socialmente tipico); ed è tendenzialmente vero che uno schema atipico, se divenuto tipo sociale, persegua interessi meritevoli di tutela, nell'accezione suggerita. La fattispecie, socialmente tipica, del contratto col mago o col cartomante (o simili), di cui può predicarsi l'immeritevolezza, costituisce, infatti, ipotesi di margine[30]. Assumendo che vi sia l'intenzione delle parti di vincolarsi giuridicamente, è condivisibile osservare, in termini di *argumentum a fortiori*, che, se l'ordinamento non attribuisce giuridica rilevanza alla scommessa mera, a maggior ragione non potrà attribuirla al contratto in questione[31]. Tuttavia, sebbene il giudizio di meritevolezza debba, sul piano

[28] Muovendo dal richiamo all'art. 41 Cost., e alla libertà d'iniziativa economica, che non può svolgersi «in contrasto con l'utilità sociale» (oltre che «in modo da arrecare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana»), C.M. BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ*., 2014, 253 ss., ravvisa in quel contrasto lo spazio di operatività del contratto immeritevole: «la causa, cioè, non può reputarsi meritevole di tutela quando l'interesse perseguito non risulta conforme alle esigenze della comunità rilevanti secondo i parametri costituzionali»; ID., *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 2019, 412 ss. Per una lettura positiva della meritevolezza, «in coerenza logica con la considerazione del principio di autonomia negoziale quale valore dell'assetto ordinamentale interno e comunitario», v. M. BIANCA, *Alcune riflessioni sul concetto di meritevolezza degli interessi*, cit., 236 ss., spec. 245 ss., ove si pone in luce che la meritevolezza consente di superare le «strettoie della disciplina di un tipo negoziale», quale «grimaldello che consente l'accesso dei privati al sistema dei valori» e «*giustificazione* [dell'atto di autonomia privata], secondo un principio generale del nostro ordinamento che è volto al riconoscimento dei diritti privati in funzione di interessi socialmente rilevanti» (corsivo dell'A.).

[29] V. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 346 Altrimenti, se l'alternativa fosse di utilizzare l'art. 1322, comma 2, c.c. per affermare la funzionalizzazione dell'autonomia privata al perseguimento di interessi di utilità generale, sarebbe preferibile ravvisarvi una norma inutile: ancora V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 403.

[30] La fattispecie del contratto col chiromante giunse all'attenzione di un giudice campano (Trib. Salerno, 13 dicembre 1993, in *Giust. civ*., 1994, 1401), in una vicenda ricordata da U. BRECCIA, *Morte e resurrezione della causa: la tutela*, in MAZZAMUTO (a cura di), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002, 258.

[31] F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit.

logico, precedere ogni altra valutazione, si potrà anche rilevare l'impossibilità dell'oggetto, avuto riguardo alla prestazione "esoterica", ove s'intenda restare ancorati a "fondali" più sicuri[32].

Sin qui ci si è mossi nel rispetto dell'impostazione del legislatore del '42 e della limitazione del giudizio di meritevolezza ai soli contratti atipici. La definitiva acquisizione – anche nell'elaborazione giurisprudenziale – del concetto di causa in concreto[33], da un lato, e l'affermazione della rilevanza della Carta costituzionale nell'ambito del diritto dei contratti, dall'altro, inducono a chiedersi se il giudizio di meritevolezza non debba investire la totalità dei contratti e se, dunque, non abbia oggi una portata più ampia e – non foss'altro per questo – diversa rispetto ai tempi della sua comparsa nel codice.

La causa in concreto pone "al centro della scena" gli interessi, obiettivati nello scambio, effettivamente perseguiti dai contraenti con l'operazione negoziale, ovvero, come sovente accade per la complessità dei traffici, con l'operazione plurinegoziale, frutto del collegamento tra contratti[34]. Al contempo, la disciplina di matrice comunitaria – anche per superare le diversità tra ordinamenti statali – si atteggia sempre più a disciplina di effetti e non di fattispecie: emblematica,

[32] Di recente, poi, si è sostenuto che immeritevole sarebbe non solo la promessa o l'accordo, che, se pur leciti, fossero incoercibili (si può replicare che la prima non è, neppure strutturalmente, contratto e che entrambi non danno vita a fenomeni giuridicamente rilevanti, per cui valga quanto si è appena osservato), ma, soprattutto, il contratto – qui sì, giuridicamente rilevante e lecito – stipulato in danno del terzo (con lesione del credito o della libertà contrattuale del terzo, legittimato a reagire, rispettivamente, con l'azione revocatoria e con l'azione risarcitoria in via aquiliana); e verrebbe in considerazione qualunque contratto, anche tipico: così F. DI MARZIO, *Appunti sul contratto immeritevole*, in *Riv. dir. priv*., 2005, 305 ss., spec. 322 ss. Non sembra, però, che la pur suggestiva ricostruzione sia di particolare beneficio, se non sul piano classificatorio, perché non giova qualificare come immeritevole un contratto che già altrove riceve sanzione, nell'art. 2901 c.c. (e, in ambito concorsuale, nell'art. 67 l. fall.) ovvero nell'art. 2043 c.c.; salvo, sul piano ricostruttivo e non meramente classificatorio, quanto a quest'ultima ipotesi, per l'interessante riferimento all'abuso, così da superare i limiti dell'ingiustizia del danno, difficilmente ravvisabile nell'esercizio della libertà contrattuale. Ma, per l'appunto, l'abuso diverrebbe la categoria di riferimento, per affermare la responsabilità aquiliana, e non l'immeritevolezza.

[33] Con definitivo avallo della Suprema Corte a partire dalla sentenza 8 maggio 2006, n. 10490, in *Foro it*., Rep. 2006, voce *Contratto in genere*, n. 438. In dottrina, per tutti, G.B. FERRI, *Motivi, presupposizione e l'idea di meritevolezza*, cit., 331 ss., per limitarsi ad uno dei suoi molteplici scritti.

[34] Sul collegamento negoziale, sia dato rinviare a *Profili del collegamento negoziale*, Milano, 1999 e, per una sintesi, voce *Collegamento negoziale*, in MARTUCCELLI e PESCATORE (a cura di), *Diritto civile*, Milano, 2012, 272 ss., cui *adde*, *ex multis*, C. COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, Padova, 1999; F. MAISTO, *Il collegamento volontario tra contratti nel sistema dell'ordinamento giuridico. Sostanza economica e natura giuridica degli autoregolamenti complessi*, Napoli, 2000.

al riguardo, è la regolamentazione delle garanzie finanziarie (di matrice comunitaria, introdotta nel nostro ordinamento col d.lgs. n. 170 del 2004)[35].
La centralità della persona (vale a dire dell'individuo-persona, sovvertendosi, così, l'impostazione corporativo-statalista del codice civile), poi, solennemente sancita dalla Carta del 1948 sin dall'art. 2, è gradualmente penetrata nel diritto dei contratti, sì che oggi non può dubitarsi – anche in ragione dell'indiscussa efficacia diretta delle norme costituzionali – che l'autonomia negoziale non sia «un dogma» né «un valore in sé»[36]: «è da[i] principi [generali dell'ordinamento] che si desume la valutazione di meritevolezza dell'autonomia negoziale […]»[37].
In questa direzione, il Supremo Collegio ha sottolineato la molteplicità dei fondamenti costituzionali dell'autonomia privata, diversi a seconda «della natura degli interessi affidati alle singole esplicazioni di autonomia e dei valori costituzionali ai quali questi interessi sono riconducibili»[38]: non solo, dunque, la norma – abitualmente invocata – dell'art. 41 Cost., ma, ad es., l'art. 32 Cost., quanto alla tutela della salute. Quei valori, però, costituiscono, al tempo stesso, fondamento e limite all'esplicarsi dell'autonomia privata, il che è reso evidente, tra l'altro, proprio dall'art. 41, comma 2, Cost., là dove si vieta l'esercizio dell'iniziativa economica privata, pur libera in tesi generale, qualora «in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana».

Ne dà conferma, da ultimo, un'ordinanza della Corte di Cassazione in tema di prodotti finanziari "4You", là dove si è statuito che «[…] i controlli insiti nell'ordinamento positivo relativi all'esplicazione dell'autonomia negoziale, coincidenti con la meritevolezza di tutela degli interessi regolati convenzionalmente e con la liceità della causa, devono essere in ogni caso

---

[35] Significativa è la definizione di contratto di garanzia finanziaria, all'art. 1, lett. *d*), per tale intendendosi «il contratto di pegno o il contratto di cessione del credito o di trasferimento della proprietà di attività finanziarie con funzione di garanzia, ivi compreso il contratto di pronti contro termine, e qualsiasi altro contratto di garanzia reale avente ad oggetto attività finanziarie e volto a garantire l'adempimento di obbligazioni finanziarie […]».
[36] P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 314 ss.; ID., *I mobili confini dell'autonomia privata*, in ID., *Il diritto dei contratti tra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, 16, cui *adde*, *ex multis*, M. PENNASILICO, *Legalità costituzionale e diritto civile*, in PERLINGIERI – TARTAGLIA POLCINI (a cura di), *Novecento giuridico: i civilisti*, Napoli, 2013, 247 ss.
[37] P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 322.
[38] Cass. civ., sez. III, 19 giugno 2009, n. 14343, in *Corr. giur*., 2010, 58, con nota di N. IZZO, *Il dovere di solidarietà sociale e l'ospitalità del conduttore* (significativo è notare, nel dialogo tra dottrina e giurisprudenza, come la richiamata sentenza tragga letterale ispirazione da P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, 329).

parametrati ai superiori valori costituzionali previsti a garanzia degli specifici interessi […]»[39].
Sembra, dunque, potersi sostenere, sulla scia dell'acquisita centralità della causa in concreto, da un lato, e della "costituzionalizzazione" del diritto dei contratti, dall'altro, che, mentre la liceità costituisce un limite negativo all'esplicarsi dell'autonomia privata, con riguardo a qualsivoglia fattispecie contrattuale, tipica o atipica che sia, la meritevolezza segni, viceversa, un limite positivo, frutto del raffronto tra interessi concretamente perseguiti (di nuovo, anche per il tramite di un contratto tipico) e valori primari di riferimento[40]. Si deve senz'altro convenire con la prima affermazione (giudizio di liceità per tutti i contratti), mentre, quanto alla seconda (autonoma rilevanza della meritevolezza, nei termini della riferita coerenza, da applicarsi, anche in tal caso, a tutti i contratti), vi sono ragioni di perplessità, non in linea teorica, perché non si può dissentire con l'affermazione della richiamata coerenza coi valori primari, ma nella concreta applicazione che, della meritevolezza, ha fatto la giurisprudenza del "nuovo corso" nell'ultimo decennio.
Giova, dunque, riprendere l'apprezzabile tassonomia contenuta nelle recenti pronunce del Supremo Collegio in tema di clausole "*claims made*"[41].

3. La classificazione delle ipotesi di immeritevolezza nella giurisprudenza della Suprema Corte

Immeritevoli, in primo luogo, sono i contratti (*recte*, gli interessi perseguiti attraverso i contratti) che hanno per effetto di «attribuire ad una delle parti un vantaggio ingiusto e sproporzionato». A questa prima categoria si ascrivono le sentenze della Suprema Corte n. 22950/15 e 19559/15, relative all'operazione finanziario-previdenziale "4You"[42] (ma lo stesso è a dirsi per l'operazione, sostanzialmente assimilabile, denominata "MyWay"[43]).
L'immeritevolezza dell'operazione plurinegoziale "4You" – costituita da un mutuo (di scopo) con cui la banca finanzia il cliente per la sottoscrizione, attraverso il mandato conferitole, di un prodotto finanziario riconducibile

[39] Cass. n. 6252/2018, cit.
[40] Per una efficace sintesi della questione, v. I. MARTONE, *Il giudizio di meritevolezza*, cit., *passim*, spec. 30 ss.
[41] Cass. n. 10506/2017, 10509/2017 e 1465/2018, cit.
[42] Cass. n. 22950/2015 e 19559/2015, cit.
[43] V., da ultimo, Cass. 6252/2018, cit.

alla banca medesima (con l'aggiunta della garanzia reale del pegno) –, viene ravvisata nel «contrasto con i principi generali ricavabili dagli artt. 47 e 38 Cost., sulla tutela del risparmio e l'incoraggiamento delle forme di previdenza, anche privata», a cagione dell'«unilaterale riattribuzione [al cliente] del […] rischio d'impresa»[44]: le aspettative di ricavo del cliente sono – non solo rimesse a "formule" scarsamente intelligibili, senza adeguata informazione precontrattuale, ma – con alta probabilità stabilmente inferiori al costo, certo, per il tasso passivo del mutuo erogato. Non viene, tuttavia, in rilievo l'immeritevolezza dello schema astratto dell'operazione complessiva, bensì l'assenza della causa: palese è, infatti, il difetto di giustificazione oggettiva dello scambio (sostanzialmente apparente) di utilità, sì che, in altri termini, ben può affermarsi che un uomo medio – se correttamente informato – non avrebbe prestato consenso a quell'operazione, in quanto contraddistinta da un'alea sostanzialmente unilaterale[45].

Qui, probabilmente, si annida la ragione inespressa dell'invocazione della meritevolezza: da un canto, l'esigenza di privare di efficacia l'operazione in esame, perché intollerabilmente squilibrata, e, dall'altro, di far salva la bipartizione giurisprudenziale (di recente valutata criticamente in dottrina[46]) tra regole di comportamento e regole di validità, come noto avallata dalle sezioni unite della Suprema Corte con le pronunce 26724 e 26725/07[47]. In vero, l'omissione delle informazioni e il difetto di trasparenza nelle clausole generali di contratto costituiscono violazione di norme imperative, che disciplinano il comportamento (di una) delle parti, e che non attengono alla struttura della fattispecie né sono assistite, *ex professo*, dalla sanzione della nullità, di tal che, in caso di violazione, si schiude l'adito alla responsabilità (pre)contrattuale (e, se del caso, anche alla risoluzione del contratto), e non all'inefficacia (per nullità)[48].

[44] Così Cass. 19559/2015, cit.

[45] Cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, cit., 112, 200 ss., spec. 205 sul difetto di razionalità dell'operazione economica (seguendo un'impostazione, peraltro, che porta l'A. ad identificare giudizio di meritevolezza e giudizio di liceità).

[46] G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013, *passim*, spec. 31 ss.

[47] Cass. civ., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Foro it*., 2008, I, 784, con nota di E. SCODITTI, *La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le sezioni unite*, e l'identica, in pari data, n. 26725, in *id*., Rep. 2007, voce *Contratto in genere*, n. 506.

[48] Si veda, peraltro, l'art. 67-*septiesdecies*, comma 4, Cod. cons., ove si commina la nullità del contratto a distanza di servizi finanziari «nel caso in cui il fornitore […] vìola gli obblighi di informativa precontrattuale in modo da alterare significativamente la rappresentazione delle sue

Sarebbe, però, stato sufficiente – va ribadito – rilevare l'assenza di giustificazione causale per lo spostamento di ricchezza, perché in questo va identificata l'attribuzione di un «vantaggio ingiusto e sproporzionato». Che l'operazione, in sé (*i.e.* quale schema), non sia immeritevole traspare, a ben guardare, da una precedente pronuncia della Corte di legittimità[49], in cui si è osservato che il conseguimento del divisato beneficio economico a fini previdenziali è «radicalmente disatteso non dall'andamento imprevedibile dei mercati, ovvero da *un rischio che poteva essere contenuto nel nucleo causale del contratto atipico in questione*, ove accompagnato dalle cautele previste dal TUF e dalla normativa regolamentare Consob, ma dal tessuto di regole e vincoli contrattuali, congegnati in modo tale da esporre il cliente esclusivamente a conseguenze svantaggiose»[50]. Emerge, dunque, che censurabile è il concreto atteggiarsi dell'operazione (vale a dire la causa concreta di essa), non il modello che, qualora "depurato" delle ragioni di squilibrio, non si sarebbe esposto a censure (mentre profilo diverso, perché relativo agli obblighi comportamentali in fase di negoziazione, è quello riguardo al rispetto delle cautele del TUF e della normativa regolamentare)[51].

Posto quanto precede, si potrà anche sostenere che il modello è quello connotato non già dal perseguimento di una finalità previdenziale con alea (parzialmente) bilaterale, bensì quello caduto ripetutamente sotto la "scure" della Cassazione, con prestazioni sostanzialmente a carico del solo cliente; e

caratteristiche». Da un canto, v'è un'espressa previsione di legge a fondamento della nullità per condotta contraria a buona fede nelle trattative; dall'altro, in difetto di quella previsione, l'alterata rappresentazione, indotta dall'altrui comportamento, sarebbe stata riconducibile alla fattispecie del dolo e, quindi, al *genus* dell'invalidità negoziale, seppure ad una *species* di minore gravità.

[49] Cass. civ., sez. I, 15 febbraio 2016, n. 2900, in *Nuova giur. civ*., 2016, 855, con nota di G. VERSACI, *Giudizio di meritevolezza e violazione di regole di condotta in materia di intermediazione finanziaria*.

[50] Corsivo aggiunto.

[51] Peraltro, nella prospettiva che si sta seguendo, non è superfluo rilevare che, ad avviso di Cass. 19559/2015, cit., «il vaglio di meritevolezza degli interessi perseguiti in concreto dai paciscenti nella stipula di un contratto atipico deve avere ad oggetto la causa concreta; […] i controlli insiti nell'ordinamento positivo, relativi all'esplicazione dell'autonomia negoziale, riferiti alla meritevolezza di tutela degli interessi regolati convenzionalmente e alla liceità della causa, devono essere in ogni caso parametrati ai superiori valori costituzionali previsti a garanzia degli specifici interessi perseguiti (Cass., 19 giugno 2009, n. 14343 [cit.]: in tal senso dovendosi ormai intendere ila nozione di ordinamento giuridico, cui fa riferimento la norma generale sul riconoscimento dell'autonomia negoziale ai privati, attesa l'interazione, sulle previgenti norme codicistiche, delle superiori e successive norme di rango costituzionale e sovranazionale comunque applicabili quali principi informatori o fondanti dell'ordinamento stesso (Cass., 1 aprile 2011, n. 7557 [in *Foro it., Rep*., 2011, voce *Contratto in genere*, n. 347])».

dichiararne l'immeritevolezza. Ma, se è vero che l'immeritevolezza dovrebbe costituire (anzi, costituisce) il *prius* rispetto alla valutazione di sussistenza e di liceità della causa, in quanto giudizio preliminare di superamento della soglia di rilevanza giuridica (nei termini in precedenza chiariti), è altrettanto vero che un modello o schema, per essere tale, dovrebbe delineare il nucleo essenziale dell'operazione, e non tratti specifici di essa (come le "formule" di calcolo della redditività del prodotto finanziario), per definizione mutevoli, pur se, nella concreta fenomenologia, stabili in punto di attribuzione unilaterale del rischio.
Se, invece, s'intenda sollevare il genericissimo quesito della meritevolezza degli interessi perseguiti attraverso una qualsivoglia operazione negoziale atipica attributiva di un «vantaggio ingiusto e sproporzionato», la risposta dovrà essere negativa, ma, proprio a causa dell'estrema genericità del quesito, non sarà dato pervenire a risultati ricostruttivi effettivamente utili.
Piuttosto, quanto appena osservato riguardo ai prodotti "MyWay" e "4You" induce a spendere qualche considerazione sui contratti "IRS", nell'oscillazione tra swap c.d. "di copertura" e swap c.d. "speculativi", perché pur sempre relativi a prodotti finanziari, e con problemi di alea unilaterale (in spregio allo schema atipico, che ne prevede la bilateralità). Il "dialogo" può, qui, utilmente intrattenersi tra una sentenza del Tribunale di Roma[52] e una, di poco successiva, della Suprema Corte[53]: e l'attenzione – eccezionale, in questo contesto – ad una pronuncia di merito è da ascriversi alla circostanza che quella sentenza è stata commentata da chi, di lì ad un anno, sarebbe stato l'estensore della decisione della Cassazione appena richiamata[54].

La *quaestio iuris* è presto delineata, ed è ben nota: quale sia la linea di confine tra IRS "di copertura" e IRS "speculativi", questione che chiama in gioco il «tema della meritevolezza e validità dei contratti intercorsi tra le parti, quali contratti atipici»[55]. Non è un caso che, anche in questa fattispecie, siano venute in considerazione possibili violazioni della disciplina di tutela dell'investitore (quanto alle obbligazioni di diligenza, correttezza e trasparenza, nell'interesse dell'investitore e dell'integrità del mercato mobiliare), vale a dire l'art. 21 del TUF e l'art. 26 del Regolamento Consob n. 11522/1998, che, della prima, costituisce applicazione.

---

[52] Trib. Roma, 8 gennaio 2016, n. 212 (di cui può trovarsi l'esame nel saggio citato alla nota 54).
[53] Cass. civ., sez. I, 31 luglio 2017, n. 19013, in *Foro it*., Rep. 2017, voce *Intermediazione e consulenza finanziaria*, n. 46.
[54] A.A. DOLMETTA, *Della ricerca giurisprudenziale di contenere entro "ragionevoli limiti" l'operatività in derivati*, in *Società*, 2016, 709 ss., spec. 711 ss. (e, ivi, una sintetica, ma efficace ricostruzione dei principali orientamenti giurisprudenziali in tema di derivati).
[55] Così, testualmente, Cass. n. 19013/2017, cit.

Giova rammentare che, per poter qualificare un IRS "di copertura", occorre, secondo la Determinazione Consob n. DI/99013791, del 26 febbraio 1999 (misura attuativa delle norme del TUF e del Regolamento 11522/1998 appena menzionate), che (i) le operazioni in derivati «siano esplicitamente poste in essere al fine di ridurre la rischiosità di altre posizioni detenute dal cliente»; (ii) «sia elevata la correlazione tra le caratteristiche tecnico-finanziarie (scadenza, tasso d'interesse, tipologia, etc.) dell'oggetto della copertura e dello strumento finanziario utilizzato a tal fine»; (iii) «siano adottate procedure e misure di controllo interno idonee ad assicurare che le condizioni di cui sopra ricorrano effettivamente, e *siano approvate anche in via generale, con riguardo a caratteristiche ricorrenti*, dalla funzione di controllo interno»[56]. Secondo la Corte, ove il concreto atteggiarsi dell'operazione in derivati, voluta con finalità di copertura, non presenti le caratteristiche appena richiamate, difetta la «necessaria cura dell'interesse oggettivo del cliente», in cui va identificata la meritevolezza, pertanto assente. Più persuasiva risulta la posizione assunta dal giudice di merito capitolino: in via preliminare e generale (*i.e.* mutuando la Delibera Consob, «con riguardo alle caratteristiche ricorrenti»), si procede al vaglio di meritevolezza dello schema atipico, sia esso di copertura o speculativo, che viene superato, qualora, trattandosi di scommessa sull'andamento dei tassi, l'alea sia bilaterale, sebbene ciò non implichi equa distribuzione del rischio tra le parti (s'intende alludere agli IRS "par" e "non par", di là dalla maggior aleatorietà dell'IRS speculativo); quindi, si passa all'esame della concreta fattispecie e, ove si ravvisi la distonia tra finalità voluta (in ipotesi, di copertura) e finalità effettivamente perseguita (in ipotesi, speculativa e, dunque, *contra voluntatem clientis*), la si sanziona con la nullità, per difetto di causa in concreto, parrebbe. Soluzione condivisibile, perché si è in presenza di un contratto nel quale si enuncia una causa, nel concreto assente[57].

Immeritevoli, in secondo luogo, sono i contratti (*recte*, gli interessi perseguiti attraverso i contratti) che hanno per effetto di «porre una delle parti in indeterminata soggezione rispetto all'altra»: a questa seconda categoria si ascrivono, tra le altre, le sentenze della Suprema Corte n. 4222/17, 3080/13 e 12454/09[58]. Nella prima, la concessione di derivazione di acque pubbliche

[56] Corsivo aggiunto.

[57] È, quindi, più persuasiva la sanzione della nullità di quella dell'annullabilità per dolo, a cui potrebbe, viceversa, pervenirsi valorizzando il contrasto tra voluto e realizzato, in esecuzione di alcune previsioni contrattuali frutto del comportamento non trasparente della banca in sede di formazione del consenso.

[58] Cass. civ., sez. un., 17 febbraio 2017, n. 4222, in *Foro it*., 2017, I, 2007, con osservazioni di F. FERRARA; 8 febbraio 2013, n. 3080, in *Riv. dir. ind*., II, 365, con nota di G. TASSONI, *Assetto*

prevedeva espressamente che il concessionario fosse obbligato a corrispondere il canone persino in ipotesi di mancata fruizione della derivazione per causa imputabile ad altri, allo stesso concedente o a terzi : la clausola non pare riconducibile al principio del "*solve et repete*" dell'art. 1462 c.c., in quanto – come osserva la stessa Corte – essa altera *ab origine* «la necessaria corrispettività del versamento del canone di concessione (riconosciuta quale principio generale della materia delle concessioni anche dalla recente Corte cost., sent. n. 64 del 2014 [in *Foro it*., Rep. 2014, voce *Trentino-Alto Adige*, n. 40]), pretendendolo *sic et simpliciter* (cioè, senza alcuna altra specificazione o adduzione ed indicazione di altra causa di giustificazione dell'attribuzione patrimoniale) anche per il caso di impossibilità della derivazione ascrivibile al fatto di terzi non altrimenti evitabile dall'obbligato, tramut[ando] il contratto atipico in esame in contratto aleatorio, riversando sul concessionario ogni rischio, compreso quello legato ad eventi imponderabili in quanto non probabili secondo un criterio di normalità […]». E, dunque, non è questione di (im) meritevolezza (per violazione dell'art. 41 Cost.), ma di difetto di volontà del concessionario in ordine alla stipulazione di un contratto squisitamente aleatorio[60]. Nella seconda, un'intesa tra farmacisti li vincolava all'apertura

anti-concorrenziale e immeritevolezza di tutela del contratto atipico ex *art. 1322, 2° comma, c.c.*; 19 luglio 2012, n. 12454, in *Contratti*, 2012, 993, con nota di G. CARADONNA, *Rilevanza del collegamento contrattuale nel mutuo di scopo e nelle operazioni di credito al consumo*.

[59] Nella specie, la concessione regionale implicava la realizzazione di opere edilizie, necessarie al prelevamento delle acque, e il comune competente al rilascio dei permessi di costruire aveva posto in essere illegittime condotte ostruzionistiche.

[60] È la stessa Corte ad affermare – così dimostrando la superfluità del riferimento alla meritevolezza, che «una simile volontà di porre in essere un contratto aleatorio non risulta nella specie, con l'invece necessaria chiarezza, dai pochi stralci dell'atto concluso tra le parti riprodotti dalla ricorrente in ricorso; dall'altro lato, deve osservarsi che un simile contratto atipico non è, se non altro quanto a questa clausola, affatto meritevole di tutela». Piuttosto, la sentenza in esame si segnala per l'attenzione rivolta alle conseguenze del(l'asserito) difetto di meritevolezza (oltre che per la reiterata affermazione – v. *supra*, nota 51 – riguardo all'oggetto del «vaglio di meritevolezza», vale a dire la causa in concreto). Si è in precedenza osservato che l'immeritevolezza non consente, all'assetto di interessi pattizio, di raggiungere la soglia della rilevanza giuridica, sì che il contratto atipico è improduttivo di effetti. Ad avviso della Corte, viceversa – implicitamente recuperando il brocardo "*vitiatur et non vitiat*" dell'art. 1419 c.c. (e, dunque, sovrapponendo regime dell'immeritevolezza e regime della nullità) o, addirittura, ma fuori contesto, facendo implicita applicazione del regime delle nullità di protezione, così per i consumatori *ex* art. 36, comma 1, cod. cons. –, «il non superamento del vaglio di meritevolezza comporta, secondo l'impostazione tradizionale e più rigorosa, l'inefficacia del contratto nel suo complesso (visto che l'ordinamento non riconoscerebbe all'autoregolamentazione di interessi delle parti alcun effetto giuridico, quale conseguenza della valutazione appunto complessiva dell'inidoneità di quella a perseguire interessi ritenuti meritevoli), ovvero anche, secondo altra e

delle farmacie secondo l'orario minimo stabilito dalla legislazione regionale: di là dal fatto che tutti i partecipanti all'iniziativa erano vicendevolmente in posizione di soggezione, qui, sì, potrebbe porsi la questione di immeritevolezza degli interessi perseguiti attraverso lo schema atipico, perché in contrasto col principio fondamentale di (effettività della) concorrenza, senza che sembri potersi ravvisare, nel necessario giudizio di comparazione e bilanciamento, altro principio, parimenti fondamentale, destinato a prevalere (ad avviso della Corte, infatti, «la finalità perseguita è meramente economica e personale dei partecipanti all'accordo»). Il dubbio, però, ad impostare la questione in termini così drastici, è che qualunque intesa restrittiva della concorrenza persegua interessi immeritevoli di tutela, là dove il divieto di tali intese non è assoluto, neppure nella legislazione comunitaria (come emerge chiaramente dall'art. 101 TFUE); e, allora, principi comparabili vi sono, come quello di libertà di iniziativa economica (che può anche declinarsi negativamente, come nella specie). Nella terza, infine, un'operazione plurinegoziale (composta da un mutuo di scopo e da una compravendita) conteneva una clausola, per così dire, di "scollegamento", perché si prevedeva che la mancata consegna del bene non potesse spiegare alcun effetto sull'obbligazione di versare il corrispettivo del mutuo. Qui, come per gli IRS, v'è contrasto tra previsioni negoziali (con la differenza che, negli IRS, speculativi in via di fatto, pur se voluti dal cliente come di copertura, il contrasto è frutto dell'astuzia della controparte bancaria): da un canto, la volontà di dar vita ad un'operazione plurinegoziale emerge, nella sua oggettiva incontestabilità, dalla natura finalistica del mutuo (il mutuo è erogato solo per l'acquisto di un dato bene e quel bene non sarebbe acquistabile in mancanza del mutuo); dall'altro, il pre-potere di una delle parti si traduce nell'imposizione di una clausola, per l'appunto, di negazione del collegamento negoziale, che contrasta col "tessuto" complessivo dell'operazione. L'antinomia tra previsioni, le une espressive, per così dire, di una "volontà generale", relativa all'operazione plurinegoziale unitaria, l'altra di una (apparente, perché unilaterale) "volontà particolare", di negazione di quell'unitarietà, va risolta nel senso della prevalenza delle prime (in quanto generali e, soprattutto, relative, esse sole, ad una volontà comune), e della disapplicazione della seconda: non si può volere e disvolere al contempo, sì che la clausola di negazione del collegamento è nulla per contrasto

più recente impostazione, applicata anche da questa Corte in tema di clausola *claims made* adietta al contratto di assicurazione contro i danni e forse più aderente all'esigenza di conservazione della volontà negoziale, la nullità della singola clausola (Cass., sez. un., 06 maggio 2016, n. 9140 [cit.]; ripresa e confermata pure sul punto da Cass., sez. un., 02 dicembre 2016, n. 24645 e n. 24646 [in *Le leggi d'Italia* on line])».

con l'art. 1375 c.c., in quanto impone l'esecuzione del contratto *contra fidem bonam*. Non si tratta, al riguardo, di riproporre, superandola nell'unico regime sanzionatorio della nullità, la distinzione tra violazione di regole (imperative) di comportamento e violazione di regole (imperative) strutturali; né s'intende porre in discussione che la violazione della buona fede *in executivis* esponga a responsabilità risarcitoria e, ove del caso, alla risoluzione del contratto. Tuttavia, l'introduzione, nella fase di formazione del contratto, di una clausola che imponga, ad una delle parti, una condotta contraria a buona fede in sede esecutiva, va sanzionata con la nullità, in quanto la norma imperativa dell'art. 1375 c.c. viene ad essere violata nella fase genetica del consenso negoziale[61].

Anche per il secondo gruppo di "negozi immeritevoli", dunque, l'esemplificazione di alcune fattispecie consente di avanzare perplessità riguardo all'effettiva utilità della categoria concettuale, nel suo concreto impiego, ove si vada al di là della generica immeritevolezza di interessi perseguiti attraverso uno schema che collochi una delle parti in posizione di indeterminata soggezione rispetto all'altra.

Immeritevoli, infine, sono i contratti (*recte*, gli interessi perseguiti attraverso i contratti) che hanno per effetto di «costringere una delle parti a tenere condotte contrastanti coi superiori doveri di solidarietà costituzionalmente imposti». A questa terza e ultima categoria si ascrive la sentenza della Suprema Corte n. 14343/09, relativa ad un contratto di locazione in cui si vietava al conduttore di ospitare, non temporaneamente, persone estranee al nucleo familiare anagrafico, come indicato in sede di stipulazione[62]: si tratta di fattispecie assai interessante, perché concerne un contratto tipico (la clausola in esame non valendo a delineare una "variante" atipica della locazione). Ad avviso della Cassazione, il divieto in parola confligge «con la tutela dei rapporti sia all'interno della famiglia fondata sul matrimonio sia di una convivenza di fatto tutelata in quanto formazione sociale, o con l'esplicazione di rapporti di amicizia»; in ultima

[61] Per tutti, v. G. DORIA, *Il contratto tra post-modernità e tradizione*, in *Giust. civ.*, 2015, 500, testo e note 45 e 46, anche per ampi riferimenti bibliografici (sebbene la fattispecie oggetto di esame da parte di Cass. n. 12454/2009 appaia diversa da quella alla base delle ordinanze della Consulta n. 248/2013 e 77/2014, cit., nelle quali l'A. ritiene di poter ravvisare l'affermazione della violazione dell'art. 1375 c.c., in applicazione dell'art. 2 Cost.; ed è, per l'appunto, il richiamo al dovere di solidarietà a non essere persuasivo, come si ebbe modo, a suo tempo, di scrivere: v. *supra*, nota 9; sottolinea il carattere dirompente di un'impostazione che affermi l'esistenza di «*un generale potere conformativo* del giudice rispetto al contenuto negoziale, valutato alla luce dei principi costituzionali e della clausola di buona fede», G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali* …, cit., 933 ss.).

[62] Cass. n. 14343/2009, cit.

istanza, contrasta con l'art. 2 Cost. e con l'esigenza, che in detta norma riceve protezione, di «tutelare la vita privata dall'altrui ingerenza». È, forse, questo, un caso limite, non solo perché viene in rilievo un contratto tipico, per di più limitatamente ad una sua clausola (dunque, disapplicata, in quanto inefficace), ma perché, a rigore, l'art. 2 Cost., siccome enuncia un principio o valore, non è di per sé norma precettiva[63]. Ma la Corte non affronta, almeno, esplicitamente, la questione dell'immediata precettività della disposizione costituzionale in esame, sì che – seguendo il ragionamento dei Supremi giudici – si sarebbe potuta ravvisare la nullità della clausola per diretta violazione dell'art. 2 Cost.[64]
Venendo, in ultimo, ai contratti assicurativi (della responsabilità civile) con clausola "*claims made*" – che, come rilevato in precedenza, hanno costituito l'occasione per enucleare la tassonomia delle fattispecie di immeritevolezza degli interessi poste all'attenzione della Suprema Corte –, essi rappresentano una *summa* di quanto sopra riportato, perché, ad avviso della Cassazione, sono riconducibili a ciascuna delle tre ipotesi di difetto di meritevolezza testé esaminate.
Peraltro, è possibile soltanto un cenno ad un dibattito a tal punto acceso da aver indotto a riportare nuovamente all'attenzione delle sezioni unite (già pronunciatesi nel 2016[65]) la predetta clausola, proprio in punto di immeritevolezza: il riferimento è alla "ricca" ordinanza n. 1465/18, sostanzialmente sulla falsariga delle sentenze "gemelle" 10506 e 10509/17 (d'altronde, l'estensore è il medesimo). E come queste ultime (che, pur avendo riguardo alla clausola "*claims made*" c.d. "impura", nella specie con retroattività limitata) avevano formulato una censura di carattere generale, così l'ordinanza dello scorso gennaio segna, in modo ancor più marcato, una forte discontinuità con le Sezioni Unite del 2016, che, per contro, avevano lasciato intendere il

[63] Sulla distinzione tra regola e principio, v. R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt, 1986, 71 ss. Cfr., inoltre, C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., 29 ss., ad avviso del quale, siccome «le norme costituzionali sono in linea di massima nient'altro che principi, e cioè regole prive di fattispecie» (30), «il rapporto tra esse e la norma ordinaria dovrebbe passare attraverso l'approntamento della fattispecie ad opera di quest'ultima, affinché, in una *Drittwirkung* ordinata, non sia il giudice a diventare signore del fatto al quale riferire l'effetto giuridico previsto dalla norma» (nota 34).
[64] Fermo restando, peraltro, che viene del tutto trascurata la rilevanza, parimenti costituzionale, del diritto di proprietà, e non ci si sofferma a valutare se davvero non possa ricevere tutela l'interesse del proprietario-locatore a preservare il valore della *res*, ad es. impedendo che, nell'appartamento locato, possa "albergare" un numero indefinito di persone (e, probabilmente, si trattava dell'effettiva esigenza, "consegnata" ad una clausola mal formulata).
[65] Cass. n. 9140/2016, cit.

"diritto di cittadinanza" della versione pura (i.e. a retroattività illimitata) della clausola in questione[66].

Oggi, come lo scorso anno, la Suprema Corte ritiene che essa debba rientrare in tutt'e tre le categorie di immeritevolezza appena tratteggiate: la "*claims made*", infatti, attribuirebbe all'assicuratore un «vantaggio ingiusto e sproporzionato, senza contropartita», in quanto sono escluse le richieste postume e, con esse, le richieste per sinistri verificatisi in prossimità della scadenza (perché non denunciabili tempestivamente); porrebbe l'assicurato in una «posizione di indeterminata soggezione » (ma nei riguardi del terzo danneggiato, e non dell'assicuratore), perché la tutela del primo dipende dalla tempestività della richiesta risarcitoria della "vittima"; «costringerebbe l'assicurato a tenere condotte contrastanti coi superiori doveri di solidarietà costituzionalmente imposti», perché l'assicurato sarebbe indotto a non risarcire spontaneamente il danno, prima di ricevere la richiesta del danneggiato, in spregio al principio di buona fede (che dell'art. 2 Cost. è manifestazione assertiva, come oramai pacificamente riconosciuto[67])[68].

Dalla sintesi degli argomenti addotti dal Supremo Collegio (e senza che occorra riferire anche dei paradossi in cui si incorrerebbe, ad avviso della Corte, a giudicare meritevole la clausola "*claims made*") emerge, con assoluta chiarezza, che il *vulnus* è sempre il medesimo, pur se riproposto sotto ciascuna delle tre "angolazioni" di immeritevolezza: la mancata copertura dei sinistri occorsi «durante il tempo dell'assicurazione» (il riferimento letterale, all'evidenza, è all'art. 1917 c.c.). Ma quel(l'apparente) *vulnus* è proprio la ragione della "variante" introdotta dalla clausola in esame, qui sì – diversamente dal precedente esempio della locazione con divieto di ospitalità stabile dei non familiari – idonea ad alterare sensibilmente lo schema normativo dell'art. 1917 c.c. (della c.d. "*loss occurrence*") e a dar vita ad uno schema nuovo, atipico (anche se va aggiunto che non sono mancate voci dottrinali nel senso della persistente tipicità, sostenendosi che la clausola in questione incida solo su una modalità di gestione del rischio[69]).

Lo stesso legislatore mostra quanto siano labili i confini della meritevolezza:

[66] V., peraltro, dopo l'ordinanza n. 1465/2018, cit., di rimessione alle sezioni unite, l'ordinanza 2 marzo 2018, n. 4912. In *Le leggi d'Italia* on line, in cui si richiama la pronuncia delle sezioni unite n. 9140/2016, cit., circa la validità della clausola *claims made* "pura".

[67] V. Corte Cost. n. 248/2013, cit., e n. 77/2014, cit.

[68] Pur nella brevità dell'esposizione, mette conto aggiungere che l'ordinanza di Cass. n. 1465/2018, cit., si diffonde nel negare che, per "sinistro", possa intendersi altro dal fatto illecito: non è, dunque, sinistro la denunzia del terzo danneggiato.

[69] R. PARDOLESI – A. PALMIERI, *Meritevoli e no:* claims made *senza rete*, cit., 1931.

l'art. 11 della l. n. 24 del 2017 ha riconosciuto l'ammissibilità di polizze assicurative con clausola "*claims made*" ("impura", quantunque la retroattività operi, nella specie, per un decennio), stipulate da strutture sanitarie o da medici operanti in regime libero-professionale (vi è, peraltro, il correttivo della c.d. "*deeming clause*", prevedendosi «l'obbligo dell'assicurato di denunziare qualsiasi circostanza che si presuma possa ragionevolmente dare origine a richieste di risarcimento […]», sì che «l'eventuale richiesta di risarcimento pervenuta in seguito alla comunicazione di cui sopra sarà considerata come se fosse stata fatta durante il periodo di assicurazione»); in precedenza, il d.m. 22 settembre 2016 aveva disciplinato l'assicurazione della r.c. dell'avvocato nella direzione della "*claims made*" pura. Sennonché, con l'art. 1, comma 26, l. n. 124 del 2017, si è previsto che, «[i]n ogni caso, fatta salva la libertà contrattuale delle parti, le condizioni generali delle polizze assicurative di cui al periodo precedente [relative alla responsabilità professionale] prevedono l'offerta di un periodo di ultrattività della copertura per le richieste di risarcimento presentate per la prima volta entro i dieci anni successivi e riferite a fatti generatori della responsabilità verificatisi nel periodo di operatività della copertura». Si tratta, peraltro, di obbligatoria offerta di copertura postuma, e non di obbligatoria copertura postuma; per di più, limitatamente al sotto-ambito della responsabilità professionale: comunque, segna un'inversione di rotta, lasciando aperto il quesito della meritevolezza con riguardo al generale ambito della responsabilità civile e a polizze con clausole "*claims made*" prive di copertura postuma.

Per cercare risposta, può essere utile ricordare che, sia nelle sentenze "gemelle" del 2017 sia nella recente ordinanza di rimessione della questione di (im) meritevolezza alle Sezioni Unite, la Suprema Corte ha affermato, con valenza generale, che «[l]'immeritevolezza discende[…] dalla contrarietà (non del patto, ma) del risultato che il patto atipico intende perseguire con i principi di solidarietà, parità e non prevaricazione che il nostro ordinamento pone a fondamento dei rapporti privati». "Parità e non prevaricazione" attengono ai rapporti di forza tra le parti, ma non certo esigono l'equivalenza delle prestazioni: il «vantaggio ingiusto e sproporzionato» non concerne lo schema astratto in sé, ma il concreto nesso tra le prestazioni (e, di regola, il premio di un contratto con clausola "*claims made*" è inferiore al premio del contratto "*loss occurrence*"). La soggezione dell'assicurato si è già osservato potersi predicare solo in senso lato, perché non riguarda il rapporto contrattuale con l'assicuratore, ma il rapporto extracontrattuale col terzo danneggiato. Quanto al contrasto col dovere di solidarietà costituzionale, infine, di là dall'inverosimiglianza dell'ipotesi (chi mai risarcisce spontaneamente il danno, potendo fruire di copertura assicurativa?), è proprio il principio di buona fede

in executivis ad imporre la copertura in ipotesi di risarcimento spontaneo nella pendenza dell'assicurazione con clausola "*claims made*", dovendosi ritenere implicita la richiesta risarcitoria nel (logicamente conseguente) risarcimento su iniziativa volontaria del danneggiante-assicurato. Non sembrano esservi, dunque, ragioni (i.e. principi fondamentali) ostative al positivo superamento del vaglio di meritevolezza né sconfinamenti del contratto di assicurazione (atipico) nel territorio della scommessa, come la Corte adombra; anzi, riecheggiano note simili al patto di manleva, non disapprovato dall'ordinamento[70].

Piuttosto, il problema che, in concreto, può sussistere – enfatizzato dalla durata, di regola, annua delle polizze "*claims made*" – riguarda i c.d. "buchi di assicurazione", come avevano sottolineato le SS.UU. nel 2016: l'assicurato, infatti, è tenuto a dichiarare all'assicuratore, prima della stipulazione della nuova polizza, l'esistenza di rischi di richiesta di indennizzo; e l'assicuratore potrebbe rifiutarsi di stipulare la polizza, se vi fossero gli estremi di un sinistro, già occorso, e tuttavia non denunciato nella vigenza della precedente polizza. Non viene, qui, in rilievo la liceità, perché il relativo giudizio non può fondarsi su un accadimento successivo, ed eventuale, quale il rifiuto di stipulare la nuova polizza (oppure sulla successione tra polizze, prima con clausola "*claims made*", poi con clausola "*loss occurrence*"[71] oppure ancora sulla successione di polizze "*claims made*" con franchigia crescente[72]). Potrebbe, invece, da quest'angolo visuale, dubitarsi della meritevolezza degli interessi perseguiti, perché non potrebbe tipizzarsi uno schema assicurativo che determini, *de futuro*, la "scopertura", negando, per ciò stesso, la finalità (peraltro, sociale) dell'assicurazione. In sé, dunque, il concreto contratto "*claims made*" non sarebbe esposto a censure, ma la censura riguarderebbe il "vicolo cieco" prospettico, nel quale verrebbe ad infilarsi l'assicurato. Salvo a ritenere che il "buco" possa colmarsi invocando nuovamente il principio di buona fede *in executivis*, di modo da ritenere che, pur in difetto di esplicita previsione, debba intendersi implicitamente inclusa nella polizza "*claims made*" la c.d. "*deeming clause*", con la sufficienza dell'auto-denuncia: per tal via, però, si attenuerebbero sensibilmente i profili di atipicità, riavvicinandosi il modello in esame allo schema tipico della "*loss occurrence*" *ex* art. 1917 c.c., con l'aggravante, controintuitiva (e, per questo, tale da far dubitare che sarebbe corretto invocare l'art. 1375 c.c.), di sconvolgere l'assetto di interessi divisato dai contraenti ("scaricando" sull'assicuratore un costo del tutto inimmaginabile in sede di ponderazione dell'alea e negoziazione del

[70] Così M. COSTANZA, *Della meritevolezza. Il caso* claims made, cit., 3119.

[71] È la *res facti* oggetto della decisione n. 4912/2018, cit.

[72] È la *res facti* oggetto dell'ordinanza n. 1465/2018, cit., di rimessione alle sezioni unite.

corrispettivo, in quanto egli, verosimilmente, avrà introitato un premio più basso di quello previsto per la tradizionale polizza "*loss occurrence*").
A ben guardare, tuttavia, il problema è più apparente che reale: le sezioni unite nel 2016, condivisibilmente, hanno ritenuto che (la retroattività del)lo schema "*claims made*" è compatibile con la regola imperativa dell'art. 1895 c.c., e questo per il riferimento al c.d. "rischio putativo". Nella stessa linea, dunque, non potrebbe sanzionarsi – in punto di dichiarazioni inesatte o reticenti, *ex* artt. 1892 e 1893 c.c. – la condotta dell'assicurato, che ometta di rappresentare, al nuovo assicuratore, l'esistenza di un sinistro che, pur se già occorso, non sia ritenuto tale[73]. Per contro, il sinistro conclamato – che, dunque, abbia connotati di oggettività tali da fuoriuscire dalla sfera dell'opinabilità soggettiva – non potrà non essersi tempestivamente "tradotto" nella denuncia, lasciandosi, di conseguenza, scoperta la sola ipotesi del sinistro (conclamato) verificatosi nell'imminenza della scadenza della polizza; ma, qui, la "giustificazione" dell'assetto di interessi, ancora una volta e ancor di più, potrà ravvisarsi nel beneficio economico, riguardo al premio, per l'assicurato, rispetto al modello tipico di cui all'art. 1917 c.c. Se, infine, s'intenda obiettare che, in concreto, quel beneficio non si dà, nel senso che al cliente non è offerta alternativa, perché è la sola polizza "*claims made*" ad essere approntata dal sistema assicurativo (e non è più così, almeno per alcuni settori della responsabilità civile, con la "legge concorrenza" dello scorso anno), e perché, *de facto*, è stata eliminata la polizza "*loss occurrence*" dal sistema, allora, sul punto, dovrà intervenire il legislatore, così da ripristinare, coattivamente, quell'alternativa di "prodotti", in ipotesi callidamente soppressa dalle imprese assicurative. Ma, ancora una volta, non è questione di meritevolezza.

E quanto il giudizio di meritevolezza sia stato sovente – e impropriamente – utilizzato quale duttile "strumento" per intervenire sul contenuto del contratto è dimostrato dalla "parabola" compiuta proprio dall'assicurazione della responsabilità civile con clausola "*claims made*". Le Sezioni Unite della Cassazione, infatti, a seguito dell'ordinanza di rimessione più volte citata in precedenza (che mirava alla definitiva espulsione di quella clausola dall'ordinamento), hanno compiuto un radicale *revirement*, giungendo a negare di essere in presenza di un contratto atipico[74]. Non interessa, qui, sindacare le ragioni dell'inversione di prospettiva qualificatoria (avvenuta, tra l'altro, sulla scorta delle novelle normative poc'anzi richiamate[75], ma, piuttosto, segnalare

[73] R. PARDOLESI – A. PALMIERI, *Meritevoli e no:* claims made *senza rete*, cit.
[74] Cass. civ., sez. un., 24 settembre 2018, n. 22437, in *Foro it*., 2018, I, 3015.
[75] Per tutti, R. PARDOLESI – A. PALMIERI, *Claims made* nel post-diritto, in *Foro it*., 2018, I, 3012.

che l'intervento di ri-modulazione del contenuto del contratto non è venuto meno col ritorno nell'alveo della tipicità. Ad avviso delle Sezioni Unite, va valutato se la specifica pattuizione sia «adeguata» agli «interessi in concreto avuti di mira dai paciscenti» (con appiglio dato dall'art. 183, comma 2, CAP, secondo cui il prodotto assicurativo deve adeguarsi alle esigenze dell'assicurato). Per tal via, attraverso l'esame della causa in concreto, si va ben al di là dei "buchi di copertura", che rappresentavano la primaria preoccupazione nella direzione dell'atipicità, *sub specie* di meritevolezza; ad essere posto in discussione è l'assetto sinallagmatico, in ragione dell'eventuale squilibrio (frutto del pre-potere dell'assicuratore) tra rischio assicurato e premio, pur se si ha cura di professare ossequio alla tradizionale non sindacabilità dello squilibrio economico delle prestazioni. Si ha, per l'appunto, la sensazione che – sebbene attraverso altro "percorso" – l'approdo sia di attribuire al giudice del merito, per il tramite del controllo sul corretto esercizio dell'autonomia privata, il potere di procedere alla riscrittura del contenuto del contratto, caso per caso, con l'imprevedibilità delle conseguenze che è agevole immaginare.

4. Sintetiche conclusioni

Il pur breve esame di alcune tra le principali fattispecie giurisprudenziali degli ultimi anni consente di pervenire ad una conclusione in ordine alla riscoperta del giudizio di meritevolezza: se l'ordinamento conosce "strumenti" per sanzionare l'improprio esercizio dell'autonomia privata (nullità per contrasto con norme imperative, per illiceità della causa in concreto, per difetto della causa in concreto, specie in ipotesi di squilibri contrattuali ingiustificati, o, ancora, per contrasto genetico con l'obbligazione di buona fede *in executivis*, etc.), il ricorso generalizzato alla meritevolezza appare superfluo, sì che il "nuovo corso" odierno della meritevolezza sembra essere il portato, più che di un'effettiva esigenza di disporre di nuovi "strumenti" di controllo dell'esercizio dell'autonomia privata, del favore di questi ultimi lustri verso categorie concettuali elastiche, tali da consentire in modo più agevole (e però, al contempo, semplificato) di assicurare la "giustizia" del caso concreto, con il ricorso, sempre più invasivo, a "valori" (primo fra tutti, la solidarietà)[76]. E, in questa direzione, del ricorso alle clausole

[76] Cfr. G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali …*, cit., 936 ss., il quale – con riferimento al ruolo, sempre più centrale, di "principi" (costituzionali) e clausole generali – esorta

generali, innervate dai "valori" costituzionali, risuona attuale l'ammonimento di Carl Schmitt, nel noto saggio del 1967 su "*La tirannia dei valori*": «Un giurista che si accinga a divenire esecutore immediato dei valori, dovrebbe sapere cosa fa. Egli dovrebbe aver presenti l'origine e la struttura dei valori, e non prendere alla leggera il problema della tirannia dei valori e della loro attuazione immediata. Egli dovrebbe aver presente la filosofia contemporanea di valori, prima di decidersi a valutare, capovolgere i valori, innalzare di valore o svalorizzare, e a proclamare, come soggetto portatore di valori e sensibile ai valori, i dettami di un ordine graduale di valori, soggettivi ovvero anche oggettivi, nella forma di decisioni aventi validità giuridica»[77].

ad evitare «adesioni semplicistiche che rischiano di smarrire (sull'altare della c.d. "giustizia del caso concreto") regole e principi fondamentali del diritto contrattuale».

[77] C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, Roma, 1987, 77.

La “tipicità” delle cause di annullabilità e i “nuovi vizi del consenso”

Gianluca Grasso
Magistrato addetto all’Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione

Il contributo ripercorre uno dei temi più controversi del diritto delle obbligazioni e dei contratti, quello concernente il principio di “tipicità” delle cause di annullabilità e il problema dei c.d. “nuovi vizi del consenso”. A fronte delle nuove fattispecie emergenti principalmente dalle fonti europee – legate alla compressione della libertà del volere, derivante dall’abuso di posizione economica di un contraente o dalla anormale sollecitazione della volontà contrattuale – bisogna chiedersi se i vizi del consenso, delineati dal codice civile, rivestano tuttora una realtà monolitica e immutabile, caratterizzata dai principi di tassatività delle ipotesi e di tipicità dei rimedi.

This paper deals with one of the most controversial issues concerning Contract Law, about the principle of “typicality” of the causes of annulment and the “New defects of consent”. In view of the new cases emerging mainly from European sources – linked to the compression of the freedom of will, deriving from the abuse of a contractor’s economic position or from the abnormal solicitation of the contractual will – we have to ask if the defects of consent inside the Civil Code still cover a monolithic and immutable reality, characterized by the principles of the typical nature of the remedies.

Sommario: 1. Il codice civile e i vizi del consenso. – 2. Oltre i vizi (tradizionali) del consenso? – 3. Le nuove ipotesi di turbativa del consenso. – 4. L'informazione nei contratti dei consumatori: gli obblighi di informativa precontrattuale e il diritto di recesso. – 5. La sorpresa (il contratto concluso fuori dai locali commerciali e i contratti a distanza). – 6. I contratti di investimento in strumenti finanziari. – 7. Il contratto di viaggio turistico. – 8. Il contratto di somministrazione con riferimento alla fornitura di gas metano per uso domestico. – 9. Le clausole abusive. – 10. Le pratiche commerciali scorrette e aggressive. – 11. L'informazione nei contratti tra professionisti che evidenziano asimmetrie di potere contrattuale. La disciplina dell'affiliazione commerciale. – 12. L'abuso di posizione dominante. – 13. Considerazioni conclusive.

1. Il codice civile e i vizi del consenso

Nel sistema del codice civile[1], i vizi del consenso (art. 1427 c.c. ss.), idonei a determinare l'invalidità dell'atto, assumono carattere tipico e testuale, diversamente dalla nullità che può essere anche virtuale *ex* art. 1418, comma 1, c.c., nel caso di violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto[2].

Per poter dar luogo al rimedio dell'annullabilità, la volontà deve risultare effettivamente sviata[3].

[1] Sul consenso, la volontà rilevante e i relativi vizi, la dottrina è amplissima. V. per tutti G. DE NOVA, in R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, IV ed., Torino, 2016, 403 ss.

[2] In tema di nullità del contratto per contrarietà a norme imperative in difetto di espressa previsione in tal senso (cd. "nullità virtuale"), la Cass. civ., sez. VI, 14 dicembre 2010, n. 25222, in *Foro it*., Rep. 2010, voce *Contratto in genere*, n. 469 ha precisato che ove non altrimenti stabilito dalla legge, unicamente la violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile di determinarne la nullità, che va, pertanto, esclusa sia quando risulta prevista una diversa forma di invalidità (es. annullabilità), sia quando la legge assicura l'effettività della norma imperativa con la previsione di rimedi diversi.

La violazione di norme, anch'esse imperative, riguardanti il comportamento dei contraenti, può essere fonte di responsabilità Cass. civ., sez. I, 10 aprile 2014, n. 8462, in *Foro it*., Rep. 2014, voce *Contratto in genere*, n. 403.

In tema di contratti bancari, Cass. civ., sez. I, 28 febbraio 2018, n. 4760, in *Vita not*., 2018, 750 ha ritenuto nullo per contrasto con norme imperative di legge, ai sensi dell'art. 1418, comma 1, c.c. (cd. nullità "virtuale"), il contratto di deposito a risparmio concluso con soggetto professionalmente dedito all'attività di raccolta del risparmio tra il pubblico, ma privo dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria prescritta dall'art. 14 del d.lgs. n. 385 del 1993, stante la rilevanza del requisito soggettivo nella struttura dei contratti bancari, nei quali una delle parti è individuata indefettibilmente in una banca, e degli interessi pubblici sottesi alla riserva dell'attività bancaria alle imprese autorizzate, la cui tutela non può restare affidata esclusivamente alle sanzioni penali di cui agli artt. 130 e 131 del citato decreto.

[3] A. GENTILI – V. CINTIO, *I nuovi «vizi del consenso»*, in *Contr. impr*., 2018, 148 ss.

In tal modo, accanto all'ipotesi dell'incapacità naturale[4] (art. 428 c.c.), si delinea un sistema in cui l'errore[5] deve essere essenziale e riconoscibile, il dolo[6] deve risultare determinante del consenso (per quello incidentale l'art. 1440 c.c. si prevede invece il risarcimento del danno), anche del terzo purché noto alla parte avvantaggiata. La violenza morale[7] rileva anche se proveniente dal terzo (pur se ignota al contraente avvantaggiato) mentre la violenza fisica dà luogo a nullità *ex* art. 1418, comma 2, c.c. per difetto di accordo.

---

[4] Cass. civ., sez. IV, 8 marzo 2005, n. 4967, in *Lav. e prev. oggi*, 2005, 924 l'incapacità di intendere e di volere, prevista nell'art. 428 c.c. quale causa d'annullamento del negozio giuridico (artt. 1425, comma 2, e 1324 c.c.) e detta anche incapacità naturale, consiste nella transitoria impossibilità di rendersi conto del contenuto e degli effetti dell'atto giuridico che si compie e non può essere data da dispiaceri anche gravi, quale ad esempio la consapevolezza di una malattia propria, o di un prossimo familiare, salvo che essa abbia cagionato una patologica alterazione mentale.

[5] Il codice civile vigente, nel regolare la figura dell'errore essenziale quale causa di annullamento del contratto, con l'introdurre il requisito della riconoscibilità (art. 1428 c.c.), ignoto alla disciplina precedente, ha espunto quello della scusabilità, che veniva considerato, sotto il vigore del precedente codice, come elemento necessario per integrare la detta figura di vizio del consenso, anche se non legislativamente previsto (Cass. civ., sez. V, 20 settembre 1978, n. 4240, in *Foro it*., 1979, I, 82).

Cass. civ., sez. V, 18 novembre 1999, n. 12784, in *Foro it*., Rep. 1999, voce *Contratto in genere*, n. 526 ha specificato che quando il dichiarante sia stato avvisato dell'errore da parte del destinatario della manifestazione di volontà, quest'ultima non può ritenersi viziata nella sua formazione, in quanto avviene nella consapevolezza della possibilità di una diversa interpretazione e con l'accettazione del relativo rischio, onde sarebbe illogico fare carico al destinatario della manifestazione di volontà, che si è comportato con correttezza e buona fede, delle conseguenze di un errore che, ancorché essenziale e riconoscibile (tanto che il dichiarante ne è stato informato dalla stessa controparte) si configura soltanto come una scelta incauta dello stesso dichiarante e non come frutto del profittamento di un errore altrui da parte del destinatario della dichiarazione. Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva rigettato la domanda di un lavoratore intesa ad ottenere l'annullamento delle dimissioni dal lavoro perché presentate per errore nella interpretazione delle norme pensionistiche, non ritenendo decisiva, sulla base del principio sopra riportato, la circostanza che il datore di lavoro fosse a conoscenza dell'errore del lavoratore dimissionario e lo avesse anche informato in proposito prima della presentazione delle dimissioni.

[6] Cass. civ., sez. II, 24 maggio 2018, n. 13034, in *Foro it*., Rep. 2018, voce *Contratto in genere*, n. 178 il dolo che vizia la volontà e causa l'annullamento del contratto implica necessariamente la conoscenza da parte dell'agente delle false rappresentazioni che si producono nella vittima e il convincimento che sia possibile determinare con artifici, menzogne e raggiri la volontà altrui, inducendola specificamente in inganno.

[7] Cass. civ., sez. IV, 10 agosto 2017, n. 19974, in *Not. giur. lav*., 2018, 106 secondo cui, in tema di violenza morale, quale vizio invalidante del consenso, i requisiti previsti dall'art. 1435 c.c. possono variamente atteggiarsi, a seconda che la coazione si eserciti in modo esplicito, manifesto e diretto, o, viceversa, mediante un comportamento intimidatorio, oggettivamente ingiusto, anche ad opera di un terzo; è in ogni caso necessario che la minaccia sia stata specificamente diretta ad

I vizi della volontà, in altri termini, devono risultare determinanti del consenso e opponibili alla controparte.
Vengono così relegati ai margini i vizi non determinanti del consenso e quelli che non sono sussumibili nelle fattispecie classiche, come ad esempio la sorpresa, la disinformazione e gli squilibri nel potere contrattuale delle parti.

2. Oltre i vizi (tradizionali) del consenso?

Il catalogo previsto dal codice civile trova la sua giustificazione nell'intento di garantire l'autonomia negoziale e l'affidamento nella validità del contratto, e così la sicurezza dei traffici e la circolazione della ricchezza, attraverso il principio della conservazione degli atti[8] e quello secondo cui il rischio dell'attività negoziale resta a carico di chi sceglie (*caveat emptor*)[9].
La dottrina[10] ha peraltro individuato all'interno dello stesso sistema del codice alcune ipotesi in cui è previsto un ampliamento della tutela del contraente debole. È questo, ad esempio, il caso della rilevanza dei vizi incidenti e del rimedio indennitario (art. 1440 c.c.), dello stato di pericolo o di bisogno e il c.d. "quarto vizio del consenso" (artt. 1447 e 1448 c.c.) e del rimedio risarcitorio di ogni forma di mala fede nella formazione dell'accordo (art. 1337 c.c.).
Si tratta, a ben vedere, di singole fattispecie che non intaccano la struttura e l'essenza stessa dei vizi del consenso.
Questo assetto mostra evidenti insufficienze via via che il sistema dei contratti si evolve, aprendo la strada agli scambi di massa e agli accordi seriali imposti dalle grandi imprese.
Si prospetta[11], dunque, l'esigenza di ampliare i doveri di correttezza precontrattuale, con conseguente rilevanza ai fini del risarcimento del danno

estorcere la dichiarazione negoziale della quale si deduce l'annullabilità e risulti di natura tale da incidere, con efficacia causale concreta, sulla libertà di autodeterminazione dell'autore di essa.

[8] P. GALLO, *Contratto e buona fede – Buona fede in senso oggettivo e trasformazioni del contratto*, Torino, 2014, 657.

[9] A. GENTILI – V. CINTIO, *I nuovi «vizi del consenso»*, cit., 148 ss.

[10] *Ibidem*.

[11] P. GALLO, *Contratto e buona fede – Buona fede in senso oggettivo e trasformazioni del contratto*, cit., 664 ss. individua tre direzioni della trasformazione del sistema dei vizi del consenso: l'estensione dell'ambito di applicazione delle figure tradizionali (ad es. il concetto di qualità essenziale nell'errore), l'individuazione di nuove figure di vizi del consenso (sorpresa o abuso di posizione dominante) e l'estensione dei doveri di correttezza precontrattuale ai fini del risarcimento del danno.

anche dei c.d. vizi incompleti del contratto, mentre emerge il tentativo di dare rilievo a ipotesi minori di errore (l'errore sui motivi, l'errore determinante ma non essenziale), a ogni forma di reticenza, mendacio, raggiro colposo o di pressione psicologica che non integri gli estremi della violenza.
In tale contesto si pone la nuova legislazione sul contratto derivante dal diritto europeo[12] che cerca di porre dei rimedi alle iniquità del mercato, garantendo il soggetto economicamente più debole, il più delle volte individuato nella figura del consumatore, cui si contrappone il professionista.
Fino a che punto è però possibile dar rilievo a profili di turbamento della volontà che non rientrino nei canoni previsti dal codice civile e fino a dove è consentita l'individuazione di nuove figure di vizi del consenso? Non si tratta forse di rimedi differenti, che trovano la loro giustificazione nella disciplina di settore, non altrimenti riconducibili a unità?

3. Le nuove ipotesi di turbativa del consenso

La formula "nuovi vizi" del consenso[13] sta a indicare «la compressione della libertà del volere derivante dall'abuso di posizione economica di un contraente, e la anormale sollecitazione della volontà contrattuale, prevaricante delle ordinarie difese critiche, della carica di sorpresa insita nella negoziazione "da porta a porta"».
Tra le fattispecie emerse a seguito degli interventi del legislatore, è possibile distinguere[14], da un lato, gli abusi nei riguardi dei consumatori, declinati

[12] *Amplius* G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, III ed., Padova, 2017, 63 ss.
[13] Così A. GENTILI – V. CINTIO, *I nuovi «vizi del consenso»*, cit., 148 ss. che richiama R. SACCO, in R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, Tomo I, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, Torino, 1993, 482. In dottrina, diffusamente: G. DE NOVA, in R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., 454 ss. I. D'ADDARIO, *I nuovi vizi del consenso*, in FASANO (a cura di), *I vizi del consenso*, Torino, 2013, 259 ss.; P. GALLO, *Contratto e buona fede – Buona fede in senso oggettivo e trasformazioni del contratto*, cit., 649 ss.
[14] A. GENTILI – V. CINTIO, *I nuovi «vizi del consenso»*, cit., 148 ss. distinguono, senza pretesa di completezza, i casi giurisprudenziali da quelli edittali e in questi ultimi quelli «in cui un rimedio a disposizione del privato è previsto, da quelli in cui nessun rimedio a disposizione del privato è previsto». Tra i casi edittali gli autori ricomprendono: «1) i contratti conclusi sotto l'effetto di abuso di posizione dominante, 2) i contratti conclusi sotto l'effetto di pratiche commerciali scorrette, privi entrambi di espresso rimedio individuale, 3) i contratti conclusi sotto l'effetto di abuso di dipendenza economica, 4) i contratti conclusi sotto l'effetto di abuso di asimmetria informativa, 5) i contratti conclusi sotto l'effetto di abuso quanto al pagamento nelle transazioni commerciali; in questi tutti il rimedio posto a disposizione del contraente dal legislatore contemporaneo è la

nell'asimmetria del potere contrattuale e nelle clausole vessatorie, le pratiche commerciali sleali, la sorpresa e il contratto concluso fuori dai locali commerciali e i contratti a distanza, i contratti di investimento in strumenti finanziari. Dall'altro, si dà rilievo agli abusi della concorrenza, nella specie degli abusi di posizione dominante, dei comportamenti discriminatori e della dipendenza economica.
Particolare rilievo, innanzitutto, assumono gli obblighi di informazione, previsti per superare le asimmetrie informative del mercato e garantire delle scelte consapevoli.

4. L'informazione nei contratti dei consumatori: gli obblighi di informativa precontrattuale e il diritto di recesso

Nella prospettiva tradizionale che discende dal codice civile, le asimmetrie informative, di per sé, non configurano alcuna patologia, essendo insite nelle dinamiche relazionali e costituendo un aspetto naturale della negoziazione[15]. In taluni casi, però, le differenze conoscitive possono diventare patologiche quando incidono, ad esempio, sugli elementi fondamentali del negozio, lasciando emergere un vizio della volontà in corrispondenza di una informazione omessa o menzognera.

In tale contesto, alla luce del dovere di correttezza e di buona fede che devono caratterizzare le dinamiche negoziali e la fase delle trattative, la dottrina[16] ha enucleato un obbligo generale di informazione precontrattuale, in grado di

nullità di protezione; e poi, 6) i contratti conclusi sotto l'effetto di abuso nel far valere un diritto; in tutti questi il rimedio è l'annullabilità». Tra i casi giurisprudenziali: «7) i contratti conclusi sotto l'effetto di abuso del diritto oggettivo, 8) i contratti conclusi sotto l'effetto di violazioni di doveri di comportamento in settori particolari, come l'intermediazione finanziaria».
I. D'ADDARIO, *I nuovi vizi del consenso*, cit., 259 ss. ricomprende nell'ambito di rilevanza l'abuso di posizione dominante, le forme di dipendenza economica, la pubblicità ingannevole, l'asimmetria contrattuale e la sorpresa.
P. GALLO, *Contratto e buona fede – Buona fede in senso oggettivo e trasformazioni del contratto*, cit., 788 ss. annovera tra le fattispecie dei nuovi vizi del consenso: 1) l'abuso di posizione dominante; 2) la dipendenza economica; 3) la sorpresa; 4) il conflitto di interessi; 5) la pubblicità ingannevole, comparativa, occulta, indiretta, subliminale; 6) le pratiche commerciali scorrette ed aggressive.

[15] G. GRISI, *Informazione (obblighi di)*, in *Enc. dir. – Annali*, Milano, 2011, vol. IV, 598. Cfr. altresì G. GRASSO, *Obblighi di informazione e vizi della volontà nella disciplina dei singoli contratti*, in http://giustiziacivile.com

[16] Vedi Già G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990, 83.

affermarsi al di là di specifiche previsioni di legge che impongano alle parti di fornire determinate informazioni di loro conoscenza.
La prospettiva tradizionale degli obblighi di informazione è quella dello scambio individualizzato e della clausola generale della correttezza e della buona fede, ovverosia della dimensione microdimensionale o microeconomica[17].
Diversa natura e origine rivestono gli obblighi di informazione[18] scaturenti dalla disciplina di derivazione europea[19] ove, allo scambio individualizzato si sostituiscono la contrattazione di massa e gli scambi seriali, resi ancor più critici dall'affermazione delle nuove tecnologie. La logica è quindi quella del funzionamento del mercato. In questo caso, gli obblighi informazione, congiunti a quelli di forma in cui vengono incorporati[20], tendono a supplire alle carenze di conoscenza del contraente debole, *in primis* il consumatore, per prevenire il «fallimento del mercato»[21].
La prospettiva è pertanto quella macroeconomica[22] della formazione di un mercato sano ed efficiente, in cui gli obblighi d'informazione consentono di riequilibrare i rapporti di per sé squilibrati tra professionisti e consumatori, al fine di rimuovere gli ostacoli al corretto funzionamento del mercato. Più elevato è il livello di informazione di coloro che operano nel mercato, tanto maggiore è il tasso di efficienza e di competitività del mercato stesso[23].
Il Codice del consumo[24], con cui si è inteso riordinare le normative concernenti i processi dì acquisto e consumo, al fine di assicurare un elevato livello di

[17] G. GRISI, *Informazione (obblighi di)*, cit., 598.
[18] G. D'AMICO, *Profili del nuovo diritto dei contratti*, Milano 2014, 103 ss. distingue l'ambito dell'informazione destinata al mercato, *in incertam personam*, tutelata *in primis* attraverso la disciplina delle pratiche commerciali ingannevoli e dalle normative di settore, come quella dei servizi finanziari o dei servizi bancari, dall'informazione che sorge con riferimento a una specifica relazione contrattuale in corso di instaurazione (obblighi di informazioni precontrattuali) o già instaurata (obblighi di informazioni contrattuali) e che ampia diffusione ha ottenuto nel contesto della normativa di derivazione europea.
[19] G. GRISI, *Informazione (obblighi di)*, cit., 602.
[20] Si parla in tal senso di "forma informativa" per sottolineare che la forma scritta viene imposta proprio per realizzare la funzione informativa che si intende assicurare attraverso la predisposizione del documento, G. GRISI, *Informazione (obblighi di)*, cit., 609.
[21] G. D'AMICO, *Regole di validità e di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ*., 2002, I, 41 ss.
[22] G. GRISI, *Informazione (obblighi di)*, cit., 604.
[23] Ivi, 607.
[24] D.lgs. 6 settembre 2005 n.206, Codice del consumo, a norma dell'articolo 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229. Come osserva V. SCALISI, *Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia*, in *Riv. dir. civ*., 2007, I, 108 «l'informazione ormai dilaga ed è un bene grazie all'Europa, perché essa è il vero principio assiale del nuovo ordine sociale. L'informazione precede e previene il

tutela dei consumatori e degli utenti (art. 1), inserisce nel novero dei diritti fondamentali quello a una adeguata informazione e a una corretta pubblicità (art. 2, comma 2, lett. c).

Le disposizioni specifiche sugli obblighi di informativa precontrattuale, oggi principalmente contenute nel Codice del consumo[25], sanzionano in genere la loro violazione con l'allungamento del termine previsto per l'esercizio del diritto di recesso[26].

Si è scelto, in questo modo, di rafforzare il diritto di recesso (altresì detto diritto di ripensamento o di pentimento e della cui natura rimediale si discute[27]), che di per sé consente al consumatore, attesa la sua posizione di debolezza, la possibilità di un ripensamento (*ius poenitendi*), in un tempo definito[28], rispetto

---

contratto, è presente nella fase propriamente precontrattuale, accompagna la formazione stessa del contratto e penetra nel suo contenuto, figura anche dopo la conclusione e non risparmia neppure la fase propriamente esecutiva. Le regole che ne dettano la disciplina sotto forma sia di obblighi sia di necessario contenuto prescrittivo dell'atto sono nel diritto europeo dei contratti regole cogenti, a carattere imperativo ed è bene che restino tali».

[25] Cfr. informazioni precontrattuali per i consumatori nei contratti diversi dai contratti a distanza o negoziati fuori dei locali commerciali, nonché gli obblighi d'informazione nei contratti diversi dai contratti a distanza o negoziati fuori dei locali commerciali o negoziati fuori dei locali commerciali, e i contratti multiproprietari, su cui G. ARMONE, *Consumatori. I contratti multiproprietari e per vacanze a lungo termine*, in *Libro dell'anno del Diritto 2012*, in http://www.treccani.it/enciclopedia/consumatori-i-contratti-multiproprietari-e-per-vacanze-a-lungo-termine_%28Il-Libro-dell'anno-del-Diritto%29/.

[26] L'art. 53, sul non adempimento dell'obbligo d'informazione sul diritto di recesso, stabilisce, riguardo ai contratti negoziati fuori dei locali commerciali, che se in violazione dell'articolo 49, comma 1, lettera *h*), il professionista non fornisce al consumatore le informazioni sul diritto di recesso, il periodo di recesso termina dodici mesi dopo la fine del periodo di recesso iniziale, come determinato a norma dell'articolo 52, comma 2 (comma 1). Se il professionista fornisce al consumatore le informazioni di cui al comma 1 entro dodici mesi dalla data di cui all'articolo 52, comma 2, il periodo di recesso termina quattordici giorni dopo il giorno in cui il consumatore riceve le informazioni (comma 2).

[27] G. GRISI, *Informazione (obblighi di)*, cit., 614.

[28] L'articolo 52, con riferimento ai contratti negoziati fuori dei locali commerciali, prevede che fatte salve le eccezioni di cui all'articolo 59, il consumatore dispone di un periodo di quattordici giorni per recedere da un contratto a distanza o negoziato fuori dei locali commerciali senza dover fornire alcuna motivazione e senza dover sostenere costi diversi da quelli previsti all'articolo 56, comma 2, e all'articolo 57.

In tema di commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori, le previsioni sono contenute nell'art. 67-*duodecies*, che riconosce al consumatore dispone di un termine di quattordici giorni per recedere dal contratto senza penali e senza dover indicare il motivo.

L'art. 73, analogamente, concede al consumatore un periodo di quattordici giorni, naturali e consecutivi, per recedere, senza specificare il motivo, dal contratto di multiproprietà, dal contratto relativo a prodotti per le vacanze di lungo termine, dal contratto di rivendita e di scambio.

alla conclusione di un contratto unilateralmente confezionato, senza penali e senza doverne indicare il motivo. Differire il termine d'esercizio del diritto di recesso, nel caso di vincolo negoziale viziato dal difetto di informazioni imposte dalla fonte primaria, rappresenta un rimedio di più agevole esercizio, extragiudiziale, rispetto all'azione di annullamento per errore o dolo, che richiede l'assolvimento di uno specifico onere della prova e la necessità di affrontare un contenzioso.
Non è tuttavia escluso che le parti possano ricorrere al sistema ordinario dei vizi del consenso, sussistendone i presupposti. L'art. 67, comma 2, in tema di tutela in base ad altre disposizioni, stabilisce che per quanto non previsto dalle sezioni I-IV del capo I del titolo III della parte III del Codice del consumo si applicano le disposizioni del codice civile in tema di validità, formazione o efficacia dei contratti.
In un sistema che individua puntualmente gli obblighi di informazione a carico del contraente più forte, bisogna chiedersi che rilievo possano assumere le informazioni ulteriori e se rientrino nel novero degli adempimenti cui la parte è tenuta.

5. La sorpresa (il contratto concluso fuori dai locali commerciali e i contratti a distanza)

Gli squilibri nei rapporti di forza contrattuale assumono rilievo nei contratti a distanza e nei contratti conclusi fuori dai locali commerciali (artt. 45-67 Codice del consumo)[29]. Il d.lgs. n. 21 del 2014 ha attuato la direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori, introducendo nel nostro sistema obblighi informativi tipici anche nelle ipotesi in cui il contratto non sia concluso a distanza o negoziato fuori dai locali commerciali, come disposto dal novellato art. 48 del Codice del consumo.
Con riferimento ai contratti a distanza e a quelli conclusi fuori dai locali commerciali, l'obbligo di informativa precontrattuale riguarda l'identità del professionista, le caratteristiche del prodotto o del servizio, le modalità di

[29] E. TAMBURRANO, *Il passaggio del rischio nei contratti a distanza tra normativa interna e normativa comunitaria*, in *Contr. impr*., 2018, 922; M.P. PIGNALOSA, *Contratti a distanza e recesso del consumatore*, Milano, 2016; F. DELFINI, *La novella del codice del consumo in tema di contratti a distanza dei consumatori – Prime considerazioni sul d.lgs. n. 21 del 2014 di attuazione della dir. 2011/83/UE*, in *Riv. dir. priv*., 2015, 189; F. LAPERTOSA, *La sorpresa nel rapporto obbligatorio*, in *Resp. civ. e prev*., 2012, 653.

pagamento, le garanzie a favore del consumatore. Si pone inoltre un obbligo di forma scritta e di linguaggio chiaramente comprensibile.
Al consumatore è riconosciuto un diritto di ripensamento. Se correttamente informato dell'esistenza di tale diritto può, unilateralmente, entro 14 giorni e senza necessità di motivazione recedere dal contratto; se non informato, il termine per ripensarci è di 12 mesi.
Il consumatore ha la possibilità di restituire il prodotto, anche se deteriorato, essendo ritenuto responsabile soltanto per la diminuzione del valore.
Riguardo alla fattispecie della commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori (art. 67-*bis* e ss.), l'art. 67-*septies decies*, comma 4, prevede una specifica sanzione di nullità del contratto nel caso in cui il fornitore ostacola l'esercizio del diritto di recesso da parte del contraente ovvero non rimborsa le somme da questi eventualmente pagate, ovvero viola gli obblighi di informativa precontrattuale in modo da alterare in modo significativo la rappresentazione delle sue caratteristiche. La nullità può essere fatta valere solo dal consumatore, è rilevabile d'ufficio e obbliga le parti alla restituzione di quanto ricevuto. L'onere della prova riguardante l'adempimento agli obblighi di informazione del consumatore grava sul fornitore (art. 67-*vicies semel*, comma 1). È fatto salvo il diritto del consumatore ad agire per il risarcimento dei danni.

6. I contratti di investimento in strumenti finanziari

Con riferimento al contratto di intermediazione finanziaria[30] e alla violazione dei doveri di condotta imposti dalla normativa, le sezioni unite[31], fugando ogni incertezza interpretativa, hanno ritenuto che la violazione dei doveri di informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi di investimento finanziario (nella specie, in base all'art. 6 della legge n. 1 del 1991) può dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguenze risarcitorie, ove dette violazioni avvengano nella fase antecedente o coincidente con la stipulazione

[30] Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Foro it*., 2008, I, 784, con nota di SCODITTI e Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26725, in *Contratti*, 2008, 221, con nota di SANGIOVANNI. Cfr. R. RORDORF, *Contratti del mercato finanziario*, in *Libro dell'anno del Diritto 2012*, in http://www.treccani.it/enciclopedia/contratti-del-mercato-finanziario_%28Il-Libro-dell'anno-del-Diritto%29/.

[31] Conforme: Cass. civ., sez. I, 10 aprile 2014, n. 8462, in *Foro it*., Rep. 2014, voce *Contratto in genere*, n. 403. V. sul punto E. SCODITTI, *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale*, in *Foro it*., 2006, I, 1105.

del contratto di intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti (cd. "contratto quadro", il quale, per taluni aspetti, può essere accostato alla figura del mandato); può dar luogo, invece, a responsabilità contrattuale, ed eventualmente condurre alla risoluzione del contratto suddetto, ove si tratti di violazioni riguardanti le operazioni di investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del "contratto quadro".

Mancando una esplicita previsione normativa, le sezioni unite hanno escluso che la violazione dei menzionati doveri di comportamento possa determinare, a norma dell'art. 1418, comma 1, c.c., la nullità del cosiddetto "contratto quadro" o dei singoli atti negoziali posti in essere in base ad esso. In relazione alla nullità del contratto per contrarietà a norme imperative in difetto di espressa previsione in tal senso (cosiddetta "nullità virtuale"), deve trovare conferma la tradizionale impostazione secondo la quale, ove non altrimenti stabilito dalla legge, unicamente la violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile di determinarne la nullità e non già la violazione di norme, anch'esse imperative, riguardanti il comportamento dei contraenti, la quale può essere fonte di responsabilità[32].

Riguardo al dovere informativo a carico dell'intermediario finanziario e alle conseguenze in tema di nullità e annullabilità del contratto, la Cassazione[33] ha specificato le informazioni che devono essere preventivamente fornite dall'intermediario, a norma dell'art. 6 della previgente legge 2 gennaio 1991, n. 1, non riguardano direttamente la natura e l'oggetto del contratto, ma gli elementi utili per valutare la convenienza dell'operazione e non sono quindi idonee ad integrare l'ipotesi di mancanza di consenso; deve, pertanto, essere

[32] R. RORDORF, *Contratti del mercato finanziario*, cit.

[33] Cass. civ., sez. I, 19 ottobre 2012, n. 18039, in *Foro it*., 2013, I, 2928. Cfr. altresì Cass. civ., sez. I, 29 settembre 2005, n. 19024, in *Resp. civ. e prev*., 2006, 1080 per cui la nullità del contratto per contrarietà a norme imperative, ai sensi dell'art. 1418, comma 1, c.c., postula che siffatta violazione attenga ad elementi intrinseci della fattispecie negoziale, cioè relativi alla struttura o al contenuto del contratto, e quindi l'illegittimità della condotta tenuta nel corso delle trattative per la formazione del contratto, ovvero nella sua esecuzione, non determina la nullità del contratto, indipendentemente dalla natura delle norme con le quali sia in contrasto, a meno che questa sanzione non sia espressamente prevista anche in riferimento a detta ipotesi, come accade nel caso disciplinato dal combinato disposto degli artt. 1469-*ter*, comma 4, e 1469-*quinquies*, comma 1, c.c., in tema di clausole vessatorie contenute nei cd. contratti del consumatore, oggetto di trattativa individuale (In applicazione di siffatto principio, la S.C. ha escluso che l'inosservanza degli obblighi informativi stabiliti dall'art. 6 della legge n. 1 del 1991, concernente i contratti aventi ad oggetto la compravendita di valori mobiliari, cagioni la nullità del negozio, poiché essi riguardano elementi utili per la valutazione della convenienza dell'operazione, sicché la loro violazione neppure dà luogo a mancanza del consenso).

esclusa non solo la nullità del contratto per mancanza di uno dei requisiti fondamentali previsti dall'art. 1325 c.c., qual è il consenso-accordo, ma anche la sua annullabilità per errore, come nel caso in cui l'investitore si dolga di aver acquistato non un titolo diverso, o con caratteristiche diverse, da un altro, ma un titolo privo del positivo andamento sperato, così prospettando una valutazione che rimane confinata nel campo dei motivi. L'eventuale inadempimento agli obblighi informativi, in questo caso, può essere alla base di una valutazione errata da parte dell'investitore, le cui intenzioni o previsioni e aspettative in ordine al risultato economico del contratto restano tuttavia confinate, di regola, nel campo dei motivi o delle soggettive valutazioni circa la convenienza economica dell'affare.

La giurisprudenza di merito si è adeguata alle posizioni della Suprema Corte[34],

[34] Trib. Firenze, 20 febbraio 2014, in *Resp. civ. e prev.*, 2015, 1, 242 (s.m.) con nota di ZITO, secondo cui, in materia di intermediazione e servizi finanziari, dalla violazione dei doveri di comportamento che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi d'investimento finanziario discende la responsabilità precontrattuale, con conseguente obbligo di risarcimento dei danni – per le violazioni in sede di formazione del contratto d'intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti – ovvero la responsabilità contrattuale, con relativo obbligo risarcitorio ed eventuale risoluzione del predetto contratto, per le violazioni riguardanti le operazioni d'investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del contratto d'intermediazione finanziaria in questione, ma non la nullità di quest'ultimo o dei singoli atti negoziali conseguenti, in difetto di previsione normativa in tal senso.

Secondo Trib. Pordenone, 8 novembre 2013, in *Redazione Giuffrè 2013*, in tema d'intermediazione finanziaria, le informazioni che devono essere preventivamente fornite dall'intermediario, a norma dell'art. 6 della previgente l. 2 gennaio 1991 n. 1, non riguardano direttamente la natura e l'oggetto del contratto, ma gli elementi utili per valutare la convenienza dell'operazione e non sono quindi idonee ad integrare l'ipotesi di mancanza di consenso; deve, pertanto, essere esclusa non solo la nullità del contratto per mancanza di uno dei requisiti fondamentali previsti dall'art. 1325 c.c., qual è il consenso-accordo, ma anche la sua annullabilità per errore, come nel caso in cui l'investitore si dolga di aver acquistato non un titolo diverso, o con caratteristiche diverse, da un altro, ma un titolo privo del positivo andamento sperato, così prospettando una valutazione che rimane confinata nel campo dei motivi (nella specie, in ordine alla domanda di annullamento – dell'ordine di acquisto di obbligazioni *Lehman Brothers Holding* –, chiarito che la violazione degli obblighi di informazione può rilevare in termini di inadempimento, ma non di vizio del consenso, il tribunale ha respinto detta domanda).

Trib. Monza, 7 maggio 2013, in *Redazione Giuffrè 2013*, per cui la violazione dei doveri di informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni, che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi di investimento finanziario, può dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguente obbligo di risarcimento del danno, ove tali violazioni avvengano nella fase precedente o coincidente con la stipulazione del contratto di intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti. Può dar luogo a responsabilità contrattuale, ed eventualmente condurre alla risoluzione del predetto contratto, ove si tratti di violazioni riguardanti le operazioni di investimento o disinvestimento compiute in esecuzione

distinguendo una responsabilità precontrattuale, con conseguente obbligo di risarcimento del danno, ove le violazioni degli obblighi di informazione avvengano nella fase precedente o coincidente con la stipulazione del contratto di intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti, dalla responsabilità contrattuale, che può eventualmente condurre alla risoluzione

---

del contratto d'intermediazione finanziaria in questione. In nessun caso, in difetto di previsione normativa in tal senso, la violazione dei suaccennati doveri di comportamento può determinare la nullità del contratto di intermediazione o dei singoli atti negoziali conseguenti, a norma dell'art. 1418, comma 1, c.c. (Nella specie, il tribunale ha respinto la domanda degli attori, che ritenendo di non essere stati informati dei rischi connessi all'investimento, chiedevano pronunciarsi la nullità, l'annullamento e/o la risoluzione del contratto per inadempimento della banca agli obblighi imposti dal TUF, in quanto il limitato importo investito ed il fatto che si trattasse di un titolo analogo nel profilo di rischio a quelli già detenuti, inducevano a ritenere che l'acquisto delle obbligazioni Argentina fosse frutto di una scelta consapevole dei rischi prospettati).
Trib. Bari, 10 marzo 2010, in *Giurisprudenzabarese.it*, 2010: l'ipotetica violazione delle norme del TUIF o del relativo regolamento di attuazione emanato dalla Consob, non può comportare la radicale nullità del contratto concluso tra l'intermediario e l'investitore. Infatti, la violazione dei doveri di informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi d'investimento finanziario può dar luogo a responsabilità precontrattuale, con il conseguente obbligo di risarcimento dei danni, ove tali violazioni avvengano nella fase precedente o coincidente con la stipulazione del contratto d'intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti. Invece, può dar luogo a responsabilità contrattuale, ed eventualmente, condurre alla risoluzione del predetto contratto, ove si tratti di violazioni riguardanti le operazioni d'investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del contratto d'intermediazione finanziaria. In nessun caso, in difetto di una specifica previsione normativa in tal senso, la violazione dei suaccennati doveri di comportamento può però determinare la nullità del contratto d'intermediazione, o dei singoli atti negoziali conseguenti, a norma dell'art. 1418, comma 1, c.c. Pertanto, in relazione al tema del contenuto dei contratti con gli investitori, può condividersi l'orientamento secondo cui è da ritenere che la violazione delle norme di comportamento degli intermediari, di cui agli art. 21, ss. TUF e 26, ss. reg. Consob n. 11522/1998, non comporti, salvo espressa disposizione contraria (come nei casi degli art. 23, comma 1 e 2, e 24, comma 2, TUIF), la nullità degli ordini di acquisto conferiti dal cliente all'intermediario, bensì solo l'applicabilità degli altri rimedi civilistici. La tutela reale del cliente non è infatti esclusa, ma ad essa si dovrà pervenire attraverso altri istituti, come ad esempio quello dell'annullabilità del contratto per dolo. Pertanto, gli obblighi informativi – cui gli intermediari sono soggetti ex art. 21 del TUF ed *ex* art. 26 e ss. del Reg. Consob n. 11522/1998 – costituiscono specificazioni ed integrazioni dell'obbligo di diligenza e del dovere generale di buona fede in sede di formazione ed esecuzione del contratto. La violazione di tali obblighi potrebbe allora dare luogo all'applicazione di rimedi civilistici diversi dalla nullità, ovvero a sanzioni amministrative a carico degli intermediari, come previsto espressamente dal testo unico della Finanza.
Trib. Lecco, 12 gennaio 2010, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 12, 2561 (s.m.) con nota di GRECO: la violazione dei doveri di informazione da parte dell'intermediario può dar luogo a responsabilità contrattuale ed eventualmente condurre alla risoluzione del contratto relativo alla prestazione del servizio di investimento.

del predetto contratto, ove si tratti di violazioni riguardanti le operazioni di investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del contratto d'intermediazione finanziaria in questione.
Sulla possibile rilevanza dell'errore in tema di intermediazione finanziaria, Cass. civ., sez. I, 20 settembre 2013, n. 21600, ha ritenuto irrilevante, ai fini della prova dell'errore invocato dal cliente sulla natura o sull'oggetto del contratto, l'inosservanza, da parte della banca, del dovere di consegnare la copia della documentazione contrattuale, incidendo il menzionato vizio sul momento genetico del rapporto e riguardando, invece, l'adempimento del suddetto dovere la fase successiva alla formazione del contratto.

7. Il contratto di viaggio turistico

Tra le ipotesi specifiche di obblighi di informazione vi è anche il contratto di viaggio turistico[35], la cui disciplina si trova al di fuori del Codice del consumo, negli artt. 34 ss. del d.lgs. 23 maggio 2011, n. 79, Codice della normativa statale in tema di ordinamento e mercato del turismo, la cui disciplina è stata recentemente rivista dal d.lgs. 21 maggio 2018, n. 62, in attuazione della direttiva UE 2015/2302 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2015, relativa ai pacchetti turistici e ai servizi turistici collegati, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 90/314/CEE del Consiglio[36].
La Suprema Corte, riguardo a tale fattispecie, ha precisato che le informazioni

[35] Sul tema, v. L. ROSSI CARLEO – M. DONA, *Il contratto di viaggio turistico*, Napoli, 2010. Cass. civ., sez. III, 6 luglio 2009, n. 15798, in *Giust. civ.*, 2010, I, 1957. Cass. civ., sez. III, 12 novembre 2013, n. 25410, in *Contratti*, 2014, 323 ritornando sulla questione dei contratti di viaggio turistico ha precisato che in virtù della disciplina introdotta nell'ordinamento nazionale dalla Convenzione di Bruxelles 23 aprile 1970, l'intermediario di viaggi, ai sensi dell'art. 22, risponde di qualsiasi inosservanza che commette nell'adempimento dei suoi obblighi fra i quali, in caso di vendita di biglietti aerei, l'obbligo di fornire le informazioni relative al viaggio in relazione alle caratteristiche – conosciute o conoscibili con l'ordinaria diligenza – dei clienti. Nella specie, relativa ad un viaggio di nozze, la S.C. ha ritenuto rilevanti, ai fini dell'affermazione di responsabilità dell'agenzia di viaggio, la mancata informazione sulla necessità del visto per l'ingresso in Thailandia, paese di destinazione, attesa la nazionalità ecuadoriana della sposa.
[36] Sulla disciplina introdotta dalla direttiva, G. DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina europea dei contratti di viaggio (dir. 2015/2302/Ue) e le prospettive del suo recepimento nell'ordinamento italiano*, in *Nuove leggi civ.*, 2017, 1099; R. PASQUILI, *La direttiva 2015/2302/Ue – Contenuto e forma del contratto di viaggio*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1621.

oggetto dell'obbligo di comunicazione e che danno diritto allo scioglimento del contratto sono quelle previste nella disciplina vigente[37].
Una volta informato il viaggiatore delle prestazioni promesse (inerenti al trasporto, all'alloggio, alle attività sportive, alle escursioni e alle altre attività correlate) e messo a disposizione di questi il c.d. opuscolo informativo, che prevede tra le informazioni generali le sole notizie, di carattere essenzialmente amministrativo, necessarie per recarsi all'estero, e l'indicazione nel documento di viaggio dei servizi forniti e delle condizioni idonee a giustificarne l'annullamento, egli si deve considerare adempiente con sufficiente diligenza alle sue obbligazioni.
Nella specie, rigettando il ricorso proposto, la S.C. ha ritenuto che non poteva essere riconducibile a mancanza di diligenza dell'organizzatore del viaggio l'omessa informazione circa la presenza nei luoghi da visitare della bassa marea, quale situazione favorevole all'azione nociva di eventuali microrganismi acquatici, non rientrando tale notizia tra le obbligatorie informazioni di carattere generale da mettere a disposizione del "consumatore".

8. Il contratto di somministrazione con riferimento alla fornitura di gas metano per uso domestico

Altra fattispecie in cui la giurisprudenza si è confrontata sul possibile rilievo degli obblighi di informazione è il contratto di somministrazione relativo alla fornitura di gas metano per uso domestico[38].
La Corte di Cassazione[39], richiamando la disciplina vigente introdotta in attuazione della direttiva 92/77/CEE del 19 ottobre 1992 in tema di riavvicinamento delle aliquote dell'Iva[40], ha specificato che non sussiste un

[37] Contratto di viaggio turistico introdotta nell'ordinamento nazionale per effetto della Convenzione di Bruxelles 23 aprile 1970, ratificata in Italia con la legge n. 1084 del 1997, e opuscolo informativo menzionato dall'art. 9 del d.lgs. 17 marzo 1995, n. 111.
[38] In dottrina, F. POLETTINI, *Il contratto di somministrazione di elettricità e di gas naturale: verso il tramonto della libertà di forma?*, in *Nuova giur. civ.*, 2017, 99; D. FAUCEGLIA, *L'eterointegrazione del contratto ad opera dei provvedimenti dell'autorità dell'energia elettrica e del gas*, in *Contratti*, 2016, 999; A. D'ADDA, *L'autotutela del creditore nel mercato dell'energia e del gas: i limiti all'eccezione di inadempimento*, in *Contr. impr.*, 2015, 79.
[39] Cass. civ., sez. III, 21 marzo 2013, n. 7134, in *Foro it*., 2014, I, 927.
[40] Lo Stato italiano, nell'attuare la direttiva 92/77/CEE del 19 ottobre 1992 in tema di riavvicinamento delle aliquote dell'Iva, con il d.l. 30 agosto 1993, n. 331, art. 36, comma 3, convertito in l. 29 ottobre 1993, n. 427 – nell'esercizio della facoltà, concessa agli stati membri, di

dovere di informare l'utente della possibilità di dotarsi di un doppio impianto per accedere alla tariffazione più conveniente quanto al pagamento dell'aliquota Iva, indipendentemente da qualsiasi considerazione in ordine ai vantaggi agli svantaggi per l'utente stesso.
Essendo la normativa prevista per legge, come tale di conoscibilità generalizzata, secondo la Suprema Corte, non vi è alcuna norma contrattuale che imponga all'azienda somministratrice di gas per uso domestico, nemmeno alla stregua del dovere di buona fede, di informare l'utente circa la possibilità, installando due diversi impianti, di beneficiare d'una aliquota Iva ridotta (del 10%, invece che del 20%) per i consumi di gas metano destinato alla cottura dei cibi ed alla produzione di acqua calda, onde non risponde dei danni, a meno che l'utente non alleghi e dimostri in giudizio che quella informazione, se fornita, gli avrebbe consentito di realizzare un effettivo vantaggio economico. Qui la normativa di derivazione europea non impone, diversamente dalla disciplina di altre fattispecie contrattuali, uno specifico obbligo di informazione sul beneficio in oggetto.

9. Le clausole abusive

Un ulteriore ambito ove rilevano i diversi rapporti di forza tra le parti e che possono incidere sul contenuto del contratto è quello riguardante le clausole abusive, attualmente contenute negli artt. 33 ss. del Codice del consumo[41].
I tratti fondamentali della fattispecie risiedono nella iniquità o squilibrio del

prevedere un'aliquota ridotta per le forniture di gas naturale, condizionatamente all'insussistenza di rischi distorsivi della concorrenza – ha previsto (aggiungendo il n. 127-*bis* nella tabella A, parte terza, del d.P.R. n. 633 del 1972) un'aliquota agevolata del 10 per cento per la somministrazione di gas metano, usato come combustibile per usi domestici di cottura dei cibi e per la produzione di acqua calda, di cui alla tariffa T1 (stabilita dal provvedimento Cip n. 37 del 26 giugno 1986) ed ha provveduto a dare comunicazione di tale agevolazione alla Commissione, come imposto dalla detta direttiva, mentre per l'uso riscaldamento è rimasta in vigore la tariffa T2, che prevede l'aliquota ordinaria del 20% che in materia di gas metano «il regime tariffario e d'imposta non è legato alle modalità di concreta fruizione del servizio, ma al tipo di utenza e di impianto, che è unico e permanente, non stagionale» (in termini, Corte. cost., 6 aprile 1993, n. 142, in *Giur. cost*., 1993, 1117).

[41] Tra i diversi contributi, G. SPOTO, *Rilievo d'ufficio della nullità, clausole abusive ed eterointegrazione del contratto nella giurisprudenza nazionale e della Corte di giustizia*, in *Europa e dir. priv*., 2016, 249; A. ZACCARIA, *Considerazioni in ordine all'attuazione, in Europa, della direttiva 93/13/Cee concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, in *Studium iuris*, 2016, 150; R. PARDOLESI, *Clausole abusive nei contratti dei consumatori – E oltre?*, in *Foro it*., 2014, V, 11.

patto, nel carattere incidente del vizio, poiché la parte pretende delle condizioni migliori, e nel rimedio della nullità di protezione e parziale, rilevabile d'ufficio (art. 36)[42]. La trattativa individuale può escludere la presunzione di vessatorietà, ma essa deve rivestire le caratteristiche di individualità, effettività e serietà[43].
La disciplina di tutela del consumatore in materia di clausole vessatorie prescinde dal tipo contrattuale posto in essere e dalla natura della prestazione oggetto del contratto, trovando applicazione sia in caso di predisposizione di moduli o formulari in vista dell'utilizzazione per una serie indefinita di rapporti, sia in caso di contratto singolarmente predisposto per uno specifico affare[44]. In tal senso, la disciplina sulle clausole onerose posta dagli art. 1341 ss. c.c. concorre con quella sancita dal Codice del consumo solamente nelle ipotesi di contratti unilateralmente predisposti dal professionista in base a moduli o formulari in vista dell'utilizzazione per una serie indefinita di rapporti, laddove la vessatorietà prevista da quest'ultima normativa può attenere anche al rapporto contrattuale che sia stato singolarmente ed individualmente negoziato per lo specifico affare.
Posto che tra le finalità del Codice del consumo vi è la tutela del consumatore dall'unilaterale predisposizione ed imposizione del contenuto contrattuale da parte del professionista, secondo la giurisprudenza[45], la nozione di contratto rilevante è quella di operazione economica negoziale, con estensione dunque ai negozi giuridici preparatori. In tali termini, la previsione di cui all'art. 33, comma 2, lett. *e*), Codice del consumo, che sanziona la lesione inferta all'equilibrio negoziale concretizzantesi nel trattenimento di una somma di denaro ricevuta prima dell'esecuzione delle prestazioni derivanti dal contratto se non pone a carico dell'*accipiens* un obbligo restitutorio e un ulteriore obbligo sanzionatorio nel caso che sia egli stesso a non concludere il contratto o a recedere dal medesimo, è applicabile anche in presenza di un negozio preparatorio; tale negozio può anche provenire dal consumatore, sempreché sia per quest'ultimo vincolante (es. proposta irrevocabile) e sempreché abbia riprodotto lo schema redatto dal professionista in un modulo-formulario da questi utilizzato per regolare una serie indeterminata di rapporti.

[42] Il carattere abusivo delle clausole predisposte dal professionista va valutato sia alla luce del principio generale, secondo cui sono abusive le clausole che determinino a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto, sia alla luce delle fattispecie tipizzate, Cass. civ., sez. III, 17 marzo 2010, n. 6481, in *Dir. e prat. soc*., 2011, 4, 35.
[43] Cass. civ., sez. II, 30 aprile 2012, n. 6639, in *Nuova giur. civ*., 2012, I, 1014, con nota di LIBERATI BUCCIANTI; in *Rass. dir. civ*., 2014, 590, con nota di BATTELLI.
[44] Cass. civ., sez. III, 20 marzo 2010, n. 6802, in *Foro it*., 2010, I, 2442; in *Giur. it*., 2011, 802.
[45] Cass. civ., sez. II, 30 aprile 2012, n. 6639, cit.

Sul piano dei limiti del sindacato riconosciuto all'autorità giudiziaria, il controllo giudiziale sul contenuto del contratto stipulato con il consumatore, pur postulando una valutazione complessiva dei diritti e degli obblighi ivi contemplati, e nel cui ambito svantaggi e benefici determinati da singole clausole possono compensarsi, è circoscritto alla componente normativa del contratto stesso, mentre è preclusa ogni valutazione afferente le caratteristiche tipologiche e qualitative del bene o del servizio fornito, o l'adeguatezza tra le reciproche prestazioni, richiedendosi soltanto, alla stregua dell'art. 1469-*ter*, comma 2, c.c. (poi sostituito dall'art. 34, comma 2, d.lgs. 6 settembre 2005 n. 206), che l'oggetto del contratto ed il corrispettivo pattuito siano individuati in modo chiaro e comprensibile[46].

10. Le pratiche commerciali scorrette e aggressive

Le pratiche commerciali scorrette e aggressive nei rapporti tra professionisti e consumatori sono contenute negli artt. 18-27 Codice del consumo[47]. Si distinguono, a tal fine, al di là delle pratiche commerciali considerate in ogni caso ingannevoli (art. 23), le azioni ingannevoli (art. 21) dalle omissioni ingannevoli (art. 22).

È considerata ingannevole una pratica commerciale che contiene informazioni non rispondenti al vero o, seppure di fatto corretta, in qualsiasi modo, anche nella sua presentazione complessiva, induce o è idonea ad indurre in errore il consumatore medio riguardo ad uno o più degli elementi indicati dalla norma e, in ogni caso, lo induce o è idonea a indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso (art. 21).

L'omissione rileva se riguardante informazioni rilevanti di cui il consumatore medio ha bisogno per prendere una decisione consapevole di natura commerciale

---

[46] Cass. civ., sez. I, 20 settembre 2013, n. 21600, in *Foro it*., Rep. 2013, voce *Contratto in genere*, n. 350. Nella specie, la Suprema Corte, ritenendo puntualmente verificata dal giudice del merito, in base al piano finanziario sottoscritto dal cliente, la natura dell'operazione concordata tra le parti con il contratto "*my way*", ha ritenuto inammissibile, anche perché estraneo alle questioni sollevate nel giudizio di merito, il motivo di ricorso concernente l'esistenza di uno squilibrio del rapporto contrattuale nella sua interezza.

[47] R. PENNISI, *Considerazioni in merito alle pratiche commerciali ingannevoli*, in *Giur. comm*., 2012, I, 653; A. STAZI, *Pratiche commerciali scorrette, ingannevoli e aggressive*, in *Dir. e prat. soc*., 2010, 5, 14; N. ZORZI, *Il controllo dell'autorità garante della concorrenza e del mercato sulle pratiche commerciali ingannevoli ed aggressive a danno dei consumatori*, in *Contr. impr*., 2010, 671.

e induce o è idonea ad indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso (art. 22, comma 1). Rilevano altresì i comportamenti del professionista che occulta o presenta in modo oscuro, incomprensibile, ambiguo o intempestivo le informazioni rilevanti di cui al comma 1 o non indica l'intento commerciale della pratica stessa qualora questi non risultino già evidenti dal contesto nonché quando, nell'uno o nell'altro caso, ciò induce o è idoneo a indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso (comma 2).

Sul piano giudiziario, oltre alla tutela collettivo-preventiva, individuata dal Codice del consumo in via amministrativa e giurisdizionale (*ex* art. 27), le norme non pregiudicano l'applicazione delle disposizioni normative in materia contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità o efficacia del contratto (art. 19, comma 2), per cui è ammissibile una tutela individuale dei singoli consumatori e l'esperimento dei rimedi tradizionali in materia di vizi del consenso.

Così si è ritenuto che il contratto che sia stato concluso a seguito di pubblicità di cui l'autorità garante della concorrenza e del mercato abbia accertato la natura ingannevole sia annullabile per dolo[48].

Sul piano del rimedio risarcitorio, il consumatore che lamenti di aver subìto un danno per effetto di una pubblicità ingannevole è tenuto a dimostrare non solo l'ingannevolezza del messaggio, ma altresì l'esistenza del pregiudizio, il nesso di causalità tra pubblicità e danno, nonché la colpa di chi ha diffuso il messaggio, la quale si concreta nella prevedibilità che dalla sua diffusione sarebbero derivate le conseguenze pregiudizievoli dedotte[49].

[48] Trib. Terni, 6 luglio 2004, in *Giur. it*., 2005, 1836, con nota di PERUGINI.

[49] Cass. civ., sez. un., 15 gennaio 2009, n. 794, in *Foro it*., 2009, I, 717 che ha cassato, per violazione dei principî informatori della materia, la pronuncia con cui il giudice di pace, decidendo secondo equità, nonostante l'esclusione di un danno alla salute, aveva accolto la domanda risarcitoria proposta da un fumatore di sigarette "*light*" che denunciava una generica lesione del diritto all'autodeterminazione consumeristica, nonché il disagio conseguente alla scoperta di essere stato indotto a tenere una condotta pericolosa. In senso conforme, Cass. civ., sez. III, 30 aprile 2009, n. 10120, in *Giust. civ*., 2010, I, 2871.

11. L'informazione nei contratti tra professionisti che evidenziano asimmetrie di potere contrattuale. La disciplina dell'affiliazione commerciale

Le asimmetrie informative che caratterizzano la disciplina dei contratti dei consumatori possono essere presenti nei rapporti tra professionisti e assumono un rilievo particolare nei contratti di distribuzione[50], con particolare riferimento alla concessione di vendita e al *franchising*.

In questi casi si è di fronte a rapporti contrattuali in cui la dipendenza economica di una parte, nell'ambito di relazioni di lunga durata, è caratterizzata «da una pluralità di contratti conclusi in successione nell'ambito di uno specifico quadro relazionale»[51]. Nei rapporti tra professionisti, salvo specifiche disciplina di settore, troveranno applicazione i rimedi codicistici. Minoritaria risulta la teoria del terzo contratto, che introduce accanto al contratto comune e a quello dei consumatori una terza fattispecie, caratterizzata dalla tutela dell'impresa debole, essendo alquanto disomogenee le regole fin qui presenti nella legislazione speciale[52].

[50] M. MELI, *Contratti di distribuzione*, in *Diritto on line (2012)*, in http://www.treccani.it/enciclopedia/contratti-di-distribuzione_%28Diritto-on-line%29/ secondo cui «si parla, più specificamente, di contratti di distribuzione quando il produttore non provvede direttamente alla vendita, attraverso contatti diretti con il consumatore o attraverso forme di integrazione verticale di tipo proprietario, ma regola la fase della commercializzazione attraverso la cooperazione con altre imprese adoperando, appunto, lo strumento del contratto. Il produttore si rivolge pertanto a grossisti o dettaglianti che, pur rimanendo autonomi ed operando a proprio rischio, garantiscono uno sbocco finale per la sua produzione e gli consentono una migliore programmazione delle vendite. I contratti di distribuzione sono dunque contratti d'impresa, attraverso i quali due imprenditori programmano, ciascuno con riferimento alla propria sfera di competenza, lo svolgimento di una determinata attività avente ad oggetto la commercializzazione di beni».

[51] F. DI MARZIO, *Contratti d'impresa*, in *Dig. civ.*, Torino 2007, 31.

[52] Cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Contratto*, in *XXI Secolo (2009)*, in http://www.treccani.it/enciclopedia/contratto_%28XXI-Secolo%29/

Sul tema dell'abuso dell'autonomia contrattuale nei rapporti tra imprese, tra gli altri, M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003; L. DELLI PRISCOLI, *Abuso di dipendenza economica e contratti di distribuzione*, *Riv. dir. impr.*, 2003, 549; F. MACARIO, *L'abuso dell'autonomia negoziale nei contratti tra imprenditori*, in P. SIRENA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti di impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, Milano, 2006, 277 ss.; F. DI MARZIO, *Contratti d'impresa*, in *Dig. civ.*, Torino, 2007, 1; G. VILLA, *Invalidità e contratto tra imprenditori in situazione asimmetrica*, in G. GITTI – G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna, 2008, 113; G. D'AMICO, *La formazione del contratto*, in *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, cit., 40.

Tra le discipline di settore vi è la legge 6 maggio 2004, n. 129, recante norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale[53]. Il legislatore qualifica l'affiliazione commerciale (*franchising*) come «il contratto, comunque denominato, fra due soggetti giuridici, economicamente e giuridicamente indipendenti, in base al quale una parte concede la disponibilità all'altra, verso corrispettivo, di un insieme di diritti di proprietà industriale o intellettuale relativi a marchi, denominazioni commerciali, insegne, modelli di utilità, disegni, diritti d'autore, *know-how*, brevetti, assistenza o consulenza tecnica e commerciale, inserendo l'affiliato in un sistema costituito da una pluralità di affiliati distribuiti sul territorio, allo scopo di commercializzare determinati beni o servizi».
Il nucleo fondamentale di tale normativa è costituito da specifici obblighi precontrattuali di informazione (art. 6)[54]. In caso di loro violazione si potrà invocare l'annullabilità del contratto oltre al risarcimento del danno (art. 8)[55].
Secondo la Corte di Cassazione[56], intervenuta in fattispecie relativa a contratti di affitto di azienda e di affiliazione commerciale intercorsi tra le parti, il dolo, a norma dell'art. 1439 c.c., è causa di annullamento del contratto quando i raggiri usati siano stati tali che, senza di essi, l'altra parte non avrebbe prestato il proprio consenso per la conclusione del contratto, ossia quando, determinando la volontà

[53] R. PARDOLESI, *Contratti di distribuzione (Postilla di aggiornamento)*, in *Enc. giur.*, Roma, 2006, 1 ss.; M. CIAN, *La nuova legge sull'affiliazione commerciale*, in *Nuove leggi civ.*, 2004, 1153.

[54] L'art. 6 (Obblighi precontrattuali di comportamento) prevede che «1. L'affiliante deve tenere, in qualsiasi momento, nei confronti dell'aspirante affiliato, un comportamento ispirato a lealtà, correttezza e buona fede e deve tempestivamente fornire, all'aspirante affiliato, ogni dato e informazione che lo stesso ritenga necessari o utili ai fini della stipulazione del contratto di affiliazione commerciale, a meno che non si tratti di informazioni oggettivamente riservate o la cui divulgazione costituirebbe violazione di diritti di terzi.
2. L'affiliante deve motivare all'aspirante affiliato l'eventuale mancata comunicazione delle informazioni e dei dati dallo stesso richiesti.
3. L'aspirante affiliato deve tenere in qualsiasi momento, nei confronti dell'affiliante, un comportamento improntato a lealtà, correttezza e buona fede e deve fornire, tempestivamente ed in modo esatto e completo, all'affiliante ogni informazione e dato la cui conoscenza risulti necessaria o opportuna ai fini della stipulazione del contratto di affiliazione commerciale, anche se non espressamente richiesti dall'affiliante».

[55] Art. 8. (Annullamento del contratto): «1. Se una parte ha fornito false informazioni, l'altra parte può chiedere l'annullamento del contratto ai sensi dell'articolo 1439 del codice civile nonché il risarcimento del danno, se dovuto».

[56] Cass. civ., sez. III, 25 maggio 2006, n. 12424, in *Giust. civ.*, 2007, I, 1446. La S.C. ha confermato, in quanto incensurabilmente motivata, la sentenza di merito che aveva ritenuto irrilevante, sotto il profilo del dolo, la circostanza che tra le parti fosse stata discussa o anche oggetto di trattativa una possibile futura vendita dell'azienda.

del contraente, abbiano ingenerato nel "*deceptus*" una rappresentazione alterata della realtà, provocando nel suo meccanismo volitivo un errore da considerarsi essenziale ai sensi dell'art. 1429 c.c.

12. L'abuso di posizione dominante

L'abuso di posizione dominante[57] è disciplinato dalla legge 10 ottobre 1990, n. 287, *Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*.
Secondo la S.C.[58], la disparità di trattamento contrattuale non è abusiva – ai sensi dell'art. 3 legge n. 287 del 1990 – soltanto a condizione che il contraente che la pratica non si trovi in posizione dominante, perché, in tal caso, tale disparità è frutto del lecito esercizio dell'autonomia negoziale delle parti e trova nella controparte un soggetto altrettanto libero di determinare le proprie scelte contrattuali; mentre non è così quando la disparità di trattamento sia la conseguenza della posizione dominante di cui il contraente più forte abusi, a fronte della dipendenza economica dei contraenti più deboli, i quali sono costretti a sottostare a qualsiasi pretesa, dal momento che a loro è impossibile, o grandemente difficile, reperire sul mercato adeguate alternative.

Se la Cassazione si è soprattutto confrontata sui profili della competenza[59] e sul danno cagionato mediante abuso di posizione dominante[60], la giurisprudenza di

[57] G. OLIVIERI, *L'abuso di posizione dominante*, in AA.VV., *Diritto industriale – Proprietà intellettuale e concorrenza*, parte VI, capitolo III, Torino, 2016, 478. A. PISAPIA, *Abuso di posizione dominante – Contratti squilibrati tra imprese e abuso di dipendenza economica: il c.d. «terzo contratto»*, in *Contratti*, 2018, 424. Sui profili della responsabilità civile, v. P. MANZIN (a cura di), AA.VV., *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza – Commento al d.lgs. n. 3 del 2017*, I, Torino, 2017 con contributi di E. AL MUREDEN, S. BASTIANON, F. CASOLARI, F. DAL POZZO, M. DE PAMPHILIS, G. DI FEDERICO, F. FERRARO, C. FRATEA e C. SCHEPISI.

[58] Cass. civ., sez. I, 13 febbraio 2009, n. 3638, in *Foro it*., 2010, I, 1902.

[59] Cass. civ., sez. I, 11 ottobre 2016, n. 20443, in *Foro it*., Rep. 2016, voce *Concorrenza (disciplina)*, n. 268 secondo cui la competenza della corte d'appello a giudicare sulle azioni risarcitorie, prevista dall'art. 33, comma 2, della l. n. 287 del 1990, sussiste qualora l'azione sia proposta per violazione del divieto di abuso di posizione dominante, non occorrendo che, a tal fine, sia pure individuabile uno specifico atto, del quale debba predicarsi la nullità e del quale chi agisce per il risarcimento debba essere destinatario attuale o potenziale, essendo sufficiente che l'attore deduca e dimostri, ai fini dell'accoglimento nel merito della domanda, di essere un operatore del mercato in cui si è consumato l'abuso di posizione dominante e di averne perciò risentito un pregiudizio economico.

[60] Cass. civ., sez. I, 10 settembre 2013, n. 20695, in *Foro it*., Rep. 2013, voce *Concorrenza (disciplina)*, n. 160 per cui il danno non è *in re ipsa* ma, in quanto conseguenza diversa e ulteriore rispetto alla distorsione delle regole della concorrenza, deve autonomamente provarsi secondo i

merito[61] ritiene che i comportamenti aventi carattere negoziale che concretano un abuso di posizione dominante si pongano in contrasto con il divieto sancito dall'art. 3 legge n. 287 del 1990 e, trattandosi di violazione di norma imperativa, la conseguenza è la nullità.

13. Considerazioni conclusive

Quali conclusioni possono trarsi al termine dell'analisi delle fattispecie richiamate? Che cosa ne è dunque dei vizi del consenso?
Parte della dottrina[62] ha individuato un possibile tratto comune che caratterizza le diverse ipotesi che vanno sotto la denominazione di "nuovi vizi del consenso" nell'«abuso, commissivo o omissivo, che induce la controparte a concludere un contratto, determinato o condizionato nell'*an* o nel *quantum* dall'altrui preponderanza o propria debolezza, e perciò diverso da quello che avrebbe altrimenti voluto concludere».
Si tratta, peraltro, di un criterio essenzialmente "descrittivo", che sintetizza l'ampliamento delle tutele del contraente debole ma che risulta privo di effettive implicazioni sistematiche, finendo per racchiudere un insieme di rimedi avverso forme di abuso ulteriori e diverse rispetto a quelle previste dal codice civile, ma altrettanto tipiche e tipizzate sia nei presupposti sia nei rimedi esperibili.
In assenza di una riscrittura organica della patologia dei contratti, che ricomprenda le nuove fattispecie emerse dopo la codificazione del 1942, i vizi del consenso contenuti nel codice civile restano un sistema a sé stante, i cui rimedi possono peraltro rilevare, sussistendone i presupposti, anche nelle fattispecie riconducibili alle previsioni della legislazione speciale.
Al di là delle singole ipotesi considerate e della loro necessaria frammentarietà, in quanto frutto di interventi episodici e privi di un disegno regolatore generale, il criterio cui tali fenomeni sembrano ricondursi non è tanto la volontà delle parti e il consenso ma i principi di buona fede e correttezza che nell'ambito del diritto delle obbligazioni e dei contratti sono codificati, in via generale, negli artt. 1175, 1337 c.c., sul comportamento delle parti nelle trattative e nella formazione del contratto, e 1375 c.c., oltre a essere declinati in diverse disposizioni di parte generale e speciale[63].

principi generali in tema di responsabilità aquiliana.
[61] Corte appello Roma, 16 gennaio 2001, in *Giur. comm.*, 2002, II, 362
[62] A. GENTILI – V. CINTIO, *I nuovi «vizi del consenso»*, cit., 148 ss.
[63] Si pensi ad esempio al canone dell'interpretazione del contratto di cui all'art. 1366 c.c., al

È dunque il parametro della buona fede – e per esso la responsabilità civile che ne consegue dalla sua violazione – che costituisce la soglia più avanzata di tutela del diritto dei contratti[64], principalmente nella prospettiva di un risarcimento del danno per equivalente, lì dove quello in forma specifica, nella specie della caducazione del contratto viziato, appare difficilmente realizzabile.
Non si intende qui riproporre la tesi, smentita dalla giurisprudenza, dell'equivalenza tra regole di validità e regole di comportamento[65], ma piuttosto dar rilievo alla buona fede come uno degli elementi fondamentali del sistema di contratti e i cui principi, affiancandosi al sistema delle tutele previsto dal codice civile e dalla legislazione di settore, sono in grado di apprestare un'adeguata protezione dei diritti del contraente debole.

comportamento delle parti in pendenza della condizione (art. 1358 c.c.) o al criterio per misurare la legittimità di chi oppone l'inadempimento (art. 1460, comma 2, c.c.).

[64] G. DE NOVA, in R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., 607 ss. nel sottolineare la mancanza di una disciplina organica nel nuovo diritto dei contratti, la sua episodicità casistica, fa riferimento al 1337 c.c. come parametro generale per reprimere l'abuso o l'approfittamento di qualsiasi processo formativo distorto della volontà contrattuale. La tutela, in tal modo, si esprime sul piano risarcitorio, in termini di rimozione dell'evento dannoso e quindi, di «diritto alla cancellazione del contratto». Si evidenzia, quindi, che «la regola di buona fede rende armoniosa la protezione della buona fede contrattuale, e con ciò dà il supporto necessario la giustizia contrattuale. Tutto si lega: la responsabilità, l'affidamento, la buona fede, la giustizia contrattuale il mercato, la concorrenza, il vantaggio economico delle parti».

[65] Sull'impossibilità di far rilevare la violazione delle regole di buona fede precontrattuale sul piano della validità del contratto, G. D'AMICO, *Regole di validità e di comportamento nella formazione del contratto*, cit., 41 ss.

("Nuovi") vizi del consenso e disciplina della concorrenza

Serena Meucci
Notaio in Sesto Fiorentino

Sempre più numerose e rilevanti sono le forme di perturbazione della formazione della volontà negoziale, tra cui anzitutto le alterazioni proprie della normativa concorrenziale caratterizzate da abuso di posizione di forza da un lato e da debolezza strutturale dall'altro. In siffatto contesto di apparente allentamento del principio di tipicità dei vizi del consenso, l'esigenza di ricostruzione rimediale richiede una riflessione articolata e attenta al tema dei c.d. vizi incidenti.

*The ways the formation of contractual intent is perturbed are increasingly numerous and significant. They include, first and foremost, distortions in the competition law framework, such as abuse of powerful position on the one hand, and structural weakness on the other hand. In such a context – which shows the obvious loosening of the principle of typicality of defective consent – the need for remedial reconstruction requires a thorough and wide-ranging reflection on the defects that affect the formation of contractual intent (so-called "*vizi incidenti*").*

Sommario: 1. Il problema. – 2. L'abuso di dipendenza economica e la normativa sui ritardi di pagamento. – 3. Contratti conclusi sotto l'effetto di abuso di posizione dominante e contratti a valle di intese vietate. – 4. Osservazioni conclusive.

1. Il problema

Il problema dei nuovi vizi del consenso si pone all'attenzione dell'interprete in considerazione dell'evoluzione dell'ordinamento in numerosi ambiti. Tra questi, il settore che maggiormente sollecita una riflessione circa la rilevanza di forme di perturbazione della formazione della volontà negoziale investe le fattispecie di derivazione europea relative alla disciplina del mercato: "vizi" nei quali emerge un problema di inquadramento di fattispecie di alterazione della volontà negoziale causate dall'abuso di posizione di forza da un lato e da debolezza strutturale dall'altro[1].

Continuando il percorso dell'analisi di possibili nuovi vizi del consenso, l'attenzione si rivolge a quelli che emergono nella normativa concorrenziale, si pensi alla disciplina dell'abuso posizione dominante, ai comportamenti discriminatori e alla dipendenza economica, con l'obiettivo di valutare come queste figure si pongono nella dialettica sulla quale siamo chiamati a riflettere, ovvero tipicità da un lato e nuovi vizi dall'altro.

Il problema è più in generale un problema di ricostruzione rimediale sicché occorre procedere mediante siffatto metodo[2]. Occorre cioè prendere le mosse dal bisogno di tutela che emerge a fronte di una situazione giuridicamente rilevante, come tale ricostruita dall'interprete e degna dunque di protezione, per ricostruire i rimedi esperibili, in linea di principio rimessi alla valutazione della parte offesa. E ciò a fronte del superamento, come la dottrina più attenta ha ormai dato conto, di un presunto principio di tipicità dei rimedi nell'ottica dell'esigenza di effettività della tutela quale si trae dall'impianto costituzionale e precisamente dall'art. 24. La questione dei "nuovi vizi" del consenso partecipa della più ampia e complessa problematica che vede l'interprete di fronte

[1] In tema da ultimo, A. GENTILI – V. CINTIO, *I nuovi "vizi del consenso"*, in *Contr. impr*., 2018, 1, 148.

[2] Sulla nozione di "rimedio", G. VETTORI, *Oltre il consumatore*, in *Contr. impr*., 2011, 2, 86; ID., *Diritti, principi e tecnica rimediale nel dialogo fra le corti*, in *Europa dir. priv*., 2011, 237; S. MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Europa dir. priv*., 2010, 601; ID., *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, in *Europa dir. priv*., 2007, 585; A. DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Europa dir. priv*., 2005, 341; D. MESSINETTI, *Sapere complesso e tecniche giuridiche rimediali*, in *Europa dir. priv*., 2005, 605; E. SCODITTI, *Teoria e prassi nel diritto italiano su fattispecie e rapporto contrattuale*, in *Contratti*, 2010, 1155.

all'esigenza di governare e sistematizzare l'estensione dell'area della rilevanza delle situazioni giuridiche e della relativa protezione con ciò che ne consegue in punto di rimedi. In questo contesto la tradizionale immagine della rigida tipicità dei vizi del consenso che si esauriscono nei casi di incapacità di agire o naturale, errore essenziale, minaccia e dolo determinante il cui rimedio è la sola azione di annullamento appare illusoria. Numerose sono le fattispecie dotate oggi di rilevanza così come variegati sono i rimedi esperibili.

Nell'esaminare lo svolgersi di siffatto percorso, prima di entrare nel merito dei "vizi" in ambito concorrenziale, occorre evidenziare due momenti fondamentali che fanno da sfondo alla nostra problematica, uno per così dire endogeno, di evoluzione interna al sistema, e l'altro esogeno.

Nel primo ambito, occorre ascrivere la rinnovata e diversa lettura dell'art. 1440 c.c. e in generale la rilevanza dei c.d. vizi incidenti e incompleti con l'apertura allo strumento risarcitorio, ricostruito quale rimedio generale attuativo di un principio anch'esso generale quale quello del ristoro economico. Nel disposto dell'art. 1440 c.c. viene individuata la base normativa per una generalizzata tutela risarcitoria in tutte quelle fattispecie in cui, pur non essendo presenti tutti i requisiti che integrano una delle ipotesi tipiche di vizio – per le quali l'impugnativa è preclusa – il concreto assetto di interessi che risulta dal contratto appare «il frutto di una decisione in qualche modo 'deformata' in ragione della condotta sleale e scorretta di una delle parti, nella fase che ha preceduto la conclusione del contratto»[3]. Sicché la "vittima" di condotte scorrette della controparte suscettibili di essere considerate illeciti (a partire da quelle che si concretizzano nel dolo incidente) è legittimata a richiedere il risarcimento del danno anche nelle ipotesi nelle quali non si diano le condizioni per il ricorso alla tutela demolitoria.

La sanzione della invalidità propria dei "vizi completi" (che presentano cioè i requisiti voluti dalle relative discipline) non vale ad escludere il diverso rimedio risarcitorio per i "vizi incompleti", espressione che rinvia a un predicato relazionale ovvero all'assenza dei caratteri richiesti per legittimare l'azione

[3] Così M. MANTOVANI, *«Vizi incompleti» del contratto e rimedi risarcitori*, Torino, 1995, 187. Si tratta cioè di quelle ipotesi che «si collocano al di sotto della soglia che vale a delimitare le ipotesi legali di vizio e rispetto alle quali il ricorso al rimedio invalidatorio è escluso: situazioni, tuttavia, in cui l'assetto di interessi che risulta dal contratto, si rivela "squilibrato" a danno di uno dei contraenti in ragione della scorrettezza *in contrahendo* dell'altro, che superi la soglia di irrilevanza ai normali rischi del traffico contrattuale». *Contra* v. G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, in ROPPO (diretto da), *Trattato del contratto*, V, *I rimedi*, 2, Milano, 2006, 1007; M. BARCELLONA, *Responsabilità extracontrattuale e vizi della volontà contrattuale*, in *Judicium*.

di annullamento o di rescissione di volta in volta previsti dalla normativa di riferimento[4]. Tale interpretazione si innesta nel quadro della lettura, accolta anche in giurisprudenza, dell'art. 1337 c.c. come espressione di un principio generale di rilevanza in termini risarcitori di condotte contrarie all'obbligo di buona fede, obbligo che orienta e pervade l'intera fase contrattuale a partire dalla formazione. Sicché a fronte di condotte scorrette (quali per esempio quelle che si concretizzano nel dolo incidente) che siano tali da integrare una violazione del dovere generale di buona fede *ex* art. 1337 c.c., l'ordinamento assicura una tutela risarcitoria concretizzandosi appunto la scorrettezza precontrattuale nella violazione del detto obbligo fonte di responsabilità anche quando la condotta non sia tale da consentire l'invalidazione del contratto[5].

L'orientamento così tratteggiato ha trovato sostegno nella giurisprudenza di legittimità, sostegno che si sta facendo via via più solido e robusto[6] e che

[4] Si è osservato in contrario come «l'ordinamento non può – al di fuori di ipotesi specificamente e tassativamente previste e specificate – da un lato riconoscere validità ed efficacia ad un dato regolamento negoziale, e dall'altro porre a carico di una delle parti del contratto l'obbligo di risarcire all'altra i danni che, dall'esecuzione di esso, derivano» (L. ROVELLI, *I principi del diritto contrattuale europeo: tendenze e prospettive*, in ALPA – BUCCICO (a cura di), *Il codice civile europeo*, Milano, 2001, 116), fermo restando comunque che all'ordinamento non è affatto estraneo il dispositivo di divaricare le proprie tutele quando ciò serve a comporre istanze multiverse (M. BARCELLONA, *Diritto, sistema e senso. Lineamenti di una teoria*, Torino, 1996, 396).

[5] Come osservato da Cass. civ., sez. I, 29 settembre 2005, n. 19024 (in *Danno e resp*., 2006, 25 con nota di ROPPO – AFFERNI, in *Contratti*, 2006, 446, con nota di POLIANI; in *Corr. giur.*, 2006, 669, con nota di GENOVESI; in *Foro it*., 2006, I, 1105 con nota di SCODITTI) «la responsabilità per violazione del dovere di buona fede durante le trattative … non è limitata ai casi in cui alla trattativa non segua la conclusione del contratto o segua la conclusione di un contratto invalido … bensì si estende ai casi in cui la trattativa abbia per esito la conclusione di un contratto valido ed efficace, ma pregiudizievole per la parte vittima del comportamento scorretto».
Quanto alla qualificazione in termini contrattuali della responsabilità precontrattuale, v. Cass., sez. un., 26 giugno 2007, n. 14712, in *Corr. giur.*, 2007, 12, 1706, con nota di A. DI MAJO; Cass. civ., sez. I, 20 dicembre 2011, n. 27648, in *Europa dir. priv*., 2012, 1227, con nota di C. CASTRONOVO, *La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità contrattuale*, e in *Resp. civ. prev*., 2012, 1944, con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *Tutela dell'affidamento, violazione dell'obbligo di buona fede e natura della responsabilità precontrattuale*. In tema, M. FRANZONI, *La responsabilità precontrattuale [...] è dunque contrattuale?*, in *Contr. impr.*, 2013, 283.

[6] Da ultimo Cass. civ., sez. I, 23 marzo 2016, n. 5762 in *Corr. giur.*, 2016, 12, 1517 nota di C. SCOGNAMIGLIO, così massimata: «la violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative assume rilievo non solo in caso di rottura ingiustificata delle trattative e, quindi, di mancata conclusione del contratto o di conclusione di un contratto invalido ed inefficace, ma anche nel caso in cui il contratto concluso sia valido ma risulti pregiudizievole per la parte vittima del comportamento scorretto altrui. Pertanto, la circostanza che il contratto

deve essere valutato unitamente alla progressiva estensione dell'area della contrattualità della responsabilità nei casi di contatto sociale qualificato, quale quello che si instaura con le trattative[7]. Il primo riferimento è, naturalmente, alle pronunce delle sezioni unite del dicembre 2007[8] le quali, sia pure in *obiter*, hanno affermato l'ammissibilità di un'ipotesi di responsabilità precontrattuale in caso di contratto valido ma pregiudizievole[9], dunque da contratto validamente concluso, suscitando non poche reazioni[10]. Si è tentato di circoscrivere la rilevanza dei principi enucleati in quelle e successive pronunce osservando come da un lato si tratti di semplici *obiter dicta* e, dall'altro, come gli stessi casi avrebbero potuto essere decisi attraverso un apparato argomentativo diverso da quello della responsabilità da contratto valido ma pregiudizievole.
Al di là delle critiche, che non sembrano a ben vedere decisive, la progressiva estensione del rimedio risarcitorio nelle sue molteplici declinazioni tra le quali l'affermazione della responsabilità da contratto validamente concluso ha trovato un rapido accreditamento nell'elaborazione giurisprudenziale e ha determinato una progressiva estensione dell'area della protezione in tutti i casi di turbative che si sostanziano in condotte scorrette di una parte che induce la controparte

sia stato validamente concluso non è di per sé decisiva per escludere la responsabilità dell'altra parte, qualora a questa sia imputabile, sulla base di un accertamento di fatto, l'omissione di informazioni rilevanti, nel corso delle trattative, le quali avrebbero altrimenti, e con un giudizio probabilistico, indotto ad una diversa conformazione del contenuto del contratto».

[7] Di recente, Cass. civ., sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188, in *Corr. giur.*, 2016, 12, 1504 con nota di C. CICERO, *La responsabilità (pre)contrattuale come responsabilità da contatto sociale*.

[8] Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724 e 26725, le quali richiamano Cass. civ., sez. I, 29 settembre 2005, n. 19024, sopra citata.

[9] In questo senso anche Cass. civ., sez. III, 8 ottobre 2008, n. 24795, in *Foro it*., 2009, con nota di E. SCODITTI, *Responsabilità precontrattuale e conclusione di contratto valido: l'area degli obblighi di informazione*, e in *Nuova giur. civ. comm*., 2009, I, 205 ss., con nota di M. CONFORTI.

[10] Si veda tra gli altri, A. ALBANESE, *Regole di condotta e regole di validità nell'attività di intermediazione finanziaria: quale tutela per gli investitori delusi?*, in *Corr. giur*., 2008, 107; A. GENTILI, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le sezioni unite*, in *Contratti*, 2008, 393; V. MARICONDA, *L'insegnamento delle sezioni unite sulla rilevanza della distinzione tra norme di comportamento e norme di validità*, in *Corr. giur*., 2008, 230 ss.; V. SANGIOVANNI, *Commento a Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724 e 26725*, in *Contratti*, 2008, 231 ss.; U. SALANITRO, *Violazione della disciplina dell'intermediazione finanziaria e conseguenze civilistiche: ratio* decidendi *e* obier dicta *delle sezioni unite*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2008, 445 ss.; E. SCODITTI, *La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le sezioni unite*, in *Foro it*., 2008, I, 784 ss.; F. GALGANO, *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle sezioni unite della Cassazione*, in *Contr. impr.*, 2008, 1 ss.; U. SALANITRO, *Gli obblighi precontrattuali di informazione: le regole e i rimedi nel progetto* acquis, in *Europa dir. priv*., 2009, 59 ss. In giurisprudenza Cass. civ., sez. III, 8 ottobre 2008, n. 24795, citata.

a concludere un contratto che, seppur non determinato, risulti condizionato dall'altrui preponderanza o dalla propria debolezza e comunque diverso da quello che avrebbe altrimenti concluso. Per questa via torniamo dunque alla rilevanza dell'interrogativo di fondo che riguarda la presente riflessione.
Il secondo aspetto del quale occorre dare conto per correttamente inquadrare il tema che qui ci occupa riguarda l'incidenza del diritto di derivazione europea, elemento esogeno solo per la provenienza formale della normativa e/o del modello dal momento che la relativa integrazione nel sistema domestico ne provoca un'evoluzione e un mutamento spesso sostanziali. Basti solo pensare alla figura della nullità ed alla profonda innovazione della disciplina domestica. Al diritto europeo si deve la rafforzata rilevanza attribuita ai condizionamenti provenienti dal mercato e in generale ai casi di asimmetria di forza e informativa non solo nei rapporti B to C (professionista e consumatore) ma anche nei rapporti tra imprese. Occorre a questo punto entrare nel merito delle relative normative per verificare l'incidenza sul tema dei vizi del consenso[11].

2. L'abuso di dipendenza economica e la normativa sui ritardi di pagamento

Partiamo allora dalla dipendenza economica di cui all'art. 9 della legge n. 192 del 1998, fattispecie di applicazione generale nel diritto dei contratti che ben può prescindere dall'esistenza di uno specifico rapporto di subfornitura e che colpisce e sanziona il caso di abuso effettuato da una impresa (di solito fornitrice) della situazione di dipendenza economica nella quale versa l'impresa controparte (normalmente cliente). Non rileva la dipendenza economica in quanto tale giacché espressiva di uno stato fisiologico dell'andamento del mercato e dunque delle contrattazioni che lo compongono e non oggetto *ex se* di disvalore da parte dell'ordinamento, bensì l'abuso effettuato da una parte a danno dell'altra[12]. A questo riguardo, l'abuso si concretizza nella situazione

[11] In tema, in particolare, A. GENTILI, *La "nullità di protezione"*, in *Europa dir. priv.*, 2011, 91; G. D'AMICO, *Nullità virtuale – Nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)*, in *Contratti*, 2009, 742 ss.
[12] Fra i contributi più significativi, si veda A. BARBA, *Studi sull'abuso di dipendenza economica*, Padova, 2018, M. TAMPONI, *Liberalizzazioni, terzo contratto e tecnica legislativa*, in *Contr impr.*, 2013, I, 91, G. GITTI – G. VILLA, *Il terzo contratto, l'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, Bologna, 2008, G. MINERVINI, *Il terzo contratto*, in *Contratti*, 2009, 493, V. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul terzo contratto)*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 669; L. BALESTRA, *Il diritto dei contratti nello specchio della contemporaneità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 1127.

in cui una impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, sfruttando la propria forza economica, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi da misurarsi anche in relazione alle reali possibilità per la parte vittima dell'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti. Uno dei principali elementi rivelatori della sussistenza della dipendenza economica è fornito dal legislatore stesso, ed è rappresentato dall'esame della possibilità per l'impresa "debole" di compiere scelte imprenditoriali alternative sul mercato.
Tre i dati da evidenziare ai nostri fini ovvero in rapporto ai rimedi codicistici tratteggiati nella disciplina dei vizi del consenso. In primo luogo, l'ambito applicativo della fattispecie, indice rilevatore quanto all'estensione della rilevanza di condotte abusive e comunque tali da perturbare la scelta negoziale. La norma che sanziona l'abuso di dipendenza economica ha carattere generale e trova applicazione nei contratti tra imprese a prescindere dalla qualificazione in termini di subfornitura. Dato questo che risulta acquisito anche in giurisprudenza la quale ha osservato come si tratti di una «fattispecie di applicazione generale … che si concretizza nell'eccessivo squilibrio di diritti e obblighi tra le parti nell'ambito di rapporti commerciali»: il che pertanto presuppone che siffatti rapporti siano regolati da un contratto. Tanto ciò è vero che il comma terzo dell'art. 9 della legge n. 192 del 1998 statuisce la nullità del patto che realizza l'abuso[13].

[13] Cass., sez. un., 25 novembre 2011, n. 24906, in *Giust. civ.*, 2013, 4, 739 e Cass., 23 luglio 2014, n. 16787, in *DeJure*, nonché nel merito, Trib. Vercelli 14 novembre 2014, in *Foro it.*, 2015, 10, I, 3344 secondo cui l'applicabilità dell'art. 9, L. 18 giugno 1998, n. 192, in tema di abuso di dipendenza economica, non è limitata alle sole ipotesi di sub-fornitura; in senso analogo Trib. Torino, 11 marzo 2010, in *Giur. comm.*, 2, 2011, II, 1471, con nota di V. LANDRISCINA, *L'abuso di dipendenza economica tra violazione del canone di buona fede e abuso del diritto, Trib. Roma 30 novembre 2009*, in *Foro it.*, 2001, I, 256; Trib. Roma 5 febbraio 2008, in *Giur. mer.*, 2009, 2248 ad avviso del quale la disciplina in tema di abuso di dipendenza economica si applica a tutte le situazioni di dipendenza economica tra imprese che, come la sub-fornitura, si collocano in un contesto nel quale diverse imprese si coordinano per la realizzazione di un unico processo economico, dando luogo a un'integrazione "verticale" delle rispettive attività; v. altresì Trib. Trieste, 20 settembre 2006, in *Corr. mer.*, 2007, 2, 178, con nota di E. BATTELLI, *Servizi di telefonia: violazione della libertà di contrarre e dipendenza economica, Trib. Isernia, 12 aprile 2006*, in *Giur. mer.*, 2006, 2149, con nota di L. DELLI PRISCOLI, *Il divieto di abuso di dipendenza economica nel* franchising*, fra principio di buona fede e tutela del mercato*, Trib. Catania 5 gennaio 2004, in *Foro it.*, 2004, I, 262, con riferimento ad ogni rapporto di natura commerciale. Di diverso avviso, nel senso di circoscrivere l'applicazione della norma alla sola sub-fornitura, Trib. Roma, 19 febbraio 2010, in *Foro it.*, 2011, 1, I, 256, nonché Trib. Taranto, 17 settembre 2003, in *Foro it.*, 2003, I, 3440 che ne ha escluso l'applicazione proprio con riferimento al contratto di affiliazione commerciale. In dottrina, negli stessi termini, E. CAPOBIANCO, *L'abuso di dipendenza economica. Oltre la subfornitura*, in *Conc. merc.*, 2010, 630.

Secondariamente, in questa tipologia di vizio invalidante, a differenza dei tradizionali vizi del consenso (fatta eccezione per la incapacità naturale e, ai fini però risarcitori, il dolo incidente), rileva lo squilibrio, l'iniquità del patto. Con un limite importante. Lo squilibrio deve investire diritti e obblighi, uno squilibrio dunque normativo come per le clausole abusive nei contratti del consumatore[14], che naturalmente si flette in un danno economico. Non è sindacabile dal giudice l'adeguatezza del corrispettivo della transazione commerciale in sé considerata.
In terzo luogo, l'effetto demolitorio sul contratto (*rectius*, sul patto che realizza l'abuso) si produce anche in assenza del requisito – presente invero nei rimedi codicistici dei vizi del consenso – del carattere "determinante" del consenso stesso. Ai fini cioè della fattispecie di cui all'art. 9, sanzionata ai sensi del relativo comma 3 con la nullità, non è richiesta una indagine sull'incidenza radicale del consenso della parte "vittima" dell'abuso.
Come detto, in mancanza dell'abuso, ovvero della condotta scorretta della controparte, l'impresa avrebbe comunque stipulato quella transazione ma a condizioni diverse: si tratta per utilizzare un'espressione codicistica di un vizio incidente. Diversamente, qualora cioè la condotta scorretta fosse determinante il consenso della vittima, quest'ultima ben potrebbe esperire gli ordinari rimedi civilistici (ovvero l'azione di annullamento per dolo), nulla innovando allora l'art. 9 della legge 192.

Spostandosi sul profilo rimediale, è il legislatore a statuire la nullità del patto che sostanzia lo squilibrio, nullità che presenta i caratteri del regime protettivo, dunque parziale e relativa: l'impresa che lamenta di essere vittima di un abuso di dipendenza economica generalmente non intende liberarsi dal contratto bensì conservarlo, emendato della clausola stipulata a seguito di un comportamento abusivo della controparte[15]. È da ritenere inoltre che si tratti di nullità rilevabile d'ufficio e ciò anche alla luce dell'orientamento delle sezioni unite del 2014[16] che si pongono nel solco – seppur con alcune differenze – dei precedenti della Corte di giustizia.

---

[14] Al riguardo sia consentito di rinviare a S. MEUCCI, *Art. 34*, in VETTORI (a cura di), *Codice del consumo. Commentario*, Padova, 2007, 341.

[15] Oltre alla nullità il comma 3 dell'art. 9 richiama le azioni risarcitorie e inibitorie. Come osservato infatti (R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica*, in ROPPO (diretto da), *Trattato dei contratt*i, Milano, 2014, 398) l'esperienza applicativa maturata negli anni ha dimostrato che «il vero rimedio per gli abusi di dipendenza economica è innanzi tutto inibitorio e, solo in subordine, risarcitorio; raramente è stata invocata la nullità del patto».

[16] Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242 e n. 26243, in *Foro it*., 2015, I, 909, con nota di ADORNO, e *ibid*., 931, con nota di MENCHINI, e in *Giur. it*., 2015, I, 71 ss. con nota di PAGNI e *ibid*. 1387 con nota di BOVE

Regime per certi versi analogo è quello sui ritardi di pagamento. L'art. 7, comma 1 del decreto n. 231 del 2002 sanziona con la nullità l'accordo che, in esito alla valutazione sulla scorta dei criteri previsti dalla normativa stessa, si riveli "gravemente iniquo", in danno del creditore. La nullità è stata disciplinata con il d.lgs. n. 192 del 2012 che ha recepito la direttiva 2011/7/UE così modificando l'impianto del 2002. Quanto alla disciplina, ancorché nulla sia precisato al riguardo (dato questo che a ben vedere non sorprende) in dottrina si riconduce la nullità della clausola "gravemente iniqua" nell'alveo delle nullità protettive con applicazione dei caratteri della parziarietà[17]. È invece espressamente sancita (comma 2) la rilevabilità d'ufficio dal giudice nonché il fatto che dall'accertamento della grave iniquità della clausola in deroga alle disposizioni di legge, e, quindi, dalla declaratoria della nullità della stessa, consegua l'applicazione dei termini legali, ai sensi degli artt. 1339 e 1419, comma 2, c.c.

A questo riguardo giova menzionare come l'intervento ad opera del d.lgs. n. 192 del 2012 abbia eliminato la possibilità in precedenza attribuita al giudice di disporre, a seguito dell'accertamento della nullità, la riconduzione della clausola ad equità in alternativa all'applicazione delle disposizioni di legge. Siffatto potere modificativo-integrativo del sinallagma contrattuale rappresentava una previsione fortemente innovativa per il nostro ordinamento la quale, peraltro, aveva dato luogo a non pochi dubbi interpretativi ed applicativi. E ciò con particolare riferimento alla ampiezza dei poteri del giudice quanto all'espletamento di tale forma di intervento equitativo e alla individuazione dei criteri nella scelta tra applicazione della disciplina legale e riconduzione ad equità dell'accordo "gravemente iniquo".

Al di là della disciplina applicabile (carattere parziale, relativo e rilevabile d'ufficio del rimedio), i contratti conclusi sotto l'effetto di abuso di dipendenza economica così come gli accordi che si rivelino gravemente iniqui in danno del creditore sono espressamente qualificati nulli e il legislatore, ancorché il vizio

---

[17] S. ZUCCHETTI, *Art. 7 - Nullità*, in DE CRISTOFARO, *La disciplina dei ritardi di pagamento*, in *Nuove leggi civ.*, 2004, 588; v. altresì G. DE MARZO, *Ritardi di pagamento nei contratti tra imprese: l'attuazione della disciplina comunitaria*, in *Contratti*, 2002, 1155 e ss.; G. DE CRISTOFARO, *La disciplina dei ritardi di pagamento*, cit., 461 e ss.; A. ZACCARIA, *Il coordinamento fra la recente disciplina sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali e la precedente disciplina in materia*, ivi, 2004, 305 e ss.; R. CLARIZIA, *Il decreto legislativo sui ritardati pagamenti e l'impatto sul sistema*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, II, 57 e ss.; G. DE NOVA, *I ritardi di pagamento nei contratti commerciali*, Milano, 2003; V. CUFFARO, *La disciplina dei pagamenti commerciali*, Milano, 2004; G. SPOTO, *L'attuazione della Direttiva sui ritardi nei pagamenti. A) L'Italia*, in *Europa dir. priv.*, 2004, 160.

– se valutato con gli occhiali dei vizi del consenso codicistici – ben potrebbe essere incidente (comunque non determinante il consenso), ha fatto ricorso al rimedio invalidante[18].
La spiegazione è presto data. Il legislatore a fronte di condotte scorrette che nella maggior parte dei casi si situano nella fase precedente alla sottoscrizione del contratto ha ritenuto inidoneo il solo rimedio risarcitorio, vuoi per ragioni per così dire politiche vuoi per garantire omogeneità quanto all'incidenza sui contratti tra imprese frutto di tali condotte scorrette e di conseguenza sul mercato[19]. D'altra parte, l'esigenza di protezione non si esaurisce nella sola sfera del contraente vittima dell'abuso ma nel mercato e nella efficienza delle negoziazioni tra imprese, interesse generale che verrebbe a essere pregiudicato da abusive condotte.

3. Contratti conclusi sotto l'effetto di abuso di posizione dominante e contratti a valle di intese vietate

Occorre una precisazione quanto alla individuazione della fattispecie. Un'impresa detiene una posizione dominante quando può comportarsi in modo significativamente indipendente dai concorrenti, dai fornitori e dai consumatori; in genere, ciò accade quando detiene quote elevate in un determinato mercato. Il fatto che un'impresa raggiunga grandi dimensioni non è di per sé distorsivo del mercato e dunque meritevole di disapprovazione; per operare in modo efficiente, può essere infatti necessario operare su larga scala o in più mercati e, d'altra parte, un'impresa può ampliarsi proprio grazie ad un comportamento "virtuoso", offrendo prodotti che meglio di altri soddisfano le esigenze dei consumatori.
L'art. 3 della legge n. 287 del 1990 non vieta la posizione dominante in quanto tale né la capacità dell'impresa di imporre determinate condizioni in uno specifico rapporto contrattuale: ad essere rilevante è invece lo sfruttamento abusivo di tale potere a danno dei consumatori il quale può per esempio concretizzarsi nell'impedire ai concorrenti di operare sul mercato, causando, conseguentemente, un danno ai consumatori.
Ciò detto, a differenza di quanto previsto per le intese, il legislatore nazionale,

[18] Siffatta considerazione «spezza sul piano dogmatico l'equazione del codice per cui al vizio determinante fa riscontro un rimedio invalidante e al vizio incidente un rimedio risarcitori», così A. GENTILI – V. CINTIO, *I nuovi "vizi del consenso"*, cit.
[19] A. GENTILI – V. CINTIO, *I nuovi "vizi del consenso"*, cit.

come quello europeo, nulla dispone in merito alla validità o invalidità dei contratti che realizzano un abuso di posizione dominante. Analogo silenzio legislativo si ravvisa in ordine al rimedio applicabile con riferimento ai contratti a valle, i quali cioè risentono degli effetti di intese (art. 2 legge n. 287 del 1990) o degli abusi di posizioni dominante (art. 3 legge n. 287 del 1990). Come è noto, infatti, nulle "di pieno diritto" o "ad ogni effetto" sono le intese vietate a monte, senza disporre alcunché in merito alla sorte dei contratti "derivati", la cui disciplina rimane invece di esclusiva competenza nazionale. Nel silenzio legislativo, parte della dottrina[20] ha proposto di richiamare il sistema generale dell'annullabilità, ravvisando una comunanza di elementi tra condotta abusiva e vizio del consenso, così avvicinando la tematica antitrust a quella tradizionale dei vizi del consenso eteroindotti, partecipi degli elementi dell'abuso e dello "sviamento" della volontà. Il riferimento è più precisamente al dolo incidente *ex* art. 1440 c.c. e dunque al rimedio risarcitorio.
Al di là di questa voce, la dottrina maggioritaria così come la giurisprudenza tende a negare l'applicazione di rimedi invalidanti in favore di quelli risarcitori sicché la fattispecie contrattuale non è nulla né la nullità dell'intesa si propaga per collegamento. D'altra parte non sussiste alcun raggiro o inganno che giustifichino l'annullamento.

4. Osservazioni conclusive

Il dato di fondo che l'interprete registra è senza dubbio una espansione della rilevanza giuridica – e dunque della corrispondente esigenza di (effettiva) protezione da parte dell'ordinamento – di fattispecie di abuso e di condotte perturbanti la volontà negoziale, e ciò oltre le ipotesi classiche dei vizi del consenso, quindi al di là di una visione liberale del contratto come fatto di pertinenza delle sole parti.
Da un lato si ravvisa una consistente evoluzione interna al sistema codicistico domestico e di ciò ne abbiamo dato conto. In questo contesto di fondamentale importanza è la rinnovata lettura dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede quale previsione avente portata generale e precettiva in tutte le fasi esplicative dell'autonomia contrattuale e alla quale si deve l'estensione della rilevanza giuridica dell'abuso rilevante con un ripensamento degli strumenti tipici. La

[20] M. MELI, *Autonomia privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese anticoncorrenziali*, Milano, 2001.

legislazione cessa di essere indifferente ai condizionamenti provenienti da anomalie di mercato e ampia la soglia di rilevanza di condotte incidenti sulla libertà del volere realizzate da un comportamento abusivo di una parte.
Dall'altro vi è l'incidenza del diritto europeo che ha dato rilevanza a fenomeni di turbative nella libera formazione del consenso, pertanto di abuso della posizione di debolezza di una parte (sia essa consumatore ovvero impresa). Abusi che visti con le lenti dei vizi della volontà codicistici non si annoverano tra quelli determinanti ma che sono tali comunque da determinare dei condizionamenti della libertà del volere derivanti dalla strutturale asimmetria informativa o da una posizione di forza della controparte.
Si affacciano nuovi casi di turbativa della libera formazione del consenso realizzati tramite abuso (commissivo o omissivo) se non sempre determinanti almeno condizionanti il contratto. Per alcuni vizi, è il legislatore ad avere ricostruito il rimedio in termini invalidanti, e lo abbiamo visto (così è infatti per l'abuso dipendenza economica) – anche se risulta articolato in termini di nullità di protezione. Ove il legislatore nulla dice spetta all'interprete individuare caso per caso la soluzione con una valutazione di ordine rimediale che dovrà essere effettuata secondo i canoni del sistema e che può declinarsi tra rimedi invalidanti o rimedi risarcitori.

Alla luce di ciò l'analisi sistematica dei vizi del consenso deve essere osservata dall'ottica rimediale. In particolare, occorre valorizzare un elemento già proprio della disciplina dei vizi del consenso e che si trae dalla disciplina codicistica (riletta alla luce dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale): il legislatore non ha esaurito i rimedi nell'annullabilità del contratto, ma ha previsto la risarcibilità del danno (art. 1440 c.c.) e la correzione del contratto (art. 1432 c.c.). Correzione prevista anche in materia di rescissione (art. 1450 c.c.). Varietà dei rimedi che è funzionale alla tutela effettiva dell'interesse giuridicamente rilevante fatto valere in giudizio.
Ecco allora che l'evoluzione interna ed esterna al sistema come è stata tracciata (che muove dalla rilettura e dalla portata precettiva al canone di buona fede *ex* 1337 c.c. nella formazione del contratto, alla rilevanza del rimedio risarcitorio fino alla incidenza di normative di derivazione europea) e che richiede un ripensamento dei tradizionali vizi del consenso, trova una coerenza proprio nella molteplicità e diversità dei rimedi che già il nostro codice ci restituisce, variamente articolati in relazione all'incidenza del comportamento abusivo sulla formazione della volontà contrattuale. Rimedio invalidante in caso di condotta abusiva determinante la formazione della volontà negoziale o rimedio risarcitorio ai sensi di una lettura combinata degli artt. 1440 e 1337 c.c. in caso di comportamento abusivo perturbante la volontà e incidente sulla stessa ma il

cui effetto, fermo restando la disponibilità a istanza di parte, è il mantenimento del contratto riequilibrato tramite l'intervento risarcitorio, con quella che è stata definitiva la precisione chirurgica nel riequilibrare le posizioni giuridiche[21]. Ecco allora che il superamento e comunque l'allentamento della tipicità dei vizi del consenso e l'emersione di nuove fattispecie di rilevanza di condotte abusive incidenti sulla volontà possono essere recuperati a sistema attraverso l'analisi dei rimedi alla luce di canoni precisi che si traggono dall'ordinamento nel suo complesso. Ne segnalo alcuni: la distinzione tra regole di comportamento e regole di validità; la distinzione tra rimedi invalidanti in caso di abuso determinante la volontà e rimedi risarcitori (manutentivi del contratto) in caso di abuso incidente; la rilevanza dell'obbligo di buona fede presidiata dalla tutela risarcitoria.

Un'ultima considerazione riguarda il profilo comparato. I principali sistemi europei hanno vissuto negli ultimi anni una importante stagione di riforme codicistiche, basti pensare alla riforma "per la modernizzazione del Diritto delle obbligazioni" tedesco del 2001 e alla ancor più recente *Ordonnance de réforme* francese del 2016[22]. Proprio nell'ambito dei vizi del consenso la riforma del *Code Napoléon* introduce alcune novità di grande rilievo soprattutto se comparate con il sistema domestico[23]. Accanto ai classici vizi del volere – errore, dolo e violenza – viene codificato un vizio nuovo incentrato sulla "*faiblesse*", ovvero la violenza per abuso dello stato di dipendenza (art. 1143 *code civil*[24]) definendo

[21] G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle sezioni unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obbl. contr.*, 2008, 104.

[22] Si tratta della Ordonnance no 2016-131 del 10 febbraio 2016 «*portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*».

[23] Oltre agli aspetti indicati nel testo, tra gli elementi innovativi apprestati dalla riforma occorre menzionare la previsione di un dovere generale di informazione e la rilevanza della mera omissione. Per ulteriori approfondimenti v. A. GORGONI, *La riforma dei contratti in Francia – i vizi del consenso nel code civil: un confronto con la disciplina italiana*, in *Giur. it.*, 2018, 5, 1216.

[24] L'art. 1143 *code civil* stabilisce che «Si ha ugualmente violenza quando una parte, abusando dello stato di dipendenza in cui si trova il proprio contraente, ottiene da quest'ultimo un impegno che non avrebbe assunto in assenza di una tale costrizione («*contrainte*») procurandosi un vantaggio manifestamente eccessivo» («*un avantage manifestement excessif*»). Gli elementi della fattispecie sono i seguenti: 1) lo stato di dipendenza nei confronti della controparte; 2) l'abuso di tale condizione; 3) il nesso di causalità tra la condotta abusiva (la costrizione) dello stato di dipendenza e la conclusione del contratto o l'assunzione di un obbligo; 4) il vantaggio manifestamente eccessivo per l'autore della condotta riprovata prodotto dal contratto o dall'obbligo.

Sulla scorta del diritto contrattuale europeo in formazione (c.d. fonti persuasive), il code civil ha introdotto un articolo che attribuisce rilevanza giuridica allo «stato di dipendenza» («*l'état de dépendance*») di un contraente rispetto all'altro.

così una netta diversificazione con il più rigido sistema italiano dei vizi del consenso. L'ordinamento francese per la prima volta dà rilevanza in termini generali allo stato soggettivo di dipendenza dalla controparte la cui causa non è predefinita dal legislatore bensì può scaturire da una molteplicità di fattori (età, condizioni culturali, stato di salute e così via). Il legislatore del 2016 ha fatto proprio un orientamento già espresso dalla *Cour de Cassation* la quale aveva più volte affermato che costituisce vizio del consenso lo sfruttamento abusivo di una condizione di dipendenza economica perpetrato al fine di trarre profitto dal timore avvertito dalla controparte di pregiudicare i propri interessi[25]. È evidente come, astrattamente, la nuova fattispecie abbia un campo di applicazione assai ampio, trasversale a tutti i contratti (e a tutti i contraenti) e in grado di attrarre alla giuridicità diverse situazioni di debolezza della persona. D'altra parte il novellato codice francese accomuna sotto il profilo del rimedio le due fattispecie di vizi del consenso che il nostro legislatore, da un lato, ha distinto quanto alle ricadute sul contratto, dall'altro, ha circoscritto al dolo: quelli (*erreur*, *dol*, *violence*) senza i quali «una delle parti non avrebbe contratto» e quelli senza i quali una parte «avrebbe contratto a condizioni sostanzialmente diverse» (art. 1130 *code civil*). La sanzione, come detto, è la medesima: la *nullité ex* art. 1131 *code civil*. Sicché la tutela invalidante è concessa con riguardo a tutti i vizi del consenso che abbiano indotto a contrarre a condizioni sostanzialmente diverse; non così nel nostro sistema stante l'art. 1440 c.c. ed il rimedio risarcitorio, ricostruito – lo si è visto – quale norma di applicazione ampia ed espressione della rilevanza giuridica della condotta dolosa sul regolamento contrattuale.

[25] Cass., sez. civ., 3 aprile 2002, n. 00-12932, in *Bull. civ.*, I, n. 108.

Il mutuo fondiario in misura eccedente il limite di finanziabilità: le ragioni della nullità secondo l'attuale assetto giurisprudenziale

Francesco Terrusi
Consigliere della Corte Suprema di Cassazione

Lo scritto ha per oggetto il tema delle conseguenze negoziali ricadenti sui mutui fondiari erogati in misura superiore al limite di finanziabilità, fissato ai sensi dell'art. 38 del TUB Vengono in particolare esposte le ragioni del più recente orientamento col quale la prima sezione civile della Corte di Cassazione, rimeditando e superando l'anteriore contrario indirizzo, ha affermato che il superamento del limite di finanziabilità è determinativo della nullità del mutuo fondiario.

*The subject of this paper are the contractual consequences on mortgage ("*credito fondiario*") loans when they are granted by exceeding the Loan to Value (LTV) threshold provided for in Article 38 of the Banking Act (TUB). Special focus is placed on the grounds for the latest judgements of the 1st Civil Chamber of the Supreme Court of Cassation, whereby the Court reviewed and reversed its previous position, thus ruling that exceeding the aforesaid LTV ratio causes the nullity of mortgage ("*credito fondiario*") loans*.

Sommario: 1. Il tema in generale e la sua più recente rivisitazione. – 2. Le ragioni dell'orientamento. – 3. La tesi anteriore. – 4. Il margine di condivisibilità dell'indirizzo precedente. – 5. Le nuove argomentazioni: regole di validità e regole di comportamento. – 6. Gli obiettivi economici della regolamentazione. – 7. La prospettiva degli interessi sottesi. – 8. L'area della normativa inderogabile. – 9. Il superamento dell'analisi isolata del mutuo: la funzione del limite di finanziabilità nel rapporto tra contratto e ipoteca. – 10. Le conferme nell'area della concorsualità.

1. Il tema in generale e la sua più recente rivisitazione

Sul tema delle conseguenze negoziali ricadenti sui mutui fondiari erogati in misura superiore al limite di finanziabilità, fissato dalla legge e dalla regolamentazione amministrativa (art. 38 del TUB), la prima sezione civile della Corte di Cassazione è di recente intervenuta[1] rimeditando e superando un orientamento cristallizzato in anteriori decisioni.

A fronte dell'assetto giurisprudenziale in essere fino al 2016[2], la Corte ha affermato il principio (ben vero già in qualche modo preconizzato in altri e più lontani interventi, con riferimento alla disciplina vigente per il credito edilizio) che il superamento del limite di finanziabilità è determinativo della nullità del mutuo fondiario.

Tale orientamento, a scanso di variegate sollecitazioni tese a un intervento delle sezioni unite, è stato seguito da altre decisioni successive conformi della medesima prima sezione civile, al punto da potersi oggi considerare non oggetto di contrasto. Si tratta per l'appunto di una vera e propria rivisitazione[3], che per quanto variamente accolta in dottrina[4] può considerarsi espressione di indirizzo tendenzialmente stabilizzatosi in funzione nomofilattica (art. 65 ord. giud.).

[1] In particolare cfr. Cass., 13 luglio 2017, n. 17352.

[2] Cass., 28 novembre 2013, n. 26672, e Cass., 6 dicembre 2013, n. 27380, poi seguite da Cass., 4 novembre 2015, n. 22446, Cass., 7 marzo 2016, n. 4471, e Cass., 24 giugno 2016, n. 13164.

[3] Cfr. Cass., 31 luglio 2017, n. 19016, Cass., 16 marzo 2018, n. 6586, Cass., 28 maggio 2018, n. 13286.

[4] Cfr. tra gli altri, G. TARZIA, *La Cassazione modifica il suo orientamento sulla validità dei finanziamenti fondiari eccedenti il c.d. limite di finanziabilità*, in *Fall.*, 2017, 1274; G. MIGLIORATI, *Mutuo fondiario: la rilevanza costituzionale del limite di finanziabilità*, in *Notariato*, 2018, 193; G. PUHALI, *La Cassazione ci ripensa: nullo il mutuo fondiario oltre il limite di finanziabilità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 21; M. FARINA, *Attività creditizia e violazione dell'art. 38, comma 2, TUB*, in *Contratti* 2018, 169.

2. Le ragioni dell'orientamento

È opportuno ripercorrere l'itinerario argomentativo della decisione che per prima ha inaugurato il percorso revisionista. Ed è bene in questa prospettiva segnalare come la Corte abbia innanzi tutto richiamato le tappe del formante giurisprudenziale segnalando che – appunto – un orientamento si era già a suo tempo formato a proposito delle operazioni di credito edilizio.
Per i mutui di credito edilizio, destinati cioè alla «costruzione, ricostruzione, riparazione, trasformazione e sopraelevazione di edifici ad uso prevalente di abitazione non di lusso», l'art. 3 della lontana legge n. 474 del 1949 analogamente prevedeva che l'ammontare di ciascun mutuo non potesse eccedere la metà del valore cauzionale dell'immobile.
Tale norma era ritenuta avente natura imperativa, in quanto, in forza di essa e delle altre disposizioni di settore, da un lato l'ammontare del mutuo si diceva collegato con lo scopo di agevolare la disponibilità di abitazioni non di lusso, sicché ogni diversità rispetto alle previsioni di legge avrebbe costituito una violazione del detto scopo di carattere pubblico; dall'altro, essendo l'ipoteca, collegata al mutuo medesimo, posta a garanzia di un certo ammontare del credito – e non oltre – rispetto al valore del bene ipotecato, il superamento del limite avrebbe attribuito al creditore – ancora si diceva – una causa di prelazione non solo illegittima, ma anche nulla, perché contraria al principio della *par condicio* sancito dall'art. 2741 c.c.[5]
Secondo il citato indirizzo, la stipulazione di un mutuo in violazione dell'indicata norma dava quindi luogo a nullità del relativo contratto, eventualmente anche solo parziale, perché il contratto era ritenuto scindibile nelle sue obbligazioni e riducibile a un contenuto minore ove fosse risultato che le parti lo avrebbero in ogni caso posto in essere con tale contenuto.
Per quanto in *obiter dictum*, la sentenza sopra citata aveva inoltre paventato l'estensione del principio anche in relazione al sopravvenuto art. 38 del TUB, per il caso della violazione dell'ammontare massimo dei finanziamenti in rapporto al valore dei beni ipotecati o al costo delle opere da eseguire sugli stessi, richiamando, a presidio della nullità del contratto, anche l'art. 117, ottavo comma, del medesimo TUB. Difatti quella giurisprudenza aveva ritenuto che le conseguenze legali dipendenti dalla violazione non potessero esaurirsi nelle sanzioni amministrative a carico degli amministratori dell'Istituto, vuoi in base alla vecchia legge bancaria del 1936 (art. 17), vuoi in base all'attuale TUB,

[5] Cfr. Cass. 1° settembre 1995, n. 9219.

dal momento che dette sanzioni non erano idonee ad assicurare la tutela degli interessi pubblici coinvolti.

3. La tesi anteriore

A fronte di ciò, l'orientamento direttamente affermatosi sull'art. 38 del TUB aveva fatto leva, invece, per escludere la nullità del contratto di mutuo fondiario, sul non essere il limite di finanziabilità suscettibile di rilevare all'interno delle ipotesi genericamente previste dall'art. 117, ottavo comma, del testo unico.
In caso di superamento del suddetto limite, quell'orientamento aveva tuttavia escluso anche l'applicabilità dell'art. 1418 c.c., ritenendone ostativa la tradizionale impostazione secondo cui unicamente la violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile di determinarne la nullità, non già la violazione di norme, anch'esse imperative, ma riguardanti il comportamento dei contraenti.
Da questo punto di vista, il fulcro del ragionamento era stato ancorato alla considerazione che la determinazione dell'importo massimo finanziabile era prevista unicamente a tutela del sistema bancario, sicché la soglia di finanziabilità investiva esclusivamente il comportamento della banca finanziatrice, tenuta a non esporsi oltre un limite di ragionevolezza, senza tuttavia incidere sul sinallagma.

Secondo il citato orientamento, quindi, ove non altrimenti stabilito dalla legge, solo la violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto era suscettibile di determinarne la nullità; mentre la disposizione dell'art. 38 del TUB e i conseguenti provvedimenti delle autorità amministrative non erano declinabili secondo il parametro di validità, sebbene secondo quello di condotta (o di comportamento). Esse costituivano, cioè, norme di "buona condotta" la cui violazione poteva, nel caso, comportare l'irrogazione delle sanzioni previste dall'ordinamento bancario.
Tale conclusione si diceva trovar conferma nel fatto che predicare la nullità del mutuo fondiario per superamento del limite di finanziabilità significava travolgere la connessa garanzia ipotecaria, con il risultato – ritenuto paradossale – di pregiudicare il valore della stabilità patrimoniale della banca.
Invero codesta stabilità era ritenuta oggetto di tutela. E difatti si argomentava che nel credito fondiario il cliente ha tutto l'interesse a ottenere il finanziamento nel massimo importo possibile, anche a prescindere dal limite di finanziabilità.

4. Il margine di condivisibilità dell'indirizzo precedente

La base argomentativa dell'indirizzo giurisprudenziale appena sintetizzato è stata ritenuta alfine condivisibile nella sola affermazione di non riconducibilità della fattispecie alla nullità testualmente stabilita dall'art. 117, ottavo comma, del TUB, perché l'indicazione dell'importo massimo finanziabile non fa parte del contenuto del contratto di credito fondiario che può considerarsi tipico secondo il disposto di quella norma[6].
La quale norma difatti non lo contempla neppure indirettamente, per il tramite cioè del potere prescrittivo della Banca d'Italia.
È vero quindi che la questione posta dall'art. 38, ottavo comma, del TUB non può risolversi all'interno della tesi della nullità testuale, a prescindere dalle divaricazioni di orientamento rinvenibili in dottrina a proposito della qualificazione – come tipizzante o connotativo – del potere della Banca d'Italia di prescrivere il contenuto di determinati contratti.
Ciò tuttavia non basta a risolvere la questione sottostante.
Non basta perché la Cassazione ha infine ritenuto non sostenibili le conclusioni dell'orientamento inaugurato nel 2013 a proposito della concorrente esclusione della fattispecie generale di nullità *ex* art. 1418 c.c.
Questo a motivo del fatto che la prescrizione dei limiti di finanziabilità – per quanto non ascrivibile a un contenuto tipico predeterminato dall'autorità creditizia – si inserisce in ogni caso tra gli elementi essenziali perché un contratto di mutuo possa dirsi "fondiario".

5. Le nuove argomentazioni: regole di validità e regole di comportamento

Può osservarsi che la tesi affermatasi anteriormente è stata superata proprio in relazione alla leva costituita dal noto discrimine tra regole di validità e regole di comportamento.
E difatti la tradizionale impostazione secondo cui unicamente la violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile di determinarne la nullità e non già la violazione di norme, anch'esse imperative, ma riguardanti il comportamento dei contraenti, anziché ostacolare, supporta l'applicabilità del 1418 c.c. al tema in esame.
La ragione è duplice.

[6] Cass., 13 luglio 2017, n. 17352, cit.

6. Gli obiettivi economici della regolamentazione

In primo luogo non appare corretta la premessa incentrata sul fine della previsione dettata in materia di credito fondiario, a proposito del limite massimo di concedibilità del finanziamento.
Tale previsione risponde a una necessità di analitica regolamentazione dettata da obiettivi economici generali[7], attesa la ripercussione che tali tipologie di finanziamenti possono avere sull'economia nazionale.
A una simile *ratio* è ben vero correlato il trattamento di favore accordato alla banca che eroghi un tal tipo di finanziamento, sul versante del consolidamento breve dell'ipoteca fondiaria (art. 39 del TUB) e della peculiare disciplina del processo esecutivo individuale attivabile pure in costanza di fallimento (art. 41).
È significativo notare che proprio da ciò è stato motivato il rigetto della questione di costituzionalità della disciplina di favore predetta (artt. 38 e ss. del TUB e 67 della l. fall.), avendone la Corte costituzionale affermato la ragionevolezza in virtù del riconoscimento al credito fondiario di un «evidente intento di favorire la mobilizzazione della proprietà immobiliare», effetto di una precisa scelta di politica economica – in quanto tale insindacabile – tesa ad agevolare l'accesso a «finanziamenti potenzialmente idonei (anche) a consentire il superamento di condizioni di crisi dell'imprenditore», e a sostenere da questo punto di vista la stessa attività di impresa[8].
Su questo punto verrà fatto di tornare a breve.

7. La prospettiva degli interessi sottesi

In secondo luogo, la diversa tesi sostenuta dalla Corte Suprema fin dal 2013 finiva col prestare il fianco a un'obiezione sostanziale, che ne minava la solidità proprio sul versante della dicotomia tra regole di validità e regole di comportamento.
Giova dire che non si dubita – né è stato mai posto in discussione nella giurisprudenza della Corte – che l'art. 38 del TUB sia norma imperativa.
Il significato della dicotomia appena richiamata è allora nella distinta prospettiva contraddetto sul terreno degli interessi sottesi e dell'adeguatezza per l'ipotesi di violazione della norma imperativa.

[7] Come opportunamente già messo in luce da Cass. n. 9219 del 1995 cit.
[8] V. C. cost., 10 giugno 2004, n. 175.

La distinzione tra regole di validità e regole di comportamento, di matrice dottrinale, trova compiuto sviluppo giurisprudenziale in quanto dalle sezioni unite è stato affermato a proposito dell'intermediazione finanziaria[9].
In relazione alla nullità negoziale per contrarietà a norme imperative (in difetto di espressa previsione in tal senso: cosiddetta "nullità virtuale"), le sezioni unite hanno confermato la tradizionale impostazione secondo la quale, ove non altrimenti stabilito dalla legge, unicamente la violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile di determinarne la nullità, e non già la violazione di norme, anch'esse imperative, riguardanti il comportamento dei contraenti, la quale può essere, invece, fonte di responsabilità.
È un fatto, però, che nel solco appena indicato il discrimine si incentra sull'essere determinative di nullità, e non di mera responsabilità, le violazioni attinenti a elementi intrinseci del negozio, relativi cioè alla sua struttura (il contenuto).
In questo specifico senso la nullità non può discendere da condotte illegittime tenute nella fase prenegoziale o esecutiva del contratto.
Ora la fissazione di un limite di finanziabilità, quanto alla disciplina dell'art. 38 del TUB e delle norme regolamentari afferenti, non è confinabile nell'area del comportamento in fase prenegoziale: l'area cioè della contrattazione tra banca e cliente.
Né è correlabile, ovviamente, alla fase attuativa.
Consegue che non è pertinente osservare che nel credito fondiario il cliente ha tutto l'interesse a ottenere il finanziamento nel massimo importo possibile, anche a prescindere dal limite di finanziabilità.
Invero tutte le regole giuridiche sono regole di condotta, con la conseguenza che, se è indubbio che l'art. 38, secondo comma, del TUB incide su un contegno della banca, è altrettanto indubbio che la soglia stabilita per il finanziamento ha la funzione di regolare il *quantum* della prestazione creditizia, per modo da incidere direttamente sulla fattispecie.

8. L'area della normativa inderogabile

Insomma, è certamente vero che nella nullità del contratto per contrarietà a norme imperative (cosiddetta "nullità virtuale") deve trovare conferma la tradizionale impostazione secondo la quale, ove non altrimenti stabilito dalla legge, unicamente la violazione di norme inderogabili concernenti la validità

[9] Cass., sez. un., 19 settembre 2007, n. 26724, e Cass., sez. un., 19 settembre 2007, n. 26725.

del contratto è suscettibile di determinarne la nullità, e non già la violazione di norme, anch'esse imperative, ma riguardanti il comportamento dei contraenti, la quale può essere fonte di responsabilità[10].

Non è men vero, però, che l'area delle norme inderogabili, la cui violazione può determinare la nullità del contratto in conformità al disposto dell'art. 1418, primo comma, c.c., è più ampia finanche di quanto dovrebbe desumersi dal mero riferimento della norma al contenuto del contratto; nel senso che rientrano in ciò la cui violazione comporta la nullità cd. virtuale sicuramente anche le norme che, in assoluto, oppure in presenza o in difetto di determinate condizioni oggettive o soggettive, direttamente o indirettamente, vietano la stipulazione stessa di quel tipo di contratto[11].

Ove il contratto sia concluso in difetto per esempio di una particolare autorizzazione al riguardo richiesta dalle legge, o in mancanza della rimozione di situazioni dalla stessa legge previamente ritenute impedienti, è naturale inferire che la violazione non attenga in sé alla condotta della parte, ipoteticamente a base di una responsabilità, ma alla stessa possibilità di stipulare validamente il contratto.

E allora, come le sezioni unite hanno efficacemente rilevato, «se il legislatore vieta, in determinate circostanze, di stipulare il contratto e, nondimeno, il contratto viene stipulato, è la sua stessa esistenza a porsi in contrasto con la norma imperativa».

In tal senso non può revocarsi in dubbio che ne discenda la nullità dell'atto per ragioni di natura pubblicistica, alle quali, nelle dianzi ritenute circostanze, è legato il divieto di stipulazione: *id est*, di quella specifica stipulazione di cui la norma tratta.

---

[10] Cfr. Cass., 14 dicembre 2010, n. 25222, e Cass., 10 aprile 2014, n. 8462.

[11] Il principio è stato d'altronde recentemente ribadito a proposito dei mutui agli enti locali previsti dalla speciale normativa *ex* l. n. 440 del 1987.

Cfr. in particolare Cass., 12 novembre 2018, n. 29003: in tema di mutuo agli enti locali ai sensi dell'art. 9 del d.l. n. 359 del 1987, conv. con modif. dalla l. n. 440 del 1987, applicabile "*ratione temporis*" prima della sua abrogazione disposta dall'art. 123 del d.lgs. n. 77 del 1995, il contratto è nullo se stipulato con istituto diverso dalla Cassa depositi e prestiti senza che quest'ultima abbia manifestato la propria indisponibilità all'erogazione delle somme, in quanto in contrasto con la norma imperativa che pone un divieto di contrarre al fine di porre un argine all'indebitamento degli enti locali con soggetti diversi dalla Cassa.

9. Il superamento dell'analisi isolata del mutuo: la funzione del limite di finanziabilità nel rapporto tra contratto e ipoteca

Come messo in luce da Cass. n. 17352 del 2017, dinanzi a siffatta condizione, essendo il limite di finanziabilità in funzione del rapporto tra il contratto di finanziamento e il contratto di concessione d'ipoteca, non serve un'analisi isolata del mutuo.

L'obiezione che taluni hanno fatto, e che pure è desumibile dalle difformi decisioni giurisprudenziali del 2013 sopra citate, si sostanzia nel rilievo che predicare la nullità del mutuo fondiario per superamento del limite di finanziabilità significherebbe travolgere la connessa garanzia ipotecaria, con il risultato di pregiudicare il valore della stabilità patrimoniale della banca che la norma intende invece tutelare.

È abbastanza chiaro che, essendo la norma volta a perseguire non la stabilità patrimoniale della singola banca, ma gli interessi economici nazionali (pubblici), l'obiezione vale niente, perché la nullità ha come conseguenza l'incapacità del contratto di produrre il proprio effetto. Tale incapacità si riverbera sull'annessa garanzia ipotecaria, che proprio per questo è travolta dalla sanzione di nullità. Il che però – per la innegabile differenza di concetto – non influisce affatto sul tema, nel senso che non può indurre a considerare la soglia di finanziabilità come un elemento estrinseco alla fattispecie. Difatti la fattispecie negoziale, nel nesso tra mutuo e ipoteca, va comunque considerata unitariamente sul piano funzionale.

Poiché nella distinzione accolta dalle richiamate sentenze delle sezioni unite la violazione di una norma imperativa determina l'invalidità ogni volta che incide sulla regola negoziale, vale a dire ogni volta che sia apprezzabile un contrasto tra la disposizione violata e il regolamento d'interessi sotteso al negozio, sembra abbastanza evidente – e tale è parso alla Corte – che la passata interpretazione finisce per avvilupparsi in una contraddizione non (più) suscettibile di esser mantenuta.

Col superamento del limite di finanziabilità, il precetto di cui all'art. 38, secondo comma, del TUB è disatteso non solo (e non tanto) sul versante del comportamento, quanto e soprattutto sul versante dell'oggetto del finanziamento fondiario.

10. Le conferme nell'area della concorsualità

Le esposte considerazioni hanno trovato ulteriore e logico conforto nella materia concorsuale.
La Cassazione ha avuto buon gioco nell'osservare che, ove intervenga la crisi dell'impresa finanziata, l'interesse del cliente recede dinanzi all'interesse della massa creditoria, sicché la vicenda si colloca tutta nei confini del rispetto della *par condicio* (già declinato d'altronde dall'art. 2741 c.c.).
L'interpretazione che in materia di credito fondiario esclude la nullità del relativo contratto ove pur sia violato il limite massimo di concedibilità del finanziamento finisce invece per mantenere intatta una causa di prelazione resa illegittima dalla violazione del precetto normativo. Donde, da questo angolo visuale, è insuperabile il rilievo per cui il collegamento esistente tra il finanziamento e l'ipoteca suppone non potersi dissociare l'esegesi dell'art. 38, secondo comma, del TUB dalla sua funzione di limite sia del credito (fondiario), sia del connesso privilegio (fondiario), a meno di scadere – come efficacemente osservato – in un'inaccettabile protezione dell'illegalità.
Siffatto rilievo giustifica, nel contempo, ancora oggi, la sottolineatura rinvenibile in Cass. n. 9219 del 1995 circa l'inadeguatezza dello strumento sanzionatorio amministrativo, giacché sanzionare il superamento della soglia con l'irrogazione di mere sanzioni amministrative, facendo sempre salva la validità del contratto, significa consentire infine alla banca di disporre – essa – della fattispecie del credito fondiario, mantenendone i benefici pur nel mancato rispetto dei limiti di legge, con conseguente pregiudizio delle pretese dei creditori concorrenti.

La conclusione sarebbe insostenibile non solo sul piano funzionale, ma anche da un punto di vista tecnico-strutturale, se ancora di tiene in conto ciò che hanno affermato le sezioni unite nelle ripetute sentenze n. 26724 e n. 26725 del 2007. Ivi si è detto che non può escludersi la nullità del contratto se, dinanzi a infrazioni di norme imperative, non sia disponibile un rimedio che possa concretamente servire l'interesse sotteso alla disposizione violata.
E allora, se l'interesse in questione è pubblico, insistere sulle sanzioni amministrative irrogabili alla banca è cosa non proficua, perché la limitazione dell'importo del mutuo e, conseguentemente, della garanzia ipotecaria, non riflette gli interessi particolari delle parti contraenti e costituisce un limite inderogabile alla loro autonomia privata.
È qui possibile riprendere in verità il discorso afferente alla *ratio* della norma.
Come all'inizio si ricordava, l'ultimo dei numerosi interventi della Corte

costituzionale in materia[12] ha valutato non irrazionale l'afferente scelta «di politica economica del legislatore» sottesa all'art. 38 del TUB in ragione della funzione di consentire l' «accesso a finanziamenti» di «mobilizzazione della proprietà immobiliare», di «medio-lungo termine», con «contestuale iscrizione» di ipoteca di primo grado, potenzialmente «idonei a consentire il superamento» di una crisi d'impresa.

Questo ha detto la Corte costituzionale, anche se, come la Cassazione ha pur messo in luce[13], la gamma dei vantaggi connessa alla figura del mutuo fondiario è più ampia di quanto in via specifica vada a toccare il nodo della crisi d'impresa, sostanziandosi in tutta una serie di agevolazioni sostanziali, processuali e fiscali.

Tuttavia è altrettanto ovvio che i vantaggi principali – di maggior enfasi, cioè – attengono ai rapporti con imprese mutuatarie, posto che l'essenza ultima di questi vantaggi è facilmente identificabile nelle sottrazioni alle revocatorie di cui all'art. 39, quarto comma, del TUB e nella disciplina del procedimento esecutivo di cui all'art. 41.

In questa prospettiva, la vicenda del mutuo fondiario «si colloca tutta» – come Cass. n. 17352 del 2017 non ha mancato di sottolineare – «nei confini del rispetto della par condicio (già declinato d'altronde dall'art. 2741 c.c.)»; nel senso appunto che all'applicazione di un vantaggio fondiario per la banca mutuante fa corrispondente riscontro un sacrificio degli altri creditori del mutuatario.

La materia non può non produrre, pertanto, che un contemperamento, o un bilanciamento, di diversi interessi e di diverse posizioni, visto che pure quello del rispetto della *par condicio creditorum* è principio, nel vigente ordinamento, di rilievo pubblico economico.

In tale contesto di esigenze si colloca il nodo rappresentato dal ruolo, e dalla posizione strutturale, del limite di finanziabilità.

E il tema – come giustamente precisato anche da Cass. n. 13286 del 2018 – non si esaurisce nel presentare profili di quantità, ma di tipo qualitativo.

Quella di fissare il limite di finanziabilità alla soglia dell'80% del valore dell'immobile, che viene preso in peculiare considerazione ai fini dell'accesso ai finanziamenti in discorso, risponde naturalmente a una precisa scelta di politica economica, che la legge ha demandato all'Autorità amministrativa[14].

In apicibus, peraltro, la stessa risulta semplicemente attuativa di altra – e primaria – scelta come propriamente assunta dal secondo comma del medesimo art. 38, espressiva della necessità che la funzione di accesso al finanziamento

[12] E in particolare la richiamata sentenza n. 175 del 2004.
[13] Cass., 28 maggio 2018, n. 13286.
[14] Cfr., così, la delibera del Cicr in data 22 aprile 1995.

con operazioni di – potremmo dire – "mobilizzazione di ricchezza immobiliare", per risolvere crisi di impresa, incontri precisi limiti (massimi) di finanziabilità.
Da tal punto di vista, il mutuo fondiario è operazione che si connota per concentrare, quindi, la copertura del rischio di rientro dell'erogato sul solo immobile considerato "mobilizzato" e contestualmente iscritto in ipoteca di primo grado.
In via correlata, la peculiarità dell'operazione, che possiede indubbia forza, sta nel suo prescindere – per la copertura di detto rischio (e, quindi, per l'effettivo accesso a questo credito) – da considerazioni di ordine patrimoniale *ex* art. 2740 c.c., o di ordine reddituale sul mutuatario debitore.
La prescrizione normativa del limite di finanziabilità risponde, così, all'esigenza di circoscrivere il rischio insito in simile tipo di operatività del credito, che è appunto quello di sopravvalutare il bene "mobilizzato" e di escludere, conseguentemente, la pratica possibilità di operazioni che – secondo la scelta di politica economica adottata dal legislatore – non presentano *ex ante* sufficienti prospettive di vera fattibilità e buon esito, ovvero espongono il mutuatario debitore ai rischi espoliativi (quanto, in specie, alla residua parte del suo patrimonio) o di pura sorte[15].

Nel tutelare il debitore da operazioni di rischio per lui eccessivo, non rileva obiettare che l'interesse del mutuatario sarebbe comunque quello di ottenere il maggior credito possibile, non fosse altro che per l'irragionavolezza di un'esegesi che postuli come essenziale l'interesse di un soggetto ad assumere impegni che non può permettersi di onorare.
È qui che vengono infatti in considerazione gli interessi dei creditori "altri", che la prescrizione del limite di finanziabilità intende proteggere in stretta correlazione col perseguimento dell'interesse pubblico alla corretta concorrenzialità del mercato del credito.

[15] Così Cass., 28 maggio 2018, n. 13286, cit.

Orientamenti giurisprudenziali sui rimedi invalidanti nei contratti "derivati finanziari"

Margherita Monte
Presidente di Sezione civile del Tribunale di Milano

In materia d'intermediazione finanziaria la giurisprudenza ha applicato la sanzione della nullità a tutela dell'investitore contro pratiche *abusive* dell'intermediario nella fase genetica del contratto; di recente la Cassazione ha affermato la nullità (*virtuale*) del contratto *Irs* stipulato in violazione di regole di comportamento dell'intermediario, così superando la dicotomia tra *regole di validità* del contratto e *regole di comportamento* affermata dalle sezioni unite della Cassazione nel 2007.

Regarding financial intermediation, jurisprudence has applied the sanction of nullity to protect investor against abusive practices of the intermediary in the conclusion of the contract; recently the Supreme Court affirmed the nullity (virtual) *of the Irs contract, carried out in violation of the behavior rules by the provider, thus overcoming the dichotomy between contract rules and rules of conduct established by the joined sections the Supreme Court in 2007.*

Sommario: 1. La categoria dei contratti c.d. derivati finanziari. – 2. La reazione della giurisprudenza a pratiche "abusive" degli intermediari nella fase genetica del contratto. – 3. La causa del contratto *swap*. – 3.1. Nullità per mancanza di causa in concreto. – 3.2. Nullità per unilateralità dell'alea. – 3.3. Nullità per mancanza di alea razionale. – 4. Nullità di *swap* per mancanza di accordo negoziale e per indeterminatezza dell'oggetto. – 5. Nullità di *swap* per non meritevolezza di tutela *ex* art. 1322 c.c.; nullità "virtuale" per contrarietà a norme imperative: Cass. civ., sez. I, 31 luglio 2017, n. 19013. – 6. Nullità "virtuale" di *swap* per violazione di norme imperative a tutela di enti pubblici.

1. La categoria dei contratti c.d. derivati finanziari

La definizione di contratti c.d. derivati finanziari, desumibile dall'art. 1, d.lgs. n. 58 del 1998 – TUF, è quella di contratti che creano uno degli strumenti finanziari derivati previsti nello stesso TUF.

Quella dei derivati finanziari è una categoria di contratti che si sono diffusi sulla base dei modelli abitualmente impiegati nella pratica degli affari negli ordinamenti americano ed inglese, in particolare secondo i modelli predisposti dalla *International swap and derivatives association* (Isda).

Per il nostro ordinamento i contratti in derivati finanziari sono contratti nominati (nel TUF), ma atipici, in quanto privi di un'apposita disciplina di fonte legislativa e costituiscono una categoria "aperta", sia secondo il testo previgente dell'art. 1, comma 3 ed art. 1-*bis*, lettera *d*) d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 – TUF, sia secondo l'attuale testo dell'art. 1 TUF come modificato dal d.lgs. 3 agosto 2017, n. 129 di recepimento della Mifid II.

Più in generale, la natura aperta ed atecnica di prodotto finanziario «se da un lato costituisce la risposta del legislatore alla creatività del mercato ed alla molteplicità di prodotti offerti al pubblico dai suoi attori, dall'altro risponde all'esigenza di tutela degli investitori, consentendo di ricondurre nell'ambito della disciplina di protezione dettata dal testo unico anche forme innominate di prodotti finanziari»[1].

La Cassazione ha evidenziato che l'operatività in derivati «si manifesta molto variegata, al di là della notazione (appena identificativa di una base comune, in fondo) che gli stessi si realizzano attraverso il meccanismo del differenziale. Diversità che vengono a toccare, tra le altre cose, l'oggetto del contratto derivato (parametri adottati per l'operare del meccanismo differenziale compresi), l'eventuale mercato di riferimento, la peculiare conformazione delle strutture, le specifiche funzionali»[2].

[1] Cass. civ., sez. II, 5 febbraio 2013, n. 2736.

[2] Cass. civ., sez. I, 31 luglio 2017, n. 19013, in *Banca borsa tit. cred.*, 2018, 1, II, 1.

Nella casistica giurisprudenziale sono ricorrenti i contratti *swap*, nelle varianti *Interest rate swap* (Irs) e *Domestic currency swap*.
Secondo la definizione comune uno *swap* è un contratto derivato con il quale due soggetti si impegnano a scambiare periodicamente delle somme di denaro calcolate applicando al medesimo capitale (detto nozionale) due diversi parametri riferiti a due diverse variabili di mercato.
Domestic currency swap viene definito come «contratto aleatorio, con il quale due parti si obbligano, l'una all'altra, a corrispondere alla scadenza di un termine, convenzionalmente stabilito, una somma di denaro (in valuta nazionale) quale differenza tra il valore (espresso in valuta nazionale) di una somma di valuta estera al tempo della conclusione del contratto e il valore della medesima valuta estera al momento della scadenza del termine stabilito»[3].

2. La reazione della giurisprudenza a pratiche "abusive" degli intermediari nella fase genetica del contratto

Già prima dell'emanazione del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 – TUF la nostra giurisprudenza si è trovata ad affrontare il problema della compatibilità dei contratti derivati finanziari – definiti "alieni" da De Nova in quanto elaborati sulla base del diritto americano ed inglese- con norme imperative del diritto italiano, oltre che con i principi di ordine pubblico internazionale[4].

Così parte della giurisprudenza ha affermato il diniego di azione *ex* art. 1933 c.c. con riferimento a *swap* stipulati con finalità meramente speculative[5].
Questa impostazione è stata superata della normativa Eurosim di cui al d.lgs. n. 415 del 1996, la quale ha dato ingresso nel nostro ordinamento a questi contratti diffusi nel sistema anglo-americano, disponendo che – nell'ambito della prestazione di un servizio d'investimento – agli strumenti finanziari derivati non si applica l'art. 1933 c.c. (art. 18). Tale regola è stata ribadita nell'art. 23 TUF.
Ciò significa che il carattere aleatorio e speculativo dei contratti in derivati finanziari di per sé non esclude l'azione per il pagamento dei debiti da essi generati.
Nel corso degli anni la giurisprudenza ha dovuto affrontare la casistica patologica di contratti derivati impugnati dai clienti degli intermediari per i risultati

[3] Cass. civ., sez. I, 10 maggio 2005, n. 10598.
[4] G. DE NOVA, *I contratti derivati come contratti alieni*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, 15.
[5] Trib. Milano, ord. 24 novembre 1993 e 26 maggio 1994, in *Banca borsa tit. cred.*, 1995, 1, II, 80.

economici negativi prodotti, casi questi intensificatisi a seguito della crisi dei mercati finanziari del 2007. In particolare la giurisprudenza ha esaminato fattispecie di contratti in strumenti derivati proposti da operatori finanziari al cliente come strumenti "di copertura", ma congegnati in modo tale da addossare tutto il rischio economico sul cliente.
Nel tempo la giurisprudenza ha enunciato a tutela dell'investitore regole di validità del contratto in derivati desunte – in mancanza di disciplina legale – da clausole generali dell'ordinamento, muovendosi sul piano della teoria generale del diritto contrattuale.
L'evoluzione giurisprudenziale in materia è stata analizzata dalla dottrina come esempio di giurisprudenza creativa[6]. A questa giurisprudenza è riconosciuto il merito di aver introdotto il controllo sul singolo *swap*, pur a fronte della diffusione nella finanza internazionale della categoria dei contratti derivati.
Pratiche non corrette poste in essere dagli intermediari nel predisporre contratti in derivati sono state così sanzionate dalla giurisprudenza col rimedio della nullità del contratto, con diverse argomentazioni di seguito sintetizzate.

3. La causa del contratto *swap*

Secondo la definizione sintetica espressa da una parte della giurisprudenza, nel derivato *swap* l'oggetto del contratto è costituito da uno scambio di differenziali a determinate scadenze, mentre la sua causa risiede in una scommessa che entrambe le parti assumono e nello scambio di rischi finanziari conseguente[7].
La dottrina afferma che la vera natura di qualsiasi *swap* è quella di una «scommessa autorizzata ai sensi dell'art. 1935 c.c.», in forza della previsione di cui all'art. 1 TUF, che ha per scopo comune ai contraenti la creazione di un rischio e il cui oggetto è rappresentato «dalle alee bilaterali e reciproche»[8].
Anche la Cassazione ha definito il *Domestic currency swap* come contratto aleatorio[9].
La causa astratta dello *swap*, in quanto contratto aleatorio, è individuata «nello scambio di rischi finanziari»; «le fluttuazioni dei valori (o il verificarsi o meno

---

[6] G. DE NOVA, *La giurisprudenza fonte del diritto?*, in *Juscivile.it*, 2016, 5.
[7] Corte App. Milano, 18 settembre 2013, in *dirittobancario.it*; Trib. Roma, 8 Gennaio 2016, in *Il Caso.it*.
[8] D. MAFFEIS, *La causa del contratto di* interest rate swap *ed i costi impliciti*, in *Riv. dir. banc.*, 2013.
[9] Cass. civ., sez. I, 10 maggio 2005, n. 10598.

degli eventi) contrattualmente indicati quali indici a cui i differenziali vengono ancorati si configurano come eventi incerti, pur se in parte prevedibili sulla base di analisi e previsione che le parti possono effettuare grazie alle informazioni in loro possesso»[10].

3.1. Nullità per mancanza di causa in concreto

Parte della giurisprudenza, avuto riguardo all'alea sbilanciata attuata dal regolamento negoziale in danno del cliente, ha affermato la nullità di contratti di *swap* per difetto di causa in concreto, facendo riferimento al concetto di "causa in concreto" intesa quale scopo pratico del negozio, sintesi degli interessi concretamente perseguiti dal contratto[11].
In tal senso si afferma, ad esempio: «Il contratto derivato di *Interest rate swap*, concluso con lo scopo, dichiarato in contratto, di copertura dell'investitore, è nullo per il difetto della causa in concreto, se lo scopo di copertura non sussiste, perché escluso in concreto dall'alea posta a carico dell'investitore»[12]; «va dichiarata la nullità per assenza di causa concreta dell'operazione di investimento posta in essere attraverso la sottoscrizione di contratti di *Interest rate swap* tra loro collegati e strutturati in modo tale da non soddisfare la richiesta di copertura dell'investitore e da porre il rischio esclusivamente a suo carico»[13].
Riguardo a questo orientamento giurisprudenziale parte della dottrina obbietta che nella fattispecie in cui il derivato in concreto è strutturato in modo diverso rispetto agli interessi perseguiti dalle parti, non si tratta di difetto di causa, ma di non corretta formazione della volontà negoziale ovvero di errore sulla natura o sull'oggetto del contratto *ex* art. 1429 n. 1 c.c., causa di annullamento del contratto se riconoscibile[14].
Di recente anche la Cassazione ha fatto riferimento alla necessità di «verificare caso per caso il concreto assetto dei rapporti negoziali predisposto dalle parti», come criterio di valutazione della sussistenza e liceità della causa di un contratto di *interest risk swap* con *up front* (cioè con effettivo finanziamento iniziale

[10] G. DI GIANDOMENICO, *I Contratti Speciali – I Contratti aleatori*, in BESSONE (diretto da), *Tratt. dir. priv.*, vol. XIV, 63 e ss.; A. ZUCCARELLO, *Il concetto di "alea razionale" quale criterio di valutazione della validità della causa*, in *Riv. dir. banc.*, *dirittobancario.it*, 8, 2014.
[11] Si cfr. per tale definizione Cass. civ., sez. III, 8 maggio 2006, n. 10490.
[12] Trib. Monza, 17 luglio 2012, in *Il Caso.it*.
[13] Trib. Ravenna, 8 luglio 2013, in *Il Caso.it*.
[14] 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, 957 ss.

da restituire), rilevando che detto contratto «deve ritenersi valido se la causa aleatoria del contratto di *swap* e quella del sottostante rapporto di finanziamento, pur collegate, restano autonome e distinte, senza risultare snaturate e senza comportare alcuna alterazione del rischio a carico dell'operatore commerciale»[15].
In un fattispecie in cui una società aveva stipulato un contratto di *leasing* e, parallelamente, un Irs al fine di ottenere una copertura sul finanziamento, il giudice ha indagato sulla base di una CTU «se, per come congegnato, il contratto in argomento adempisse effettivamente ad una funzione di copertura del rischio o "mascherasse" nella sostanza una operazione speculativa e, in particolare, se l'alea contrattuale non fosse propriamente bilaterale». Il Tribunale ha concluso che quel contratto di *swap* rispondeva effettivamente all'esigenza, avvertita dalla società attrice, di ottenere una copertura dal rischio dell'oscillazione dei tassi di interesse applicati sul contratto di *leasing* e, quindi, ha respinto la domanda di nullità, escludendo il difetto in concreto della causa negoziale[16].

3.2. Nullità per unilateralità dell'alea

In altre sentenze si afferma la nullità del contratto di *swap* nel caso di unilateralità dell'alea conseguente al suo regolamento, in quanto contrastante con lo schema della scommessa che distribuisce l'alea tra i due contraenti.
Così si afferma, ad esempio: «Il contratto *swap* assimilabile alla scommessa, tipico contratto aleatorio, dovrebbe presentare una componente di fortuna divisa in parti eguali tra i contraenti. Ove una suddivisione dell'alea non sia riscontrabile (c.d. contratto aleatorio unilaterale) deve escludersi che siffatti contratti possano meritare la tutela del nostro ordinamento, in quanto troppo sbilanciati in favore del singolo contraente banca, il quale si presenta "al tavolo di gioco" con molte più possibilità di successo rispetto all'altro giocatore, per aver esso stesso dettato le regole del gioco»(nella fattispecie il tasso soglia previsto per l'intervento a carico della banca era stato fissato in maniera troppo vantaggiosa per la medesima)[17].
La Corte d'Appello di Milano ha precisato che la nullità per difetto di causa dell'Irs, anche di quello con funzione di copertura, si può affermare solo quando, secondo valutazione *ex ante*, si accerti l'inesistenza di qualsiasi rischio per l'intermediario a fronte di un rischio certo per il cliente, mentre non rileva

[15] Cass. civ., sez. III, 28 luglio 2017, n. 18781.
[16] Trib. Roma, 20 febbraio 2017, in *Jusletter.com*.
[17] Trib. Salerno, 2 maggio 2013, in *Il Caso.it*.

il fatto che il rischio del risultato negativo possa essere sopportato, nella fase esecutiva del negozio, in misura maggiore da uno dei contraenti, cioè il cliente[18]. Rispetto a questo orientamento giurisprudenziale la dottrina ha osservato che «l'unilateralità dell'alea non rileva tanto per la sua irriducibilità strutturale alla scommessa quanto, ed essenzialmente, per la radicale impossibilità di configurare una qualsiasi considerazione che sostenga una circolazione della ricchezza attivata dal contratto che non si riduca ad una liberalità [...] senza spirito di liberalità», ossia in definitiva ad un arricchimento senza causa[19].

3.3. Nullità per mancanza di alea razionale

La Corte d'Appello di Milano, nella sentenza n. 3459 del 30 settembre 2013 ampiamente commentata in dottrina[20], ha affermato la nullità di un contratto di *swap*, facendo riferimento al concetto di "alea irrazionale", con queste argomentazioni: l'Irs rientra nella categoria della scommessa legalmente autorizzata e con causa negoziale identificata nella consapevole e razionale creazione di alee determinate su scenari probabilistici e su eventi definiti e conosciuti *ex ante*; perché l'alea possa considerarsi "razionale" devono essere definiti e conosciuti *ex ante* con certezza e, dunque, enunciati nel contratto, gli "scenari probabilistici", il "valore del derivato", il *mark to market*, gli eventuali costi impliciti, le eventuali penalità di recesso; in difetto di tali elementi, il contratto deve ritenersi nullo per difetto di causa "razionale"[21].

Rispetto alle argomentazioni a sostegno della nullità dello *swap* per mancanza di causa "razionale", la dottrina ha obbiettato che l'impossibilità di calcolare l'alea con valutazione *ex ante* in realtà può dipendere da un *deficit* strutturale del contratto che rende indeterminato il suo oggetto, nel quale caso si pone il problema – logicamente precedente a quello della mancanza di causa – della carenza dei requisiti di cui all'art. 1346 c.c.; oppure può tradursi nella scelta non consapevole dell'investitore, cioè nella soggettiva ignoranza circa l'alea che assume col contratto e, dunque, di una fattispecie rilevante esclusivamente sul piano dei vizi della volontà[22].

---

[18] Corte App. Milano, 22 maggio 2015, n. 2244, in *dirittobancario.it*.
[19] M. BARCELLONA, *I derivati e la causa negoziale*, II, *Il controllo di meritevolezza e i derivati (anche) di protezione conclusi dalle banche*, in *Contr. impr*., 2014, 4-5.
[20] Si confronti, a titolo di esempio, D. IMBRUGLIA, *La nullità del contratto e l'*interest rate swap, in *questionegiustizia.it*, 2017, 3, 177.
[21] Corte App. Milano, sent. 30 settembre 2013, n. 3459 in *Il Caso.it*.
[22] M. BARCELLONA, *I derivati e la causa negoziale*, II, cit.

4. Nullità di *swap* per mancanza di accordo negoziale e per indeterminatezza dell'oggetto

In altre sentenze si afferma la nullità dello *swap ex* art. 1418 c.c. per difetto di consenso, cioè di accordo negoziale, sul margine di redditività del contratto in favore dell'intermediario, in presenza di costi impliciti (occulti) nella struttura del contratto, in quanto tali costi incidono sulla misura dell'alea assunta da ciascuna delle parti, cioè su un elemento essenziale del contratto[23].
Viene ravvisata, inoltre, la nullità del contratto nel caso di mancata indicazione del *mark to market* o della formula matematica alla quale le parti intendono fare riferimento per procedere all'attualizzazione dei flussi finanziari futuri, dovendo essere determinato o determinabile il differenziale tra contrapposti flussi finanziari, inteso come oggetto stesso del contratto[24].

5. La nullità di *swap* per non meritevolezza di tutela *ex* art. 1322 c.c.; nullità "virtuale" per contrarietà a norme imperative: Cass. civ., sez. I, 31 luglio 2017, n. 19013

Gli orientamenti giurisprudenziali già menzionati, che applicano a protezione del cliente le norme codicistiche generali in materia di nullità del contratto per difetto di causa, per mancanza di accordo negoziale o indeterminatezza dell'oggetto, spesso richiamano anche la clausola generale di cui all'art. 1322, II comma c.c. quanto alla non meritevolezza di tutela d'interessi perseguiti dai contratti in derivati con i quali l'alea dell'operazione sia posta a carico del solo cliente.
Di recente la Cassazione ha ribadito l'applicazione di tale principio riguardo al contratto "*My Way*", la cui struttura negoziale prevede l'acquisto di prodotti finanziari mediante un mutuo erogato dalla stessa banca che gestisce o emette quegli strumenti, poi costituiti in pegno a garanzia dell'eventuale mancato rimborso del finanziamento; l'affermazione della nullità del contratto discende dalla non meritevolezza di tutela *ex* art. 1322, II comma c.c., in quanto *My Way* pone l'alea della operazione in capo al solo risparmiatore, il quale, a fronte dell'obbligo di restituire le somme mutuate ad un saggio d'interesse non tenue,

---

[23] Trib. Milano, 16 marzo 2018, n. 19277, in *Il Caso.it*; Trib. Milano, 9 marzo 2018, n. 2807, in *dirittodelrisparmio.it*.
[24] Trib. Milano, 29 luglio 2016, n. 15673, in *Il Caso.it*.

non ha una certa prospettiva di lucro, laddove invece la banca consegue vantaggi certi e garantiti[25].

Per analoghe considerazioni la Suprema Corte ha escluso la meritevolezza di tutela *ex* art. 1322, II comma c.c. del contratto "*4YOU"*, in forza del quale la banca acquista immediatamente la disponibilità della somma erogata a mutuo da destinare all'acquisto di prodotti finanziari con contestuale mandato senza vincoli di acquistare detti prodotti e lucra gli interessi restitutori mentre il sottoscrittore matura, ma solo alla scadenza, il premio del proprio investimento purché questo risulti attivo, rilevando l'enorme sproporzione tra le previste prestazioni delle parti[26], ovvero il contrasto con i principi desumibili dagli artt. 38 e 37 Cost. sulla tutela del risparmio e l'incentivo delle forme di previdenza anche privata[27].

Nella giurisprudenza della Cassazione si è accentuata la tendenza ad affermare la nullità negoziale per immeritevolezza degli interessi nel settore bancario (circa il limite di finanziabilità del mutuo fondiario *ex* art. 38, comma 2, TUB[28]), nel settore assicurativo (in materia di *claims made*[29]) e, di recente, nella materia dei derivati finanziari.

In quest'ultimo settore la Cassazione, sez. I, nella sentenza n. 19013 del 31 luglio 2017 ha affermato che «in tema di meritevolezza degli interessi perseguiti con contratti atipici *ex* art. 1322 c.c., in particolare per i contratti c.d. "derivati", l'art. 21 TUF e l'art. 26 Reg. Consob n. 11522 del 1998 hanno portata imperativa e inderogabile anche in applicazione dei principi della direttiva 93/22/CEE, prescrivendo che gli intermediari si comportino con diligenza, correttezza e trasparenza nell'interesse dei clienti e dell'integrità del mercato»[30].

La fattispecie all'esame della Corte riguardava contratti derivati *Interest rate swap* con natura di operazioni "di copertura"; dalla sentenza di merito risultava, invece, che tali contratti non apparivano «perseguire effettivamente una funzione di copertura, non rispettando in particolare una delle condizioni indicate dalla determinazione Consob».

La Suprema Corte ha rilevato che la determinazione Consob 26 febbraio

---

[25] Cass. civ., sez. I, 27 febbraio 2017, n. 4907 in *Ilsocietario.it*; cfr. già Cass. civ., sez. I, 10 novembre 2015, n. 22950.

[26] Cass. civ., sez. I, ord. 27 ottobre 2017, n. 25630, in *Giust. civ. Mass.*, 2018.

[27] Cass. civ., sez. I, ord. 2 novembre 2017, n. 26057, in *Guida dir.*, 2018, 11, 41.

[28] Si cfr. Cass. civ., sez. 1, 31 luglio 2017, n. 19016, in *dirittobancario.it*; Cass. civ., sez. 1, 13 luglio 2017, n. 17352, in *Il Fallimentarista.it*.

[29] Si cfr. Cass. civ., III, 28 aprile 2017, n. 10506, in *condominioelocazione.it*.

[30] Cass., sez. I, 31 luglio 2017, n. 19013, in *Banca borsa tit. cred.*, 2018, 1, II, 1.

1999 aveva evidenziato la necessaria stretta correlazione tra l'operazione di "copertura" ed il rischio da coprire e che detta determinazione s'inquadra nell'ambito delle misure di attuazione del TUF e del Regolamento Consob. La Cassazione ne ha dedotto: «si deve ritenere che la necessaria cura dell'interesse oggettivo del cliente – che la normativa dei citati artt. 21 e 26 va a inserire nell'ambito della generale valutazione di meritevolezza degli interessi prescritti dall'art. 1322 c.c. – si traduca, in relazione alle operazioni in derivati Irs con funzioni di coperura, nel rispetto delle sopra elencate condizioni».

Nella sentenza n. 19013\2017 la Suprema Corte ha concluso che la violazione della predetta normativa rendeva immeritevole di tutela i contratti Irs in esame e, pertanto, ne ha affermato la nullità.

La sentenza sembra voler superare la dicotomia tra "regole di validità" del contratto e "regole di comportamento" dell'intermediario, in base alla quale le sezioni unite nel 2007 hanno statuito l'incompatibilità di rimedi invalidanti con la violazione di norme di condotta da parte dell'intermediario[31]. Nel 2007 le sezioni unite avevano affermato, infatti, che «in relazione alla nullità del contratto per contrarietà a norme imperative in difetto di espressa previsione in tal senso (cosiddetta "nullità virtuale"), deve trovare conferma la tradizionale impostazione secondo la quale, ove non altrimenti stabilito dalla legge, unicamente la violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile di determinarne la nullità e non già la violazione di norme, anch'esse imperative, riguardanti il comportamento dei contraenti la quale può essere fonte di responsabilità per danni, ovvero portare alla risoluzione del contratto per inadempimento»[32].

Il contrario principio sembra costituire la *ratio decidendi* della sentenza n. 19013\2017, commentata dalla dottrina come esempio di giurisprudenza dei mercati finanziari che elabora i rimedi a protezione del cliente dell'intermediario, "costruendo" regole di validità di contratti atipici[33].

[31] D. MAFFEIS, Dum loquimur fugerit invida aetas*: lo* swap *in Cassazione, prima di Mifid II e in attesa delle probabilità*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2018, I, 9.

[32] Cass. civ., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724 e n. 26725.

[33] D. MAFFEIS, Dum loquimur fugerit invida aetas …, cit.

6. Nullità "virtuale" di *swap* per violazione di norme imperative a tutela di enti pubblici

La giurisprudenza di merito ha fatto applicazione del rimedio della nullità "virtuale" per contrarietà a norme imperative, pervenendo ad affermare la nullità del contratto di opzione di tipo *collar* concluso da un Comune con una Banca.
Sulla base delle risultanze della CTU il Tribunale di Milano ha ritenuto che il contratto in concreto stipulato non potesse garantire al Comune una copertura dal rischio di rialzo dei tassi di interesse, in violazione della disciplina a tutela della stabilità patrimoniale dell'ente pubblico locale di cui all'art. 41 della l. n. 448 del 2001, letto in combinato disposto con l'art. 3.2, lett. *d*) del d.m. n. 289 del 2003.
Il Tribunale ha rilevato che tali disposizioni si devono qualificare come norme imperative poste a tutela dell'ordine pubblico economico, in quanto disposizioni poste a presidio della stabilità patrimoniale degli enti locali, interesse questo di rilevanza costituzionale a norma dell'art. 119 Cost.; la violazione di tali norme comporta la nullità del contratto ai sensi dell'art. 1418, comma 1, c.c.[34]

[34] Trib. Milano, 4 aprile 2017, n. 3845, in *Il Caso.it*.

Riflessioni sul divieto dei patti successori

Luigi D'Alessandro
Magistrato del Tribunale di Roma

Al di là delle singole ragioni politico-legislative del divieto dei patti successori, inidonee a fornirne una giustificazione unitaria, il principio giuridico che fonda la proibizione posta dall'art. 458 c.c. è quello della indisponibilità tra vivi della delazione successoria. Tale principio viene talvolta obliterato anche dalla giurisprudenza. La tutela offerta dall'ordinamento contro i patti successori si riduce però di fronte agli atti esecutivi di patti successori obbligatori.

Beyond the single political reasons for the prohibition of the agreements as to future successions, which are unsuitable to provide a unitary justification, the legal principle that bases the prohibition laid down by art. 458 c.c. is that according to which any disposition inter vivos of delation is forbidden. This principle is sometimes forgotten by judges. The protection offered by the law against the succession agreements is reduced, however, with regard to executive acts of these agreements.

Sommario: 1. Il fondamento tecnico-giuridico del divieto posto dall'art. 458 c.c. e il criterio di individuazione dei patti vietati. – 2. Analisi di due decisioni giudiziarie alla luce del criterio proposto. – 3. Profili di disciplina. Il regime giuridico degli atti esecutivi di patti successori obbligatori.

1. Il fondamento tecnico-giuridico del divieto posto dall'art. 458 c.c. e il criterio di individuazione dei patti vietati

L'art. 458 c.c. pone un generale divieto dei patti successori e allo stesso tempo individua le tre categorie di patti vietati: i patti istitutivi, quelli con i quali l'ereditando dispone della propria successione, i patti dispositivi, quelli con cui si dispone di diritti che si prevede di acquistare succedendo a causa di morte ad un altro soggetto, i patti rinunciativi, quelli con cui si rinuncia a diritti che possono spettare su una futura successione.

Le ragioni del divieto sono state tradizionalmente individuate nell'inammissibilità di una terza causa di delazione accanto a quella legale o testamentaria (in questo senso l'art. 458 c.c. si collega strettamente al precedente art. 457 a mente del quale l'eredità si devolve per legge o per testamento), nella tutela della libertà testamentaria intesa come libertà di disporre senza condizionamenti della propria successione fino all'estremo limite della vita, nell'esigenza di proteggere i soggetti più deboli e inesperti salvaguardandoli dal rischio di disporre in modo sconsiderato di beni non ancora pervenuti nella propria sfera giuridica, nonché in quella di evitare il cd. *votum captandae mortis*.

A ben veder, tuttavia, le menzionate ragioni, pur rappresentando le concrete motivazioni di politica legislativa sottese alla norma proibitiva, non sembrano dar conto in modo pienamente soddisfacente del reale fondamento tecnico-giuridico del divieto legale. Ciascuna di esse concerne infatti soltanto alcuni tipi di patti successori senza riuscire mai a comprenderli tutti: mentre, ad esempio, la tutela della libertà testamentaria e il rifiuto di una delazione contrattuale possono giustificare il solo divieto dei patti istitutivi, la ripugnanza sociale per gli atti di speculazione sul patrimonio di una persona vivente e la limitazione della prodigalità sono *rationes* che riguardano esclusivamente i patti dispositivi e rinunciativi.

Se il legislatore ha inteso ricondurre ad unità la categoria dai patti successori, contemplandoli nella stessa disposizione codicistica e assoggettandoli al medesimo trattamento disciplinare, unico deve altresì essere il principio giuridico alla base della loro proibizione.

Al riguardo sembra del tutto condivisibile la tesi di chi, in dottrina, ha sostenuto che la norma ora in esame intenda vietare ogni atto tra vivi dispositivo della

delazione, intendendosi per tale, in un'accezione ampia, sia la offerta di una quota ereditaria sia il trasferimento *mortis causa* di un diritto particolare. Il principio di cui l'art. 458 c.c. costituisce lo sviluppo positivo è dunque quello della indisponibilità tra vivi della delazione successoria, e ciò sia che venga in rilievo la successione dello stesso disponente sia che si tratti della successione di un terzo[1].

Per comprendere meglio quanto appena affermato sono senz'altro opportune due precisazioni.

In primo luogo va chiarito che, nell'impiegare il termine "delazione", si vuole qui rimarcare il profilo attributivo del fenomeno successorio, cioè la devoluzione di situazioni giuridiche sostanzialmente patrimoniali in favore di una o più persone individuate; profilo che evidentemente non esaurisce la più vasta nozione di successione per causa di morte la quale, soprattutto alla luce dell'evoluzione del pensiero giuridico e dell'affermarsi nella realtà sociale di nuovi valori, può riferirsi anche a situazioni giuridiche di natura strettamente personale. In quest'ottica si spiega la comunemente riconosciuta validità del mandato *post mortem* avente ad oggetto attività a contenuto non patrimoniale (si pensi alle istruzioni concernenti le modalità della sepoltura, la pubblicazione postuma di un'opera letteraria, il trattamento del cd. profilo su *social networks*) giacché, laddove l'incarico da eseguirsi dopo la morte consistesse nel compimento di attività giuridico-dispositive volte ad attuare un'attribuzione patrimoniale, il mandato configurerebbe uno strumento negoziale di regolamentazione pattizia di rapporti giuridici patrimoniali traenti origine dalla morte del mandante e per questo, incidendo sulla delazione nel senso sopra precisato, ricadrebbe nello spettro operativo dell'art. 458 c.c.

In secondo luogo deve evidenziarsi, diversamente da quanto talvolta sostenuto in dottrina, che tutti i patti successori, inclusi dunque quelli istitutivi, non possono che qualificarsi come atti *inter vivos* e al contempo *mortis causa*. Si tratta di atti tra vivi perché sono destinati a produrre immediatamente effetti giuridici, sia pure di carattere meramente prodromico rispetto all'obiettivo finale perseguito; sono però anche atti *mortis causa* in quanto in essi la morte di una persona non viene in rilievo come semplice evento al verificarsi del quale si produrranno gli effetti finali divisati ma assume il ruolo di elemento causale del negozio, nel senso di incidere sul suo stesso oggetto determinandone l'entità e la consistenza.

Quella degli atti tra vivi e quella degli atti *mortis causa* non dovrebbero pertanto

[1] La tesi è ampiamente sviluppata da V. BARBA, *I patti successorî e il divieto di disposizione della delazione. Tra storia e funzioni*, Napoli, 2015

considerarsi categorie necessariamente contrapposte, essendo ben possibile dal punto di vista astratto e concettuale, e indipendentemente da ogni questione di validità, un negozio tra vivi a causa di morte. Ne è appunto un esempio il patto successorio istitutivo il quale, come è evidente, è un accordo, ossia un contratto, e come tale non può che essere ricompreso nella categoria degli atti *inter vivos* a cui i contratti ovviamente appartengono; ma è anche un atto a causa di morte in quanto realizza, sia pure nella non consentita forma contrattuale, un'istituzione di erede o di legatario. Inesatte sono pertanto quelle ricostruzioni dottrinarie che indicano i patti istitutivi come negozi *mortis causa* e non *inter vivos*, ricostruzioni che evidentemente presuppongono un rapporto di alternatività necessaria tra le due tipologie di atti. Allo stesso modo imprecisa è la usuale qualificazione dei patti rinunciativi come negozi *inter vivos* e non *mortis causa*: essi sono in realtà riconducibili ad entrambe le categorie in quanto, indiscussa la loro natura di atti tra vivi, sono al contempo atti a causa di morte. Ed invero, solo la morte della persona della cui (futura) successione si tratta potrà determinare l'esistenza stessa del diritto oggetto della rinuncia, non essendo logicamente ipotizzabile un diritto all'eredità o ad un bene oggetto di legato prima ed indipendentemente dalla morte del *de cuius*[2].

Ciò che propriamente si contrappone al negozio tra vivi (che, come detto, può o meno essere *mortis causa*) è invece il negozio di ultima volontà il quale è indefettibilmente un negozio a causa di morte, insuscettibile di creare alcun vincolo definitivo per l'autore e per sua natura destinato a produrre ogni effetto con la morte del disponente[3].

Alla luce delle precisazioni svolte, che consentono di cogliere in modo più

---

[2] In questo senso L. CARIOTA-FERRARA, *Le successioni per causa di morte. Parte generale*, Napoli, 1977, 394 ss., secondo il quale «la rinunzia ha, quindi, per oggetto diritti futuri (diritto all'eredità o diritto oggetto di legato) come tali considerati, cioè destinati a nascere e ad entrare nel patrimonio del rinunziante: frattanto, essi, non solo non appartengono al rinunziante, ma non esistono neppure nel mondo giuridico, perché, non essendosi aperta la successione, nessun diritto all'eredità e nessun diritto del successibile sul bene oggetto di legato può concepirsi».

[3] V. V. BARBA, *Divieto di patti successori e principio di indisponibilità, tra vivi, della delazione*, in Annali S.i.s.di.c., I, 2017, 156, che scrive: «La categoria degli atti a causa di morte non si può contrapporre a quella degli atti *inter vivos*, dacché non v'è dubbio che si possano ipotizzare, a prescindere dalla loro validità, negozi a causa di morte *inter vivos*, come, a esempio, il patto successorio istitutivo. Né può giovare la contrapposizione tra atti *mortis causa* e atti di ultima volontà, dacché se è vero che i secondi sono anche atti *mortis causa*, non è vero che tutti gli atti a causa di morte sono anche atti di ultima volontà e, a tal proposito, torna l'esempio del patto successorio istitutivo. In conseguenza, la categoria dei negozi a causa di morte non copre soltanto i negozi di ultima volontà, bensì anche i negozi tra vivi (es. contratto successorio istitutivo). Piuttosto v'è da osservare che mentre l'atto di ultima volontà è sempre un atto a causa di morte,

completo il significato del riferito principio di indisponibilità tra vivi della delazione, appare sostanzialmente condivisibile quella dottrina che definisce il patto successorio come negozio non testamentario avente ad oggetto un bene considerato come entità di una futura successione[4]. Invero, dal momento che il negozio tra vivi si contrappone all'atto di ultima volontà e che, sia pure con qualche semplificazione dogmatica, l'atto di ultima volontà coincide nel nostro ordinamento con il testamento, la definizione da ultimo indicata tende di fatto a sovrapporsi a quella dianzi proposta di patto successorio come atto tra vivi dispositivo della delazione.

Tale definizione ha il pregio di cogliere, con una concisa formula, il nucleo fondamentale di ogni patto successorio, ponendone in luce i due elementi veramente (co)essenziali: *a*) l'elemento oggettivo (un bene o un diritto compreso nella successione non ancora aperta di una persona vivente) e *b*) l'elemento strutturale/funzionale (un negozio non testamentario, ossia un atto tra vivi che tuttavia, incidendo su entità di una futura successione, non può che essere a causa di morte). Ha inoltre il pregio di offrire un valido criterio, più preciso e più agevolmente utilizzabile rispetto ad altri frammentari e sovrabbondanti pure proposti in dottrina e giurisprudenza[5], per distinguere i patti successori vietati da quegli atti dispositivi che, pur variamente legati alla futura morte di una persona vivente, esulano dal campo operativo del divieto.

l'atto *inter vivos* può, invariabilmente, esserlo o no, con precisazione che quando esso è a causa di morte, non ha più senso ripetere che è anche *inter vivos*, piuttosto precisare che non è di ultima volontà».

[4] In particolare G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 2009, 39.

[5] Ci si riferisce in particolare a Cass. civ., sez. III, 22 luglio 1971, n. 2424, in *Foro it*., 1972, I, 700-704, poi spesso ripresa in successive pronunce di legittimità, la quale, nel tentativo di offrire una completa descrizione dei requisiti caratterizzanti il patto successorio, precisa quanto segue: «per poter stabilire se una determinata pattuizione ricada sotto la comminatoria di nullità di cui al cit. art. 458 occorre accertare: 1) se il *vinculum iuris* con essa creato abbia avuto la specifica finalità di costituire, modificare, trasmettere od estinguere diritti relativi ad una successione non ancora aperta; 2) se le cose o i diritti formanti oggetto della convenzione siano stati considerati dai contraenti come entità della futura successione o debbano, comunque, essere compresi nella stessa; 3) se il promittente abbia inteso provvedere in tutto od in parte alla propria successione, privandosi, cosí dell'*ius poenitendi*; 4) se l'acquirente abbia contratto o stipulato come avente diritto alla successione stessa; 5) se il convenuto trasferimento dal promittente al promissario avrebbe dovuto aver luogo *mortis causa* e, cioè, a titolo di eredità o di legato». Sembra però evidente che i criteri di individuazione dei patti successori indicati in questa pronuncia non siano poi così decisivi, non potendosi dubitare, solo per fare un esempio, che il criterio di cui al n. 3 riguardi esclusivamente i patti istitutivi.

2. Analisi di due decisioni giudiziarie alla luce del criterio proposto

Come è stato sopra illustrato, il criterio decisivo per accertare la riconducibilità di un dato atto alla categoria dei patti successori è quello di verificare se esso sia o meno tale da violare il principio generale che vieta gli atti tra vivi di disposizione della delazione. Assumendo tale criterio come regola base di indagine, si può agevolmente notare come spesso, anche nella giurisprudenza, il concetto di patto successorio sia stato oggetto di una comprensione sfocata e imprecisa.

In questa sede vengono brevemente analizzati due casi portati all'attenzione dell'autorità giudiziaria e da cui sono scaturite alcune decisioni che, a parere di chi scrive, rivelano gli equivoci logici in cui spesso incorrono gli interpreti nel fronteggiare l'istituto di cui si tratta.

Ecco il primo caso sinteticamente descritto: un soggetto dona ai suoi due figli alcuni immobili di cui è proprietario e, nello stesso giorno, i beneficiari della donazione e la loro sorella, altra figlia del donante, sottoscrivono una scrittura privata con la quale quest'ultima dichiara di assentire alla donazione a fronte dell'impegno dei fratelli di versarle una somma di denaro a tacitazione dei suoi diritti di legittimaria. Nel giudizio introdotto dopo la morte del donante si era tra l'altro discusso della validità della menzionata scrittura privata che era stata contestata siccome integrante un patto successorio, con la conseguente richiesta di ripetizione delle somme pagate in esecuzione della stessa. Orbene, mentre il giudice di merito escluse la sussistenza di un patto successorio per la ragione che la scrittura costituiva una transazione, la Corte di Cassazione pervenne a conclusioni opposte, ritenendo che il controverso accordo violasse il disposto dell'art. 458 c.c.[6]

Sia nella decisione del giudice di merito che in quella del giudice di legittimità sono ravvisabili, ad avviso dello scrivente, due errori di carattere concettuale.

L'errore del giudice di merito sta nell'aver posto il patto successorio e la transazione in un rapporto di alternatività, come se la riconducibilità di un atto ad uno schema contrattuale tipico potesse di per sé escludere la configurabilità del patto vietato dall'art. 458 c.c. Di contro, il patto successorio non è un negozio tipico ma, con tutta evidenza, rappresenta una categoria negoziale trasversale, una qualificazione giuridica che può attagliarsi a una molteplicità di contratti tipici o atipici (il patto successorio può assumere la forma di una vendita, di una permuta, di una divisione, di una transazione ecc.).

[6] Cass. civ., sez. II, 29 novembre 2009, n. 24450, in *Riv. dir. civ.*, 2010, III, 305.

L'errore della Corte di Cassazione sta nell'aver ricompreso l'accordo ora in esame nell'ambito di applicazione dell'art. 458 c.c. e, quindi, nell'averlo ritenuto un patto successorio. Per meglio comprendere la critica che qui si muove occorre riprendere la definizione di patti successori come atti tra vivi dispositivi della delazione, cioè negozi non testamentari con cui si dispone di situazioni giuridiche comprese nel patrimonio ereditario e dunque suscettibili di formare oggetto di devoluzione in seguito alla morte del loro titolare. Partendo da questa definizione – che, come si è precisato, funge da criterio di individuazione dei patti successori – può affermarsi che, per la qualificazione della predetta scrittura privata in termini di patto successorio, sarebbe necessario che essa incida sulla delazione, cioè comporti una disposizione di beni o diritti compresi nell'asse. Ma, ad un attento esame, così non è.

Sebbene la sentenza in commento operi un richiamo, sia pure per escluderne l'applicabilità, all'art. 1424 c.c. e all'ipotetica convertibilità del contratto successorio nullo in un valido testamento (fattispecie che potrebbe logicamente ipotizzarsi solo rispetto ai patti istitutivi), non può seriamente dubitarsi che, se la scrittura privata in questione configurasse un patto successorio, essa apparterrebbe alla tipologia dei patti rinunciativi; deve infatti radicalmente escludersi che l'accordo concluso tra soggetti diversi dall'ereditando sia qualificabile come patto istitutivo il quale per sua stessa natura richiede la partecipazione del futuro *de cuius*. In questo caso, tuttavia, l'assenso della legittimaria alla donazione compiuta dal padre in favore degli altri figli – assenso che, per espressa disposizione legislativa[7], costituisce una modalità di rinuncia preventiva all'azione di riduzione – non è un atto dispositivo della delazione poiché oggetto delle rinuncia non è un diritto compreso nella successione ed oggetto di devoluzione in favore di eredi o legatari ma è invece il diritto alla reintegrazione della legittima, diritto che, come noto, lungi dal trasferirsi *mortis causa* dal *de cuius* al legittimario, spetta a quest'ultimo *iure proprio* in virtù dei suoi qualificati rapporti familiari con la persona della cui successione si tratta.

La correttezza della tesi qui sostenuta trova del resto una conferma di ordine sistematico proprio nel secondo comma dell'art. 557 c.c. che esclude la possibilità dei legittimari di rinunciare, finché vive il donante, al diritto di chiedere la riduzione delle donazioni lesive della legittima. È infatti evidente che, se la rinuncia preventiva all'azione di riduzione di donazioni potenzialmente lesive costituisse un patto successorio rinunciativo, la norma di cui al secondo comma dell'art. 557 sarebbe del tutto pleonastica in quanto non farebbe altro

[7] V. art. 557, comma 2, c.c.

che reiterare un divieto già sancito dall'art. 458 c.c. Se non si vuole arrivare a sostenere la superfluità della disposizione di cui al citato art. 557, comma 2, c.c., deve allora riconoscersi che essa delinea una fattispecie esulante dalla categoria contemplata dall'art. 458 c.c. e che dunque l'accordo con cui il legittimario rinuncia alla riduzione di donazioni prima della morte del donante non è un patto successorio. Tale accordo rinunciativo è sì nullo ma non per essere un patto successorio bensì per confliggere con il disposto dell'art. 557, comma 2, c.c.[8] Aderendo alla tesi propugnata, non può che risolversi in senso positivo anche la questione, ampiamente dibattuta in dottrina, della validità o meno della rinuncia all'azione di restituzione *ex* art. 563 c.c. durante la vita del donante. L'azione di cui trattasi, al pari dell'azione di riduzione di cui costituisce in certo senso un rafforzamento, non è trasmessa al legittimario in via successoria ma spetta a questi *iure proprio* sicché l'atto con cui si rinuncia preventivamente a tale mezzo di tutela non determina alcuna disposizione dei diritti ereditari oggetto di delazione e pertanto non viola l'art. 458 c.c. Né tale rinuncia può dirsi in contrasto con il secondo comma dell'art. 557 c.c. giacché l'azione di restituzione, pur essendo uno strumento predisposto dall'ordinamento per rendere più piena e completa la tutela del legittimario, è ben distinta, per natura, oggetto e finalità, dall'azione di riduzione soltanto alla quale il citato articolo di legge si riferisce. Si dissipano così, in modo lineare e senza ricorrere a forzature argomentative, le preoccupazioni di quanti, soprattutto in dottrina, hanno affrontato l'argomento della rinuncia preventiva all'azione di restituzione nella prospettiva di offrire una maggior tutela alla posizione del terzo avente causa dal donatario e rendere così più stabile e sicura la circolazione dei beni di provenienza donativa[9].

Chiudendo il discorso sul primo caso analizzato e prima di passare all'esame

[8] Per la verità il tenore letterale dell'art. 458 c.c. non sembra di per sé escludere la soluzione ermeneutica fatta propria dalla Corte di Cassazione, peraltro non solo nella sentenza in esame. Nella norma si fa riferimento alla rinuncia di «diritti che … possono spettare su una successione non ancora aperta»; un'interpretazione rigorosamente testuale del dato normativo potrebbe portare ad includere nella richiamata espressione anche il diritto alla reintegrazione della legittima lesa siccome diritto che, pur appartenendo iure proprio al legittimario, si riferisce sotto il profilo oggetto ad una successione altrui non ancora aperta. Ragioni di ordine logico-concettuale legate al più volte esposto principio giuridico che fonda il divieto dell'art. 458 c.c. e il rischio che l'art. 557, comma 2, c.c. si riduca a mera duplicazione di altra norma inducono però a preferire la diversa opzione interpretativa.

[9] Parte della dottrina, dando per pacifico che la rinuncia all'azione di riduzione durante la vita del donante costituisca un patto successorio, ha tentato di opporsi al comune convincimento che anche l'azione di restituzione, siccome costola della prima, sia compresa nel divieto posto dall'art. 458 c.c.; ma lo ha fatto non già argomentando l'irriconducibilità sul piano concettuale di siffatta rinuncia alla categoria dei patti successori bensì evidenziando come questo atto non confligga

del secondo, può conclusivamente affermarsi che il giudice di merito ha errato non nell'escludere la sussistenza di un patto successorio ma nell'individuare le ragioni di tale esclusione, mentre il giudice di legittimità ha errato non nel dichiarare la nullità dell'accordo ma nell'individuare il fondamento normativo della nullità.

Il secondo caso: due persone stipulano un contratto di mutuo con obbligo di restituzione rateale della somma prestata, nel quale è inserita una clausola in base alla quale il debito che dovesse eventualmente residuare al momento della morte del mutuante non dovrà essere restituito agli eredi di quest'ultimo. Il giudice di merito che si è occupato della controversia introdotta dagli eredi del mutuante per la declaratoria di invalidità della clausola appena descritta ha escluso la ricorrenza di un patto successorio vietato e ha invece affermato che il negozio in questione fosse un valido atto *inter vivos* con effetti *post mortem* e, più specificamente, integrasse una donazione con effetti differiti al momento della morte del donante (cd. donazione *cum moriar*)[10]. La decisione

con nessuna delle *rationes* politico-legislative del divieto dei patti successori rinunciativi. Si è così detto che l'azione di restituzione oggetto di rinuncia riguarderebbe uno specifico bene preveniente da una determinata donazione e di cui il rinunciante sarebbe in grado di conoscere esattamente il valore, con la conseguenza che non sussisterebbe qui il rischio di commettere un atto di prodigalità dovuto all'imprudenza o all'inesperienza; e, ancora, che la rinuncia si riferirebbe ad un bene che non appartiene alla sfera patrimoniale del futuro *de cuius* ma che, proprio per effetto, della donazione, ne è già fuoriuscito sicché in essa non sarebbe ravvisabile alcun intento immorale legato alla speculazione sulla morte di una persona. In questi termini cfr. G. IACCARINO, *Rinuncia all'azione di restituzione, prima della morte del donante*, in *Fam. pers. e succ.*, I, 2012, 89. Siffatte ricostruzioni dottrinarie sono peraltro espressive di una generale tendenza a ridurre gli ostacoli alla circolazione di beni provenienti da donazioni, dando maggiore spazio all'autonomia privata concretantesi in atti di rinuncia preventiva a diritti e azioni che l'ordinamento accorda ai legittimari. A livello normativo questa tendenza è ad esempio emersa con la riforma dell'art. 563 c.c. (per effetto del d.l. 4 marzo 2005, n. 35, conv. in l. 14 maggio 2005, n. 80), riforma che ha tra l'altro previsto che l'azione di restituzione nei confronti del terzo acquirente del bene immobile donato non possa essere proposta dopo il decorso di venti anni dalla trascrizione della donazione oggetto di riduzione. Al livello giurisprudenziale merita di essere ricordato l'orientamento della Suprema Corte – anch'esso di fatto protettivo della posizione del terzo acquirente del bene donato siccome escludente la possibilità del legittimario leso di agire in restituzione *ex* art. 563 c.c. – secondo cui alla riduzione della liberalità indiretta non si applica il principio della quota legittima in natura (connaturata all'azione nell'ipotesi di donazione ordinaria di immobile *ex* art. 560 c.c.) poiché l'azione non mette in discussione la titolarità dei beni donati e l'acquisizione riguarda il loro controvalore, mediante il metodo dell'imputazione, con la conseguenza che, mancando il meccanismo di recupero reale della titolarità del bene, il valore dell'investimento finanziato con la donazione indiretta dev'essere ottenuto dal legittimario leso con le modalità tipiche del diritto di credito (cfr. Cass., 12 maggio 2010, n. 11496).

[10] Trib. Udine, 20 ottobre 2014, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 375 ss., con nota di F. VIGLIONE, *La remissione del debito alla prova del divieto dei patti successori istitutivi*.

si pone nel solco di quell'indirizzo giurisprudenziale che, come spesso si commenta in dottrina, tenderebbe ad erodere la portata del divieto dei patti successori valorizzando la distinzione tra negozi non testamentari *mortis causa* (posti in essere in previsione e in funzione della morte del disponente e perciò invalidi siccome integranti patti istitutivi) e negozi tra vivi *post mortem* o sotto modalità di morte (validi perché in essi la morte del disponente assume il ruolo di mera occasione dalla quale dipende la produzione degli effetti voluti)[11]. Quello che più rileva nell'esame di questa pronuncia è però il fatto che il giudice sia pervenuto alla soluzione della vicenda litigiosa aderendo alla tradizionale opinione che contrappone l'atto *inter vivos* all'atto *mortis causa* ed escludendo la natura *mortis causa* dell'accordo sottoposto alla sua attenzione alla luce dell'irrevocabilità dello stesso («l'eventuale ripensamento avuto dalla disponente in epoca successiva alla dazione del mutuo è irrilevante») e della sua attitudine all'immediata produzione di effetti («disposizione immediatamente produttiva di effetti, anche se differiti al momento della morte»). In buona sostanza sembra che il decidente abbia ritenuto che gli elementi caratterizzanti la clausola controversa ne imponessero la sua qualificazione come atto tra vivi e, di conseguenza, ne escludessero una diversa qualificazione in termini di atto a causa di morte[12].

[11] Sembra ormai superato quell'indirizzo dottrinario, indubbiamente poco coerente sia con la lettera che con lo spirito dell'art. 458 c.c., secondo cui il divieto dei patti successori andrebbe esteso a ogni contratto legato alla morte di un soggetto vivente e nel quale la morte opera come motivo che ha spinto le parti alla stipulazione. Un'eco di questa impostazione sembra peraltro trovarsi anche in una non recente sentenza della Suprema Corte che, nel negare concreto rilievo alla distinzione tra donazione *mortis causa* e donazione *post mortem*, ha così statuito: «il negozio con il quale un soggetto disponga in vita di un proprio diritto, con effetti decorrenti dalla data della propria morte, attribuendo ad un altro soggetto il godimento di un immobile a partire dal giorno in cui esso dichiarante avrà cessato di vivere, anche se strutturato nella forma di atto *inter vivos* sottoposto alla condizione sospensiva della premorienza del titolare del diritto, concreta una disposizione successoria, in quanto la sua funzione è quella di permettere al dichiarante di disporre della propria successione per quando avrà cessato di vivere ed è quindi nullo poiché urta contro il divieto dei patti successori» (Cass. civ, sez. I, 24 aprile 1987, n. 4053, in *Vita not*., 1987, IV, 753 ss.).

[12] La soluzione cui è pervenuto il giudice friulano risente forse dell'impostazione adottata da Cass. civ., sez. II, 9 luglio 1976, n. 2619 in *CED*, n. 381414 che infatti sembra ricollegare la validità della donazione *post mortem* alla irrevocabilità *ab initio* del negozio. Questa la massima: «La donazione *si moriar* é valida e non costituisce patto successorio ove risulti che il contratto è perfetto e irrevocabile *ab initio* mentre solo il suo effetto e subordinato alla condizione della morte del donante: in tale fattispecie, infatti, il donante non dispone della propria successione, ma di un proprio bene, limitandosi a subordinare l'efficacia dell'atto dispositivo all'evento costituito dalla sua morte, mentre è invece invalida la donazione in cui l'evento-morte costituisce causa dell'attribuzione, nel qual caso la donazione diviene perfetta solo con la morte del donante».

Per cogliere l'equivoco logico in cui è caduto il giudice soccorre ancora una volta la definizione di patti successori come "atti tra vivi dispositivi della delazione" nonché quanto sopra detto a proposito delle nozioni di atto *inter vivos* e di atto *mortis causa*. Non può seriamente dubitarsi, come correttamente evidenziato dall'Ufficio udinese, che la clausola contrattuale prevedente la liberazione dal debito alla morte del mutuante fosse irrevocabile e perciò destinata a produrre con immediatezza un primo effetto, sia pure di carattere preliminare, che è quello di vincolare i contraenti all'impegno assunto, impedendone uno scioglimento unilaterale. Tale carattere della clausola ne giustifica senz'altro la riconducibilità alla categoria dei negozi *inter vivos*. Ma ciò non è tuttavia sufficiente per escludere la sua qualificazione come patto successorio; anzi, come si è visto i patti successori sono necessariamente negozi tra vivi e l'irrevocabilità è un elemento che li contraddistingue (oltre ad essere, quanto ai patti istitutivi, proprio una delle ragioni "politiche" che sono a base della loro proibizione).

Una volta esclusa l'equazione "atto *inter vivos* = atto non *mortis causa*" è chiaro che l'accertamento della natura *inter vivos* di un negozio non esaurisce l'indagine circa la sua inclusione o meno nel divieto dell'art. 458 c.c. Deve invece altresì verificarsi se tale negozio sia o meno *mortis causa* e nello svolgimento di questo esame sembra ancora oggi utile avvalersi della ricostruzione del Giampiccolo secondo cui l'atto è *mortis causa* quando con esso si regolano rapporti o situazioni giuridiche che vengono a formarsi in via originaria con la morte del soggetto o che, dalla sua morte, traggono comunque una loro autonoma qualificazione[13]. Affinché un atto possa definirsi *mortis causa* è quindi necessario che il suo oggetto sia determinato, quanto ad esistenza, consistenza e modo di essere, al momento della morte della persona, costituisca cioè un *quod superest*.

Orbene, seguendo queste coordinate sembra difficile negare che la clausola contenuta nel contratto di mutuo configuri un negozio *mortis causa*. Il bene oggetto della disposizione liberale, ricondotta dal giudice ad una remissione di debito, non è esattamente individuato *ab initio* in quanto l'ammontare della somma residua rimessa al mutuatario e la stessa esistenza di un residuo da rimettere sono determinati dalla morte del mutuante; la morte del disponente non è il semplice evento da cui dipende la produzione di effetti già definiti ma è l'elemento che concorre, sul piano oggettivo-funzionale, a determinare l'esistenza e il *quantum* dell'attribuzione di beni, che si pongono appunto come un *quod superest*. Il negozio è pertanto un legato di liberazione del debito

[13] In questi termini G. GIAMPICCOLO, *Atto* mortis causa, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959.

disposto in forma contrattuale, un atto tra vivi che dispone della delazione, in definitiva un patto successorio istitutivo che non può sottrarsi alla sanzione di invalidità prevista dalla legge.
L'esame delle due fattispecie controverse e delle relative decisioni giudiziarie ha fornito l'occasione per "mettere alla prova" il qui proposto criterio di individuazione dei patti successori nonché per valutare, alla luce di esso, la correttezza o meno di quelle pronunce che, pur relativamente recenti, sembrano ancora influenzate da una tradizionale concezione del patto successorio non del tutto in linea con il riferito principio giuridico che ne è alla base, quello che vieta gli atti tra vivi di disposizione della delazione.
Nel primo caso la decisione dell'autorità è stata il frutto di un'inesatta comprensione dell'elemento oggettivo del patto (non essendo il diritto alla reintegrazione della legittima lesa una componente della delazione), nel secondo caso l'equivoco ha riguardato l'elemento strutturale (dal momento che l'irrevocabilità del negozio e la sua natura di atto *inter vivos* non sono tali da escludere la configurabilità di un patto successorio istitutivo).

3. Profili di disciplina. Il regime giuridico degli atti esecutivi di patti successori obbligatori

In un corso dedicato alle invalidità negoziali e ai relativi mezzi di impugnazione, una sia pur breve riflessione sui patti successori non può prescindere dall'esame del regime giuridico cui essi soggiacciono.
Trova tendenziale applicazione l'intera disciplina comune in materia di nullità negoziali. La nullità dei patti successori può dunque essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse ed è rilevabile d'ufficio dal giudice (art. 1421 c.c.); la relativa azione è imprescrittibile, salvi gli effetti dell'usucapione e della prescrizione delle domande di ripetizione (art. 1422 c.c.); trova applicazione il principio generale che nega la sanatoria dei negozi nulli (art. 1423 c.c.).
Unica significativa deroga rispetto alla disciplina generale dei contratti è costituita dall'inapplicabilità della disposizione di cui all'art. 1424 c.c. La questione si è posta in particolare con riguardo al patto successorio istitutivo, essendosi discussa la possibilità di una sua conversione in un valido testamento del quale contenga i requisiti di forma.
A tale questione è stata data, in modo pressoché unanime, risposta negativa. Si è infatti detto che la conversione è esclusa quando, come nella specie, la nullità del negozio da convertire dipenda da illeceità per contrasto con norme

imperative; che ammettere la conversione significherebbe svuotare di senso il divieto di legge poiché in questo modo ogni patto successorio istitutivo autografo finirebbe per produrre effetti trasformandosi in un testamento; che l'art. 1424 c.c. consentirebbe soltanto la convertibilità di un negozio in altro della stessa natura (da contratto in contratto o da atto unilaterale in atto unilaterale ma non da contratto in atto unilaterale); che una diversa soluzione consentirebbe di realizzare proprio il risultato che il legislatore intende evitare, ossia vincolare l'ereditando al rispetto di impegni assunti con terzi in ordine alla propria successione[14].

Quelli espressamente contemplati dall'art. 458 c.c. e a cui si è fin qui fatto riferimento sono i patti successori cd. reali. Discorso più complesso meritano i patti successori cd. obbligatori, ovverosia gli atti *inter vivos* con i quali non si dispone direttamente della propria o della altrui successione non ancora aperta ma ci si impegna a farlo.

Non si dubita che il divieto dei patti successori e la relativa comminatoria di nullità colpiscano anche quelli di tipo obbligatorio. È invece dibattuto il regime giuridico degli atti esecutivi di questo genere di patti, in particolare del testamento esecutivo di patti successori istituti, essendo state sostenute le tesi più varie, da quella che ne predica in linea di principio la validità a quello che ne sostiene la nullità più radicale ed insanabile[15].

Le tesi che prevalgono sono però quella della nullità del negozio per motivo illecito e quella (dallo scrivente ritenuta preferibile) dell'annullabilità del testamento per errore sul motivo.

Per spiegare le ragioni della preferenza accordata alla seconda delle tesi ora citate occorre considerare che, quanto ai rapporti tra patto successorio istitutivo obbligatorio e testamento esecutivo possono in buona sostanza verificarsi tre situazioni:

a) l'ereditando, nel discutere con altri della propria futura successione, potrebbe limitarsi ad esprimere un generico intento di disporre dei propri beni in un determinato modo per il tempo in cui avrà cessato di vivere. In tal caso

---

[14] Per una puntuale spiegazione delle ragioni dell'inapplicabilità dell'art. 1424 ai patti successori istitutivi cfr. Cass. civ., sez. II, 14 luglio 1983, n. 4827 in *Riv. not*., 1984, I, 245 ss.

[15] La prima tesi è stata sostenuta da chi, partendo dal presupposto che l'impegno a testare in un certo modo sia nullo, ritiene che il testamento attuativo di tale impegno non potrebbe dirsi compiuto iure cogente e, di conseguenza, sarebbe in linea di massima valido: in questo senso v. L. CARIOTA-FERRARA, *Le successioni per causa di morte*, I, *Parte Generale*, cit., 50 ss. Sul versante opposto si pongono quegli autori che riconducono il testamento esecutivo di un patto successorio alla categoria del negozio nullo per illiceità della causa, escludendone altresì la sanatoria ai sensi dell'art. 590 c.c.: così L. BIGLIAZZI GERI, *Il Testamento*, Milano, 1976, 126.

non è neppure configurabile un patto successorio (si tratta infatti della mera manifestazione di un proposito, del tutto priva di valenza negoziale) sicché il successivo testamento che dovesse essere conforme all'intento manifestato non presenterebbe alcun profilo di invalidità sotto il profilo qui esaminato[16].

b) Il testatore, pur avendo concluso un vero e proprio accordo successorio e pur sentendosi effettivamente vincolato al rispetto dello stesso, potrebbe porre in essere un testamento che, sebbene conforme all'accordo, formerebbe comunque. In questa ipotesi non si può propriamente parlare di testamento esecutivo in quanto il negozio non è stato compiuto in esecuzione del patto bensì sulla base di una volontà del suo autore formatasi liberamente.

Il fatto che le disposizioni testamentarie siano in linea con l'impegno pattizio pregresso ha un rilievo del tutto marginale, non trattandosi di una circostanza determinante del negozio. Il testamento in questo modo formato è dunque valido.

Sarebbe invero assurdo che, una volta concluso un patto successorio istitutivo obbligatorio, l'interessato non possa mai più testare in modo conforme a quel patto.

A tale ipotesi è peraltro sostanzialmente assimilabile quella in cui l'interessato, dopo aver concluso un accordo avvertito come vincolante, si renda conto che il patto è nullo e improduttivo di effetti ma ciononostante si determini egualmente alla formazione di un testamento dal contenuto corrispondente a quello concordato.

c) L'ereditando forma un testamento conforme al patto da lui stipulato al solo fine di adempiere a quanto convenuto. Soltanto in quest'ultimo caso viene in

[16] È del resto noto che il patto successorio, per essere tale, deve concretarsi in un accordo astrattamente idoneo a far sorgere in capo al disponente un vero e proprio vinculm iuris, ossia un vincolo che, in mancanza della previsione dell'art. 458 c.p.c., sarebbe effettivamente valido ed impegnativo. In questi termini cfr. Cass. civ, sez. II, 9 maggio 2000, n. 5870, in Riv. not., I, 2001, 227 dove si legge: «Ricorre un patto successorio istitutivo, nullo ai sensi dell'art. 458 c.c. nella convenzione avente ad oggetto la disposizione di beni afferenti ad una successione non ancora aperta che costituisca l'attuazione dell'intento delle parti, rispettivamente, di provvedere in tutto o in parte alla propria successione e di acquistare un diritto sui beni della futura proprietà a titolo di erede o legatario. Tale accordo deve essere inteso a far sorgere un vero e proprio vinculum iuris di cui la successiva disposizione testamentaria costituisce l'adempimento. Conseguentemente deve essere esclusa la sussistenza di un patto successorio quando tra le parti non sia intervenuta alcuna convenzione e la persona della cui eredità trattasi abbia solo manifestato verbalmente all'interessato o a terzi l'intenzione di disporre dei suoi beni in un determinato modo, atteso che tale promessa verbale non crea alcun vincolo giuridico e non è quindi idonea a limitare la piena libertà del testatore che è oggetto di tutela legislativa».

rilievo un testamento esecutivo di un patto successorio e solo rispetto ad esso può porsi una questione di validità.
Orbene, l'ereditando che decida di testare in un certo modo all'esclusivo scopo di rispettare gli impegni presi evidentemente erra nell'attribuire a tali impegni un'efficacia giuridicamente vincolante di cui essi sono in realtà privi (giacché se invece fosse consapevole della loro nullità, si ricadrebbe nell'ipotesi descritta *sub* lett. *b*) e vorrebbe dire che il testamento è stato formato liberamente). L'errore in questione è un errore (di diritto) sul motivo del negozio ed è allora consequenziale che il testamento propriamente esecutivo di un patto successorio sia annullabile per errore sul motivo ai sensi dell'art. 624, comma 2, c.c. e nei limiti previsti da questa disposizione (il motivo deve risultare dal testamento e deve essere il solo che ha determinato il testatore a disporre)[17].
Non sembra invece corretta la tesi della nullità del testamento per motivo illecito. Il motivo che sta alla base di un testamento genuinamente esecutivo di un patto successorio è l'interesse ad adempiere un obbligo giuridico; tale motivo non può certo considerarsi illecito, trattandosi piuttosto di un interesse non solo non confliggente con alcuna norma imperativa ma, anzi, del tutto meritorio.
Che poi il ritenuto obbligo giuridico non sussista è aspetto che riguarda il profilo della formazione della volontà – volontà che deve infatti considerarsi viziata per errore sul motivo – e ci riconduce all'ipotesi di annullabilità prima esaminata.
L'art. 626 c.c., norma che disciplina la nullità delle disposizioni testamentarie per illeceità del motivo, sembra piuttosto contemplare l'ipotesi in cui il testatore abbia disposto in un certo modo al fine consapevole di realizzare uno scopo illecito; ipotesi che non si attaglia al caso del testamento esecutivo di un patto successorio obbligatorio perché, come si è detto, l'eventuale consapevolezza della nullità del patto successorio escluderebbe che l'ereditando abbia testato al solo fine di dare esecuzione al patto e dunque non potrebbe che escludere in radice l'operatività del citato art. 626 che tra l'altro condiziona la nullità del testamento alla circostanza che il motivo sia l'unico ad aver determinato il testatore a disporre.
Concludendo sul punto e anche volendo prescindere dall'adesione ad una delle due tesi, non può mancarsi di rilevare come, a fronte di un divieto legale così rigoroso come quello dell'art. 458 c.c., la tutela offerta dall'ordinamento

[17] Il motivo deve essere determinante poiché altrimenti, come sopra precisato, il testamento non potrebbe propriamente considerarsi esecutivo di un patto successorio; deve risultare dal testamento perché, nell'evidente difficoltà di condurre un'indagine sui moventi psicologici di una persona defunta, si è voluto ancorare l'accertamento giudiziale dei motivi a un dato fornito di obiettiva verificabilità.

tenda a restringersi notevolmente rispetto agli atti esecutivi di patti successori obbligatori, essendo altamente improbabile che un testamento contenga un chiaro riferimento al patto successorio di cui costituisce attuazione e venendo così a mancare una delle condizioni che possono dare giuridica rilevanza all'errore sul motivo o all'illeceità dello stesso[18].

[18] Un restringimento della tutela è ravvisabile anche con riguardo agli atti esecutivi di patti rinunciativi obbligatori (l'eventuale rinuncia esecutiva potrebbe infatti essere impugnata, ai sensi dell'art. 526 c.c., solo per violenza o dolo ma non anche per errore) nonché agli atti esecutivi di patti dispositivi obbligatori (in questo caso troverebbe sì applicazione la disciplina generale dell'errore di diritto di cui all'art. 1429, n. 4 c.c. ma la riconducibilità dell'invalidità alla categoria dell'annullabilità già di per sé rappresenta un abbassamento della risposta sanzionatoria rispetto a quella prevista dall'art. 458 c.c.

Le nullità speciali nella disciplina catastale ed urbanistica

Angelo Turco
Notaio in Castellaneta

Lo studio si inserisce nel dibattito afferente al tema delle nullità speciali nella contrattazione immobiliare attraverso una disamina della nullità sancita in materia catastale e della nullità prescritta per gli atti aventi ad oggetto immobili abusivi. Seguendo un percorso ricostruttivo di coordinamento della normativa speciale con quella generale, l'analisi affronta la questione relativa alla qualificazione delle predette nullità speciali, in termini di nullità formale o sostanziale

The present work is part of the debate concerning the issue of special invalidities in real estate transaction through an examination of the nullity set out in the cadastral registry matters and of the invalidity prescribed for deeds concerning abusive buildings. Coordinating the special legislation with the general one, the analysis deals with the question concerning the qualification of the aforementioned special nullities, in terms of formal or substantial nullity.

Sommario: 1. Premessa. – 2. La nullità speciale nella disciplina catastale. – 2.1. Aspetti introduttivi. – 2.2. L'identificazione del bene alla luce della nuova disciplina in tema di conformità catastale. – 2.3. Atto di individuazione e conformità catastale. – 2.4. La nullità (documentale). – 3. La nullità degli atti aventi ad oggetto immobili realizzati abusivamente. 3.1. L'evoluzione normativa. – 3.2. La nullità comminata dalla disciplina speciale in materia urbanistica. – 3.3. Osservazioni conclusive.

1. Premessa

Nella trattazione del tema delle nullità speciali nella contrattazione immobiliare, l'accostamento della disciplina in materia di conformità catastale con quella dettata in materia urbanistica trova la sua giustificazione nel difficile compito rimesso all'interprete di qualificare l'invalidità negoziale ivi sancita in termini di nullità formale o sostanziale.

Si tratta di un compito reso ancor più difficile dall'attuale quadro normativo, improntato ad un'impostazione relativistica e pluralistica dei rimedi di invalidità ove, non solo è venuta a sfumare la distinzione fra nullità e annullabilità, ma sono state introdotte figure carenti di una completa e organica regolamentazione di dettaglio, non riconducibili *sic et simpliciter* alla disciplina del codice civile. Sebbene l'analisi della questione, a seconda della disciplina di riferimento, possa condurre a soluzioni differenti, entrambi i percorsi ricostruttivi richiedono non solo un'attività di coordinamento della normativa speciale con quella generale, ma altresì che l'interprete operi nella piena e totale convinzione dell'unitarietà del sistema.

2. La nullità speciale nella disciplina catastale

2.1. Aspetti introduttivi

La scelta legislativa di sanzionare con la nullità la violazione dell'art. 29, comma. 1-*bis*, l. 27 febbraio 1985, n. 52[1] impone all'interprete un'analisi attenta, volta a delineare l'esatto ambito applicativo della disposizione, senza poter prescindere da taluni approfondimenti che guardino alla teoria generale,

[1] Sulla conformità catastale si veda, tra gli altri, A. RUOTOLO, *La dichiarazione di conformità allo stato di fatto dei dati catastali e delle planimetrie (nota a Cass., 11 aprile 2014, n. 8611)*, in *Riv. not*., 2014, 313; ID., *Trasferimento della sede di società di* leasing *e conformità soggettiva* ex *d.l. n. 78 del 2010*, in *Studi e materiali*, 2011, 4, 1505; L. IBERATI, *Considerazioni su alcuni*

con specifico riferimento al bene dedotto nella prestazione contrattuale[2], al momento della sua identificazione[3] ed alla correlata questione della relazione tra descrittiva negoziale ed atto di individuazione[4].

Si tratta di capire quale sia la vera funzione che, per il tramite della norma, il legislatore intende assegnare agli identificativi catastali, al riferimento alla planimetria ed alla dichiarazione di conformità, avuto riguardo sia all'atto che al rapporto giuridico, in quello che, nella teoria generale dei beni, è il collegamento stretto, mediato dalla rappresentazione descrittiva dell'oggetto, tra il contenuto negoziale ed il termine esterno. Indagine di per sé non facile, e che diviene ancor più difficoltosa lì dove si cerchi di non imbattersi in questioni ancor più generali che attengono propriamente alla nozione di oggetto del contratto ed ai suoi plurimi significati[5], frutto di costruzioni dottrinali che spesso, muovendo

aspetti della normativa in tema di conformità catastale, in VINCI – VOLPE (a cura di), *L'immobile e l'impresa*, Milano 2013, 177; ID., *La conformità catastale: considerazione su alcuni aspetti della normativa incidenti sulle tecniche redazionali*, in *Notariato*, 2012, 149; G. TRAPANI, *Dichiarazione di conformità ai sensi dell'art. 29, comma 1-bis della legge n. 52 del 1985 da parte di soggetto non vedente*, in *Studi e materiali*, 2012, 1, 328; ID., *Conformità catastale e posti auto a raso accatastati in categoria C/6*, in *Studi e materiali*, 2012, 1, 322; ID., *La multiproprietà e la coerenza ipocatastale*, in *Studi e materiali*, 2011, 4, 1147; A. PISCHETOLA, *Costruzioni rurali «strumentali» diverse da abitazione e d.l. n. 78 del 2010*, in *Studi e materiali*, 2011, 3, 1107; M. LEO, *Dichiarazione di conformità catastale* ex *art. 29, comma 1*-bis *della legge 27 febbraio 1985, n. 52*, in *Studi e materiali*, 2011, 2, 627; M. CEOLIN, *La conformità oggettiva e soggettiva nel d.l. 31 maggio 2010 n. 78 (conv. in l. 31 luglio 2010, n. 122) e il problema della nullità degli atti*, in *Riv. not.*, 2011, 335; ID., *La rilevanza civilistica della c.d. conformità oggettiva e soggettiva: note sul d.l. 31 maggio 2010, n. 78 (conv. in l. 31 luglio 2010, n. 122)*, in *Studium iuris*, 2011, 773 e 925; G. PETRELLI, *Conformità catastale e pubblicità immobiliare. L'art. 29, comma 1*-bis*, della legge 27 febbraio 1985, n. 52*, Milano, 2010. Sul tema, altresì, Parere Agenzia entrate 6 aprile 2016, n. 2016/50397, in *Riv. not.*, 2016, 799; Circ. Agenzia territorio 18 novembre 2011 n. 7/T; Circ. Agenzia territorio 10 agosto 2010 n. 3/T; Circ. Agenzia territorio 9 luglio 2010 n. 2/T.

[2] E. GABRIELLI, *L'oggetto del contratto. Artt. 1346-1349*, in *Comm. cod. civ.*, Milano, 2015; ID., *Storia e dogma dell'oggetto del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 327 s.; ID., *Il contenuto e l'oggetto*, in GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, in RESCIGNO – GABRIELLI (diretto da), *Tratt. dei contratti*, Torino, 2006, I, 695 ss.; R. SACCO, *Determinazione dell'oggetto del contratto*, in *Dig. civ.*, Torino, 2010, 529.

[3] Il problema dell'identificazione del bene secondo V. ROPPO, *Il contratto*, in IUDICA – ZATTI (diretto da), *Tratt. di dir. priv.*, Milano, 2011, 329 coincide (almeno in parte) con il problema della determinazione dell'oggetto quando la prestazione contrattuale è l'attribuzione di un bene.

[4] Sul punto, per un ampio approfondimento, si rinvia a A. AURICCHIO, *La individuazione dei beni immobili*, Napoli, 1960, 93 ss.; E. GABRIELLI, *L'oggetto del contratto. Artt. 1346-1349*, cit., 147 ss.

[5] Ci si riferisce alla nozione di oggetto del contratto ed alla pluralità di significati che la stessa può assumere in termini di bene "nudo", di bene dovuto o di contenuto contrattuale. Sul punto

senza alcun argine legislativo dall'assenza di una definizione testuale e dalla mancanza di una rigorosa terminologia[6], cercano invano di riunificarsi in una definizione unitaria[7].

La descrittiva dell'oggetto, sia nel suo momento formale che sostanziale, diviene pertanto uno dei punti focali della questione, e con essa gli aspetti rappresentativi che permettono la raffigurazione del bene, i referenti contenutistici dell'identità dell'oggetto descritto, la sua denotazione strutturale, materiale e la sua connotazione funzionale[8].

L'identità del bene immobile, ovvero l'insieme delle sue particolari caratteristiche, che permettono di distinguerlo dagli altri, viene accertata attraverso il procedimento di identificazione[9], il più delle volte avvalendosi di elementi distintivi precedentemente attribuiti in via convenzionale al bene al fine di contraddistinguerlo, di solito per esigenze connesse alla sua migliore circolazione[10]. L'indicazione del bene immobile, definita quale risultato dell'attività di identificazione[11], si realizza difatti con l'assunzione nella struttura negoziale dell'entità esterna, attraverso un fenomeno di "*relatio*" a dati esterni all'atto, non solo fisici ma anche ideali; attraverso tale procedimento, definito quale "rappresentazione", si ottiene una riproduzione intellettuale di una realtà sperimentalmente percepita (o percepibile)[12].

si rinvia a V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 327; ma si veda, altresì, P. PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri. I. La compravendita di "cosa futura"*, Napoli, 1962, 69; N. IRTI, voce *"Oggetto del negozio giuridico"*, in *Nss. D.I.*, XXIX, 799 e ss.; P. GALLO, *Trattato del contratto*, II, Torino, 2010, 860.

[6] Per una ricostruzione normativa ed una disamina degli orientamenti si veda, tra gli altri, G. ALPA – R. MARTINI, voce *"Oggetto del negozio giuridico"*, in *Dig. civ.*, XIII, Milano, 2013, 35 ss.

[7] V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 315 ss.; G.B. FERRI, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Rimini, 1992, 168 ss.

[8] L'opportunità di distinguere nella descrittiva contrattuale tra il profilo formale ed il profilo sostanziale (o contenutistico) viene rilevata da E. GABRIELLI, *L'oggetto del contratto. Artt. 1346-1349*, cit., 147 ss.

[9] M.C. BIANCA, *Diritto civile*, 6, *La proprietà*, Milano, 1999, 55.

[10] S. SANGIORGI, *Multiproprietà immobiliare e funzione del contratto*, Napoli, 1983, 50 ss.

[11] G. PETRELLI, *L'individuazione dei beni immobili nel pensiero di Alberto Auricchio e nell'evoluzione successiva del sistema*, in *Riv. not.*, 2016, 28.

[12] Secondo E. GABRIELLI, *L'oggetto del contratto. Artt. 1346-1349*, cit., 46 il mezzo di comunicazione, il "riferimento" del negozio al termine esterno deve configurare innanzitutto un "tipo di esistenza formale della realtà esterna", cioè un modo in cui questa si presenta al negozio. Così da rispondere ad un'esigenza propria della logica interna del negozio, quella di concepire questo riferimento come "modalità di partecipazione" della realtà materiale a quella ideale del regolamento negoziale. È ben possibile che esista una descrittiva del bene anche dove manchi

Tra gli elementi distintivi di tipo "reale", che le parti possono utilizzare nella descrittiva contrattuale al fine di identificare l'immobile rientra, ad esempio, la conformazione del fabbricato o del terreno, come pure i confini contrassegnati in loco, quale risultato di un'attività materiale compiuta dal proprietario dell'immobile[13]. I dati catastali e le raffigurazioni planimetriche costituiscono, invece, elementi distintivi di tipo "ideale". Questi ultimi sono il risultato di un'attività giuridico-amministrativa volta a porre in essere, in via convenzionale, i "mezzi di identificazione" della cosa immobile, contrassegnandola in modo che a mezzo di specifici segni (numerici, grafici, ecc.) possa essere distinta rispetto agli altri immobili. Essendo a loro volta evocativi di profili della realtà materiale, vengono qualificati quali dati identificativi di "secondo grado"[14]. L'attività giuridico-amministrativa volta a porre in essere, in via convenzionale, i "mezzi di identificazione" riguarda anche i soggetti, per i quali è richiesta la registrazione nei Registri dello stato civile e nei Registri dell'anagrafe tributaria[15]. Per i beni immobili tale attività di certazione da parte degli organi della Pubblica Amministrazione è rimessa, invece, agli uffici del Catasto[16]. Attraverso un procedimento di astrazione, vengono attribuiti a ciascun immobile degli identificativi (cd. "identificativi catastali") e viene predisposta una esatta rappresentazione grafica, in modo che ad ogni unità immobiliare corrispondano univoche risultanze catastali.

un bene di cui quella descrittiva possa essere rappresentazione, ad esempio nella vendita di cosa futura. Sull'argomento, si veda A. AURICCHIO, *La individuazione dei beni immobili*, cit., 106, il quale sostiene che la descrittiva contenuta nella dichiarazione contrattuale ha il suo valore nel fatto di esprimere in modo obiettivo l'interesse regolato dai contraenti, e non per il fatto di costituire la rappresentazione di un bene.

[13] G. PETRELLI, *Brevi note sul problema dell'identificazione dei beni immobili*, in *Riv. not*., 2016, 3, 414 ss.

[14] Così, G. PETRELLI, *op. loc. ult. cit*.

[15] Con l'attività di certazione svolta dagli organi della Pubblica Amministrazione gli individui, attraverso un processo di astrazione, vengono contrassegnati da specifici elementi identificativi (nome, cognome, luogo e data di nascita, codice fiscale, ecc.) che permettono di distinguere ogni individuo dagli altri, così facilitando, a posteriori, l'attività di identificazione diretta ad accertare l'identità della persona. Ovviamente tale attività di certazione non interferisce con la capacità giuridica che si consegue con la nascita (art. 1 c.c.) a prescindere dalle risultanze dei Registri Anagrafici.

[16] A seguito dell'incorporazione dell'Agenzia del territorio nell'Agenzia delle entrate (disposta dall'art. 23-*quater* d.l. 7 luglio 2012, n. 95, convertito in legge con modificazioni dall'art. 1, comma 1, l. 7 agosto 2012, n. 135) la competenza a svolgere i servizi relativi al catasto, i servizi geotopocartografici e quelli relativi alle conservatorie dei registri immobiliari, con il compito di costituire l'anagrafe dei beni immobiliari esistenti sul territorio nazionale sviluppando, anche ai fini della semplificazione dei rapporti con gli utenti, l'integrazione fra i sistemi informativi

Fatte queste brevi considerazioni, occorre verificare se ed in quali termini la disciplina sulla conformità catastale possa assumere valenza nel processo rappresentativo, e se con la dichiarazione di conformità dei dati catastali e delle planimetrie allo stato di fatto, in quel parallelismo convenzionale tra le immagini percettive dell'oggetto ed i processi segnici idonei a concretizzarle sul piano della realtà materiale, possa dirsi raggiunta la garanzia di piena e completa rispondenza tra segno proiettivo o caratterizzante la *res* e la realtà rappresentata[17].

Per giunta, ove si ritenga che la descrittiva negoziale non solo costituisca lo strumento per la mera identificazione del bene dedotto nel contratto[18], ma, nella struttura formale del contenuto negoziale, al pari del profilo dispositivo, configuri indubbia esplicazione del potere di autonomia contrattuale[19], per la ricerca di punti di contatto con la disciplina sulla conformità catastale si dovrà inevitabilmente affrontare l'ulteriore questione dell'accordo delle parti e dell'assetto di interessi perseguito con la regolamentazione negoziale, che si realizza, appunto, in considerazione sia delle formulazioni dispositive che descrittive[20].

Una simile indagine di verifica, in via di ulteriore sviluppo, appare decisiva anche al fine di affrontare l'altra correlata questione della natura giuridica della nullità sancita dalla disciplina in tema di conformità catastale. Ove, difatti, si dimostri che, anche in presenza della dichiarazione di conformità, la descrittiva

attinenti alla funzione fiscale ed alle trascrizioni ed iscrizioni in materia di diritti sugli immobili è oggi attribuita a quest'ultima. Ai sensi dell'art. 64 d.lgs. 30 luglio 1999, n. 300. L'art. 1, c. 56, l. 27 dicembre 2006, n. 296 è stato istituito il sistema integrato delle banche dati in materia tributaria e finanziaria finalizzato alla condivisione, al costante scambio ed alla gestione coordinata delle informazioni dell'intero settore pubblico per l'analisi ed il monitoraggio della pressione fiscale e dell'andamento dei flussi finanziari. Per una breve disamina si rinvia a G. PETRELLI, *Conformità catastale e pubblicità immobiliare. L'art. 29, comma 1-bis, della legge 27 febbraio 1985, n. 52*, Milano, 2010, 1 ss. ed ivi per ulteriore bibliografia.

[17] E. GABRIELLI, *L'oggetto del contratto. Artt. 1346-1349*, cit., 49 ss.

[18] A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, Torino, 2014, 34; E. GABRIELLI, *La consegna di cosa diversa*, Napoli, 1987, 142 ss.

[19] E. GABRIELLI, *L'oggetto del contratto. Artt. 1346-1349*, cit., 48 secondo cui l'indicazione del termine esterno, della materia, in definitiva, sulla quale il negozio deve incidere, fa parte dell'accordo delle parti, perché, concorrendo in modo rilevante a realizzare l'assetto di interessi perseguito dall'autore o dagli autori del negozio, acquista valore di regola ed assume un rilievo determinante ai fini del collegamento, effettuato a seguito della positiva valutazione dell'ordinamento, tra contenuto ed effetti negoziali. Diversamente, non riconosce valore di regola in senso proprio alla descrittiva negoziale, G. PIAZZA, *L'identificazione del soggetto nel negozio giuridico*, Napoli, 1968, 144 ss.

[20] E. GABRIELLI, *L'oggetto del contratto. Artt. 1346-1349*, cit., 48.

negoziale continua ad essere una forma convenzionale di apparenza ovvero di possibilità di esistenza[21] espressiva di una libera autonomia negoziale che il legislatore intende ancora preservare, la nullità di cui all'art. 29, comma 1-*bis* potrà essere con maggiore serenità allontanata dal novero delle invalidità di cui all'art. 1418, comma 2, c.c.

2.2. L'identificazione del bene alla luce della nuova disciplina in tema di conformità catastale

L'oggetto del contratto, quale espressione di completezza del negozio a presidio della serietà e della concretezza dell'impegno contrattuale[22], deve essere determinato o determinabile (art. 1346 c.c.), a pena di nullità del contratto (art. 1418, comma 2, c.c.); si tratta di nullità generale[23], quale sanzione del disvalore dell'assetto negoziale, in quanto relativa agli elementi essenziali di qualsivoglia regolamento di interessi, come tale rilevabile anche d'ufficio dal giudice[24].

[21] E. GABRIELLI, *L'oggetto del contratto. Artt. 1346-1349*, cit., 49 s.

[22] Questa, secondo un'attenta dottrina, costituisce la *ratio* dell'art. 1346 c.c. che prescrive la determinatezza o determinabilità dell'oggetto del contratto. Sul punto, tra gli altri, M.C. BIANCA, *Diritto Civile*, 3, Milano, 2000, 327 che individua l'ulteriore funzione del requisito richiesto nell'assicurare che i contraenti, nel momento in cui formano la propria volontà siano in grado di apprezzare il contenuto dell'impegno nonché di prevedere, ragionevolmente, quale potrà esserne l'estensione futura. In senso analogo, si esprime anche V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 327; in giurisprudenza, Cass. civ., sez. III, 29 febbraio 2008, n. 5513, in *Giust. civ. Mass.*, 2008.

[23] Ciò sebbene non possa escludersi l'applicazione dell'art. 1419 c.c., ad esempio, nei casi di vendita "in blocco" di più unità immobiliari per un unico corrispettivo. La Suprema Corte (Cass. civ., sez. II, 26 maggio 2008, n. 13561, in *Imm. e propr.*, 2008, 10, 659) ha ritenuto che, ove non sia provato che le parti non avrebbero concluso il contratto senza il trasferimento invalido, l'invalidità della cessione di uno solo dei beni ceduti determina la nullità parziale del negozio *ex* art. 1419 c.c., non potendo desumersi l'invalidità del contratto neanche dalla quantificazione unitaria del corrispettivo, da ritenersi comunque determinata o determinabile anche all'esito della complessiva entità del trasferimento immobiliare.

[24] Secondo Cass. civ. sez. unite 4 settembre 2012, n. 14828, in *Contratti*, 2012, 11, 869 nota di S. PAGLIANTINI, il giudice ha il potere-dovere di rilevare dai fatti allegati e provati, o comunque emergenti *ex actis*, una volta provocato il contraddittorio sulla questione, ogni forma di nullità del contratto stesso. Non restano escluse neppure le nullità di protezione, anche se le sezioni unite (Cass. civ., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, in *Contratti*, 2015, 2, 113 nota di S. PAGLIANTINI) se, da un lato, hanno sancito l'obbligo in capo al giudice di rilevare – e, correlativamente, di indicare alle parti – l'esistenza di una causa di nullità negoziale, pure se di natura speciale o "di protezione", dall'altro, hanno precisato che il giudice, dopo averla (obbligatoriamente) rilevata, non potrà dichiarare in sentenza, nemmeno in via incidentale, la relativa nullità se la parte interessata non abbia deciso di avvalersene.

La casistica giurisprudenziale spesso sovrappone il concetto di determinazione con quello di identificazione dell'oggetto del contratto[25]; d'altronde tale differenziazione nella contrattualistica immobiliare assume scarso valore lì dove si concordi che la mancata identificazione del bene, sia che venga qualificata quale indeterminatezza dell'oggetto del contratto sia che venga qualificata quale indeterminatezza di uno degli elementi del contenuto del negozio, comporta pur sempre la nullità del contratto[26].

La giurisprudenza di legittimità ha ribadito, in più occasioni, che il disposto normativo contenuto nell'art. 1346 c.c. non deve essere inteso in senso rigoroso, dovendosi ritenere sufficientemente identificato un oggetto di cui siano indicati gli elementi essenziali, che, logicamente coordinati, non lascino dubbi sull'identità dello stesso prevista e voluta dalle parti contraenti[27]. Viene pertanto confutata ogni opera di sistemazione concettuale volta a prefissare parametri oggettivi di determinazione dell'oggetto, dovendosi invece condividere l'idea dell'impossibilità di una teoria unitaria del fatto che conduce alla determinazione[28].

A tal riguardo, pur dinanzi al dettato di cui all'art. 29, comma 1-*bis*, l. 27 febbraio 1985, n. 52, può affermarsi che, ai fini dell'identificazione, a fronte di numerose

[25] Sebbene in giurisprudenza spesso vengano sovrapposti i concetti di determinazione e di identificazione dell'oggetto, nel senso che l'oggetto del contratto viene a coincidere con il bene specifico cui il contratto si riferisce, autorevole dottrina ritenendo che oggetto del contratto sia il suo contenuto, considera doverosa una distinzione tra determinazione della prestazione e mera identificazione del bene. In quest'ultimo senso, M.C. BIANCA, *Diritto Civile*, cit., 326 ss. ma sul punto si veda, A. AURICCHIO, *La individuazione dei beni immobili*, cit., 100; ALPA – MARTINI, voce *"Oggetto del negozio giuridico"*, in *Dig. civ.*, XIII, Milano, 2013, 41. Secondo V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 329 nei casi in cui la prestazione contrattuale sia rappresentata dall'attribuzione di un bene il problema della determinazione dell'oggetto coincide con quello della sua identificazione.

[26] G. ALPA – P. MARTINI, voce *"Oggetto del negozio giuridico"*, cit., 41.

[27] In senso conforme, tra le altre, Cass. civ., sez. II, 14 marzo 1987, n. 2665, *Mass. Giur. it.*, 1987; Cass. civ., sez. II, 12 dicembre 1988, n. 6744, in *Mass. Giu*r. it., 1988; Cass. civ., 5 marzo 1984, n. 1513, in *Mass. Giur. it.*, 1984; Cass. civ., 22 maggio 1981, n. 3363, in *Mass. Giur. it.*, 1981; Cass. civ., 13 luglio 1979, n. 4085, in *Rep. Foro it.*, 1979, voce *"Contratto in genere"*, n. 128; Cass. civ., sez. III, 5 marzo 1976, n. 743, in *Rep. Giust. civ.*, 1976, voce *"Obbligazioni e contratti"*, n. 233; Cass. civ., 4 luglio 1975, n. 2604, in *Rep. Foro it.*, 1975, voce *"Contratto in genere"*, n. 138; Cass. civ., 15 marzo 1969, n. 842, in *Rep. Giust. civ.*, 1969, voce *"Obbligazioni e contratti"*, n. 416.

[28] E. GABRIELLI, *L'oggetto del contratto. Artt. 1346-1349*, cit., 110; R. SACCO, *Il contratto*, II, 117; V. ROPPO, *Sugli usi giudiziali della categoria "indeterminatezza/indeterminabilità dell'oggetto del contratto" e su una sua recente applicazione a tutela di "contraenti deboli"*, in ALPA – BESSONE – ROPPO, *Rischio contrattuale e autonomia privata*, Napoli, 1982, 127.

disposizioni che impongono l'indicazione di specifici elementi identificativi dell'immobile, l'autonomia privata ben può decidere liberamente di avvalersi di qualsivoglia strumento di identificazione, sia reale che ideale[29]. In ordine al bene specifico dedotto in contratto, è (tanto) necessario (quanto sufficiente) dunque che l'accordo contenga indicazioni idonee a renderlo identificabile[30]; precisamente, il bene a cui le parti hanno fatto riferimento deve poter essere distinto nella sua identità sulla base di elementi indicati in contratto, e ciò sia pure mediante la verifica di una situazione di fatto[31] o mediante elementi acquisiti *aliunde*, con riferimento ad altri atti e documenti collegati a quello oggetto di valutazione o, ancora, avvalendosi di quei criteri che il contratto stesso e la pratica delle cose possono suggerire[32]. Ne discende che in mancanza di una norma di legge che imponga in che modo debba essere identificato o reso identificabile l'oggetto del contratto, ogni mezzo è a ciò idoneo, purché sia atto a realizzare un risultato che non lasci possibilità di equivoci[33].

L'art. 29, comma 1-*bis*, l. 27 febbraio 1985, n. 52, sebbene prescriva la grave sanzione della nullità, non interferisce in alcun modo con la disciplina generale relativa ai criteri di identificazione del bene dedotto ed alle correlate modalità di determinazione o di determinabilità dell'oggetto del contratto contenuta nell'art. 1346 c.c.[34] Il requisito della determinatezza o determinabilità dell'oggetto del contratto postula soltanto la sicura identificazione del bene, non potendo essere messa in discussione, sotto questo profilo, la validità di negozi carenti di taluno

[29] Per una ampia disamina delle norme che prescrivono l'inserimento di elementi di identificazione del bene si rinvia a G. PETRELLI, *Brevi note sul problema dell'identificazione dei beni immobili*, cit., 406 ss. In ordine all'art. 51, n. 6, l. 16 febbraio 1913, n. 89 (c.d. legge notarile) l'assenza di forza precettiva è confermata dall'utilizzo della locuzione "per quanto sia possibile", la quale assume una portata bivalente perché oltre a rendere ammissibile l'inosservanza della disposizione, costituisce la comprova della natura non indefettibile degli elementi indicati, ritenendosi che il notaio possa ricevere l'atto anche quando non disponga di detti elementi (Sul punto, M. DI FABIO, *Manuale di Notariato*, Milano, 2007, 186). La norma, pur perseguendo in modo evidente lo scopo di evitare qualsiasi incertezza sull'individuazione delle cose che formano oggetto dell'atto, non preclude che l'individuazione del bene possa essere raggiunta attraverso ulteriori e distinti elementi di identificazione, come pure possa essere fatta anche *per relationem* ricorrendo a disposizioni contrattuali indirette, sempre nel pieno rispetto delle regole sancite per i contratti formali. A conferma di quanto finora detto, sotto il profilo sanzionatorio, per la violazione della norma è prescritta la sola pena pecuniaria (art. 137, comma 1, l. not).

[30] Cfr. G. ALPA – R. MARTINI, voce *"Oggetto del negozio giuridico"*, cit., 41.

[31] M.C. BIANCA, *Diritto Civile*, cit., 328.

[32] Cass. civ., sez. II, 14 marzo 1987, n. 2665, in *Mass. Giur. it*., 1987; Cass. civ., sez. III, 12 dicembre 1988, n. 6744, in *Mass. Giur. it*., 1988.

[33] G. ALPA – R. MARTINI, voce *"Oggetto del negozio giuridico"*, cit., 41.

[34] Sulla portata dell'art. 1346 c.c., si rinvia a V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 329.

degli elementi distintivi, lì dove non vi sia alcuna incertezza sul bene[35]. Non assumono, pertanto, valenza indefettibile ai fini dell'individuazione dell'oggetto dei negozi comportanti trasferimento di beni immobili, l'indicazione di almeno tre confini[36], come pure l'indicazione dei dati censuari i quali costituiscono soltanto uno dei vari elementi utilizzabili in proposito, ben potendo, a tale scopo, esserne impiegati altri, in ipotesi contrastanti con gli stessi estremi catastali[37]. Gli elementi di identificazione del bene, liberamente scelti dalle parti nel pieno esercizio della propria autonomia negoziale, concorrono tutti alla sua identificazione ma singolarmente considerati non assumono, in tal senso, una rilevanza decisiva, lì dove sulla base della pattuizione sussista certezza in ordine all'oggetto della contrattazione.

Gli elementi di identificazione presenti nel regolamento contrattuale assumono rilevanza non in quanto tali, bensì quali meri elementi descrittivi di riferimento volti, nell'intenzione delle parti, a distinguere un bene rispetto agli altri. Dunque il procedimento volto ad accertare, in primo luogo l'identificazione del bene ed in secondo luogo la determinatezza o la determinabilità dell'oggetto, non può che partire dalla ricostruzione della volontà dei contraenti e dalla loro intenzione, che attraverso la dichiarazione confluisce nel regolamento contrattuale, non potendo pertanto l'indagine fare riferimento ai suddetti elementi di per sé considerati, a prescindere da una loro reale corrispondenza alla volontà delle parti.

D'altronde, tale soluzione trova la propria giustificazione nella valenza giuridica e nella portata probatoria delle risultanze catastali a cui il legislatore italiano, differentemente da quello tedesco, non attribuisce l'effetto di pubblica fede né in relazione alla titolarità del diritto, né in relazione al suo oggetto quale risultante dalla mappa catastale[38]. Anche con riferimento alla pubblicità immobiliare, la

---

[35] In tal senso, si veda Cass. civ., sez. II, 22 giugno 1995, n. 7079, in *Mass. Giur. it.*, 1995 ; Cass. civ., 3 settembre 1985, n. 4588, in *Mass. Giur. it.*, 1985; Cass. civ., 10 febbraio 1984, n. 1031, in *Mass. Giur. it.*, 1984. La giurisprudenza nelle pronunce citate giunge alla conclusione che neppure l'omessa indicazione sia dei dati catastali che dei confini avrebbe potuto inficiare di invalidità l'atto se per il tramite di altri elementi l'oggetto fosse determinato o determinabile.

[36] In tal senso, Cass. civ., sez. II, 20 marzo 2006, n. 6166, in *Guida dir.*, 2006, 38, 52 che ritiene non indefettibile l'indicazione dei tre confini, richiesta dall'art. 29, comma 1, della legge 27 febbraio 1985, n. 52 al solo fine della trascrizione dell'atto, ma soltanto la sicura individuabilità del bene, per la quale può essere sufficiente, nel contratto, l'indicazione dei suoi dati catastali ed il riferimento alle mappe censuarie, come pure qualunque altro elemento idoneo nel rispetto dei requisiti formali richiesti.

[37] Cass. civ., sez. II, 2 dicembre 2005, n. 26234, in *Contratti*, 2006, 7, 659.

[38] L. CASINI, *Il catasto e i registri immobiliari*, in CASSESE (diretto da), *Tratt. Dir. amm.*, I,

dottrina ha già avuto modo di osservare come, non solo l'art. 2665 c.c. preveda che l'omissione o l'inesattezza di alcune delle indicazioni richieste nelle note (art. 2659, 2660 e 2826 c.c.) non nuoce alla validità della trascrizione se ciò non induce incertezza sul bene, ma che nessuna norma, nel diritto vigente, impone che i dati catastali indicati nel titolo e nella nota di trascrizione siano già acquisiti al sistema (banca dati catastale)[39].

L'inserimento degli identificavi catastali, il riferimento alla planimetria e la dichiarazione di conformità di per sé non identificano il bene ma al più possono concorrere ad indentificarlo; anzi, potrebbe addirittura sostenersi che ne presuppongano l'identificazione, nel senso che gli elementi descrittivi a cui le parti fanno riferimento nella regolamentazione negoziale costituirebbero l'antecedente logico della dichiarazione di conformità. Tra l'altro, il fatto che la legge preveda la possibilità che la predetta dichiarazione possa essere sostituita da un'attestazione di conformità rilasciata da un tecnico abilitato alla presentazione degli atti di aggiornamento catastale, solleva non pochi dubbi circa la sua riconducibilità al novero delle manifestazioni di volontà[40]. Quand'anche si giungesse a ritenere che la stessa riesca, in un certo qual modo, a penetrare la descrittiva negoziale andando così a comporre, unitamente agli altri elementi della fattispecie, l'intendimento volitivo del negozio, si dovrebbe inevitabilmente superare l'ostacolo della dichiarazione *per relationem* nei negozi solenni[41]. Ciò non esclude, tuttavia, che gli identificavi catastali e la planimetria possano assurgere ad elementi rilevanti, o addirittura decisivi, per

Milano, 2003, 6 ss.; M. GALOPPINI, *L'individuazione catastale dei beni immobili: problemi giuridici*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1985, 596; G. PETRELLI, *L'individuazione dei beni immobili nel pensiero di Alberto Auricchio e nell'evoluzione successiva del sistema*, cit., 35 ss.

[39] Sul punto, G. PETRELLI, *Brevi note sul problema dell'identificazione dei beni immobili*, cit., 42 ss. che richiama l'art. 9, comma 12, d.l. 30 dicembre 1993, n. 557, conv. con l. 26 febbraio 1994, n. 133 (mai attuato) il quale prevede che a seguito di «apposito decreto del Ministro delle finanze, il conservatore può rifiutare, ai sensi dell'art. 2674 c.c., di ricevere note e titoli e di eseguire la trascrizione di atti tra vivi contenenti dati identificativi degli immobili oggetto di trasferimento o di costituzione di diritti reali, non conformi a quelli acquisiti al sistema alla data di redazione degli atti stessi, ovvero, nel caso di non aggiornamento dei dati catastali, di atti non conformi alle disposizioni contenute nelle norme di attuazione dell'art. 2, c.c. 1-*quinquies* e 1-*septies* d.l. 23 gennaio 1993, n. 16 conv. con mod. dalla l. 24 marzo 1993, n. 75».

[40] Potrebbe difatti trattarsi di una mera manifestazione di scienza. In generale, sulla manifestazione di volontà contrattuale, si rinvia a V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 329.

[41] G. CIAN, *Forma solenne e interpretazione del negozio*, Padova, 1969, 164 ss. il quale ritiene che anche nei negozi solenni una *relatio* in senso formale è sempre possibile, a meno che ciò cui si fa riferimento non sia a sua volta costituito da un fatto espressivo, cioè da un fatto di linguaggio. Il problema secondo l'Autore può risolversi allo stesso modo anche avuto riferimento all'atto

l'identificazione, ma ciò solo nei casi in cui le risultanze catastali si insinuino nel momento rappresentativo della *res* attraverso uno specifico riferimento operato dalle parti, divenendo così elementi testuali della volontà negoziale[42].
La dottrina ha già avuto modo di criticare quella giurisprudenza che, ritenendo idoneo al fine di identificare l'oggetto del contratto ogni mezzo, si è servita di formule generiche quali "la logica delle cose", la "pratica corrente", la "natura del contratto", gli "elementi risultanti dal contratto stesso"[43], finendo così per risolvere la questione della determinazione del bene a mezzo di una interpretazione meramente oggettiva del contratto. Ma qui il problema appare diverso in quanto attribuire valore determinante alle risultanze catastali a prescindere da ogni altro riferimento operato dalle parti nella descrittiva contrattuale, non costituirebbe una *quaestio interpretationis*, e più specificamente di interpretazione oggettiva del negozio, bensì una vera e propria questione di "astrazione" della volontà; si tratta di elementi segnici e rappresentativi di un bene che ben potrebbero non coincidere con la *res* rappresentata (e voluta) nel regolamento negoziale.
In caso contrario, si giungerebbe ad attribuire alla norma una portata eccessiva, al punto da arrivare a qualificare la dichiarazione di conformità quale atto di costituzione dell'unità fondiaria, idonea ad identificare il bene in modo univoco. In verità, la soluzione prospettata, che si avvicinerebbe al modello tedesco (*Grundbuchblatt*)[44], non trova alcun supporto nell'impianto normativo attualmente vigente ove, sia per il titolo che per la nota di trascrizione, è previsto che, se non v'è incertezza sul bene, la validità non viene inficiata da omissioni o inesattezze (artt. 625, 2665 c.c.)[45].

pubblico in quanto può pacificamente ritenersi che, sia pur attraverso la mediazione del pubblico ufficiale, la dichiarazione formulata rimane pur sempre, giuridicamente, dichiarazione della parte, la quale con l'adesione, di norma manifestata con la firma, fa proprie le espressioni adottate.

[42] E. GABRIELLI, *L'oggetto del contratto. Artt. 1346-1349*, cit., 158 ss.

[43] E. GABRIELLI, *L'oggetto del contratto. Artt. 1346-1349*, cit., 111.

[44] Per un breve approfondimento, G. PETRELLI, *L'individuazione dei beni immobili nel pensiero di Alberto Auricchio e nell'evoluzione successiva del sistema*, cit., 28.

[45] Con riferimento alla pubblicità immobiliare, partendo dalla lettura combinata dell'art. 2674 c.c. e 2665 c.c. può sostenersi che il *discrimen* per il rifiuto del conservatore non è dato dalla mancanza delle indicazioni di cui agli artt. 2659, 2660 e 2826 c.c., bensì dalla totale incertezza sul bene a cui si riferisce l'atto; le inesattezze o omissioni non possono di per sé impedire la trascrizione o l'iscrizione dell'atto, pur dinanzi al dato testuale dell'art. 2674 c.c. La pubblicità deve essere comunque eseguita dal conservatore dei registri immobiliari nonostante tali incompletezze, restando, in tal caso, a carico del richiedente il rischio e la responsabilità dell'eventuale inefficacia della trascrizione così eseguita. Sul punto Cass. 23 aprile 1980, n. 2671 in *Riv. not.*, 1980, 1597 ss. Si ritiene che la nota, a differenza del negozio, costituisce una informazione "pura" in cui l'eventuale incompletezza se dà luogo a incertezza superabile non ne elimina il valore; ove invece

Neppure l'obbligo di rendere in atto la dichiarazione di conformità allo stato di fatto dei dati catastali e delle planimetrie sembra possa essere in grado di confutare le considerazioni finora formulate. La dichiarazione deve essere resa unicamente dall'intestatario catastale[46] e non da tutte le parti coinvolte nella vicenda negoziale, lasciando intendere che la *ratio* della norma non abbia nulla a che fare con la questione della determinazione del bene. Quanto detto sembra spiegare come mai, sin dalla sua entrata in vigore, i commentatori concordano nel ritenere che la disciplina persegue esclusivamente la finalità di garantire la cosiddetta coerenza oggettiva dell'immobile con i dati del catasto, mirando a far emergere eventuali fenomeni di elusione o evasione fiscale nel settore degli immobili urbani a causa del mancato aggiornamento dei dati oggettivi di tali immobili, ai quali può corrispondere una maggiore redditività reale rispetto a quella emergente dal catasto[47]. Conclusione questa che trova la propria giustificazione anche se si guarda all'ambito di applicazione della norma, limitato ai soli atti pubblici e scritture private autenticate tra vivi aventi ad oggetto il trasferimento, la costituzione o lo scioglimento di comunione di diritti reali su fabbricati già esistenti, ad esclusione dei diritti reali di garanzia.
La norma in esame ha la sola funzione di porre a carico di chi intende disporre dell'immobile l'onere di rendere, sotto la propria responsabilità, una dichiarazione che, unitamente alle indicazioni relative alla planimetria depositata e ai dati catastali, consenta il relativo controllo da parte di chi ne abbia l'interesse[48]. Soggetti interessati possono essere l'Amministrazione finanziaria ma anche la controparte contrattuale cui appare opportuno sottolineare l'importanza di una verifica della conformità dello stato di fatto alle risultanze planimetriche, potendone derivare, in caso di difformità, conseguenze sia sul piano della determinazione della rendita catastale sia in relazione al successivo

l'incompletezza si qualifichi in termini di incertezza insuperabile, puramente e semplicemente non c'è l'informazione. In altre parole la nota viziata o esiste (perché valida) o è nulla. Cfr. G. BARALIS, *La nota di trascrizione*, in AA. VV., *Trattato della trascrizione*, GABRIELLI – GAZZONI (diretto da), III, Milano, 2014, 36.

[46] Si ritiene che nella nozione di intestatario catastale, obbligato a rendere la dichiarazione di conformità, rientrino non solo i soggetti titolari del diritto di proprietà o del diritto reale limitato, ma anche i "titolari del potere di disposizione sugli immobili oggetto dell'atto. Sul punto, vd. M. BELLINVIA, *Questioni in tema di conformità catastale*, in Studio CNN 5/2015, a cura dell'Ufficio Studi Settore Pubblicistico; Quesito n. 370-2013/C.

[47] Cass., civ., sez. II, 11 aprile 2014, n. 8611, in *Vita not*., 2014, 3, 1456 ss.; A. BERNES, *Conformità catastale dell'immobile e pubblicità: nullità dell'atto e sistema tavolare*, in *Giur. it*., 2015, 5, 1095 ss.

[48] Così, M. BELLINVIA, *Questioni in tema di conformità catastale*, cit.

accertamento da parte dell'Amministrazione finanziaria[49]; come pure appare opportuna, conseguentemente, all'esito di detta verifica, una conferma da parte dell'acquirente in termini di presa d'atto delle dichiarazioni rese dall'intestatario disponente[50].

In definitiva, gli elementi di identificazione prescritti dall'art. 29, comma 1-*bis*, continuano ad assumere rilevanza ai fini dell'identificazione del bene conformemente all'interpretazione tradizionale dell'art. 1346 c.c., nel senso che concorrono con gli altri elementi indicati dalle parti, ferma restando la possibilità che le parti decidano di fare apposito riferimento ad essi o di far proprio il contenuto della planimetria catastale per meglio identificare l'oggetto della contrattazione. A tal proposito, la giurisprudenza ha avuto modo di osservare che, ai fini della determinazione della comune intenzione delle parti circa l'estensione dell'immobile compravenduto, i dati catastali, emergenti dal tipo di frazionamento approvato dai contraenti ed allegato all'atto notarile trascritto e l'indicazione dei confini risultante dal rogito, assurgono al rango di risultanze di pari valore[51]. Partendo da queste considerazioni, con riferimento alla contrattazione immobiliare si potrebbero prospettare le seguenti ipotesi.

a) Pur in presenza di molteplici norme volte a prescrivere l'inserimento di specifici elementi identificativi, il negozio potrebbe comunque risultare sotto questo aspetto carente di uno o più elementi. Il notaio chiamato a rogitare un atto di compravendita potrebbe essere, ad esempio, nell'impossibilità di indicare la natura, il Comune o i confini degli immobili oggetto dell'atto (art. 51, n. 6, l. 16 febbraio 1913, n. 89)[52]. Come pure si potrebbe, ad esempio, verificare l'ipotesi formulata dall'art. 4 d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 650 relativo alla voltura catastale, che consente una deroga all'obbligo di descrivere gli immobili con gli estremi con i quali sono individuati in catasto per atti di eccezionale e dichiarata urgenza[53].

[49] M. BELLINVIA, *Questioni in tema di conformità catastale*, cit.

[50] M. BELLINVIA, *Questioni in tema di conformità catastale*, cit.

[51] Cass. civ., sez. II, 3 marzo 2014, n. 4934 in Contratti, 2014, 6, 521 nota di E. SMANIOTTO, valorizza il dato, pur tuttavia in funzione dell'interpretazione dell'effettiva intenzione delle parti contraenti, del riferimento alle risultanze della planimetria alla quale era stato fatto univoco richiamo e che formava parte integrante nel negozio divisionale presupposto, le quali avrebbero dovuto svolgere una funzione essenziale in chiave ermeneutica per stabilire l'effetto regime giuridico che si era inteso assegnare alla scala.

[52] M. DI FABIO, *Manuale di Notariato*, cit., 190 ss.

[53] In tal caso nelle dipendenti domande di volture deve essere resa esplicita dichiarazione che gli estremi con i quali sono descritti gli immobili di cui si chiede la voltura, benché desunti da certificati di data posteriore agli atti, identificano esattamente gli immobili sui quali si esercitano i diritti trasferiti.

In tutti questi casi, ove risulti certa l'identità del bene rappresentato e dunque l'oggetto sia determinato o determinabile, il contratto sarà pienamente valido, non trovando applicazione la sanzione di nullità di cui all'art. 1418, comma 2, c.c. Un contratto di compravendita potrebbe pertanto risultare valido ove sia indicato semplicemente l'indirizzo ed il numero civico dell'immobile urbano[54]. È pur vero che per la mancata indicazione dei dati catastali, l'art. 29, comma 1-*bis*, l. 27 febbraio 1985, n. 52, a differenza dell'art. 51, n. 6, l. not., prevede la sanzione della nullità; tuttavia, per quanto si vedrà nelle pagine che seguono, occorre da subito separare la questione relativa all'identificazione del bene da quella della conformità catastale. Al di là del fatto che l'ambito applicativo dell'art. 29, comma 1-*bis*, risulta assai limitato, quanto alla forma degli atti (atto pubblico o scrittura privata autenticata), quanto all'oggetto (fabbricati già esistenti), quanto alla tipologia di atti (atti tra vivi aventi ad oggetto il trasferimento, la costituzione o lo scioglimento di comunione di diritti reali), non pare che la norma riesca in alcun modo a stravolgere l'intero sistema. La sua portata precettiva non è tale da far ritenere introdotto un criterio legale di identificazione dei beni, non potendosi pertanto ritenere in alcun modo compressa la libera autonomia negoziale.

Ne discende che, nel caso in cui la carenza di elementi identificativi riguardi la mancata indicazione in atto dei dati di identificazione catastale, l'interprete dovrà comunque verificare, avvalendosi dei criteri generali di interpretazione, la determinatezza o determinabilità dell'oggetto. D'altronde, quand'anche la fattispecie rientri nell'ambito applicativo della disciplina sulla conformità catastale, sia la previsione sulla conferma dell'atto nullo (art. 29, comma 1-*ter*, l. 27 febbraio 1985, n. 52) che quella relativa alla conversione dell'atto pubblico (art. 2701 c.c.), non precludono affatto che il negozio possa dirsi pienamente valido ed efficace.

b) Nella contrattazione si potrebbe assistere all'inserimento di molteplici elementi identificativi contrastanti tra loro; situazione questa da non confondere, per quanto si vedrà, con il possibile contrasto tra dichiarazione e situazione reale del bene[55]. L'eventuale conflitto tra i vari elementi identificativi utilizzati dalle

[54] Secondo A. AURICCHIO, *La individuazione dei beni immobili*, cit., 98 se indicando il numero civico dell'immobile i contraenti indicano l'unico immobile sito in quella tal via a quel tal numero, si può ben dire che l'oggetto del contratto è determinato. Proprio tale considerazione induce l'Autore a spiegare le ragioni delle controversie trattate dalla giurisprudenza (Cass. civ., 13 maggio 1958, n. 1573, in *Mass. Foro it.*, 1958, 1320; Cass. civ., 7 febbraio 1957, n. 487, ibid., 1957, 94; Cass. civ., 23 maggio 1958, ibid., 1958, 355) esclusivamente nella confusione tra determinazione dell'oggetto ed individuazione del bene.

[55] La distinzione viene evidenziata da A. AURICCHIO, *La individuazione dei beni immobili*, cit.,

parti nella descrittiva negoziale dovrà essere risolta attraverso l'applicazione degli ordinari canoni ermeneutici dettati dagli artt. 1362 ss. c.c. La natura non indefettibile dei singoli elementi identificativi del bene dedotto in contratto impone all'interprete di vedere di volta in volta quali siano quelle indicazioni che realmente corrispondono alla volontà delle parti, quali divergano, e solamente alle prime attribuire rilevanza[56].

In via generale, l'indagine circa la comune intenzione delle parti, in applicazione delle norme dettate in tema di interpretazione del contratto, ben può svincolarsi dal senso letterale delle parole (art. 1362, comma 1, c.c.) ed orientarsi verso ulteriori elementi ricostruttivi e persino avvalersi, per raggiungere la piena certezza sull'oggetto onde evitare la declaratoria di nullità, dei più disparati elementi identificativi in nome del principio di conservazione del contratto di cui all'art. 1367 c.c. Con specifico riferimento alla contrattazione immobiliare, la scelta degli elementi di identificazione del bene, per quanto già detto rimessa alla libera autonomia privata, deve necessariamente conformarsi alle prescrizioni in ordine ai requisiti di forma sanciti dalla legge[57]. Difatti, per i contratti formali l'oggetto del contratto può considerarsi determinabile, benché non indicato specificamente, solo se sia con certezza individuabile in base agli elementi prestabiliti dalle parti contenuti nello atto scritto, atto pubblico o scrittura privata (art. 1350 c.c.). Resta dunque preclusa, secondo l'orientamento accolto della giurisprudenza, ogni possibilità di ricostruire la comune intenzione delle parti mediante un'indagine valutativa che tenga conto del comportamento complessivo delle medesime, anche posteriore alla conclusione del contratto, dovendosi escludere l'applicazione, per la determinazione dell'oggetto del contratto, della regola ermeneutica di cui all'art. 1362, comma 2, c.c. [58]

103 ss. il quale puntualizza che unicamente la questione relativa al contrasto tra dichiarazione e la situazione reale del bene si risolve in una divergenza tra determinazione ed individuazione del bene.

[56] A. AURICCHIO, *La individuazione dei beni immobili*, cit., 104.

[57] Cass. civ. 12 dicembre 1988, n. 6744, in *Mass. Giur. it.*, 1988.

[58] Così, Cass. civ., sez. II, 11 aprile 1992, n. 4474, in *Mass. Giur. it.*, 1992 ove si precisa che l'accertamento della presenza dei requisiti necessari per una sicura identificazione dell'oggetto del contratto è riservato al giudice di merito ed è soggetto al sindacato della Cassazione solo sotto il profilo della logicità e congruità della motivazione (nella specie, la Corte Suprema ha confermato la decisione dei giudici del merito che avevano ritenuto l'indeterminabilità dell'oggetto con riguardo ad una divisione nella quale alcuni beni immobili delle singole quote erano indicati con espressioni che non ne consentivano l'individuazione senza un riferimento alle tradizioni ed abitudini familiari, controverse tra le parti). In senso analogo, Cass. civ., sez. II, 24 aprile 2003, n. 6516, in *Guida dir.*, 2003, 25, 73; Cass. civ., sez. II, 13 settembre 2004, n. 18361, in *Contratti*, 2005, 4, 359; Cass. civ., sez. II, 27 gennaio 2004, n. 1432, in *Contratti*, 2004, 10, 892 nota di SCATTARELLA.

È pur vero che il ricorso all'art. 1362, comma 2, c.c. nel caso prospettato sarebbe volto unicamente a superare il conflitto emergente dalla presenza in atto, e dunque nel rispetto del requisito di forma, di elementi identificativi in contrasto tra di loro.
Per la validità di una compravendita immobiliare è necessario, pertanto, che l'oggetto sia determinato ovvero determinabile in base a elementi documentali non estrinseci all'atto, dovendosi ravvisare il requisito della determinatezza o della determinabilità nell'inequivocabile identificazione dell'immobile compravenduto per il tramite di dati oggettivi (quali ad esempio la descrizione del bene, l'indicazione dei confini, ecc.) incontrovertibilmente conducenti al fine, e idonei a non lasciare margine di dubbio sull'identità dell'immobile. Al detto fine non può invocarsi un documento estraneo al contratto il quale, in quanto estrinseco, non può supplire alle evidenziate carenze in ordine all'individuazione dell'oggetto della compravendita[59].
In definitiva, l'indagine non potrà che basarsi sulle risultanze documentali del testo contrattuale, in modo che oggetto di valutazione siano esclusivamente gli elementi quivi contenuti, tenendo tuttavia presente che detti elementi, proprio perché frutto della libera espressione dell'autonomia privata dovranno essere vagliati unitamente, secondo un criterio di logica coordinazione, senza che possa attribuirsi valenza decisiva ad un elemento piuttosto che ad un altro. In questo processo assume rilievo anche un ulteriore elemento rappresentato dall'interesse delle parti in gioco, che diviene non solo elemento decisivo nel passaggio dalla cosa al bene giuridico oggetto del diritto (art. 810 c.c.) e dunque in quello che è il collegamento tra atto di identificazione e atto di individuazione, ma altresì punto di contatto tra la causa del negozio ed il suo oggetto.
All'esito di tale valutazione potrebbe accadere che gli elementi di identificazione catastale ne escano "perdenti", caducandosi ogni loro rilevanza ai fini dell'identificazione del bene. Ci si troverebbe dinanzi alla non corrispondenza tra il bene dedotto e l'unità immobiliare urbana catastalmente indicata in atto ed oggetto della dichiarazione di conformità catastale. Ritenere, in tal caso, l'atto affetto da nullità *ex* art. 29, comma 1-*bis*, l. 27 febbraio 1985, n. 52 perché la non corrispondenza tra i beni paleserebbe una violazione della norma, andrebbe inevitabilmente ad alterare lo stesso processo ermeneutico che, magari in applicazione del principio di conservazione del negozio giuridico, ha ritenuto che l'immobile oggetto di contrattazione sia diverso da quello oggetto delle risultanze catastali. Ecco allora che, al fine di non scardinare l'intero sistema,

[59] Cass. civ., sez. II, 24 aprile 2003, n. 6516, in *Guida dir.*, 2003, 25, 73 la quale ha escluso che ai fini dell'identificazione dell'immobile possa invocarsi la licenza di costruzione.

si prospetta quale unica soluzione, che peraltro sarà oggetto di ulteriori approfondimenti nelle pagine che seguono, quella secondo cui la nullità sancita dalla norma citata sia meramente formale e non sostanziale.

Ove la divergenza non sia riconducibile ad un errore o inesattezza sugli identificativi catastali, per il qual caso si rinvia al punto successivo, si tratterà di una ipotesi di disallineamento (si pensi, ad esempio, ad un contratto di multiproprietà avente ad oggetto un alloggio in struttura ricettiva piuttosto che un appartamento ad uso abitativo) o di non conformità allo stato di fatto. Sebbene l'atto non subisca la declaratoria di nullità di cui all'art. 29, comma 1-*bis*, stante anche l'impossibilità di ricorrere in questo caso allo strumento della rettifica offerto dall'art. 59-*bis* l. not., potrebbe apparire opportuno, anche per fini pubblicitari, il perfezionamento, all'esito di un allineamento o accatastamento rispondente all'accordo (già perfezionatosi) delle parti, di un atto integrativo di corretta identificazione catastale.

c) Altra ipotesi concerne la presenza di errori ed inesattezze nella descrittiva contrattuale. Come per il caso precedentemente prospettato, anche qui al fine di risolvere la questione ci si potrà avvalere delle regole dettate in tema di interpretazione del contratto[60]. Il giudice, nell'ambito dei limiti all'autonomia negoziale delle parti, indaga quale ne sia stata la volontà, quale sia il contenuto minimo essenziale del regolamento, come si debba o si possa operare mediante procedimenti di interpretazione oggettiva o di integrazione, in applicazione del principio di conservazione del contratto ed allo scopo di sottrarlo alla sanzione di nullità (di cui all'art. 1346 c.c.)[61].

Ove non sussista alcuna incertezza sul bene, al pari di quanto affermato nel punto precedente, l'atto non subirà la declaratoria di nullità di cui all'art. 1418, comma 2, c.c. In ordine, invece, alla disciplina sulla conformità catastale,

---

[60] La ricostruzione della volontà e dell'intenzione delle parti al momento della conclusione di un contratto è compito assai arduo, in quanto l'indeterminatezza ben può dipendere anche solo da negligente redazione dell'atto, oppure dalla volontà di rinviare ad altro momento l'esatta determinazione dell'oggetto, ovvero può significare che le parti non si erano eccessivamente preoccupate di determinare l'oggetto, ritenendolo già precisato in altri analoghi precedenti rapporti, ai quali indirettamente possono aver fatto riferimento. Sul punto, G. ALPA, *"Oggetto del negozio giuridico"*, in *Enc. giur.*, par. 5; V. ROPPO, Sugli usi giudiziali della categoria "indeterminatezza/indeterminabilità dell'oggetto del contratto e su una recente applicazione a tutela dei "contraenti deboli", in *Giur. it.*, 1979, I, 2, 147; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Comm. Cod. civ.*, Torino, 1980, 180.

[61] Cass. civ., sez. II, 11 aprile 1992, n. 4474, in *Mass. Giur. it.*, 1992; Cass. civ., sez. II, 25 febbraio 1987, n. 2007, in *Mass. Giur. it.*, 1987; in dottrina, in senso analogo, G. ALPA, *"Oggetto del negozio giuridico"*, in *Enc. giur.*, par. 5; V. ZENO ZENCOVICH, *Il contenuto del contratto*, in *Il contratti in generale*, *Giur. sist. Bigiavi*, III, Torino, 1991, 732 ss.

sempre che la fattispecie rientri nel suo ambito applicativo e gli errori o le inesattezze riguardino gli identificativi catastali, il riferimento alla planimetria e la dichiarazione di conformità, si possono prospettare le seguenti soluzioni.
c1) Innanzi tutto va distinta l'ipotesi in cui gli errori e le inesattezze sfocino in una vera e propria omissione (ad esempio mancata indicazione dei dati di identificazione catastale). Essa costituirebbe senz'altro violazione dell'art. 29, comma 1-*bis*, con conseguente nullità dell'atto[62], il quale potrà comunque divenire oggetto di conferma ai sensi dell'art. 29, comma 1-*ter*, ove possibile[63]. Va precisato che, per quanto si vedrà, l'omissione non può che essere accertata all'esito di un vaglio interpretativo che tenga conto del fatto che le dichiarazioni, richieste dalla disciplina in tema di conformità catastale, non sono qualificabili come solenni, ed a tal riguardo potrebbero assumere valenza ai fini de quo anche le dichiarazioni cd. tacite o implicite[64]. Il rischio che una eventuale decisione giudiziale contraddica una difforme valutazione che il notaio possa aver precedentemente effettuato a riguardo, induce, tuttavia, a ritenere opportuno, in tutti i casi di omissione "palese" il ricorso, sempre ove possibile, alla conferma dell'atto e non alla sua rettifica *ex* art. 59-*bis* l. not.
c2) In caso di errori o inesattezze in senso stretto relative ai dati riportati in atto, non configurandosi né un caso di disallineamento o di non conformità, né una ipotesi di violazione dell'art. 29, comma 1-*bis*, bensì di un mero errore materiale, sussistendone i presupposti, troverà applicazione l'art. 59-*bis*, l. not. Si prospetta la possibilità per il notaio, fatti salvi i diritti di terzi, di rettificare l'atto contenente errori materiali relativi a dati preesistenti alla sua redazione.

2.3. Atto di individuazione e conformità catastale

Si è già detto che la descrittiva negoziale non garantisce, in via assoluta, la rispondenza tra il bene descritto ed il bene reale, generando di per sé una mera situazione di apparenza[65]; e ciò sebbene tra l'individualità del bene oggetto del

[62] L'art. 29, comma 1-*ter*, l. 27 febbraio 1985 n. 52 fa riferimento esclusivamente all'ipotesi di omissione e non di errore, lì dove prevede che l'atto possa essere confermato anche da una sola delle parti mediante atto successivo, redatto nella stessa forma del precedente, che contenga gli elementi omessi. Cfr. M. BELLINVIA, *L'atto di conferma in materia di conformità catastale*, cit.
[63] Resta aperta la questione relativa alla possibile conferma nell'ipotesi prospettata di omissione dell'indicazione degli identificativi catastali, in quanto non viene menzionata dall'art. 29, comma 1-*ter*, cit.
[64] G. CIAN, *Forma solenne e interpretazione del negozio*, Padova, 1969, 28 ss.
[65] E. GABRIELLI, *L'oggetto del contratto. Artt. 1346-1349*, cit., 49 ss. e 166 ss.

rapporto e quello oggetto del negozio si deve presumere sussista una identità fondamentale, tale da consentire la corrispondenza tra quanto previsto e programmaticamente rappresentato nel contenuto del negozio e l'oggetto della realtà esterna[66]. Il contatto tra la rappresentazione ed il bene reale rappresentato si concretizza attraverso l'atto di individuazione, qualificato dalla dottrina prevalente quale accordo non negoziale determinativo[67].

L'atto di individuazione, pur se strettamente collegato alla descrittiva negoziale, non costituisce parte del procedimento di determinazione dell'oggetto, in quanto incide non sull'atto bensì unicamente sul rapporto[68], e come tale attiene al momento effettuale del regolamento negoziale[69]. Tuttavia, proprio lo stretto nesso di conseguenzialità logica e giuridica tra la descrittiva negoziale e l'atto di individuazione se, da un lato, ne preclude ogni valenza regolamentare autonoma, dall'altro, ne attribuisce inevitabilmente una funzione integrativa[70].

Si ritiene che nella determinazione dell'oggetto la descrittiva negoziale non deve necessariamente esaurire ogni certezza sul bene, potendo in taluni casi il regolamento dare indicazioni circa "il bene" e non circa la sua "consistenza"[71]. In tal caso, si rende necessario un atto di individuazione avente appunto funzione integrativa, quando questo sia posteriore all'atto dispositivo[72], e ciò in quanto è pur sempre il titolo, quale fonte di regolamentazione negoziale, ad investire con i propri effetti il bene nella sua reale consistenza. La funzione integrativa dell'atto di individuazione emergerebbe altresì in tutti i casi in cui, stante una divergenza tra oggetto dell'atto ed oggetto del rapporto, si assista alla prevalenza dell'oggetto del rapporto[73]. L'attribuzione di una funzione integrativa all'atto di

[66] A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, 301.

[67] La dottrina dominante esclude la natura negoziale dell'atto di individuazione. Sul punto, tra gli altri, si veda RUBINO, *La compravendita*, Milano, 1971, 297; E. GABRIELLI, *L'oggetto del contratto. Artt. 1346-1349*, cit., 49 ss. e 151; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in CICU - MESSINEO (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, III, t. 1°, Milano, 1988, 7; V. PANUCCIO, *Obbligazioni generiche e scelta del creditore*, Milano, 1972, 5. Sostengono, invece, la natura negoziale, U. MAJELLO, *L'individuazione nella vendita in genere*, Padova, 1956, 188; G. GAZZARA, *La vendita obbligatoria*, Milano, 1957, 181 ss.

[68] E. GABRIELLI, *L'oggetto del contratto. Artt. 1346-1349*, cit., 149 ss.

[69] A. AURICCHIO, *La individuazione dei beni immobili*, cit., 96.

[70] E. GABRIELLI, *L'oggetto del contratto. Artt. 1346-1349*, cit., 154.

[71] A. AURICCHIO, *La individuazione dei beni immobili*, cit., 96; E. GABRIELLI, *L'oggetto del contratto. Artt. 1346-1349*, cit., 154.

[72] Cass. civ., 3 maggio 1976, n. 1558, in *Rep. Foro it.*, 1976, voce *"Vendita"*, n. 128.

[73] Mentre secondo A. AURICCHIO, *La individuazione dei beni immobili*, cit., 106 ss. in caso di divergenza tra l'oggetto dell'atto e l'oggetto del rapporto prevale sempre il secondo, G. PETRELLI, *L'individuazione dei beni immobili nel pensiero di Alberto Auricchio e nell'evoluzione successiva del sistema*, cit., 22 ss. distingue casi in cui la divergenza fra la descrittiva contenuta

individuazione porta ad ulteriori riflessioni in ordine all'applicabilità dell'art. 1362, comma 2, c.c. anche ai contratti formali, come pure da taluno è stato sostenuto[74].

Va chiarito, tuttavia, che attribuire funzione integrativa all'atto di individuazione è cosa ben diversa dall'intendere il bene "reale" come oggetto del contratto. L'impegno contrattuale difatti ha per oggetto non il bene "reale" bensì il bene "dovuto", determinato secondo il complesso delle indicazioni convenzionali e delle integrazioni legali[75].

In ordine alla dichiarazione di conformità catastale con cui si attesta la conformità allo stato di fatto dei dati catastali e delle planimetrie, può dirsi che con essa si crea certamente un punto di contatto tra la realtà giuridica e la realtà fenomenica, e più precisamente tra una "rappresentazione" ed il bene reale rappresentato. Ma per quanto si è già avuto modo di osservare nelle pagine che precedono, è ben possibile che l'unità immobiliare urbana oggetto della "rappresentazione" a cui la dichiarazione di conformità fa riferimento non si identifichi con il

nell'atto e la situazione reale del bene giunga al punto da pregiudicare l'identità tra i due "oggetti" (dell'atto e del rapporto), casi in cui la divergenza tra oggetto dell'atto ed oggetto del rapporto non sia tale da pregiudicare l'identità tra l'oggetto programmato ed il "bene" reale con prevalenza dell'oggetto del rapporto rispetto all'oggetto dell'atto, ed infine casi in cui nonostante vi sia divergenza tra oggetto dell'atto e oggetto del rapporto l'identità, non sia configurabile una "identità" dell'immobile autonoma rispetto alle connotazioni di tipo quantitativo o qualitativo che lo caratterizzano nella descrittiva contenuta nell'atto. L'A. osserva come in quest'ultima ipotesi non è possibile né sufficiente indicare nel contratto "quale" sia l'immobile, ma occorre indicare "come" lo stesso è, pena la nullità del contratto per indeterminatezza dell'oggetto. Si pensi ad un terreno, non altrimenti contraddistinto rispetto ai terreni confinanti, di cui il contratto indichi certi confini ai fini della relativa identificazione.

[74] Ammette che l'oggetto del contratto a forma vincolata sia determinato in base ad elementi che, in quanto esterni al contratto, non ne condividono la forma V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 331. Questione questa che perde di rilievo se si pensa che ai fini della trascrivibilità dell'atto l'indicazione dell'oggetto del contratto sia in funzione della conoscenza, da parte dei terzi, dell'effetto reale che necessariamente deve essere individuabile dai terzi attraverso gli elementi forniti dal testo contrattuale. In tal senso, Cass. civ., 24 novembre 1977, n. 5113, in *Mass. Giur. it.*, 1977; Cass. civ., 30 marzo 1981, n. 1811, in *Mass. Giur. it.*, 1981; Cass. civ., 8 marzo 1984, n. 1627, in *Mass. Giur. it.*, 1984; Cass. civ., sez. II, 10 luglio 1986, n. 4497, in *Mass. Giur. it.*, 1986.

[75] M.C. BIANCA, *Diritto Civile*, 3, cit., 322 il quale distingue tra bene dovuto e bene reale. Se le parti identificano un bene reale come oggetto del contratto, l'impegno contrattuale ha per oggetto tale bene con riferimento alla sua identità. Ma oltre all'identità occorre avere riguardo anche agli altri aspetti del bene, tenendo conto della complessiva previsione contrattuale e dei criteri legali: il bene dovuto, cioè il bene che spetta alla parte, non è senz'altro il bene reale ma è il bene che si conforma agli indici convenzionali e legali di determinazione della prestazione. L'autore (322, nota 26), tuttavia, non esclude che il riferimento al bene reale possa comunque concorrere alla determinazione, sia pure implicita, del bene dovuto. Ad es. l'alienatario che sceglie uno specifico bene lo acquista nello stato materiale apparente in cui esso si trova.

"bene dovuto" della regolamentazione negoziale. Il legislatore è interessato unicamente a garantire la piena corrispondenza delle risultanze identificative e raffigurative catastali allo stato di fatto "sulla base delle disposizioni vigenti in materia catastale", e non anche che vi sia corrispondenza tra dette risultanze ed il bene determinato attraverso la descrittiva negoziale. Ciò sembra precludere ogni accostamento tra la dichiarazione di conformità e l'atto di individuazione del bene, non potendosi neppure ritenere che la fattispecie possa rientrare in quella peculiare circostanza in cui l'individuazione precede il negozio[76].

In primo luogo, la norma in tema di conformità catastale non presuppone l'esplicazione di alcuna attività materiale che possa in un certo qual modo dirsi riconducibile al rapporto negoziale. Né potrebbe sostenersi che l'evento materiale, quale elemento caratteristico dell'atto di individuazione[77], si realizzi, in via preventiva, con l'attività di cd. preallineamento catastale. Detta attività è svolta in concreto da soggetti terzi rispetto al negozio, ovvero da tecnici abilitati a cui può essere altresì rimessa l'attestazione di conformità, equipollente rispetto alla dichiarazione di conformità. D'altronde, risulta anche assente l'ulteriore elemento caratteristico del negozio determinativo di individuazione del bene rappresentato dalla "volontà di destinazione"[78]. La dichiarazione, difatti, è resa dagli intestatari catastali o, in via sostitutiva dal tecnico abilitato, non potendosi considerare perfezionato alcun accordo determinativo esplicativo della volontà di destinazione[79]. Le considerazioni non mutano neppure lì dove al momento dichiarativo della conformità "partecipino" anche le altre parti del negozio (non intestatarie del bene). Anche in tale circostanza la dichiarazione di per sé non costituisce momento attuativo in concreto della determinazione dell'oggetto del contratto, non potendo dirsi ancora realizzato l'assetto di interessi programmato e configurato nello schema fondamentale[80]. La circostanza potrebbe al più riguardare la questione della descrittiva contrattuale, nel senso di rafforzare la valenza delle risultanze e delle raffigurazioni catastali ai fini della determinazione dell'oggetto del negozio, secondo quanto si è già avuto modo di precisare nelle pagine che precedono.

[76] E. GABRIELLI, *L'oggetto del contratto. Artt. 1346-1349*, cit., 157.
[77] A. AURICCHIO, *L'individuazione dei beni immobili*, cit., 91.
[78] A. AURICCHIO, *L'individuazione dei beni immobili*, cit., 91.
[79] A. AURICCHIO, *L'individuazione dei beni immobili*, cit., 91.
[80] E. GABRIELLI, *L'oggetto del contratto. Artt. 1346-1349*, cit., 152.

2.4. La nullità (documentale)

In ordine alla sanzione della nullità sancita per la violazione dell'art. 29, comma 1-*bis*, l. 27 febbraio 1985 n. 52, per quanto detto, è condivisibile l'opinione consolidatasi sin dall'entrata in vigore della novella, che le attribuisce natura puramente documentale e non sostanziale[81], e come tale non riconducibile a quella codicistica di cui all'art. 1418, comma 2, c.c. Va osservato che, di recente, è stato introdotto il comma 1-*ter* nell'art. 29 citato[82], il quale prevede che se la mancanza del riferimento alle planimetrie depositate in catasto o della dichiarazione, resa dagli intestatari, della conformità allo stato di fatto dei dati catastali e delle planimetrie, ovvero dell'attestazione di conformità rilasciata da un tecnico abilitato non siano dipese dall'inesistenza delle planimetrie o dalla loro difformità dallo stato di fatto, l'atto può essere confermato anche da una sola delle parti mediante atto successivo, redatto nella stessa forma del precedente, che contenga gli elementi omessi. L'atto di conferma costituisce atto direttamente conseguente a quello cui si riferisce, ai sensi dell'articolo 10, comma 3, del decreto legislativo 14 marzo 2011, n. 23.
In via generale, in ordine alla dichiarazione prescritta a pena di nullità da rendere in atto, si ribadisce che la stessa non debba essere resa con il rispetto di particolari formalismi[83], potendosi escludere che trattasi di dichiarazione "solenne". Ne discende che l'interprete chiamato a vagliare la violazione o meno della norma non potrà fare a meno di ricorrere ai criteri generali di interpretazione, anche al fine di verificare la completezza della dichiarazione medesima e la sua corrispondenza al dettato normativo[84]. In verità, la giurisprudenza ha già avuto modo di affrontare la questione relativa all'ipotesi in cui nell'atto vi sia la dichiarazione, resa in atti dagli intestatari, della conformità allo stato di fatto della planimetria, ma non anche dei dati catastali[85], rilevandone la violazione.

[81] Per la natura meramente documentale, tra i primi commentatori della norma, G. PETRELLI, *Conformità catastale e pubblicità immobiliare*, Milano, 2010, 65.
[82] Il comma è stato introdotto dall'art. 8, comma 1-*bis*, d.l. 24 aprile 2017, n. 50, convertito, con modificazioni, dalla l. 21 giugno 2017, n. 96. Per una recente trattazione sul tema dell'atto di conferma si rinvia a M. BELLINVIA, *L'atto di conferma in materia di conformità catastale*, cit.
[83] M. BELLINVIA, *Questioni in tema di conformità catastale*, cit.
[84] G. CIAN, *Forma solenne e interpretazione del negozio*, Padova, 1969, 161 ss.
[85] Cass. civ., sez. II, 11 ottobre 2016, n. 20465, in *Quotidiano giuridico*, 2016; Cass. civ., sez. II, 11 aprile 2014, n. 8611, in *Vita not*., 2014, 2, 953 secondo cui l'espresso onere in tal senso imposto agli intestatari non può certamente ritenersi assolto, come pure dedotto dal ricorrente, tramite la dichiarazione di conformità allo stato di fatto dell'immobile della sola planimetria catastale depositata, ovvero di un documento relativo essenzialmente alla descrizione grafica dell'immobile stesso, che evidentemente non può sopperire alla mancanza della dichiarazione

È pur vero che l'esclusione della dichiarazione di conformità dal novero della dichiarazioni solenni, potrebbe indurre a ritenere che, nel procedimento interpretativo, l'interprete possa attribuire valenza alle dichiarazioni rese dalle parti, nel rispetto del requisito di forma scritta del negozio, a prescindere da formule predeterminate e da una loro specifica collocazione nel testo contrattuale. Occorrerebbe chiedersi, altresì, se nell'ipotesi di negozio solenne la dichiarazione possa considerarsi comprensiva anche di quel contenuto che non ha per sé locuzioni specifiche, ma è logicamente deducibile da tutte le altre parti della dichiarazione medesima[86].

Fatta questa breve premessa, possono farsi le seguenti considerazioni conclusive.

a) L'effetto invalidante che discende dalla violazione della norma resta circoscritto al caso di assenza dei riferimenti documentali (gli estremi catastali dell'immobile ed il riferimento alla planimetria depositata in catasto) e di assenza della dichiarazione di conformità resa dall'intestatario[87], mentre non può trovare applicazione per il caso in cui la dichiarazione di conformità non risulti veritiera[88], perché ad esempio non sussiste conformità allo stato di fatto o siano

di conformità allo stato di fatto dell'immobile anche del distinto requisito richiesto dalla norma e rappresentato dai dati catastali, soltanto questi ultimi costituendo gli elementi oggettivi di riscontro delle caratteristiche patrimoniali dell'immobile rilevanti a fini fiscali; neppure può ritenersi, in presenza di un onere previsto espressamente a pena di nullità e della evidente finalità di natura pubblicistica della disposizione in esame, che la suddetta dichiarazione possa essere espressa implicitamente con il mero richiamo all'art. 1-*bis* suddetto, come pure è agevole osservare che proprio l'espressa possibilità che la predetta dichiarazione possa essere sostituita da una attestazione di conformità da parte di un tecnico abilitato alla presentazione degli atti di aggiornamento catastale conferma che, fuori di tale deroga, vige il principio inequivocabile dell'obbligo della suddetta dichiarazione di conformità a carico degli intestatari degli immobili urbani.

[86] La questione viene affrontata da G. CIAN, *Forma solenne e interpretazione del negozio*, cit., 30, il quale ritiene che quanto è deducibile, secondo i principi della logica generale, dalle clausole espresse si può ben considerare dichiarato per mezzo delle clausole stesse. La circostanza, poi, che il soggetto abbia scelto di manifestare il proprio pensiero in questo modo, anziché con espressioni dirette a ciò destinate, è appunto giustificabile in base al principio di libertà nella scelta del linguaggio, le cui limitazioni derivanti dalla presenza del requisito di forma non ne intaccano la sostanziale validità anche per quel che concerne i negozi solenni. L'autore esclude, per converso, che possano considerarsi dichiarate con rispetto del requisito di forma quelle clausole che secondo un giudizio di ragionevolezza, date le circostanze, dovrebbero ritenersi manifestate in quanto non si è detto nulla di contrario sul punto in questione: invero, in tali fattispecie è sempre un silenzio, sia pure inserito come parte in un contesto di manifestazione attiva, che dovrebbe servire come strumento espressivo della volontà di cui trattasi, e un silenzio – evidentemente – non rientra nel concetto di forma scritta (176 ss.).

[87] Sul punto, M. BELLINVIA, *Questioni in tema di conformità catastale*, cit.

[88] M. BELLINVIA, *Questioni in tema di conformità catastale*, cit. ove si evidenzia come ritenere

stati indicati identificativi catastali errati[89]. Lo stesso art. 29, comma 1-*ter*, in tema di conferma discorre di omissione e non anche di errore o inesattezza. Qualora il legislatore avesse voluto, con la norma in commento, soddisfare l'interesse ad assicurare direttamente la conformità dello stato di fatto degli immobili alle risultanze catastali, avrebbe dovuto manifestarlo esplicitamente, non essendo lo stesso desumibile attraverso un'interpretazione sistematica[90]. In caso contrario, difatti, si avrebbero pesanti implicazioni sulla stessa commerciabilità del bene, al pari di quanto avviene in ordine alla disciplina in tema di menzioni urbanistiche; ma con la differenza che qui l'elemento invalidante non sarebbe rappresentato dall'antigiuridicità del bene[91], bensì dalla mancata corrispondenza tra il bene "dovuto" e quello risultante dai pubblici registri[92]. Pertanto, in caso di incoerenza, l'atto non risulterebbe inficiato di nullità solo se attraverso un procedimento di "astrazione" della volontà, e dunque in palese violazione del principio di libera autonomia negoziale, si rimettesse l'identificazione del bene unicamente alle risultanze dei pubblici registri.

b) La natura meramente documentale della nullità ed il ridotto perimetro applicativo della disposizione, circoscritta ai soli atti pubblici e scritture private autenticate tra vivi[93], potrebbe far ritenere applicabile il disposto di cui all'art.

– al di fuori dell'ipotesi da ultimo menzionata – la mendacità della dichiarazione sanzionabile con la nullità dell'atto comporterebbe, nella sostanza, la non commerciabilità delle unità immobiliari urbane, il cui stato di fatto sia difforme dai dati catastali e dalla planimetria depositata in catasto, conseguenza che non risulta dal sistema complessivo delle norme che disciplinano il catasto.

[89] Conseguentemente può dirsi permanga la piena operatività dell'art. 59-*bis* l. 16 febbraio 1913, n. 89 (cd. legge notarile) per i casi in cui l'atto pubblico o la scrittura privata autenticata contenga errori relativi all'identificazione catastale dei beni. Quanto, invece, alle omissioni, anch'esse previste dall'art. 59-*bis* occorrerà verificare se le stesse configurino violazione dell'art. 29, c. 1bis, e comportino pertanto la nullità dell'atto.

[90] M. BELLINVIA, Questioni in tema di conformità catastale, cit.

[91] Sul punto, tra gli altri, si veda F. DE SIATI, *L'Attività edilizia nel testo unico, sub. art. 46*, Milano, 2003, 581 ss.; C. DONISI, *Abusivismo ed invalidità negoziale*, Napoli, 1987; F. CAPRIOLI, *La commerciabilità degli immobili abusivi nella legge n. 47 del 1985*, in *Riv. not.*, 1994, 583 ss. Per una approfondita disamina sul tema si rinvia al par. 3.

[92] Il ragionamento sembra possa valere sia con riferimento al bene dedotto che ai soggetti dell'atto. In via generale, la "certezza legale", quale risultato dell'attività di certazione svolta dagli organi della pubblica amministrazione attraverso mezzi di identificazione dei beni immobili (catasto), delle persone fisiche (registri dello stato civile) e degli enti (registri delle imprese e registri delle persone giuridiche) viene a distinguersi rispetto all'identificazione operata dalle parti nel regolamento contrattuale. Sul punto, M.S. GIANNINI, *Certezza legale*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 769.

[93] In senso critico, M. CEOLIN, *La conformità oggettiva e soggettiva nel d.l. 31 maggio 2010, n. 78 (conv. in l. 31 luglio2010, n. 122) e il problema della nullità degli atti*, in *Riv. not.*, 2011, 368

2701 c.c. in tema di conversione dell'atto pubblico. In caso di violazione della disposizione, ove il documento formato da pubblico ufficiale possieda i requisiti di forma e di sostanza richiesti, l'atto avrebbe la stessa efficacia probatoria della scrittura privata non autenticata[94]. Si potrebbe, a tal riguardo, ritenere che l'art. 2701 c.c., pur comportando il ridimensionamento della valenza probatoria del titolo, salvi il rapporto contrattuale instauratosi tra le parti e, con esso, tutti gli effetti negoziali prodottisi, ivi compreso l'eventuale trasferimento di diritti reali[95]. Ciò sempre che non sussista alcuna incertezza sull'identità del bene dedotto in contratto; in tal caso, difatti, l'atto sarebbe affetto da nullità sostanziale *ex* art. 1418, comma 2, c.c. che, a differenza della nullità (formale) di cui all'art. 29, comma 1-*bis*, oltre a non poter essere sanata attraverso un atto di conferma, precluderebbe il ricorso allo strumento di cui all'art. 2701 c.c.
Quand'anche si dovesse ritenere applicabile l'istituto della conversione di cui all'art. 2701 c.c., la violazione dell'art. 29, comma 1-*bis* andrebbe, comunque, a compromettere l'opponibilità del titolo.
L'art. 29, comma 1-*bis*, non prevede il divieto di trascrizione dell'atto, potendosi conseguentemente ipotizzare l'impossibilità da parte del Conservatore di rifiutare la formalità[96]. Già con riferimento alla disciplina dettata in materia

sul perché la sanzione dovrebbe riguardare solo la scrittura privata autenticata e non quella non autenticata, visto che l'autentica nulla aggiunge e nulla toglie al contenuto dell'atto, trattandosi di una formalità esterna *ad trascriptionem*.

[94] G. PETRELLI, *Conformità catastale e pubblicità immobiliare. L'art. 29, comma 1*-bis*, della legge 27 febbraio 1985, n. 52*, Milano, 2010, 58 ss. il quale ritiene che, attraverso un'interpretazione estensiva dell'art. 2701 c.c., data l'identità di *ratio*, possa ammettersi anche la conversione della scrittura privata autenticata in scrittura privata semplice; M. CEOLIN, *La conformità oggettiva e soggettiva nel d.l. 31 maggio 2010 n. 78 (conv. In L. 31 luglio2010 n. 122) e il problema della nullità degli atti*, cit., 366 ss., ritenendo l'autentica qualcosa di estrinseco all'atto, che gli attribuisce l'idoneità ad essere trascritto, in forza di una efficacia probatoria privilegiata, ritiene non si tratti di due *genus* documentali differenti.

[95] Sul punto, si veda, G. PETRELLI, *Conformità catastale e pubblicità immobiliare. L'art. 29, comma 1*-bis*, della legge 27 febbraio 1985, n. 52*, cit., 58; M. CEOLIN, *La conformità oggettiva e soggettiva nel d.l. 31 maggio 2010 n. 78 (conv. in l. 31 luglio2010 n. 122) e il problema della nullità degli atti*, cit., 368.

[96] Trib. Udine 29 gennaio 2015, in *Giur. it*., 2015, 5, 1095 ss. secondo cui l'art. 29, comma 1-*bis*, L. 27 febbraio 1985, n. 52, pur prevedendo la nullità dell'atto per mancato inserimento dei dati necessari all'identificazione catastale del bene, nonché dei dati attinenti alle planimetrie depositate in catasto e della relativa dichiarazione della corrispondenza allo stato di fatto, non ne prevede la non trascrivibilità, ben potendo le parti o i terzi interessati far eventualmente valere la nullità dell'atto, indipendentemente dall'avvenuta trascrizione dello stesso. Da notare che il Tribunale di Udine ritiene necessaria l'identificazione delle planimetrie, contrariamente a quanto sostiene autorevole dottrina (A. BUSANI – U. MORELLO, *Passaggio in catasto per i nuovi requisiti di forma ad substantiam degli atti immobiliari*, in *Contratti*, 2010, 919), che invece

urbanistica si è detto che il legislatore, nei casi in cui ha ritenuto la nullità dell'atto particolarmente rilevante, prescrive espressamente il divieto di trascrivere l'atto viziato. Si pensi ad esempio alle disposizioni legislative e regolamentari di cui al d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 ove il divieto di trascrizione nei pubblici registri immobiliari è previsto per gli atti a cui non sia stato allegato il certificato di destinazione urbanistica (art. 30), ma non a quelli in cui siano state omesse le menzioni urbanistiche (art. 46)[97]. Se ciò è vero, si potrebbe prospettare l'ammissibilità della trascrizione di atti stipulati in violazione della disciplina sulla conformità catastale[98], dovendosi ritenere precluso al conservatore al di fuori dei casi tassativi indicati dalla legge[99] ricusare o ritardare di ricevere la consegna dei titoli presentati e di eseguire le trascrizioni, iscrizioni o annotazioni richieste, nonché di spedire le copie o i certificati[100]. Ma se, da un lato, il controllo del Conservatore sui titoli e sulle note implica un sindacato meramente formale ed estrinseco, non estendendosi alla idoneità sostanziale del titolo a produrre gli effetti che si vogliono rendere pubblici per mezzo della trascrizione[101], dall'altro, una simile conclusione comporterebbe l'effetto di

considera sufficiente anche un generico riferimento. Non sembra ritenere necessario far emergere il collegamento tra planimetria e dati catastali anche L. IBERATI, *La conformità catastale: considerazioni su alcuni aspetti della normativa incidenti sulle tecniche redazionali*, cit., 150 ss. Sull'argomento, si veda, altresì, G. PETRELLI, *Conformità catastale e pubblicità immobiliare. L'art. 29, comma 1-*bis*, della legge 27 febbraio 1985, n. 52*, cit., 49.

[97] P. BOERO, *Il procedimento*, in GABRIELLI –GAZZONI (diretto da), *La trascrizione con riserva*, in *Trattato della trascrizione*, III, Torino, 2014, 188.

[98] Circolare dell'Agenzia del territorio 9 luglio 2010, n. 2 secondo cui gli elementi innovativi introdotti dal comma 1-*bis* non assumono diretta rilevanza in ordine alla trascrivibilità o meno degli atti immobiliari a cui la norma fa riferimento. Si ritiene che la norma non affianchi alla previsione della nullità dell'atto, quella della intrascrivibilità. D'altra parte, come è noto, la trascrizione non ha, di norma, efficacia sanante rispetto ad eventuali profili di invalidità degli atti trascritti, profili che possono essere fatti valere dalle parti o dai terzi interessati indipendentemente dall'avvenuta trascrizione. Non può condividersi l'opinione di A. BERNES, *Conformità catastale dell'immobile e pubblicità: nullità dell'atto e sistema tavolare*, cit., 1095 ss. che non ammette la trascrivibilità dell'atto. L'autore, sebbene evidenzi l'assenza, nel nostro ordinamento, in generale, di un divieto di trascrivere l'atto nullo, giunge erroneamente a sostenere la non trascrivibilità dell'atto in quanto come conseguenza della nullità dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata si avrebbe solamente una scrittura privata semplice e il conservatore dovrebbe rifiutare la trascrizione, stante l'assenza di un titolo idoneo ai sensi dell'art. 2657 c.c.

[99] Ci si riferisce alle ipotesi indicate dall'art. 2674 c.c. a cui si aggiungono quelle previste dall'art. 18 legge 52/1985.

[100] Per la tassatività dei casi di rifiuto si veda Cass. civ., 18 settembre 1956, n. 3236, in *Mass. Giur. it*., 1956.

[101] L. FERRI – P. ZANELLI, *Della trascrizione immobiliare*, in *Comm. Scialoja – Branca*, Bologna-Roma, 1995, 463 ss.

eseguire la formalità invalidamente, perché fondata su un titolo inidoneo[102].
Pur giungendo alla conclusione di ritenere inapplicabile l'art. 2674 c.c. in tema di rifiuto di eseguire la formalità pubblicitaria, sorgerebbero ulteriori dubbi in ordine alla possibile applicazione al caso di specie dell'art. 2674-*bis* c.c. che, al di fuori dei casi di cui all'articolo precedente (art. 2674 c.c.) attribuisce al Conservatore la facoltà di eseguire la formalità con riserva, qualora emergano gravi e fondati dubbi sulla trascrivibilità di un atto[103]. Con la disposizione in oggetto viene attribuito al Conservatore un potere-dovere di sindacare l'intrinseca trascrivibilità degli atti, sebbene non si riesca a capire se detto potere possa estendersi anche al contenuto sostanziale degli atti medesimi, in deroga a quanto prescritto dall'art. 2674 c.c.[104] In verità anche coloro che ritengono che detto potere possa estendersi al contenuto sostanziale degli atti, escludono che i dubbi sostanziali relativi alla formalità da eseguire possano comunque riguardare i vizi di validità del titolo[105]. In assenza di un espressa previsione normativa, pur avvertendosi da parte di taluno il desiderio a che il sistema riacquisti coerenza e ragionevolezza[106], non pare errato ritenere precluso l'esercizio da parte del Conservatore del potere-dovere di sindacare le violazioni dell'art. 29, comma 1-*bis*, che presupporrebbe valutazioni in taluni casi ben lontane dal mero controllo formale.

Ad ogni modo, anche lì dove si ammetta la trascrivibilità dell'atto, ove questo fosse inficiato da nullità per violazione della disciplina in tema di conformità catastale, si ci troverebbe inevitabilmente a dover ritenere invalida anche la trascrizione. Detta invalidità, ove si prospetti l'orientamento relativo all'ammissibilità della conversione dell'atto, non scaturirebbe dalla declaratoria

---

[102] M. BELLINVIA, *L'atto di conferma in materia di conformità catastale*, cit.

[103] G. PETRELLI, *Conformità catastale e pubblicità immobiliare. L'art. 29, comma 1*-bis*, della legge 27 febbraio 1985, n. 52*, cit., 60 il quale, al fine di superare la possibile censura di incostituzionalità per disparità di trattamento sulla base del rilievo che la legge sancisce la nullità dei soli atti notarili e non dei provvedimenti amministrativi e giudiziari che producono i medesimi effetti, giunge alla conclusione che tutti i titoli - notarili, giudiziari, amministrativi – devono contenere, ai fini della trascrivibilità, i riferimenti e le dichiarazioni prescritti dall'art. 29, comma 1-*bis*.; M. CEOLIN, *La conformità oggettiva e soggettiva nel d.l. 31 maggio 2010 n. 78 (conv. in l. 31 luglio 2010, n. 122) e il problema della nullità degli atti*, cit., 367.

[104] In tal senso si esprime D. MALTESE, voce *Registri immobiliari*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 484; in senso contrario, ritiene che il potere possa solo concernere l'ambito del controllo formale, G. OBERTO, *Rifiuto di trascrizione e trascrizione con riserva nel sistema della l. 27 febbraio 1985, n. 52*, in *Riv. dir. civ.*, 1990. I, 259.

[105] D. MALTESE, voce *Registri immobiliari*, cit., 484.

[106] Il riferimento è al pensiero di G. PETRELLI, *Conformità catastale e pubblicità immobiliare. L'art. 29, comma 1*-bis*, della legge 27 febbraio 1985, n. 52*, cit., 60.

di nullità del titolo, il cui rapporto giuridico resterebbe salvo in applicazione dell'art. 2701 c.c., bensì in quanto si tratterebbe di un caso di trascrizione di titolo carente dei requisiti richiesti dalla legge di cui all'art. 2657 c.c.[107]
La soluzione risulterebbe coerente con il sistema della pubblicità immobiliare che sancisce il principio di autonomia della nota rispetto al titolo, con propri requisiti specifici ed una propria invalidità[108]. Ove dovesse essere dichiarata la nullità dell'atto, quand'anche dovesse applicarsi l'art. 2701 c.c., il titolo non sarebbe opponibile per invalidità della trascrizione[109]. In tal caso, ove possibile, è consigliabile ricorrere al rimedio offerto dallo stesso art. 29, comma 1-*ter*, ovvero il perfezionamento di un atto di conferma anche da una sola delle parti mediante atto successivo, redatto nella stessa forma del precedente, che contenga gli elementi omessi.
Va osservato, inoltre, che la trascrizione (nulla) del titolo (nullo), declassato ai sensi dell'art. 2701 c.c. potrebbe, tuttavia, assumere valenza nell'ambito della cd. pubblicità sanante. Difatti, l'art. 2652, n. 6, c.c. nel prevedere che se la

[107] Cass. civ., sez. II, 7 novembre 2000, n. 14486, in *Vita not*., 2001, 300 secondo cui colui il quale abbia acquistato un'immobile mediante scrittura privata non autenticata, al fine di rendere opponibile tale acquisto ai terzi deve esperire l'azione di accertamento giudiziale dell'autenticità delle sottoscrizioni, trascrivendo la domanda *ex* art. 2652 n. 3 c.c., ed ottenuta la pronuncia favorevole, deve trascrivere la scrittura privata divenuta titolo idoneo *ex* art. 2657 c.c., presentandola in originale o in copia autentica al Conservatore dei registri immobiliari, *ex* art. 2658 c.c. In senso conforme, Cass. civ., sez. II, 28 marzo 1995, n. 3674, in *Mass. Giur. it*., 1995 secondo cui la disposizione dell'art. 2657, comma 1, c.p.c., secondo cui la trascrizione si può eseguire se non in forza di sentenza, di atto pubblico o di scrittura privata con sottoscrizione autenticata o accertata giudizialmente, ha carattere tassativo. Pertanto, quando l'atto soggetto a trascrizione è documentato solo da una scrittura privata con sottoscrizione non autenticata, l'unica via attraverso la quale l'interessato può conseguire la trascrizione dell'atto è quella dell'accertamento giudiziale della sottoscrizione della scrittura, perchè solo così, integrando la scrittura con la sentenza, potrà avere un titolo idoneo, costituito dalla scrittura con sottoscrizioni accertate giudizialmente.
[108] G. BARALIS, *La nota di trascrizione*, in AA. VV., *Trattato della trascrizione*, GABRIELLI – GAZZONI (diretto da), III, Milano, 2014, 22.
[109] Una questione riaccesa di recente in ordine al dibattito in tema di trascrizione dell'accordo raggiunto a seguito della convenzione assistita, di cui all'art. 6, terzo comma, d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito dalla l. 10 novembre 2014, n. 162, che contenga trasferimenti immobiliari privi della necessaria l'autenticazione della sottoscrizione delle parti, sul quale si rinvia a R. TRIOLA, *Negoziazione assistita: per trasferire immobili occorre il notaio*, in www.federnotizie.it. Sul punto si veda, altresì, App. Trieste 6 giugno 2017, in *Quotidiano Giuridico*, 2017, secondo cui per poter trascrivere l'atto di trasferimento immobiliare (eventualmente) contenuto in un accordo di negoziazione assistita in materia di famiglia, *ex* art. 6, d.l. n. 132 del 2014, è necessaria l'ulteriore autenticazione delle sottoscrizioni da parte di un pubblico ufficiale a ciò autorizzato, richiesta dal terzo comma del precedente art. 5.

domanda di nullità è trascritta dopo cinque anni dalla data della trascrizione dell'atto impugnato, la sentenza che l'accoglie non pregiudica i diritti acquistati a qualunque titolo dai terzi di buona fede in base a un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione della domanda, fa espresso riferimento anche alle domande dirette ad impugnare la validità della trascrizione.

3. La nullità degli atti aventi ad oggetto immobili realizzati abusivamente

3.1. L'evoluzione normativa

La normativa posta a tutela dell'assetto urbanistico del territorio ha vissuto negli anni un progressivo irrigidimento, nel tentativo di rendere più efficace il momento precettivo[110].

In ordine ai negozi aventi ad oggetto immobili realizzati abusivamente, dopo l'entrata in vigore della cd. legge urbanistica (l. 17 agosto 1942, n. 1150), nonostante l'attività edificatoria in assenza del provvedimento abilitativo fosse sanzionata penalmente[111], difettava una norma speciale che si occupasse degli aspetti civilistici[112]; la ricerca dei rimedi era pertanto rimessa unicamente alla disciplina generale in tema di contratti.

Si propendeva per la piena validità dei negozi aventi ad oggetto immobili edificati abusivamente, in quanto appariva insostenibile l'opinione contraria, rimasta peraltro isolata, che invocava la nullità (virtuale) del negozio per illiceità dell'oggetto dovuta a contrarietà a norma imperativa (precisamente, l'art. 41, l. urbanistica)[113]; e ciò, in quanto si riteneva che dall'art. 41, l. urbanistica scaturiva non il divieto di immettere nel traffico giuridico un edificio abusivo, bensì la diversa ed antecedente *prohibitio* di costruire senza licenza[114]. Anche la giurisprudenza successiva continuò a sostenere che la nullità non potesse

---

[110] C. DONISI, *Abusivismo edilizio e invalidità negoziale*, Napoli, 1986, 14 ss. e 11.

[111] Le sanzioni penali, originariamente contenute nell'art. 41, l. 17 agosto 1942, n. 1150, sono state inizialmente sostituite dall'art. 17, l. 28 gennaio 1977, n. 10, per essere successivamente riformulate dall'art. 20, della l. 28 febbraio 1985 n. 47. Per una ampia disamina sul punto si rinvia, tra gli altri, a P. TANDA, *I reati urbanistico-edilizi*, Milano, 2016, passim.

[112] Con riferimento ai terreni abusivamente lottizzati, la l. 6 agosto 1967, n. 765, sostituendo l'art. 31, l. 17 agosto 1942, n. 1150, ha disposto per la prima volta la nullità degli atti di compravendita di terreni abusivamente lottizzati a scopo residenziale dai quali non emergeva che l'acquirente era a conoscenza della mancanza di una lottizzazione autorizzata.

[113] Trib. Venezia 9 febbraio 1978, in *Riv. giur. edil*., 1978, I, 531 ss.

[114] C. DONISI, *Abusivismo edilizio e invalidità negoziale*, cit., 14, nota 12.

essere invocata per illiceità dell'oggetto in quanto l'oggetto del negozio, ovvero il trasferimento della proprietà della cosa (abusiva), in sé non poteva essere suscettibile di valutazione in termini di liceità; qualificazione che attiene all'attività di produzione della cosa, estranea, come tale, al contenuto tipico delle prestazioni oggetto del rapporto di compravendita[115].

Nel tentativo di contrastare l'orientamento volto ad affermare la piena validità di tali negozi, partendo dal presupposto che l'etica sociale ripugnava la "commercializzazione" del prodotto di un reato, ossia di una cosa intrinsecamente criminosa, qual è l'edificio abusivo, si ipotizzò che la declaratoria di invalidità potesse discendere non dalla violazione di norme imperative quanto dalla contrarietà al buon costume[116], con applicazione, quale ulteriore remora alla contrattazione degli immobili abusivi, dell'art. 2035 c.c.[117] Ma anche questo tentativo risultò vano[118]. In definitiva, l'abusività della costruzione poteva venire in rilievo soltanto in termini di insufficienza della prestazione di trasferimento, per la possibilità di evizione (totale o parziale) o di impedimento dell'uso della costruzione (per difetto di abitabilità o agibilità), e quindi trovare il suo rimedio e la sua sanzione nella generale disciplina dell'inadempimento contrattuale[119], a tutela e su iniziativa del soggetto che, ignaro dell'abusività al momento della stipulazione del contratto, ne avesse subito pregiudizio[120].

[115] Cass. civ., 26 aprile 1984, n. 2631, in *Riv. giur. ed*., 1984, I; sul punto, si veda, altresì, Cass. civ., 24 febbraio 1982, n. 1139, in *Foro it*., 1982, I, 2535 nota di F. MACARIO; Cass. civ. Sez. II, 26 giugno 1990, n. 6466, in *Mass. giur. it*., 1990.

[116] Cass. civ., 7 luglio 1981, n. 4414, in *Mass. giur. it*., 1981 ha ritenuto che la nozione dei negozi contrari al buon costume non può essere limitata ai negozi contrari alle regole del pudore sessuale e della decenza, ma si estende fino a comprendere i negozi contrari a quei principi ed esigenze etiche della coscienza morale collettiva che costituiscono la morale sociale, in quanto ad essi uniforma il proprio comportamento la generalità delle persone corrette, di buona fede e sani principi, in un determinato momento ed in un dato ambiente

[117] Per una breve disamina sul punto, C. DONISI, *Sulla circolazione giuridica dei fabbricati abusivi*, in *Ricerche di diritto civile*, Napoli, 1979, 236 ss.; ID., *Abusivismo edilizio e invalidità negoziale*, cit., 14 ss.

[118] D. CALABRESE, *Sulla vendita di immobile ad uso di abitazione costruita senza licenza edilizia*, in *Giur. it*., 1980, I, 2, c. 660.

[119] In tal senso, App. Venezia, 03 gennaio 1980, in *Giur. it*., 1980, I, 659 ha considerato la vendita di edificio privo di licenza edilizia come vendita di cosa gravata da oneri e diritti altrui che ne limitano il godimento, spettando all'acquirente l'azione di risoluzione se il contrasto dell'immobile con le prescrizioni del piano regolatore rende probabile l'intervento di un ordine di demolizione.

[120] Cass. civ., 26 aprile 1984, n. 2631, in *Riv. giur. edil*., 1984, I. In senso conforme, tra le altre, Cass. civ, 28 giugno 1980, n. 4096, in *Mass. giur. it*., 1980; Cass. civ., 27 luglio 1984, n. 4439, in *Arch. civ.*, 1985, 490.

In definitiva, la costruzione di un immobile senza licenza edilizia comportava unicamente l'illiceità dell'attività del costruttore, ma non impediva che l'edificio costruito venisse acquistato per accessione dal proprietario del suolo su cui esso era stato edificato, né che di esso il proprietario potesse liberamente disporre nei confronti dei terzi. La compravendita di un immobile costruito senza licenza era considerata valida, salva la risolubilità ad istanza del compratore, ignaro di tale difetto[121].

Pur in assenza di un'espressa norma sanzionatoria, la soluzione volta ad invocare la sanzione della nullità per illiceità dell'oggetto attraverso il richiamo ai principi generali in materia di patologia del negozio (artt. 1346 e 1418 c.c.)[122], trovò invece accoglimento per quelle fattispecie negoziali in cui la prestazione dedotta in contratto si fosse identificata con l'attività criminosa di cui all'art. 41, l. urbanistica. In tal senso, la giurisprudenza si è via via orientata a favore della declaratoria di nullità del contratto di appalto avente ad oggetto la realizzazione di immobile abusivo, in quanto, essendo esso destinato per sua indole ad incidere sulla fase della edificazione, la trasgressione sarebbe dipesa direttamente dal perfezionamento del negozio[123].

[121] Cass. civ., 28 giugno 1980, n. 4096, in *Mass. giur. it.*, 1980 secondo cui la compravendita di un immobile costruito senza licenza edilizia è valida, ma è risolubile a istanza del compratore, che sia ignaro di tale difetto, trattandosi di mancanza di un requisito indispensabile ai fini della realizzazione della funzione economico-sociale dell'oggetto del contratto; sul punto si veda, altresì, Cass. civ., sez. II, 29 maggio 1995, n. 6036, in *Vita not.*, 1996, 215.

[122] Sul punto, C. DONISI, *Abusivismo edilizio e invalidità negoziale*, cit., 14; F. OLIVIERO, *Nullità dell'appalto per mancanza di concessione edilizia: vecchie certezze e criticabili novità*, in *Obbl. e contr.*, 2009, 881; G. MENGOLI, *Compravendita immobiliare e normativa urbanistica*, Milano, 2011, 130 ss.

[123] In questo caso è la stessa prestazione dedotta in contratto – la costruzione di un edificio in contrasto con la normativa urbanistica ed edilizia – che, ai sensi del combinato disposto degli artt. 1346 e 1418 c.c., determina la nullità del contratto per illiceità dell'oggetto. Sul punto, F. OLIVIERO, *Nullità dell'appalto per mancanza di concessione edilizia: vecchie e certezze e criticabili novità*, cit., 881; G. MENGOLI, *Compravendita immobiliare e normativa urbanistica*, cit., 130 ss.; in giurisprudenza, si rinvia a Cass. civ., 22 febbraio 1982, n. 1101, in *Giur. it.*, 1983, I,1, 631, secondo cui il contratto di appalto diretto alla costruzione di un immobile senza licenza è nullo per illiceità dell'oggetto e, pertanto, l'appaltatore non può pretendere il corrispettivo pattuito. In senso analogo, Cass. civ., sez. II, 28 giugno 1986, n. 4317, in *Mass. giur. it.*, 1986; Cass. civ., sez. II, 28 gennaio 1987, n. 783, in *Mass. giur. it.*, 1987; Cass. civ., sez. II, 29 ottobre 1994, n. 8941, in *Vita not.*, 1995, 815); e più di recente, Cass. civ., sez. II, 27 aprile 2018, n. 10173, in *CED*, 2018 la quale ha, tuttavia, precisato che l'illiceità del contratto di appalto per la costruzione di un immobile senza concessione edilizia sussiste solo qualora l'appalto sia eseguito in carenza di concessione, e non anche nel caso in cui la concessione sia rilasciata dopo la data di stipula ma, comunque, prima della realizzazione dell'opera, non essendo conforme alla "*mens legis*" la sanzione di nullità comminata ad un contratto il cui adempimento, in ossequio al

L'art. 15, l. 28 gennaio 1977, n. 10 (cd. legge Bucalossi), entrato in vigore sulla scia dell'art. 31, l. urbanistica (come riformulato dalla l. 6 agosto 1967, n. 765), ha sanzionato con la nullità gli atti giuridici aventi per oggetto unità edilizie costruite in assenza di titolo abilitativo edilizio, ma solo ove da essi non fosse risultato che l'acquirente era a conoscenza della mancanza della concessione[124]. La norma faceva dipendere la nullità o la validità dall'assenza o dalla presenza negli atti di una dichiarazione dell'acquirente attestante la conoscenza della situazione *contra legem* del bene contrattato[125]. Risultava alquanto singolare che un elemento formale, quale appunto la dichiarazione resa in atto dall'acquirente della conoscenza della mancanza della concessione, potesse interferire nel giudizio di riprovevolezza sancito dalla norma, nel senso di condurre (*ope legis*) ad una valutazione positiva e con essa al riconoscimento della piena validità dell'atto[126].

La sanzione della nullità, per sua natura preordinata a tutelare un interesse pubblico o generale (nella specie, l'ordinato sviluppo dell'attività edilizia e quindi la corretta utilizzazione del territorio), connessa alla violazione di una norma imperativa e perciò insuscettibile di essere condizionata da atteggiamenti subbiettivi dei contraenti, risultava invece legata alla situazione di ignoranza da parte dell'acquirente del fabbricato abusivo, come a voler presidiare interessi

precetto normativo, sia stato intenzionalmente posposto al previo ottenimento della concessione o autorizzazione richiesta, e potendosi tale contratto considerare sospensivamente condizionato, in forza di presupposizione, al previo ottenimento dell'atto amministrativo mancante al momento della stipulazione. La nullità per contrasto con norme imperative o con l'ordine pubblico non è configurabile, invece, con riferimento al contratto d'opera professionale di progettazione di un edificio in contrasto con la disciplina urbanistica ed edilizia, non essendo essa vietata dall'ordinamento, espressamente o in base ad un principio desumibile da un complesso di norme imperative, e nemmeno per impossibilità dell'oggetto, consistendo la prevista prestazione dedotta nel vincolo un determinato risultato pienamente realizzabile anche sotto il profilo giuridico.

[124] Secondo Cass. civ., sez. II, 31 ottobre 1989, n. 4554, in *Mass. giur. it.*, 1989 la disposizione, sia per il suo carattere innovativo, sia perché contenuta in una normativa speciale ispirata alla tutela di interessi pubblici legati all'ordinato assetto e sviluppo urbanistico del territorio, è norma di stretta interpretazione, non applicabile oltre i tempi in essa considerati con la conseguenza che non può, in base alla detta norma, essere dichiarata la nullità di un atto avente ad oggetto la compravendita di un immobile costruito non in assenza di concessione ma in difformità – totale o parziale – della stessa.

[125] Il fatto che la nullità discendesse dall'assenza della dichiarazione dell'acquirente e quindi risultasse connessa alla tutela dell'affidamento dell'acquirente indusse taluno, pur contraddicendo il dato letterale, a qualificare il rimedio in termini di annullabilità per errore. In tal senso, si veda G.B. PICCO – A.M. MAROCCO, *Il nuovo regime giuridico dei suoli. Spunti interpretativi della legge 28 gennaio 1977, n. 10*, in *Riv. dir. ipot.*, 1977, 17 s.

[126] In questi termini si esprime C. DONISI, *Abusivismo edilizio e invalidità negoziale*, cit., 18.

interprivatistici[127]. La validità dell'atto, per giunta, non impediva l'applicazione delle pesanti sanzioni amministrative della demolizione del manufatto abusivo o dell'acquisizione gratuita dello stesso al patrimonio indisponibile del Comune (art. 15, comma 3, l. Bucalossi); inevitabilmente, la dichiarazione di consapevolezza resa dall'acquirente permetteva di addossare a quest'ultimo, divenuto titolare del bene, le sanzioni, quand'anche queste riguardassero il comportamento illecito di altro soggetto (il più delle volte suo dante causa).

Sia pur sconcertante sul piano teorico, all'art. 15, l. 28 gennaio 1977, n. 10 indubbiamente va riconosciuto il merito di aver introdotto una espressa comminatoria di nullità in materia di circolazione di immobili abusivi (cd. nullità testuale)[128]. Si trattava di un'ipotesi di nullità che, senza lasciare vuoti normativi, si estendeva indistintamente a tutti gli atti giuridici, per il solo fatto che gli stessi avessero per oggetto unità edilizie costruite in assenza di concessione, sempre che dagli stessi non risultasse che l'acquirente fosse a conoscenza della mancanza del titolo abilitativo.

Successivamente, con l'entrata in vigore della legge sul condono edilizio (l. 28 febbraio 1985, n. 47), oltre alla previsione sanzionatoria della demolizione dei fabbricati costruiti abusivamente ovvero dell'acquisizione degli stessi al patrimonio del Comune in cui si trovano, è stata introdotta una nuova sanzione di nullità, ben distinta rispetto a quella contenuta nella disciplina previgente; sanzione, peraltro, riproposta nel d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 (T.U. urbanistica). Sia l'art. 40, l. 28 febbraio 1985, n. 47 che l'art. 46, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 prevedono testualmente la nullità ed il divieto di stipula degli atti tra vivi aventi per oggetto trasferimento o costituzione o scioglimento della comunione di diritti reali, relativi ad edifici, o loro parti, esclusi quelli di costituzione, modificazione ed estinzione di diritti di garanzia o di servitù, ove da essi non

[127] C. DONISI, *Abusivismo edilizio e invalidità negoziale*, cit., 19 ss. osserva che la soluzione scelta dal legislatore finiva, paradossalmente, per penalizzare proprio il soggetto (l'acquirente "di necessità") che proclamava di voler salvaguardare. In primo luogo, la validità del negozio non precludeva l'applicazione delle pesanti sanzioni amministrative (art. 15, comma 3, l. Bucalossi). Inoltre, il fatto che l'acquirente fosse a conoscenza dell'abuso commesso, gli impediva anche di chiedere l'applicazione dell'art. 1489 c.c. (cosa gravata da oneri o da diritti di godimento di terzi). Proprio al fine di mitigare queste conseguenze ingiuste, in presenza di una predisposizione unilaterale del contratto da parte del venditore, si ricorreva all'applicazione dell'art. 1338 c.c. (conoscenza delle cause di invalidità), dell'art. 1341 c.c. (precisamente si qualificava "onerosa" o vessatoria" la clausola contenente la dichiarazione di scienza dell'abusività dell'immobile da parte del compratore, subordinandosene per ciò stesso l'"efficacia" alla specifica approvazione per iscritto ad opera di quest'ultimo) e dell'art. 1370 c.c. (interpretazione contra stipulatorem)

[128] C. DONISI, *Abusivismo edilizio e invalidità negoziale*, cit., 26.

risultino, per dichiarazione dell'alienante, gli estremi del titolo abilitativo edilizio. Per le opere iniziate anteriormente al 1° settembre 1967, l'art. 40 cit. prevede che in luogo degli estremi della licenza edilizia può essere prodotta una dichiarazione sostitutiva di atto notorio attestante che l'opera risulti iniziata in data anteriore al 1° settembre 1967.

Le norme, inserite all'interno della più ampia disciplina in materia edilizia ed urbanistica, appaiono ancor oggi di difficile inquadramento, non solo per la non chiara formulazione delle disposizioni in esse contenute[129], ma anche per le numerose fattispecie derogatorie che il legislatore ha voluto mantenere al di fuori del loro ambito applicativo, e che vanno, sotto certi aspetti, a minare l'unitarietà dello stesso sistema regolamentare; al punto che, pur nell'attuale quadro normativo in cui prevale un'impostazione relativistica e pluralistica che porta l'interprete oramai ad abbandonare una teoria generale delle cause di invalidità[130], si fa fatica a raggiungere una soluzione univoca in ordine alla natura giuridica della nullità cd. urbanistica[131]. Il dubbio che affligge gli interpreti, peraltro sollevato sin dall'entrata in vigore della prima legge sul condono edilizio, è che si tratti davvero di un contributo apprezzabile per la lotta all'abusivismo edilizio[132].

È pur vero che la normativa va a toccare interessi di stampo pubblicistico contrapposti, afferenti il mercato, l'ambiente e la persona, la cui attività di bilanciamento è alquanto ardua, e ciò nonostante i numerosi interventi da parte della giurisprudenza costituzionale. Il diritto all'abitazione, ad esempio, requisito essenziale caratterizzante la socialità cui si conforma lo Stato democratico voluto dalla Costituzione[133], pur riconosciuto innegabilmente quale diritto

[129] In tali termini si è espressa, recentemente, Cass. civ., sez. II, 17 ottobre 2013, n. 23591, in *Urb. e app*., 2013, 12, 1295.

[130] V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 315 ss.; G.B. FERRI, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Rimini, 1992, 693.

[131] Si segnala che la questione della nullità cd. urbanistica, ovvero della nullità degli atti di vendita degli immobili non conformi alla disciplina urbanistica è stata rimessa alle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione con ordinanza 30 luglio 2018, n. 20061.

[132] C. DONISI, *Abusivismo edilizio e invalidità negoziale*, cit., 31.

[133] Corte cost., 25 febbraio 1988, n. 217, in *Riv. giur. edil*., 1988, I, 264; Corte cost., 2 aprile 1999, n. 119, in *CED*, 1999; secondo Corte cost., 7 aprile 1988, n. 404, in *CED*, 1988 creare le condizioni minime di uno Stato sociale, concorrere a garantire al maggior numero di cittadini possibile un fondamentale diritto sociale, quale quello all'abitazione, contribuire a che la vita di ogni persona rifletta ogni giorno e sotto ogni aspetto l'immagine universale della dignità umana, sono compiti cui lo Stato non può abdicare in nessun caso. Un'altra sentenza (Corte cost. 17 febbraio 1987, n. 49, in *CED*, 1987) aveva già riconosciuto indubbiamente doveroso da parte della collettività intera impedire che delle persone possano rimanere prive di abitazione.

fondamentale della persona[134], deve necessariamente coniugarsi con il diritto di proprietà privata, anch'esso riconosciuto come diritto fondamentale, da definire diritto inviolabile dell'uomo ai sensi dell'art. 2 Cost.[135]
Ebbene, la stessa Consulta ha precisato che il riconoscimento di tale inviolabilità attiene non al diritto di proprietà privata senza aggettivi, ma al diritto di "proprietà personale", ovvero quella riferibile al soddisfacimento dei bisogni primari dell'uomo. Esso, pertanto, non costituisce un valore assoluto ma un diritto che esiste secondo la previsione della legge, la quale, tenuto conto del suo obbligo di assicurarne la funzione sociale e di renderlo accessibile a tutti, potrebbe anche comprimerlo, riducendolo ad un nucleo essenziale. In questa complessa operazione di bilanciamento di interessi non si può non tener conto della tutela del paesaggio e del territorio (art. 9 Cost.), della conservazione di un ordinato assetto territoriale, ma soprattutto occorre garantire la tutela del diritto ad un ambiente salubre e, dunque, la tutela della salute umana. È ben possibile, quindi, che la tutela del paesaggio e del territorio, ma prima ancora l'interesse fondamentale della persona alla difesa della salubrità dell'ambiente, possano giustificare il sacrificio della proprietà privata[136], e di conseguenza del diritto all'abitazione.

3.2. La nullità comminata dalla disciplina speciale in materia urbanistica

L'indagine volta a verificare quale sia la natura della nullità degli atti di trasferimento di immobili realizzati abusivamente comminata dalla vigente disciplina in materia urbanistica[137] non può che partire dal dato letterale, il quale sembra non lasciare dubbi sulla necessaria correlazione tra la declaratoria di invalidità e la dichiarazione resa dalla parte contrattuale avente ad oggetto le cc.dd. menzioni urbanistiche; e ciò, nel senso che l'assenza della dichiarazione comporta inevitabilmente la nullità dell'atto[138]. Appare inconfutabile il fatto che

---

[134] Corte cost., 2 aprile 1999, n. 119, in *Giur. cost. it.*, 1999, 1004
[135] Corte cost., 26 marzo 2015, 49, in *Foro it.*, 2016, 5, 1, 1623.
[136] Corte cost., 16 marzo 1990, n. 127, in *Corr. giur.*, 1990, 686.
[137] Sulla natura giuridica della nullità degli atti di trasferimento di immobili abusivi, si rinvia, tra gli altri, a F. DE SIATI, Sub *art. 46*, in DE MARCO (a cura di), *L'attività edilizia nel testo unico*, Milano, 2003, 586 ss.; G. CASU, *Brevi questioni sulla nullità* ex *artt. 17 e 40 l. n. 47 del 1985*, in *Riv. not.*, 2001, 146; G. ALPA, Sub *artt. 17 e 18, l. 28 febbraio 1985, n. 47*, in *Nuove leggi civ.*, 1985, 1082 ss.; ID. *Questioni relative alla nozione di nullità nella legge sul condono edilizio*, in *RGE*, 1986, II, 93 ss.; A. CATAUDELLA, *Nullità "formali" e nullità "sostanziali" nella normativa sul condono edilizio*, in *Q*, 1986, 487 ss.
[138] Nel senso che per la sua configurazione è sufficiente che si riscontri la mancanza di tale

la norma, nella sua accezione letterale, contenga una prescrizione di un obbligo meramente formale, il quale, secondo l'impostazione formalistica, sarebbe prescritto 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 stesso attraverso il confronto tra la sua consistenza reale e quella risultante dalla concessione edilizia ovvero dalla domanda di concessione in sanatoria[139]. Eppure, il fatto di accettare che la sanzione della nullità risulti sganciata totalmente dalla veridicità della dichiarazione resa desta, per certi versi, preoccupazione; un percorso logico-ricostruttivo indirizzato in tal senso conduce, difatti, verso la pericolosa conseguenza che nessuna invalidità possa derivare al contratto dalla difformità della realizzazione edilizia rispetto alla licenza o alla concessione e, in generale, dal difetto di regolarità sostanziale del bene sotto il profilo del rispetto delle norme urbanistiche. Ipotesi questa che si scontra, tra l'altro, con la comune convinzione che, con il superamento dell'art. 15, l. 28 gennaio 1977, n. 10, vede finalmente e definitivamente sancita l'incommerciabilità degli immobili abusivi.

Ed è proprio partendo da tali riflessioni che, di recente, si è venuta sempre più consolidando l'opinione volta a sanzionare con la nullità tutte quelle fattispecie in cui, pur in presenza della richiesta dichiarazione dell'alienante, risulti *de facto* l'assenza del titolo abilitativo edilizio relativo all'immobile dedotto nella contrattazione o comunque una totale difformità[140]. Secondo questa impostazione se, sotto la vigenza della legge ponte e della legge Bucalossi, la nullità era volta essenzialmente a tutelare il terzo acquirente di buona fede che non fosse a conoscenza dell'irregolarità dell'immobile acquistato, la nullità viene oggi a configurarsi quale strumento per limitare la circolazione degli immobili abusivi, svolgendo la funzione preventiva di disincentivare l'abusivismo edilizio, impedendo all'autore dell'abuso di trarre profitto da una condotta antigiuridica[141].

indicazione nel contratto. Sul punto, si rinvia a Cass. civ., sez. II, 14 giugno 2017, n. 14804, in *Contratti*, 2018, 2, 178 la quale, affermando la natura formale della nullità prevista dagli artt. 17 e 40 della l. n. 47 del 1985 (applicabile "*ratione temporis*"), per omessa indicazione (o allegazione), nell'atto, degli estremi dei titoli edilizi relativi all'immobile alienato, ritiene che non occorra interrogarsi sulla reale esistenza di detti titoli.

[139] In questo senso si esprime Cass. civ., sez. II, 7 dicembre 2005, n. 26970, in *Contratti*, 2006, 7, 660.

[140] Cass. civ., sez. II, 17 dicembre 2013, n. 28194, in *Urb. e app.*, 2014, 2, 165.

[141] A. ALBAMONTE, *La concessione edilizia*, Milano, 1998, 206 s; G. ALPA, Sub a*rtt. 17 e 18, l. 28 febbraio 1985, n. 47*, cit., 1082; A. ANGIULI, *Vendita di immobili abusivi tra nullità virtuali e testuali*, in *Contratti*., 2001; F. DE SIATI, Sub. *Art. 46*, cit., 583 ss. La giurisprudenza

Il superamento del dato letterale[142] sarebbe reso possibile richiamando talune norme, contenute anch'esse nella disciplina speciale, idonee a conferire una valenza sostanziale all'intero apparato sanzionatorio. Il riferimento è, ad esempio, agli artt. 40, comma 3, l. 28 febbraio 1985, n. 47 e 46, comma 4, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 i quali, per il caso in cui la mancata indicazione in atto degli estremi non sia dipesa dalla insussistenza del titolo abilitativo edilizio al tempo della stipula degli atti medesimi ovvero dal fatto che la costruzione sia stata iniziata successivamente al 1° settembre 1967, prevedono la possibilità di una conferma anche da una sola delle parti mediante atto successivo, redatto nella stessa forma del precedente, che contenga la menzione omessa. Ebbene, per il perfezionamento dell'atto di conferma la legge richiede quale presupposto (sostanziale) la sussistenza del titolo abilitativo edilizio al tempo della stipula degli atti medesimi ovvero l'edificazione in data antecedente al 1° settembre 1967. Dunque, se la conferma dell'atto nullo è possibile unicamente nel caso in cui la mancata indicazione in atto degli estremi non sia dipesa dalla insussistenza dell'elemento sostanziale, si è indotti a pensare che, in via generale, non può che risultare del tutto contrario alla *ratio* della legge consentire la commerciabilità di immobili irregolari per la sola circostanza che nel relativo atto di trasferimento (o nella successiva conferma) vi sia stata, magari, una falsa attestazione, a fronte invece di una comminatoria di nullità per un atto relativo ad un immobile regolare ma al cui interno la dichiarazione sia stata omessa[143].

prevalente esclude questa possibilità, ritenendo che la nullità in esame abbia natura testuale. La sanzione, oltre a perseguire il fine di disincentivare l'abusivismo edilizio, è finalizzata anche a tutelare l'affidamento dell'acquirente, mettendolo in condizione di verificare la regolarità del bene acquistato e di eseguire più agevolmente i relativi accertamenti attraverso il confronto tra la sua consistenza reale e quella risultante dagli atti (Cass. civ., sez. II, 15 giugno 2000, n. 8147, cit.; Cass. civ., sez. II, 14 dicembre 1999, n. 14025; Cass. civ., sez. II, 17 agosto 1999, n. 8685, in *Mass. Giur. it.*, 1999).

[142] Dato che secondo Cass. civ., sez. II, 5 luglio 2013, n. 16876, in *Imm. e propr.*, 2013, 10, 599 appare insuperabile. La Suprema Corte afferma che, pur ritenendo interessante la tesi della cd. nullità sostanziale, i canoni normativi dell'interpretazione della legge non consentono di attribuire al testo normativo un significato che prescinda o superi le espressioni formali in cui si articola. Per altro, non può non essere considerato il fatto che i casi di nullità previsti dalla norma indicata sono tassativi e non estensibili per analogia e la nullità prevista dall'art. 40 in discorso è costituita unicamente dalla mancata indicazione degli estremi della licenza edilizia, ovvero dell'inizio della costruzione prima del 1967.

[143] Cass. civ., sez. II, 5 dicembre 2014, n. 25811, in *Urb. e app.*, 2015, 2, 166; Cass. civ., sez. II, 17 dicembre 2013, n. 28194, in *Urb. e app.*, 2014, 2, 165 secondo cui la previsione che la conferma, la quale esclude la sanzione della nullità, può operare solo se la mancanza delle dichiarazioni o dei documenti contemplati non sia dipesa dall'insussistenza della licenza o della concessione o dalla inesistenza della domanda di concessione in sanatoria al tempo in cui gli atti medesimi

Altre norme che pure potrebbero apparire utili per conferire portata sostanziale al regime sanzionatorio sono gli artt. 40, comma 6, l. 28 febbraio 1985, n. 47 e 46, comma 5, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 in ordine alla riapertura dei termini per la presentazione della domanda di sanatoria a favore dell'aggiudicatario/acquirente da procedure esecutive immobiliari, individuali o concorsuali, qualora l'immobile si trovi nelle condizioni previste per il rilascio del titolo abilitativo in sanatoria.

Il legislatore, nel momento in cui introduce una deroga al regime sanzionatorio di invalidità, si preoccupa di prevedere in favore dell'acquirente la riapertura dei termini per la presentazione della domanda di sanatoria, a comprova del disvalore rappresentato dalla circolazione di immobili abusivi. A tal riguardo, in giurisprudenza è stato osservato come, nel caso di sanabilità degli abusi edilizi, l'aggiudicatario, in sede di vendite esecutive immobiliari, viene sostanzialmente rimesso nei termini per la presentazione della domanda della concessione in sanatoria, con l'intento di consentire (per esplicita volontà del legislatore) la regolarizzazione dei beni, ai fini di un futuro sviluppo della circolazione per atti privati (i quali altrimenti risulterebbero nulli)[144].

Si giunge, in definitiva, alla configurazione di una nullità di carattere sostanziale che colpisce gli atti di trasferimento di immobili non in regola con la normativa urbanistica, che si aggiunge alla nullità di carattere formale che colpisce gli atti di trasferimento di immobili in regola con la normativa urbanistica o per i

sono stati stipulati, non avrebbe senso se tali atti fossero *ab origine* validi, ferma restando la responsabilità per inadempimento del venditore. Sotto il profilo sostanziale, assume rilevanza anche il disposto di cui all'art. 2, comma 57, l. 23 dicembre 1996, n. 662 secondo cui a seguito del rilascio della concessione in sanatoria ai sensi dell'art. 39, l. 23 dicembre 1994, n. 724, come integrato dai commi da 37 a 59, gli atti tra vivi la cui nullità, ai sensi dell'art. 17 e del secondo comma dell'articolo 40, l. 28 febbraio 1985, n. 47, e successive modificazioni, non sia stata ancora dichiarata, acquistano validità di diritto. Ove la nullità sia stata dichiarata con sentenza passata in giudicato e trascritta, può essere richiesta la sanatoria retroattiva su accordo delle parti, con atto successivo contenente gli allegati di cui al secondo comma dell'articolo 40 l. 28 febbraio 1985, n. 47, sempreché non siano nel frattempo intervenute altre trascrizioni a favore di terzi. Dall'imposta di registro calcolata sull'atto volto a determinare l'effetto di cui ai commi da 37 a 59 è decurtato l'importo eventualmente già versato per la registrazione dell'atto dichiarato nullo.

[144] TAR Valle d'Aosta Aosta 27 aprile 2017, n. 26, reperibile nella banca dati http://pluris-cedam.utetgiuridica.it. Sul punto si segnala, altresì, Trib. Roma, 23 dicembre 2005, in *Giur. mer.*, 2006, 7-8, 1673 nota di GIUSTI secondo cui l'acquisto di edificio abusivo incommerciabile eseguito in sede di vendita forzata è valido, ed il creditore ipotecario può ottenere il proprio soddisfacimento sul ricavato della vendita. Ma ciò non preclude alla pubblica amministrazione di constatare l'abuso edilizio, di rilevare la non condonabilità dell'illecito edilizio, e di acquisire l'immobile, ai sensi dell'art. 46, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, al patrimonio comunale anche nei confronti dell'aggiudicatario acquirente.

quali è in corso la regolarizzazione, nei quali non siano menzionati gli estremi dei titoli edilizi[145]. È pur vero che questa soluzione, che attribuisce un carattere bivalente al regime sanzionatorio, non è stata accolta di buon grado da una parte della dottrina la quale, pur ammettendo la portata sostanziale della disciplina, ha cercato di mantenere la sanzione della nullità in una dimensione unitaria. Piuttosto che ricercare il requisito sostanziale della sussistenza delle condizioni minime di regolarità urbanistica attraverso una lettura ad ampio raggio delle diverse disposizioni contenute nella disciplina speciale, si è ritenuto che l'elemento sostanziale sia ricavabile dallo stesso dato testuale; si afferma che il requisito sostanziale costituisce il presupposto stesso per l'esistenza del requisito formale della menzione dei titoli abilitativi edilizi. Si evita, in definitiva, di configurare due distinte ipotesi di nullità, una di carattere sostanziale ed una di carattere formale, potendosi affermare che la nullità in questione non può che essere una e una soltanto (nullità testuale), in quanto se non sussiste il requisito sostanziale non può neppure essere rispettato il requisito formale[146].

Pur alla luce di tutte queste argomentazioni, parte della giurisprudenza di legittimità continua a ritenere il dato testuale insuperabile. A meno che non si decida di stravolgere i canoni normativi dell'interpretazione della legge, si ritiene non consentito attribuire al testo normativo un significato che prescinda o superi le espressioni formali in cui si articola[147]. Il tentativo di elevare il requisito della regolarità urbanistica a presupposto sostanziale per la valida circolazione dei beni immobili, si pone in evidente contrapposizione con il contenuto letterale della disposizione; la norma, infatti, lega indissolubilmente il giudizio di invalidità all'elemento formale rappresentato dalla dichiarazione dell'alienante, senza richiedere testualmente la sussistenza di alcun requisito di carattere sostanziale[148]. Sebbene l'intero apparato normativo in materia urbanistica, visti anche gli interessi pubblicistici ad essa sottesi, induca a pensare che vi debba essere una rispondenza necessaria tra il dato menzionato in atto (gli estremi del titolo abilitativo edilizio) ed il dato sostanziale (l'esistenza del titolo abilitativo edilizio), la tesi della nullità sostanziale rischierebbe di

[145] Cass. civ., sez. II, 17 ottobre 2013, n. 23591, in *Urb. e app.*, 2013, 12, 1295; Cass. civ., sez. II, 5 dicembre 2014, n. 25811, *Urb. e app.*, 2015, 2, 166, in *Contratti*, 2016, 1, 27; in dottrina, si rinvia a G. RIZZI, *Circolazione degli immobili e normativa edilizia*, in *Notariato*, 5, 2015, 486.

[146] G. RIZZI, *Circolazione degli immobili e normativa edilizia*, cit., 486 ss.

[147] Cass. civ., sez. II, 5 luglio 2013, n. 16876, in *Imm. e propr.*, 2013, 10, 599 afferma che, pur ritenendo interessante la tesi della cd. nullità sostanziale, i canoni normativi dell'interpretazione della legge non consentono di attribuire al testo normativo un significato che prescinda o superi le espressioni formali in cui si articola.

[148] Cass. civ., sez. II, 5 luglio 2013, n. 16876, in *Imm. e propr.*, 2013, 10, 599.

indebolire eccessivamente la valenza della menzione urbanistica da rendere in atto, la quale finirebbe per tradursi in una mera dichiarazione ricognitiva del dato sostanziale, andando così a tradire la disposizione normativa che invece proprio (ed unicamente) alla sua mancanza ricollega "testualmente" la sanzione della nullità.

Ed è proprio l'invocata insuperabilità del dato testuale a rappresentare il punto di forza su cui poggia l'orientamento volto a qualificare l'invalidità sancita dalla normativa speciale in termini di nullità di carattere meramente formale[149]. Opinione questa che trova peraltro supporto anche in una diversa

[149] Si vedano, tra le altre, Cass. civ., sez. II, 31 ottobre 1989, n. 4554, in *Mass. giur. it.*, 1989; Cass. civ, sez. II, 29 maggio 1995, n. 6036, in *Vita not.*, 1996, 215; Cass. civ., sez. I, 17 gennaio 1998, n. 374, *Foro it.*, 1998, I; Cass. civ., Ssz. II, 24 marzo 2004, n. 5898, in *CED*, 2004; secondo Cass. civ., sez. II, 15 giugno 2000, n. 8147, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, I, 641 la nullità prevista dagli art. 17 e 40, l. n. 47 del 1985 (omessa dichiarazione degli estremi della concessione edilizia dell'immobile oggetto di compravendita, ovvero degli estremi della domanda di concessione in sanatoria) riveste carattere formale (e non meramente virtuale) riconducibile, per l'effetto, nel sistema generale delle invalidità, al comma ultimo dell'art. 1418 c.c., attesane la funzione di tutela dell'affidamento dell'acquirente, con la conseguenza che, ai fini della sua legittima predicabilità, è sufficiente che si riscontri la mancata indicazione nell'atto degli estremi della concessione, senza che occorra interrogarsi sulla reale esistenza di essa, e con la conseguenza, ancora, che la eventuale "conferma", pur prevista dalla citata l. n. 47 del 1985, deve risolversi in un nuovo e distinto atto, mediante il quale si provveda alla comunicazione dei dati mancanti o all'allegazione dei documenti, avente i medesimi requisiti formali del precedente, ed in forme che non ammettono equipollenti; sul punto, si vedano, altresì, Cass. civ., sez. II, 5 luglio 2013, n. 16876, in *Imm. e propr.*, 2013, 10, 599; Cass. civ., sez. II, 20 marzo 2006, n. 6162, in *Mass. giur. it.*, 2006; Cass. civ., sez. II, 2 settembre 2011, n. 18039, in *CED*, 2011; Cass. civ., sez. II, 22 agosto 1998 n. 8339, in *Mass. giur. it.*, 1998; Cass. civ., sez. II, 5 aprile 2001, n. 5068, in *Mass. giur. it.*, 2001; Cass. civ., sez. II, 7 dicembre 2005, n. 26970, in *Contratti*, 2006, 7, 660. Più di recente, Cass. civ., sez. II, 14 giugno 2017, n. 14804, in *Contratti*, 2018, 2, 178 secondo cui la legge n. 47 del 1985 eleva a requisito formale del contratto la presenza in esso di alcune dichiarazioni o allegazioni ed è la loro assenza che di per sè comporta la nullità dell'atto, a prescindere cioè dalla regolarità dell'immobile che ne costituisce l'oggetto. Ciò in coerenza con il duplice obiettivo perseguito dalla legge di soddisfare l'esigenza di tutela dell'affidamento dell'acquirente e l'esigenza di prevenzione degli abusi. La sanzione della nullità formale tutela, infatti, l'affidamento dell'acquirente alla regolarità del bene oggetto del contratto, perchè egli attraverso la dichiarazione del venditore è adeguatamente informato circa la sua situazione giuridica. La funzione informativa assolta dalla prescrizione di forma presenta inoltre il vantaggio di ridurre le indagini e i costi necessari per accertare la reale conformità del bene alle norme urbanistiche. Ai fini della nullità è invero sufficiente che si riscontri la mancata indicazione nell'atto degli estremi della concessione, senza che occorra interrogarsi sulla reale esistenza di essa. La sanzione della nullità formale, inoltre, persegue contemporaneamente l'obiettivo di disincentivare l'abusivismo. L'indicazione degli estremi della concessione sarebbe infatti preclusa nel caso in cui tale concessione manchi: per tale via, l'irregolarità dell'immobile finisce per riflettersi sulla validità del negozio giuridico che

interpretazione accordata alle norme sulla conferma e sulla riapertura dei termini per la presentazione della domanda di sanatoria a favore dell'aggiudicatario/acquirente da procedure esecutive immobiliari, individuali o concorsuali. In ordine alla prima, ad esempio, si è affermato che ai (soli) fini della conferma, l'indicazione degli estremi della concessione sarebbe preclusa nel caso in cui tale concessione manchi: per tale via l'irregolarità dell'immobile finisce per riflettersi sulla validità del negozio giuridico che lo riguarda[150]. In definitiva, l'irregolarità del bene non rileva di per sé, ma solo in quanto preclude la conferma dell'atto[151].

---

lo riguarda. In senso analogo, si esprime anche la giurisprudenza penale tra cui si cita Cass. pen., sez. III, 15 novembre 2016, n. 1165, in *Urb. e app*., 2017, 2, 272.

[150] Cass. civ., sez. II, 14 giugno 2017, n. 14804, in *Contratti*, 2018, 2, 178.

[151] Cass. civ., sez. II, 15 giugno 2000 n. 8147, in *Nuova giur. civ. comm*., 2001, I, 641 secondo cui è assolutamente prevalente in dottrina la tesi che, derivando semplicemente dalla mancata indicazione nell'atto, da parte dell'alienante, degli estremi della concessione (ad edificare o in sanatoria), la nullità prevista dall'art. 40, l. n. 47 del 1985, al pari di quella contemplata nel precedente art. 17, sia una nullità formale, che suole definirsi "testuale e documentale" (e non nullità virtuale) ed è riconducibile, nel sistema generale dell'invalidità, all'ultimo comma dell'art. 1418 c. c. La legge eleva a requisito formale del contratto la presenza in esso di alcune dichiarazioni ed è la loro assenza che di per sé comporta la nullità dell'atto, a prescindere cioé dalla regolarità dell'immobile che ne costituisce l'oggetto. Gli atti nulli per la mancata indicazione di quanto richiesto possono essere confermati anche da una sola delle parti con atto successivo, qualora la mancata indicazione non sia dipesa dall'insussistenza della concessione al momento in cui gli atti erano stati stipulati. L'irregolarità del bene non rileva di per sé, ma solo in quanto preclude la conferma dell'atto. Simmetricamente, la regolarità del bene sotto il profilo urbanistico non rileva in sé, ma solo in quanto consente la conferma dell'atto. Si ritiene da alcuni autori che il combinato disposto delle due norme attribuisca diretta rilevanza, ai fini della validità dell'atto, alla regolarità (sostanziale) del bene, sostenendosi che se il difetto di indicazione degli estremi della concessione nell'atto comporta nullità, *a fortiori* alla medesima sanzione non potrà sottrarsi l'atto in mancanza di concessione. Tale tesi, per la quale sarebbero previste una nullità formale (mancata indicazione degli estremi) ed una nullità sostanziale (assenza di concessione), non può seguirsi. Se il legislatore avesse voluto attribuire diretta rilevanza alla non conformità dei beni alla normativa urbanistica, con o senza il "filtro" della prescrizione di forma, si dovrebbe finire per considerare valido, al di là delle indicazioni, l'atto che riguardi beni comunque in regola con le norme urbanistiche. Ma in questo modo si svuoterebbe la portata precettiva delle disposizioni in commento poiché risulterebbe ingiustificata la previsione della conferma contenuta negli artt. 17 e 40; inoltre, si finirebbe per vanificare l'apprezzabile tentativo operato dal legislatore di trovare una soluzione che non solo costituisca uno strumento di lotta contro l'abusivismo, ma che soddisfi anche l'interesse dell'acquirente alla (esatta) conoscenza delle condizioni del bene oggetto del contratto. La conferma *ex* artt. 17 e 40 legge 28 febbraio 1985, n. 47, ammessa come si è visto solo in presenza di un vizio formale, cioé quando manchi o sia inesatta l'indicazione degli estremi di concessione ad edificare o in sanatoria, senza che ciò sia conseguenza di un vizio sostanziale quale è la totale mancanza del provvedimento concessorio, ha, secondo alcuni autori, un vero e proprio effetto sanante nel senso di far riacquistare validità all'atto originariamente

Quanto appena detto non deve stupire se si pensa che anche la norma sulla conferma prevista dalla disciplina in tema di conformità catastale, di cui al comma 1-*ter* dell'art. 29, legge 27 febbraio 1985, n. 52[152], sia pur sulla base di differenti argomentazioni, viene letta nel senso di richiedere, in via sostanziale, l'esistenza delle planimetrie e la loro conformità allo stato di fatto ai soli fini del perfezionamento dell'atto di conferma medesimo[153].

Quanto all'aggiudicatario/acquirente da procedure esecutive immobiliari, individuali o concorsuali, va detto che l'effetto traslativo derivante dall'acquisto non è subordinato al buon esito del procedimento di sanatoria, e pertanto quand'anche l'aggiudicatario non dovesse provvedere alla presentazione della domanda nei termini prescritti dalle disposizioni, si assisterebbe comunque ad un trasferimento stabile[154]. La vendita all'asta nell'ambito di una procedura espropriativa, pur non importando effetto sanante degli eventuali illeciti edilizi realizzati, sarebbe difatti di per sé valida[155].

---

nullo: con questa conferma, si rimuove la causa di nullità del negozio originario. Si configura una situazione indubbiamente singolare e in contrasto col principio dell'insanabilità del negozio nullo che potrebbe chiamarsi validità successiva del contratto (essendo opposta a quella denominata nullità successiva o sopravvenuta). Essa rileva *erga omnes*, precludendo l'esercizio dell'azione di nullità a chiunque abbia interesse ad eccepirla. In senso contrario, Cass. civ., sez. II, 17 dicembre 2013, n. 28194, in *Urb. e app.*, 2014, 6, 645.

[152] Il comma è stato introdotto dall'art. 8, comma 1-*bis*, d.l. 24 aprile 2017, n. 50, conv., con mod., dalla l. 21 giugno 2017, n. 96. Per una recente trattazione sul tema dell'atto di conferma si rinvia a M. BELLINVIA, *L'atto di conferma in materia di conformità catastale*, cit.

[153] Sul punto, si rinvia al par. 2.4.

[154] Sul punto vd., tra gli altri, M. OCCHIENA, Sub *art. 47*, in R. FERRARA, FERRARI (a cura di), *Commentario al testo unico dell'edilizia*, Padova, 2005, 527.

[155] Cons. Stato, sez. IV, 2 maggio 2017, n. 1996, consultabile nella banca dati http://pluris-cedam.utetgiuridica.it, secondo cui la conclusione non può essere confutata nemmeno facendo applicazione del principio generale del cd. effetto purgativo derivante dalla natura di acquisto a titolo originario del bene, effetto che riguarda più propriamente i diritti, i pesi e le limitazioni legali gravanti sul bene, e non già lo stato di fatto materiale e antigiuridico in cui in ipotesi si trovi il bene. L'unico aspetto espressamente preso in considerazione dal legislatore per l'ipotesi che il bene acquistato sia affetto da illeciti edilizi riguarda la scansione dei tempi per attivare la procedura di sanabilità delle opere. Ai sensi dell'articolo 40, ultimo comma, della l. n. 47 del 1985, infatti, nell'ipotesi in cui l'immobile rientri nelle previsioni di sanabilità di cui al capo IV della presente legge e sia oggetto di trasferimento derivante da procedure esecutive, la domanda di sanatoria può essere presentata entro centoventi giorni dall'atto di trasferimento dell'immobile purché le ragioni di credito per cui si interviene o procede siano di data anteriore all'entrata in vigore della presente legge. Da ciò consegue che gli immobili sottoposti ad esecuzione possono essere sanati in un termine diverso dalle normali scadenze per le richieste di condono edilizio e tale termine decorre solo dalla emissione del decreto di trasferimento, ma non già che essi possono ritenersi *sic et simpliciter* sanati per effetto della sola conclusione della procedura esecutiva immobiliare.

Neppure appare decisivo il richiamo all'art. 21, l. 28 febbraio 1985, n. 47, riprodotto nell'art. 47, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, secondo cui 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, l. 16 febbraio 1913, n. 89 e successive modificazioni, e comporta l'applicazione delle sanzioni previste dalla legge medesima. Nel richiamo alla "dichiarazione dell'alienante" operato dal legislatore non può non ravvisarsi l'indiretto esonero del notaio dal potere-dovere di procedere all'accertamento dell'esistenza del titolo abilitativo edilizio e, più ampiamente, di verificare la situazione urbanistica del fabbricato oggetto del negozio[156]. Già sotto la vigenza dell'art. 21, l. 28 febbraio 1985, n. 47 si affermava che la presunta "apertura" della norma verso la sostanza delle cose era destinata, purtroppo, a rivelarsi del tutto nominale, e ciò nonostante la disposizione – con il porre l'accento (seppur in via mediata) sulla sussistenza o no della concessione – *prima facie* sembrasse emanciparsi dalla logica formalistica del mero riscontro dell'esistenza o no della dichiarazione dell'alienante[157]. Il notaio è esonerato, difatti, dal compito di verificare l'esistenza del titolo abilitativo edilizio e quindi controllare la veridicità della relativa dichiarazione di scienza di una delle parti[158], essendo la sua una responsabilità correlata alla verifica ed all'indicazione nell'atto degli estremi del titolo abilitativo[159], non

[156] C. DONISI, *Abusivismo edilizio e invalidità negoziale*, Napoli, 1986, 137 secondo cui non si riesce ad intendere, infatti, quale ruolo andrebbe assegnato alla dichiarazione dell'alienante con cui vengono comunicati gli estremi della concessione, ove il notaio fosse poi tenuto comunque ad indagare sull'esistenza della medesima. Tanto varrebbe, allora, considerare senz'altro – ma illegittimamente – la locuzione in parola *tamquam non esset*. Sul punto si veda altresì, G. MARICONDA, *I controlli del notaio in materia urbanistica*, in *Corr. giur.*, 1985, 647.

[157] Così, C. DONISI, *Abusivismo edilizio e invalidità negoziale*, cit., 143 ss. il quale afferma che concludere diversamente equivarrebbe a supporre che la legge abbia inteso gravare il pubblico ufficiale, per giunta in modo surrettizio, di un dovere dal quale un momento prima lo aveva esentato.

[158] Conformemente al fatto che il pubblico ufficiale rogante è chiamato in tale veste a ricevere la dichiarazione di parte, non può configurarsi in capo al notaio per il caso di dichiarazione non conforme a verità alcuna responsabilità penale. In tal senso si veda, tra le altre, Cass. pen., sez. V, 3 giugno 2008, n. 35999, in *CED*, 2008; Cass. pen., sez. V, 30 novembre 2011, n. 11628, in *Urb. e app.*, 2012, 6, 722; Cass. pen., sez. V, 12 dicembre 2017, n. 5178, in *CED*, 2018 la quale dopo aver precisato che integra il delitto di cui all'art. 483 c.p., la condotta del privato, parte di un contratto di compravendita immobiliare, che dichiari falsamente al notaio rogante la conformità dell'immobile alle caratteristiche previste dalla concessione ed ivi autorizzate, ha ritenuto che nessun obbligo di verificare la corrispondenza di tali dichiarazioni al vero incombe sul notaio rogante, tenuto solo a recepire le dichiarazioni del privato in ordine all'esistenza e agli estremi della concessione.

[159] P. ZANELLI, Sub *art. 21*, in *Nuove leggi civ.*, 1985, 1108; A. BRIENZA, sub art. 47, in AA.VV.,

potendo pertanto su di lui incombere per ciò stesso alcun obbligo di accertare se l'atto sottopostogli sia o no convalidabile.

3.3. Osservazioni conclusive

Dalla disamina dei diversi orientamenti sulla nullità comminata dalla disciplina in materia urbanistica emerge con tutta evidenza il punto focale della questione; si tratta di capire se l'attribuzione di una valenza meramente formale alla nullità (testuale) ivi prescritta, il cui ambito di applicazione, rispettando la lettera della norma, dovrebbe quindi restare circoscritto ai soli casi tassativi in essa configurati senza possibilità di estensione per analogia[160], precluda necessariamente la configurabilità di una ipotesi di nullità ulteriore, di tipo sostanziale. Sebbene la risposta al quesito venga il più delle volte ricercata attraverso "riletture" delle norme contenute nella disciplina speciale, non pare che l'analisi possa prescindere da un'attenta opera di coordinamento tra la disciplina speciale e quella generale in materia di contratti di cui all'art. 1418 c.c.
La difficoltà di configurare la nullità sostanziale in termini di nullità testuale (art. 1418, comma 3, c.c.)[161], sempre che non si vogliano stravolgere i canoni normativi dell'interpretazione della legge[162], finisce per spingere l'indagine verso un percorso che miri al raggiungimento di una declaratoria di nullità di tipo sostanziale del tutto sganciata dalla sussistenza del requisito formale della dichiarazione urbanistica. In tal senso, l'assenza di titolo abilitativo edilizio o la totale difformità, pur in presenza della dichiarazione del venditore (non veritiera o omissiva), andrebbe a configurarsi quale ipotesi di nullità riconducibile al novero delle nullità virtuali[163], ovvero di quelle fattispecie in cui l'interprete ricava che il contratto è nullo, pur in assenza di una norma che lo dichiari

Testo unico sull'edilizia, Milano, 2002, 547. Si ritiene che sussista, invece, la responsabilità del notaio qualora questi abbia ricevuto dalle parti specifico incarico di consulenza e di assistenza, oppure l'incarico di compiere le necessarie verifiche urbanistiche (M. OCCHIENA, Sub *art. 47*, in FERRARA – FERRARI (a cura di), *Commentario al testo unico dell'edilizia*, Padova, 2005, 532.

[160] Cass. civ., sez. II, 5 luglio 2013, n. 16876, in *Imm. e propr.*, 2013, 10, 599.

[161] La norma di coordinamento di cui all'art. 1418, comma 3 c.c., rinviando alle ipotesi di nullità di cui agli altri casi previsti dalla legge, presuppone che vi sia una espressa (testuale) previsione di legge che sancisca la sanzione della nullità. Ebbene, le norme dettate in materia edilizia prescrivono espressamente la nullità nel solo caso di assenza di dichiarazione e non anche di mancanza del titolo abilitativo edilizio o di totale difformità.

[162] Cass. civ., sez. II, 5 luglio 2013, n. 16876, in *Imm. e propr.*, 2013, 10, 599.

[163] Cass. civ., sez. I, 7 marzo 2001, n. 3272, in *Giust. civ.*, 2001, I, 2109.

espressamente tale, applicando taluno dei criteri di cui ai primi due commi dell'art. 1418 c.c.[164] D'altronde la stessa giurisprudenza, nel sostenere la tesi della nullità sostanziale, ha affermato che dalla disciplina in materia urbanistica è desumibile il principio generale della nullità (di carattere sostanziale) degli atti di trasferimento di immobili non in regola con la normativa urbanistica[165].
Sotto il profilo generale, con riferimento alla nullità di cui all'art. 1418, comma 1, c.c. prescritta quando il contratto è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente, appare necessario, al fine di cogliere la portata della stessa, operare un collegamento con i due successivi commi dell'art. 1418 c.c., rispetto ai quali sono possibili, e talora inevitabili, ampie sovrapposizioni[166].
Ai fini che qui interessano, ipotizzando di dover escludere, per quanto già detto, il ricorso al comma 3 dell'art. 1418 c.c., andrebbe verificata l'applicabilità dell'art. 1418, comma 2, c.c., invocando la nullità del contratto per la mancanza nell'oggetto dei requisiti stabiliti dall'art. 1346 c.c. o per illiceità della causa.
In prima battuta, bisognerebbe chiedersi se, pur in assenza di una espressa previsione di incommerciabilità del bene, la compravendita di immobile abusivo possa risultare inficiata da nullità sotto il profilo della illiceità dell'oggetto, ovviamente superando l'opinione secondo cui oggetto della compravendita è sempre e solo il trasferimento della proprietà della cosa, la quale in sé non è suscettibile di valutazione in termini di liceità[167]. L'oggetto del contratto, da riferire pur sempre alla sola prestazione, ovvero al contenuto del negozio, e non al bene in sé, è illecito quando la prestazione contrattuale in sé e per sé considerata (a prescindere, cioè dalla sua deduzione in contratto) viola un norma imperativa o l'ordine pubblico o il buon costume[168]. Per raggiungere tale risultato si dovrebbe desumere il principio generale della nullità (di carattere sostanziale) degli atti di trasferimento di immobili, non in regola con la normativa urbanistica[169], sulla base di una *prohibitio* che riguarderebbe, non solo la costruzione senza titolo abilitativo edilizio o in totale difformità, bensì l'immissione nel traffico

[164] V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 696. Si rileva come in mancanza di una previsione testuale volta a rendere nulli contratti o regole contrattuali che, in sua assenza, verosimilmente non lo sarebbero, l'interprete potrebbe congetturare una nullità per contrasto con l'ordine pubblico: ma non avrebbe strumenti per calibrare la portata, e cioè per decidere se restringerla al solo inadempimento doloso, o allargarla a ogni inadempimento colpevole o addirittura alle ipotesi di responsabilità oggettiva, o invece assestarla sulla soglia intermedia della colpa grave.
[165] Cass. civ., sez. II, 17 ottobre 2013, n. 23591, in *Contratti*, 2014, 7, 660.
[166] Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 700.
[167] Cass. civ., sez. II, 26 giugno 1990, n. 6466, in *Mass. Giur. it.*, 1990.
[168] V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 380 s.
[169] Cass. civ., sez. II, 17 ottobre 2013, n. 23591, in *Contratti*, 2014, 7, 660.

giuridico dell'edificio abusivamente realizzato. Soluzione questa che non può non tener conto delle molteplici fattispecie derogatorie previste dalla normativa che, come tali, fuoriescono dall'ambito applicativo della declaratoria di nullità ivi regolamentata (si pensi, ad esempio, al trasferimento da procedura esecutiva immobiliare, individuale o concorsuale, al trasferimento *mortis causa*, ecc.). Assumono interesse, a tal proposito, talune pronunce giurisprudenziali che, sebbene relative a contratti (non traslativi) aventi ad oggetto immobili abusivi, quali il preliminare e la locazione, escludendone la nullità, hanno affermato che la condizione di difformità urbanistica dell'immobile non inficia di illiceità la prestazione[170]. Tuttavia, non è chiaro se l'intenzione sia stata quella di mantenere il giudizio di invalidità strettamente ancorato alla sola attività di edificazione dell'immobile abusivo.

L'analisi potrebbe spostarsi, in via ulteriore, ad un giudizio di illiceità della causa. In linea generale, la causa sarebbe illecita quando – pur essendo la prestazione di per sé lecita – illecita risulta la sua deduzione in contratto[171], senza che sia di ostacolo la tipicità della fattispecie. Anche nel caso di contratto legalmente tipico, è necessario verificare in concreto la sintesi degli interessi reali che il contratto è diretto a realizzare al di là del modello – anche tipico – adoperato, fermo restando che detta sintesi costituisce la ragione concreta della dinamica contrattuale e non anche della volontà delle parti[172]. Si tratterebbe quindi di accertare se la specifica regolamentazione contrattuale si ponga, nel caso concreto, in contrasto a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume[173].

[170] Cass. civ., sez. III, 13 aprile 2017, n. 9558, consultabile nella banda dati http://pluris-cedam.utetgiuridica.it, secondo cui il carattere "abusivo" di una costruzione concretandosi in una illiceità dell'opera, può costituire fonte della responsabilità dell'autore nei confronti dello Stato ma non comporta la invalidità del contratto di locazione della costruzione stipulato tra privati, trattandosi di rapporti distinti e regolati ciascuno da proprie norme, venendo e riverberare la condizioni giuridica predetta sulla qualità del bene immobile, e non anche sulla eseguibilità della prestazione del locatore avente ad oggetto la concessione del pieno e continuato godimento del bene. Nel caso in cui non sia stata resa nota, né altrimenti conosciuta dal conduttore la condizione urbanistica dell'immobile locato, il mancato rilascio di concessioni, autorizzazioni o licenze amministrative relative alla destinazione d'uso dei beni immobili - ovvero alla abitabilità dei medesimi - non è di ostacolo alla valida costituzione di un rapporto locatizio, sempre che vi sia stata concreta utilizzazione del bene locato, in difetto soccorrendo, invece, il rimedio della risoluzione del contratto. Sul punto, in senso conforme, Cass. civ., sez. III, 25 maggio 2010, n. 12708, in *CED*, 2010; Cass. civ., sez. III, 21 dicembre 2004, n. 23695, in *CED*, 2004.

[171] V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 380 ss.

[172] Cass. civ., sez. III, 8 maggio 2006, n. 10490, in *Corr. giur.*, 2006, 12, 1718.

[173] Cass. civ., sez. III, 28 aprile 1999, n. 4228, in *Urb. e app.*, 1999, 9, 963. La giurisprudenza, sul possibile giudizio di illiceità ai sensi dell'art. 1343 c.c. in tema di concessione di godimento

Ebbene, tale valutazione non sembra possa prescindere da una disamina, da effettuarsi caso per caso, degli elementi che concorrono a comporre lo schema causale della fattispecie contrattuale. Potrebbe assumere rilevanza, ad esempio, la circostanza che il negozio si vada ad inserire all'interno di una più ampia operazione di abusivismo speculativo[174], rappresentando il risultato economico dell'attività illecita vietata dalla legge, andando a determinare il perfezionamento della fattispecie criminosa. Si pensi, ancora, alla diversa ipotesi in cui la fattispecie traslativa riguardi un immobile oggetto di un abuso di necessità, relativamente al quale venga rilasciato un titolo abilitativo edilizio di sanatoria successivamente alla stipula dell'atto, ipotesi questa non molto diversa nella sostanza a quella di cui all'art. 2, comma 57, l. 23 dicembre 1996, n. 662 in materia di condono[175]. Vi sarebbe anche da esaminare l'ipotesi del negozio perfezionato in pendenza di un procedimento di sanatoria che si accerti solo successivamente alla stipula dell'atto impossibile da definire.

Ma, volendo spingersi oltre, si potrebbe anche cercare di ipotizzare un giudizio di illegalità[176]. Occorrerebbe dapprima dimostrare che la norma violata dal contratto sia imperativa (inderogabile) e non dispositiva (derogabile), potendosi escludere in quest'ultimo caso la declaratoria di nullità. Ma non basta, perché bisognerebbe operare, altresì, l'ulteriore giudizio della riserva di esclusione legale della nullità mediante il criterio testuale o extratestuale, quest'ultimo legato alla *ratio* della norma imperativa violata. E più precisamente al modo in cui il contratto incide sugli interessi protetti dalla norma, tenuto anche conto della disponibilità di un altro rimedio, capace di fronteggiare il contrasto con la norma imperativa in modo più adeguato di quanto farebbe la nullità[177]. Essendo

temporaneo di immobile abusivo, si è espressa negativamente, affermando che il contratto non è in contrasto col complesso dei principi e dei valori che connotano l'organizzazione politica ed economica della società nell'attuale epoca storica, come sarebbe necessario perché possa configurarsi la contrarietà della causa all'ordine pubblico, a mente dell'art. 1343 c.c.

[174] C. DONISI, *Abusivismo edilizio e invalidità negoziale*, cit., 11.

[175] Si è già avuto modo di richiamare l'art. 2, comma 57, l. 23 dicembre 1996, n. 662 secondo cui a seguito del rilascio della concessione in sanatoria ai sensi dell'art. 39 l. 23 dicembre 1994, n. 724, come integrato dai commi da 37 a 59, gli atti tra vivi la cui nullità, ai sensi dell'articolo 17 e del secondo comma dell'articolo 40, l. 28 febbraio 1985, n. 47, e successive modificazioni, non sia stata ancora dichiarata, acquistano validità di diritto.

[176] Secondo V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 701 la distinzione prospettata serve, sul piano teorico, a dare un senso autonomo all'art. 1418, comma 1, c.c.; sul piano pratico, è alquanto sottile ed evanescente.

[177] V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 701 secondo cui un problema di nullità si pone solo quando la norma è imperativa, e cioè definisce posizioni o tutela interessi non disponibili dai privati. Ma in questo caso la nullità non è automatica e inevitabile: di regola il contratto contrario a

l'interesse pubblico o generale protetto, nella specie, rappresentato dall'ordinato sviluppo dell'attività edilizia e quindi dalla corretta utilizzazione del territorio, la declaratoria di nullità (sostanziale) della fattispecie contrattuale dovrebbe costituire rimedio utile al fine di attuare lo scopo della norma, e quindi realizzare un momento ripristinatorio ed allo stesso tempo satisfattivo dell'interesse protetto. Ed invero, sarebbero molteplici le fattispecie in cui una dichiarazione di nullità andrebbe ad assumere più una valenza sanzionatoria senza produrre alcun effetto ripristinatorio, per il quale la legge già prevede ulteriori rimedi, quali la confisca o il provvedimento di demolizione. Peraltro, solo in via gradata l'effetto sanzionatorio potrebbe dirsi satisfattivo dell'interesse generale protetto, quale strumento preventivo di dissuasione volto a scoraggiare gli abusi edilizi.
In giurisprudenza si è affermato che per l'art. 1418 c.c. la violazione di una norma imperativa, anche se penalmente sanzionata, può determinare l'invalidità del contratto solo se il divieto è posto a tutela di un interesse di natura pubblica e generale e se, con tale proibizione, il legislatore intendeva colpire la stipulazione del negozio in vista del regolamento con il medesimo posto in essere[178]. Nel

norma imperativa è nullo; ma può non esserlo, ove la legge disponga diversamente. In definitiva il contratto illegale è nullo quando gli effetti contrattuali andrebbero a ledere direttamente gli interessi protetti dalla norma, la quale ha precisamente lo scopo di impedire quegli effetti, sicché per attuare lo scopo della norma occorre cancellare gli effetti contrattuali, il che si ottiene appunto con la nullità. Invece la nullità può escludersi quando il contratto viola sì la norma, e tuttavia, non sono propriamente i suoi effetti a ledere l'interesse protetto da questo: onde l'annientamento degli effetti contrattuali sarebbe rimedio eccedente rispetto all'esigenza di ripristinare l'interesse leso, cui provvedono meglio altri rimedi.

[178] Cass. civ., 4 dicembre 1982, n. 6601, in *Riv. not*., 1983, 726; sul punto si veda, altresì, Cass. civ., sez. I, 7 marzo 2001, n. 3272, in *Giust. civ*., 2001, I, 2109 secondo cui per una corretta soluzione del problema è indispensabile muovere dalla formula dell'art. 1418 c.c. che, dopo avere, al primo comma, stabilito che è nullo il contratto contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente, al terzo comma aggiunge «il contratto è altresì nullo negli altri casi stabiliti dalla legge». Tuttavia, se è necessario richiamarsi alla legge per decidere della nullità, o annullabilità, tale richiamo non offre sempre sicure soluzioni per l'ambiguità o la insufficienza delle espressioni usate dal legislatore, per cui diventa indispensabile valutare, ogniqualvolta vi sia difformità tra fattispecie e schema normativo, se invalidità sussista e quale ne sia la portata, utilizzando come criterio di individuazione la natura degli interessi tutelati, nel quadro dei valori dell'ordinamento, progressivamente ampliato dai nuovi interessi che tendono a realizzarsi secondo diritto e che meritano di essere protetti in modo maggiore o minore, a seconda che corrispondano o meno agli interessi generali della collettività. La nullità, pertanto, diventa – come osservato in dottrina – uno strumento di controllo normativo utile, insieme ad altri, a non ammettere alla tutela giuridica interessi in contrasto con i valori fondamentali del sistema e si differenzia dalla annullabilità, non solo perché l'atto è difforme dallo schema legale e pregiudica gli interessi del suo autore, ma perché mette a rischio i valori preminenti della comunità, il cui contrasto costituisce la ragione dell'impedimento che l'ordinamento oppone alla efficacia giuridica tipica degli atti. Superata

sancire la nullità del contratto per contrasto con norme imperative, l'art. 1418 c.c. fa salvo il caso in cui «la legge disponga diversamente» e, di conseguenza, tale nullità potrebbe essere esclusa non solo quando risulta espressamente prevista una diversa forma di invalidità (ad esempio, l'annullabilità), ma anche quando la legge assicura, come potrebbe essere nel caso di specie, l'effettività della norma imperativa con la previsione di rimedi diversi[179].

Pare doverosa a questo punto un'ulteriore breve riflessione. In ambito penale, in ordine alla questione della confisca urbanistica di cui all'art. 44 T.U. edilizia[180], la Corte europea dei Diritti dell'Uomo ha enunciato taluni principi, cercando di armonizzare le esigenze di tutela della proprietà, con quelle pubbliche di

---

la concezione individualistica, fondata esclusivamente sul valore della autonomia privata, la valutazione della nullità del negozio si è così giovata del criterio del riscontro della utilità sociale, influenzato da scelte sociopolitiche, che è diventato indice del giudizio di meritevolezza degli interessi delle parti, rispetto ai valori perseguiti dalla comunità, al punto che l'ordinamento, ove quel riscontro sia negativo, non assegna ad essi alcuna tutela ed anzi assoggetta alla sanzione della nullità l'atto compiuto per realizzarli. In sostanza elemento qualificante della validità non è più la tutela dell'interesse del contraente, ma quella degli interessi generali, che vengono preservati anche dalle iniziative individuali, al punto da prescindere delle posizioni che in riferimento all'atto assume la parte – che pure la norma intende proteggere – in nome della equità, correttezza e stabilità dei rapporti sociali. E la circostanza che siano sempre maggiori le sollecitazioni in tal senso della collettività finisce per accrescere le ipotesi della nullità dei negozi, progressivamente riducendo lo spazio della autonomia privata. Tale impostazione dogmatica è in linea con il diritto positivo e con le norme citate – art. 1418 c.c., commi 1 e 3 – posto che è pur sempre il diritto oggettivo a stabilire, anche in situazioni di contrasto con norme imperative, se assegnare tutela ed efficacia a fattispecie difformi dallo schema legale, sebbene in tal caso la sanzione, derivando automaticamente dalla previsione normativa, necessiti di una disposizione contraria perché resti inattuata. Ne consegue che, ove le norme imperative siano in linea generale inderogabili dalla volontà dei privati, in relazione a tali valori, tutto ciò che sia programmato o compiuto in contrasto con essi è interamente nullo, necessariamente estendendosi la illiceità della condotta all'atto compiuto, per il rilievo che la sanzione di invalidità ha in relazione all'interesse perseguito dalla norma che risulterebbe frustrato, ove si accedesse alla tesi proposta dalla ricorrente della distinzione tra attività illecita ed atto valido, non potendo l'ordinamento tutelare l'autonomia privata nel momento in cui persegue interessi che contrastano con valori socialmente rilevanti e per i quali ha posto il divieto di operare, a causa della dannosità sociale di quella attività, che vano sarebbe sottoporre a sanzione penale, se poi raggiungesse il fine di conservare gli effetti degli atti compiuti, che l'ordinamento ha manifestato di rifiutare.

[179] Cass. civ. Sez. III, 5 aprile 2003, n. 5372, in *Giur. it*., 2004, 1624; Cass. civ., sez. III, 3 agosto 1987, n. 6691, in *Mass. Giur. it*., 1987 secondo cui la violazione di una norma imperativa non dà luogo necessariamente alla nullità del contratto giacché l'art. 1418, comma 1, c. c., con l'inciso salvo che la legge disponga diversamente, esclude tale sanzione ove sia predisposto un meccanismo idoneo a realizzare ugualmente gli effetti voluti della norma, indipendentemente dalla sua concreta esperibilità e dal conseguimento reale degli effetti voluti.

[180] Sul tema, tra gli altri, v. P. TANDA, *I reati urbanistico-edilizi*, cit., 418 ss.

regolamentare l'uso dei beni in conformità all'interesse generale[181]. A tal proposito, sia la giurisprudenza comunitaria che quella interna hanno rinvenuto il punto di equilibrio, per risolvere il conflitto tra le due esigenze di tutela, nella presenza o meno della "buona fede" degli acquirenti[182].

Sotto il profilo civilistico, pur dovendosi escludere che il giudizio di invalidità del negozio traslativo possa dirsi correlato allo stato di buona fede dell'acquirente, assume rilievo il fatto che in molte occasioni la giurisprudenza penale non abbia messo in discussione la validità del titolo di acquisto da parte del terzo, nonostante il bene acquistato risulti edificato a seguito di lottizzazione abusiva[183].

Per giunta, la Corte costituzionale ha affermato che, ove non ricorrano i presupposti per l'acquisizione gratuita del bene, come nel caso in cui l'area sia di proprietà del terzo estraneo alla commissione dell'abuso edilizio, non per questo viene meno la possibilità di ripristino in quanto, in tale ipotesi, la funzione ripristinatoria dell'interesse pubblico violato dall'abuso, sia pure ristretta alla sola possibilità di demolizione, rimane affidata al potere-dovere degli organi comunali di darvi attuazione di ufficio, in forza del principio di esecutorietà, senza che a tal fine sia necessaria l'acquisizione dell'area che, se di proprietà di soggetto estraneo all'abuso, deve rimanere nella titolarità di questi, anche

[181] Cfr. da ultimo CEDU, sez. II, 20 gennaio 2009, n. 75909, in *Foro it*., 2010, 1, 4, 1 nota di NICOSIA secondo cui in caso di assoluzione dal reato di lottizzazione abusiva, motivata da errore di diritto inevitabile/scusabile, la confisca *ex* art. 19, l. 28 febbraio 1985, n. 47 (oggi art. 44, comma 2, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380) dell'insieme dei terreni abusivamente lottizzati e degli immobili abusivamente costruiti lede l'art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'art. 1 del protocollo 1 alla stessa Convenzione, trattandosi di sanzione penale la cui applicabilità al caso di specie non era chiaramente prevista dalla legge, e sproporzionata rispetto allo scopo di tutela ambientale perseguito.

[182] Cass. pen., sez. III, 29 settembre 2009, n. 42178, in *Urb. e app*., 2010, 1, 120 afferma che il terzo acquirente di un immobile abusivamente lottizzato, pur partecipando materialmente con il proprio atto di acquisto al reato di lottizzazione abusiva, può subirne la confisca nel caso in cui sia ravvisabile una condotta quantomeno colposa in ordine al carattere abusivo della lottizzazione negoziale e/o materiale.

[183] Al giudice penale non è di certo precluso di pronunciarsi in ordine ad una eventuale declaratoria di nullità di atti aventi ad oggetto immobili abusivi (si veda, ad esempio, Cass. pen., sez. III, 15 novembre 2016, n. 1165, in *Urb. e app*., 2017, 2, 272), ma va osservato che in taluni casi lo stesso giudice affronta la questione relativa al terzo discorrendo non di proprietario ma di possessore di buona fede. Sul punto, si veda, Cass. pen., sez. III, 12 dicembre 2008, n. 12118, in *CED*, 2009, ove si afferma che la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite, attesa la loro natura sanzionatoria, non può essere disposta nei confronti di soggetti estranei alla commissione del reato che siano possessori di buona fede, non essendo ammissibili criteri di responsabilità oggettiva neppure con riferimento alle sanzioni amministrative.

dopo eseguita d'ufficio la demolizione[184]. In questi casi non solo è impedito al giudice penale di applicare la confisca di cui all'art. 44 T.U. urbanistica, ma si giunge, sia pur surrettiziamente, ad affermare, sotto il profilo sostanziale, la piena validità del negozio traslativo precedentemente stipulato. Si tratta di pronunce che, quand'anche sotto il profilo civilistico potrebbero non essere in grado di condurre alla soluzione del problema, indubbiamente stimolano alla riflessione, soprattutto lì dove si faccia riferimento a quelle fattispecie in cui l'autorità amministrativa competente, successivamente al perfezionamento dell'atto traslativo, abbia rilasciato un provvedimento edilizio "sanante".
In conclusione, anche qualora si ritenga che alla nullità formale (testuale) possa affiancarsi una distinta nullità sostanziale (virtuale), per un ragionevole bilanciamento degli interessi pubblicistici in gioco, non sembra che il Giudice possa astenersi dall'effettuare una valutazione del caso concreto, dovendosi pertanto escludere che i negozi aventi ad oggetto immobili abusivi debbano, con automatismo, ritenersi in via assoluta inficiati dalla nullità cd. urbanistica di tipo sostanziale[185].

[184] Corte cost., 15 luglio 1991, n. 345, in *CED*, 1991, in *Foro it*., 1992, I, 3.
[185] Cass. civ., 14 aprile 1951, n. 919, in *Foro it*., 1951,1, 537 secondo cui la legge può vietare un negozio in sé considerato (illiceità dell'oggetto o della causa *ex* comma 2, art. 1418 c c.) perché contrario all'ordinamento, per cui la violazione della legge è diretta ed immediata, ma può succedere pure che il negozio sia vietato non in sé ma in quanto strumentale alla realizzazione dello scopo della norma. In quest'ultimo caso il negozio è contrario a norme imperative in modo solo generico. La giurisprudenza, in questa ipotesi, invita l'interprete a valutare di volta in volta se l'invalidità del negozio compiuto contro il divieto sia conforme o no allo scopo della norma, acclarando la natura e le ragioni del divieto. Se l'interesse leso è solo privato, e anche se il divieto è sanzionato penalmente, potranno operare quegli strumenti (come la risoluzione del contratto per inadempimento) che, presupponendo un contratto validamente concluso, proteggono una parte dall'illegittimo comportamento dell'altra. Invece, se interesse leso è generale e trascende la tutela delle parti, si avrà nullità *ex* art. 1418 c.c.

Esercizio delle professioni liberali e gestione della crisi di impresa

Daniele U. Santosuosso
Ordinario di Diritto commerciale, Università di Roma "La Sapienza"

Il lavoro tende a dimostrare la centralità del ruolo del professionista liberale nel diritto della crisi di impresa attuale e soprattutto nella prospettiva della riforma (Codice della crisi e dell'insolvenza): un ruolo che si esplica sia in via preventiva, sia in vista sia ancora durante la crisi e nelle procedure concorsuali del debitore imprenditore. In questa prospettiva sistematica l'Autore analizza sia i principi generali sul ruolo e i doveri sia le funzioni e doveri professionali specifici del "professionista della crisi di impresa", tra cui le segnalazioni nelle procedure di allerta e le attestazioni.

The paper tends to demonstrate the centrality of the role of the liberal professional in the current law of the business crisis and above all in the perspective of the reform (Code of the crisis and of the insolvency): a role that takes place both in prevention, both in sight and still during the crisis and in the bankruptcy procedures of the debtor entrepreneur. In this systematic perspective the Author analyzes both the general principles on the role and duties as well as the specific professional functions and duties of the "business crisis professional", including the alerting procedures and the statements.

Sommario: 1. Premessa. La centralità del professionista nel diritto della crisi di impresa. – 2. Le fasi della vita dell'impresa. Dalla piena stabilità ed equilibrio alle procedure. – 3. Principi generali sul ruolo e sui doveri che governano l'attività del professionista della crisi di impresa. – 4. Funzioni e doveri professionali specifici. Le segnalazioni nelle procedure di allerta. – 5. Altre funzioni specifiche. Il ruolo del professionista come attestatore.

1. Premessa. La centralità del professionista nel diritto della crisi di impresa

Ringrazio vivamente la Scuola superiore della Magistratura, e quindi la dott. ssa de Renzis e i dott. Romano e Bernardo, nonché il Notaio Palazzo e la Fondazione Italiana del Notariato per avermi onorato dell'invito a partecipare a questa prestigiosa occasione convegnistica e di confronto, nonché per il tema che mi è stato assegnato, su un aspetto tra i più rilevanti del diritto della crisi di impresa.

Non solo per l'attuale infatti, ma con maggior evidenza per quello che si profila il nuovo diritto della crisi di cui al Codice "Rordorf" in preparazione (del quale a mio avviso non possiamo sottovalutare la portata di indirizzo interpretativo per il diritto vigente), il ruolo del professionista liberale appare centrale, tanto da potersi dire che la Riforma porta il sistema, mi sia consentito il termine, verso la "professionalizzazione" della crisi di impresa. Una posizione di risalto viene assegnata al professionista indipendente, di cui il progetto di Codice fornisce per la prima volta una nozione unitaria tra le definizioni, che in parte integra quella di cui all'art. 67, secondo comma, lett. *d*), attuale legge fallimentare[1].

Un ruolo che assume invero rilevanza a tutto campo, sia in via preventiva, sia in vista sia ancora durante la crisi del debitore imprenditore, e che si attua in collaborazione con gli organi della procedura per il raggiungimento dell'obiettivo ultimo volto alla migliore composizione degli interessi in gioco,

[1] L'art. 2 sulle Definizioni, al comma 1, lett. *o*) definisce il "professionista indipendente" «il professionista incaricato dal debitore nell'ambito di una delle procedure di regolazione della crisi di impresa che soddisfi congiuntamente i seguenti requisiti: a) essere iscritto all'albo dei gestori della crisi e insolvenza delle imprese, nonché nel registro dei revisori legali; b) essere in possesso dei requisiti previsti dall'articolo 2399 del codice civile; c) non essere legato all'impresa o ad altre parti interessate all'operazione di regolazione della crisi da rapporti di natura personale o professionale (senza, ed è una novità, aggiungere, come la norma attuale: «tali da comprometterne l'indipendenza di giudizio»); il professionista ed i soggetti con i quali è eventualmente unito in associazione professionale non devono aver prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore, né essere stati membri degli organi di amministrazione o controllo dell'impresa, né (un'altra novità della riforma) aver posseduto partecipazioni in essa».

in via prioritaria quelli creditorii.
L'importanza delle competenze del professionista liberale nella crisi di impresa è del resto risalente anche nelle esperienze internazionali: tra i tanti riconoscimenti normativi mi piace ricordare il *Bankrupcy Act* del 1883, che prevedeva, per la fase preliminare al fallimento, una riunione di creditori che, con l'ausilio dei professionisti di fiducia, fornisse una "spinta" per un progetto di composizione della crisi (*Composition Scheme of Arrangement*).

2. Le fasi della vita dell'impresa. Dalla piena stabilità ed equilibrio alle procedure

Per ricostruire il sistema credo sia utile distinguere cinque fasi temporali della vita dell'impresa in cui diversamente emergono e cercano sintesi i vari interessi.
La fase di pieno equilibrio non ha generato un'attenzione particolare nel legislatore, nonostante il dibattito fosse emerso in letteratura con riferimento a strumenti di allerta che predisponessero meccanismi di osservazione preventiva dell'impresa per evitare le crisi. Vi sono peraltro indicatori normativi in tal senso, come la norma dell'art. 2381 c.c. sul dovere degli amministratori di porre in essere un sistema di controllo interno idoneo a consentire la tempestiva rilevazione di eventuali circostanze che pongano prospettivamente in pericolo la continuazione dell'impresa. Obblighi organizzativi oggi consacrati nel (proposto) nuovo 2086, comma 2, secondo il quale l'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale.
La fase che potremmo definire di pre-crisi o pre-allerta (o crepuscolare, la c.d. *twilight zone*) rappresenta un secondo stadio della vita della impresa: la crisi non è ancora iniziata ma vi sono segnali prodromici o indici di quello stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore (come indicato dall'emanando Codice della crisi), ossia quella «inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate».
Tale condizione è caratterizzata dunque dai segnali di allerta per la soluzione di una crisi di impresa in fase embrionale, e vede nei lavori della commissione Rordorf un punto di svolta: sebbene, come ho ricordato, il dibattito

sull'introduzione delle procedure di allerta fosse già emerso precedentemente, tali istanze non si erano poi concretizzate e le procedure di allerta sono a lungo rimaste il «convitato di pietra» del diritto fallimentare italiano. Anche qui va notato che già nel panorama sistematico ante riforma vi erano diversi indicatori di diritto positivo, valorizzati nel contesto dottrinale, sugli obblighi degli amministratori delle società di attuare una politica di gestione conservativa nella fase crepuscolare, con un ulteriore parallelo dovere di attivare per tempo le misure per affrontare la situazione di crisi prima del "punto di non ritorno"[2]. Del resto appare innegabile che già nella *twilight zone* il ruolo del professionista, sia esso economico-finanziario sia esso legale, è funzionale a (contribuire a) far emergere, in via preventiva, il quadro degli elementi che possano condurre alla crisi, come si evince dalle norme sui doveri professionali codificati nei vari ordinamenti giuridici di riferimento, volti all'attuazione dei meritevoli interessi dei clienti; e dagli indirizzi giurisprudenziali consolidati che impongono ai

[2] Anche nella attuale disciplina fallimentare possono trovarsi indici nel senso illustrato: così, a titolo non esaustivo, nella disciplina della bancarotta semplice, che punisce con la reclusione da sei mesi a due anni, se è dichiarato fallito, l'imprenditore che, fuori dai di bancarotta fraudolenta, «ha aggravato il proprio dissesto, astenendosi dal richiedere la dichiarazione del proprio fallimento, o con altra colpa grave» (217, comma 1, n. 4, l.fall.); nella disciplina del concordato fallimentare, che può essere proposto da un terzo nell'immediatezza della dichiarazione di fallimento; dal fallito, per contro, non prima del decorso di un anno dalla dichiarazione di fallimento (124, comma 1, l.fall.): il rischio che il debitore veda definitivamente perduto il controllo sull'impresa dovrebbe quindi incentivarlo a cercare con maggiore tempestività un accordo anteriore al fallimento; nella disciplina dell'esdebitazione, la cui istanza non può essere accolta qualora non siano stati soddisfatti, neppure in parte, i creditori concorsuali (142, comma 2, l.fall.); dall'assenza di beni e/o crediti esigibili nel patrimonio del fallito – che non permettono neppure di pagare crediti prededucibili e le spese di procedura – la legge fa discendere la presunzione assoluta che il fallito abbia ritardato colpevolmente l'apertura della procedura stessa e quindi non meriti di accedere al beneficio dell'esdebitazione stessa; e ancora nella parte in cui prevede che il fallito «non abbia in alcun modo ritardato o contribuito a ritardare lo svolgimento della procedura» (142, comma 1, n. 2, l.fall.), assumendo un comportamento antigiuridico di ostacolo alla sua ragionevole durata, implica, tra l'altro, l'obbligo del fallito di non porre in essere, prima della dichiarazione di fallimento, atti che, nella consapevolezza della irreversibilità del proprio dissesto, siano alternativi al tempestivo deposito della domanda di fallimento in proprio o diversa soluzione della crisi prevista dalla legge; nella disciplina delle proposte concorrenti di concordato preventivo (art. 163 l.fall): il rischio di proposte concorrenti "ostili" per le domande di concordato che non assicurino il pagamento di una determinata percentuale al ceto chirografario dovrebbero infatti indurre l'imprenditore a far emergere la propria crisi il prima possibile; nella disciplina sull'erogazione di provvista finanziaria alle imprese (nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti; art. 163 e 163-*bis* e 182-*quinquies* l.fall.) che rendono possibile alle imprese in crisi di ottenere finanziamenti: il ricorso alla finanza interinale prededucibile può essere autorizzato dall'autorità giudiziaria anche prima del deposito della domanda definitiva.

professionisti, per quanto di propria competenza, di prevenire o comunque di non aggravare lo stato di crisi: in questa ottica l'*advisor* (anche legale) ha il compito di assistere e consigliare il debitore imprenditore su come (con quali strumenti, modelli, operazioni) perseguire in modo ottimale i suoi obiettivi imprenditoriali, con una accentuata attenzione agli aspetti di riequilibrio aziendale, e quindi per adottare le misure più appropriate a riportare in sicurezza l'azienda, soprattutto i flussi di cassa prospettici; in particolare i consulenti legali e fiscali dovranno curare la razionalità e la coerenza delle scelte, per evitare che si possa ricadere in quelle fattispecie di inefficacia (in particolare revocatoria) e invalidità degli atti posti in essere, e in quelle responsabilità civili e penali (in particolare bancarotta[3]) in cui può incorrere l'imprenditore, ma che in certi casi possono essere imputate allo stesso professionista coautore o istigatore.

Il baricentro degli interessi è in questa fase, esclusi i profili penali, incentrato sulla tutela del debitore-imprenditore, in una visione ancora eminentemente privatistica delle dinamiche imprenditoriali: la disciplina applicabile pertanto sarà in primo luogo quella codicistica sulle professioni liberali, oltre che sulle obbligazioni.

Allorquando gli indicatori depongano nel senso della crisi si entra in una terza fase, il baricentro normativo si sposta sugli interessi dei creditori, in un'ottica che accentua la prospettiva pubblicistica; il ruolo del professionista, date le finalità dei suoi interventi, riveste carattere più istituzionale: ciò comporta che ogni ritardo innanzitutto nella emersione precoce o comunque tempestiva, e poi nella risoluzione della crisi, si riverbera più facilmente sulla loro posizione sia a livello civilistico (nelle responsabilità per le perdite incrementali per esempio), sia a livello penale ancor più nettamente che nelle prime fasi (così con riferimento alla bancarotta preferenziale).

Una volta portata ad emersione la crisi, e in vista delle procedure di regolazione della stessa e della eventuale successiva insolvenza, si apre una quarta fase, quella della negoziazione, con trattative volte alla composizione bonaria con le diverse classi creditorie; al professionista è delegato un importante compito di mediazione, apparendo sempre più nitidi i punti di forza ma anche le criticità economico-finanziarie dell'impresa, nonché le posizioni e le esigenze (più o meno rinunciabili) dei creditori.

L'ultima fase, quella dell'accesso dell'imprenditore alle procedure, vede ai professionisti incaricati dalle parti affiancarsi o sostituirsi quelli nominati dal giudice (così gli arbitri) o dagli organi preposti (delegati del curatore o

[3] V. per esempio Cass. pen. n. 39988/2012, Cass. pen. n. 121/2012, Cass. pen. n. 13115/2000.

coadiutori: notai, avvocati, commercialisti, stimatori, agenti). Ovviamente questa fase, quanto al ruolo specifico e ai correlativi doveri del professionista, si declina non solo a seconda del tipo di professionista ma anche a seconda della procedura.

3. Principi generali sul ruolo e sui doveri che governano l'attività del professionista della crisi di impresa

Alcuni principi generali sul ruolo e sui doveri del professionista accomunano almeno le ultime tre fasi della vita dell'impresa (dalla manifestazione della crisi all'entrata delle imprese in procedura), sia pure nella combinazione a geometria variabile degli interessi relativi all'impresa in crisi[4].

Un grado di "istituzionalismo" è già presente nelle attuali norme: per esempio sulla indipendenza degli attestatori a partire dal piano di cui all'art. 67, comma 3, l. fall., o sulla qualifica di pubblico ufficiale del curatore[5]. Ma è evidente nel nuovo articolato normativo: così nella disposizione sui doveri dei professionisti di cui all'art. 6 della bozza provvisoria del progetto di Codice, ove espressamente si prevede, non solo nelle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza, ma anche durante le trattative che le precedono, che i professionisti incaricati dalle parti o nominati dal giudice o dagli organi preposti hanno alcuni doveri esplicitando una serie di canoni generali di condotta, riconducibili a clausole generali, precisamente nello «svolgere il loro mandato con professionalità, diligenza, correttezza e prudenza, a tutela del buon esito della procedura e degli interessi delle parti coinvolte».

La professionalità, oltre al rispetto dei doveri deontologici e di appartenenza ad un qualificato ordine professionale, evoca un livello di diligenza altamente qualificato (latamente peritale), frutto del bagaglio di conoscenze e di esperienze tipiche della professione esercitata, ed in tal senso ingloba il canone della diligenza. Il principio di correttezza acquista significato se si declina in quella

---

[4] Secondo l'art. 3 del progetto di Codice: «Obiettivo delle procedure disciplinate dal presente codice è pervenire al miglior soddisfacimento dei creditori salvaguardando i diritti del debitore, nonché, ove questi eserciti un'attività di impresa, favorire il superamento della crisi assicurando la continuità aziendale, anche attraverso la rilevazione tempestiva della crisi medesima, in vista di soluzioni concordate con tutti o parte dei creditori, ovvero in difetto, il proficuo avvio di una procedura liquidatoria».

[5] Così è stato ritenuto da Corti di merito – come Trib. Pescara, 20 giugno 2013, in *www.unijuris.it* – che i verbali di aggiudicazione delle vendite effettuate dal curatore o suo delegato costituiscono titolo idoneo per la trascrizione delle medesime nei registri immobiliari.

accezione oggettiva, affermatasi segnatamente nel diritto societario, volta ad imporre la salvaguardia di tutti gli interessi, soprattutto quelli "altri da sé" (più solidaristica e appunto istituzionale della buona fede contrattuale): nel nostro caso la salvaguardia degli interessi dei creditori prima del cliente debitore, e dell'interesse alla continuità piuttosto che quello alla liquidazione.
Nello stesso ordine di idee può leggersi il richiamo al principio di prudenza, in certa misura mutuabile da altri settori dove appare centrale, come quello contabile (che in sintesi auspica, nelle valutazioni, la rilevanza delle attività solo se e nella misura in cui siano certe; e delle passività anche se e nella misura in cui siano probabili); o quello degli intermediari finanziari dove, in coerenza con la disciplina europea, i criteri prudenziali sono dettati in funzione della più adeguata patrimonializzazione delle banche per la tutela dei creditori: criteri focalizzati sul concetto di rischio ("*risk-based*"), al fine di valutare tutti i rischi rilevanti ed i corrispondenti presidii organizzativi complessivi in proporzione alla dimensione, alla rilevanza e alla problematicità dell'impresa. Nel diritto della crisi la prudenza si specifica pertanto nelle valutazioni patrimoniali dell'attivo e del passivo assumendo, nella gestione, i rischi più adeguati alla tutela dei suddetti interessi.
Questi dunque i principi guida per la valutazione della condotta professionale e per le eventuali azioni di responsabilità professionale[6]. Così, per i legali (anche notai, se in veste di consulenti), sia nella fase delle trattative sia nelle procedure, sarà configurabile imperizia non solo allorché si ignori o si violi precise disposizioni di legge, ovvero si erri nel risolvere questioni giuridiche prive di marginale opinabilità, ma anche quando la scelta di una determinata strategia si riveli inadeguata per il raggiungimento del risultato della salvaguardia dei suddetti interessi: per esempio ostinatamente ed avventurosamente perseguendo la via di un piano attestato, e successivamente di un accordo di ristrutturazione invece di accedere subito ad un concordato preventivo (a volte avventuroso anche quello), ovvero la strada di una certa operazione straordinaria che si

[6] Si veda Cass. n. 11906/2016: in tema di responsabilità dell'avvocato verso il cliente, per cui è configurabile imperizia del professionista allorché questi ignori o violi precise disposizioni di legge, ovvero erri nel risolvere questioni giuridiche prive di margine di opinabilità, mentre la scelta di una determinata strategia processuale può esser foriera di responsabilità purché la sua inadeguatezza al raggiungimento del risultato perseguito dal cliente sia valutata (e motivata) dal giudice di merito "*ex ante*" e non "*ex post*", sulla base dell'esito del giudizio, restando comunque esclusa in caso di questioni rispetto alle quali le soluzioni dottrinali e/o giurisprudenziali presentino margini di opinabilità – in astratto o con riferimento al caso concreto – tali da rendere giuridicamente plausibili le scelte difensive compiute dal legale ancorché il giudizio si sia concluso con la soccombenza del cliente.

riveli del tutto inadeguata per i meritevoli scopi. E ancora, nelle operazioni di ristrutturazione del debito, ai legali sarà richiesta ad esempio una particolare attenzione volta a comprendere e ad orientare il substrato negoziale sul quale esse di inseriscono. Analogamente potrebbero incorrere in responsabilità gli *advisor* economico-aziendali che si occupino di strategie organizzative e imprenditoriali che aggravino anziché risolvere situazioni di criticità.

Altri due canoni di condotta, nelle intenzioni del riformatore, dovrebbero fare da guida ai professionisti e a chi dovrà valutarne l'operato: la ragionevolezza e la proporzionalità della durata e del costo delle prestazioni («contenere in modo ragionevole e proporzionato la durata ed il costo delle prestazioni rese»). Si tratta di criteri attuativi dei principi generali sopra visti, funzionali alla più efficace ed efficiente risoluzione della crisi, che imporranno all'interprete di indagare il concreto contesto imprenditoriale e procedurale (natura, dimensioni, stadio della vita dell'impresa e della procedura) affinché la durata e i compensi non risultino eccessivi, e quindi disallineati rispetto ai prioritari interessi da preservare (in concreto per evitare di drenare risorse all'attivo a discapito della soddisfazione dei creditori). La norma sembra peraltro avere una portata generale, che inciderà sui crediti professionali sorti in funzione della domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione o di concordato; ovvero sorti durante le procedure concorsuali per la gestione del patrimonio, o la continuazione dell'impresa; o infine derivanti dal compenso degli organi preposti e dalle prestazioni professionali necessarie per legge o richieste dagli organi medesimi.

Sul piano sistematico, le suddescritte clausole generali denotano ancora una volta l'emersione di profili istituzionali dell'esercizio delle attività professionali nella crisi, suscettibili di integrare anche norme civilistiche (così i parametri di adeguatezza del compenso: «la misura del compenso deve essere adeguata all'importanza dell'opera e al decoro della professione»), e probabilmente di incidere sulla interpretazione (e revisione) dei criteri sui compensi per figure come i delegati, o i coadiutori. Le ricadute nei rapporti privati potranno avvenire non soltanto sul piano delle responsabilità ma anche con riferimento alla invalidità degli atti (si pensi agli accordi di remunerazione che vi si pongano in contrasto).

Si prevede infine che il professionista abbia il dovere di riservatezza sulle notizie apparse nell'espletamento dell'incarico: principio implicito nell'ordinamento, ma che viene correttamente enfatizzato per garantire massima imparzialità e correttezza nello svolgimento soprattutto delle dinamiche negoziali a servizio delle procedure.

In conclusione, l'attenzione che ripone il riformatore restituisce una figura di

"professionista della crisi di impresa", con le sue prerogative ed i suoi doveri tra cui, a mio avviso anche quello di strutturarsi con una adeguata cultura di gestione di impresa (in un'ottica diversa e per certi versi alternativa alla liquidazione), per accompagnare le imprese in equilibrio instabile: non soltanto esperti di contabilità o nelle tradizionali attività di assistenza legale nella fase della crisi conclamata ma anche di *coaching*, assistenza preventiva che va oltre l'applicazione di predeterminati indici di valutazione, al fine di intercettare tempestivamente i segnali di una crisi possibile. Per tali professionisti si va definendo uno statuto speciale volto a promuoverne e salvaguardarne il ruolo a garanzia dei creditori e dell'impresa, in vista della crisi, o in essa ormai caduta[7].

4. Funzioni e doveri professionali specifici. Le segnalazioni nelle procedure di allerta

Funzioni e doveri speciali per i professionisti sono delineati relativamente ai meccanismi di prevenzione e composizione della crisi. Il professionista è chiamato ad esercitare un ruolo cruciale sia negli organi di controllo e di revisione sia nelle cariche che gli stessi saranno chiamati a ricoprire nei nuovi

[7] Tali conclusioni non vengono a mio avviso messe in crisi dall'ultima versione del Codice emanato nelle more della pubblicazione della presente relazione. Pur se non è stata riproposta la disciplina sui doveri dei professionisti con i relativi principi (l'art. 6), peraltro ricavabile dal sistema, l'art. 3 del Codice sui doveri del debitore prevede che l'imprenditore individuale adotti misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e assumere senza indugio le iniziative necessarie a farvi fronte; e che l'imprenditore collettivo adotti un assetto organizzativo adeguato ai sensi dell'articolo 2086 del Codice civile, ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi e dell'assunzione di idonee iniziative; e l'art. 4 sui doveri delle parti prevede che nell'esecuzione degli accordi e nelle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza e durante le trattative che le precedono, debitore e creditori devono comportarsi secondo buona fede e correttezza. In particolare, il debitore ha il dovere di: a) illustrare la propria situazione in modo completo, veritiero e trasparente, fornendo ai creditori tutte le informazioni necessarie ed appropriate allo strumento di regolazione della crisi o dell'insolvenza prescelto; b) assumere tempestivamente le iniziative idonee alla rapida definizione della procedura, anche al fine di non pregiudicare i diritti dei creditori; c) gestire il patrimonio o l'impresa durante la procedura di regolazione della crisi o dell'insolvenza nell'interesse prioritario dei creditori. È certo che tale disciplina, per la prima volta *espressis verbis*, ha messo al centro la cognizione preventiva e le responsabilità dell'imprenditore, prevedendo misure che richiedono l'intervento di un professionista che aggiunga, alle tradizionali competenze, quelle abilità di *coaching* indicate nel testo della presente relazione per aiutare l'imprenditore a monitorare le possibili criticità strategiche e organizzative in una visione prospettica, per la salvaguardia della continuità aziendale e il rilancio delle sue potenzialità.

OCRI.

Il quadro preparatorio dei nuovi istituti[8] invero, le cui finalità sono basate sulla cultura della prevenzione, consente di affermare che la tempestività nella rilevazione dei segnali di emersione della crisi e nell'assunzione delle misure per la sua composizione è il fattore maggiormente determinante per il successo della ristrutturazione: in questo senso, ed è una chiara scelta di campo, il legislatore scommette innanzitutto sugli organi societari di controllo (e quindi *in primis* commercialisti e revisori) potenziandone il ruolo, con nuovi compiti (e quindi responsabilità) di organizzazione e segnalazione (nonché attestazione).

Sul piano organizzativo, sin dalle disposizioni generali del Codice (art. 3 sugli obblighi del debitore "imprenditore collettivo") si desume che gli organi di controllo dovranno valutare l'idoneità degli assetti: compito che emerge già dall'attuale ordinamento ma che si riqualifica in una dimensione gestionale *ex ante*, in quanto dovranno essere tali assetti "adeguati" alla natura e alle dimensioni dell'impresa appunto per la rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale (nuovo art. 2086 c.c.), e per l'assunzione di idonei provvedimenti, almeno di pianificazione (dovranno poi valutare se gli amministratori si saranno prontamente attivati con gli strumenti previsti per il superamento della crisi e il recupero della continuità).

Il terreno delle «procedure di allerta e di composizione assistita della crisi» appare comunque di elezione del nuovo ruolo degli organi di controllo interno (oltre ai revisori, essenziali anch'essi in questa fase ma ognuno nell'ambito delle proprie funzioni), i quali dovranno verificare che lo stesso organo amministrativo valuti costantemente, assumendo le conseguenti iniziative,

[8] Nei lavori preparatori della riforma e nella legge delega n. 155/2017 è stato ritenuto necessario rimediare alla avvertita "incapacità", specie delle realtà imprenditoriali minori, «di promuovere autonomamente processi di ristrutturazione precoce» (cfr. Relazione allo schema di legge delega, § 3, 10). E ciò nel dichiarato intento di "rispondere all'invito contenuto nel Piano d'azione imprenditorialità 2020 COM(2012) del 9 gennaio 2013, rivolto dalla Commissione agli Stati membri della UE […], affinché offrano «servizi di sostegno alle imprese in tema di ristrutturazione precoce, consulenza per evitare i fallimenti e sostegno alle PMI per ristrutturarsi e rilanciarsi»; il che costituirebbe risposta anche alle sollecitazioni contenute nella raccomandazione n. 2014/135/UE, che quell'invito espressamente richiama nel suo 9° considerando (cfr. Relazione cit., 11).

Tali misure vantano "importanti precedenti in ambito comparatistico. Comparse per la prima volta nell'ordinamento francese già alla metà degli anni '80, sono state da ultimo riprese dall'Unione europea una prima volta nella raccomandazione 2014/135/UE e successivamente nella proposta di direttiva 2016/359, motivata proprio dall'insoddisfacente impatto della raccomandazione, che mette al centro della disciplina comunitaria dell'insolvenza un'impostazione che essa stessa definisce di "*early warning*" ed "*early restructuring*", destinata – insieme a quella della "s*econd chance*" per gli imprenditori – a divenire un pilastro del sistema".

(i) l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, (ii) la sussistenza dell'equilibrio economico finanziario e (iii) il prevedibile andamento della gestione (art.14). Appare quindi evidente che gli organi di controllo, oltre a valutare essi stessi il rispetto dei criteri di adeguatezza e di equilibrio, dovranno svolgere un'attività di stimolo per gli amministratori affinché questi agiscano tempestivamente.
Altro fondamentale obbligo degli organi di controllo interno, nonché dei revisori (del resto alla luce dei modelli stranieri come quello francese, ove i motori della *procèdure d'alerte* sono i *commissaires aux comptes*) è quello di segnalazione dell'allerta, ossia dell'esistenza di "fondati" indizi della crisi (art. 14).
La segnalazione (c.d. interna) dovrà essere fatta innanzitutto e immediatamente allo stesso organo amministrativo: compito assai delicato, perché se è vero che gli indicatori della crisi trovano una specifica disciplina, nel Codice (art. 13), su nozione (come squilibri di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa), rilevabilità (attraverso appositi indici di sostenibilità dei debiti) ed elaborazione (tramite il Consiglio nazionale dei dottori commercialisti ed esperti contabili), essa richiede un'attività valutativa che, dovendo tener conto di vari fattori di rischio (per esempio di documenti inattendibili o di strumentalizzazione da parte dei creditori della notizia dei sintomi della crisi), comporterà il più alto grado di diligenza professionale.

In caso di omessa o inadeguata risposta, o di mancata adozione delle misure necessarie, la segnalazione andrà fatta tempestivamente all'OCRI (segnalazione "esterna"), l'organismo che dovrà ricevere le segnalazioni per tutti gli imprenditori e gestire la fase di allerta e di composizione della crisi; ed in tale caso sono esonerati dalla responsabilità solidale per le conseguenze pregiudizievoli delle omissioni o azioni poste in essere dall'organo gestorio che non siano diretta conseguenza di decisioni assunte in data antecedente la segnalazione.
La funzione del professionista appare vieppiù delicata atteso che, ai sensi dell'art. 13 (Indicatori della crisi) comma 3, l'impresa che non ritenga adeguati, in considerazione delle proprie caratteristiche, gli indici elaborati a norma del comma 2 (appunto dal CNDC), ne dovrà illustrare le ragioni in nota integrativa indicando quelli idonei a far ragionevolmente presumere la sussistenza del suo stato di crisi: in tal caso un professionista indipendente ne attesta l'adeguatezza in rapporto alla specificità dell'impresa e, a partire dall'esercizio successivo, l'impresa sarà "valutata" sulla base di questi diversi indici.
Per quanto riguarda la presenza dei professionisti in fase di composizione,

essa vuole offrire, nelle intenzioni del riformatore, un momento di confronto e composizione delle varie istanze[9]. E, come abbiamo visto, proprio a tal fine la riforma programma la messa in campo di servizi di consulenza e assistenza professionale alle imprese mediante la istituzione di un nuovo organismo di composizione della crisi d'impresa (l'OCRI appunto) a fianco dell'attuale organismo di composizione della crisi da sovraindebitamento (OCC).
Detto organismo procede, a seguito della segnalazione di cui sopra, alla nomina di un collegio di tre esperti tra quelli iscritti nell'albo dei gestori della crisi e dell'insolvenza: professionisti che abbiano le necessarie conoscenze sotto il profilo aziendalistico, contabile e legale. E per garantire un controllo istituzionale di tale meccanismo a livello soggettivo dovrà essere istituito presso il Ministero della Giustizia l'Albo dei soggetti destinati a svolgere funzioni di gestione o di

[9] La stessa Relazione tecnica al Codice, messa a punto nelle more della pubblicazione della presente relazione, testualmente prevede che «si miri a creare un luogo d'incontro tra le contrapposte, ma non necessariamente divergenti, esigenze, del debitore e dei suoi creditori, secondo una logica di mediazione e composizione, non improvvisata e solitaria, bensì assistita da organismi professionalmente dedicati alla ricerca di una soluzione negoziata, con tutti i riflessi positivi che ne possono indirettamente derivare, anche in termini deflattivi del contenzioso civile e commerciale».

[10] L'art. 352 (Disposizioni transitorie sul funzionamento dell'OCRI) dispone che: «1. Sino alla istituzione presso il Ministero della giustizia dell'albo di cui all'articolo 356, i componenti del collegio di cui all'articolo 17, comma 1, lettere *a*) e *b*), sono individuati tra i soggetti iscritti all'albo dei dottori commercialisti e degli esperti contabili o all'albo degli avvocati i quali abbiano svolto funzioni di commissario giudiziale, attestatore o abbiano assistito il debitore nella presentazione della domanda di accesso in almeno tre procedure di concordato preventivo che abbiano superato la fase dell'apertura o tre accordi di ristrutturazione dei debiti che siano stati omologati».
L'art. 356 (Albo dei soggetti incaricati dall'autorità giudiziaria delle funzioni di gestione e di controllo nelle procedure di cui al codice della crisi e dell'insolvenza) prevede che: «1. È istituito presso il Ministero della giustizia un albo dei soggetti, costituiti anche in forma associata o societaria, destinati a svolgere, su incarico del tribunale, le funzioni di curatore, commissario giudiziale o liquidatore, nelle procedure previste nel codice della crisi e dell'insolvenza. Il Ministero della giustizia esercita la vigilanza sull'attività degli iscritti all'albo. 2. Possono ottenere l'iscrizione i soggetti che, in possesso dei requisiti di cui all'art. 358, comma 1, lettere *a*), *b*) e *c*), dimostrano di aver assolto gli obblighi di formazione di cui al decreto del Ministro della giustizia 24 settembre 2014, n. 202 e successive modificazioni. Costituisce condizione per il mantenimento dell'iscrizione l'acquisizione di uno specifico aggiornamento biennale, ai sensi del predetto decreto. I requisiti di cui all'articolo 358, comma 1, lettera *b*), devono essere in possesso della persona fisica responsabile della procedura, nonché del legale rappresentante della società tra professionisti o di tutti i componenti dello studio professionale associato. 3. Costituisce requisito per l'iscrizione all'albo il possesso dei seguenti requisiti di onorabilità: a) non versare in una delle condizioni di ineleggibilità o decadenza previste dall'articolo 2382 del codice civile; b) non essere stati sottoposti a misure di prevenzione disposte dall'autorità giudiziaria ai sensi del

controllo nell'ambito delle procedure concorsuali[10].
Sul versante infine delle crisi ormai non recuperabili il Codice assegna espressamente un importante ufficio di impulso agli organi di controllo societari prevedendo, per la (sola) apertura della liquidazione giudiziale, la legittimazione – oltre che del debitore, di uno o più creditori e del pubblico ministero – degli organi (e delle autorità amministrative) di controllo e di vigilanza sull'impresa (art. 37, comma 2): estendendo così esplicitamente il novero dei soggetti che, di fronte alla insolvenza, avranno il potere (funzione, anche al fine di evitare ulteriori pregiudizi "incrementali") di chiedere l'apertura della procedura concorsuale.
La norma che chiude il cerchio del sistema sulla centralità degli organi di controllo (e dei relativi professionisti) è contenuta nell'art. 379, che amplia notevolmente le ipotesi nelle quali anche per le società a responsabilità limitata sarà obbligatoria la nomina degli organi di controllo interno o dei revisori.

5. Altre funzioni specifiche. Il ruolo del professionista come attestatore

Il ruolo del professionista come attestatore è stato per certi versi ampliato e per altri meglio "cesellato". Mi limito a ricordare alcuni profili.
È stato confermato il ruolo del professionista indipendente nell'attestazione dei piani di risanamento, che non sembra stato oggetto di particolari innovazioni anche se il legislatore disciplina in maniera decisamente più analitica quello che deve essere il contenuto del piano cui andrà riferita l'attestazione della veridicità dei dati aziendali e della fattibilità economica e giuridica del piano medesimo: in linea con le *best practices* di settore che da tempo delineano i contenuti per la redazione dei piani di risanamento dell'azienda e degli speculari accertamenti cui sono tenuti gli esperti indipendenti, il suo compito da un lato sarà facilitato – per il maggiore dettaglio del contenuto –, dall'altro richiederà un livello di

decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159; c) non essere stati condannati con sentenza passata in giudicato, salvi gli effetti della riabilitazione: 1) a pena detentiva per uno dei reati previsti dalle norme che disciplinano l'attività bancaria, finanziaria, mobiliare, assicurativa e dalle norme in materia di mercati e valori mobiliari, di strumenti di pagamento; 2) alla reclusione per uno dei delitti previsti nel titolo XI del libro V del codice civile o nel presente codice; 3) alla reclusione per un tempo non inferiore a un anno per un delitto contro la pubblica amministrazione, contro la fede pubblica, contro il patrimonio, contro l'ordine pubblico, contro l'economia pubblica ovvero per un delitto in materia tributaria; 4) alla reclusione per un tempo superiore a due anni per un qualunque delitto non colposo; d) non avere riportato negli ultimi cinque anni una sanzione disciplinare più grave di quella minima prevista dai singoli ordinamenti professionali».

professionalità in linea con tal maggiore precisione.
In questa più ampia prospettiva si innestano le conclusioni (già assunte in dottrina) sul fatto che il piano di risanamento ed i suoi atti esecutivi potranno essere efficacemente difesi solo ed a condizione che l'attestazione contempli una specifica ed approfondita analisi degli elementi finanziari, economici, aziendali e giuridici che caratterizzano la realtà dell'impresa in crisi, nonché delle prospettive di risanamento della medesima nel mercato di riferimento (le linee guida adottate dal CNDCEC, che costituiscono nella prassi uno dei principali punti di riferimento per le attività di attestazione, fissano già in modo analitico molti elementi che debbono caratterizzare una "seria" attestazione). In altre parole, al fine di verificare la "manifesta attitudine", non pare sufficiente l'esclusione della sussistenza di macroscopici elementi di inidoneità, formale e sostanziale, del piano, ma occorre un *quid pluris* funzionale a verificare e dimostrare che il piano attestato era *ab origine* fondato su presupposti e prospettive veritieri e realizzabili da un punto di vista economico, finanziario, aziendale e giuridico.
L'attestazione della fattibilità economico-giuridica e non solo la generica "attuabilità dell'accordo" di cui al 182-*bis* viene prevista dall'art. 57 anche per gli accordi di ristrutturazione; inoltre l'attestazione deve specificare non solo l'idoneità dell'accordo ma anche del piano economico-finanziario in esecuzione.

Altra novità in materia, di particolare rilevanza, consiste nell'istituto della rinnovazione delle attestazioni, che ha avuto negli anni una ricca prassi applicativa ed è ora recepita dal legislatore nel nuovo corpus normativo dall'art. 58 (Rinegoziazione degli accordi o modifiche del piano): qualora dopo l'omologazione si rendano necessarie modifiche sostanziali del piano, l'imprenditore apporta al piano le modifiche idonee ad assicurare l'esecuzione degli accordi, richiedendo al professionista indicato nell'art. 57, comma 4, il rinnovo dell'attestazione. La rinnovazione di un'attestazione assolve infatti al fondamentale scopo di mantenere integri e salvi gli effetti esentivi prescritti dall'art. 67 l. fall., richiedendosi a colui che aveva originariamente attestato un piano di ristrutturazione di prendere atto delle modifiche intervenute specie se queste non sono marginali, cosicché ne accerti la rilevanza qualitativa e quantitativa rispetto all'impianto originario, e si esprima sulla perdurante fattibilità, giuridica ed economica, degli elementi fondamentali che devono condurre un'impresa al superamento del proprio stato di crisi.
Anche le attestazioni relative alle convenzioni di moratoria subiscono un rafforzamento: è sempre previsto il deposito di una relazione redatta da un professionista indipendente designato dal debitore; ed è stato ampliato l'oggetto

dell'attestazione, che riguarderà anche la veridicità dei dati aziendali, l'idoneità della convenzione a disciplinare provvisoriamente gli effetti della crisi, oltre che la convenienza della convenzione.
Con maggiore precisione si disciplina poi lo spettro di indagine dell'attestazione per la transazione relativamente ai crediti fiscali e previdenziali, attestazione che deve inerire anche alla convenienza del trattamento proposto, non più riferita genericamente alle alternative concretamente praticabili ma specificamente alla liquidazione giudiziale.
Infine un nuovo ruolo viene assegnato al professionista attestatore in sede di concordato preventivo: l'art. 6, lett. *e*), capo 2 della legge delega fissava tra gli obiettivi la determinazione delle modalità di accertamento della veridicità dei dati aziendali e della fattibilità del piano, con precisazione che al Tribunale venissero riconosciuti poteri di verifica della fattibilità economica del piano. Questo ultimo profilo è stato ripreso dall'art. 47 della bozza di CCI, in cui si prevede che il Tribunale apra la procedura di concordato facendo anche riferimento non solo all'ammissibilità giuridica ma anche alla fattibilità economica del piano tenendo conto dei rilievi del commissario giudiziale.
Sulla scorta di tale nuova centralità del Tribunale si è messa in forte dubbio l'opportunità di preservare la figura del professionista attestatore indipendente, specialmente laddove la sua attività venisse interamente a sovrapporsi con quella del Tribunale assistito dal commissario giudiziale, traducendosi in una duplicazione delle funzioni e un inutile aggravio dei costi. Con riferimento alla posizione dell'attestatore era stato da un lato rilevato come dall'ampliamento dei poteri di controllo del merito da parte del Tribunale e dalla volontà di semplificare le procedure concorsuali non potesse che derivare un ripensamento del ruolo dell'attestatore[11]; dall'altro però può osservarsi che rinunciare a un supporto prezioso per il Tribunale e per il commissario giudiziale come l'attestazione (frutto di controlli e analisi), rendendola di regola facoltativa, non aiuterebbe il Tribunale nell'espletamento delle sue attività di verifica e il commissario nella formulazione, già in sede di ammissione, dei propri rilievi.

[11] Si è sottolineato come «In tal modo, infatti, non solo si esige un'attestazione, con il relativo costo (di norma tutt'altro che modico, anche per procedure di assai modesto rilievo economico, ma si contraddice più in generale la *ratio* sottesa alla disciplina articolata dalla Commissione, che si basava sulla possibilità per il Tribunale di effettuare d'ufficio e autonomamente il sindacato sulla fattibilità, al più avvalendosi dell'ausilio de commissario giudiziale, comunque con un possibile e notevole risparmio sui costi del procedimento» (F. LAMANNA, *Il Codice concorsuale in dirittura d'arrivo con le ultime modifiche ministeriali al testo della Commissione Rordorf*, in *Il fallimentarista*, 17 ottobre 2018).

L'opzione adottata dalla attuale bozza di decreto delegato della riforma ha accolto i dubbi sul ruolo dell'attestatore, prevedendo una norma per cui deve essere il debitore a decidere se accompagnare o meno la domanda di concordato dalla relazione di un attestatore[12].

[12] Orbene, questa impostazione, prospettata di fatto sin dalla relazione Rordorf del 2015, è stata superata, dopo la presente relazione, nell'ultima versione del decreto attuativo della riforma, la quale, all'art. 87 comma 2 ha sancito il ritorno all'attestazione obbligatoria della fattibilità e della veridicità dei dati aziendali. Rispetto al testo previgente dell'articolo in cui questo scenario veniva previsto come facoltativo, ora tale esito risulta nuovamente come imperativo e necessario. Allo stato attuale dunque, se è indiscutibile la maggior discrezionalità del giudice nell'ammissione o meno al concordato, con una valutazione che arriva a incidere anche sui profili di fattibilità economica della procedura, nondimeno è rimasta come obbligatoria la relazione di un professionista indipendente, che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano; relazione che dovrà sempre essere depositata, a prescindere dalla complessità del piano stesso, che può essere minima, in caso di concordato liquidatorio relativo a cespiti modesti, o estremamente rilevante in ipotesi di programmi di ristrutturazione aziendale particolarmente complessi. La Relazione illustrativa della Riforma si è espressa sul punto in tal senso: «La norma, ponendosi in linea di continuità con la disciplina previgente, attribuisce a un professionista indipendente il compito di redigere una relazione che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano. L'esperienza maturata dai professionisti specializzati in materia concorsuale ha reso la relazione dell'attestatore uno strumento di ausilio importante per il Tribunale che, in una procedura doverosamente connotata da esigenze di celerità, può fruire immediatamente di un'analisi particolarmente attendibile della situazione economica, patrimoniale e finanziaria della società, utile per la verifica di fattibilità giuridica ed ora anche economica, prodromica all'apertura del concordato. In questa prospettiva, nell'esercitare la delega si è scelto di mantenere l'obbligatorietà dell'attestazione e di prevedere che essa debba essere aggiornata nell'ipotesi di modifiche sostanziali della proposta o del piano».

Accordi di ristrutturazione e loro attuazione giuridica: il ruolo del notaio

Vincenzo Gunnella
Notaio in Firenze
Consigliere Nazionale del Notariato

Le brevi note che seguono, lungi dal voler rappresentare una trattazione esauriente dell'istituto dell'accordo di ristrutturazione dei debiti previsto dall'art. 182-*bis* l. fall., si propongono di esaminare, dall'angolo di visuale del notaio, il contributo che la prassi notarile può offrire agli operatori coinvolti in queste vicende; non verranno quindi trattate, ad esempio, tutte le problematiche attinenti alla procedura, ai vizi ed alle impugnazioni, mentre verranno approfonditi i temi relativi ai possibili contenuti dell'accordo ed alle modalità di esecuzione del medesimo.

*The brief following memo, far from being exhaustive on the istitution of the settlement on the rescheduling of debts as set forth in art. 182-*bis *l. fall. (Banckruptcy Law), aim to examine from the notary's perspective, the contribution that the notarial practice can offer to professionals involved in these matters; will not be addressed, for example, all the issues dealing with the procedure, flaws and appeals, but rather will be examine in depth the topics related to the possible contents of the settlement and the implementing rules thereof.*

Sommario: 1. Evoluzione normativa. – 2. Istituto di natura privatistica o concorsuale? – 3. Nozione e natura giuridica. – 4. Presupposti. – 5. Contenuto. – 6. Il notaio e l'accordo. Aspetti rilevanti della procedura. – 7. Forma e pubblicità. – 8. Regime fiscale. – 9. La liquidazione degli *asset* con modalità competitive. – 10. Si può utilizzare lo schema del negozio di destinazione o del *trust* a servizio della procedura? – 11. L'accordo e l'attività notarile successiva. – 12. In conclusione.

1. Evoluzione normativa

Come molti autori hanno osservato[1], la normativa, in materia di accordi di ristrutturazione dei debiti, ha seguito un percorso, di per sé coerente, che ha progressivamente trasformato l'istituto, all'origine indiscutibilmente di natura negoziale, fino a far pensare alla sua assimilabilità *tout court* agli istituti di natura concorsuale ed in particolare al concordato preventivo.
L'istituto viene inizialmente introdotto e disciplinato nel 2005[2], per recepire la prassi degli accordi extragiudiziali che venivano stipulati tra imprenditori di

[1] Tra tutti, M. VITIELLO, *La nuova stagione degli accordi di ristrutturazione: dalla Cassazione la definiva spinta verso la natura concorsuale?*, in *Il Fallimentarista*, Milano, 2018.

[2] La disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti è stata inserita nella l. fall. ad opera della l. 14 maggio 2005, n. 80, di conversione del d.l. 14 marzo 2005, n. 35 (cd. "decreto sulla competitività).
Contestualmente alla conversione in legge del d.l. 14 marzo 2005, n. 35 è stato presentato un emendamento contenente la delega per la riforma organica delle procedure concorsuali che ha trovato esecuzione con il d.lgs. n. 6 del 2005 perseguendo due obiettivi fondamentali:
– spostare l'interesse delle procedure dalla *par condicio creditorum* alla salvaguardia dei valori aziendali (occupazione, innovazione ecc.);
– semplificare il ricorso alle procedure per ridurre i tempi di gestione, consentendo la possibilità di tutelare il valore aggiunto dell'azienda.
Questo secondo intervento normativo modifica la rubrica del capo V del titolo III del R.d. n. 267 del 1942 sostituendola con una nuova formulazione "*Dell'omologazione e dell'esecuzione del concordato preventivo*. *Degli accordi di ristrutturazione dei debiti*". Inoltre viene introdotto l'articolo 182-*ter* intitolato "Transazione fiscale" che inizialmente non risultava applicabile agli accordi di ristrutturazione dei debiti, poi modificato dal d.lgs. n. 169 del 2007 il quale oggi prevede al comma 7 che «il debitore può effettuare la proposta di cui al primo comma anche nell'ambito delle trattative che precedono la stipula dell'accordo di ristrutturazione di cui all'articolo 182-*bis*».
Sempre nell'ambito dell'evoluzione normativa degli accordi di ristrutturazione:
– l' art. 182-*quater*, introdotto dal d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito in legge 30 luglio 2010, n. 122 e modificato dal d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito nella legge n. 134 del 7 agosto 2012 e dal d.l. n. 83 del 2015 ha introdotto il riconoscimento della prededuzione alla nuova finanza erogata in funzione degli accordi di ristrutturazione;
– l'art. 182-*quinques*, introdotto dal d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito in legge 7 agosto

grandi dimensioni e la maggior parte dei loro creditori; tale prassi tendeva a superare i difetti del ricorso alle tradizionali procedure concorsuali soprattutto basandosi sulla loro flessibilità e rapidità, non essendo soggetti ad alcun controllo giudiziario; superati i dubbi che potevano nascere in ordine alla possibilità per l'autonomia privata di individuare soluzioni alternative rispetto alla procedura concorsuale, rimanevano tuttavia cinque ordini di rischio, cui le parti dell'accordo erano esposte[3]:
– revocatoria fallimentare;
– azioni esecutive sul patrimonio del debitore;
– mancata garanzia di prededucibilità della nuova finanza;
– sanzioni penali;
– abusiva concessione di credito.
La prima versione dell'articolo 182-*bis*, quella del 2005, risolveva solamente il primo degli elementi di rischio sopra segnalati, statuendo l'esenzione da

2012, n. 134, e modificato dal d.l. 27 giugno 2015, n. 83, convertito, con modifiche, dalla l. 6 agosto 2015, n. 132 favorisce la continuità aziendale e la stabilità del concordato, promuovendo l'accesso al credito attraverso la prededucibilità;
– l'art. 182-*sexies*, anch'esso introdotto dal d.l. n. 83 del 2012 , dimostra la predilezione del legislatore per la risoluzione preventiva della crisi dell'impresa concedendo che, durante i procedimenti di concordato preventivo e di omologazione degli accordi di ristrutturazione, gli obblighi di capitalizzazione della società rimangano sospesi.
– l'art. 182-*septies*, introdotto con d.l. 83 del 2015 detta una disciplina particolare dell'istituto quando un'impresa ha debiti verso banche e intermediari finanziari.
Da ultimo, il disegno di legge n. 2681 del 2017 – riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza – ha previsto che tra le materie oggetto della legge delega che il Governo dovrà riformare vi siano gli «accordi di ristrutturazione dei debiti e piani attestati di risanamento». L'art. 5 del disegno di legge incentiva le forme di risoluzione stragiudiziale. A tale fine il Governo dovrà attenersi ai seguenti principi e criteri direttivi:
a) estendere la procedura di cui all'articolo 182-*septies* della l. fall. all'accordo di ristrutturazione non liquidatorio o alla convenzione di moratoria conclusi con creditori, anche diversi da banche e intermediari finanziari, che rappresentano almeno il 75% dei crediti di una o più categorie giuridicamente ed economicamente omogenee;
b) eliminare o ridurre il limite del 60 % dei crediti previsto dall'art. 182-*bis* l. fall., se il debitore non propone la moratoria del pagamento dei creditori estranei, né richiede le misure protettive previste dal comma 6 art 182-*bis*;
c) assimilare la disciplina delle misure protettive degli accordi di ristrutturazione dei debiti a quella prevista per la procedura di concordato preventivo, in quanto compatibile;
d) estendere gli effetti dell'accordo ai soci illimitatamente responsabili, alle stesse condizioni previste dalla disciplina del concordato preventivo;
e) prevedere che il piano attestato abbia forma scritta, data certa e contenuto analitico;
f) imporre la rinnovazione delle prescritte attestazioni nel caso di successive modifiche, non marginali, dell'accordo o del piano.
[3] M. FABIANI, *Il diritto della crisi e dell'insolvenza*, Bologna, 2017, 441.

revocatoria, in caso di fallimento, degli atti, pagamenti e garanzie posti in essere in esecuzione dell'accordo omologato, similmente a quanto previsto per i piani attestati di risanamento e per il concordato preventivo (art. 67, comma 3, lett. *d*) ed *e*) l. fall.); in seguito, con il decreto correttivo del 2007[4], è stato introdotto il divieto, per i creditori anteriori alla pubblicazione dell'accordo, di iniziare o proseguire, per un periodo di sessanta giorni, azioni cautelari o esecutive sul patrimonio del debitore.
Il quadro normativo si è inoltre ulteriormente arricchito, rispetto alla versione originaria, con la previsione dei pre-accordi (sesto settimo e ottavo comma dell'art. 182-*bis*) che consentono di anticipare l'effetto protettivo al momento di apertura delle trattative per i creditori, con la estensione, nel 2011, dell'istituto agli imprenditori agricoli, ed infine, con la introduzione nel 2012 di istituti applicabili anche al concordato preventivo, quali la prededuzione della nuova finanza interinale attestata e il pagamento anticipato e integrale degli crediti pregressi strategici, e della moratoria prevista per il caso di riduzione o perdita del capitale della società in crisi; sempre nel 2012, è stato previsto che la domanda *ex* art. 161 possa contenere la richiesta di ammissione al concordato preventivo ovvero di omologa di un accordo, dando luogo a quella fattispecie cosiddetta a X dagli addetti ai lavori; da ultimo, nel 2015 è stata introdotta la variabile degli accordi conclusi con gli intermediari finanziari, consentendo all'accordo di produrre effetti anche al di fuori della sfera giuridica di coloro che li hanno sottoscritti.

2. Istituto di natura privatistica o concorsuale?

Tutto questo percorso normativo ha indotto alcuni interpreti a individuare una assimilazione di questo Istituto a una vera e propria procedura concorsuale.
La recezione della tesi della concorsualità è stata sostenuta dalla Corte di Cassazione in una recentissima sentenza[5] la quale, nel riconoscere il beneficio della prededuzione ai crediti professionali derivanti da prestazione di attività funzionali alla omologazione di un accordo *ex* art. 182-*bis* l. fall. nel fallimento consecutivo, ha affermato l'appartenenza al diritto concorsuale dell'istituto de quo (pur senza dichiararne esplicitamente la natura di procedura concorsuale).
Affermano i Giudici della Suprema Corte che «per quanto suscettibile di venir in considerazione come ipotesi intermedia tra le forme di composizione

[4] D.lgs. n. 169 del 2007.
[5] Cass. n. 1896/2018.

stragiudiziale e le soluzioni concordatarie della crisi dell'impresa, e per quanto oggetto di annosi dibattiti dottrinali, l'accordo di ristrutturazione di cui all'art. 182-*bis* appartiene agli istituti del diritto concorsuale, come è dato desumere dalla disciplina alla quale nel tempo è stato assoggettato dal legislatore; *disciplina che, in punto di condizioni di ammissibilità, deposito presso il tribunale competente, pubblicazione al Registro delle imprese e necessità di omologazione, da un lato, e meccanismi di protezione temporanea, esonero dalla revocabilità di atti, pagamenti e garanzie posti in essere in sua esecuzione, dall'altro, suppone realizzate, nel pur rilevante spazio di autonomia privata accordato alle parti, forme di controllo e pubblicità sulla composizione negoziata, ed effetti protettivi, coerenti con le caratteristiche dei procedimenti concorsuali*. L'appartenenza al diritto concorsuale può del resto considerarsi implicitamente contrassegnata dalle decisione nelle quali questa Corte ha accostato l'accordo al concordato preventivo, quale istituto affine nell'ottica delle procedure alternative al fallimento».

La pronuncia merita dunque di essere segnalata in quanto è destinata senz'altro ad alimentare un dibattito in cui, in assenza di un intervento del legislatore, non si sono ancora raggiunte delle certezze interpretative e applicative.

È stato tuttavia giustamente rilevato[6] che, non essendovi alcuna norma di chiusura che preveda l'applicabilità della disciplina del concordato preventivo agli accordi, in quanto compatibili, anche a voler accettare tale principio, occorre limitarne l'applicazione al caso concreto esaminato dalla Cassazione vale a dire la prededucibilità dei crediti funzionali all'apertura degli accordi di ristrutturazione, senza poterne trarre conclusioni di carattere sistematico.

Invero, l'impostazione negoziale dell'accordo di ristrutturazione dei debiti risulta pregnante in considerazione non solo della piena libertà e autonomia del debitore nello scegliere il contenuto dell'accordo ed i creditori con i quali raggiungere l'intesa, ma soprattutto per la natura e le caratteristiche del procedimento di formazione di tali accordi il quale non prevede la nomina di alcun organo della procedura (né la figura del Giudice delegato né quella del commissario giudiziale), né una compiuta organizzazione dei creditori come collettività.

Inoltre, non è prevista né può verificarsi una regolazione concorsuale del dissesto in quanto non tutti i creditori sono coinvolti nell'accordo, e qualunque intesa venga recepita ed attuata essa limita i propri effetti ai sottoscrittori dell'accordo giacché, come per tutti i contratti, ed in ossequio al principio di relatività ai

[6] M. VITIELLO, *La nuova stagione degli accordi di ristrutturazione: dalla Cassazione la definitiva spinta verso la natura concorsuale?*, cit.

cui all'art 1372 c.c., gli effetti vincolano solo le parti contraenti. L'accordo di ristrutturazione non svolge, da ultimo, alcun effetto sull'autonomia negoziale e patrimoniale del debitore il quale non subisce alcuna forma di spossessamento o di limitazione dei poteri, né è soggetto ai controlli esercitati dal Tribunale fallimentare.

In conclusione, essendo limitato l'intervento del Tribunale unicamente all'omologa dell'accordo, i migliori interpreti[7] riconoscono che l'istituto si colloca in una zona di confine tra l'autonomia privata e la supervisione pubblicistica che pure è necessaria affinché si accerti la rispondenza dell'accordo alla fattispecie legalmente prevista, e questo rende particolarmente dedicato l'intervento dell'interprete che deve essere attento a conservare il valore negoziale dell'istituto, senza compromettere le garanzie che spettano a coloro che non hanno partecipato all'accordo[8].

[7] A. BELLO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella riforma della legge fallimentare*, in *Riv. not*., 2006, 321; rilevano, inoltre, come negli accordi di ristrutturazione sia necessario distinguere la fase negoziale da quella propriamente giudiziale anche C. D'AMBROGIO, *Gli accordi di ristrutturazione del debito*, in FAUCEGLIA e PANZANI (diretto da), *Fallimento e altre procedure concorsuali*, Torino, 2009; E. GABRIELLI, *"Accordi di ristrutturazione del debito e tipicità dell'operazione economica"*, *Riv. dir. comm. e dir. gen. obbl*., 2009, 1071 ss.; V. LENOCI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2010, 295 ss.

[8] Di tale assetto sostanziale sembra tener conto l'amministrazione finanziaria che nella circolare 27/E del 21 giugno 2012 osserva che «tali accordi sono caratterizzati da una prima fase a carattere stragiudiziale, nella quale il debitore e i creditori pervengono ad un accordo sul risanamento dell'impresa mediante regolamento consensuale della situazione debitoria, ed una seconda a carattere giudiziale, nella quale l'accordo raggiunto, pubblicato nel Registro delle imprese al fine di consentire la formulazione di eventuali opposizioni, è soggetto alla procedura di omologazione». A tale ultimo proposito, Il legislatore ha lasciato ampia libertà all'autonomia privata con riferimento all'oggetto del piano di ristrutturazione dei debiti.

L'istituto in questione, difatti, può prevedere l'estinzione delle obbligazioni mediante novazione, remissione, differimento della scadenza, '*pactum de non petendo*' o cessione dei beni ai creditori ai sensi dell'articolo 1977 e ss. c.c.

Ciò nonostante l'Agenzia delle entrate ritiene che la recente posizione espressa dalla giurisprudenza in ordine al trattamento fiscale del decreto di omologa del concordato preventivo, debba trovare applicazione anche in relazione ai provvedimenti di omologa degli accordi di ristrutturazione dei debiti.

Anche con riferimento a tali accordi, occorre far riferimento al riportato criterio di carattere nominalistico e, pertanto, ricondurli, ai fini dell'imposta di registro, nell'ambito applicativo di cui alla lettera *g*) dell'articolo 8 della Tariffa, parte prima, allegata al TUR, che reca la disciplina degli atti di omologazione. Per tali decreti, trova, quindi applicazione l'imposta di registro nella misura fissa di 168 euro.

3. Nozione e natura giuridica

Se le considerazioni sin qui svolte sono condivise, una volta acquisita la natura autonoma, rispetto al concordato preventivo, dell'istituto in questione, appare possibile analizzare con maggior consapevolezza il profilo strutturale dell'accordo di ristrutturazione; abbastanza intuibile, infatti, è la sua configurazione come istituto di diritto privato, e più precisamente come contratto.
In particolare, secondo alcuni autori[9], l'istituto in esame può essere inquadrato nella categoria del contratto plurilaterale con comunione di scopo, sorretto da una causa unitaria (la sopravvivenza del complesso produttivo o la continuazione dell'attività). La configurazione dell'accordo in termini di contratto plurilaterale ne determina tuttavia l'esposizione rispetto alle vicende che vanno ad incidere sulla validità e l'efficacia del vincolo tra il debitore e uno dei creditori aderenti, nel senso che il venir meno dell'accordo con una sola parte, può determinare la caducazione dell'intero accordo, ove venga dimostrata l'essenzialità (per il raggiungimento degli scopi dell'accordo) della partecipazione di quel creditore.
Siffatta impostazione non convince anche per altri due ordini di ragioni: è ben possibile infatti che l'accordo di ristrutturazione sia semplicemente bilaterale, coinvolgendo un solo creditore. Inoltre, appare difficile ravvisarvi uno scopo comune: nonostante l'unitarietà dell'elemento causale, le posizioni contrattuali coinvolte continuano a rimanere distinte, talvolta anche confliggenti.
Altri autori[10] perciò ricostruiscono gli accordi come la sommatoria di distinti contratti bilaterali ciascuno dotato di una propria autonomia.
Questa tesi, seppur ha il merito di valorizzare le peculiarità e le esigenze sottese alle singole negoziazioni intercorrenti tra debitore e creditore, tuttavia non consente di inquadrare correttamente la fattispecie che si inserisce necessariamente all'interno di una operazione economica unitaria dal punto di vista causale. La giurisprudenza di merito[11] si è poi espressa sul punto qualificando l'accordo di ristrutturazione dei debiti come un contratto bilaterale plurisoggettivo a causa unitaria.

[9] G. PRESTI, *L'accordo di ristrutturazione al primo vaglio giurisprudenziale*, in *Fall*., 2006, 171; C. PROTO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fall*., 2006, 230. In giurisprudenza cfr. Trib. Sulmona, 6 giugno 2005, in *Fall*., 2005, 793.
[10] Per tutti cfr. T. MARENA, *L'intervento del notaio negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Riv. not*., 2014, 1, 33; F. INNOCENTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nel quadro dell'intervento correttivo del 2007: una possibile soluzione della crisi di Impresa*, in *Dir. fall*., 2007.
[11] Tribunale Milano, 11 gennaio 2007, con nota di R. PROIETTI, *I nuovi accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Dir. fall*., 2008, II, 136 e ss.

La tesi che appare più convincente[12] è quella che inquadra l'accordo come un fascio di negozi bilaterali, tra loro funzionalmente collegati: tale connessione fa sì che gli obblighi assunti nell'ambito delle singole contrattazioni siano tra loro interconnessi e funzionali alla realizzazione dell'unitaria causa negoziale, di modo che l'omologazione avrà ad oggetto l'accordo, unico nella sua dimensione giuridica e non i singoli accordi autonomamente considerati.
Ciò detto, occorre prestare attenzione nella formulazione degli accordi, particolarmente per chiarire la loro sorte nell'ipotesi di mancata omologazione dell'accordo: in assenza di una clausola condizionale, che ne sospenda gli effetti fino all'intervenuta omologazione (ovvero alla favorevole pronunzia della Corte di Appello in caso di reclamo sull'omologa), gli accordi rimarrebbero comunque validi e vincolanti ma solo per le parti che li hanno sottoscritti, con tutti gli inconvenienti connessi[13].

4. Presupposti

Le varie riforme, introdotte in materia nel corso degli ultimi anni, hanno chiarito quali sono i presupposti necessari per la richiesta di omologazione di un accordo di ristrutturazione[14].

Per quanto attiene al profilo soggettivo, occorre considerare che l'effetto più significativo conseguente all'omologazione dell'accordo è l'esenzione dalla revocatoria fallimentare la cui azione presuppone la dichiarazione di fallimento[15].
Gli imprenditori diversi dai soggetti fallibili dunque non avrebbero interesse a richiedere l'omologazione di tale accordo in quanto non sarebbero comunque esposti a revocatoria.
Così argomentando, la maggior parte della dottrina individua quali soggetti legittimati gli imprenditori sopra la soglia di fallibilità di cui all'art 1 l. fall. nonché, ai sensi dell'art 23, comma 43 d.l. n. 98 del 2011, gli imprenditori agricoli i quali possono quindi scegliere tra questa procedura e le procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento; l'imprenditore agricolo, benché

---

[12] S. CANNIZZARO, *Accordo di ristrutturazione dei debiti ex art 182 l. fall. – regime fiscale*, Ufficio Studi del Notariato, quesito n. 264/2016-T.
[13] S. CANNIZZARO, *Accordo di ristrutturazione dei debiti ex art 182 l. fall. – regime fiscale*, cit.
[14] D. ROMANO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti alla luce del dl. n. 83 del 2012*, in *Giust. civ.*, 2013, 10.
[15] Art. 67, comma 3, lett. *d*) l. fall. In particolare sono esenti da revocatoria gli atti i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione di un accordo di ristrutturazione purché questo sia omologato.

non sia soggetto a revocatoria fallimentare, può infatti volersi avvantaggiare della temporanea moratoria da azioni esecutive e cautelari.
Quanto al presupposto oggettivo, l'art 182-*bis* l. fall. ha chiarito che l'imprenditore deve trovarsi in stato di crisi.
Tra l'altro, il d.lgs. n. 273 del 2005 ha precisato che per stato di crisi debba intendersi anche lo stato di insolvenza, conclusione cui tra l'altro era già pervenuta la maggioranza degli autori[16].
Dunque, la nozione di crisi d'impresa dovrebbe abbracciare tutte quelle situazioni prossime all'insolvenza o di insolvenza manifesta in cui un'impresa venga a trovarsi.

5. Contenuto

Sembra abbastanza evidente, alla luce delle considerazioni sopra esposte in merito alla natura privatistica degli accordi di ristrutturazione, che l'imprenditore in crisi goda di ampia libertà nel negoziare con i propri creditori le modalità di ristrutturazione dei propri debiti.
Non occorre anzitutto un giudizio di meritevolezza perché, trattandosi di un istituto tipico, con una causa tipica, la valutazione di meritevolezza è fatta *a priori* dal legislatore.
Non è richiesto il rispetto della *par condicio creditorum*, né il contenuto dell'accordo può dirsi limitato ad una prospettiva meramente liquidatoria, potendosi anche prospettare il risanamento e la continuazione dell'attività di impresa.
Gli unici punti fermi sembrano potersi individuare nell'accettazione dell'accordo da parte dei creditori rappresentanti almeno il 60% dei debiti aziendali, e nell'integrale pagamento dei creditori estranei.
Detto inoltre che una delle parti deve essere necessariamente il creditore, e che non dovendosi assicurare la parità di trattamento diventa del tutto irrilevante formare classi di creditori, si rileva che il ceto creditorio non viene concepito come una collettività organizzata, ma come la somma di singoli consensi che divengono rilevanti quando raggiungono la soglia sopra indicata.
Un autore[17] ha ricostruito come segue le possibili obbligazioni:

[16] C. PROTO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fall*., 2006, 230. In giurisprudenza cfr. Trib. Sulmona, 6 giugno 2005, in *Fall*., 2005, 793.
[17] M. FABIANI, *Il diritto della crisi e dell'insolvenza*, cit.

– *del creditore*:
dilazioni di pagamento o riduzione degli interessi, riduzione o postergazione del credito, remissione totale o parziale del debito, *pactum de non petendo*, erogazione di nuova finanza, spesso indispensabile per soddisfare i creditori non aderenti;
– *del debitore*:
nuove garanzie, cessione dei beni ai creditori, obbligo di eseguire operazioni straordinarie (fusioni, scissioni, trasformazioni)[18] e/o sul capitale (aumenti), conversione del credito in capitale di rischio, spesso in una Newco che prosegue l'attività, emissione di strumenti finanziari, mutamento della compagine amministrativa, coinvolgendo i creditori nell'amministrazione.
L'intera operazione e quindi i singoli atti sono subordinati alla "condizione" dell'omologazione dell'accordo da parte del Tribunale.
L'intervento del notaio, e la sua consulenza, potranno essere di aiuto quando vi siano da programmare o perfezionare operazioni straordinarie (fusioni, scissioni, trasformazioni), ovvero l'emissione di strumenti finanziari e/o partecipativi, o la ricapitalizzazione della società in crisi, o infine da perfezionare garanzie (pegni su quote o titoli, ipoteche, ecc.) contestuali all'omologazione e/o sotto sua condizione.

Esaminiamo infine, alcune fattispecie, con riferimento alle ipotesi di liquidazione di beni immobili (anche se le considerazioni svolte possono facilmente essere

[18] L. ABETE, *Risanamento dell'impresa e operazioni straordinarie; profili sostanziali*, in *Fall*., 2017, 10, 1041.
La correlazione tra operazioni straordinarie ed accordi di ristrutturazione dei debiti risulta alquanto problematica in dipendenza della dibattuta qualificazione dell'istituto di cui all'art. 182-*bis* l. fall. come procedura concorsuale. È evidente tuttavia che, disconosciuta la natura di "procedura concorsuale" agli accordi di ristrutturazione, *a priori* si sgombera il campo dalla interferenza dell'art. 2499 c.c. ed, a maggior ragione, si legittima il ricorso agli istituti della fusione e della scissione.
L'autore osserva tra l'altro che la generica e volutamente lata espressione "procedura concorsuale" di cui all'art. 2499 c.c. si spiega giacché il legislatore non era in grado di immaginare il quadro dei possibili rimedi di prevenzione della crisi di impresa che sarebbero stati concepiti nel tempo. Ne discende che, anche volendo considerare gli accordi di ristrutturazione come procedura concorsuale, nessun ostacolo si frappone all'operatività dei limiti *ex* art. 2499 c.c. sia nell'evenienza in cui agli accordi si correli l'operazione di trasformazione sia nell'ipotesi in cui vi si correlino le operazioni di fusione e di scissione.
Invero, l'art. 2499 c.c. esprime un principio generale applicabile a tutte le operazioni straordinarie. A ciò si aggiunga che la natura giuridica delle operazioni di trasformazione, fusione e scissione quali vicende meramente evolutive dello stesso soggetto giuridico comportanti solo una modificazione della struttura organizzativa dell'ente, è perfettamente compatibile con le finalità dell'istituto di cui all'art. 182-*bis* l. fall.

estese alle ipotesi di liquidazione di quote sociali), nelle quali può essere efficacemente valorizzato l'intervento del notaio, nell'esecuzione dell'accordo:
a) Nell'accordo si prevede la prestazione di garanzie da parte di un terzo, ovvero la messa a disposizione, sempre da parte di un terzo, di propri *asset* da liquidare; In queste ipotesi, potrà essere utilizzato, similmente a quanto accade per il concordato preventivo, lo strumento del vincolo di destinazione (2645-*bis*), mediante il quale si possa segregare il bene messo a disposizione dal patrimonio del terzo, prevedendone la vendita, in genere con un mandato irrevocabile conferito ad un soggetto estraneo, e prevedendo l'impiego del ricavato per le finalità di soddisfazione dei creditori; nelle ipotesi di concordato preventivo il mandato a vendere viene usualmente conferito agli organi della procedura[19], e la vendita viene eseguita nelle modalità previste per la vendita fallimentare; nel nostro caso nulla vieta che il mandato a vendere sia conferito ad un rappresentante del ceto creditorio ovvero ad un professionista di fiducia comune del debitore e del ceto creditorio; la vendita potrà essere effettuata con modalità competitive, anche con affidamento delle operazioni ad un notaio, e se del caso riutilizzando le esperienze positive nell'utilizzo del sistema di Asta notarile nelematica maturate in questi anni.
b) Nell'accordo si prevede di affidare ad un mandatario del debitore l'attività di liquidazione di alcuni *asset*; anche in questo caso la vendita potrà essere effettuata, occorrendo, con modalità competitive, come sopra illustrato;nella di vendita di *asset* può anche prevedersi il deposito del prezzo ai sensi dell'art. 1, comma 63, lett. *c*) della legge 27 dicembre 2013, n. 147 come modificato dall'art. 1, comma 142 della legge 4 agosto 2017, n. 124, ed affidare al notaio il mandato di eseguire i pagamenti previsti nell'accordo, con l'utilizzo delle somme depositate.
c) Nell'accordo si prevede l'esecuzione di un contratto preliminare già stipulato tra il debitore ed un terzo, per la dismissione di *asset* non funzionali alla prosecuzione dell'attività, ovvero del principale *asset* del debitore, con funzione liquidatoria; in questo caso il contratto preliminare di vendita sarà sospensivamente condizionato all'omologazione dell'accordo, e potranno essere utilizzati gli strumenti sopra previsti del mandato conferito al notaio di

[19] Cfr. Tribunale Ravenna, 22 Maggio 2014, «In particolare il vincolo di destinazione, *ex* art. 2645-*ter* c.c., persegue interessi meritevoli di tutela ove lo stesso si innesti su di una procedura di concordato, poiché da questa riceve la propria causa concreta, purché contenga un mandato irrevocabile a vendere gli immobili (o altro atto dispositivo) in favore degli organi della procedura ed in particolare del liquidatore giudiziale nominato dal Tribunale, realizzandosi perciò di fatto una irrevocabilità della messa a disposizione dei beni condizionata alla sola omologa del concordato».

effettuare i pagamenti funzionali all'adempimento dell'accordo con l'utilizzo del ricavato della vendita; sarà inoltre opportuno prevedere, ove necessario, nell'accordo, un impegno dei creditori a rinunziare alle azioni esecutive e cautelari ed a cancellare le ipoteche, che dovessero gravare sui beni promessi in vendita.

6. Il notaio e l'accordo. Aspetti rilevanti della procedura

L'accordo di ristrutturazione è opportuno che sia sottoposto alla condizione dell'omologazione e, nel caso di reclamo sull'omologa, alla favorevole pronuncia della Corte di Appello.
Oggetto dell'accertamento giudiziale in sede di omologa è l'idoneità dell'accordo intervenuto tra l'imprenditore e i creditori a rimuovere lo stato di crisi.
La lacuna più rilevante dei vari interventi legislativi riguarda i limiti del controllo che il Tribunale deve effettuare ai fini dell'omologazione, vale a dire se questo sia esteso comunque e, direi, automaticamente al merito dell'accordo ed alla sua rispondenza ai presupposti sostanziali per l'omologazione, oppure, sia ristretto alla sola verifica della legittimità dell'accordo, alla sua regolarità formale, espandendosi alla valutazione nel merito solo ove siano proposte una o più opposizioni.

Le peculiarità della procedura di omologazione – rimessa interamente alla disponibilità delle parti nonché i brevi termini concessi per l'opposizione – fanno assumere al controllo di merito del Tribunale un ruolo fondamentale alla luce del possibile pregiudizio che potrebbe derivare dall'omologazione ai creditori estranei.
Prodromica al giudizio del Tribunale per l'omologazione dell'accordo è la relazione del professionista indipendente che deve certificare l'attuabilità del piano ossia l'idoneità ad assicurare il regolare soddisfacimento dei creditori non aderenti[20].
Alcuni autori hanno sottolineato la necessità di integrare la disciplina della procedura, assai asciutta, prevista dall'art 182-*bis* l. fall., con quella del concordato preventivo, applicandosi l'istituto di cui all'art 152 l. fall. Non vi è ragione tuttavia di richiedere l'onere del preventivo deposito e l'iscrizione

[20] Sulla natura della relazione e responsabilità del professionista Cfr. G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 2015. L'esperto deve essere indipendente nel senso che è precluso qualunque rapporto personale e professionale con l'imprenditore o con soggetti interessati al risanamento e implica la presenza dei requisiti stabiliti dall'art. 2399 c.c.

al Registro delle imprese della deliberazione degli amministratori, previsto dall'art. 152, ultimo comma: ciò che il debitore fa è semplicemente richiedere l'omologazione di un accordo già stipulato con i creditori senza che sia richiesto alcun provvedimento di apertura della procedura, né alcuna udienza di comparizione né un organo, quale il commissario giudiziale, che funge da controparte nei cui confronti si instaura il contraddittorio.
Non essendo necessaria una delibera dell'assemblea straordinaria per l'approvazione dell'accordo il notaio dovrà limitarsi a recepire l'accordo di ristrutturazione nella forma idonea ad assicurarne la pubblicazione al Registro imprese.

7. Forma e pubblicità

Sia che sia visto come negozio unitario, che come fascio di negozi, la forma scritta è sicuramente necessaria visto che l'accordo, per raggiungere i suoi effetti, deve essere depositato presso il Registro delle imprese.
Non sembrerebbe invece testualmente prevista l'autentica notarile; però, se si abbraccia la ricostruzione della la formalità pubblicitaria dell'accordo non come mero deposito al Registro delle Imprese, bensì come iscrizione, la forma notarile è necessaria, in quanto sono suscettibili di iscrizione solo atti in forma autentica[21].
La migliore dottrina e la giurisprudenza prevalenti infatti riconoscono che la pubblicazione nel Registro delle imprese prevista dall'art. 182-*bis* deve intendersi come iscrizione[22], con valenza costitutiva degli effetti legali individuati dalla norma in commento.
Una particolare menzione va fatta per l'eventualità che l'accordo preveda, oltre alla condizione di omologa, anche ulteriori condizioni destinate a verificarsi dopo l'omologa; come è stato rilevato da un autore[23], tali condizioni sono da considerarsi legittime, purché non riguardino solamente gli effetti negoziali dell'accordo e non quelli legali (non derogabili dalle parti); in tali ipotesi pare opportuno che nel testo dell'accordo siano previste clausole che impegnino le

[21] L'art. 11, comma 4 del Regolamento di attuazione in materia di istituzione del Registro delle imprese (d.P.R. n. 581 del 1995) richiede l'autentica quale elemento necessario ai fini dell'iscrizione al Registro imprese.
[22] T. MARENA, *L'intervento del notaio negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit.
[23] L. SALVATORE, *Accordi di ristrutturazione dei debiti ex art 181*-bis *l. fall.*, in *Nuovo dir. soc.*, 2016, 3.

parti ad addivenire a successivo atto di verifica delle condizioni (o del mancato verificarsi delle medesime), in forma autentica, onde consentirne la pubblicità nel Registro delle imprese.

8. Regime fiscale[24]

L'accordo, in quanto formalizzato in atto notarile, deve ritenersi soggetto ad annotazione a repertorio, e soggetto a registrazione.
L'amministrazione finanziaria nella circolare 12/E del 2012, ha riconosciuto, coerentemente con la giurisprudenza della cassazione che propende per la tesi pubblicistica, ed inquadrando l'accordo nell'ambito di un procedimento che culmina nell'omologa, l'impossibilità di applicare l'imposta proporzionale, e l'applicabilità della lettera *g*) dell'art. 8 della Tariffa; tuttavia, se l'atto giudiziario (l'omologa) costituisce titolo per il trasferimento o la costituzione di diritti reali su immobili, si applicherà l'art. 8, lettera *a*), e quindi l'imposta di registro in misura proporzionale.

9. La liquidazione degli *asset* con modalità competitive

Nell'accordo potrebbe essere prevista la liquidazione di attività a mezzo di procedure competitive tra le quali possa essere annoverata anche una vendita effettuata da un soggetto specializzato come il notaio, se pure fuori dalla previsione di una delega giudiziaria.
Le positive esperienze maturate in ambito fiorentino, ma non solo, in materia di affiancamento della figura del notaio a quella del curatore o del liquidatore giudiziale, nella predisposizione e gestione di procedure competitive di vendita ai sensi del primo comma dell'art. 107 l. fall., possono sicuramente essere replicate per la materia che trattiamo.
Come abbiamo visto, il nostro istituto presenta, quanto meno, una affinità con le procedure concorsuali, e quindi, nell'ipotesi in cui si prevedano nell'accordo attività di liquidazione degli *asset*, in analogia con il concordato preventivo, sarà il contenuto dell'accordo a determinare le modalità di liquidazione; in questo caso la liquidazione è affidata allo stesso debitore, che può anche avvalersi di un soggetto terzo cui affidare le attività di liquidazione mediante

[24] Vedi *amplius*, S. CANNIZZARO, *Accordo di ristrutturazione dei debiti ex art 182 l. fall. – regime fiscale*, cit.

mandato, irrevocabile in quanto conferito anche nell'interesse di terzi, contenuto nell'accordo;
non essendo prevista la figura del decreto di purgazione dei gravami a valle delle fase di vendita, se per la soddisfazione dei crediti sono utilizzati beni sottoposti a gravami dai creditori, questi nel piano devono impegnarsi a liberarli consentendone la cancellazione;
l'assistenza del notaio potrà riguardare *in primis* una la c.d. "*due diligence*" preventiva, e quindi l'analisi dello stato del bene sotto il profilo dei vincoli ipotecari (ed in tal senso si potrà ricorrere alla redazione di una certificazione ipo-catastale notarile), sotto il profilo urbanistico ed edilizio (ricorrendo all'esame della perizia di stima del bene per enucleare eventuali informazioni rilevanti);
successivamente potrebbero essere demandate al notaio la predisposizione di un bando di vendita, la tenuta dell'asta, il perfezionamento della conseguente vendita, ed infine la predisposizione degli atti necessari alla cancellazione dei gravami, e l'esecuzione delle formalità fiscali ed ipotecarie successive.

10. Si può utilizzare lo schema del negozio di destinazione o del trust a servizio della procedura?

L'argomento è stato trattato con riferimento alle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento, dalla Risposta a quesito n. 344-2015/C , ed il quesito riguardava se potesse raffigurarsi un interesse meritevole di tutela, ai sensi dell'art. 2645-*ter* c.c., il riservare i proventi della vendita di determinati immobili «a favore di tutti i propri creditori personali attuali nonché del designando Organismo di composizione della crisi *ex* art. 151. n. 3 del 2012 s.m.i. (nei limiti delle competenze, che dovessero maturare a favore di quest'ultimo) come risultanti dalla redigenda proposta di accordo di composizione della crisi da sovraindebitamento *ex* art. 9, l. n. 3 del 2012 ovvero da analogo accordo da formalizzarsi in sede stragiudiziale», ed analogo problema può porsi anche in ordine alla ricevibilità di un *trust* con funzione liquidatoria.
La risoluzione del quesito presuppone a sua volta l'ammissibilità, tutt'altro pacifica, del negozio di destinazione con funzione liquidatoria; le varie tesi che si fronteggiano sono riportate per sommi capi nel documento esaminato e non è questa la sede per una loro trattazione; ai fini che ci interessano possono essere sufficienti le conclusioni cui giunge l'Autore e che riteniamo condivisibili, vale a dire che, con tutte le cautele che possono essere suggerite da una giurisprudenza formatasi in materia di procedure concorsuali, e tutt'ora

non univocamente orientata, potrebbe ritenersi idoneo strumento di separazione patrimoniale, utilizzabile ai fini dell'adempimento di un Accordo, solamente il *trust*, che produce l'effettivo spossessamento del debitore con il trasferimento del bene al *trustee*, mediante negozio bilaterale, garantisce la surrogazione reale dei beni affidati con il ricavato della liquidazione e può prevedere uno strumento di sostituzione del gestore; mentre il negozio di cui all'art. 2645-*ter* c.c. si rivelerebbe invece inadeguato in quanto ritenuto un vincolo "statico", che determina una separazione solo unilaterale.
Ovviamente queste considerazioni sono riferibili solo all'utilizzo del *trust* e/o del negozio di cui all'art. 2645-*ter* c.c. per quanto attiene alla segregazione dei beni del debitore, mentre non vi sarebbe alcun problema per l'utilizzo di questi strumenti giuridici per la segregazione di beni di un terzo, destinati ad essere liquidati per soddisfare le ragioni dei creditori.

11. L'accordo e l'attività notarile successiva

A differenza della disciplina in tema di concordato preventivo, nella quale la l. fall. prescrive dei rigidi controlli da parte del Tribunale in merito al rispetto del piano, l'art. 182-*bis* l. fall. non prevede un monitoraggio dell'attuazione degli accordi, successivamente all'omologazione.
L'unico effetto testualmente previsto è l'esenzione dall'azione revocatoria di tutti gli atti esecutivi (meri atti, garanzie e pagamenti), ma solo se corrispondono esattamente al contenuto dell'accordo; occorre cioè un nesso di causalità tra l'atto compiuto e l'atto inserito nel piano: a titolo esemplificativo, non sono compresi gli atti a titolo gratuiti, mentre vi rientrano i pagamenti anticipati[25].
In funzione di evitare i rischi di successivi scostamenti dall'accordo è opportuno, da parte del professionista incaricato di recepire l'accordo, suggerire al debitore

[25] Restano estranei pertanto quei possibili atti, pagamenti, concessioni di garanzie che costituiscano un di più rispetto al contenuto proprio dell'accordo nonché gli atti anomali posti in essere dai diversi soggetti partecipanti all'accordo e pericolosi per la sinallagmaticità dell'accordo contrattuale (atti di rinuncia parziale o totale dei crediti o di pretese di qualsiasi genere, alla concessione di dilazioni, alla accettazione di *pacta de minus solvendo*, o di *datio in solutum* di beni e di crediti). Cfr. B. INIZIARI, *Gli accordi di ristrutturazione* ex *art. 182-bis l. fall.: natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi*, in Contr. impr., 2011.
La l. n. 134 del 2012 ha poi stabilito la sospensione degli obblighi in tema di riduzione/perdita del capitale sociale per le società che abbiano domandato l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione. La *ratio* è di rinviare il momento della ricapitalizzazione e non sottrarre risorse utili all'attività di impresa. Con l'omologazione tali obblighi riprendono pieno vigore: ne consegue

e ai creditori la predisposizione di più scenari possibili e di più "reazioni" agli imprevisti. L'approvazione di queste varianti può scongiurare il rischio di arrivare alla fase esecutiva senza regole, con l'inconveniente connesso di dover valutare quali siano le adeguate reazioni ad eventi non previsti al momento dell'omologazione.

Merita una riflessione anche la fattispecie che può presentarsi al notaio quando una delle parti del negozio, che è chiamato a ricevere, è un soggetto che ha stipulato un accordo, o quando comunque l'accordo sia, in qualche modo, un antefatto della fattispecie considerata.

In ogni caso, il notaio, ogni qual volta rilevi la pubblicità di un accordo omologato, sarà tenuto a controllare la pendenza del procedimento o la vigenza dell'eventuale accordo, ed a conoscerne i contenuti, prima di procedere alla stipula.

Per meglio comprendere la questione può essere utile operare una ripartizione secondo le scansioni temporali lungo le quali si articola il procedimento distinguendo le due fasi, quella anteriore e quella posteriore, sia alla pubblicazione dell'accordo nel Registro delle imprese, sia alla sua omologazione.

A. Dopo la pubblicazione di cui al 182-bis *l. fall. e prima dell'omologa*.

Dalla data della pubblicazione e per sessanta giorni i creditori anteriori non possono iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive sul patrimonio del debitore né acquistare titoli di prelazione se non concordati.

La pubblicazione segna il momento di efficacia dell'accordo mentre l'esenzione dalla revocatoria riguarda gli atti compiuti in esecuzione dell'accordo omologato: l'omologazione è dunque la *condicio iuris* per l'esenzione, sennonché l'art 182-*quinquies* prevede che dopo la domanda di omologazione o già prima nel corso delle trattative sia possibile rendere esenti da revocatoria anche i pagamenti eseguiti prima dell'omologazione purché vi sia l'autorizzazione del Tribunale[26].

B. dopo il decreto di omologa:

– *se l'atto dispositivo è extra-piano* e/o viola il contenuto dell'accordo, nulla quaestio in ordine alla validità ed efficacia dell'atto tra le parti, ma si pone senz'altro un problema di revocabilità;

---

che gli amministratori, a quella data, anche alla luce della ristrutturazione finanziaria prodottasi, dovranno accertare l'eventuale sussistenza di perdite rilevanti ai sensi dei detti articoli e adottare i provvedimenti opportuni. Il tema è oggetto delle Massime n. 31 e 49 del 2015 dell'Osservatorio sul diritto societario del Consiglio notarile dei distretti riuniti di Firenze, Pistoia e Prato, in *Orientamenti dell'Osservatorio*, Wolters Kluwer, 2016.

[26] In tal senso M. FABIANI, *Il diritto della crisi e dell'insolvenza*, cit.

– *se l'atto dispositivo è extra-piano* ma idoneo a conseguire la causa dell'accordo ossia il soddisfacimento dei creditori, è ragionevole concludere che il medesimo resti comunque esonerato dal rischio revocatorio;
– *se l'atto dispositivo è posto in essere in esecuzione dell'accordo*, il notaio dovrà valutare la rispondenza del medesimo all'accordo omologato, nonché dovrà verificare i poteri e le legittimazioni a disporre. Siffatta verifica si presenta più agevole rispetto a quella che il notaio è chiamato a compiere in pendenza di procedura fallimentare o di concordato preventivo, considerato che il debitore resta *dominus* dell'impresa e dunque mantiene pieni poteri di gestione e direzione, e non subisce alcuna forma di spossessamento, neppure attenuato, di tal ché i suoi atti non sono soggetti alcun vincolo e ad alcun controllo giudiziale; al contempo però, questa libertà di gestione implica un'attenzione maggiore da parte del notaio rogante tenuto, nella sua funzione antiprocessualistica, ad obblighi di informativa e di soddisfacimento di tutti gli interessi in gioco.
Le stesse valutazioni sono senz'altro opportune nel caso in cui il notaio trovi nella catena delle provenienze un atto in esecuzione di un accordo regolarmente omologato.
C. In caso di inadempimento dell'accordo:
Una volta chiarito che gli scostamenti dal piano non sono rilevanti ove si possa comunque ravvisare l'adempimento delle finalità dell'accordo medesimo, molteplici sono gli scenari che, al contrario, possono instaurarsi in presenza di un difetto di esecuzione dell'accordo.
Occorre distinguere:
– i creditori estranei che non sono stati soddisfatti, decorsi 120 giorni dalla pubblicazione nel Registro imprese, possono agire esecutivamente (il titolo esecutivo può essere anche lo stesso accordo autenticato) oppure possono richiedere il fallimento, dimostrando che il mancato pagamento è sintomo che l'accordo non si è rivelato idoneo a rimuovere lo stato di insolvenza;
– i creditori aderenti possono reagire di fronte a vizi funzionali (azione di risoluzione) o genetici (azione di nullità) mentre è da escludersi, stante un profilo di aleatorietà, l'azione di rescissione; potranno anche agire direttamente per la dichiarazione di fallimento, qualora non fosse stato pattuito precedentemente di non promuovere azioni esecutive: in tal caso, permane l'effetto protettivo della revocatoria consolidatosi con l'omologazione[27].
Non è da escludere che il notaio, in presenza di un inadempimento dell'accordo rispetto ai creditori aderenti o rispetto ai creditori estranei, possa consigliare

[27] Cfr. M. FABIANI, *Il diritto della crisi e dell'insolvenza*, cit.

di far ricorso ad altro strumento di regolazione della crisi o stipulare un nuovo accordo di ristrutturazione[28].

12. In conclusione

Le particolarità dell'istituto oggetto di questo contributo, che spaziano dall'ampia autonomia lasciata alle parti circa la determinazione dell'accordo, all'assenza di qualsivoglia supervisione degli organi giudiziari, limitata unicamente all'omologa di detto accordo, hanno di recente portato a un incremento esponenziale delle domande di accordo di ristrutturazione dei debiti, ma hanno anche sollevato una serie di perplessità ancora irrisolte quali quelle relative ai creditori estranei, per i quali non è prevista l'obbligatorietà dell'accordo e all'assenza di prededucibilità – in caso di fallimento successivo – dei crediti sorti durante la "ristrutturazione".
È dunque nella valutazione del caso concreto, alla luce delle peculiarità delle fattispecie che via via si prospettano al professionista incaricato di redigere gli accordi, che deve essere valorizzato il ruolo del notaio il quale, ponderando attentamente rischi e difficoltà, può suggerire soluzioni di equità sostanziale, cercando di contemperare l'interesse dei creditori a veder soddisfatte le proprie ragioni e l'interesse del debitore ad evitare il dissesto dell'impresa e l'apertura del fallimento.

[28] M. FABIANI, *Fase esecutiva degli accordi di ristrutturazione e varianti del piano e dell'accordo*, in *Fall.*, 2013, 6.

L'aumento di capitale nelle società in concordato preventivo: alcune riflessioni sistematiche

Marco Maltoni
Notaio in Forlì

L'intervento muove da una ricognizione delle possibili tecniche di esecuzione di un aumento di capitale sociale a servizio dell'attuazione di un piano di concordato, per poi dirigere la riflessione, con un fine meramente dialettico, verso i temi dell'esclusione del diritto di opzione e delle regole di selezione del terzo sottoscrittore, affrontati in chiave sistematica, privilegiando l'attenzione per gli interessi rilevanti allorchè la società si sottopone alla procedura concorsuale di concordato preventivo.

In the first part of this paper, an overview is provided of all the share capital increase technical options available in view of a composition with creditors procedure. The topics of the exclusion of option rights, and of the selection rules for the third-party underwriter are then tackled in a systematic manner, for merely dialectic purposes, mainly focusing on relevant interests when a company decides to opt for a composition with creditors procedure.

Sommario: 1. L'aumento di capitale nel concordato preventivo. Profili generali. – 2. Riflessioni in tema di esclusione del diritto di opzione. – 3. Una suggestione interpretativa in tema di modalità di offerta dell'aumento di capitale a terzi.

1. L'aumento di capitale nel concordato preventivo. Profili generali

È lettura da tempo condivisa che nella nozione di "operazioni straordinarie" di cui all'art. 160 primo comma lett. *a*) l. fall., sia compreso l'aumento di capitale sociale a pagamento, offerto in sottoscrizione ai soci o a terzi, anche con esclusione del diritto di opzione (o di sottoscrizione), come confermato negli orientamenti notarili[1].

Già nei primi approfondimenti sul rapporto fra disciplina concorsuale e diritto societario[2] si segnalava che l'aumento del capitale sociale della società proponente il concordato preventivo – sia esso deciso dall'assemblea ovvero delegato agli amministratori che redigono la relativa proposta – avrebbe potuto atteggiarsi, in linea di principio, secondo uno dei seguenti schemi operativi[3]:

– come deliberazione "condizionata" all'approvazione ed all'omologazione definitiva del concordato, come tale radicalmente inefficace fino all'avveramento di detto evento[4];

– come deliberazione ordinaria di aumento, ma eseguita mediante sottoscrizioni ad efficacia differita e condizionata allo stesso evento sopra indicato;

– come mera programmazione della delibera di aumento e della sottoscrizione del capitale, contenute nella proposta di concordato, e da attuarsi durante la fase esecutiva del concordato, successiva all'omologazione definitiva.

Quest'ultimo schema operativo, sebbene meno garantistico per i creditori sociali, potrebbe risultare talora preferibile in presenza di un patrimonio netto negativo, quando non vi siano immediate disponibilità per l'integrale copertura delle perdite di bilancio o, comunque, non si voglia affrontare il rischio di effettuare "versamenti a fondo perduto".

---

[1] Massima n. 32 dell'Osservatorio sul diritto societario del Consiglio notarile dei distretti riuniti di Firenze, Prato e Pistoia.

[2] F. GUERRERA – M. MALTONI, *Concordati giudiziali e operazioni societarie di "riorganizzazione"*, in *Riv. soc*., 2008, 17 e ss.

[3] F. GUERRERA – M. MALTONI, *Concordati giudiziali …*, cit., 69. Le stesse modalità attuative sono riproposte nella Massima 32 dell'Osservatorio sul diritto societario del Consiglio notarile dei distretti riuniti di Firenze, Prato e Pistoia.

[4] Sull'ammissibilità di delibere condizionate si veda Consiglio notarile di Milano, Massima n. XVII del 29 novembre 2002; Consiglio Notarile di Milano, Massima n. 19 del 10 marzo 2004;

Così procedendo, si potrebbe infatti conteggiare legittimamente la sopravvenienza attiva che deriva dalla (parziale) esdebitazione della società, come effetto dell'omologazione del concordato, allo scopo di riassorbire in tutto o in parte la perdita, prima di deliberare l'aumento di capitale, evitando o comunque limitando l'incidenza sull'assetto proprietario cagionata dall'annullamento delle partecipazioni che consegue alla riduzione del capitale per perdite.

Tuttavia, anche gli altri due modelli possono adattarsi alla situazione sopradescritta, se si tiene conto della possibilità di deliberare l'aumento di capitale con un sopraprezzo destinato alla copertura delle perdite e/o di consentire la compensazione del debito di conferimento con i crediti verso la società: in entrambi i casi, infatti, gli effetti delle delibere di riduzione e di aumento resterebbero sospesi e si verificherebbero soltanto dopo l'omologazione definitiva del concordato.

Ad ogni modo, l'interesse e l'intenzione dei soci (e degli eventuali terzi sottoscrittori che vi concorrono) sono quelli di far dipendere l'onere della ricapitalizzazione della società dalla sua almeno parziale esdebitazione, idonea ad agevolare il risanamento dell'impresa o, comunque, a rendere conveniente la "soluzione negoziale" della crisi o dell'insolvenza.

Inoltre, la delibera di aumento del capitale "collegata" a una proposta di concordato potrà prevedere, secondo il piano di risanamento o di riorganizzazione sottostante: (*i*) l'esclusione totale (o parziale) del diritto di opzione dei soci o la sua rinuncia a favore di un partner industriale o di un investitore, chiamato ad apportare "capitali freschi"; (*ii*) la conversione forzosa di una parte dei debiti commerciali e/o finanziari della società, eventualmente sulla base della suddivisione dei creditori in apposite "classi" *ex* art. 160 l. fall., in partecipazioni al capitale; (*iii*) l'asservimento di una parte del capitale condizionato all'esercizio dei titoli opzionali (obbligazioni convertibili, con *warrants*, ecc.) emessi, se del caso, "in abbinamento" con le nuove azioni o di *stock options* destinate all'incentivazione di amministratori e dirigenti impegnati nella ristrutturazione[5].

Questi ultimi titoli opzionali (la cui emissione con delibera dell'assemblea o dell'organo amministrativo delegato, sarebbe peraltro soggetta alla disciplina dell'art. 2441 c.c., salvo quanto di seguito rilevato) possono essere destinati sia ai nuovi investitori, come fonte supplementare di finanziamento, sia ai

---

Comitato Notari Triveneto, Massima n. HF2 del settembre 2004; Comitato Notai Triveneto Massima n. HC15 del settembre 2007.

[5] Così F. GUERRERA – M. MALTONI, *Concordati giudiziali* …, cit., 72.

creditori, in aggiunta o in alternativa alle azioni risultanti dalla conversione forzosa dei loro crediti, o anche ai soci che non partecipano all'aumento, o che vi partecipano in misura marginale, allo scopo di soddisfarne l'aspettativa a mantenere o "riacquisire" una qualche partecipazione nella società ristrutturata[6].

Il tema dell'aumento di capitale di società in concordato è tornato al centro dell'attenzione di interpreti e giurisprudenza con la novella dell'art.163 l. fall., come modificato dalla l. 6 agosto 2015, n. 132 (di conversione, con modifiche, del d.l. 27 giugno 2015, n. 83), che ha introdotto la proposta di concordato concorrente, che può essere presentata da uno o più creditori che rappresentano almeno il 10% dei crediti risultanti dalla situazione patrimoniale depositata dal debitore ai sensi dell'art. 161, comma 2, lett. a) l. fall.

Come noto, la norma stabilisce altresì che «la proposta (concorrente) può prevedere l'intervento di terzi, e, se il debitore ha forma di società per azioni o a responsabilità limitata, può prevedere un aumento di capitale della società con esclusione o limitazione del diritto di opzione».

Ancillare, poiché con funzione di garanzia attuativa, è la disposizione dell'art. 185, comma 6, l. fall., ai sensi del quale, se il debitore non esegue o ritarda l'esecuzione del piano di concordato, il tribunale può nominare un commissario *ad acta*, e se il debitore è una società può «revocare l'organo amministrativo e nominare un amministratore giudiziario stabilendo la durata del suo incarico e attribuendogli il potere di compiere ogni atto necessario a dare esecuzione alla suddetta proposta, ivi incluso, qualora tale proposta preveda un aumento del capitale sociale del debitore, la convocazione dell'assemblea straordinaria dei soci avente ad oggetto la delibera di tale aumento di capitale e l'esercizio del voto nella stessa».

È quasi superfluo evidenziare che le disposizioni richiamate sollevano problemi di coordinamento con la disciplina societaria, in particolare con la disciplina del diritto di opzione, e della sua esclusione, della SpA (art. 2441 c.c.), e con la disciplina del diritto di sottoscrizione, e della sua esclusione, della Srl (artt. 2481 e 2481-*bis* c.c.).

Vorrei tuttavia provare ad ampliare la prospettiva di analisi, e, come argomento di riflessione, provare a considerare quelle norme, con le loro potenziali criticità interpretative e sistematiche, come frammento, epifania, di una disciplina speciale della fattispecie "aumento di capitale sociale", fattispecie che qualora riguardi una società soggetta a procedura concorsuale richiede di essere governata da regole diverse da quelle di diritto comune, perché è generalmente

[6] Così F. GUERRERA – M. MALTONI, *Concordati giudiziali* …, cit., 72.

diversa, nell'ambiente normativo delle procedure concorsuali, la soluzione che la legge offre ai conflitti di interesse che di solito sorgono per effetto delle relazioni economiche a cui l'attività di impresa, anche svolta tramite una società, dà luogo.
Ponendosi tale obiettivo, mi pare che l'attenzione meriti di essere concentrata su due profili: quello dell'esclusione del diritto di opzione, e quello della scelta del soggetto sottoscrittore.

2. Riflessioni in tema di esclusione del diritto di opzione

Il primo tema potrebbe essere liquidato rapidamente, sostenendo che la disciplina del diritto di opzione non subisce deroghe nemmeno qualora si tratti di aumento di capitale sociale funzionale a consentire l'attuazione di un piano di soluzione della crisi di impresa di società in concordato preventivo, in particolare qualora, come per lo più accade, la società è in perdita e sia necessario procedere ad una preventiva riduzione, se non ad un azzeramento del capitale sociale (secondo i principi desumibili dall'applicazione degli artt. 2446 e 2447 c.c. (se si tratti di SpA) e degli artt. 2482-*bis* e 2482-*ter* c.c. (se si tratti di Srl); il diritto di opzione (o di sottoscrizione) potrebbe quindi essere compresso, ma non escluso[7].

Sennonché, la previsione dell'art. 163, comma 5, l. fall., che in caso di aumento di capitale sociale concorrente consente di escludere o limitare il diritto di opzione, potrebbe costringere a ripensare tale assunto, almeno qualora la società sia in concordato.
Infatti, il combinato disposto delle richiamate norme della legge fallimentare (art. 163 comma 5 l. fall. e art. 186, comma 6 l. fall.) legittima quantomeno una diluizione, se non anche una possibile "espropriazione", delle partecipazioni dei soci, investitori di capitali di rischio, a prescindere dalla volontà di questi ultimi, o comunque della maggioranza di questi ultimi, in patente contraddizione con la richiamata disciplina di diritto comune del codice civile.
Muovendo da tale presupposto normativo, viene da chiedersi se, sistematicamente, l'interesse dei soci alla conservazione della quota proporzionale di partecipazione al capitale sociale alla cui soddisfazione è strumentale il diritto di opzione previsto nell'art. 2441 c.c., meriti uguale protezione allorchè la società è soggetta a procedura concorsuale.

[7] In tal senso Massima n. 32/2013 dell'Osservatorio sul diritto societario del Consiglio notarile dei distretti riuniti di Firenze, Prato e Pistoia.

Il combinato disposto delle norme richiamate sembra orientare verso una risposta negativa, ma è anche vero che a quelle stesse norme potrebbe ascriversi natura eccezionale[8].

Non mi sembra che la soluzione possa essere cercata attraverso una faticosa contaminazione di sistemi, quello del codice civile e quello concorsuale, condotta sul piano strettamente normativo, e quindi tramite una faticosa contaminazione di discipline. L'indagine dovrebbe forse volgere, preliminarmente, all'individuazione delle ragioni economiche sottostanti ai due sistemi normativi, per: in primo luogo, cogliere i conflitti di interesse ricorrenti nelle fattispecie enunciate; secondariamente, identificare gli interessi che l'ordinamento reputa prevalenti nell'uno anziché nell'altro sistema; infine, valutare se le regole di soluzione dei conflitti adottate nel sistema del codice civile siano adeguate al diverso ordine di prevalenza degli interessi fissato nell'ambito della disciplina concorsuale, oppure, se, al contrario, non possano venire in gioco (perché adeguate ad un diverso ambito economico).

In tale prospettiva, muoverei da una ricostruzione autorevolmente proposta[9], per tentare di riproporre in sintesi, una sorta di schema concettuale, volto ad evidenziare un chiaro mutamento della scala di valore degli interessi tutelati allorchè la società è soggetta a procedura concorsuale:

– la ristrutturazione del debito nella società in crisi si atteggia come vicenda della riorganizzazione dell'attività e, in particolare, del suo finanziamento, in una prospettiva oggettiva e non soggettiva (con quest'ultima facendosi riferimento al rapporto debitore-creditore proprio del IV libro del codice civile);

– i concetti di "crisi" e di "insolvenza" devono essere intesi come disfunzioni dell'organizzazione dell'impresa e segnatamente dell'organizzazione del finanziamento;

– la riorganizzazione del finanziamento dell'impresa che, fra le diverse procedure, il concordato preventivo comporta, rappresenta uno strumento di tutela dei creditori, investitori di capitale di credito;

– ne deriva che tale tutela non può che emergere e ricollegarsi ad una situazione di patologia dell'organizzazione del finanziamento che si tratta, appunto, di riorganizzare;

– il sistema pretende da un lato una adeguata organizzazione del finanziamento, dall'altro il regolare funzionamento di tale organizzazione;

---

[8] In tal senso Trib. Reggio Emilia, decr. 28 giugno 2017, in *Fall*., 2017, 1325, con nota critica di L. Benedetti.

[9] G. FERRI Jr., *Ristrutturazione dei debiti e partecipazioni sociali*, in *Riv. dir. comm*., 2006, 747 ss.

– ne consegue che le regole vigenti, e quindi le soluzioni offerte ai conflitti di interesse fra investitori (di capitale di rischio e di capitale di credito) sono diverse a seconda che l'organizzazione del finanziamento sia efficiente o sia in stato di disfunzione;
– in questo secondo caso, quando cioè l'impresa non è più in condizioni di regolare esercizio, il controllo della stessa spetta ai creditori, che ne diventano "proprietari effettivi", essendo le procedure concorsuali finalizzate alla loro tutela ed alla loro maggior soddisfazione possibile[10].
Ciò premesso, alla luce di quanto disposto nell'art. 160 l. fall., desumerei che:
– essendo le procedure anzidette funzionali alla riorganizzazione del finanziamento dell'impresa, possono essere coinvolti anche i soci, finanziatori di capitali di rischio, come dimostra la disposizione richiamata, ma finanche la norma dell'art. 163, comma 5, l. fall.;
– infatti, se la distinzione fra le due classi di finanziatori ha senso e deve essere mantenuta allorchè si osserva l'organizzazione dall'interno, la stessa si scolora allorchè si considera il finanziamento nella prospettiva dell'impresa da riorganizzare ed in questa prospettiva «tanto il capitale proprio quanto il capitale altrui valgono a comporre – a pari titolo – il finanziamento complessivo dell'impresa, quello cioè che rappresenta oggetto di ristrutturazione»[11];
– l'art. 160 l. fall. consente che la ristrutturazione venga attuata mediante attribuzione ai creditori di azioni o quote della società in concordato (e non possono che essere quelle, non di altre società partecipate, poiché non si comprenderebbe la differenza rispetto a cespiti di diversa natura compresi nel patrimonio sociale);
– dunque, la partecipazione sociale, in quanto espressione di una tecnica di finanziamento dell'impresa, può essere coinvolta nel processo di riorganizzazione e oggetto di attribuzione ai creditori già in virtù di quanto disposto dall'art. 160 l. fall.
Alla luce delle premesse proposte, allorchè si ragiona con riferimento all'aumento di capitale a pagamento, sembra potersi rilevare che:
– l'aumento del capitale sociale è indubbiamente, e sempre, tecnica di finanziamento dell'impresa, strumento di raccolta di capitale di rischio;
– nell'ambito sistematico delle procedure concorsuali è altresì tecnica funzionale alla riorganizzazione del finanziamento dell'impresa;
– tale significato risulta accentuato dalla previsione espressa, nell'art. 163,

[10] L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, Bologna, 2007, 51.
[11] G. FERRI Jr., *Ristrutturazione dei debiti …*, cit., 150.

comma 5, l. fall., della possibilità di prevedere l'esclusione o la limitazione del diritto di opzione, che significa possibilità di modificare, almeno parzialmente, i finanziatori dell'impresa (o i titoli di finanziamento, in caso di conversione di debiti a capitale);
– come previsto nell'art. 160 l. fall., tramite l'assegnazione ai creditori di quote o azioni la riorganizzazione del finanziamento può passare anche attraverso il mutamento dei finanziatori o dei titoli di finanziamento (da capitale di credito a capitale di rischio);
– l'interesse prevalente è sempre quello dei creditori, poiché «la tutela dei creditori è la finalità principale delle procedure d'insolvenza»[12];
– per tale motivo, ovvero in ragione del mutamento, causa crisi di impresa, dell'ordine di prevalenza degli interessi tutelati dalla legge, non sembra coerente, né sistematicamente, né funzionalmente (in ottica economica), ritenere applicabili alla fattispecie le norme vigenti allorchè la società è *in bonis*, ovvero allorché non è presente la disfunzione dell'organizzazione del finanziamento, poiché consistono in regole di soluzione di conflitti di interesse che assegnano prevalenza ad intessi che nel sistema delle procedure concorsuali risultano in definitiva soccombenti.

In altri termini, si potrebbe in tesi sostenere che nell'ambito sistematico delle procedure concorsuali le operazioni straordinarie, compresi gli aumenti di capitale, sono rese funzionali alla riorganizzazione del finanziamento, e quindi "piegate", nelle regole di attuazione, al perseguimento delle finalità ed alla tutela degli interessi che assumono prevalenza in detto ambito.
In tal senso si orienta la Massima n. 58 dell'Osservatorio sul diritto societario del Consiglio notarile dei distretti riuniti di Firenze, Prato e Pistoia, secondo la quale, allorchè la società è in concordato "il controllo" della società passa ai creditori sociali, nel cui esclusivo interesse la procedura si muove. Pertanto non risulterebbe sistematicamente incompatibile concedere la diluizione, e finanche la totale estromissione, dei soci (*residual claimants*) allorchè il loro interesse economico alla partecipazione è venuto meno o comunque non è più prevalente. Se il patrimonio netto, infatti, è negativo, le azioni o quote della società in procedura concorsuale non hanno più alcun valore economico effettivo. Si afferma allora che «in coerenza di ciò, il nuovo sistema del concordato consente l'espropriazione del patrimonio del debitore, non solo mediante l'espropriazione degli assets, ma anche, quando il debitore ha la forma della società di capitali, mediante la forma indiretta della sostituzione forzosa dei creditori al posto dei vecchi soci ormai privi di interesse economico (o che comunque non hanno

[12] L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa* …, cit., 94.

protetto il loro interesse economico evitando alla società di finire in procedura concorsuale); la quale cosa è coerente con la graduazione delle pretese fra creditori e soci, che apportano capitale di rischio»[13].

Nella prospettiva della rilettura delle regole, mi piace ricordare quanto deciso dalla Corte europea di giustizia[14] che si è pronunciata su di un caso avente ad oggetto l'aumento di capitale mediante emissione di nuove azioni per un importo inferiore al loro valore nominale e senza diritto di opzione a favore degli azionisti esistenti, all'esito della causa che vedeva fra le parti lo Stato dell'Irlanda. Il fatto consisteva in questo: l'assemblea generale di una banca irlandese si era opposta all'aumento di capitale a favore dello Stato, con esclusione del diritto di opzione e con emissione sotto il valore nominale, aumento funzionale ad apportare le risorse finanziarie necessarie per assicurare la sopravvivenza della banca medesima. Le Corti irlandesi avevano allora emesso l'ingiunzione di attuare l'aumento di capitale. Detta ingiunzione era stata impugnata davanti alla Corte europea di giustizia, sostanzialmente per lesione dei diritti dei soci.

La Corte europea di giustizia si è pronunciata nel senso di ritenere che l'interesse alla tutela degli azionisti in caso di aumento di capitale, previsto nelle direttive comunitarie (da ultimo direttiva (UE) 2017/1132 del 14 giugno 2017, art. 72), «non può essere ritenuto prevalente, in ogni circostanza, rispetto all'interesse pubblico consistente nel garantire la stabilità del sistema finanziario».

La rilevanza della sentenza europea non può essere sopravvalutata con riferimento alla questione oggetto di riflessione nelle presenti note, poiché si trattava di decidere in ordine ad una misura di intervento dello Stato «adottata in una situazione di grave perturbamento dell'economia e del sistema finanziario di uno Stato membro che minacci la stabilità finanziaria dell'Unione»: situazione, dunque, non comparabile con quella in cui ordinariamente si trova una società di capitale in crisi ed in concordato preventivo.

Essa, tuttavia, sembra emblematica della necessità, e forse anche della possibilità, di considerare decettivi determinati interessi, ordinariamente prevalenti, allorchè la società versa in uno stato di crisi che coinvolge una platea di soggetti più ampia dei soli investitori di capitale di rischio: invita ad adottare criteri interpretativi che non tengano conto solo dell'interesse degli azionisti, ma anche di quello degli *stakeholders*[15].

---

[13] Massima n.58 dell'Osservatorio sul diritto societario del Consiglio notarile dei distretti riuniti di Firenze, Prato e Pistoia.

[14] Corte giust. UE 8 novembre 2016, C – 41/15.

[15] Ferma l'avvertenza contenuta nelle conclusioni dell'Avvocato generale, secondo il quale nella scelta dei mezzi idonei a salvare la banca è necessario scegliere quelli che «portino il minor

Occorre peraltro segnalare che la giurisprudenza nazionale non condivide la riflessione proposta, e le conclusioni a cui sembra condurre.

Nell'unico arresto noto in materia[16] si afferma chiaramente che «il principio normativo secondo cui la proposta di concordato preventivo può prevedere l'intervento di terzi e, se il debitore ha la forma di società per azioni o a responsabilità limitata, è ammissibile un aumento di capitale della società medesima con esclusione o limitazione del diritto di opzione, non è applicabile estensivamente».

Si trattava di decidere in merito ad un piano di concordato con continuità presentato dagli amministratori che prevedeva la sottoscrizione dell'aumento di capitale sociale in numerario da parte di un terzo (che aveva acquistato credito e che era disponibile ad apportare nuovi mezzi finanziari), con esclusione del diritto di opzione: aumento di capitale "da imporre" ai soci, la cui legittimità era sostenuta, nel ricorso introduttivo, asserendo che «l'ordinamento positivo ormai propende per la protezione dell'interesse dei creditori anche a detrimento di quello dei soci qualora si sia bruciata ricchezza al punto di ledere la garanzia patrimoniale».

Il Tribunale non condivide la tesi, replicando che se il legislatore «avesse avuto intenzione di procedere in direzione del sacrificio della posizione dei soci a vantaggio di quella dei creditori nel senso auspicato dal ricorrente, […] avrebbe esteso l'applicazione dell'istituto disciplinato dall'ultimo periodo dell'art. 163 comma 5, della legge fallimentare al di là del ridotto ambito applicativo della norma, confinata ai soci casi di proposte di domande concorrenti. Le finalità latamente espropriative dell'intervento normativo […] inducono a ritenere, piuttosto, che non si sia in presenza di una disposizione di legge suscettibile di interpretazione estensiva né di una lacuna destinata ad essere colmata in via analogica, ma di una scelta di politica legislativa del tutto consapevole». Pertanto «anche in questo caso l'interesse dei creditori a limitare le perdite recede rispetto al mantenimento del controllo della compagine sociale da parte dei soci».

Sulla base di tale premesse, la proposta di concordato è stata giudicata inammissibile.

Se la sentenza risponde ad una comprensibile attenzione al dato normativo, sul piano della valutazione sostanziale degli interessi val forse la pena ricordare, in primo luogo, che i soci hanno avuto plurime *chances* di ricapitalizzare e

pregiudizio possibile agli obiettivi e ai principi stabiliti nella direttiva 77/91» sui diritti degli azionisti).

[16] Trib. Reggio Emilia, decr. 28 giugno 2017, cit.

ripatrimonializzare la società, in virtù dei sistemi di allerta predisposti dall'ordinamento con gli artt. 2446, 2447, 2482-*bis* e 2482-*ter* c.c. e dei conseguenti obblighi di informazione degli amministratori che non si estinguono nemmeno qualora sia possibile applicare l'art. 182-*sexies* l. fall.; in secondo luogo, che quegli stessi soci possono opporsi al piano di concordato nel quale è programmata la loro espropriazione ai sensi dell'art. 180, comma secondo, l. fall., che legittima a proporre opposizione all'omologazione «qualunque interessato»[17].

3. Una suggestione interpretativa in tema di modalità di offerta dell'aumento di capitale a terzi

L'immagine dell'"espropriazione" dei soci operata mediante l'offerta ad un terzo delle azioni o quote di nuova emissione con esclusione del diritto di opzione propone una suggestione, e induce a stimolare una riflessione sul tema della selezione del terzo sottoscrittore di un aumento di capitale "concordatario", previsto nel piano e "volontario", vale a dire oggetto di scelta dei soci e non effetto di una proposta "ostile" ai sensi dell'art. 163, comma 5, l. fall.

La scelta del "cavaliere bianco" disponibile a sottoscrivere un aumento di capitale sociale condizionato sospensivamente all'omologa del concordato è libera?

La riflessione è indotta dalla disposizione dell'art. 163-*bis* l. fall., norma che testualmente si riferisce all'azienda; muove dalla constatazione che nella prassi è diffusa l'acquisizione dell'azienda mediante acquisto delle partecipazioni sociali, bene di secondo grado. È tecnica contemplata nell'art. 105, comma 8, l. fall. a tal fine.

Dunque, se si accetta la logica "dell'oggetto mediato", secondo la quale le partecipazioni sociali sono beni di secondo grado tramite le quali si attua, indirettamente, il trasferimento del patrimonio sociale, può (o forse deve?) venire in gioco l'art. 163-*bis* l. fall.

Sul piano della *ratio* la soluzione non pare peregrina. Ai sensi della norma da ultimo richiamata, quando il piano comprende un'offerta da parte di un soggetto già individuato avente ad oggetto il trasferimento a suo favore verso corrispettivo in denaro o a titolo oneroso di aziende, rami di azienda o beni

[17] In tal senso L. BENEDETTI, *Nota a Trib. Reggio Emilia, decr. 28 giugno 2017*, in *Fall.*, 2017, 1325 - 1327 e ss.

specifici, «il Tribunale dispone la ricerca di interessati all'acquisto disponendo l'apertura di un procedimento competitivo …».

Nella circostanza, l'oggetto di offerta da parte del terzo sarebbero le azioni o le quote emesse a fronte dell'aumento di capitale sociale, anche se condizionato all'omologa del concordato.

Se la soluzione fosse condivisibile, si tratterebbe di individuare le regole applicabili all'aumento di capitale.

Due sono i profili dell'aumento sui quali verrebbe ad incidere la disciplina dell'art. 163-*bis* l. fall.: quello della scelta del sottoscrittore e quello della determinazione del prezzo finale di sottoscrizione.

Il primo profilo non sembra particolarmente singolare: si tratta di applicare una peculiare regola di selezione del sottoscrittore dell'aumento, la cui ricerca, ordinariamente, è rimessa alla discrezionalità dell'organo amministrativo (si pensi ai casi di aumento di capitale delegato con autorizzazione all'esclusione del diritto di opzione, come concesso nell'art. 2443 c.c.).

La delibera di aumento può stabilire le regole ed il metodo tramite il quale procedere alla ricerca, cosa che potrebbe avvenire anche se la società fosse *in bonis*.

Più complessa la soluzione rispetto alla determinazione del prezzo di emissione, che in definitiva viene stabilito definitivamente all'esito della gara.

La delibera dell'assemblea deve certamente stabilire l'entità dell'aumento di capitale, ovvero l'entità dell'apporto effettuato dal terzo che va imputata al capitale sociale: dato necessariamente immutabile, perché incide anche sull'entità dei diritti degli altri soci.

La gara sulla miglior offerta dovrebbe allora giocarsi sulla parte dell'apporto da imputare a riserva, e segnatamente a riserva sovrapprezzo.

L'operazione di conferimento nell'ambito del concordato preventivo

Luca Provaroni
Dottore Commercialista in Roma

Il conferimento d'azienda rappresenta una delle modalità tecniche attraverso le quali il debitore in crisi può garantire la continuità operativa della propria azienda o di un ramo della stessa nell'ambito di una procedura concordataria *ex* art. 160 l. fall. La sussistenza del nesso funzionale tra i flussi sviluppati dall'azienda, che continua ad operare in capo a terzi soggetti, anche non riconducibili al debitore, e l'esecuzione del piano di concordato qualifica quest'ultimo come concordato in continuità *ex* art. 186-*bis* l. fall.

*The business conferment is one of the methods through which the debtor in crisis can guarantee the business continuity of his company or of a branch of the same within the framework of an arrangement with creditors under art. 160 l. fall. The existence of the functional link between the flows developed by the company that continues to operate, under third parties, also not referable to the debtor, and the execution of the arrangement plan, qualifies the agreed as an arrangement in continuity under art. 186-*bis *l. fall.*

Sommario: 1. Premessa. – 2. Il nesso funzionale tra il conferimento e il concordato con continuità aziendale. – 3. Le modalità attuative del conferimento. – 4. Le tempistiche dell'operazione e la responsabilità *ex* art. 2560 c.c. – 5. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

Come noto, l'impresa in crisi[1], in talune circostanze e nell'ambito di una procedura concordataria, può tentare di tutelare la continuità del proprio c*ore business* e l'avviamento insito nel medesimo conferendo la propria azienda, o un ramo della stessa, in una *newco* o in una società preesistente. L'operazione, a ben vedere, può anche essere preceduta da un affitto d'azienda che si configuri come strumento (ponte) per giungere, secondo le tempistiche della procedura, al conferimento suddetto ed evitare interruzioni, anche temporanee, dell'attività aziendale, che potrebbero compromettere, in modo irreversibile, la perdita dei valori (tangibili e intangibili) insiti nella menzionata organizzazione produttiva[2]. Il trasferimento dell'azienda attraverso l'istituto del conferimento si inserisce, quindi, nell'ambito di un concordato che si pone come obiettivo, tra gli altri, di preservare la continuità dell'attività aziendale, isolando quest'ultima dalle peculiari criticità che possono interessare diversi profili dell'impresa in crisi, intesa tale ultima locuzione nella sua più ampia accezione tecnica, che ricomprende, rispetto alle finalità del presente contributo, anche lo stato di insolvenza.

[1] La definizione di crisi d'impresa, mai specificata dall'ordinamento italiano se non, parzialmente, dall'art. 160, comma 3, l. fall., secondo il quale «per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza», potrebbe vedere la luce per effetto dell'art. 2, comma 1, lett. *c*), della legge delega 18 ottobre 2017, n. 155, recante la "Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza" che impone di «[...] introdurre una definizione dello stato di crisi, intesa come probabilità di futura insolvenza, anche tenendo conto delle elaborazioni della scienza aziendalistica …». In particolare, l'art. 2, punto 1, dello schema di d.lgs. attuativo della suddetta legge, del 22 dicembre 2017, recante il "Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza" individua lo stato di crisi nello «[...] stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate [...]».

[2] In tema di affitto prodromico alla cessione-conferimento dell'azienda e della riconducibilità del medesimo all'ambito applicativo dell'art. 186-*bis* l. fall. (concordato con continuità aziendale), si considerino i seguenti contributi: S. AMBROSINI, Concordato preventivo con continuità aziendale: problemi aperti in tema di perimetro applicativo e di miglior soddisfacimento dei creditori, in *www.ilcaso.it*, 25 aprile 2018, 2 ss.; M. SANDULLI – G. D'ATTORE, *La nuova mini-riforma della legge fallimentare*, Torino, 2016, 102 ss. Cfr. anche Trib. Roma, decr. 24 marzo 2015, in *www.ilcaso.it*, 30 marzo 2015.

È bene chiarire, inoltre, che la continuità garantita al *business* gestito dall'imprenditore in crisi non necessariamente qualifica, sotto il profilo più strettamente giuridico, il concordato come in "continuità aziendale". In altri termini, l'azienda – o parte della stessa – potrebbe, in esito alla definizione-omologazione del piano di concordato, continuare ad operare, ma la procedura attivata potrebbe assumere i connotati del concordato "liquidatorio" – con conseguente operatività della soglia percentuale minima del 20% di cui all'art. 160 l. fall. – per le ragioni che saranno illustrate nel prosieguo.

2. Il nesso funzionale tra il conferimento e il concordato con continuità aziendale

Il conferimento è una delle modalità tecniche attraverso le quali operare il trasferimento dell'azienda a soggetti diversi dal debitore; detto istituto ben si inserisce, come accennato, nell'ambito del concordato con continuità aziendale disciplinato dall'art. 186-*bis* l. fall., introdotto nell'ordinamento dal d.lgs. 22 giugno 2012, n. 83. Tale norma individua, infatti, tra le operazioni in grado di garantire la prosecuzione dell'attività d'impresa da parte del debitore in crisi «[...] il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società, anche di nuova costituzione [...]». Il Legislatore ha inteso, quindi, con la richiamata disciplina, favorire, nell'interesse dei creditori sociali e dei diversi portatori di interesse, la sopravvivenza del *business*, già ammessa e contemplata, peraltro, anche dall'ampio contenuto dell'art. 160 l. fall. (*post* riforma del 2005), il quale consentiva (e consente) «la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazioni dei crediti attraverso qualsiasi forma …, o altre operazioni straordinarie»[3].

La continuazione dell'attività aziendale prescinde, peraltro, dalla circostanza che la stessa sia condotta dal debitore o da soggetti diversi da quest'ultimo, ai quali potrebbe, in ottica di risoluzione della crisi, essere trasferita[4]. La riforma del 2012 ha, infatti, chiaramente individuato due tipologie di concordato con continuità aziendale:

– quella in cui l'attività d'impresa prosegue in capo al debitore (i.e. concordato con continuità diretta);

[3] In questo senso M. ARATO, *Questioni controverse nel concordato preventivo con continuità aziendale: conferimento e affitto d'azienda, il pagamento ultrannuale dei creditori privilegiati, l'uscita dalla procedura*, in *www.ilcaso.it*, 9 agosto 2016, 1.

[4] A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *Diritto della Crisi delle imprese*, Bologna, 2014, 352 ss.

– quella in cui l'attività d'impresa prosegue in capo a terzi, a seguito di trasferimento della stessa (i.e. concordato con continuità indiretta).
Va ricordato, al riguardo, che la l. n. 155 del 19 ottobre 2017, recante la delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza[5], ha previsto, all'art. 2, comma 2, lett. *g*), la necessità di «[...] dare priorità di trattazione, fatti salvi i casi di abuso, alle proposte che comportino il superamento della crisi assicurando la continuità aziendale, anche tramite un diverso imprenditore [...]». Lo schema di decreto legislativo delegato recante il "Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza" prevede, in proposito, che «[...] la continuità può essere diretta in capo all'imprenditore che ha presentato la domanda di concordato, ovvero indiretta, in caso sia prevista la gestione dell'azienda in esercizio o la ripresa dell'attività da parte di soggetto diverso dal debitore in forza di cessione, usufrutto, affitto, stipulato anche anteriormente alla presentazione del ricorso, conferimento dell'azienda in una o più società, anche di nuova costituzione [...]».
Il conferimento si configura, dunque, anche alla luce delle prospettive *de jure condendo* di cui si è detto poc'anzi, come una delle modalità per impostare un concordato con continuità aziendale (indiretta), il che ha una valenza di particolare momento se si considera che il solco tra la disciplina del concordato di liquidazione e quello con continuità risulta ancor più marcato a seguito della riforma del 2015, la quale, come noto, prevede una soglia minima di soddisfacimento dei creditori chirografari di almeno il 20% per il solo concordato di liquidazione (nessuna soglia minima è, invece, prevista per l'apertura del concordato con continuità aziendale).

Occorre precisare, in merito, che in base al comma 1 del citato articolo 186-*bis* l. fall., «[...] il piano [di concordato n.d.r.] può prevedere anche la liquidazione di beni non funzionali all'esercizio dell'impresa [...]», il che ha introdotto la figura del cosiddetto concordato misto, il quale prevede sia la continuazione dell'attività d'impresa, anche con riguardo ad una porzione-ramo dell'intera azienda, sia la liquidazione delle attività non più strumentali all'esercizio di detta attività produttiva.
Si pone, quindi, il tema di ricondurre tale fattispecie "ibrida" – che non possiede un'autonoma disciplina – alle regole del concordato con continuità aziendale o a quelle del concordato liquidatorio, il che assume, per le ragioni segnalate poc'anzi, massimo rilievo nell'ambito della procedura attivata. Non è affatto detto, infatti, che in presenza di trasferimento dell'azienda-ramo aziendale,

[5] GU, Serie Generale, n. 254 del 30 ottobre 2017.

attraverso uno dei ricordati istituti, ivi compreso il conferimento, il concordato si configuri, per le ragioni testé esposte e attesa la presenza di aspetti liquidatori, come concordato con continuità aziendale. In altri termini, il *business* potrebbe avere una sua continuità, ma il concordato potrebbe configurarsi, rispetto alla disciplina applicabile *ex* legge fallimentare, come "liquidatorio".

La riconducibilità della fattispecie al concordato con continuità aziendale deve tener conto del principio di prevalenza, qualitativa o quantitativa[6], degli aspetti "di continuità" rispetto a quelli "liquidatori"[7].

In base al primo approccio (qualitativo) il concordato che preveda la continuità indiretta del *business* è comunque qualificabile come concordato con continuità aziendale se volto, ovviamente, al miglior soddisfacimento del ceto creditorio.

In base al secondo approccio (quantitativo), invece, affinché il concordato possa essere definito in continuità è necessario che gli aspetti quantitativi, connessi, appunto, alla continuità aziendale, siano predominanti rispetto a quelli liquidatori.

Altro aspetto meritevole di particolare attenzione, che contribuisce alla definizione del concordato con continuità aziendale, attiene alla circostanza che l'attività d'impresa – a prescindere dal soggetto che la eserciti – e i connessi flussi di cassa-reddituali rivenienti dalla stessa, risultino funzionali all'adempimento del piano di concordato e influenzino, pertanto, la soddisfazione dei creditori sociali[8]; in via generale, quindi, possono valere, rispetto a tale angolo visuale, le seguenti considerazioni:

– se il prezzo di trasferimento[9] dell'azienda è corrisposto immediatamente dal

[6] Nonostante le problematicità che la questione pone, nonché la presenza di pronunce tese ad affermare il principio della prevalenza qualitativa-funzionale, il legislatore con l'art. 6, comma 1, lett. *i*), n. 2 della legge delega n. 155 del 2017 esprime una netta preferenza per il principio della prevalenza quantitativa. In particolare, l'art. 89, comma 3, dello schema di d.lgs. del 22 dicembre 2017 recante il "Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza" attuativo della legge delega richiamata, prevede che «[...] nel concordato in continuità aziendale i creditori vengano soddisfatti in misura prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità aziendale diretta o indiretta, ivi compresa la cessione del magazzino [...]».

[7] Non mancano, peraltro, in giurisprudenza casi nei quali ha prevalso il principio della combinazione secondo il quale è possibile differenziare i contenuti della proposta concordataria in modo da applicare sia le norme del concordato liquidatorio, sia quelle del concordato con continuità aziendale. In senso conforme, F. MAROTTA, *Il concordato misto: prevalenza quantitativa o qualitativa? La soluzione legislativa e gli (opposti) orientamenti giurisprudenziali*, in *www.Ilcaso.it*, 23 luglio 2018, 4 ss.

[8] M. ARATO, *Questioni controverse nel concordato preventivo con continuità aziendale …*, cit.

[9] Il prezzo nel caso di conferimento va, ovviamente, inteso come corrispettivo riveniente dal trasferimento a terzi della relativa partecipazione.

terzo acquirente, il concordato assume i connotati del "liquidatorio"; ciò in quanto il piano di concordato è (definitivamente) svincolato dai flussi (di cassa e reddituali) che l'azienda trasferita sarà in grado di generare;
– se il prezzo di trasferimento dell'azienda viene corrisposto, dal terzo acquirente, attraverso i flussi di cassa che l'azienda trasferita sarà in grado di sviluppare, si configurerà un concordato con continuità aziendale, in quanto l'adempimento del piano di concordato è collegato e, a ben vedere, condizionato dall'andamento dell'azienda (o del ramo aziendale) trasferito.
Quanto precede parrebbe in linea, peraltro, con il dettato dell'art. 186, comma 1, l. fall., che definisce gli aspetti caratterizzanti del concordato in continuità, allorquando precisa che «il piano deve contenere anche un'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura», con ciò indicando un nesso di funzionalità e di strumentalità delle risorse rivenienti dall'azienda trasferita rispetto all'attuazione del piano di concordato.
Vero è, tuttavia, che sotto il profilo economico-aziendale *stricto sensu*, il prezzo corrisposto immediatamente dall'acquirente è funzione, in buona sostanza e nella maggior parte dei casi, delle capacità prospettiche dell'azienda trasferita di generare flussi di cassa-reddituali, motivo per cui – sotto tale profilo – il prezzo in commento e i flussi rivenienti dall'azienda avrebbero pari dignità e, come tali, entrambi sarebbero idonei a qualificare il concordato come istituto con continuità aziendale[10].

Si noti, al riguardo, che la legge delega n. 155 del 2017 all'art. 6, lett. *i*), richiama il concetto testé espresso della funzionalità dei flussi dell'azienda trasferita rispetto all'adempimento del piano di concordato e al soddisfacimento dei creditori sociali, senza, tuttavia, chiarire se il prezzo di cessione corrisposto immediatamente (dal terzo acquirente) possa essere considerato sintesi ed espressione attuale dei flussi prospettici dell'azienda trasferita e, come tale, idoneo anch'esso a configurare un concordato con continuità aziendale[11]. La

[10] Cfr. V. PETTIROSSI, Il concordato preventivo: della fattispecie in continuità aziendale, in Dir. fall., 2015, I, 216, secondo cui «si esclude invece che nelle vicende traslative dell'impresa la continuità rilevi soltanto laddove venga provato un nesso finanziariamente evidente tra flussi di cassa generati dalla futura prosecuzione dell'attività e adempimento delle obbligazioni pregresse, poiché il corrispettivo della cessione d'azienda, nella misura in cui remunera l'avviamento, è sempre ponderato in funzione della capacità reddituale prospettica dell'impresa che si va a cedere».
[11] L'art. 6, lett. i), della legge delega n. 155 del 2017 precisa, tra l'altro, che «tale disciplina [del concordato con continuità aziendale n.d.r.] si applica anche alla proposta di concordato che preveda la continuità aziendale e nel contempo la liquidazione di beni non funzionali all'esercizio

norma parla, infatti, con riguardo alla modalità di soddisfazione dei creditori del concordato suddetto, di «ricavato prodotto dalla continuità aziendale», locuzione che si presta ad identificare sia un flusso immediato, sia un flusso dilazionato e, quindi, massimamente ancorato all'andamento prospettico dell'azienda trasferita.

3. Le modalità attuative del conferimento

È bene precisare che il *business* oggetto di conferimento, proprio in funzione della ricercata prosecuzione dell'attività aziendale, deve essere valutato con estrema attenzione, giacché lo stesso deve possedere la capacità di essere in sintonia con il mercato di riferimento dell'azienda e di esprimere condizioni prospettiche di equilibrio economico-finanziario, la cui carenza vanificherebbe lo scopo dell'operazione e la funzionalità di quest'ultima rispetto al piano di concordato e al soddisfacimento dei creditori sociali.
Nell'ambito della procedura concordataria posso prospettarsi le seguenti ipotesi:
1. esercizio diretto dell'impresa da parte del debitore in crisi, con successivo conferimento, dopo l'accesso alla procedura, dell'azienda in altra entità;
2. esercizio temporaneo dell'impresa – tramite un contratto di affitto[12], anche stipulato anteriormente all'accesso alla procedura – da parte di una *newco*, con successivo conferimento, dopo l'accesso alla procedura, della relativa azienda.

In entrambi i casi, attraverso il conferimento *de quo*, l'impresa in crisi acquisisce una partecipazione nella società conferitaria, trasformando, quindi, il compendio produttivo (bene di primo grado) in un investimento finanziario (bene di secondo grado). La conferente trasferisce, infatti, l'azienda o il ramo aziendale alla conferitaria – che aumenta il proprio capitale sociale – e riceve le azioni o quote emesse da quest'ultima.
Il tema è, quindi, comprendere la destinazione che avrà, una volta omologato il concordato, il suddetto *asset* finanziario (i.e la partecipazione detenuta dal debitore in crisi nella società conferitaria), poiché a ciò sarà legata la provenienza dei flussi di cassa funzionali al soddisfacimento dei creditori concorsuali. Le alternative sono, sostanzialmente, le seguenti:

---

dell'impresa, a condizione che possa ritenersi, a seguito di una valutazione, in concreto del piano, che i creditori vengano soddisfatti in misura prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità aziendale».

[12] P. RIVA, Affitto d'azienda e crisi, in BAVAGNOLI – DE TILLA – FERRARO – RIVA (a cura di), *L'affitto d'azienda. Profili giuridici, economico-aziendali e contabili. Il suo utilizzo nelle crisi d'impresa*, Milano, 2011.

1. il debitore potrebbe mantenere la partecipazione nel proprio patrimonio e acquisire i dividendi rivenienti dalla società partecipata, destinando tali flussi alla esecuzione del piano di concordato. In tal caso, il collegamento funzionale, di cui si è detto *infra*, tra l'attività dell'azienda trasferita e la capacità – attraverso i flussi che la stessa è in grado di generare – di soddisfare i creditori sociali sussiste pienamente;
2. il debitore potrebbe alienare la partecipazione e incassare il relativo prezzo immediatamente o, comunque, ottenere idonee garanzie rispetto ad eventuali dilazioni. In tal caso, essendo l'adempimento del concordato completamente svincolato dagli esiti gestionali della conferitaria, potrebbe configurarsi, per quanto riferito in precedenza, un concordato liquidatorio di universalità di beni. Giova rammentare che, in merito, si osservano posizioni discordanti, le quali ammettono la sussistenza del concordato con continuità aziendale anche nel caso in parola[13].

L'osservazione empirica dimostra che il caso *sub* 2), vale a dire l'ipotesi del conferimento con successiva cessione, da parte della conferente, della partecipazione acquisita, trova, per evidenti ragioni di migliore aderenza agli obiettivi della procedura, maggiore attuazione.

4. Le tempistiche dell'operazione e la responsabilità *ex* art. 2560 c.c.

Il tema della tempistica (ante o *post* omologazione del concordato) con la quale porre in essere il conferimento è alquanto dibattuto. In questa sede, ci si limita a segnalare che buona parte della dottrina ritiene percorribile l'ipotesi del conferimento anteriormente all'omologazione e dopo la presentazione della domanda di concordato. Ciò in quanto:

– il profilo temporale è destinato a perdere rilievo allorquando il conferimento-trasferimento dell'azienda risulti necessario per tutelare, nell'interesse dei creditori e della procedura concordataria, il valore insito nella medesima[14];

– nessuna norma limita il potere degli organi della procedura di autorizzare, ai sensi dell'art. 167, comma 2, l. fall., il conferimento dell'azienda anteriormente all'omologa[15];

---

[13] V. PETTIROSSI, *Il concordato preventivo: della fattispecie in continuità aziendale*, in *Dir. fall.*, 2015, I, cit., 216.

[14] G. LO CASCIO, *La vendita dell'azienda nel nuovo concordato preventivo*, in *Fall.*, 2012, 340. In senso conforme, M. GAETA, *Effetti del concordato preventivo, in Fallimento e altre procedure concorsuali*, Torino, 2009, 1652.

[15] L. STANGHELLINI, *Il Concordato con continuità aziendale*, in CAMPOBASSO – CARIELLO

– l'art. 186-*bis*, comma 3, l. fall., nel prevedere che «il giudice delegato, all'atto della cessione o del conferimento, dispone la cancellazione delle iscrizioni e trascrizioni» dà sostanzialmente atto della circostanza che il trasferimento dell'azienda può avvenire anche prima dell'omologazione del concordato, giacché, in tal caso, la cancellazione delle iscrizioni e trascrizioni avverrebbe per effetto dell'art. 108, comma 2, l. fall., richiamato dall'art. 182 l. fall. In altri termini, l'art. 186-*bis*, comma 3, l. fall. consente la cancellazione di iscrizioni e trascrizioni pregiudizievoli senza necessità di attendere l'omologazione del concordato e la produzione degli effetti *ex* art. 108, comma 2, l. fall.[16] La legittimità dell'operazione – eseguita ed autorizzata anteriormente all'omologa, non consentirebbe di invocare il disposto *ex* art. 186, comma 7, l. fall., giacché non si configurerebbe un'ipotesi di cessazione dell'esercizio dell'impresa, che, come noto, giustifica la revoca dell'ammissione alla procedura concordataria.
Ulteriore aspetto rilevante, connesso al conferimento che si realizzi anteriormente all'omologa, è l'applicabilità dell'art. 2560, comma 2, c.c., che stabilisce la responsabilità della società conferitaria per i debiti inerenti l'esercizio dell'azienda conferita, risultanti dalle scritture contabili obbligatorie. Il tema si pone in quanto l'art. 105, comma 4, l. fall. – che esclude la suddetta responsabilità *ex* art. 2560 c.c. – è richiamato dall'art. 182 l. fall., motivo per cui, stando alle indicazioni letterali della citata norma, la responsabilità della conferitaria per i debiti della conferente sarebbe esclusa solo nell'ipotesi in cui l'operazione si perfezionasse dopo l'omologa (e, quindi, in sede di esecuzione del concordato). Non mancano, tuttavia, posizioni divergenti, che ammettono l'esclusione della suddetta responsabilità anche a favore del conferitario che abbia acquisito l'azienda conferita prima dell'omologa (e dopo la presentazione della domanda di concordato)[17]. Si tratta, evidentemente, di valutazioni che non possono prescindere dalla valutazione delle peculiarità che caratterizzano la specifica fattispecie.

- DI CATALDO – GUERRERA - SCIARRONE (diretto da), Società, banche e crisi d'impresa, Torino, 2014, 3214.

[16] M. ARATO, *Questioni controverse nel concordato preventivo con continuità aziendale …*, cit., 5 ss.

[17] Cfr. L. STANGHELLINI, *Il Concordato con continuità aziendale*, cit., nella quale afferma: «una possibile obiezione di carattere pratico discende dal dubbio se alle vendite e ai conferimenti dell'azienda effettuati in pendenza di procedura si applichi il disposto dell'art. 2560, comma 2 c.c., che prevede la responsabilità dell'acquirente per i debiti inerenti all'esercizio dell'azienda ceduta e risultanti dalle scritture contabili. Se infatti per le cessioni in esecuzione del concordato tale responsabilità non opera (art. 105, comma 4, richiamato dall'art. 182), per le cessioni effettuate in pendenza della procedura non sussiste alcuna espressa disposizione in tal senso,

5. Considerazioni conclusive

Nell'ambito di una procedura concordataria, il conferimento dell'azienda in una *newco*-conferitaria detenuta dal debitore è, di norma, passaggio propedeutico per la successiva cessione, a terzi, della relativa partecipazione. Trattasi, quindi, di una modalità che consente un agevole trasferimento del compendio produttivo, trasformato, in capo alla conferente, in *asset* finanziario. L'operazione[18] necessita, tuttavia, per la sua definizione e attuazione, di tempi tecnici che mal si conciliano, sovente, con situazioni di crisi-insolvenza avanzate, le quali richiedono, invece, di isolare, tempestivamente, l'azienda (o ramo) vitale dall'impresa in crisi al fine di tutelare valori e *asset* che rischierebbero di deteriorarsi in modo irreversibile.

Si assiste, quindi, frequentemente, per le ragioni poc'anzi accennate, al ricorso all'affitto d'azienda, che diviene "strumento-ponte" per la successiva cessione del compendio aziendale o per il conferimento del medesimo in altra entità con conseguente cessione della partecipazione a terzi. Tale constatazione fa emergere, evidentemente, un limite dell'imprenditore in crisi, che la riforma *ex* legge n. 155 del 2017 tenta, attraverso diversi strumenti, di correggere, vale a dire la tendenza dello stesso a non affrontare la crisi nella sua fase embrionale, il che preclude l'accesso o la agevole percorribilità di talune soluzioni tecniche che l'ordinamento pone a disposizione.

ed è evidente che se operasse la responsabilità, oltre a crearsi grave disparità di trattamento fra creditori (alcuni dei quali destinati ad essere soddisfatti integralmente e altri a subire il costo di tale integrale soddisfazione), la stessa cessione potrebbe rivelarsi impossibile tutte le volte in cui l'ammontare dei debiti che l'acquirente o la società conferitaria dovrebbero accollarsi *ex lege* superi il valore dell'azienda». Cfr. anche M. GREGGIO, *La cessione dell'azienda prima dell'omologa del concordato preventivo liquidatorio*, in *www.ilfallimentarista.it*, 6 agosto 2015.

[18] Va verificata, comunque, la tenuta dell'operazione rispetto ai requisiti richiesti per il concordato con continuità aziendale, valutando i tratti caratteristici della stessa e il peso degli aspetti liquidatori rispetto a quelli di "continuità".

Il *trust* in funzione successoria

Daniele Muritano
Notaio in Empoli

L'articolo analizza il *trust* in funzione successoria, soffermandosi sui rapporti tra ordinamento interno e legge regolatrice straniera. Il principale problema riguarda le clausole che attribuiscono poteri al *trustee*: attraverso esempi pratici si segnalano le criticità e i profili da approfondire, in particolare il tema dei limiti della fiducia.

The paper discusses the trust as "will substitute", focusing on the relationship between domestic law and foreign law. The main problem concerns the clauses that attribute powers to the trustee: through practical examples critical aspects and issues to be deepened are pointed out, in particular the topic of confidence and its limits.

Sommario: 1. Il *trust* a beneficio della famiglia. – 2. *Trust* interno e *trust* non interno. – 3. *Trust* interno e configurazione dei poteri del *trustee*. – 4. La posizione del *trustee* di un *trust* testamentario. – 5. Esempi di clausole relative ai beneficiari. – 6. La personalità della volizione liberale e la fiducia da ripensare. – 7. (S)conclusione.

1. Il *trust* a beneficio della famiglia

La famiglia è terreno elettivo dei *trust*, che costituiscono un formidabile strumento di pianificazione e sistemazione degli assetti economico-familiari: 1) la trasmissione e distribuzione della ricchezza con effetto sia durante la vita che dopo la morte del disponente; 2) il passaggio generazionale delle risorse economiche (aziende e partecipazioni sociali incluse) e dei beni di famiglia; 3) il mantenimento dell'unità familiare o la regolamentazione dei rapporti economici coniugali e genitoriali nella crisi o alla cessazione del rapporto coniugale, di una unione civile o di una convivenza; 4) il sostegno economico dei propri successori; 5) la protezione dei familiari più fragili in funzione alternativa o complementare alle misure legali di protezione (amministrazione di sostegno e interdizione). Queste diverse finalità possono essere variamente combinate nel medesimo programma destinatorio.

Il *trust*, com'è noto, dovrebbe essere uno strumento *tailor-made*, da modulare sulla base delle esigenze proprie del disponente e della sua famiglia. Tuttavia esistono modelli (seriali, standardizzati) costituenti la traduzione, quasi letterale, di *trust* diffusi nel Regno Unito e in paesi c.d. *offshore*. Ma tradurre non è «dire la stessa cosa» bensì «dire quasi la stessa cosa»[1]. A volte è sufficiente leggere questi atti per rendersi conto del fatto che, con ogni probabilità, nessuno li firmerebbe. Essi sono pensati per "funzionare" in un altro ambiente giuridico, in cui svolge un ruolo di fondamentale importanza il giudice, il cui compito è, da sempre, quello di "supervisore" dei *trust*[2].

I *trust*, si diceva, devono essere progettati su misura delle specifiche esigenze e finalità che il disponente intende conseguire. I *trust*, infatti, sono utilizzati in Italia all'esito di un vero e proprio trapianto giuridico, iniziato a partire dal 1° gennaio 1992 (data di entrata in vigore della legge di ratifica della Convenzione

[1] Cfr. U. ECO, *Dire quasi la stessa cosa. Esperienze di traduzione*, Milano, 2010.

[2] Giusto per fare un esempio, nel caso In re H Trust (JRC 171), deciso dalla *Royal Court of Jersey* il 14 settembre 2018, il *trustee* ha chiesto al giudice di essere autorizzato a vendere l'unico bene immobile in *trust* per (a) pagare il suo compenso, (b) pagare i debiti scaduti e (c) liquidare il residuo ai beneficiari. E si è detto che il *trustee* «*applied to the Jersey Court for a blessing of its decision*», cioè per richiedere la "benedizione" da parte del giudice (che l'ha rifiutata).

de L'Aja del 1° luglio 1985). Occorre, pertanto, un adattamento e una verifica di compatibilità dei diversi obiettivi che il disponente intende perseguire rispetto alle regole dell'ordinamento italiano.
Esistono disposizioni interne, tra cui – in ambito successorio – quelle in tema di tutela dei legittimari, che non possono essere derogate neppure da un *trust*. Ma non vanno neanche trascurate le disposizioni delle leggi straniere che disciplinano i *trust* (la cui scelta va attentamente ponderata) e le "regole" applicative elaborate dalla giurisprudenza straniera.
Il *trust* in funzione successoria, se atto tra vivi, può avere una durata collegata alla vita del disponente o, più spesso, eccedente la vita del disponente. Può anche essere un *trust* testamentario o, ancora, un *trust* tra vivi che sarà beneficiario di una disposizione testamentaria (è il caso del *pilot trust*, che nasce con un minimo apporto e poi inizia a operare utilizzando i beni che gli pervengono a seguito dell'apertura della successione del disponente). La soluzione, ovviamente, dipende dalle circostanze del caso concreto (es. composizione della famiglia, tipologia dei beni che compongono il patrimonio del disponente).

2. *Trust* interno e *trust* non interno

Posto che un *trust* andrebbe disegnato su misura, qualche parola va spesa in merito al *contenuto tipico* di un *trust* inglese, per verificare se e in quali limiti esso può essere trapiantato nel nostro ordinamento.
Si fa presto, infatti, a dire *trust*, se poi, in definitiva, la legge straniera non si applica o non può trovare applicazione per l'esistenza di ostacoli nel diritto interno.
Ci si dovrebbe quindi chiedere, anzitutto, se, quando in Italia parliamo di *trust* il riferimento è al *trust* consegnatoci, per così dire, dalla tradizione della *common law*, oppure a qualcos'altro, a qualcosa che, nel corso degli anni di applicazone della Conv. Aja dell'1 luglio 1985, ha subito un adattamento, dovuto in particolare all'esistenza di norme imperative che nessun *trust* può violare, e che quindi è divenuto un "oggetto" diverso da quello originario.
Basti pensare ai *trust*s c.d. liquidatori. I *trust* liquidatori non esistono nel diritto inglese dei *trust*[3], che, in tema di liquidazione delle società, ha regole ben diverse[4]. Si tratta, in buona sostanza, di un istituto (lodevolmente) "inventato"

[3] Da intendersi come complesso di regole che si ricavano dalla legge straniera, ma che in fondo non sono altro che regole discendenti dalla prassi giurisprudenziale della *common law*.
[4] Basti pensare alla s. 127 dell'*Insolvency Act* 1986, che vieta a una società che si trova in stato di

dalla prassi professionale italiana, che però, come talvolta accade, ha dato luogo a "derive applicative", evidenziate, oltre che dalle ormai numerose pronunce dei giudici civili in tema di azione revocatoria, da quelle, anch'esse ormai numerose, della Corte di cassazione penale.

Il *trust* c.d. liquidatorio, anche a supporto di una procedura concorsuale, non è certo l'istituto cui pensavano i redattori della Convenzione, visto che tale istituto non esiste nell'ordinamento di origine del *trust*[5]. Si potrebbe allora affermare che, attraverso l'abile interpretazione della Convenzione, si è riusciti *a introdurre un istituto del tutto nuovo che "vive" nell'ordinamento interno* (con tutti i limiti del caso) pur se, probabilmente, in non pochi casi in conflitto con la definizione di *trust* di cui all'art. 2 Conv.

Poiché, infatti, l'art. 2 Conv. prevede che «Ai fini della presente Convenzione, per *trust* s'intendono i rapporti giuridici istituiti da una persona, il costituente – con atto tra vivi o *mortis causa* qualora dei beni siano stati posti sotto il controllo di un *trustee* nell'interesse di un beneficiario o per un fine specifico», è possibile affermare che siffatti *trust*s, in cui – di regola – buona parte dell'attività del *trustee* è subordinata all'autorizzazione/controllo degli organi della procedura, rientrino nell'ambito definitorio della norma? La questione non è di poco conto, poiché laddove anche rispetto a tali *trust*s sia corretto parlare di "riconoscimento" e tale riconoscimento poi si neghi per mancato rispetto dell'art. 2 Conv., ne risulta la mancata produzione di tutti gli effetti che l'art. 11 Conv. riconnette all'istituzione di un *trust*. Tuttavia, poiché questi *trust*s operano nell'ordinamento interno e finora non sembra che il problema appena sollevato sia stato posto, delle due l'una: o si nega cittadinanza a questi *trust* in quanto non rispettosi dell'art. 2 Conv. oppure si deve affermare che si tratta di istituti solo nominalmente definiti "*trust*", ma *decisamente diversi* dal *trust* quale inteso nell'ordinamento di origine. I presupposti di validità e la disciplina di tale istituto andrebbero quindi integralmente rinvenuti in disposizioni facenti parte dell'ordinamento interno (come non hanno mancato di fare i giudici[6]).

Altro esempio riguarda l'approccio giurisprudenziale (e non solo) al tema dello *sham trust*, locuzione spesso utilizzata dalla giurisprudenza italiana quale omologa a quella di *trust* "simulato" (o "non voluto").

liquidazione di compiere atti dispositivi dei propri beni senza l'autorizzazione del giudice.

[5] La Convenzione de L'Aja si limita a richiama espressamente, nel suo preambolo, il *trust* quale «istituto peculiare creato dai tribunali di equità dei paesi della *common law*».

[6] Cfr., ad es., Cass., 9 maggio 2014, n. 10105, che ha dichiarato nullo un *trust* interno liquidatorio istituito da una società insolvente in quanto volto a eludere la normativa fallimentare, senza compiere valutazioni di altra natura.

Questo approccio della giurisprudenza non appare corretto. Molte decisioni accertano la *simulazione* dell'atto di trasferimento dei beni dal disponente al *trustee* applicando il diritto italiano. Talvolta si utilizzano indizi che conducono all'accertamento della simulazione, quali, ad esempio, il concreto svolgersi della vicenda susseguente all'istituzione del *trust* e alla gestione dei beni da parte del *trustee*. Altre volte si valorizzano situazioni soggettive quali la "vicinanza" tra disponente e *trustee* (spesso un suo familiare). È vero che l'art. 4 della Convenzione ne esclude la sua (della Convenzione) applicazione riguardo alla validità degli atti con cui determinati beni sono trasferiti al *trustee*, ma ciò ha poco a vedere con il tema dello *sham trust*. Il vero "*sham attack*" non riguarda il titolo in forza del quale i beni sono stati trasferiti al *trustee*, bensì il *"trasferimento" dell' "equitable title" sui beni stessi al beneficiario*[7].

Ciò implica, se non si vuole considerare il "*trust* interno regolato da legge straniera" una fattispecie diversa dal "*trust* dell'ordinamento di origine", lo svolgimento di un test. E tale test andrà svolto, ai sensi dell'art. 8 Conv., sulla base della legge regolatrice del *trust*.

Uno *sham attack* di successo fa venire meno la "dimensione proprietaria" del *trust*[8], cioè l'attribuzione dei "*property rights*" (come intesi nel diritto inglese dei *trust*[9]) in capo ai beneficiari, ma non il titolo di proprietà in capo al *trustee*. La conseguenza è che in questo caso il *trust* è dichiarato dal giudice "*resulting bare trust*"[10] a vantaggio del disponente, i cui creditori ben potranno, se del caso, aggredire i beni in *trust*.

[7] Royal Court of Jersey, *Minwalla v Minwalla*, [2004] EWHC 2823. Sgombriamo subito il campo dall'obiezione secondo cui questo ragionamento non può trovare cittadinanza nell'ordinamento italiano, che non conosce fenomeni di "*split property*" (doppia proprietà). La metafora della doppia proprietà, cioè l'idea di una simultanea allocazione di tutti gli elementi che costituiscono il diritto di proprietà quale caratteristica precipua del *trust* è rigettata persino dalla Suprema Corte del Regno Unito. Cfr. *Akers and others v Samba Financial*, 2017 UKSC 6, che cita un passaggio di D. Swadling (in A. BURROWS, *English Private Law*, Oxford, 2013, § 4.149), la quale parla di (traduzione di chi scrive) «falsità delle affermazioni che discutono di "divisione" o "separazione" di diritti quando tali diritti sono "in *trust*", o perfino peggio, di "titoli" legali ed equitativi esistenti prima della creazione del *trust*». Aggiunge la Suprema Corte (§ 39, traduzione di chi scrive) che «Non c'è nulla nella Convenzione che suggerisca che essa sia inapplicabile a un *trust* semplicemente perché il *trust* riguarda beni collocati in una giurisdizione che non riconosce questa forma di separazione tra "interessi" legali ed equitativi. Piuttosto, il contrario».

[8] Il *trust* ha, infatti, anche una "dimensione contrattuale" costituita dalle obbligazioni che il *trustee* deve adempiere verso i beneficiari.

[9] Il dibattito dottrinale relativo alla giustificazione teorica delle regole di funzionamento del *trust* è tuttora vivo. Per una sintesi, con interessanti e condivisibili proposte di soluzione, cfr. P. JAFFEY, *Explaining the trust*, in http://archive.legalscholars.ac.uk/edinburgh/restricted/paper.cfm?id=289.

[10] Il "*bare trust*" ("*trust* nudo") si ha quando sia il capitale sia il reddito del *trust* appartengono in

Se è vero, allora, che per stabilire se un *trust* sia o meno *sham* occorre applicare la legge regolatrice, ne consegue l'erroneità delle indagini concentrate sulla sola analisi della volontà del disponente, occorrendo invece dimostrare[11] l'esistenza di un accordo disponente-*trustee* finalizzato a ingannare i terzi (cioè dare loro la "*false impression*" dell'esistenza del *trust*). Ne consegue inoltre che, poiché nel diritto inglese vige il principio secondo cui la verifica dell'esistenza di uno *sham trust* va fatta al momento in cui il *trust* è stato istituito, ne consegue che "*once a true trust always a true trust*", per cui non si può affermare – come talvolta fa la giurisprudenza italiana – che un *trust* è *sham* per il solo fatto che il *trustee* si adegua alle indicazioni del disponente ("*goes along with the settlor's intention*"), se non si dimostra anche che:

a) il disponente intendeva che il *trustee* gestisse i beni secondo modalità diverse da quelli indicate nel *trust*; e

b) esisteva un previo accordo tra disponente e *trustee* finalizzato a ingannare i terzi[12].

Se pertanto il *trustee* si limita a seguire le direttive del disponente, in assenza della prova dell'esistenza anche dei requisiti sub a) e b) non si ha *sham trust* ma, semmai, *breach of trust* (violazione dei termini del *trust*) da parte del *trustee* e quindi il giudice dovrà far rispettare al *trustee* gli obblighi assunti in favore dei beneficiari[13].

È evidente, in questo discorso, il riferimento a dati fattuali. Tuttavia anche le clausole inserite nell'atto di *trust* possono avere rilevanza, come dimostrato dalla sentenza della Suprema Corte del Regno Unito del 2017 nel caso Pugachev (definito in alcuni commenti "Pugachev l'illusionista")[14 -15] .

In questo caso la Corte ha ritenuto che proprio le clausole dei cinque *trust* (regolati dalla legge della Nuova Zelanda) dimostrassero che il disponente

---

modo definitivo a un beneficiario il quale in qualsiasi momento ne può chiedere la consegna al *trustee*. È "*resulting*" ("di ritorno") quando beneficiario è il disponente originario.

[11] Come afferma la giurisprudenza citata nelle note seguenti.

[12] La necessaria esistenza di un accordo tra disponente e *trustee*, secondo la giurisprudenza inglese consente a uno *sham trust* di diventare in seguito valido a seguito della nomina di un nuovo *trustee* che non è partecipe dell'intento del disponente di ingannare i terzi: cfr. *St George Trustees Limited and others* [2007] EWHC, 99. La giurisprudenza italiana non pare di questo avviso: cfr. Cass. pen., 13 febbraio 2017, n. 6658, che ha confermato il sequestro del fondo in *trust* nonostante la nomina di un nuovo *trustee* professionale.

[13] Royal Court of Jersey, Re: Esteem Settlement, [2003] JLR, 188.

[14] JSC Mezhdunarodniy Promyshlenniy Bank, State Corporation *'Deposit Insurance Agency' v Sergei Viktorovich Pugachev & Ors*, [2017] EWHC 2426 (Ch).

[15] https://www.applebyglobal.com/publications/pugachev-the-illusionist-shams-and-powers/.

(Pugachev) non aveva in realtà dismesso la "*beneficial ownership*" dei beni in *trust*.
In particolare, il disponente era il *protector* e si era riservato innumerevoli poteri, tra cui il potere di vietare al *trustee* di investire o distribuire somme, di rimuovere o aggiungere beneficiari, di modificare il *trust*, di rimuovere o nominare *trustee*s anche senza giusta causa e vari altri. E l'atto non precisava se tali poteri fossero personali o fiduciari (distinzione la cui discussione ci porterebbe troppo lontano) ma solo che l'esercizio dei poteri poteva essere impedito solo da un'espressa previsione di legge.
Questo importante arresto giurisprudenziale dimostra come le clausole che prevedono *la riserva di poteri in capo al disponente* debbano essere considerate e interpretate con molta attenzione. Sebbene l'uso di tali poteri da parte del disponente sia consentito dall'art. 2 Conv. e dalle leggi regolatrici, non occorre farsi prendere la mano e pensare che poiché la legge regolatrice del *trust* ammette tali ampie riserve senza che per tale ragione il *trust* possa essere dichiarato invalido, ciò possa essere di sana pianta "tradotto" nella redazione di un *trust* interno. È operazione rischiosa, nella misura in cui il *trust* o finisce con non rispettare il test delle "tre certezze" (certezza della volontà di istituire il *trust*, certezza dell'oggetto del *trust*, certezza dell'esistenza di criteri che consentano l'individuazione dei beneficiari), o il *trustee* agisce in violazione del *trust* in conformità all'invalido esercizio di un potere riservatosi dal disponente, oppure (e infine) il vero scopo del *trust* e il modo con cui esso è gestito lo rendano apprezzabile come "fasullo" ("sham"). L'art. 2, comma 3, della Conv. Aja, consente infatti al disponente di riservarsi «alcune pregorative» e non «tutte le prerogative».

3. *Trust* interno e configurazione dei poteri del *trustee*

Torniamo al *trust* in funzione successoria e analizziamo un primo profilo: la definizione dei poteri del *trustee*.
Nel diritto inglese dei *trust* è principio generale che sono soltanto i *trustee*s – e nessun altro – a decidere come i poteri loro attribuiti debbano essere esercitati. La clausola propria dei *trust*, sia *inter vivos* sia testamentari stipulati nel Regno Unito è quella che attribuisce ai *trustee*s "*absolute discretion*".
Nel corso della durata del *trust* e fermi restando gli "*overriding powers*" esercitabili dai *trustee*s (su cui torneremo), costoro potranno, ad esempio:
– accumulare tutto o parte del reddito del *trust* (il reddito accumulato diventerà capitale, quindi non potrà essere distribuito ai beneficiari di reddito);

– distribuire o impiegare il reddito residuo (cioè quello non accumulato) in favore di o a vantaggio di *qualsiasi beneficiario* come essi ritengano opportuno.
Come si può notare, i *trustee*s hanno la possibilità di decidere non solo l'*an* ma anche il *quantum* delle attribuzioni o dell'impiego, senza che nell'atto vengano previsti particolari criteri, se non l'indicazione per cui l'attribuzione o l'impiego deve avvenire "as the *Trustees think fit*".
La discrezionalità del *trustee*, in buona sostanza, è strumento funzionale al perseguimento del "best interest" del *trust*, tanto è vero che la stessa giurisprudenza inglese ritiene che nei casi dubbi il disponente non abbia desiderato una ripartizione in parti uguali[16].
Sulla compatibilità di tale clausola con l'ordinamento italiano potrebbero forse nutrirsi dubbi, ma se la risposta fosse negativa, ciò allontanerebbe il funzionamento del *trust* in Italia rispetto a quanto accade nel Regno Unito, dove in linea generale è assolutamente pacifico che solo i *trustee*s debbano decidere in che modo i loro poteri debbano essere esercitati, salvo sia previsto, ad es., il consenso del *protector*/guardiano. Ciò peraltro non significa che secondo il diritto inglese i *trustee*s, pur in presenza di una clausola che attribuisca loro "assoluta discrezionalità", possano agire in maniera irragionevole o impropria.
I poteri attribuiti al *trustee* sono sempre di natura fiduciaria e vanno esercitati coerentemente con le finalità proprie del *trust*.

Altre clausole proprie del modello inglese, non facilmente esportabili nel nostro ordinamento sono quelle che disciplinano gli "*overriding powers*" (da intendersi come "poteri imperativi" o "poteri assoluti").
Tra tali poteri vi è anzitutto il *power of appointment*[17].
Ad es. il *trustee* può stabilire di gestire qualsiasi bene facente parte del *trust fund* a vantaggio di qualsiasi beneficiario nei termini che egli ritenga opportuni, creando ulteriori *trust* discrezionali o prevedendo che qualsiasi persona possa esercitare poteri attributivi o gestori (intendendosi per "persona" chiunque al mondo incluso un *trustee*).
Altro potere consueto è il *power of resettlement* cioè il potere di trasferire beni in *trust* in un altro *trust*[18].
Nell'esercizio di tale potere il *trustee* potrà ad es. dichiarare che egli mantiene in *trust* determinati beni facenti parte del *trust fund* al fine di trasferirli ai *trustee* di un altro *trust* ovunque istituito affinché vengano gestiti secondo le disposizioni

[16] Così, in sostanza, *Lord Wilbeforce in Mc Phail c Doulton* [1971] A.C. 424.
[17] Il termine "*appointment*" ha vari significati: stabilire, nominare, destinare, attribuire.
[18] Si è occupata di questo caso, sebbene ai soli fini tributari, Cass. 975/2018.

di quel *trust*, così liberandoli dalle previsioni contenute nel *trust* di partenza[19].
Ancora, può essere previsto il *power of advancement* (potere di anticipazione), che consente al *trustee* di pagare o impiegare a vantaggio di un qualsiasi beneficiario beni in *trust* a titolo di anticipazione.
Altre clausole che si leggono nei *trust* inglesi sono quelle che prevedono il potere del *trustee* di nominare quale nuovo *trustee* anche persone o enti che siano residenti o abbiano sede ovunque (con conseguenti problemi gestionali, specie se il fondo in *trust* si trova in Italia) ovvero che il *trustee* possa amministrare il *trust* in qualsiasi parte del mondo nonché cambiare in qualsiasi momento la legge che lo regola e modificare le clausole dell'atto come egli ritenga necessario e opportuno.
Quelli appena fatti sono esempi di una fiducia "totale" (o quasi) riposta nel *trustee* e l'estesa e quasi illimitata discrezionalità a lui attribuita dall'atto istitutivo di *trust* ha dato luogo a severe critiche da parte della dottrina straniera, che ritiene *trust* siffatti non pienamente compatibili con il modello tradizionale inglese[20].
L'esistenza di limiti imposti dall'ordinamento italiano (sui cui v. oltre nel testo), oltre alla riluttanza del tipico disponente italiano ad affidare poteri di tale ampiezza al *trustee*, fa sì che i *trust* interni di regola non contengano una regolamentazione analoga a quella propria dei *trust* istituiti nel Regno Unito (o nei paesi c.d. *offshore*), il che va a discapito della flessibilità propria del *trust*.

4. La natura dell'attribuzione al *trustee* di un *trust* testamentario

Nessun dubbio sussiste in merito alla riconoscibilità anche dei *trust* testamentari, essendo inclusi nell'art. 2 della Convenzione.
Anche tale *trust*, come quello *inter vivos*, potrà assumere la natura di "*trust* interno regolato da legge straniera", fermo restando che tutto ciò che riguarda la scheda testamentaria, sia dal punto di vista formale che dal punto di vista sostanziale, sarà regolato dalla legge italiana ai sensi dell'art. 4 della Convenzione.
La legge italiana, inoltre, dovrà essere tenuta in considerazione, in quanto l'art. 15 della Convenzione prevede che essa non costituisce ostacolo all'applicazione delle disposizioni inderogabili della legge designata dalle norme del foro sul

[19] Tale potere può essere però esercitato, nel diritto inglese, soltanto se la persona che ne possa trarre vantaggio sia un beneficiario e vi sia il consenso scritto di due beneficiari.
[20] Cfr. L. SMITH, *Massively Discretionary Trusts*, in *Trusts & Trustees*, 2019, 397.

conflitto di leggi. Per ciò che interessa in questa sede, l'art. 15 Conv. fa salve le norme inderogabili interne in materia di testamenti e devoluzione ereditaria, con particolare riguardo alla tutela dei legittimari.

Il testamento può essere veicolo diretto di istituzione del *trust*, ciò che accade quando il testatore, appunto, istituisce il *trust* nello stesso testamento, ma può anche essere veicolo di un'istituzione indiretta, come accade quando il testatore impone a eredi o legatari o all'esecutore testamentario, di istituire un *trust* avente a oggetto l'asse ereditario, in tutto o in parte. È infine possibile che il testamento venga utilizzato come veicolo per "dotare" di beni un *trust* già istituito dal testatore con atto tra vivi (il c.d. *pilot trust*, cui si è già accennato).

Come si evince dall'art. 2 Conv. il *trust* può essere istituto nell'interesse di un beneficiario o per un fine determinato. Anche per il tramite di un testamento è possibile quindi istituire un *trust* di scopo o imporre l'obbligo di istituirlo, nel qual caso tale obbligo sarà riconducibile all'onere.

Il testatore potrebbe anche prevedere l'obbligo di istituire un *trust* con beneficiari determinati, nel qual caso la disposizione parrebbe riconducibile al legato di comportamento negoziale[21]. Il beneficiario del legato potrà quindi pretendere che l'erede (o legatario) onerati stipulino un *trust* con atto *inter vivos*, prevedente l'onorato stesso quale beneficiario.

Dal punto di vista del diritto interno, i più interessanti e complessi problemi concernono l'ipotesi in cui il testatore istituisce il *trust* direttamente nel testamento, nominando il *trustee*, attribuendogli i beni e dettando il "programma" che egli dovrà seguire fino a giungere alla finale devoluzione dei beni ai beneficiari.

I problemi sono complessi perché nessuna norma qualifica la natura dell'attribuzione dei beni al *trustee* di un *trust* testamentario, ciò che dovrà quindi essere oggetto di ricostruzione da parte dell'interprete.

Sotto tale profilo la tesi di chi considera il *trustee* quale erede del testatore-disponente e riconduce le sue obbligazioni tra le obbligazioni modali non pare persuasiva.

Si obietta in primo luogo che se il beneficiario del *trust* è determinato, a tutto concedere si tratterà di legato e non di onere, essendo la differenza tra le due figure costituita, appunto, dalla determinatezza o meno del beneficiario.

In secondo luogo, partendo dalla tesi, ampiamente condivisa, per cui l'onere

---

[21] C. ROMANO, *Il problema della natura dell'attribuzione mortis causa al* trustee *o gestore ed al beneficiario*, in S. BARTOLI – D. MURITANO – C. ROMANO, Trust *e atto di destinazione nelle successioni e donazioni*, Milano, 2014, 171 ss.

è disposizione accessoria, in quanto presuppone un'attribuzione patrimoniale *mortis causa* in favore dell'onerato, ne conseguirebbe, rispetto al *trust*, che disposizione principale dovrebbe essere, per l'appunto, l'attribuzione dei beni al *trustee* che, invece, è del tutto strumentale rispetto alla finale attribuzione ai beneficiari. Compito del *trustee*, infatti è amministrare i beni affidatigli nell'interesse dei beneficiari, il che manifestamente orienta l'interprete nell'intravedere nella nomina del *trustee* da parte del testatore null'altro che *l'attribuzione di un ufficio gestorio*. Il testatore, infatti, non vuole certo beneficiare dell'attribuzione il *trustee* ma – se del caso (potendo infatti l'attribuzione a uno o più beneficiari non esservi proprio) – i beneficiari finali del *trust* (che tra essi possa esservi anche il *trustee* non muta i termini della questione).

Questo significa, in conclusione, che non esiste molto spazio per ricondurre la posizione del *trustee* all'erede o al legatario, dovendosi invece procedere a un'analisi funzionale della sua nomina e dell'attribuzione dei beni in suo favore. Il testamento, in ultima analisi, è il veicolo attraverso cui il testatore impone al *trustee* il suo programma di attribuzione, e lo fa istituendo il *trust* e attribuendo i beni al *trustee*. L'analogia con l'istituzione della fondazione per testamento, scomponibile nei due negozi di istituzione e di dotazione è evidente, tanto che, appunto, si è condivisibilmente proposto di assimilare l'attribuzione al *trustee* di un *trust* testamentario, per l'appunto, all'atto di dotazione per testamento di una fondazione[22].

Pertanto, così come in caso di attribuzione a una fondazione dell'intero asse ereditario è da escludere che essa sia erede, allo stesso modo accadrà per il *trustee* cui sia attribuito l'intero asse ereditario.

Quanto ai beneficiari, si è già detto che la volontà del testatore è volta a realizzare una liberalità nei loro confronti tramite l'istituzione del *trust*, il che significa che essi riceveranno i beni dal *trustee* e non dal testatore. Non solo: potranno persino ricevere beni diversi da quelli originariamente attribuiti dal testatore al *trustee* per effetto dell'amministrazione dinamica di essi da parte del *trustee* medesimo.

Ciò esclude, pertanto, che essi possano essere qualificati eredi. Più correttamente essi andranno qualificati come legatari. Detto legato avrà ad oggetto, da un lato, il comportamento negoziale del *trustee*, cui spetta il compito di gestire il *trust fund*, dall'altro il valore economico del *trust fund* medesimo[23].

---

[22] C. ROMANO, *Il problema della natura dell'attribuzione* mortis causa *al* trustee *o gestore ed al beneficiario*, cit., 176.

[23] C. ROMANO, *Il problema della natura dell'attribuzione* mortis causa *al* trustee *o gestore ed*

Nel *trust*, infatti, si verifica una sorta di traslazione dalle "*res*" al "*fund*" cioè da un rapporto tra soggetto e determinati beni a un rapporto tra soggetto e ricchezza rappresentata dai beni stessi[24]. I beneficiari potranno pretendere che il *trustee*, esaurita la gestione del *trust*, trasferisca loro il fondo in *trust* secondo quanto indicato nell'atto istitutivo. Da tale punto di vista, la loro posizione sarà certamente di natura obbligatoria, riconducibile al diritto di credito.

5. Esempi di clausole relative ai beneficiari

Il tipico *trust* testamentario inglese, ma analoghe clausole si riscontrano nei *trust* tra vivi, prevede anzitutto la nomina degli *executors*/*trustees*, cui è demandato il compito di pagare i debiti ereditari, le spese funebri, le imposte e le altre spese; il residuo viene quindi a costoro affidato in *trust*.
Il *trust* prevede in primo luogo l'individuazione dei beneficiari, che sono:
– il coniuge;
– i figli;
– i coniugi dei figli;
– i coniugi superstiti dei figli ove premorti al testatore;

– qualsiasi persona o categoria di persone che venga aggiunta a una categoria beneficiari dai *trustee*s con il consenso scritto di due beneficiari;
– un ente benefico (*charity*).
I manuali[25] sulla redazione degli atti di *trust* suggeriscono inoltre di indicare ulteriori beneficiari (c.d. *fall back beneficiaries*) per l'ipotesi in cui durante la vita del *trust* vengano meno tutti i figli del testatore. Quali esempi di *fall back beneficiaries* si suggerisce di indicare i nipoti e le loro famiglie ovvero un qualsiasi ente, associazione o società costituita al solo fine di realizzare una finalità benefica (*charitable*).
Nella prassi dei *trust*s interni i beneficiari vengono distinti in beneficiari delle utilità del *trust* o anche beneficiari di reddito; e beneficiari finali, che sono coloro aventi il diritto, al termine del *trust*, di ricevere il *trust fund*.
Le posizioni beneficiarie possono essere *fixed* o *discretionary*.
Questa distinzione ha una doppia valenza: si può essere infatti *beneficiari fixed*

al beneficiario, cit., 177.
[24] M. GRAZIADEI – B. RUDDEN, *Il diritto inglese dei beni e il* trust*: dalle* res *al* fund, in Quadrimestre, 1992, 458.
[25] Celebre quello di J. KESSLER – C. JOHN, *Drafting Trust and Will Trusts. A Modern Approach*, Londra, 2019.

nel senso che la posizione beneficiaria è immutabile, ma anche nel senso per cui si ha diritto di ricevere prestazioni predeterminate, in genere somme di denaro. Si può invece essere beneficiari discrezionali sia nel senso per cui è la stessa esistenza della posizione beneficiaria come tale a essere rimessa alla discrezionalità del *trustee*, sia nel senso per cui il *quantum* di prestazioni è rimesso alla discrezionalità del *trustee* medesimo. Ciò accade, ad esempio, allorché il disponente indichi una categoria o una rosa di possibili beneficiari conferendo al *trustee* (o ad altro soggetto) il potere di scegliere a chi e/o in quale misura attribuire i vantaggi economici inerenti ai beni in *trust*. In questo caso non vi è alcun soggetto che possa considerarsi titolare di un diritto (di credito) certo nell'*an* (cioè attuale) e nel *quantum* (cioè esigibile) a conseguire beni in *trust*, dipendendo tale evento (cioè la concreta assunzione della qualifica di beneficiario) dal fatto che il *trustee* concretamente decida di esercitare in favore di uno o più soggetti il potere discrezionale conferitogli, elargendo a costoro somme oggetto di *trust*.

In altri termini, com'è stato incisivamente osservato, nel *trust* discrezionale «*the beneficial interest is in suspense until the trustees exercise their discretion*» in quanto nessuno dei beneficiari «*is able to claim as of right that all or any part of the income or capital is to be paid to him or applied for his benefit*»[26].

La suddescritta natura della posizione beneficiaria di un *trust* discrezionale la rende così, in particolare, non alienabile né suscettibile di azioni esecutive o cautelari da parte dei creditori del beneficiario stesso[27].

Questa distinzione ha anche una rilevanza tributaria, poiché è su di essa che si fonda l'ulteriore distinzione tra *trust* trasparenti e *trust* opachi.

La distinzione tra beneficiari *fixed* e *discretionary* rileva anche rispetto ai beneficiari finali del *trust*, che appunto possono essere già determinati e definitivamente determinati, oppure essere la loro individuazione rimessa alla discrezionalità del *trustee*.

Nell'ambito dei beneficiari finali assume rilevanza anche un'altra distinzione, un po' figlia della precedente, quella tra beneficiari *vested* e beneficiari *contingent*. La posizione è "*vested*" quando il beneficiario è titolare di un diritto incontrovertibile a ricevere i beni in *trust* al momento della sua cessazione.

La posizione è invece "*contingent*" quando è sottoposta a condizione sospensiva (es. essere viventi al termine del *trust*, conseguire una laurea entro il termine di durata del *trust* etc.).

---

[26] P. PETTIT, *Equity and the Law of Trusts*, Londra, 1993, 67 e 70.

[27] L.A. SHERIDAN – G.W. KEETON, *The Law of Trusts*, Londra, 1983, 163: il beneficiario «*has no beneficial interest to alienate; nor is any interest in the property available to his creditors*».

Questa distinzione è molto rilevante, perché se la posizione beneficiaria è *vested* farà parte della successione del beneficiario in caso di sua premorienza. Se è *contingent* opereranno le eventuali diverse regole previste nell'atto istitutivo (ad es. subentrerà un altro soggetto).

6. La personalità della volizione liberale e la fiducia da ripensare

Si sono prima fatti alcuni esempi relativi ai poteri attribuiti ai *trustee*s dei *trust* dell'ordinamento di origine. Tali poteri sono così estesi che, se li guardiamo con gli occhiali del disponente, vediamo come la fiducia da egli riposta nei *trustee*s sia una fiducia "totale" (o quasi). Vero che sono diffuse le c.d. *letters of wishes*. Esse però non sono vincolanti e hanno la sola funzione di "orientare" la discrezionalità del *trustee*, che sul piano giuridico rimane sempre piena (salvo sempre il controllo del giudice circa il suo esercizio, che non deve essere né improprio, né irragionavole).

Da noi il discorso è un po' più complesso. Nei *trust* stipulati in Italia, diversamente da ciò che accade nei *trust* anglosassoni, si tende a vincolare l'operato del *trustee* in vario modo, ad es. prevedendo la necessità del consenso di terzi soggetti per il compimento di determinati atti o persino vietando il compimento di certi atti, o prevedendo limiti di importo oltre i quali i poteri del *trustee* non possono essere più esercitati individualmente. Le clausole sono molto diversificate, ma in genere si tende a trattare il *trustee* come se fosse l'amministratore di una società.

La clausola che preveda l'assoluta discrezionalità di esercizio dei propri poteri da parte dei *trustee*s pone due ordini di questioni: può essere in conflitto con l'intento del disponente, che è di regola riluttante a dismettere tutti i suoi poteri sui beni in *trust* (riluttanza che però non è tipica del solo disponente italiano, tanto che diverse leggi straniere, per venire incontro a queste esigenze, hanno introdotto norme che consentono al disponente di riservarsi estesi poteri senza che per ciò il *trust* sia invalido, il che però lo allontana molto dal *trust* della tradizione inglese); potrebbe essere incompatibile con talune regole ricavabili da disposizioni in materia testamentaria o di liberalità.

Dando luogo i *trust* testamentari a una liberalità potrebbe ritenersi che debbano trovare applicazione le disposizioni che vietano l'attribuzione a terzi del potere assoluto (cioè non soggetto a limiti) di individuare il beneficiario o l'oggetto della liberalità. Esse sarebbero espressione del c.d. principio di personalità della volizione liberale.

Si è sopra visto, ad es., che i *trust*s inglesi prevedono il *power of resettlement*,

cioè il potere di istituire nuovi *trust*s a loro assoluta discrezione determinandone beneficiari e oggetto. Per effetto dell'esercizio del potere in questione, la volontà del *trustee* prevale su quella del disponente e ciò è – appunto – quello che, secondo il principio di personalità della volizione liberale, dovrebbe essere evitato. Si potrebbe forse giungere a ritenere tale potere conforme al nostro ordinamento soltanto laddove l'esercizio di esso sia stato, nel *trust* originario che lo prevede, delimitato dal disponente fino a un punto tale che il *trustee* non può, ove se ne avvalga, porre in essere alcuna attività "creativa" concernente l'attribuzione liberale.

Analogo giudizio potrebbe darsi sulle clausole che consentono ai *trustee*s di nominare qualsiasi persona quale beneficiario e su quelle che consentono ai *trustee*s di attribuire o impiegare capitale o reddito del *trust fund* a loro assoluta discrezione e in favore di chi tra i beneficiari essi desiderino.

In materia testamentaria, il principio di personalità si ricaverebbe, quanto ai soggetti beneficiari, dal primo comma dell'art. 631 c.c., secondo il quale «È nulla ogni disposizione testamentaria con la quale si fa dipendere dall'arbitrio di un terzo l'indicazione dell'erede o del legatario ovvero la determinazione della quota di eredità …», salve le eccezioni contenute nell'art. 631, commi 2 e 3, c.c., il quale consente al testatore di disporre di un legato in favore di una persona o di un ente che saranno scelti da un terzo all'interno di un novero di soggetti predeterminato dal testatore, o ancora in favore di una persona appartenente a famiglia o categorie di persone indicate dal testatore stesso; nell'art. 699 c.c., che ammette la disposizione avente a oggetto l'erogazione periodica, per un certo periodo di tempo o in perpetuo o per fini di pubblica utilità, di una somma di denaro in favore di persone fisiche che un terzo dovrà scegliere all'interno della categoria ovvero tra i discendenti di famiglie indicate dal testatore; e nell'art. 630 c.c. il quale consente al testatore di disporre un lascito genericamente in favore dei poveri (o di altre categorie di soggetti bisognosi), attribuendo al terzo di determinare l'uso o il pubblico istituto a beneficio del quale esso è destinato. Per quanto riguarda l'oggetto, il principio si ricaverebbe *a contrario* dall'art. 632, comma 1, c.c., che consente al testatore di attribuire a un terzo il potere di determinare l'oggetto o la quantità di un legato nel rispetto di criteri e direttive stabiliti dallo stesso testatore. Il comma 2 della medesima norma prevede poi il legato remuneratorio, nel quale il criterio, cui il terzo dovrà attenersi nella determinazione dell'oggetto dell'attribuzione, è dato dal valore dei servizi resi dal legatario al *de cuius*. Altre eccezioni sono il legato di cosa genericamente determinata (artt. 653 e 654 c.c.) e il legato alternativo (art. 665 c.c.).

Laddove si ritenga che anche un *trust* testamentario debba rispettare tale principio, le sue clausole dovranno essere redatte in modo da evitare che la

determinazione del soggetto o dell'oggetto dell'attribuzione si affidata al mero arbitrio del *trustee*.

In materia di liberalità il limite tra vivi all'assoluta discrezionalità sarebbe costituito dall'art. 778 c.c., che vieta il mandato con cui si attribuisce ad altri la facoltà di designare la persona del donatario o di determinare l'oggetto della donazione, salvo si tratti di persona che il terzo sceglierà tra più persone designate dal donante o appartenenti a determinate categorie, o a favore di una persona giuridica tra quelle indicate dal donante stesso ovvero la cosa sia determinata dal terzo tra più cose indicate dal donante o entro i limiti di valore dal donante stesso stabiliti. Questa disposizione sarebbe applicabile anche a un *trust* familiare, nella misura in cui si ritenga che esso dia luogo a una liberalità indiretta (ciò che avviene nella maggior parte dei casi) e che, appunto, la disposizione medesima sia applicabile anche alle liberalità indirette pur in assenza di un richiamo espresso contenuto nell'art. 809 c.c., in quanto "materiale".

Parrebbero perciò non consentire tutte le clausole che fuoriescono dal suddetto schema, con particolare riguardo a quelle attributive al *trustee* del c.d. *general power of appointment*, cioè del potere di designare quale beneficiario qualunque soggetto. Analogo discorso varrà per le clausole attributive al *trustee* del potere di individuare l'oggetto, valide anch'esse nella misura in cui il disponente abbia previsto criteri e direttive.

Considerato però che il diritto dei *trust* impone che i beneficiari siano indicati per nome o con riferimento a una categoria altrimenti il *trust* non è valido e che analogo riferimento esiste nell'art. 778 c.c., il problema dei limiti della delega è probabilmente solo teorico. Un *trust* interno che preveda che il *trustee* possa nominare chiunque al mondo (in palese violazione dell'art. 778 c.c.), oltre a essere inverosimile non rispetterebbe neppure i principi generali dei *trust* anglosassoni, perché la popolazione mondiale è una categoria così ampia da essere una "non-categoria" tale da rendere il *trust* impossibile da eseguire[28].

Ora, a prescindere dalla discussione sull'esistenza o meno di questo principio e sulla sua applicabilità anche alle liberalità indirette[29], occorre notare come taluni agganci possano rinvenirsi in altre disposizioni, apparentemente estranee al tema che stiamo affrontando.

---

[28] Lord Wilberforce in *Mc Phail c Doulton* [1971] A.C. 424.: «*so hopelessly wide as not to form 'anything like a class' so that the trust is administratively unworkable or […] one that cannot be executed*».

[29] Sul tema, da ultimo, cfr. A. DI SAPIO, Trust *a causa familiare e di solidarietà*, in *Vita not*., 2019, 699 ss.

Il riferimento è alla l. 22 dicembre 2017, n. 219, in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento. Questa legge contiene l'art. 4, il quale prevede la possibilità di indicare una persona denominata – forse non a caso – "fiduciario", il potere di decidere sulla propria vita.

Tra l'altro, già l'art. 1, comma 40, della l. 20 maggio 2016, n. 76, prevedeva che «[c]iascun convivente di fatto può designare l'altro quale suo rappresentante con *poteri pieni* o limitati: *a*) in caso di malattia che comporta incapacità di intendere e di volere, per le decisioni in materia di salute; *b*) in caso di morte, per quanto riguarda la donazione di organi, le modalità di trattamento del corpo e le celebrazioni funerarie».

Ancora. La Corte costituzionale con sentenza n. 114/2019, depositata il 10 maggio, ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 774, comma 1, primo periodo, del codice civile, sollevata dal giudice tutelare del Tribunale di Vercelli (ordinanza 19 febbraio 2018) in riferimento agli artt. 2 e 3, commi 1 e 2, Cost., nella parte in cui non prevede che siano consentite, con le forme abilitative richieste, le donazioni da parte dei beneficiari di amministrazione di sostegno (Ads).

La disposizione censurata prevede che «non possono fare donazioni coloro che non hanno la piena capacità di disporre dei propri beni».

Sintetizzando al massimo, la Corte afferma che «in assenza di esplicita disposizione da parte del giudice tutelare non possono ritenersi implicitamente applicabili divieti e limitazioni previsti dal codice civile ad altro fine». Né la disposizione censurata, né altre disposizioni del codice prevedono un divieto di donare a carico del beneficiario di Ads, che conserva la capacità di agire per tutti gli atti che non richiedono la rappresentanza o l'assistenza dell'amministratore di sostegno. Spetta quindi al giudice tutelare estendere il divieto di donare al beneficiario di amministrazione di sostegno, bilanciando esigenze protettive e autodeterminazione.

Ora, nella misura in cui si ritenga, come certo è possibile ritenere dalla lettura della sentenza, che il beneficiario possa donare un bene rappresentato dall'amministratore di sostegno e previa autorizzazione del giudice tutelare è evidente che il principio di personalità appare superabile.

Fiducia "in bianco" per decidere della propria vita vs. fiducia "limitata" per decidere le sorti del proprio patrimonio.

Una volta ritenuto ammissibile affidare al fiduciario la propria persona, anche in modo totale, pare difficile negare che il divieto di affidamento totale continui a sussistere (ammesso che sia esistito) in materia patrimoniale. Il tema merita quindi ripensamento e approfondimento.

D'altro canto, e gli studiosi della fiducia lo hanno intuito da tempo, più la fiducia è regolamentata più tradisce un sottofondo di sfiducia nella fiducia.
Ovviamente la fiducia non è solo fiducia *data*, ma anche fiducia *attesa*. C'è il rischio che la fiducia data venga disattesa. Ma è inevitabile. Con il diritto possiamo fare molto, ma forse non possiamo impedire il tradimento della fiducia data. Per converso, però, potremmo pure scoprire che se è complicato affidarsi a qualcun altro, forse è ancor più complicato sostenere il peso della fiducia ricevuta. Sono capitoli tutti ancora da scrivere.

7. (S)conclusione

Gli esempi sopra illustrati evidenziano solo alcuni degli innumerevoli problemi dai *trust*. Certo è, però, che laddove il richiamo della legge straniera, in un *trust* interno, debba essere inteso in senso *concreto* e non come mero strumento per ottenere l'effetto di separazione patrimoniale previsto dall'art. 11 Conv., l'operatore pratico, compreso il giudice, dovrebbe considerare le modalità applicative e l'interpretazione di essa quali risultanti anche dalla giurisprudenza straniera.

Rispetto alle clausole inderogabili dell'ordinamento interno occorrerà molta prudenza nella redazione dell'atto. L'esistenza di limiti interni probabilmente non consente di costituire *trusts* il cui funzionamento sia del tutto identico a quelli costituiti all'estero, specie nel Regno Unito. Basti pensare all'amplissima libertà testamentaria esistente nei paesi di *common law*, che consente di programmare la distribuzione della propria ricchezza in modo pressoché libero, rispetto alla limitata libertà esistente nel nostro ordinamento, in cui il testatore è, come abbiamo visto, quasi stretto all'angolo, impossibilitato a decidere tenendo conto delle esigenze, delle aspirazioni, dei comportamenti dei propri successibili.
L'operatore pratico italiano dovrà, quindi, fare i conti con tutti questi problemi, *verificare come i trust "impattano" con l'ordinamento interno*. Si tratta di questioni non semplici da risolvere, che impongono un attento studio e analisi della legge straniera applicabile, nella misura in cui – ribadiamo – si ritenga che i *trusts* interni siano *davvero* disciplinati dalla legge straniera.
L'analisi degli atti istitutivi di *trust* anche alla luce della giurisprudenza, che spesso ne riporta intere clausole, sembra, invece, mostrare che:
– spesso la scelta della legge regolatrice è fatta con superficialità e che a volte "*il diavolo si nasconde nei dettagli*";

– i *trust* che circolano in Italia non "funzionano" come i *trust* del modello originario;
– la legge regolatrice non è praticamente mai applicata dalla giurisprudenza, che vaglia i *trust* utilizzando categorie proprie dell'ordinamento interno, per lo più la simulazione;
– per tale ragione talvolta la giurisprudenza giunge a conclusioni inaccettabili, affermando ad esempio, in contrasto con ciò che costituisce l'uso comune dei *trust*, che un *trust* familiare è simulato perché comunque tutto "gravita" nell'ambito della famiglia del disponente[30].
Può darsi, allora, che "*trust*" e "*trust interno regolato da legge straniera*" non siano proprio la stessa cosa[31]. Risposta non semplice a darsi, per ora.

[30] In questi termini Cass. pen., 16 aprile 2015, n. 15804. Affermazione davvero sorprendente: se così fosse, verrebbe da pensare che praticamente tutti i *trusts* istituiti nel Regno Unito (ma anche altrove) sono simulati in quanto beneficiari dei medesimi sono i familiari del disponente e che pertanto affinché un *trust* sia un "*true trust*" debba essere istituito a favore di estranei! Più di recente (e più correttamente), Cass. pen., 25 luglio 2017, n. 36801, ha affermato invece che la circostanza per cui il *trust* sia a vantaggio dei familiari del disponente non è sufficiente a presumere che esso sia stato istituito per eludere norme imperative (quali, nel caso di specie, quelle che sanzionano chi sottrae fraudolentemente beni all'azione del fisco), occorrendo invece spiegare (ed è compito del giudice di merito) perché determinate clausole dell'atto avessero la portata di dimostrare la non volontà di realizzare il *trust* e di provarne la sua simulazione o addirittura la nullità.
[31] Secondo M. LUPOI, *Le ragioni della proposta dottrinale del contratto di affidamento fiduciario*, *Contr. e impr.*, 2017, 735, ciò dipende dalla precomprensione: «il ceto dei giuristi della precomprensione del *trust* vive in una propria dimensione che nulla ha da spartire né con il contratto di affidamento fiduciario né, ovviamente, con il *trust*».

Separazione patrimoniale e tutela del credito *ex* art. 2929-*bis* c.c.: la massima *nemo liberalis, nisi liberatus* e i *trust* a causa di solidarietà orizzontale e a causa familiare

Angelo Di Sapio
Notaio in Saluzzo

Il saggio analizza la relazione tra la separazione patrimoniale e la tutela del credito alla luce dell'art. 2929-*bis* c.c.
Il criterio di gratuità non è monolitico ma dev'essere coniugato a seconda dei contesti e dei rapporti in campo.
La regola *nemo liberalis, nisi liberatus* sfuma in caso di *trust* a causa di solidarietà e di *trust* a causa familiare.

*The paper scrutinises the relationship between partitioning of assets and credit protection in the light of article 2929-*bis *of the Italian Civil Code.*
The criterion of gratuitousness is not a rigid one, but requires to be assessed according to the background and the relationships on the field.
*The "*nemo liberalis nisi liberatus*" rule blurs before solidarity trust and family trust.*

Sommario: 1. A mo' di introduzione. – 2. L'orizzonte dell'art. 2929-*bis* c.c. e gli obiettivi che il legislatore si è proposto con la sua introduzione. – 3. Le novità. – 4. L'inefficacia *ex* art. 2929-*bis* c.c. quale rimedio a struttura opzionale. – 5. La massima *nemo liberalis, nisi liberatus*, i *trust* a causa di solidarietà orizzontale e quelli a causa familiare. – 5.1. Segue: Una premessa necessaria. – 5.2. Segue: I *trust* a causa di solidarietà orizzontale. – 5.3. Segue: I *trust* a causa familiare. – 5.4. Segue: Tirando le fila. – 6. Una chiosa sugli atti di destinazione a servizio di una procedura concorsuale. – 7. A mo' di sconclusione.

1. A mo' di introduzione

In questa relazione mi occuperò della separazione patrimoniale provando a passarla al setaccio della tutela del credito *ex* art. 2929-*bis* c.c., con particolare riferimento ai *trust* a causa di solidarietà orizzontale e a causa familiare[1], con l'avvertenza, per chi legge, che lo scritto, pur con aggiustamenti e qualche aggiornamento, rispecchia sostanzialmente l'immediatezza della relazione orale[2].

[1] La relazione è in continuità con un percorso di studi e di riflessioni maturate in occasione di una duplice relazione esposta al convegno organizzato dal Consiglio Notarile di Cuneo su *L'art. 2929*-bis *c.c. e il novellato art. 64 legge fall.*, tenutosi a Cuneo il 27 novembre 2015, un percorso proseguito con un arricchente dialogo con il Prof. Alberto Gianola e i colleghi all'incontro di studi organizzato sempre dal predetto Consiglio Notarile su *L'art. 2929*-bis *c.c. alla luce del disegno di legge n. 2362 di conversione del d.l. n. 59 del 2016 approvato dal Senato il 9 giugno 2016: novità e conferme*, tenutosi a Cuneo il 13 luglio 2016 e poi ulteriormente coltivato nella relazione dal titolo *L'art. 2929*-bis *c.c. dopo la legge n. 119 del 2016* presentata al convegno organizzato dal Consiglio notarile di Ancona su *Credito, garanzie e tutele nei contratti*, tenutosi ad Ancona il 25 novembre 2016.
Gli atti del convegno di Cuneo sono pubblicati nella rivista telematica DEI – *Diritto ed economia dell'Impresa*, 2, 2016, nella parte rubricata *L'art. 2929*-bis *e il novellato art. 64 l. fall.* Ivi A. DI SAPIO, *Introduzione all'art. 2929*-bis *c.c. e al novellato art. 64 l. fall.*, 209; A. CARENA, *L'art. 2929*-bis *c.c. dalla prospettiva degli interessi dei creditori e del debitore*, 264; A. GIANOLA, *L'atto gratuito rilevante*, 281; A. DI SAPIO, *L'art. 2929*-bis *c.c. dalla prospettiva della tutela dell'affidamento dei terzi*, 289; L.M. QUATTROCCHIO, *Analisi del novellato art. 64 l. fall.*, 392; G. IMBERTI, *Il novellato art. 64 l. fall. dalla prospettiva degli organi della procedura concorsuale*, 413; C. MASSA, *L'art. 2929*-bis *c.c. e il novellato art. 64 l. fall. in un quadro dei tradizionali mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale e di contrasto alla sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte*, 422; A. CARENA – A. DI SAPIO – A. GIANOLA, *L'applicazione intertemporale dell'art. 2929*-bis *c.c.*, 376, relazione, quest'ultima, rieditata in forma cartacea in *Riv. es. forz.*, 2016, 405 e fa piacere sapere che la tesi sostenuta in quest'ultimo lavoro ha trovato il favore anche di Trib. Parma, Sez. I, Cons. N. Sinisi (Pres.), S. Orani ed E. Vernizzi, [ord.] 21 dicembre 2016, proc. 37601/2016, consultabile sulla banca dati *One Legale*. A questi scritti rinvio per la bibliografia antecedente.

[2] Mettendomi nei panni di chi legge – e non più di chi ascolta – sono stato colto dalla tentazione di reimpostare questo scritto daccapo, ma ho subito desistito in quanto mi sarebbe mancato il

2. L'orizzonte dell'art. 2929-*bis* c.c. e gli obiettivi che il legislatore si è proposto con la sua introduzione

L'art. 2929-*bis* c.c. è stato introdotto dal d.l. 27 giugno 2015, n. 83, convertito in legge 6 agosto 2015, n. 132 ed è stato modificato dall'art. 4, comma 1-*bis*, della legge 30 giugno 2016, n. 119, di conversione del c.d. decreto (salva) banche 3 maggio 2016, n. 59[3]. Esso oggi così dispone: «[i]l creditore che sia pregiudicato da un atto del debitore, di costituzione di vincolo di indisponibilità o di alienazione, che ha per oggetto beni immobili o mobili iscritti in pubblici registri, compiuto a titolo gratuito successivamente al sorgere del credito, può procedere, munito di titolo esecutivo, a esecuzione forzata, ancorché non abbia preventivamente ottenuto sentenza dichiarativa di inefficacia, se trascrive il pignoramento nel termine di un anno dalla data in cui l'atto è stato trascritto. La disposizione di cui al presente comma si applica anche al creditore anteriore che, entro un anno dalla trascrizione dell'atto pregiudizievole, interviene nell'esecuzione da altri promossa [comma 1]. Quando il bene, per effetto o in conseguenza dell'atto, è stato trasferito a un terzo, il creditore promuove l'azione esecutiva nelle forme dell'espropriazione contro il terzo proprietario ed è preferito ai creditori personali di costui nella distribuzione del ricavato. Se con l'atto è stato riservato o costituito alcuno dei diritti di cui al primo comma dell'articolo 2812, il creditore pignora la cosa come libera nei confronti del proprietario. Tali diritti si estinguono con la vendita del bene e i terzi titolari sono ammessi a far valere le loro ragioni sul ricavato, con preferenza rispetto ai creditori cui i diritti sono opponibili [comma 2]. Il debitore, il terzo assoggettato a espropriazione e ogni altro interessato alla conservazione del vincolo possono proporre le opposizioni all'esecuzione di cui al titolo V del libro terzo del codice di procedura civile quando contestano la sussistenza dei presupposti di cui al primo comma o che l'atto abbia arrecato pregiudizio alle ragioni del creditore o che il debitore abbia avuto conoscenza del pregiudizio arrecato [comma 3]. L'azione esecutiva di cui al presente articolo non può esercitarsi in pregiudizio

tempo e la lena per farlo. Non avendo ancora raggiunto l'età in cui si danno buoni consigli perché non si possono più dare cattivi esempi, ho dunque deciso di lasciare il discorso come l'avevo inizialmente imbastito. Ho quindi sfruttato le note e ciò sia per offrire al lettore qualche indicazione sull'attuale panorama giurisprudenziale e dottrinale, sia per soddisfare l'eventuale curiosità dell'origine di alcuni pensieri che, come alludevo nella nota precedente, da tempo mi fanno compagnia e innaffio secondo le stagioni.

[3] Un sintetico ma penetrante regesto degli interventi in materia bancaria in M. COSTANZA, *Che banca è la tua banca?*, Editoriale n. 2 – aprile/giugno 2016, in *Libero osservatorio del diritto* [*https://lodd.it*].

dei diritti acquistati a titolo oneroso dall'avente causa del contraente immediato, salvi gli effetti della trascrizione del pignoramento [comma 4]».

Si tratta di una norma che – in uno all'art. 64, comma 2, legge fall., anch'esso introdotto dal d.l. n. 83 del 2015 e oggi "assorbito" dall'art. 163 del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, recante il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza – sembra ridisegnare i rapporti di contemperamento tra l'*interesse del creditore* e l'*interesse del debitore*[4], scompaginando alcune idee sino a qualche anno fa ben radicate.

L'art. 2929-*bis* c.c. esibisce una portata, al contempo, sostanziale *e* processuale[5]. Esso s'incastona nel recente orizzonte normativo come tassello di un più ampio mosaico.

Pensiamo ai contratti di rete tra imprese (d.l. 10 febbraio 2009, n. 5, convertito in legge 9 aprile 2009, n. 33, modificato con legge 23 luglio 2009, n. 99, d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito in legge 30 luglio 2010, n. 122, d.l. 22 giugno

---

[4] Mi esprimo in termini di «contemperamento» facendo differenza rispetto al «bilanciamento» degli interessi alla maniera di R. GUASTINI, di cui v., nell'ampia produzione, *Teoria e dogmatica delle fonti*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale A. Cicu e F. Messineo* [cont. da L. Mengoni], Milano, 1998, 228 ss.

[5] *Amplius*, s.v., A. DI SAPIO, *Introduzione all'art. 2929*-bis *c.c.*, cit., 216 ss., ove riferimenti; interloquisce, se ho ben compreso, S. PAGLIANTINI, *A proposito dell'art. 2929*-bis *c.c.: la tutela del credito tra esecuzione forzata speciale e deterrenza*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, 167, a 173 ss.

In consonanza con un'antica tradizione, pure con riferimento al nuovo rimedio, gli studiosi di diritto sostanziale e quelli di diritto processuale non sempre dialogano a sufficienza tra loro, anche se un recente scambio di opinioni – di là da una certa polemica, diciamo così, in punta di fioretto – fa ben sperare: M. BOVE, *L'applicazione dell'art. 2929*-bis *c.c. tra esercizio dell'azione esecutiva ed azioni dichiarative*, in *Riv. es. forz.*, 2017, 281, spec. 282 ss. e S. PAGLIANTINI, *Ancora sull'art. 2929*-bis *c.c. (nel canone di Mauro Bove): è vero ma … (l'opinione del civilista e la "crisi" della fattispecie*, *ibidem*, 2017, 303, spec. 304 ss.

Ma riprendiamo il filo dall'inizio. Per la portata sostanziale della novella M. DE CRISTOFARO, *La prospettiva processuale della pauliana (note sull'introduzione del nuovo art. 2929*-bis *c.c.)*, in *Nuove leggi civ.*, 431, a 448 ss. e G. OBERTO, *La revocatoria degli atti a titolo gratuito ex art. 2929*-bis *c.c.*, Torino, 2015, 34 ss. Per la sua portata processuale, oltre a M. BOVE, di cui già *Profili processuali dell'art. 2929*-bis *c.c.*, in *Riv. es. forz.*, 2016, 157, spec. 159, B. CAPPONI, di cui ora, con R. TISCINI, *Introduzione al diritto processuale civile*[2], Torino, 2018, 171, G. MICCOLIS, *Brevi riflessioni sull'art. 2929*-bis *c.c.*, in *Riv. es. forz.*, 2016, 335, a 336, R. LAI, *Atto gratuito, superfluità dell'azione revocatoria e tutela del terzo*, *Riv. es. forz.*, 2016, 349, a 362, M. CIRULLI, *Le nuove disposizioni in materia di esecuzione forzata contenute nella legge 30 giugno 2016, n. 119*, in *Judicium*, [26 luglio] 2016, al relativo sito internet, 37, V. LEONCI, nella relazione che mi ha preceduto, *La revocatoria degli atti di segregazione patrimoniale*, reperibile su *academia.edu*, § 6 e R. FRANCO, *La novella codicistica dell'art. 2929*-bis*, c.c.: tra accelerazione delle tutele creditorie e riflessioni sistematiche. Primo commento*, in *Foro nap.*, 2015, 685, a 688, 692, 693 ss., 696, 700, 702 e 704.

2012, n. 83, convertito in legge 7 agosto 2012, n. 134 e d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito in legge 17 dicembre 2012, n. 221), al *rent to buy* (art. 23 del d.l. c.d. "sblocca Italia" 12 settembre 2014, n. 133, convertito in legge 11 novembre 2014, n. 164), al prestito vitalizio ipotecario (legge 2 aprile 2015, n. 44 e Regolamento recante norme in materia di disciplina del prestito vitalizio ipotecario approvato con decreto del Ministero dello sviluppo economico 22 dicembre 2015, n. 226), alle misure per il contrasto del ritardo nei pagamenti (d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito in legge 10 novembre 2014, n. 162), ma pensiamo anche ai plurimi interventi sulla riforma del diritto societario, ai continui aggiustamenti alla legge fallimentare, al codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza e, naturalmente, all'introduzione del nuovo art. 2929-*bis* c.c. Pensiamo, ancòra, ai continui aggiustamenti del processo civile e alle recenti misure di degiurisdizionalizzazione (d.l. n. 132 del 2014). Pensiamo, infine, al pegno mobiliare possessorio e al finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato di cui agli artt. 1 e 2 del d.l. n. 59 del 2016 e, *proxime*, alla regolamentazione degli strumenti di destinazione per far fronte al [durante e] "dopo di noi" recata dalla legge 22 giugno 2016, n. 112.

Il contesto mi pare quello di un *cambio di registro dei bisogni e degli interessi*, cui corrisponde un *cambio di registro degli strumenti a nostra disposizione*. Mi sembra che si tratti di un fermento per ampi versi *valoriale*[6].

Questa mattina il Prof. Di Ciommo, nella sua relazione introduttiva, alludeva a un diritto liquido. Sono d'accordo e mi piace pensare, oltre ai noti contributi di Bauman, agli interessanti lavori di Quiroz Vitale e di Mancuso[7].

Questo è l'orizzonte. Gli obiettivi che il legislatore ha declamato voler perseguire sono enunciati nella relazione di accompagnamento al disegno di legge n. 3201, da cui nasce il d.l. n. 83 del 2015.

La relazione ci dice che con l'art. 2929-*bis* c.c. si è mirato a conseguire due benefici:

(i) un beneficio per il ceto creditorio, che consiste nella «riduzione di tempi e costi necessari al realizzo coattivo del credito»;

(ii) un beneficio per l'amministrazione della giustizia, che consiste nella «possibile riduzione di contenzioso, in ragione dell'eventualità che il debitore o [il] terzo assoggettato a esecuzione non proponga opposizione».

---

[6] Per le necessarie precisazioni v., s.v., A. DI SAPIO, *Introduzione all'art. 2929-*bis *c.c.*, cit., 212 s. (nt. 6), ove richiami bibliografici.

[7] M.A. QUIROZ VITALE, *Il diritto liquido*, Milano, 2012 e S. MANCUSO, *Liquidità e comparazione*, Pisa, 2018.

Si tratta, dunque, non solo di un *favor creditoris*, ma anche e, al contempo, di una semplificazione e di una accelerazione della realizzazione del credito e di una riduzione di costi di giustizia gravanti sulla collettività[8]. La contiguità con la riforma del processo civile è evidente. Ciò che si è voluto perseguire è quindi una *più rapida e meno onerosa definizione delle controversie*. Questa considerazione – insieme ad altre su cui non è qui possibile attardarsi – mi porta a ritenere che il rimedio *ex* art. 2929-*bis* c.c. punta alla *velocizzazione della realizzazione del credito* e non alla *«conservazione della garanzia patrimoniale»*[9]. È un perno di snodo molto importante, in quanto, abbracciata questa traiettoria, può dirsi che il nuovo strumento semplificato ha funzione di *rimediare all'inadempimento*, piuttosto che di *reintegrare la «garanzia patrimoniale» con ripristino della situazione precedente*. Il legislatore della novella *cambia il piano della tutela dell'interesse del creditore* e passa, per dirla con le parole degli studiosi dei rimedi ordinari[10], da una tutela del c.d. *danno revocatorio* a una tutela del c.d. *danno da inadempimento*[11]. È così riconosciuto al creditore, in funzione dell'interesse alla soddisfazione del credito, una sorta di *diritto di séguito* o, se si preferisce, una sorta di *effetto trascinamento* dei beni oggetto di vincoli di indisponibilità o di alienazioni a titolo gratuito[12].

3. Le novità

Il legislatore del 2015 – uso ancora il sillabario della relazione al disegno di legge n. 3201 – ha deciso di introdurre una «presunzione di frode». Una presunzione *iuris tantum* da cui consegue una «inversione dell'onere della prova» inedita in campo civile[13].

---

[8] Se ne avvede C. DORE jr., *La tutela del creditore* ex *art. 2929*-bis *c.c.: il legislatore combatte la "crisi economica" aprendo la "crisi degli istituti"?*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1155, a 1157 e 1160.

[9] Così invece una buona parte dei primi commentatori e v., ad esempio, G. OBERTO, *La revocatoria* ..., cit., 6 e R. LAI, *Atto gratuito,* ..., cit., 352 e 359 ss.

[10] A. BREGOLI, *Effetti e natura della revocatoria*, Milano, 2001, 34 ss. e 74 ss.
Sulla prospettiva rimediale dell'inefficacia *ex* art. 2929-*bis* c.c. v. l'apprezzabile e ben documentata analisi di A. SCOTTI, *La cd. "revocatoria semplificata"* ex *artt. 2929*-bis *c.c. e 64, ultimo comma, l. fall., tra crisi della fattispecie e prospettiva dei rimedi*, in *Riv. dir. comm.*, 2016, 481 (saggio consultato, per estratto, tramite il NILDE), spec. § 7.

[11] Converge ora S. PAGLIANTINI, *A proposito dell'art. 2929*-bis *c.c.* ..., cit., 172.

[12] Su una piattaforma analoga S. PAGLIANTINI, di cui, *proxime*, *Ancora sull'art. 2929*-bis *c.c.*, cit., 306.

[13] Un'approfondita trattazione di questa inconsueta presunzione di frode dal punto di vista storico è offerta da G. OBERTO, *La revocatoria* ..., cit., 149 ss., ove una sapiente messa a punto

Caliamo questa novità nella separazione patrimoniale, che è il tema di oggi. Un dato balza agli occhi. Spunta un uroboro: sì, la figura, comune a molte culture antiche, di un serpente raffigurato in tondo con la testa che morde la coda. Dico questo perché

– da un lato, abbiamo l'inversione dell'onere della prova introdotta dall'art. 2929-*bis* c.c.,

– d'altro lato, abbiamo, però, l'art. 2645-*ter* c.c., che, in contrappunto con quanto disposto dall'art. 170 c.c., ci dice che è onere del creditore provare che il debito per la cui realizzazione agisce rientra tra quelli contratti per lo scopo di destinazione[14].

La novità più importante introdotta con l'art. 2929-*bis* c.c. sta qui: alle condizioni

---

delle fonti del brocardo *decoctor, ergo fraudator, con la sua variante fallitus, ergo fraudator*, comunemente attribuiti a Baldo degli Ubaldi. Notizie interessanti anche in J. SOURDOIS, *Étude sur la règle* Nemo liberalis nisi liberatus, Bordeaux, 1906, 38 ss. e 155 ss.

[14] Il flusso è dunque inverso. Semplifico: nel caso di cui all'art. 2645-*ter* c.c. il flusso è "creditore -> debitore", nel caso di cui all'art. 2929-*bis* c.c. è "debitore -> creditore" e per maggiori notizie v., s.v., A. DI SAPIO, *Introduzione all'art. 2929*-bis *c.c.*, cit., 222 ss.

La dottrina non distingue a seconda che il creditore abbia acquisito le proprie ragioni in forza di un atto a titolo oneroso o in forza di legge oppure in forza di un atto a titolo gratuito e v., per tutti, A. MONDINI, *L'art. 2929*-bis*, c.c., ("espropriazione di beni oggetto di vincoli di indisponibilità o di alienazioni a titolo gratuito"): spunti di carattere processuale*, in *Judicium*, [28 agosto] 2017, al relativo sito internet, § II.1.

L'equiparazione continua a non persuadermi. Mi pare infatti che il creditore che ha acquisito il suo diritto di credito in forza di un atto a titolo gratuito si trovi sostanzialmente nella medesima posizione dell'avente causa a titolo gratuito dal debitore e ciò mi fa dubitare dell'applicabilità (in tal caso) dell'art. 2929-*bis* c.c.

Chiarisco: con quest'osservazione desidero aprire un dialogo e, dunque, a poco varrebbe una replica assertiva del tipo che in tema di revocatoria ordinaria non si è mai vagliata la natura del credito e che, tanto per ammantare la replica con il frasario di A. BUTERA, *Della frode e della simulazione*, I, *Dell'azione pauliana o revocatoria*, Torino, 1934, 461, «[i]ndifferente è […] la causa dalla quale discende il credito tutelabile con la pauliana», sicché, come osservò F. LAURENT, *Principii di diritto civile*[2], Milano, 1907, v. XVI, § 457, 409, «[q]ualunque creditore può dunque intentare l'azione pauliana». Mi pare infatti che occorra non trascurare le differenze (non solo strutturali, ma soprattutto) funzionali tra il rimedio qui in esame e la revocatoria: cambia ragionare sui creditori legittimati a esercitare l'azione esecutiva o, piuttosto, sui creditori (tutti) assistiti dalla garanzia patrimoniale, come ben s'avvede, in linea generale, A. SCOTTI, *La cd. "revocatoria semplificata" ...*, cit., § 3; ma, soprattutto, cambia essere dinanzi a un rimedio diretto o strumentale, intendo dinanzi a un rimedio satisfattivo (ossia diretto alla realizzazione del credito) o, piuttosto, conservativo (ossia volto alla "conservazione della garanzia patrimoniale"), distinguo su cui concorda anche A. MONDINI, *L'art. 2929*-bis*, c.c.*, ..., cit., § III.4. Avevo già affacciato questa lettura, che frequenta il luogo argomentativo della c.d. dissociazione, ne *L'art. 2929*-bis *c.c. dalla prospettiva della tutela dell'affidamento*, cit., 352 e fertilizzo così la mia cocciutaggine.

ivi previste non è più il creditore che – pur tramite tutte le presunzioni accreditate in giurisprudenza – deve agire provando l'*eventus damni* e la *scientia fraudis*, ma è il debitore che deve contestare la sussistenza dei presupposti di legge, il pregiudizio arrecato alle ragioni del creditore e la propria conoscenza (al momento dell'atto) di tale pregiudizio[15].

Guardiamo bene. Quel che abbiamo fin qui chiamato «inversione dell'onere della prova» è, verosimilmente, un fenomeno che attua *una inversione dell'iniziativa processuale*[16].

[15] Il punto non è pacifico. Nel senso del testo si esprime l'indirizzo che riscuote maggiori consensi e v. A. PROTO PISANI, *Profili processuali dell'art. 2929*-bis *c.c.*, in *Foro it.*, 2016, V, 136, a 138, B. CAPPONI, *Qualche sparsa osservazione sull'art. 2929*-bis *c.c. "ripensato" nell'estate 2016*, in *Riv. es. forz.*, 2016, 619, a 621 ss. (ove le necessarie precisazioni a seguito della riscrittura del comma 3 da parte della novella del 2016), M. BIANCA, *Il nuovo art. 2929*-bis *del codice civile. Riflessioni sparse sulla tutela dei creditori contro atti abusivi*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1135, a 1136 e 1147 ss., G. D'AMICO, *L'Atto di destinazione (a dieci anni dall'introduzione dell'art. 2645*-ter*)*, in *Riv. dir. priv.*, 2016, 7, a 29 ss., P. GALLO, *Commento all'art. 2929*-bis *c.c.*, nel *Commentario del codice civile* diretto da E. Gabrielli, *Della tutela dei diritti, artt. 2907-2969*, Torino, 2016, consultato *on line*, § 3, C. PERAGO, *La nuova fattispecie legislativa di espropriazione contro il terzo proprietario: l'art. 2929*-bis *c.c.*, in *Foro it.*, 2019, V, 162, spec. 165 s., G. OBERTO, *La revocatoria ...*, cit., 29 ss., A. MONDINI, *L'art. 2929*-bis*, c.c.*, ..., cit., § III.6 e P. PARLATI, *La revocatoria semplificata ex art. 2929*-bis *c.c.*, in AA.VV., *Orientamenti e questioni di diritto commerciale e fallimentare*, Atti del convegno di Milano 10 marzo 2017, nei *Quaderni di Notariato*, 39, Milano, 2017, 93, a 95.

Nel diverso senso che, in caso di opposizione, l'onere probatorio grava sul creditore che avrebbe dovuto sopportarlo se si fosse celebrato il momento cognitivo v., però, M. BOVE, *Profili processuali dell'art. 2929*-bis *c.c.*, cit., 167 ss., C. CARIGLIA, *La distribuzione degli oneri della prova nei giudizi di opposizione* ex *artt. 615 e 619 c.p.c. all'azione esecutiva intrapresa dal creditore ai sensi dell'art. 2929*-bis *c.c.*, in S. PATTI (a cura di), *Onere della prova*, in *Giur. it.*, 2018, 2581, G. MICCOLIS, *Brevi riflessioni sull'art. 2929*-bis *c.c.*, cit., 337 ss. (nt. 8), S. PAGLIANTINI, *A proposito dell'art. 2929*-bis *c.c.*, cit., 182 e già A. TEDOLDI, *Le novità in materia di esecuzione forzata nel d.l. n. 83 del 2015 … in attesa della prossima puntata …*, in *Corr. giur.*, 2016, 153, a 155 e 159 ed E. CAVUOTO, *L'espropriazione di beni oggetto di vincoli di indisponibilità o di alienazioni a titolo gratuito*, in *Giusto proc. civ.*, 2015, 1171, a 1186; con riferimento al terzo avente causa, R. LAI, *Atto gratuito, ...*, cit., 374 ss., M. CIRULLI, *Le nuove disposizioni in materia di esecuzione forzata ...*, cit., 34 ss. e v.ne anche, più recentemente, *Diritto e processo nell'art. 2929*-bis *c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, 941, spec. 953 ss. e 963 ss. e F. OLIVERO, *La revocatoria "semplificata" degli atti gratuiti: profili problematici*, in *Nuove leggi civ.*, 2016, 1181, a 1218 ss., segn. 1221.

[16] Convergono, seppur con le divergenze segnalate nella nt. precedente, M. BOVE, *L'applicazione dell'art. 2929*-bis, cit., 288, S. PAGLIANTINI, *A proposito dell'art. 2929*-bis *c.c.*, cit., 182, A. TEDOLDI, *Le novità in materia di esecuzione forzata*, cit., 155 e C. PERAGO, *La nuova fattispecie legislativa di espropriazione ...*, cit., 166; v. pure F. DELFINI, *La fattispecie dell'art. 2929*-bis *c.c.: profili civilistici*, in *Contratti*, 2017, 103, a 107 e A. FEDERICO, *Alienazioni a titolo gratuito e tutela dei creditori* ex *art. 2929*-bis *c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, 784, a 792 ss.

Il creditore pregiudicato da un atto del debitore compiuto a titolo gratuito successivamente al sorgere del credito può procedere direttamente a esecuzione forzata sui beni trasferiti a terzi o vincolati a titolo gratuito. Cade, quindi, la pregiudiziale cognitiva[17]. Insomma, non è più necessario l'accertamento dei presupposti cui la legge subordina l'inefficacia degli atti compiuti dal debitore, ma all'esercizio dell'azione esecutiva mediante (notifica e successiva) trascrizione del pignoramento il debitore può reagire proponendo opposizione. L'opposizione del debitore è tuttavia una *fase meramente eventuale*, che, per giunta, non sospende automaticamente l'esecuzione[18]. Se manca l'opposizione (o se il debitore non ottiene la conversione del pignoramento) si va direttamente alla vendita forzata dei beni.
La tara: *se non è proposta opposizione all'esecuzione, il pignoramento rimpiazza l'accertamento del giudice; se è proposta opposizione, il debitore assume il ruolo di attore e il creditore assume il ruolo di convenuto*[19].

4. L'inefficacia *ex* art. 2929-*bis* c.c. quale rimedio a struttura opzionale

L'art. 2929-*bis* c.c., lo accennavo prima, è espressione di una precisa scelta di tutela del credito nei confronti di un atto pregiudizievole. Costituisce – per usare

[17] I processualisti parlano di «tecnica [legislativa] del *bypass*»: B. CAPPONI, *Prime impressioni sugli aspetti processuali dell'art. 2929-*bis *c.c. (la tecnica del bypass applicata all'esecuzione forzata)*, in *Riv. es. forz.*, 2016, 59. In arg. v. pure G. MICCOLIS, *Brevi riflessioni sull'art. 2929-*bis *c.c.*, cit., 337 e 348, A. PALAZZO, *Art. 2929-*bis *c.c. e livello di stabilità degli atti gratuiti*, in *Libero osservatorio del diritto* [*https://lodd.it*], 2016, III, 1, M. DE CRISTOFARO, *La prospettiva processuale della pauliana* ..., cit., 440 ss. e 446, che parla di «pignoramento immediato per saltum»; tra i notai, *proxime*, D. DAMIANO, *Atti dispositivi di beni in fondo patrimoniale e revocatoria semplificata* ex *art. 2929-*bis *c.c.*, in *Notariato*, 2018, 517 a 523.
[18] Lo ribadisce, senza sbavature, Trib. Ferrara – G.E., [ord.] 29 settembre 2015, in *Foro it.*, 2016, I, 2265, con nota di richiami di A. MONDINI.
Più ampi riferimenti, specie con riguardo all'acquisto del terzo avente causa a titolo gratuito, in A. DI SAPIO, *Introduzione all'art. 2929-*bis *c.c.* ..., cit., 232 ss.: alla bibliografia ivi menzionata *adde* A. PROTO PISANI, *Profili processuali dell'art. 2929-*bis *c.c.*, cit., 138, M. DE CRISTOFARO, *La prospettiva processuale della pauliana* ..., cit., 443 (nt. 36), C. PERAGO, *La nuova fattispecie legislativa di espropriazione* ..., cit., 164 ss. ed E. ASTUNI, *Appunti sull'azione esecutiva speciale* ex *art. 2929-*bis*, c.c.*, in *Libero osservatorio del diritto* [*https://lodd.it*], 2016, II, 67, a 72 ss. e, in senso critico, con distinzioni, M. BOVE., di cui, recentemente, *L'applicazione dell'art. 2929-*bis *c.c.* ..., cit., 299 ss. ed E. CAVUOTO, *L'espropriazione di beni oggetto di vincoli di indisponibilità* ..., cit., 1185 ss.
[19] A. CARENA, *L'art. 2929-*bis ..., cit., 278 ss., precisa che «la pronuncia sull'opposizione ha natura non già di accertamento dell'inefficacia, su domanda proposta dall'attore, bensì di accertamento dell'efficacia, su domanda proposta dal debitore opponente».

un'espressione d'oltremanica – una *cura contro il torto*[20]. Gravita nell'area della *inopponibilità* e *inefficacia*, non nell'area della *nullità*[21]. L'inefficacia revocatoria, di regola, avvantaggia solo il creditore procedente: la sua struttura è a "porta chiusa"; la nullità avvantaggia tutti i creditori: la sua struttura è "a porta aperta"[22]. L'inefficacia *ex* art. 2929-*bis* c.c. avvantaggia invece anche il creditore anteriore che, entro un anno dalla trascrizione dell'atto pregiudizievole, sia intervenuto nell'esecuzione da altri promossa ai sensi del relativo comma 1: una sorta di struttura "*revolving door*"[23].
L'inefficacia *ex* art. 2929-*bis* dipende da una scelta del creditore che si esercita mediante (notifica e successiva) trascrizione del pignoramento: è, dunque, a *effetto opzionale*[24]. Il termine di un anno è decadenziale: incide sugli effetti dell'atto e, tenuto conto della sua portata (anche) sostanziale, non è soggetto a sospensione feriale[25].

5. La massima *nemo liberalis, nisi liberatus*, i *trust* a causa di solidarietà orizzontale e quelli a causa familiare

Siamo alla tipologia di atti nei cui confronti opera l'art. 2929-*bis* c.c.
L'art. 2929-*bis* c.c. fa riferimento agli atti a titolo gratuito. Per gli atti a titolo oneroso continuano a operare esclusivamente le regole tradizionali, revocatoria ordinaria *in primis*.

---

[20] F.L. LAWSON, *Remedies of English law*[2], Londra, 1980, *passim*.
[21] Per una prima presa di contatto con l'argomento v. R. SACCO, *Il contratto invalido*, in ID. e G. DE NOVA, *Il contratto*[4], Torino, 2016, 1455 ss. (a 1478 ss. un paragrafo la cui lettura tornerà utile nel prosieguo).
[22] Sulla struttura a "porte chiuse" della revocatoria, declinandola dall'elaborazione in tema di sequestro conservativo, v. M. DE CRISTOFARO, *La prospettiva processuale della pauliana* ..., cit., 437 ss.
[23] In arg. v. pure A. TEDOLDI, *Le novità in materia di esecuzione forzata nel d.l. n. 83 del 2015* …, cit., 158.
[24] R. SACCO, *La parte generale del diritto civile*, 1, *Il fatto, l'atto, il negozio*, nel *Trattato di diritto civile* diretto dal medesimo A., Torino, 2005, *passim*, in part. 46 ss. (ragguardevole recens. di A. GUARNERI, in *Riv. dir. civ*., 2007, II, 547, segn. 552 ss.).
Sul nostro specifico tema v., s.v., più diffusamente A. DI SAPIO, *Introduzione all'art. 2929*-bis *c.c*., cit., 237 ss.: si allineano G. MARCHETTI, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, Milano-Padova, 2017, 201 e, muovendosi su un'architettura concettuale tradizionale, M. CIRULLI, *Diritto e processo nell'art. 2929*-bis *c.c*., cit., 950.
[25] Sulla natura decadenziale c'è uniformità di vedute, non invece sulla sospensione feriale: nel senso del testo A. TEDOLDI, *Le novità in materia di esecuzione forzata nel d.l. n. 83 del 2015* …, cit., 156, ma cfr., ascrivendo al termine natura processuale, M. CIRULLI, *Le nuove disposizioni*

L'art. 2929-*bis* c.c. risponde alla regola per cui *nessuna donazione può essere compiuta a spese dei proprî creditori*.
È una regola non scritta, ma operativa. È una regola nascosta, latente, ma attiva nei sistemi che hanno risentito di condizionamenti romanistici. Dice la massima, levigata da una sapienza secolare, *nemo liberalis, nisi liberatus*[26]: se

in materia di esecuzione forzata ..., cit., 38.

[26] La portata della massima è approfondita da J. SOURDOIS, *Étude sur la règle* Nemo liberalis nisi liberatus, cit., D. RUBINO, *La massima «*nemo liberalis nisi liberatus*» nel diritto successorio del nuovo codice civile*, in *Riv. dir. civ*., 1941, 14 e C. SELLIER, *De l'adage:* Nemo liberalis nisi liberatus, s. ed. e loc., 1949; per un tempo meno recente F. LAURENT, *Principii di diritto civile*[2], Milano, 1907, v. X, § 60, 52 s., C. LOSANA, *Le disposizioni comuni alle successioni legittime e testamentarie secondo il Codice civile italiano*, Torino, 1911, 558, E. PACIFICI-MAZZONI, *Trattato delle successioni*[2], Firenze, 1884, v. V, 471 ss., R.-T. TROPLONG, *Delle donazioni tra vivi e de' testamenti*, Palermo, 1856, v. II, § 1985 e 1987, 419 s., G. DEMOLOMBE, *Corso del codice civile*, Napoli, 1859, t. VIII, § 295, 123, C.-A. AUBRY e F.-C. RAU, traduzione, revisione e implementazione del *Corso di diritto civile francese* per C.S. ZACHARIÆ, tradotto dal tedesco sulla 5ª ed. (1839), Napoli, 1868, t. III, § 722, 136 (testo e nt. 22), C. J. DE FERRUÈRE, A. J. MASSÉ e A. ASCONA, *Il nuovo perfetto notajo o La scienza de notaj*, t. II, Milano, 1810, 78, ma soprattutto J. GRENIER, *Trattato delle donazioni, de' testamenti e di ogni altra disposizione a titolo gratuito secondo i principi del codice civile*, Napoli, 1843, v. II, § 93, 136 ss., che elaborò un passo di R.J. POTHIER, tratto da le *Coutumes des duché, bailliage et prévôté d'Orleans, et ressorts d'Iceux,* Orleans, 1760, t. II, Titre XV, *Des Donations faites entre vies & en mariage*, § 65, 438 e poi G. DOMAT, [1689] *Le leggi civili disposte nel loro naturale ordine*, Pavia, t. IX, 1831, 53.

La massima, osservava D. RUBINO, op. cit., 18, costituisce, a sua volta, applicazione della massima per cui nel conflitto tra *qui certat de damno vitando* e *qui certat de lucro captando* è preferito chi rischia di subire un danno, la quale ultima però «costituisce solo una tendenza legislativa, che magari fornisce la *ratio* di singole norme, ma fuor di questi casi specifici non può essere invocata per decidere solo in base ad essa della disciplina di una ipotesi» e in ordine a essa v. già G. VOET, [1698] *Commento alle pandette*, Venezia, 1839, v. V, 662.
All'interno del nostro quadrante si rifanno alla massima *nemo liberalis, nisi liberatus* G. OBERTO, *La revocatoria* ..., cit., 148 ss., spec. 151, S. PAGLIANTINI, *A proposito dell'art. 2929-*bis *c.c.* ..., cit., 180 ss. e F. TASSINARI, *L'espropriazione di beni oggetto di vincoli di indisponibilità o di alienazioni a titolo gratuito e l'acquisizione al fallimento dei beni oggetto di atti a titolo gratuito ai sensi dell'art. 64 primo comma legge fallimentare*, relazione al convegno *Insignum* tenutosi a Santa Margherita Ligure il 4 e 5 settembre 2015, 4 e 7 (dal *paper*). La pertinenza della massima con riferimento alla pauliana è invece controversa: in senso critico si era pronunciato D. RUBINO, op. cit., 18, per via di quel, diciamo così, supplemento di fattispecie relativo allo stato soggettivo del debitore (*consilum fraudis*) richiesto dall'art. 2901 c.c. rispetto alla situazione meramente oggettiva delineata dalla massima in esame, che l'A., proprio perciò, restringeva alla materia successoria; ma cfr. J. SOURDOIS, *Étude sur la règle* Nemo liberalis nisi liberatus, cit., 17 ss. e, soprattutto, 38 ss., ove una persuasiva analisi del dispiegarsi della massima in materia fallimentare (il raccordo tra l'art. 446 del codice di commercio francese analizzato in quest'opera e gli artt. 64, comma 1, legge fall. e 163, comma 1, del codice della crisi d'impresa è d'immediata percezione).

ne scorgono tracce negli artt. 495, comma 2, 499, comma 3, 513 e 514 c.c.[27]
La massima allude alle *liberalità*. L'art. 2929-*bis* c.c. – al pari degli artt. 64, comma 1, legge fall. e 163, comma 1, del codice della crisi d'impresa, ma anche dell'art. 2901 c.c. – si riferisce, invece, agli *atti a titolo gratuito*, che è, notoriamente, una categoria più ampia, la quale, nella ricostruzione giurisprudenziale corrente, si identifica – lo dico con una formula sbrigativa – negli atti privi di corrispettivo[28].

Più diffusamente, s.v., A. DI SAPIO, *Introduzione all'art. 2929*-bis ..., cit., 251 ss. e *L'art. 2929*-bis *c.c. dalla prospettiva della tutela dell'affidamento*, cit., 301, 325 ss. e 334 ss.

[27] Alcuni interpreti sono inclini a ricavarvi un principio di diritto, piuttosto che registrare una *regula iuris* trasversale, come invece riterrei.
Siamo alle solite. Il nodo può essere sciolto soltanto attraverso un accordo su ciò che intendiamo per «principio di diritto» e per «*regula iuris*». Sui miei scaffali i testi di riferimento sono quelli di R. DWORKING, [1977] *I diritti presi sul serio*, trad. it. F. Oriana, Bologna, 1982, *passim* e così, tra l'altro, 96 ss. e di G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 147 ss., cui è appoggiato l'ottimo lavoro di B. KOSKO, [1993] *Il* fuzzy-*pensiero*, trad. it. A, Lupoli, Milano, 1999, 13 s., 19 ss., 37 ss., 209 ss. e 303 ss.; si mettono anche in mostra, seppur con metodologie e conclusioni differenti, i testi di R. GUASTINI, di cui, *proxime*, *Saggi scettici sull'interpretazione*, Torino, 2017, 143 ss. e i classici di G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale A. Cicu e F. Messineo* [cont. da L. Mengoni], Milano, 1980, 334 ss. e 382 ss. e di E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*[2], Milano, 1971, 305 ss., segn. 316.
Si potrebbe poi ipotizzare che la massima *nemo liberalis, nisi liberatus* rientri tra i *principia*, il cui distinguo rispetto ai principî e alle *regulae* è stato messo in chiaro da M. LUPOI, di cui v. *Trusts*[2], Milano, 2001, 15 ss. e, in più ampio raggio, Principii, «*regulae*», «*principia*», in M. BESSONE (a cura di), *Diritto giurisprudenziale*, Torino, 1996, 37. Ma temo che neanche questa classificazione possa funzionare molto bene dal momento che la nostra massima sembrerebbe presupporre una fattispecie specifica e v. anche D. RUBINO, *La massima …*, cit., 18, sebbene restringendola, come accennavo, alla materia successoria.

[28] La riferita ricostruzione giurisprudenziale – pur con le sue analisi caso per caso e con le correlative differenze a seconda dell'interesse concreto perseguito, alla fin dei conti – si muove nel solco della dottrina tradizionale, che dà rilevanza causale o funzionale al distinguo tra atti gratuiti e onerosi: E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*[3], Torino, 1960, 318 e 322, L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, s.d., 225 ss. e F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*[9], Napoli, 1989, 224 ss.
È stata avanzata una lettura diversa che sgancia l'onerosità dal (presupposto del) la corrispettività, cogliendo alcuni malintesi sorti già sull'art. 1101 del Codice Pisanelli, i cui precedenti sono rintracciabili negli artt. 1192 del Codice Albertino e 1144 del Codice Estense. Per questa lettura l'onerosità attiene alla qualità dell'acquisto, mentre la corrispettività (il cui dato caratteristico è lo scambio, da intendersi in senso giuridico e non economico) attiene alla qualità dell'atto. Gratuità e onerosità sono espressione di una valutazione economica del fatto e dunque di una valutazione patrimoniale dell'assetto degli interessi, che serve a integrare la disciplina dell'atto, non già a identificarlo. Il distinguo è così collocato sul piano del sacrificio economico affrontato e del nesso fra le attribuzioni, non già sul piano causale o funzionale, come dimostrano i contratti di trasporto, mandato e mutuo la cui causa non è alterata dal carattere gratuito od oneroso. In questa prospettiva,

Tra gli atti privi di corrispettivo sono inclusi i *trust* a causa di solidarietà[29] o,

ben potrebbe darsi un contratto oneroso che non sia corrispettivo, e ciò accade, ad esempio, quando [si pensi alla donazione mista e a quella modale] il vantaggio patrimoniale è collegato a un sacrificio di valore tale da essere comparabile con il valore dell'utilità conseguita pur non essendo a essa reciproca: G. BISCONTINI, di cui v. *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti*, Napoli-Roma,1984, 24 ss., 34 ss., 40 ss., 44 ss., 50 ss., 60 ss. e 69 ss., 159 ss. e 174 ss. e, più recentemente, l'*Introduzione* a ID. e B. MARUCCI (a cura di), *Le liberalità alle soglie del terzo millennio*, Napoli-Roma, 2003, 5.

Sintonizzano la lettura dell'art. 2929-*bis* c.c. su quest'ultima lunghezza d'onda B. GRASSO, *Gratuità dell'atto di alienazione e art. 2929*-bis, *c.c.*, in *Libero osservatorio del diritto* [*https://lodd.it*], 2016, II, 76, a 77 ss., B. BORRILLO, *Il nuovo art. 2929*-bis *c.c.: le tutele del creditore e del debitore a confronto*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, 7, a 18 ss. (ove accorte precisazioni operazionali) e L. CROTTI, *Azione esecutiva sui beni oggetto di vincoli di indisponibilità o di alienazioni a titolo gratuito (art. 2929*-bis*)*, in *Contr. e impr.*, 2018, 358, a 370.

Sollecita invece un'interpretazione dell'art. 2929-*bis* c.c. in chiave causalistica, ma molto lontana dal concetto bettiano, da accostare invece a quello di giustificazione dello spostamento patrimoniale e, in sostanza, di *consideration* nel *common law*, F. DELFINI, *La fattispecie dell'art. 2929*-bis *c.c.* ..., cit., 104.

Il rischio di trasporre nozioni generali in tema di rapporti fra l'interesse del debitore e quello del creditore era tuttavia già stato messo in risalto in modo eccellente da R. NICOLÒ, *Dei mezzi della conservazione della garanzia patrimoniale. Dell'azione surrogatoria. Dell'azione revocatoria*, nel *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Art. 2900-2901, Bologna-Roma, 1953, 238, rifacendosi, a proposito della revocatoria ordinaria, al vantaggio patrimoniale che attraverso l'atto può derivare al debitore, quale conseguenza diretta e non, però, quale effetto sperato o indiretto: che è un approccio pensoso su cui val la pena di riflettere sin d'ora.

[29] Sui negozi a causa di solidarietà circolano opinioni contrastanti.

Li distinguono da quelli a causa liberale in considerazione dell'interesse collettivo o generale cui rispondono, con differenze, N. LIPARI, *«Spirito di liberalità» e «spirito di solidarietà»*, negli *Studi in onore di Pietro Rescigno*, II, Milano, 1998, 417, P. MOROZZO DELLA ROCCA, di cui *Gratuità, liberalità e solidarietà*, Milano, 1998, 121 ss., 148 ss., 152 ss., 184 ss., 192 ss. e soprattutto 213 ss. e *Atti gratuiti e negozi con scopo di solidarietà*, in G. BISCONTINI – B. MARUCCI (a cura di), *Le liberalità alle soglie del terzo millennio*, cit., 76, spec. 82 ss., G. CONTE, *Gratuità, liberalità, donazione*, in BONILINI (diretto da), *La donazione, Trattato*, Torino, 2001, 1, a 42 ss., A. GALASSO – S. MAZZARESE, *La gratuità come principio*, in IID. (a cura di), *Il principio di gratuità*, Milano, 2008, 1, spec. a 3 ss., 6 ss., 13 ss., 37 e 46 ss. e del secondo A. v. pure *Invito* beneficium non datur*: gratuità del titolo e volontà di ricevere l'attribuzione*, *ibidem*, 51, a 166, 183 ss. e 188 ss., C. MALTESE, *Gratuità e volontariato*, *ibidem*, 257, a 262; v. altresì le riflessioni di ampio respiro proposte da N. IRTI, *Concetto giuridico di mercato e dovere di solidarietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 185, a 187. Spunti in questo senso possono trarsi dalla fondamentale pronuncia di Corte cost., 28 febbraio 1992, n. 75, in *Foro it.*, 1992, I, 2578: nel profluvio di commenti dedicati a essa trovo molto pregevole quello, in più ampia cornice, di S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014, 44 ss.

Va tuttavia riconosciuto che il filone investigativo che ravvisa un'omogeneità tra i modelli è ancora robusto e v. G. OPPO, [1997] *La prestazione in adempimento di un dovere non giuridico (cinquant'anni dopo)*, ora in ID., *Scritti giuridici*, VI, Padova, 2000, 117, a 129 ss., A. CATAUDELLA, *La donazione*, nel *Trattato di diritto privato* diretto da Bessone, *Successioni e*

come mi piace pensare, a causa di solidarietà orizzontale[30]. Sono inclusi inoltre i *trust* a causa familiare[31].

---

donazioni, V, Torino, 2005, 20 ss., F. ANGELONI, *Liberalità e solidarietà*, Padova, 1994, 281 ss. e già, con altro percorso, G. GORLA, *Il contratto*, Milano, 1954, I, 147 ss., spec. 152 s.; in giurisprudenza, Trib. Genova – G.T., [decr.] 10 dicembre 2018, in *Vita not*., 2019, 733 e in *Trusts e attività fiduciarie*, 2019, 542.

Discerne a seconda della prestazione e delle peculiarità dell'atto G.B. FERRI, [1999-2000] *Dall'intento liberale al cosiddetto impegno etico e superetico: ovvero dell'economia della bontà*, ora in ID., *Dall'economia della bontà all'economia del dolore*, Padova, 2005, 9, spec. 128 ss. e segn. 131, di cui v. altresì *La gratuità dalla teoria generale alle discipline di settore*, in A. GALASSO – S. MAZZARESE, *La gratuità come principio*, cit., 463, segn. 465. Differenze più marcate fra le due tipologie di atti in R. SACCO, *La qualificazione*, in ID. e G. DE NOVA, *Il contratto*[4], cit., 1401, a 1438 ss., del quale v. inoltre *La causa*, *ibidem*, 781, a 809 ss.: a questo A. si deve lo spunto di valorizzare la figura di cui all'art. 41 c.c. Lo spunto è stato scandagliato da A. GIANOLA, in *Atto gratuito, atto liberale*, Milano, 2002, 195 ss.: il suo è un tracciato *in progress* e v.ne, più recentemente, la voce *Atti liberali non donativi*, 57 e 61 ss. e 65 ss., *Il volontariato*, in DEI – *Diritto ed economia dell'Impresa*, 2018, 700 e, soprattutto, *Il volontariato, causa del negozio?*, in corso di pubblicazione nella *Riv. dir. civ.*, il quale ora conclude nel senso che la promessa del volontario non configura una valida sottoscrizione ai sensi dell'art. 41 c.c., ritenendo piuttosto che costituisca una liberalità: la causa di volontariato non esisterebbe; il fine di solidarietà che connota il volontariato integrerebbe il motivo di atti liberali.

Il tema ha una portata multidiscplinare. Di esso si occupano da parecchi lustri anche l'antropologia e la filosofia che hanno messo a nudo l'operosità [e anche qualche disagio] del civilista – e più in generale dello *iuris-consultus* avrebbe detto probabilmente R. VON JHERING, di cui v. le osservazioni dedicate all'argomento in [1884] *Lo scopo nel diritto*, Torino, 1972, 84 ss. 90, 92 ss., 97 ss. e 202 ss. – nel collocare la causa nell'orbita dell'area economica e non in quella dei sentimenti che motivano e determinano la volontà, mentre i temi della liberalità e della gratuità stanno fuori dalla logica del mercato: riferimenti in A. DI SAPIO, Trust *a causa familiare e di solidarietà*, in *Vita not*., 2019, 699, spec. 717 ss. e, con diverso titolo, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2019, 639.

[30] Sull'utilizzo degli strumenti negoziali di protezione delle persone portatrici di handicap, e in particolare dei *trust* e dei contratti di affidamento fiduciario, quale modalità di passaggio dalla solidarietà verticale alla solidarietà orizzontale e, quindi, dalla solidarietà metaindividuale alla solidarietà dei privati, v., s.v., A. DI SAPIO, *Gli strumenti contrattuali di cura e di protezione dei minori d'età portatori di* handicap*: un'esposizione*, nel *Trattato di diritto di famiglia* diretto da P. Zatti, v. VI, LENTI (a cura di), *Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia*, seconda edizione, Milano, 2012, 573, *passim*, segn. 669 ss., ove ragguagli bibliografici, cui *adde* E. DEL PRATO, *Principi e metodo nell'esperienza giuridica*, Torino, 2018, 1 ss., 109 ss., 134 ss., 137 ss. e 174 s., F. MAISTO, *L'autonomia contrattuale nel prisma della sussidiarietà orizzontale*, Napoli, 2016, spec. 123 ss. e M. NUZZO [cur.], *Il principio di sussidiarietà*, 1, Torino, 2014, *passim*, ma anche, per una piegatura particolare, J. CAPDEVIELLE, *Le fétichisme du patrimoine*, Parigi, 1986, 350.

[31] Sui negozi a causa familiare, distinguendoli da quelli a causa liberale, senz'altro, Giov. DORIA, *Autonomia privata e "causa" familiare*, Milano, 1996, *passim* e A. GIANOLA, del quale *Atto gratuito, atto liberale*, cit., 359 ss. e, più recentemente, la voce *Atti gratuiti non liberali*, in *Dig*.

Proverò a condurre il discorso partitamente, anche se sono registrabili casi d'intreccio tra la causa di solidarietà e quella familiare[32]. E – lo dico una volta per tutte – si tratta di un discorso replicabile con riferimento ai contratti di affidamento fiduciario e ai vincoli di destinazione *ex* art. 2645-*ter* c.c. intesi, chiaramente, nella loro variante dinamica, pur con tutte le differenze e limature del caso[33].

civ., Aggiornamento *****, Torino, s.d., ma 2010, 45, spec. 52 s. e *L'atto gratuito rilevante*, 283 ss. Con occhio meno ravvicinato v. già G. GORLA, *Il contratto*, I, cit., 99 (ove un'interessantissima notizia relativa ad App. Casale Monferrato, 25 marzo 1889, in causa Garrone *vs* Foà), C.A. JEMOLO, [1967] *Convenzioni in vista di annullamento di matrimonio*, ora in ID., *Gli occhiali del giurista*, Padova, 1970, 174, segn. 176 ss., R. SACCO, di cui Responsum *alla* quaestio*: Se tra i coniugi l'attuazione di fatto di un regime patrimoniale diverso da quello corrispondente a diritto dia luogo a restituzioni*, in *Questioni di diritto patrimoniale della famiglia, discusse da vari giuristi e dedicate ad A. Trabucchi*, Padova, 1989, 83, in part. 86, 89 ss. e soprattutto 91 e 93 e il *Commento agli artt. 159-166*-bis, in CIAN – OPPO – TRABUCCHI (diretto da), *Commentario al diritto italiano della famiglia*, t. III, Padova, 1992, 8 s., 11 ss., 17 e 23 s., A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale A. Cicu e F. Messineo* [cont. da L. Mengoni], Milano, 1995, 575 ss., in part. 576 s. e F. GALGANO, *Il contratto*[2], Padova, 2011, 159.

Un caso giurisprudenziale emblematico: Trib. Caltagirone, [decr.] 10 luglio 2008, in *Dir. fam. pers.*, 2009, 673, con nota (sostanzialmente favorevole) di A. DI SAPIO – A. GIANOLA e (la massima), *ibidem*, 2009, 1238, con nota (critica) di F. GAZZONI; sempre in giurisprudenza, Trib. Saluzzo – G.T., [decr.] 19 luglio 2012, in *Famiglia e minori Dossier*, inserto n. 6 a *Guida al diritto*, n. 49-50 / 22 dicembre 2012, IX, con nota di A. DI SAPIO e A. GIANOLA e, *proxime*, Trib. Genova – G.T., [decr.] 10 dicembre 2018, cit. Mi paiono inoltre in continuità Trib. La Spezia, G.T., [decr.] 2 ottobre 2010, in *Nuova giur. civ.*, 2011, I, 77, con nota di G. DONADIO e Trib. Teramo, sez. dist. Atri, G.T., Dott. C. Di Fulvio [decr.] 16 dicembre 2011, n. 212/10 V.G. 24/20, ined.

[32] Si può in tali casi parlare di una causa complessa e v. Trib. Genova – G.T., [decr.] 10 dicembre 2018, cit.: *amplius*, s.v., DI SAPIO, Trust *a causa familiare e di solidarietà*, cit., 711 ss. Uno spunto sulla combinazione degli specifici interessi che possono colorare la causa concreta dei negozi per i quali è abitudine usare il sintagma "liberalità" in L. GAROFALO, *Gratuità e responsabilità contrattuale*, in ID. (a cura di), *Scambio e gratuità*, Padova, 2011, 1, spec. 23.

[33] Un *wash out* di molti significati ascritti all'art. 2645-*ter* c.c. è in M. LUPOI, il quale ne ha proposto una lettura che privilegia la realizzazione della destinazione, piuttosto che la costituzione del vincolo, come invece si ostina a fare una certa parte della dottrina; le differenze rispetto ai *trust* e ai contratti di affidamento fiduciario si assottigliano un po', ma rimangono significative: sul tema l'A. è tornato più volte e v.ne, tra l'altro, *Gli "atti di destinazione" nel nuovo art. 2645-*ter *c.c. quale frammento di trust,* in *Riv. not.*, 2006, 467, in part. 470 ss. e 472 ss. e 475 (che si legge anche in *Trusts e attività fiduciarie*, 2006, 169) e, più recentemente, Trust *e vincoli di destinazione: qualcosa in comune?*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2019, 237.

5.1. Segue: Una premessa necessaria

Il testo dell'art. 2929-*bis* c.c., letto al microscopio, sembrerebbe dirci che anche i *trust* a causa di solidarietà orizzontale e quelli a causa familiare sono inopponibili al creditore titolato che faccia valere l'opzionalità riconosciutagli: sono atti privi di corrispettivo.

Montiamo però la porta sui cardini.

Partiamo da una premessa necessaria del discorso.

La locuzione "atti a titolo gratuito" non è monolitica, ma varia a seconda del contesto, a seconda delle esigenze tutelate e degli obiettivi perseguiti dalle regole di legge e di diritto. Un conto è verificare il significato della gratuità nei *rapporti tra le parti* (ad esempio, per fissare i criteri d'interpretazione del contratto o per stabilire la responsabilità in caso d'inadempimento o di vizi), altro conto è verificare il significato della gratuità per risolvere il *conflitto tra persone non legate da alcun rapporto*, che è proprio il nostro caso.

Il criterio formale della struttura del negozio domina spesso il focolare d'analisi dei rapporti *inter partes*. Esso, tuttavia, diventa labile quando è di scena l'interesse dei creditori. Qui è necessario un criterio sostanziale, un criterio di ragionevole contemperamento degli interessi in gioco. Non basta più guardare la *struttura* dell'atto, ma occorre approfondire la *funzione* di quell'atto e, preliminarmente, il suo *fondamento* e il *rapporto* su cui s'innesta o che fluidifica.

Al nòcciolo: occorre fissare un equilibrato punto di allocazione del rischio dell'insolvenza e, nel nostro contesto, la locuzione "atti a titolo gratuito" sta per atti in cui l'impoverimento del debitore e l'arricchimento del beneficiario sono sguarniti di un solido fondamento che giustifichi la compressione dell'interesse del creditore, atti che, in questo senso, risultano ingiustificati o (secondo l'espressione corrente nel linguaggio delle procedure concorsuali) anormali[34].

[34] Questa premessa di metodo germoglia pensieri che ho maturato riflettendo sulle dense pagine dedicate alla revocatoria fallimentare da L. NIVARRA, *Le mobili frontiere della gratuità: revocatoria fallimentare*, in A. GALASSO – S. MAZZARESE, *Il principio di gratuità*, cit., 107, spec. 108 s., 111 s., 116 ss., 121 ss. e, soprattutto, 125 ss., che – pur circoscrivendo il discorso all'area fallimentare e, dunque, con distinguo rispetto alla revocatoria ordinaria – privilegia una «lettura realistica della gratuità, mediante la quale sia possibile attribuire il giusto rilievo ad ogni singola posizione» ed è concorde sull'inadeguatezza, nel caso di conflitto con i creditori, di quella concezione meramente ragionieristica della gratuità (che incontreremo anche più avanti nel testo) per cui un atto è a titolo gratuito tutte le volte in cui a una prestazione non faccia riscontro una corrispettiva prestazione. Queste pagine mettono in bella vista «l'esigenza di articolare la nozione di gratuità all'interno di un quadro di rapporti più ampio, privilegiando ora […] il punto di vista dell'*accipiens* – rispetto al quale l'attribuzione operata dal fallito, nella misura in cui si lascia ricollegare ad un sacrificio patrimoniale sopportato dal terzo acquirente, non può dirsi gratuita,

Qui sta la cifra del discorso, che rende inservibile un criterio rigido, onnivalente e aprioristico di distinzione tra ciò che è gratuito e ciò che non lo è: questo criterio porterebbe a concettualizzare le tematiche sul tappeto, non le risolverebbe[35]. Si tratta invece di fare una *selezione* degli *interessi in campo* e di verificarne il *valore* e la *dimensione di peso*.

5.2. Segue: I *trust* a causa di solidarietà orizzontale

Diamo dunque sangue al discorso.
Cominciamo con i *trust* a causa di solidarietà orizzontale. Caso classico, il *trust* a favore di un disabile allo scopo di offrigli i mezzi economici e finanziari per affrontare le sue fragilità.
Si potrebbe ritenere che questi *trust* non giustificano alcuna compressione dell'interesse del creditore: non si può «fare beneficenza con i soldi altrui»[36].

almeno *ex* art. 64 – ora il punto di vista dello stesso fallito – rispetto al quale l'attribuzione non bilanciata da un corrispettivo *stricto sensu*, può egualmente inserirsi all'interno di una plausibile strategia imprenditoriale e, quindi, sotto questo profilo, esibire un *surplus* di razionalità insofferente all'applicazione della rigidissima e per nulla selettiva norma fallimentaristica» (ivi, 128, nt. 18). Che è un epilogo condiviso da A. GALASSO – S. MAZZARESE, *La gratuità come principio*, cit., 24 ss., spec. 27, i quali però sembrano non escludere una [a mio avviso possibile] dilatazione del ragionamento [pur ovviamente con i dovuti aggiustamenti] alle ipotesi di cui agli artt. 534, 1445 e 2901 [personalmente aggiungerei ora l'art. 2929-*bis*] c.c., cui questi AA. alludono espressamente a 25; di S. MAZZARESE si consulta con profitto anche *Invito* beneficium non datur, cit., 165.
È una traiettoria interpretativa che rende cortocircuitabile un intero apparato investigativo sedimentatosi (almeno) dal 1942 a oggi. Questa traiettoria fu inaugurata da L. COSATTINI, *La revoca degli atti fraudolenti*, seconda ed. agg. da L. Carraro, Padova, 1950, primo a distinguere, già sotto il codice Pisanelli (la prima edizione è infatti del 1939), tra il criterio dettato in tema di contratti per fissare il distinguo tra atti gratuiti e onerosi [art. 1101 c.c. del 1865] e le norme in tema di revocatoria, che presentano «una portata piuttosto diversa. Nell'art. 1235 [2901] la distinzione è stabilita per derivarne una diversa valutazione dell'opportunità di tutelare l'interesse dell'acquirente. Sembra perciò si debba tener presente più che la *qualità dell'atto* impugnato, la *qualità dell'acquisto* da parte del terzo; più che l'esistenza di un *corrispettivo* nel negozio di alienazione, l'esistenza di un *sacrificio in corrispondenza dell'acquisto*, anche se il sacrificio non importi un'attività a favore del dante causa o, comunque, questa attività non sia prestata come diretta conseguenza dell'atto di cui si tratta» (cors. agg.).

[35] L'esasperazione di un criterio inflessibile e universale – da cui non sembrano andare immuni alcuni lavori sull'art. 2929-*bis* c.c, anche di autori insospettabili – dovrebbe poi mettere in conto il rischio di passare da un "feticismo del patrimonio", per dirla *à la* J. CAPDEVIELLE, op. cit., a un "feticismo della gratuità", a cui, prima o poi, andrà dedicata qualche riflessione rinunciando a certi esercizi di calligrafismo teorico.

[36] Così A. GAMBARO, *La proprietà*[2], in IUDICA – ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*,

Ma ampliamo il nostro orizzonte.
Collochiamo l'art. 2929-*bis* c.c. in un contesto sistematico più ampio.
Verifichiamo la graduazione degli interessi in gioco: interesse del creditore, interesse del debitore e interesse del terzo beneficiario. Sale in scena l'interesse di un beneficiario particolare: si tratta di una persona disabile. Il discorso si fa più strutturato.
L'interesse delle persone portatrici di handicap era già testualmente ritenuto meritevole di tutela dall'art. 2645-*ter* c.c. ed è stato avvalorato dalla legge n. 112 del 2016 sul "dopo di noi"[37]. Dunque, per quanto ci riguarda, forse non si tratta soltanto di competitività ordinamentale e di efficienza processuale, che, come abbiamo visto, sono gli obiettivi che il d.l. n. 83 del 2015 si è prefisso. C'è altro.
Il discorso è anche qui *valoriale* ed esibisce una diversa curvatura. Viene infatti da domandarsi se e a quali condizioni il roboante «interesse del credito e dell'economia», scandito dal Ministro Guarda Sigilli, Grandi, nella *Relazione* alla Maestà del Re Imperatore introducendo l'art. 2740 c.c.[38], possa essere privilegiato ai valori fondamentali e inviolabili della persona, di uguale se non maggiore spessore.

Milano, 2017, 424, trattando dei vincoli di destinazione per il perseguimento di uno scopo ideale. L'espressione è chiaramente metaforica dal momento che, fino all'espropriazione, i soldi [e i diritti su beni e crediti] sono pur sempre del disponente. Sulla beneficienza occorre poi intendersi e per una registrazione dei termini v. S. RODOTÀ, di cui *Il dono*, in ID., *La vita e le regole*[2], Milano, 2012, a 117, spec. 118 ss. e 130 e *Solidarietà* ..., cit., 12, 16 ss., 25 s., 62, 64 ss., 99 ss., 126 e 133 ss.

[37] Coglie questa linea di continuità A. FEDERICO, *Autonomia negoziale, atti di destinazione e rapporti familiari*, in *Dir. succ. fam.*, 2018, 437, a 439, 441 ss. e 449 ss.

[38] *Relazione al codice civile*, Roma, 1943, 260 (n. 1124). Il passo è pienamente acclimatato nell'*habitat* giuridico dell'epoca. Così recita: «[i]l principio fondamentale che il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri e che i creditori, salve le cause legittime di prelazione, hanno eguale diritto di soddisfarsi su di essi, riceve enunciazione negli articoli 2740 e 2741, rafforzato dalla norma (art. 2740, secondo comma) [priva di precedenti storici e v. l'informato *excursus* di G. MARCHETTI, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., 1 ss. e 110] che, nell'interesse del credito e dell'economia, non consente limitazioni di responsabilità fuori dei casi stabiliti dalla legge». Si tocca con mano l'influsso napoleonico e sugli umori proprietari che albergavano l'art. 2092 del *Code civil des Français* ci dicono molto le parole del tribuno Lahary nella tornata del 25 ventoso anno XII – 19 marzo 1804 e quelle del consigliere di stato Treilhard nella tornata del 24 ventoso anno XII – 15 marzo 1804, che si rintracciano nei *Motivi rapporti, opinioni e discorsi, pronunziati al tribunato ed al corpo legislativo francese per la formazione del Codice Napoleone*, Napoli, 1839, v. IV, rispettivamente 222 ss. e 166 ss. Ma si tocca ancor più con mano l'influsso della scuola scientifica e il rinvio d'obbligo è agli strasburghesi C.A. AUBRY e F.C. RAU, *Corso di diritto civile francese* per C.S. ZACHARIÆ, cit., t. II, § 573 e 575, 34 ss.

La faccio breve. Credo che esista un possibile piano di contemperamento tra l'interesse del creditore e l'interesse delle persone portatrici di handicap. Una importante feritoia è aperta dall'art. 64, comma 1, legge fall. e ora dal gemellare art. 163, comma 1, del codice della crisi d'impresa, per cui sono esenti da inefficacia gli atti compiuti dal fallito «in adempimento di un dovere morale o a

---

En passant. L'attuale panorama sta sempre più accreditando quella lettura alternativa dell'art. 2740 c.c. che vede non più il comma 1 come regola e il comma 2 come eccezione, ma entrambi come *un'unica regola a tutto tondo*, con conseguente [presa d'atto della] trasformazione della universalità della responsabilità patrimoniale da *regola generale* a *regola residuale*: in arg. si consultano con profitto A. GENTILI, di cui v. *La destinazione patrimoniale. Un contributo della categoria generale dallo studio delle fattispecie*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, 49 e, più recentemente, *Gli atti di destinazione non derogano ai principi della responsabilità patrimoniale*, in P. RESCIGNO – V. CUFFARO (a cura di), *Atti di destinazione*, in *Giur. it.*, 2016, 224, M. GRAZIADEI, *L'art. 2645*-ter *del codice civile e il* trust*: prime osservazioni*, in BASSI – TASSINARI (a cura di), *I* trust *interni e le loro clausole*, Roma, 2007 (ed. f.c.), 217, in part. 220 ss. e F. MACARIO, *Le limitazioni della responsabilità patrimoniale*, in LIPARI – RESCIGNO (diretto da), ZOPPINI (coordinato da), *Diritto civile*, Milano, v. IV, *Attuazione e tutela dei diritti*, II, 2009, 179, spec. 190 ss.

Non va neppure trascurato il possibile passaggio dalla *titolarità e imputazione dei rapporti giuridici* alla *responsabilità*, dal "*chi risponde per cosa*" al "*cosa risponde per cosa*" ed è interessante anche il taglio dato all'argomento dai processualisti: M. BOVE, di cui *Profili processuali dell'art. 2929*-bis *c.c.*, cit., 157 ss. e *L'applicazione dell'art. 2929*-bis *c.c.* …, cit., 284 ss.

Mi sono cimentato su entrambe le tematiche, che vedo come facce della stessa medaglia, in *Patrimoni segregati ed evoluzione normativa: dal fondo patrimoniale all'atto di destinazione* ex *art. 2645*-ter, in *Dir. fam. pers.*, 2007, 1257, ove ulteriori riferimenti, cui vanno aggiunti i più recenti studi di A. ZOPPINI, *Destinazione patrimoniale e trust: raffronti e linee per una ricostruzione sistematica*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 721, G. D'AMICO, *L'Atto di destinazione* ..., cit., 12 ss. e 17 ss., A. FEDERICO, *La trascrizione degli atti di destinazione*, in RESCIGNO – GABRIELLI (diretto da), *Trattato dei contratti*, CALVO – CIATTI (a cura di), *I contratti di destinazione patrimoniale*, Torino, 2014, 563, L. GATT, *La destinazione patrimoniale di fonte negoziale tra restrizioni interpretative e limitazioni legislative*, in *Foro it.*, 2016, V, 338, A. MORACE PINELLI, *Trascrizione di atti di destinazione, Trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni o ad altri enti o persone fisiche*, nel *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca-Galgano, Art. 2645*-ter, Bologna-Roma, 2017, 59 ss., G. SICCHIERO, *La responsabilità patrimoniale*, in SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, 2011, *passim*, in part. 67 ss. e 84 ss., F. BENATTI, *Vincoli di destinazione*, in GAMBARO – MORELLO (diretto da), *Trattato dei diritti reali*, II, Milano, 2011, 355, a 384 ss., L. BULLO, *Separazioni patrimoniali e trascrizione*, Padova, 2012, 60 ss. e 73 s., M. CEOLIN, *Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato*, Padova, 2010, 306 ss., L. DI COSTANZO, *Il* trust *e le sue applicazioni*, Napoli-Roma, 2014, 20 ss., E. MIGLIACCIO, *Parità di trattamento e concorso di creditori*, Napoli-Roma, 2012, 30 ss., 43 ss., 84 ss., 109 ss. e 128 ss., F. LAZZARELLI, *Ragionevolezza e proporzionalità nella conservazione della garanzia patrimoniale: nuovi profili applicativi dell'abuso del diritto*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, 509, M. PORCELLI, *Profili evolutivi della responsabilità patrimoniale*, Napoli-Roma, 2011, 18, 67 ss., 83 ss., 208 ss. e 214 ss., M. PALAZZO, *Atto di destinazione*

scopo di pubblica utilità, in quanto la liberalità sia proporzionata al patrimonio del donante». Si tratta dunque di vedere se questi due articoli possano avere carattere referente.
Ma sospendiamo un attimo il discorso. Lo riprenderemo tra poco.

5.3. Segue: I *trust* a causa familiare

Passiamo ai *trust* familiari.
Sul tema si registrano alcuni stimolanti precedenti tra cui, recentemente, Cass. n. 9320/2019[39]. Questa ordinanza ci dice che i *trust* in parola sono meritevoli di tutela, ma hanno «sicuramente natura gratuita» e, come tali, sono soggetti a revocatoria ordinaria (dunque, si potrebbe *in thesi* soggiungere, sono soggetti a inefficacia *ex* art. 2929-*bis* c.c.). È un discorso che presenta un rizoma profondo il quale trova plurime concordanze giurisprudenziali in tema di fondo patrimoniale. Il ragionamento è semplice: la costituzione di un vincolo di destinazione [di qualsivoglia tipo] non è obbligatoria per legge, ma facoltativa; la sua costituzione è rimessa alla libera scelta dei coniugi o di un terzo; ergo, essa non può essere intesa come adempimento di un dovere giuridico[40].
Bisogna però esaminare le motivazioni delle decisioni e leggere in filigrana

e concordato preventivo, in RESCIGNO – CUFFARO (a cura di), *Atti di destinazione ...*, cit., 260, spec. 262 ss., G. PETRELLI, *Destinazioni patrimoniali e* trust, Milano, 2019, 264 ss., R.S. BONINI, *Destinazione di beni ad uno scopo*, Napoli-Roma, 2015, 146 ss. e 159 ss. e G. MARCHETTI, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., 75 ss., 108 ss., 112 ss. e 237 ss., della quale v. pure *Sul preteso divieto delle limitazioni* ex pacto *della responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Riv. dir. civ*., 2016, 511.
Sul fondale sono vivide le questioni più generali messe a fuoco da G.P. CALABRÒ nella *Presentazione* a *La nozione di responsabilità tra teoria e prassi*, volume curato dallo stesso A., Padova, 2010, XI, da A.J. KATOLO, *L'analisi etica della responsabilità*, *ibidem*, 3, spec. 6 ss. e da P.B. HELZEL, *La nozione di responsabilità baricentro tra etica, diritto e politica*, *ibidem*, 13, spec. 15 ss., 18 ss. e 22 ss.; v'è però da dire che, dando orecchio a certi discorsi, non sembrano ancora del tutto fuori dal tempo le chiose sul valore e sulla funzione del patrimonio vergate da R. VON JHERING ne *Lo scopo nel diritto*, cit., 59 s., su cui cfr., senz'altro, J. CAPDEVIELLE, *Le fétichisme du patrimoine*, cit., *passim*, in part. 19 ss., 362 ss. e 365 ss.

[39] Cass., [ord.] 4 aprile 2019, n. 9320, in *Vita not*., 2019, 832. V. pure, per un caso [di accoglimento], senz'altro, di revocatoria ordinaria relativa a un fondo patrimoniale e a un *trust* avente a oggetto beni immobili costituenti lo stesso fondo patrimoniale, Cass., 3 agosto 2017, n. 19376, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2018, 44.

[40] *In terminis*, Cass., 3 agosto 2017, n. 19376, cit., Cass., 22 marzo 2013, n. 7250, in *Banca e borsa*, 2015, II, 1, con nota di D. SPAGNUOLO e Cass., 2 dicembre 1996, n. 10725, nella *banca dati DeJure – Giuffrè*.

le massime prestando attenzione ai fatti di causa[41]. Spesso capita che della famiglia ci si ricordi solo a distanza di moltissimi anni dal matrimonio, con figli (quando ci sono) ormai maggiorenni ed economicamente autosufficienti e giusto quando la posizione del costituente/disponente è in sofferenza, se non quando è sull'orlo della decozione[42].

Mi domando quindi se il ragionamento dei giudici di legittimità innanzi accennato non possa essere considerato, in qualche misura, come uno stratagemma argomentativo che testimonia una – lo dico senza drappeggi retorici – sacrosanta allergia per la metafora, tutta italiana, del "tengo famiglia"[43].

---

[41] Sto evidentemente facendo vendemmia degli insegnamenti di G. GORLA, di cui v., nella copiosissima produzione sul tema, almeno *Lo studio interno e comparativo della giurisprudenza e i suoi presupposti: le raccolte e le tecniche per la interpretazione delle sentenze*, in *Foro it*., 1964, V, 73.

[42] Il diritto è già traboccante di casi in cui si formano principî attraverso formulazioni progressivamente generalizzanti delle massime giurisprudenziali e non c'è necessità d'implementarli.

Ai giudici di legittimità (e anche a quelli di merito) che si sono pronunciati sul fondo patrimoniale non sfugge il distinguo tra profili contributivi e profili distributivi, né che la destinazione di [diritti su] beni a far fronte ai bisogni della famiglia può costituire modalità di adempimento dell'obbligazione contributiva legale (artt. 143, comma 3, 147, 148 e 316-*bis* c.c.) e, come tale, può essere fuori dal perimetro degli atti a titolo gratuito, come egregiamente chiarito da T. AULETTA, *Il fondo patrimoniale*[2], nel *Trattato G. Bonilini e G. Cattaneo*, continuato da G. Bonilini, *Il diritto di famiglia*, II, *Il regime patrimoniale della famiglia*, Torino, 2007, 387, segn. 412 ss. e v., prima ancòra, P. PERLINGIERI, *Sulla costituzione di fondo patrimoniale su "beni futuri"*, in *Dir. fam. pers*., 1977, 265, a 274.

Mi sembra invece che i giudici di legittimità (e pure quelli di merito) fanno un diverso discorso, ispirato al bilanciamento d'interessi. Essi orientano le proprie conclusioni in favore del creditore. Non è un crittotipo. Eggià. Si possono muovere le critiche che più ci aggradano, ciò nonostante è significativo che, come accennavo nel testo, il fondo patrimoniale sia il più delle volte costituito in un periodo quantomeno sospetto. Qui sta il succo del discorso. Perché, come ho provato a mostrare in *Gli strumenti contrattuali di cura e di protezione*, cit., 650 ss., il fondo patrimoniale, dalle origini antiche spesso neglette, altro non è – nella maggior parte dei casi concreti – se non una mera tecnica processuale difensiva *very cheap*, che, anteriormente al d.l. n. 83 del 2015, obbligava il creditore ad agire con l'azione revocatoria: mi pare convenga A. CIATTI CÀIMI, *Vincoli di destinazione, tutela del ceto creditorio e il nuovo art. 2929*-bis *c.c*., in *Il negozio di destinazione fiduciaria*, nei *Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato*, 2016, 11 ss. (che rimprovera al legislatore del 2015 di non aver avuto il coraggio di sopprimere questo istituto, come accaduto in Francia con il *bien de famille* e in Svizzera con l'*Heimstätte*); converge invece sicuramente D. MURITANO, *Il nuovo art. 2929*-bis *c.c.: quale futuro per la protezione del patrimonio familiare?*, in *Riv. dir. banc*., *www.dirittobancario.it*, 25, 2015, 2 (dall'estratto).

[43] Ne parlava già, con sagacia, G. OPPO, [1989] *Iniziativa economica e rapporti familiari*, (ora) in ID., *Scritti giuridici*, V, *Persona e famiglia*, Padova, 1992, 460, sul cui tracciato L. CALVOSA, *Fondo patrimoniale e fallimento*, Milano, 2003, 25 ss. e 122 ss.

La storia di questa metafora – che per parecchi decenni è stato un vero e proprio atteggiamento e,

Occorre tuttavia distinguere caso per caso. Se allarghiamo il compasso e coordiniamo queste sentenze con altre presenti in materia familiare, focalizzando le *rationes decidendi*, si apre uno spiraglio che ci affaccia su un panorama diverso.

Generalmente quando si parla di *trust* familiare s'intende quello – prendiamo ad esempio l'atto istitutivo su cui si è pronunciata Cass. n. 9320/2019 – che ha lo scopo di «segregare i beni […] per il soddisfacimento dei propri bisogni ed esigenze ed assicurare il mantenimento dell'attuale tenore e qualità di vita» del disponente e dei suoi familiari. La genericità di uno scopo così allargato non convince del tutto la giurisprudenza, la quale è al corrente che i bisogni familiari variano significativamente da famiglia a famiglia. Non mi pare di sovrainterpretare se dico che è proprio in ragione di questa destinazione così ampia – e, dunque, di una separazione un po' vaga, se non fumosa – che la giurisprudenza è inamovibile nel dirci che si tratta di atti a titolo gratuito, dunque, che prevale l'interesse del creditore[44].

Esistono però anche i *trust* familiari con scopo ristretto, volti esclusivamente all'adempimento dell'obbligo di mantenimento del coniuge o dei figli: artt.

in una certa misura, un'attitudine – andrebbe però raccontata aprendo il libro da pagina 1 e non dimenticando di ricordare il R.D. 19 dicembre 1926, n. 2132, convertito in legge 22 dicembre 1927, n. 2492, con cui fu istituita l'imposta personale progressiva sui celibi dai 25 ai 65 anni e i plurimi susseguenti provvedimenti che la inasprirono sino al d.l. 30 novembre 1937, n. 2145, per poi perdere autonomia e tramutarsi in addizionale dell'imposta complementare sul reddito ai sensi dell'art. 20 del d.lgs. luogotenenziale 19 ottobre 1944, n. 384 ed essere definitivamente soppressa dall'art. 2 del d.lgs. luogotenenziale 18 febbraio 1946, n. 220. Le concise parole di accompagnamento del Ministro delle finanze Volpi nelle istruzioni del 10 febbraio 1927, prot. n. 1714 e del Ministro Revel, nelle note esplicative sui provvedimenti per l'incremento demografico della Nazione del 2 novembre 1937, prot. n. 5650, valgono più di un intero saggio sull'argomento: si leggono in MINISTERO DELLE FINANZE, *Imposta sui celibi*[3], Roma, 1938, segn. p. 15 s., 21, 23 ss.

[44] Il tema, se analizzato in trasparenza, potrebbe porre una problematica opposta. Le destinazioni a maglie così larghe spalancano, infatti, la porta a una quantità assai ampia (quando non indefinita) di creditori sostanzialmente svuotando di contenuto la separazione patrimoniale.

Non è un caso che la *débâcle* del fondo patrimoniale si è avuta quando la giurisprudenza, diciamo così, ha dilatato a dismisura la tramatura dell'art. 170 c.c. facendo rientrare nel perimetro dei debiti «contratti» per i «bisogni della famiglia» – per i quali è sempre ammessa l'esecuzione – non solo i debiti contratti per far fronte a quanto sia indispensabile per l'esistenza della famiglia, ma anche i debiti contratti per soddisfare le esigenze relative al pieno mantenimento e all'armonico sviluppo della famiglia e al potenziamento della capacità lavorativa, restando escluse solo le esigenze voluttuarie o caratterizzate da intenti meramente speculativi. Ora, se dal fondo si può attingere per qualsiasi esigenza e se su di esso può rivalersi qualunque creditore, è evidente che non serve pressoché a niente e a nessuno. Centratissima è dunque l'intuizione di A. FUSARO, *Gli atti di destinazione nell'interesse della famiglia e dei disabili*, in *Riv. dir. priv.*, 2011, 33, a 34, mutuando

143, 147, 148, 156, 315-*bis*, 316-*bis*, 337-*ter*, 433 e 436 c.c. e 5, comma 6, l. div.[45]. Qui il discorso cambia. La Cassazione ci dice infatti che le attribuzioni a causa familiare che hanno funzione di «integrare o sostituire quanto dovuto per il mantenimento» del coniuge o dei figli esulano dal perimetro degli atti a titolo gratuito e, come tali, non sono soggette a revocatoria: penso a Cass. n. 28829/2017[46]. E così potrebbe benissimo capitare per i *trust* familiari destinati a questo specifico scopo.

---

un'immagine già tratteggiata da F. Corsi, per cui «nella determinazione dei bisogni della famiglia è depositato il sale dei fondi, che, secondo la felice espressione, sono spesso fondi di Pulcinella». Vale anche qui la pena di rispolverare la *Relazione al codice civile*, cit., che talvolta sembra tuttora arieggiare, forse senza grande consapevolezza, in certi discorsi in argomento. Vi si legge che il patrimonio familiare (archetipo del fondo patrimoniale) avrebbe dovuto costituire «una delle più felici innovazioni legislative, in quanto assicura, secondo le finalità del Regime, *il rafforzamento del nucleo familiare e il benessere della famiglia*» (n. 110, a 32: enfasi agg.); «[l']istituto tende ad assicurare *la prosperità* di una famiglia *che sorge*, mira a provvedere ai bisogni dei figli, dei quali si ignora il numero, per un periodo non preventivamente determinabile» (n. 111, sempre a 32 e con enfasi agg.).

Come al solito, è informatissima l'osservazione di D. Muritano, il quale, già nel 2017, mi ricordava che nella letteratura anglo-americana non v'è dubbio che il *trust* (compreso quello familiare) «i*s not an universal remedy*» e che «*[t]he impecunious settlor with a high standard of living funded from the trust*» è uno degli indici dello *sham trust*.

[45] Il panorama giurisprudenziale di merito offre molteplici esempi a proposito di vincoli di destinazione *ex* art. 2645-*ter* c.c.: Trib. Reggio Emilia, (decr.) 4 dicembre 2006, in *Trusts e Attività fiduciarie*, 2007, 419 (nota di A. TONELLI, *ibidem*, 2007, 338) e, con particolarità, Trib. Reggio Emilia, [decr.] 23-26 marzo 2007, in *Dir. fam. pers*., 2007, 1726 (la massima *ibidem*, 2008, 194, con nota di G. FREZZA e in *Riv. dir. civ*., 2008, II, 451, con nota di A. MORACE PINELLI); Trib. Genova, (decr.), 11 dicembre 2012, in *Trusts e Attività fiduciarie*, 2013, 452; più recentemente, Trib. Torino, Cons. M. Tamagnone (Pres.), D. Clerici e A. De Magistris, (decr.) 24 ottobre 2013, R.G. 12859/13, (ined.) e Trib. Savona, Cons. L. Canaparo (Pres.), G. Zerilli e D. Atzeni, 14 febbraio 2018, n. 171, RG 4171/2017, consultabile sul sito dell'Associazione "Il trust in Italia" (*www.il-trust-in-italia.it*); con riferimento a un *trust* istituito al «fine di garantire il puntuale e persistente adempimento dell'obbligazione di mantenimento, nonché per salvaguardare l'essenziale soddisfacimento delle esigenze abitative delle figlie», posto tra le condizioni di separazione personale dei coniugi omologate, v. Trib. Siracusa, Cons. V. Milone (Pres.), S. Leuzzi e V. Urso, [decr.] 17 aprile 2013, cron. 2822/2013, RG 194/213, anch'esso consultabile sul sito dell'Associazione "Il trust in Italia" (*www.il-trust-in-italia.it*). In dottrina M. LUPOI, *Trusts*[2], cit., 641 ss. e A. MORACE PINELLI, *Trascrizione di atti di destinazione ...*, cit., 361 ss.

[46] Cass., (ord.) 30 novembre 2017, n. 28829, si legge in *Riv. not*., 2018, 311 e in *Fall*., 2018, 299, con nota di R. BROGI (un conciso commento con A. GIANOLA ne *Il Sole 24 Ore*, 7 dicembre 2017, 32). Si trattava di un caso di inefficacia *ex* art. 64 legge fall. e la corte ha precisato che «è onere di chi si oppone all'azione revocatoria dimostrare che l'attribuzione patrimoniale, oggetto dell'azione revocatoria, abbia avuto tale funzione sostitutiva o integrativa».

Il provvedimento presenta un aspetto interessante sul piano dell'architettura argomentativa. Gli ermellini richiamano Cass., 24 giugno 2015, n. 13087, in *Fam. dir*., 2016, 1142, con nota di

Il riferimento all'obbligo di mantenimento merita tuttavia qualche chiarimento. Abbiamo detto che qui si fuoriesce dall'area della gratuità. Questa è però una valutazione *in negativo*. Il discorso *in positivo* è meno istantaneo. Il fatto che non siamo nell'area della gratuità non mi pare infatti ci faccia scavallare automaticamente o tendenzialmente nell'area dell'onerosità, come pure si è ritenuto muovendo da una felice intuizione di una blasonata dottrina che scriveva negli Anni '60 del secolo scorso[47].

S. SCUDERI e in *Giur. it*., 2015, 2389, con nota di R. FORMISANI. Il richiamo, però, non è alla [*ratio decidendi* della] sentenza, ma alla sua massima [e, dunque, alla sua rappresentazione data dall'Ufficio del massimario], massima che, tuttavia, non mi pare trovi piena corrispondenza nella motivazione e, non essendo accompagnata da alcun ragionamento fondativo, è dubbio che possa essere apprezzata come precedente, pur appartenendo, come è stato acutamente notato, al genere della precettistica: in arg., oltre al fondamentale lavoro di G. GORLA, *Lo studio interno e comparativo della giurisprudenza*, 76 ss., 79 ss., 82 ss. e 86 ss., v., senz'altro, M. LUPOI, *L'interesse per la giurisprudenza: è tutto oro?*, in VISINTINI (a cura di), *Metodologia nello studio della giurisprudenza civile e commerciale*, Milano, 1999, 397, a 412 ss.; ma cfr. i saggi di F. GALGANO, *L'interpretazione del precedente giudiziario* (del quale v. però il discorso intrattenuto a proposito di quella che egli indicava come "giurinformaticominazione" in ID., *Il diritto e le altre arti*, Bologna, 2009, 21 ss.) e di G. DE NOVA, *Sull'interpretazione del precedente giudiziario*, *ibidem*, rispettivamente 215 (spec. 216 s. e 233 ss.) e 239 (spec. 240); e non ha perso smalto l'intenso intervento di G. RAGUSA MAGGIORE, apparso con il titolo *Diritto, giustizia e informatica*, in *Dir. fall*., 1990, I, 161.

Ultimamente accade peraltro che la Cassazione ignori le sue stesse sentenze. Un recente esempio è fornito, con riguardo agli effetti del verificarsi di una causa di cessazione della comunione legale, da Cass. n. 4676/2018 (un commento metodologico con D. MURITANO e A. PISCHETOLA, in *www.rivistafamilia.it*) che ha trascurato i suoi precedenti e, specularmente, non è stata considerata da Cass. n. 33546/2018. Succede così, in questo *trend*, che Cass., (ord.) 9 aprile 2019, n. 9798, nel *Foro it. on line*, trascuri Cass. n. 28829/2017. La questione riguardava un fondo patrimoniale di cui i coniugi avevano tenuto conto negli accordi di separazione in funzione solutoria dell'obbligo di mantenimento del coniuge avente diritto. I giudici di piazza Cavour, questa volta, si mostrano impermeabili: essi – richiamato il proprio precedente del 12 aprile 2006, n. 8516, in *Foro it*., 2006, I, 2756, relativo a un caso che invero presentava altri presupposti (v.ne il § 3.2 della motivazione) e la cui massima fa riferimento anche all'obbligo di mantenimento dei *figli* (la presenza o meno dei quali forse avrebbe potuto far accendere qualche domanda in relazione all'art. 171, commi 4, 2 e 3, c.c.) – si rifanno al *refrain* per cui non è in discussione la sussistenza dell'obbligo di mantenimento in sé, di fonte legale, ma le concrete modalità di assolvimento del medesimo, convenzionalmente stabilite dalle parti. Sennonché, si potrebbe obiettare, l'obbligo di mantenimento in qualche modo deve pur essere adempiuto: la modalità periodica legale è disponibile dalle parti e tale dovrebbe rimanere senza pagare pegno di sconfinamento nella gratuità.

[47] C.A. JEMOLO, *Convenzioni in vista di annullamento di matrimonio*, cit., 175 ss., che scriveva, dunque, in un periodo in cui, non dimentichiamolo, vigeva il divieto di donazione tra coniugi e nel quale, conseguentemente, la tematica in osservazione aveva ricadute pratiche ancor più notevoli.

Siamo in un un'area grigia in cui la tassonomia *causa donandi vs causa solvendi* deve confrontarsi con il chiaroscuro: si passa qui dalla bivalenza alla

---

Chi ha colto con maggiore profondità l'insegnamento di questa blasonata dottrina romana è G. OBERTO, che al tema dei contratti della crisi coniugale ha dedicato approfonditissimi studi, ravvisandone una causa postmatrimoniale tipica e un carattere essenzialmente oneroso attuando uno scambio di prestazioni corrispettive, a prescindere dalla funzione solutoria di reciproche pretese e concessioni e dall'intento transattivo: v.ne, nell'ampia produzione, *I contratti della crisi coniugale*, Milano, 1999, I, 634 ss., 648 ss., 653 ss., 659 ss., 696 ss. e 709 s. (ove ampi riferimenti di giurisprudenza), *Prestazioni «*una tantum*» e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, Milanofiori, Assago, 2000, 117 ss. e *Contratto e famiglia*, in ROPPO (diretto da), *Trattato del contratto*, v. VI, Milano, 2006, 107, a 272 ss. E una notazione storica può essere interessante: il codice civile per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla (1820) accomunava le convenzioni matrimoniali (tra cui *in primis* la dote) e la vendita raccogliendole sotto lo stesso titolo (il V) del libro III, rubricato «De' contratti a titolo oneroso».

Per l'onerosità v. pure, muovendo tuttavia dal diverso impianto ricostruttivo che colloca i rapporti economico-patrimoniali tra coniugi separandi o divorziandi nei negozi aventi autonoma causa familiare, Giov. DORIA, *Autonomia privata* ..., cit., 227 ss. (spec. 242, ove invita però a non far di tutta l'erba un fascio, potendo qui inserirsi anche altri accordi la cui natura resterà assorbita dal tipo legale corrispondente) e 356 ss. ed E. RUSSO, *Le convenzioni matrimoniali*, ne *Il codice civile*. *Commentario fondato P. Schlesinger*, Milano, 2004, 109 e 111 ss.

Entrambe queste letture evitano cristallizzazioni. La loro divergenza mi sembra collocarsi, in buona sostanza, nel loro *focus* valutato anche in chiave prospettica: la specifica situazione di crisi o, piuttosto, l'intero rapporto familiare. La conclusione non cambia: l'art. 2901 c.c. è applicabile solo nel caso in cui risulti provata la *partecipatio fraudis* del terzo [che è generalmente il coniuge, ma possono essere anche i figli]; in caso di fallimento (ora liquidazione giudiziale del patrimonio), sono applicabili gli artt. 67 e 69 legge fall. e gli 166 e 168 del codice della crisi d'impresa: G. OBERTO, *Prestazioni* «una tantum» ..., cit., 214 ss. e Giov. DORIA, *Autonomia privata* ..., cit., 357 ss.; cfr., però, la critica di eccessiva genericità della sistemazione dei rapporti familiari e l'invito a distinguere, più fedelmente all'impostazione di G. Biscontini (*supra* nt. 28), evocato anche da Doria, a seconda che il vantaggio conseguito sia bilanciato da un sacrificio adeguato, T.V. RUSSO, *I trasferimenti patrimoniali tra coniugi nella separazione e nel divorzio*, Napoli, 2001, 131 ss. e 244 ss.

In tema di contratti nella crisi coniugale la giurisprudenza ha avuto un andamento ondivago. Ultimamente si è assestata nel senso che, ai fini della differenziata disciplina di cui all'art. 2901 c.c., la qualificazione dell'atto come oneroso o gratuito discende dalla verifica, in concreto, se lo stesso si inserisca, o meno, nell'ambito di una più ampia sistemazione «solutorio-compensativa» di tutti i rapporti aventi riflessi patrimoniali, maturati nel corso della quotidiana convivenza matrimoniale: così, *proxime*, Cass., (ord.) 15 aprile 2019, n. 10443, in *Foro it*., 2019, I, 2773, in conferma di App. Roma n. 4049/2016, che, dopo aver qualificato come a titolo oneroso l'atto con il quale un coniuge, modificando gli originari accordi raggiunti in sede di separazione consensuale, aveva ceduto all'altro la propria quota di proprietà su alcuni immobili, ne ha escluso la revocabilità ai sensi dell'art. 2901 c.c., da un lato, sulla base del fatto che i coniugi, con la suddetta modifica, avevano inteso ristrutturare gli equilibri patrimoniali scaturenti dalla separazione per effetto di circostanze sopravvenute e, dall'altro, in ragione dell'anteriorità della crisi coniugale – e dei correlativi trasferimenti patrimoniali – rispetto all'aggravarsi della

polivalenza[48]. S'è ben detto: le obbligazioni familiari danno luogo a debiti il cui ammontare non è preciso, ma va da un minimo a un massimo a discrezione del debitore; nel contesto familiare non vale la regola della perfetta finitezza dell'obbligazione, in base alla quale ciò che il debitore corrisponde in più oltre il dovuto è donazione o pagamento dell'indebito[49]. Lo accennavo prima, il piano qui in esame richiede una registrazione dei criteri d'individuazione della gratuità. Ecco, guardando alla funzione e, prima ancora, al fondamento di questi atti e al rapporto in cui s'innestano, ci accorgiamo che le regole di ragioneria cedono quando sale sulla ribalta un bisogno primario e, dunque, il mantenimento del beneficiario[50]. In questo caso la causa dell'attribuzione è

situazione debitoria del coniuge alienante.

[48] B. KOSKO, *Il* fuzzy-*pensiero*, cit., 14, 24 ss. e 38.

[49] A. GIANOLA, di cui v. *Atto gratuito, atto liberale*, cit., 364 ss. e, *proxime*, la voce *Atti gratuiti non liberali*, cit., 46 ss. e 52 ss.

[50] Intendiamoci. La morte è sicuramente causa di estinzione degli obblighi di mantenimento e di alimenti, ma ciò, diversamente da quanto ritiene S. BARTOLI, *Negozi di destinazione e trust nella prassi giudiziaria*, Milano, 2019, 371, non mi sembra sposti il discorso d'una virgola. Lo dicevo prima, e tornerò sul punto tra poco nel testo, la *causa familiae* non può essere immiserita nella *causa solvendi*. La morte non dissolve la solidarietà [patrimoniale] familiare. In Italia, piaccia o no, nel mosaico degli artt. 536 (commi 1 e 2), 537 e 542 c.c., i figli, anche adottivi, hanno diritto a una quota di riserva e il rizoma di questo diritto attecchisce proprio nella solidarietà familiare. I referenti storici sono antichissimi e v. E. BESTA, *Le successioni*, Milano, 1961, 10 s. e 183 ss. e G. VISMARA, *Scritti di storia giuridica*, Milano, 1988, v. 5, 67 ss. e 78 ss. e v. 6, 16 ss. e 22 ss.: altro paio di maniche sono certi silenzi acquamarini che albergano nel *backstage* dell'applicazione di queste regole positive su cui v. l'analisi gustosa di J. CAPDEVIELLE, *Le fétichisme du patrimoine*, cit., 345 ss., 367 ss. e 370 ss. e quella disvelatrice e stimolante di U. MATTEI, *La successione contro la volontà del testatore*, negli *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, t. I, Milano, 1994, 765.

Beninteso. Nessuno nega che, fino al decesso dei genitori o del coniuge, i relativi legittimari hanno soltanto una aspettativa di fatto sul loro patrimonio, una «mera possibilità di una futura eredità», per dirla con le altisonanti parole di A. THON, [1878] *Norma giuridica e diritto soggettivo*, trad. it. A. Levi, Padova, 1939, 204, ma è certo che, con il decesso dei genitori, pur con tutte le distinzioni, le varianti e le eccezioni del caso, scatta il diritto di conseguire la legittima, un diritto che, se vittoriosamente esercitato in via di accertamento e riduzione, ha, ancor oggi, in via di restituzione valenza "reale": artt. 561 e 563 c.c.

Ancor più certo è che il nostro ordinamento, sotto il mantello del lemma "donazioni" – al plurale! – accomoda molteplici atti di sistemazione patrimoniale che si relazionano con l'evento della morte, senza che questa penetri nella loro causa: conosciamo la riversibilità per il caso di premorienza (art. 791 c.c.), la riserva di usufrutto anche successivo (art. 796 c.c.), la revocazione per sopravvenienza di figli (art. 803 c.c.) e, soprattutto, le donazioni in conto di legittima o con dispensa dall'imputazione (art. 552) e le donazioni con dispensa da collazione (art. 737 c.c.) e imputazione (art. 564 c.c.). Se trascuriamo questi dati rischiamo di non mettere a fuoco il tema e per uno sguardo d'insieme v. A. ZOPPINI, *Le successioni nel diritto comparato*, in SACCO (diretto da), *Trattato di diritto comparato*, Torino, 2002, 8 ss.

puntellata su ragioni che sono affettive-esistenziali e, *al contempo*, economiche. Si tratta di una causa autonoma, appunto familiare[51]. È proprio la *causa familiae* che fa fuoriuscire l'attribuzione dalla dicotomia atti gratuiti *vs* atti onerosi e che sorregge la *ratio* di alcune esenzioni, tra cui spicca quella in tema di collazione e imputazione scolpita dagli artt. 564, comma 5 e 742, commi 1 e 2, c.c.[52]. Qui, come accennavo, rampollano ragioni esistenziali e affettive che vanno lette in chiave prospettica. In sintesi, l'assetto familiare merita certamente di essere valorizzato, ma, attenzione, senza eccessi, né minimizzazioni.

Ho detto "senza eccessi". Attente ricerche giuridiche ed economiche hanno infatti da tempo svelato quante storture sono state giustificate in passato invocando i rapporti familiari, la convivenza e lo svolgimento della vita in comune e quanto, nella ricerca di strumenti di massimizzazione del benessere, "famiglia" e "mercato" siano in continuità fra loro[53].

In valuta spicciola, questi *trust* nulla hanno a che spartire con le liberalità in quanto affondano le proprie radici nella solidarietà familiare: *amplius*, s.v., DI SAPIO, Trust *a causa familiare e di solidarietà*, cit., 714 ss.

[51] Il primo tentativo di elaborazione dell'autonomia concettuale e pratica insieme della causa familiare si deve a Giov. DORIA, *Autonomia privata* …, cit., *passim*, in part. 19 s., 33 ss., 241 e 301 ss.: «la causa familiare […] è caratterizzata […] da ragioni economico-patrimoniali indissolubilmente intrecciate con quelle ragioni esistenziali ed "affettive"» (ivi, 302, cors. nel testo). Spunti preziosi in E. RUSSO, di cui già *Negozio giuridico e dichiarazioni di volontà relative ai procedimenti «matrimoniali» di separazione, di divorzio*, di nullità, in *Dir. fam. e pers*., 1989, 1079, a 1090 e, più recentemente, *Le convenzioni matrimoniali,* cit., 107 ss. e 111 ss., A. GIANOLA, *Atto gratuito, atto liberale*, cit., 357 ss. e, *proxime*, GALASSO – MAZZARESE, *La gratuità come principio*, cit., 79 e G. PALMIERI, *I negozi familiari*, sempre in GALASSO – MAZZARESE (a cura di), *Il principio di gratuità*, cit., 337, a 345 s. e 351 ss.

[52] A. GIANOLA, *Atto gratuito, atto liberale*, cit., 360, dà il giusto peso all'esenzione da imputazione e collazione delle spese di mantenimento e di educazione e di quelle sostenute per malattia e quelle ordinarie fatte per abbigliamento o per nozze, mentre le spese per il corredo nuziale e quelle per l'istruzione artistica o professionale sono soggette a imputazione e collazione solo per quanto eccedono notevolmente la misura ordinaria, tenuto conto delle condizioni economiche del defunto.

Ancora una volta appaiono eloquenti le parole della *Relazione al codice civile*, cit., 77 (n. 359): a proposito della proposta di «sottrarre all'obbligo della collazione, in qualsiasi caso, tanto la spesa per il corredo nuziale, quanto quelle per l'istruzione artistica e professionale» il Ministro Guarda Sigilli riferì che «è sembrata […] più equa la soluzione accolta nel progetto definitivo, […] mantenuta nell'art. 742 del codice. Se è vero infatti che, per morale e per legge, i genitori hanno l'obbligo di mantenere, educare e istruire i figli in proporzione delle loro sostanze e avuto riguardo alla loro condizione sociale, sembra ovvio che quanto si è speso per il corredo o per l'istruzione artistica o professionale costituisce adempimento di un obbligo solo se sia mantenuto nella misura corrispondente alle condizioni economiche del genitore, mentre l'eccedenza rappresenta un vero e proprio atto di liberalità, che turba il rapporto di uguaglianza tra i figli».

[53] La desacralizzazione della famiglia è cominciata decenni or sono. Su questa direttrice si è

Ho detto però anche "senza minimizzazioni". L'assetto familiare non va infatti neanche immiserito in un asciutto dovere contributivo facendolo governare da mere operazioni di contabilizzazione. Ecco perché ritengo che gli atti traslativi e di destinazione diretti a sopperire a un bisogno primario, pur soddisfando uno specifico obbligo giuridico preesistente, non possono essere ridotti all'algido adempimento di un obbligo pecuniario, che, oltretutto, ha contenuto determinabile e non determinato *a priori*. Ecco il motivo per cui dubito che tali atti abbiano natura prettamente solutoria[54].

Ci siamo. La prestazione destinata al mantenimento non può essere separata dal contesto familiare. L'area è puntiforme e qui entrano di nuovo in scena gli artt. 64, comma 1, legge fall. e 163, comma 1, del codice della crisi d'impresa e possiamo adesso riprendere e chiudere il discorso più sopra lasciato in *stand-by*.

---

dubitato che famiglia sia davvero «un'isola che il mare del diritto può lambire soltanto», secondo l'espressione di C.A. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Catania*, III-1949, Napoli, 1949, a 21 (dall'estratto). Ci si è interrogati se, invece, non sia "l'isola che non c'è" o, se si preferisce, "l'isola che non c'è più". Appropriate considerazioni in M.R. MARELLA, la quale ha approfondito il tema a più riprese: v.ne *Il diritto di famiglia fra* status *e contratto*, in F. GRILLINI e M.R. MARELLA, *Stare insieme*, Napoli, 2001, 3, spec. 30 ss., *Gli accordi fra i coniugi tra suggestioni comparatistiche e diritto interno*, in FERRANDO (a cura di), *Separazione e divorzio*, nella *Giur. sist. dir. civ. comm.* fondata da W. Bigiavi, Torino, 2003, t. primo, 153, in part. 167 ss. e i capitoli *Dentro o fuori la famiglia* e *La famiglia e l'armonizzazione del diritto in Europa*, in EAD. – G. MARINI, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, Bari, 2014, 90 (spec. 104, 109 e 125 s.) e 127 (spec. 131).

Per incidens, sui patrimoni destinati la storia risale non solo a qualche decennio fa, ma a più di settant'anni fa e, a proposito del patrimonio familiare, si confronti il passaggio della *Relazione al codice civile*, che ci racconta del «benessere della famiglia» (*supra* nt. 44) con la riflessione di V. COTTINO, *Di alcuni ordinamenti familiari del nuovo codice civile*, in *Giur. it.*, 1943, IV, 40, segn. 49, il quale già lamentava il fatto che «[n]on dovrebbe essere consentito assicurare l'avvenire della famiglia a spese dei creditori».

Insisto da tempo su queste tematiche e per maggiori notizie v., s.v., da ultimo, *Scioglimento della comunione legale per separazione personale dei coniugi: chiose sulla legge n. 55 del 2015 e sul d.l. n. 132 del 2014 conv. in legge n. 162 del 2014*, in *Vita not.*, 2015, 947 (parte prima) e 1421(parte seconda), segn. 1438 ss. e 1442.

[54] Per l'inquadramento dei trasferimenti diretti a soddisfare l'obbligo di mantenimento tra le prestazioni negoziali *solvendi causa* v. invece G. MARICONDA, *Articolo 1333 c.c. e trasferimenti immobiliari*, in *Corr. giur.*, 1988, 146, spec. 147 ss., con inattesa conclusione che si tratterebbe di atti a causa esterna che andrebbero comunque assimilati agli atti gratuiti dal momento che l'art. 2901 c.c. «detta una disciplina speciale per gli atti a titolo oneroso, assoggettando tutti gli altri alla disciplina generale» (ivi, 149); per la natura gratuita anche A. CECCHERINI, *I rapporti patrimoniali nella crisi della famiglia e nel fallimento*, Milano, 1996, 202 ss., spec. 211.

Sulla natura solutoria v. altresì F. ANGELONI, *Rinunzie, transazione e arbitrato nei rapporti familiari*, Padova, 1999, II, 1499 ss. e 1544 ss., che iscrive la sostituzione dell'obbligazione periodica di mantenimento, a seconda del caso concreto, nella novazione, nella transazione

5.4. Segue: Tirando le fila

Tiriamo le fila del discorso.
La sussunzione cede il passo alla giustapposizione[55]. L'impianto argomentativo diventa paratattico. Con riguardo ai *trust* a causa di solidarietà orizzontale e a causa familiare si staglia un'ipotesi ricostruttiva radicata sul dettato legislativo degli artt. 64, comma 1, legge fall. e 163, comma 1, del codice della crisi, che aprono l'importante accennata feritoia di contemperamento degli interessi in campo[56]. Queste due norme danno linfa al ragionamento. Ci mostrano che i *trust* in esame sfuggono alla polarizzazione *ex* artt. 2901 e 2929-*bis* c.c. "atti a titolo gratuito" *vs* "atti a titolo oneroso" e rientrano, piuttosto, in quegli *atti che non patiscono inefficacia* ai sensi degli evocati artt. 64, comma 1, legge fall. e 163, comma 1, del codice della crisi d'impresa, sempreché, naturalmente, siano (*i*) diretti a provvedere a bisogni primari della persona, (*ii*) adeguati allo scopo e (*iii*) proporzionati al patrimonio del debitore disponente, anche se – perché pure questo va detto – il requisito di proporzionalità sfuma allorché si tratta di far fronte ai bisogni fondamentali di un familiare e sbiadisce completamente allorché sia in questione la sopravvivenza di questi[57]. A queste condizioni,

novativa o nella *datio in solutum* e, tra gli autori che si sono occupati dell'art. 2929-*bis* c.c., v. G. GALLUZZO, *Sulla gratuità dell'atto pregiudizievole come filtro di operatività dell'art. 2929-*bis *c.c.*, in *Riv. dir. priv.*, 2018, 237, a 258 ss., il quale, in accordo con la giurisprudenza, distingue tra atti di adempimento di specifiche obbligazioni familiari e atti che sono volti ad assolvere genericamente a un dovere familiare, inquadrando i primi tra gli atti non gratuiti e, dunque, esclusi dall'ambito applicativo dell'art. 2929-*bis* c.c.

[55] Basti il rinvio, in punto di metodo, a P.G. MONATERI, *La sineddoche*, Milano, 1984, *passim*. E si badi. Lo stesso linguaggio codicistico non risulta sempre sufficientemente accordato sulle note della dottrina. Ce lo dimostra il combinato disposto degli artt. 809, comma 2 e 742, comma 1, da cui la qualificazione come «atti di liberalità» delle «spese di mantenimento e di educazione e quelle sostenute per malattia», che liberalità non sono e v. pure L. BALESTRA, *Le obbligazioni naturali*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale A. Cicu e F. Messineo* [cont. da L. Mengoni e poi da P. Schlesinger], Milano, 2004, 122 (nt. 212).

[56] Il passaggio è colto nitidamente da L. GATT, *Dal* trust *al trust*[2], Napoli, 2010, 285 (nt. 110), la quale porta l'esempio del *trust* istituito da un imprenditore per sostenere un orfanotrofio, sempre che ci sia proporzionalità con il suo patrimonio. L'esempio è calzante, anche dopo il superamento del ricovero in istituto disposto dall'art. 2, comma 3, della legge 4 maggio 1983, n. 184, come rinnovellato dall'art. 2, comma 2, della legge 28 marzo 2001, n. 149. D'altronde, se l'imprenditore trasferisse gratuitamente un suo immobile allo Stato o ad altro ente territoriale con l'onere di destinarlo a fini di pubblica utilità, quell'immobile rientrerebbe nel patrimonio indisponibile e, come tale, non sarebbe pignorabile, né, dunque, sarebbe assoggettabile alla opzionalità *ex* art. 2929-*bis* c.c.

[57] Cattura il punto A. GIANOLA, *Atto gratuito, atto liberale*, cit., 361: «[l]a proporzionalità del valore dell'attribuzione alle condizioni economiche del disponente ed il carattere ordinario o

l'impoverimento del debitore risulta pienamente giustificato e non anormale.
Indubbiamente, l'esenzione in analisi è dettata in materia fallimentare e ora di liquidazione giudiziale del patrimonio, non invece con riferimento all'esecuzione in generale. Ma si tratta di un'esenzione che risponde a una valutazione di più ampio raggio. È espressione di una regola generale applicabile, in chiave sistematica e a tutto campo, anche alle elargizioni compiute da un debitore non imprenditore[58]. Perché, per dirla in parole povere, se l'esenzione vale per l'imprenditore commerciale, e dunque vale in sede concorsuale, dove le ragioni del credito hanno una tutela rafforzata e privilegiata e dove la normalità/anormalità dell'elargizione si rivolge a una popolata platea di creditori, a maggior ragione deve valere per il debitore non imprenditore commerciale, e dunque in sede ordinaria. Perché gli atti a titolo gratuito programmati per la cura e la protezione di un portatore di handicap o per fronteggiare i bisogni primari di un familiare rispondono a parametri di solidarietà e di autoresponsabilità genitoriale o parentale: indipendentemente dalla procedura in cui emergono.
Questi atti, ordinati nelle categorie generali, sono sì (privi di corrispettivo e in questo limitato senso, stando alle categorie tradizionali sono) gratuiti, epperò sono colorati da una causa particolare: la causa di solidarietà orizzontale e la causa familiare. V'è riscontro [per le obbligazioni di dare] di una *cause suffisante* e [per le altre obbligazioni] di una *cause raisonnable*[59]. Il

meno di essa perdono progressivamente importanza quanto più la necessità cui l'atto sopperisce sia primaria, collegata alla sopravvivenza del beneficiato. L'attribuzione priva di corrispettivo finalizzata a rendere possibile la cura di una malattia non integra una donazione qualunque sia il suo valore e qualunque siano le condizioni del disponente». Per qualche assonanza a proposito degli atti spontanei rispondenti a un interesse collettivo v.ne la voce *Atti liberali non donativi*, cit., 62 ss.

[58] Conf., nel senso che il regime delle esenzioni *ex* art. 64, comma 1, legge fall. è espressione di una regola generale, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Milano, 1994, 447, L. GATT, *La liberalità*, I, Torino, 2002, 373 e 387 ss., L. BALESTRA, *Le obbligazioni naturali*, cit., 123 ss., segn. 125 e G. TERRANOVA, *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, nel *Commentario Scialoja-Branca*, *Legge fallimentare, Art. 64-71*, I, Parte generale, Bologna-Roma, 2003, 152 ss. (testo e nt. 3).
Escludono invece che il regime delle esenzioni *ex* art. 64, comma 1, legge fall. sia applicabile alla revocatoria ordinaria (esperibile pure in sede fallimentare) A. GAMBARO, *La proprietà*[2], cit., 424 e F. ROSELLI, *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, in BESSONE (diretto da), *Trattato di diritto privato, Responsabilità patrimoniale*, v. IX, t. III, Torino, 2005, 162 e già G. OPPO [1947], *Adempimento e liberalità*, rist. inalt., Napoli, s.d., ma 1979, 340 ss. e M. SANDULLI, *Gratuità dell'attribuzione e revocatoria fallimentare*, Napoli, 1976, 250; in giurisprudenza, epperò con riferimento a un fondo patrimoniale, Cass., 18 settembre 1997, n. 9292, in *Foro it*., 1997, I, 3148.

[59] Sto chiaramente attingendo a mani basse da G. GORLA, *Il contratto*, I, cit., *passim*, segn. 82 ss.

depauperamento è, per così dire, titolato. Questi atti si riallacciano ai diritti e doveri di cura, assistenza, mantenimento ed educazione e, da questa latitudine, hanno *lato sensu* funzione assicurativa[60]. Trovano stringenti riscontri positivi, sia nelle fonti sovranazionali[61], sia nelle fonti costituzionali[62], sia nelle fonti ordinarie[63]. Meritano conseguentemente piena tutela[64], in considerazione della loro particolare funzione e del particolare rapporto su cui s'innestano[65], e quindi

[60] Per la funzione assicurativa M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei* trust *e degli affidamenti fiduciari*[2], Padova, 2011, 97, 288 e 357: nella terza edizione di questo volume, edita con il titolo *Istituzioni del diritto dei trust negli ordinamenti di origine e in Italia*, Assago-Padova, 2016, a 309, un spunto sull'art. 2929-*bis* c.c. che fa pensare: «[s]ono "a titolo gratuito" quegli atti che nessun beneficio apportano al patrimonio del disponente».

[61] V. gli artt. 6, 7, 9 14, 15, 21, 24, 25 e 26 della Carta di Nizza dei diritti fondamentali dell'UE 2000/C 364/01, la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità approvata dall'assemblea Generale delle Nazioni Unite il 13 dicembre 2006, ratificata con legge 3 marzo 2009, n. 18, gli artt. 1 e 8 del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, gli artt. 1, 2, 5 e 8 della Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali firmata a Roma il 4 novembre 1950 e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848 e gli artt. 1, 2, 3, 23, 25, 26, 27 e 29 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948.

[62] V. gli artt. 2, 3, comma 2, 4, 30, comma 1, 31, 32, comma 1, 38, 118, comma 4 e 120, comma 2, Cost.

[63] V. l'art. 3 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, gli artt. 147, 315-*bis*, 316-*bis*, 330, 433, 436, 438, 443 e 699 c.c. l'art. 5, comma 6, legge div., ma anche agli artt. 1900, comma 3, c.c. e 522, comma 2 e 523 c. nav.

L'obiezione per cui queste disposizioni delineano (o comunque s'aggirano intorno a) dei doveri giuridici e non morali è agevolmente confutabile considerando la situazione altrimenti paradossale che si verrebbe a creare. L'esenzione ai sensi degli artt. 64, comma 1, legge fall. e 163, comma 1, del codice della crisi d'impresa varrebbe infatti nel caso in cui beneficiario del *trust* fosse un amico, non invece nel caso in cui fosse un familiare. Il rapporto familiare diventerebbe una scriminante *in peius* e ciò produrrebbe una sorta di "discriminazione al contrario" incompatibile con il canone di ragionevolezza.

Su questa linea anche A. MORACE PINELLI, del quale *Interesse della famiglia e tutela dei creditori*, Milano, 2003, 275 ss. e *Atti di destinazione,* trust *e responsabilità del debitore*, Milano, 2007, a 209 ss.

[64] Staziona su questo risultato A. MORACE PINELLI, di cui v. *Interesse della famiglia ...*, cit., 262 ss., 306 ss. e 331 ss., *Atti di destinazione ...*, cit., 196 ss. e 271 ss. e, più recentemente, *Struttura dell'atto negoziale di destinazione e del* trust*, anche alla luce della legislazione fiscale, ed azione revocatoria*, in *Contr. e impr*., 2009, 448, spec. 482 ss. e 486 ss., su un percorso, tuttavia, di *indistinta* prevalenza dell'interesse familiare, col che prestando il fianco a una (non infondata) critica di generalizzazione e idealizzazione delle ragioni della famiglia che, invece, più persuasivamente, vanno verificate *caso per caso* e *in concreto*, tenendo conto degli *specifici bisogni dei familiari*.

[65] *Piercing the veil*, l'art. 64, comma 1, legge fall. e l'art. 163, comma 1, del codice della crisi d'impresa si fanno portatori di una sineddoche. Enunciano, più che una norma, un rinvio ad altre norme.

– per certi versi – indipendentemente dall'inquadramento che si vuole loro riconoscere nella relazione *inter partes*[66].

Su questa piattaforma teleologica, i *trust* per le persone portatrici di handicap e quelli per fronteggiare i bisogni primari di un familiare – e a maggior ragione nel caso in cui si combinano entrambe le caratteristiche, come accade per i *trust* per il "dopo di noi" a vantaggio di un familiare fragile – vanno tenuti fuori non solo dall'inefficacia di diritto *ex* artt. 64 legge fall. e 163 del codice della crisi d'impresa, ma anche, per coerenza sistematica, dal campo di applicazione della revocatoria *ex* art. 2901 c.c., sempre che, lo ripeto, siano adeguati allo scopo e proporzionati al patrimonio di chi li ha compiuti[67].

Non basta. Per coerenza sistematica, questi atti vanno tenuti fuori pure dall'inefficacia opzionale *ex* art. 2929-*bis* c.c.[68], in ordine alla quale si potrebbe

---

Vanno quindi letti diacronicamente giacché dipendono dall'effettivo tessuto normativo vigente, e non s'impongono sul medesimo.

[66] E. ALVINO, *Gli atti compiuti in adempimento di un dovere morale (nota a Cass., 29 agosto 1963, n. 2406)*, in *Dir. fall.*, 1964, II, 15, spec. 17, 19 ss. e 22, è stato il pioniere di questo passaggio. Per questa angolazione teleologica v. inoltre M. SANDULLI, *Gratuità dell'attribuzione* ..., cit., 240 e A. MORACE PINELLI, del quale, nella produzione più recente, *Atti di destinazione* ..., cit., 196 ss. e 271 ss. e *Trascrizione di atti di destinazione* ..., cit., 140 ss.

[67] Il caso deciso da Trib. Torino, Dott. E. Astuni, 17 settembre 2013, ined., di cui riferisce R.S. BONINI, *Destinazione di beni ad uno scopo*, cit., 157 s., 168 s. e spec. 174, è interessante. Ma lo è non per il passaggio in cui distingue in base allo scopo cui è diretto l'atto di destinazione *ex* art. 2645-*ter* c.c., facendo eco al filone giurisprudenziale che fa selezione tra gli accordi di separazione a seconda che si raccordino o meno con l'obbligo di mantenimento. È interessante per il pregevole raffronto tra l'ampiezza dello scopo concreto della destinazione (nella specie un primo immobile era destinato «per il mantenimento, sostegno economico, cure mediche, assistenza sanitaria nonché per lo studio e il successivo avviamento alla professione e alla attività lavorativa» dei figli e «limitatamente all'abitazione e, in caso di disabilità, per le cure mediche, assistenza sanitaria, anche in favore del conferente» e un secondo immobile era destinato «per l'abitazione» dei figli e della moglie separata) e la consistenza del patrimonio del "costituente" disponente concludendo, sempre secondo quanto riferisce l'A. cit., per la non proporzionalità e, dunque, per la revocabilità.

[68] In questa direzione, ma con argomentazioni anche tra loro differenti, M. BIANCA, *Il nuovo art. 2929*-bis *del codice civile* ..., cit., 1142 ss., A. CIATTI CÀIMI, *Vincoli di destinazione* ..., cit., 13, A. MORACE PINELLI, *Trascrizione di atti di destinazione* ..., cit., 141 e 309 ss. e R. CATALANO, *L'art. 2929*-bis *c.c. e l'art. 64, comma 2°, l. fall. nel sistema delle tutele revocatorie*, in *Nuove leggi civ.*, 2017, 1247, a 1237; qualche apertura in F. DELFINI, *La fattispecie dell'art. 2929*-bis *c.c.* …, cit., 106 (nt. 13) e in A. GIANOLA, *L'atto gratuito rilevante*, 288, del quale v. pure, in più ampio raggio, la voce *Atti gratuiti non liberali*, cit., 53 e già *Atto gratuito, atto liberale*, 400 ss., ove un sintetico raffronto comparatistico sull'operatività delle regole revocatorie quando bussa alla porta un interesse collettivo e familiare: ma cfr., muovendo dalla eccezionalità della norma concorsuale, S. PAGLIANTINI, *A proposito dell'art. 2929*-bis *c.c.*, cit., 192 e F. OLIVERO, *La revocatoria "semplificata"* ..., cit., 1200 ss.

ipotizzare che la prova di adeguatezza e proporzionalità può essere data in sede di opposizione[69].

Anzi. Qui c'è spazio per una "ragione più liquida". L'art. 2929-*bis* c.c., a ben vedere, offre una opzionalità non fruibile dal creditore in tutti i casi in cui – al netto delle eventuali menzioni rese negli atti notarili a fini fiscali – la natura gratuita dell'atto non consti *per tabulas*. Presupposto imprescindibile di applicazione dell'art. 2929-*bis* c.c. è infatti che la gratuità abbia *riscontri chiari, evidenti e documentali senza necessità di specifici accertamenti*, propri invece dell'azione revocatoria o di simulazione: insomma, è necessario che la gratuità sia manifesta e *ab extrinseco*[70]. Lo accennavo prima, gli atti su cui

---

Giunge a un risultato identico in punto di non applicabilità dell'art. 2929-*bis* c.c. a proposito dei contratti della crisi familiare G. OBERTO, *La revocatoria* ..., cit., 112 ss., muovendo, tuttavia, dall'idea (già sopra accennata: nt. 47) della loro natura essenzialmente onerosa e facendo salvi i (rari) casi in cui sia ravvisabile anche in queste ipotesi una causa liberale. Distingue invece P. GALLO, *Commento all'art. 2929-*bis *c.c.*, cit, § 5.

Un percorso logico suggestivo a proposito degli atti di adempimento di obbligazioni naturali è imbastito da F. TASSINARI, *L'espropriazione di beni* ..., cit., 8: «[n]on si tratta, tecnicamente, di invocare a giustificazione della conclusione un'applicazione analogica dell'art. 64 legge fall. per escludere dall'art. 2929-*bis* c.c. una categoria di atti che, in assenza di siffatta applicazione analogica, sarebbe invece inclusa nel perimetro della norma. Si tratta, al contrario, di assumere la consapevolezza che tali atti, nonostante l'espressione impiegata dal legislatore nell'art. 64 citato, non sono tecnicamente di "liberalità" (anche il dovere morale non giuridico esclude la spontaneità all'uopo necessaria), e che la specificità dell'art. 64 richiamato consiste non, come potrebbe apparire a prima vista, nell'escludere tali atti dal proprio precetto, bensì, a ben vedere, nell'includerli, purché l'alienazione patrimoniale che ne deriva non sia proporzionata rispetto al patrimonio del donante».

Gli autori più legati al dato positivo non mancano di rilevare che i vincoli di solidarietà tutelati costituzionalmente sarebbero d'altronde idonei a sollevare questioni di legittimità costituzionale nella misura in cui l'art. 2929-*bis* c.c. non prevede la sua inapplicabilità in ipotesi di tale specie: A. PROTO PISANI, *Profili processuali dell'art. 2929-*bis *c.c.*, cit., 137 ss. Per una serrata critica alla supervalutazione degli interessi finanziari D. MURITANO, di cui *proxime L'art. 2929-*bis*, c.c. e la protezione del patrimonio familiare*, in *Patrimoni, finanza e internalizzazione*, 2016, 4, spec. 10 ss.; per un progressivo allargamento del discorso P. GALLO, voce *Azione revocatoria breve*, in *Dig. civ.*, Aggiornamento XI, Torino, s.d., ma 2018, 33, spec. 34 e 48 ss., R.S. BONINI, *Dall'azione revocatoria all'espropriazione anticipata*, in RESCIGNO – CUFFARO (a cura di), *Atti di destinazione* ..., cit., 231, a 238 ss. e A. CARENA, *L'art. 2929-*bis ..., cit., 266, che distingue tra creditori "forti" e creditori "deboli", ma pure A. PROTO PISANI, *Note minime su Europa e sviluppo*, in *Foro it.*, 2014, V, 294 e, senz'altro, G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 172 ss., quest'ultimo esattamente notando che il nostro carattere pluralista si manifesta anche nel fatto che ci sono «valori che non hanno prezzo».

[69] È questa la pista che ho battuto nell'*Introduzione all'art. 2929-*bis *c.c.*, cit., 260. Mi fa anche qui compagnia D. MURITANO, *Il nuovo art. 2929-*bis *c.c.* ..., cit., 12, trattando degli atti di adempimento delle obbligazioni naturali.

[70] Gli interpreti sono sostanzialmente concordi sul punto e v., con indagini spesso rivolte agli

stiamo focalizzando la nostra attenzione, per loro essenza, presentano invece contorni sfumati: non sono a somma zero e per questo motivo la corrispondenza al "modello gratuito" di allocazione dei rischi dell'insolvenza a carico del beneficiario sembra richiedere, necessariamente, un giudizio a cognizione piena. Imboccata questa direttrice, il debitore, in sede di opposizione, potrebbe quindi limitarsi a contestare la sussistenza del presupposto della [manifesta] gratuità di cui all'art. 2929-*bis*, comma 1, c.c.

A ogni modo. È negli artt. 64 legge fall. e 163 del codice della crisi d'impresa che sta, a mio parere, il possibile criterio positivo di contemperamento tra i diversi interessi in campo e tutto questo discorso, evidentemente, implica e presuppone un'analisi ponderata del caso concreto[71].

Non è nel mio stile sciorinare soluzioni buone per tutte le stagioni. Ho solo

atti [traslativi] onerosi simulati, G. FINOCCHIARO, *Creditore legittimato a pignorare il bene del suo debitore*, in *Guida dir.*, n. 31/25 luglio 2015, 63, A. TEDOLDI, *Le novità in materia di esecuzione forzata nel d.l. n. 83 del 2015* …, cit., 157, B. CAPPONI, *Prime impressioni sugli aspetti processuali dell'art. 2929*-bis *c.c.*, cit., 12, P. GALLO, che ha ribadito il suo pensiero nella voce cit., 36 (e anche 40), A. FEDERICO, *Alienazioni a titolo gratuito* ..., 803 s., S. PAGLIANTINI, *A proposito dell'art. 2929*-bis *c.c.*, 185 ss., G. OBERTO, *La revocatoria* …, cit., 62 ss., V. LEONCI, *La revocatoria degli atti di segregazione patrimoniale*, cit., § 6, R. FRANCO, *La novella codicistica dell'art. 2929*-bis, cit., 686 s. (nt. 4), G. PETRELLI, *Pignoramento di beni oggetto di vincoli di indisponibilità e di alienazioni gratuite*, all'indirizzo *www.gaetanopetrelli.it*, § 6, F. TASSINARI, *L'espropriazione di beni* ..., cit., 8 ss. e M. LEO, *Il "pignoramento revocatorio"*, in *Riv. not.*, 2016, 981, a 995 s.

L'inapplicabilità dell'art. 2929-*bis* c.c. agli atti onerosi [asseritamente] simulati ha attirato la benevolenza dei primi precedenti giurisprudenziali in materia: Trib. Brescia, [ord.] 10 dicembre 2015, all'indirizzo *www.dirittobancario.it*, ha sospeso, per questo motivo, l'esecuzione fissando termine per la comparizione delle parti; ancor più esplicito Trib. Napoli, Dott. G. Cataldi, sentenza n. 4297/2018, del quale ci dà notizia A. PARRACCIOLO, ne *Il Sole 24 Ore*, 19 dicembre 2018, 34, per cui la gratuità deve risultare dall'atto medesimo senza necessità di un preventivo accertamento di tipo giudiziale (che contrasterebbe con le finalità dell'istituto): si trattava di un atto di compravendita immobiliare in relazione al quale il creditore aveva asserito la simulazione desumendola dal fatto che il prezzo era inferiore al valore di mercato, che non risultava il pagamento del corrispettivo e che il definitivo non era stato preceduto da un preliminare.

Sembra invece discostarsi V. VIOLANTE, *L'esecuzione forzata senza revocatoria di cui all'art. 2929*-bis *c.c. introdotto con il d.l. 27-6-2015, n. 83, convertito con modificazioni dalla l. 6-8-2015, n. 132*, in *Riv. es. forz.*, 2015, 588, segn. 594, per cui la «nuova norma […] potrebbe (il condizionale è d'obbligo) essere invocata tutte le volte in cui sussiste comunque la sostanziale gratuità dell'atto in pregiudizio del creditore».

Ho visitato l'argomento in *L'art. 2929*-bis *c.c. dalla prospettiva della tutela dell'affidamento*, cit., 293 ss.

[71] Nel testo il discorso è semplicemente imbastito. Ho cercato di articolarne meglio i passaggi nell'*Introduzione all'art. 2929*-bis *c.c.*, cit., 255 ss., cui può darsi un'occhiata anche per ulteriori argomentazioni.

voluto dare qualche spunto di riflessione ai tanti giudici presenti – oltre che ai colleghi notai – offrendo alcune suggestioni nella cornice di questo incontro dialettico tra giudici e notai, un incontro che mi pare ispirato a una sorta di *coopération officieuse*[72].

6. Una chiosa sugli atti di destinazione a servizio di una procedura concorsuale

Come sappiamo l'art. 2929-*bis*, comma 1, c.c. ci parla di un «atto del debitore, di costituzione di vincolo di indisponibilità o di alienazione, che ha per oggetto beni immobili o mobili iscritti in pubblici registri, compiuto a titolo gratuito successivamente al sorgere del credito». La sua rubrica allude alla «[e]spropriazione di beni oggetto di vincoli di indisponibilità o di alienazioni a titolo gratuito». Una dottrina vi ha registrato un'ambiguità espressiva e ha ritenuto che il suffisso «a titolo gratuito» andrebbe riferito solo alle alienazioni, e non ai vincoli di indisponibilità: gli atti di destinazione sarebbero dunque sempre soggetti al rimedio di cui all'art. 2929-*bis* c.c.[73]. È una lettura che non convince, ma l'economia di questo intervento non consente l'approfondimento del tema[74].

[72] Mutuo l'espressone dal bello scritto di D. MAZEAUD, *Régards sur l'influence de la doctrine sur la Cour de cassation en droit des obligation*s, in S. BAGNI, M. NICOLINI, E. PALICI DI SUNI, L. PEGORARO, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO e M. SERIO, *Giureconsulti e giudici*, 1, Torino, 2016, 188, spec. a 196: c'è un abisso rispetto a quell'approccio rappresentato da L. COVIELLO, ne *Gli errori della giurisprudenza ed i suoi trionfi*, in *Giur. it*., 1918, IV, 33.

[73] M. BIANCA, *Il nuovo art. 2929*-bis *del codice civile* ..., cit., 1140 ss.

[74] L'indirizzo più nutrito distingue, persuasivamente, a seconda della gratuità od onerosità del vincolo di destinazione: A. CIATTI CÀIMI, *Vincoli di destinazione* …, cit., 13, G. OBERTO, *La revocatoria* …, cit., 117 ss., L. BALLERINI, *Atti di destinazione e tutela dei creditori: l'art. 2929*-bis *c.c. riduce i confini della separazione patrimoniale*, in RESCIGNO – CUFFARO [cur.], Atti di destinazione, cit., 272, spec. 275, R. CATALANO, *L'art. 2929*-bis *c.c. nel sistema dei rimedi revocatori*, Napoli, 2016, 79 ss. (ove accenni a una questione sottesa), F. OLIVERO, *La revocatoria "semplificata"* …, cit., 1203, G. GALLUZZO, *Sulla gratuità dell'atto pregiudizievole* ..., cit., 261, G. MARCHETTI, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., 198 (nt. 202) e S. BARTOLI, *Negozi di destinazione* ..., cit., 178 ss.
Apprezzabile l'invito di D. MURITANO, *Il nuovo art. 2929*-bis *c.c.* …, cit., 19, a «considerare l'intero assetto di interessi, quale risulta dal collegamento tra il momento dell'organizzazione […] e il momento dispositivo»: il che ci rimanda alle sorvegliate pagine di R. NICOLÒ, *Dei mezzi della conservazione della garanzia patrimoniale* ..., cit., 238 e di L. MOSCO, *Onerosità e gratuità degli atti giuridici*, Milano, 1942, 24 ss., spec. 26, il quale già rilevava che la destinazione, in sé, è neutra rispetto ai concetti di onerosità e gratuità.

Mi limito a una comunicazione di servizio, facendo contestualmente mie le parole della recente ordinanza del Giudice dell'Esecuzione presso il Tribunale di Firenze, III sez. civ., 20 novembre 2018, RGE n. 167/2018 SUB 1.

Si trattava di un atto di destinazione a supporto di un concordato. Una banca, che aveva espresso voto contrario alla proposta concordataria, pur avendone possibilità non aveva poi fatto opposizione all'omologa[75]. Aveva quindi notificato e trascritto il pignoramento, chiedendo la sospensione dell'esecuzione in applicazione dell'art. 2929-*bis* c.c. Il G.E. ha escluso l'applicabilità dell'art. 2929-*bis* c.c. in quanto la «segregazione patrimoniale appare orientata all'adempimento dell'obbligazione garantita: non emerge una *causa donandi* bensì *solvendi*, come» affiora «dalle diverse relazioni del commissario giudiziale»; in particolare, «nel caso di specie, l'atto di destinazione – adottato in funzione liquidatoria dei beni immobili – pare trovare causa concreta e meritevole di tutela *ex* art. 1322 comma 2 c.c. quale misura alternativa di risoluzione della crisi d'impresa, idonea a salvaguardare l'attività ed i valori aziendali nell'ambito di un concordato preventivo con continuità»[76].

Non finisce qui. L'ordinanza è stata impugnata *ex* art. 669-*terdecies* c.p.c. Il Tribunale di Firenze, III sez. civ., con decreto 13 febbraio – 19 aprile 2019, cron. n. 4059/2019, RG n. 16621/2018, ha accolto il reclamo. Attenzione, però: ha accolto il reclamo non perché gli atti di destinazione sono sempre gratuiti, ma perché quello specifico atto di destinazione, ad avviso del collegio, sarebbe stato privo «di una evidente finalità solutoria in sede concordataria» per alcuni specifici creditori, tra cui appunto la banca reclamante. Il che rovescia la comune lettura per cui è la gratuità e non l'onerosità a dover risultare *per tabulas*, ma conferma che, almeno presso il Tribunale di Firenze, il rimedio *ex* art. 2929-*bis* c.c. è sfruttabile non per tutti gli atti di destinazione, ma solo per alcuni di essi. C.v.d.: l'operatività per gli atti di destinazione della regola espressa dalla massima *nemo liberalis, nisi liberatus* va sempre calibrata caso per caso.

[75] In ordine a questo aspetto procedurale ci sarebbe parecchio da osservare. Basti in questa sede far rinvio alla regola giurisprudenziale per cui quando la rimozione degli effetti del provvedimento di omologazione è affidata a mezzi tassativi d'impugnazione non è consentita un'autonoma azione: Cass., 3 ottobre 1988, n. 5327, in *Dir. fall.*, 1989, II, 355 e Cass., 11 aprile 1991, n. 3822, in *Fall.*, 1991, 1048.

[76] Il provvedimento si legge ora nella banca dati *DeJure – Giuffrè*: qualche ulteriore notizia nel cammeo con D. MURITANO per *Il Sole 24 Ore*, 29 novembre 2018, 31.

7. A mo' di sconclusione

Mi avvio al termine di questa relazione.
Sappiamo che la revocatoria incide sull'efficacia dell'atto, senza toccarne la validità. Il che significa che stiamo parlando di un atto che, per definizione, dovrebbe essere valido ed efficace: difetterebbe, altrimenti, l'*eventus damni*[77].
Ma che succede nel caso di un *trust* cui fa difetto l'*effettività* della segregazione del *fund*? Vi chiederete il perché di questo interrogativo. Il perché è presto detto.
Scandagliando le motivazioni delle sentenze, in parecchie occasioni ho avuto l'impressione che gli atti al vaglio appartenessero più alla famiglia dei trust con la «u», che non alla famiglia dei *trust*[78].
La sentenza n. 2043/2017 si è aggiudicata la palma della sentenza più evocata di questo Corso[79]. In essa – è stato detto in tutte le salse – la Cassazione si è occupata del pignoramento eseguito da una banca nei confronti del *trust*, invece che del *trustee*.
Ora, se guardiamo il caso concreto della sentenza ricordata e se leggiamo la nota di trascrizione di questo specifico *trust*[80], scopriamo cose interessanti[81]: l'atto istitutivo esibisce un campionario di clausole, diciamo così, un po' curiose:

[77] A proposito degli atti nulli è lapidaria Cass., 30 agosto 2013, n. 20002, nel *Foro it. on line*: «sono revocabili soltanto gli atti validi. Infatti, poiché l'esito vittorioso dell'azione revocatoria è quello dell'inefficacia dell'atto rispetto ai creditori è evidente che non si può neppure prospettare una questione di inefficacia rispetto ai terzi se l'atto, in quanto invalido, è improduttivo di effetti anche tra le stesse parti» (§ 2 della motivazione). La dottrina non ne ha mai dubitato e v., per tutti, R. NICOLÒ, *Dei mezzi della conservazione della garanzia patrimoniale* …, cit., 222, U. NATOLI, voce *Azione revocatoria*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, s.d., ma 1959, 888, in part. 894 e L. BIGLIAZZI GERI, [1991] voce *Revocatoria (azione)*, destinata all'*Enc. dir. Treccani*, (ora) in EAD., *Rapporti giuridici e dinamiche sociali. Principi, norme, interessi emergenti. Scritti giuridici*, Milano, 1998, 1024, a 1047.
[78] Pago qui dazio a L. GATT, *Dal* trust *al trust*[2], cit., *passim*.
[79] Cass., 27 gennaio 2017, n. 2043, si legge in *Foro it.*, 2017, I, 2014, con nota di richiami di N. VICINO, in *Corr. giur.*, 2017, con nota di M. LUPOI [*infra* nt. 97], in *Vita not.*, 2017, 323 ss. e in *Trusts e Attività fiduciarie*, 2017, 283: in queste ultime due riviste la nota di commento (edita con diverso titolo) di A. DI SAPIO e D. MURITANO (in *Vita not.*, 2017, a 143 [*infra* nt. 88] e in *Trusts e Attività fiduciarie*, 2017, 236 [la parte prima] e 361 [la parte seconda]).
[80] La nota di trascrizione è reperibile nei registri immobiliari di Reggio Emilia: formalità del 17 giugno 2010, nn. 13531 reg. gen. e 8213 reg. part. (la formalità del pignoramento è invece del 14 febbraio 2013, nn. 2912 reg. gen. e 1948 reg. part.).
[81] Un'efficace premessa su un certo approccio professionale a questo genere di – chiamiamoli così – *trust* si legge in M. LUPOI, *Viaggio nella prassi professionale fra virtuosismi, errori, fatti e misfatti*, in AA.VV., *I professionisti e il Trust*, nei *Quaderni di Trusts e Attività fiduciarie*, n. 10, Milanofiori, Assago, s.d., ma 2009, 279 e, più di recente, *Presentazione alle Istituzioni del diritto dei trust negli ordinamenti di origine e in Italia*[3], cit., VII.

– si tratta di un *trust* autodichiarato, dunque disponente e *trustee* coincidono e fin qui nulla di male, ma dalle risultanze pubblicitarie non risulta che sia previsto un meccanismo di sostituzione del *trustee*;
– il *trust* è destinato a «far fronte ai […] bisogni presenti e futuri» dei figli del disponente/*trustee* «specie in considerazione della circostanza della separazione giudiziale a cui sono addivenuti i genitori dei medesimi»[82];
– il *trust* può essere revocato «in ogni momento dal disponente»[83];
– a scanso di equivoci, l'atto istitutivo ci dice che il *trustee* (che, lo ripeto, era lo stesso disponente) può «in ogni momento e a propria discrezione porre termine anticipatamente al *trust* qualora ravvisi siano venute meno le finalità del *trust*»[84];
– il *trustee*, come di prassi, può «in qualsiasi momento sostituire» la legge regolatrice, ma può anche «in ogni momento […] modificare le disposizioni» dell'atto istitutivo, senza alcun limite se non quello, riproduttivo del paradigma legale e dunque pleonastico, che le modificazioni siano «compatibili rispetto alla legge regolatrice»;
– la discrezionalità del *trustee* in merito al soddisfacimento dei bisogni dei beneficiarî (i proprî figli) appare "leonina", se non "assoluta"; i poteri di gestione dei beni in *trust* sono amplissimi: il *trustee* non ha neppure l'obbligo di diversificare gli eventuali investimenti delle risorse economiche facenti parte del *trust fund*[85];

[82] Il profilo, a ben vedere, riguarda il "perché" più che il "come" della destinazione, dunque – per quanto gli aspetti presentino delle porosità – la "causa" più che il "fine" della destinazione.
[83] E qui casca l'asino, e pure il bue. Primo: la revocabilità del *trust* in ogni momento da parte del disponente rende incerta la bontà dell'intento destinatorio tradendo, forse, la preoccupazione di porre i suoi beni al riparo da (ulteriori) pretese creditizie. Secondo: la revocabilità *ad nutum* non appare del tutto coerente con la destinazione dei beni per il soddisfacimento dei bisogni dei figli del disponente per la durata di quarant'anni. Il tutto senza considerare che, dal punto di vista tributario, i *trust* revocabili sono considerati dall'Agenzia delle entrate soggetti interposti, quindi fiscalmente irrilevanti (circolari n. 43/2009 e n. 61/2010) e sembra trattarsi di una regola trans-ordinamentale: sull'inopponibilità al fisco degli Stati Uniti d'America del *grantor trust* offre notizie M. LUPOI, nel saggio *Il controllo "del" trustee e il controllo "sul" trustee*, letto per la cortesia dell'A., che sarà pubblicato in *Trust e Attività fiduciarie*, § 6.
Ulteriori spunti in M. GRAZIADEI, *Diritti nell'interesse altrui*, Trento, 1996, 285 e 338.
[84] Ma, vien da chiedersi, quali finalità? Il sospetto su questo genere di clausole è diffuso anche nella giurisprudenza di merito e v., a proposito di un atto di destinazione *ex* art. 2645-*ter* c.c. per il quale non sono stati introdotti in giudizio «elementi giustificativi del termine individuato (180 mesi)» e che esibiva «una clausola che permette al conferente e beneficiario di far cessare prima del termine il vincolo» v. Trib. Genova, Dott.ssa L. Calcagno 25 giugno 2016, n. 2234/2016, rep. 1864/2016, RG n. 12547/2014, consultabile sul sito dell'Associazione "Il *trust* in Italia" (*www.il-trust-in-italia.it*), che (anche per questo) ne ha dichiarato l'inefficacia *ex* art. 2901 c.c.
[85] Non basta. Colpisce che nel quadro D della nota di trascrizione dell'atto istitutivo – un vero

– *dulcis in fundo*, il *trust* cessa con la morte del *trustee*, se anteriore al termine finale fissato nell'atto istitutivo (40 anni)[86].
Ecco di cosa stavamo parlando in concreto[87].
Ora. Alcune di queste prerogative sono senz'altro consentite dall'art. 9A della *Trust*s (*Jersey*) *Law*, che è la legge che regola questo *trust*. Sennonché, il *trustee has to hold the assets*. I diritti sui beni in *trust* devono uscire dalla sfera di governo del disponente quale proprietario dei beni[88]. Indubbiamente l'art. 2 consente al disponente di ritenere alcune prerogative e, per simmetria, di affidarle a terzi. Epperò primo: non ammette la ritenzione del "controllo"[89]. Epperò secondo: non

quadro di van Gogh – ci si sia premurati d'indicare che «il *trustee* deve custodire il patrimonio in *trust*», ma ben ci si sia guardati dal far anche solo un cenno all'obbligo di rendiconto del *trustee*, che l'art. 8, comma 2, lett. *f*), della Convenzione comanda come impreteribile: una succosa indagine sulla rendicontabilità in M. LUPOI, *Si fa presto a dire «*trust», in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 669, a 673 e 675.

[86] Forse che i bisogni dei figli del disponente dipendano dalla permanenza in vita di quest'ultimo? A ogni modo, è principio fondamentale che un *trust* non cessa a causa della mancanza del *trustee*: ragguagli in M. LUPOI, di cui *Si fa presto a dire «*trust», cit., 675 e già *Vicende riguardanti il* trustee *e cessazione del* trust, in *Trusts e Attività fiduciarie*, 2012, 611; un nitido distinguo, proprio con riferimento a questo aspetto, fra *trust* e *agency* in [A. UNDERHILL e] D.J. HAYTON, *Law relating to trusts and trustee*[14], Londra, 1987, 5 e 12 ss.

[87] Quanto poi riferito dai quotidiani di cronaca sugli attori della vicenda è altro paio di maniche, ma su come noi giuristi trattiamo alcuni fenomeni di grande rilevanza sociale i curiosi potrebbero sbirciare sin d'ora R. ORESTANO, *Il «metabolismo» dei giuristi*, in *Foro it.*, 1981, V, 81, spec. 86.

[88] Un appropriato riferimento al tema della *duae personae* è sunteggiato da M. LUPOI, in *Il controllo ...*, cit., § 9. Con D. MURITANO non mi pare fossimo andati tanto lontano pensando a E.H. KANTOROWICZ, [1957] *I due corpi del re*, trad. it. G. Rizzoni, Torino, 1989, *passim*, spec. 7 ss. e 12 e, s.v., v. il nostro Trust *e trascrizione: quello che la Cassazione ha detto (e ha dato) e quello che non ha detto (e non ha dato)*, in *Vita not.*, 2017, 143, spec. 153 s. In un'architettura più in generale, senz'altro, R. ESPOSITO, *Terza persona*, Torino, 2007, 99 ss. e 103 ss., ove colte e sofisticate notazioni a margine di un alcuni passi di T. HOBBES, *Leviatano*, nell'ed. it. a cura di E. Lunani, Roma, 1997, con testi critici di N. Bobbio, M.A. Cattaneo e H. Warrender, 75 ss. e 83 s.

[89] Ho usato le virgolette perché le parole, si sa, presentano un'intrinseca ambiguità e così pure la parola "controllo". Il saggio di M. LUPOI, *Il controllo ...*, cit., § 3 ss., ci dà le giuste coordinate per decifrare quest'ambiguità: abbiamo un controllo "del" *trustee* e un controllo "sul" *trustee*; il *trustee* controlla il *trust fund*, ma c'è chi controlla il *trustee*.
Sulle ambiguità che circondano la terminologia dei *trust* v. pure L. SMITH, *Massively Discretionary Trusts*, in *Current Legal Problems*, v. 70, Issue 1, 2017, 17 e in (2019) 25 *Trusts & Trustees*, 397, consultato *on line* all'indirizzo *https://ssrn.com/abstract=2932933*, spec. § II: «*[t]here is no rule book for the terminology of trusts, and indeed some of it is surprisingly unstable. Some of the most basic words and phrases – 'trust', 'beneficiary', 'discretionary trust'– are ambiguous. This ambiguity can lead to serious misunderstandings about fundamental principles*» (ringrazio anche qui D. Muritano per la segnalazione e per il confronto dialettico sulle tesi sostenute da Smith).

si può «avere la torta e mangiarsela»[90]. Dunque, la mancanza di un sufficiente grado di perdita di controllo fa sospettare dell'applicabilità della Convenzione de L'Aja: ergo, fa sospettare che il *trust* regolato da una legge straniera possa essere riconosciuto[91].

Insomma, una lettura in controluce (ma, poi, mica tanto in controluce) delle disposizioni del *trust* in esame fa emergere, con sufficiente chiarezza, che con esso nulla è cambiato nel rapporto fra il disponente e i beni in *trust*. Il disponente, autodesignatosi *trustee*, continua ad avere, sui beni in *trust*, la più libera e assoluta disponibilità, senza che mai possa ritenersi formato un *trust fund*, che è una delle caratteristiche centrali dell'istituto. Erano e sono rimasti «suoi beni», per esprimerci con le parole dell'art. 2740, comma 1, c.c.

Ora. Vada per il principio della domanda (di cui occorrerebbe però approfondire i presupposti), vada per il differente contenuto del controllo di merito rispetto a quello di legittimità, vada pure per il principio di autosufficienza del ricorso per Cassazione, ma mi domando se questo *trust* non potesse, in primo o in

[90] C. MCKENZIE, *Having and eating the cake: a global survey of settlor reserved power trusts: Part 1*, in *Private Client Business*, 2007, 5, 336. A proposito del controllo trattenuto dal disponente, se è l'unico beneficiario e se il *trustee* è ai suoi ordini, v. M. GRAZIADEI, *Diritti nell'interesse altrui*, 244 (nt. 52).

Trib. Bologna, 9 gennaio 2014, in *Trusts e Attività fiduciarie*, 2014, 293, ha ritenuto irriconoscibile, ai sensi dell'art. 2 della Convenzione, un *trust* [in parte] autodichiarato in cui i disponenti si erano riservati un potere assoluto di controllo e v'era rinuncia del guardiano a esercitare qualsiasi azione contro il *trust*, il disponente, il *trustee* e i beneficiarî, il che privava la sua designazione di qualsivoglia utilità e impediva la tutela dei beneficiarî. La sentenza è stata confermata da App. Bologna, 11 gennaio 2019, n. 143, in *Trusts e Attività fiduciarie*, 2019, 449: v.ne il commento di A. TONELLI, *L'ultimo comma dell'art. 2 della Convenzione e la posizione del disponente*, *ibidem*, 391, la quale, a proposito dei poteri trattenuti dal disponente, sulla scorta di un noto precedente della corte di Jersey, a 399, rileva che il giudizio va condotto *ex post* sui fatti concretamente accaduti e non *ex ante* sulla formulazione delle clausole dell'atto istitutivo, come invece hanno fatto i giudici emiliani.

[91] Capiamoci subito. Dire che il *trust* non è riconoscibile ai sensi della Convenzione de L'Aja per mancanza di controllo significa mettere in discussione la funzionalità del *trust* e l'effettività della segregazione del *fund*, non la validità dell'atto istitutivo di *trust*, né dell'atto di dotazione. Ci mettono sulla strada giusta, in chiave progressivamente più allargata, M. LUPOI, di cui *Jersey e il modello internazionale*, introduzione a E. BARLA DE GUGLIELMI, P. PANICO e F. PIGHI, *La legge di Jersey sul trust*, Milanofiori, Assago, 2007, 3, a 7 ss., in part. 10 e, più recentemente, *I* trust*, i flussi giuridici e le fonti di produzione del diritto*, in *Foro it*., 2018, I, 3147, spec. 3153 ss., con appropriato richiamo alla regola di cui all'art. 790 c.c., M. GRAZIADEI, *Diritti nell'interesse altrui*, 242 ss., 274 ss. e 495, A. GAMBARO, *Il* trust *simulato*, relazione presentata al Congresso del Ventennale organizzato dall'Associazione "Il *trust* in Italia", tenutosi a Genova il 10-11 maggio 2019 e G. CONTALDI, *Il* trust *nel diritto internazionale privato*, Milano, 2001, 84 ss., 148 ss. e 212 ss.

secondo grado, essere dichiarato semplicemente irriconoscibile ai sensi della Convenzione de L'Aja negandone, così, l'effetto segregativo con possibilità di aggredire direttamente i beni destinati[92].

E sono alla sconclusione: sì, con la «s».

Ciò che noto dall'esterno rispetto alle dinamiche giudiziarie è che, qualche volta, gli interpreti cedono al fascino di quella che in uno stuzzicante racconto di letteratura giuridica fu definita la «macchina spaccacapelli»[93], invece di riflettere sulla campitura di un passaggio giurisprudenziale che si legge nella sentenza n. 10105/2014 sui *trust* liquidatori. In questa sentenza la Cassazione invita a due tipologie di controlli sugli atti istitutivi di *trust*[94]:

(1) un controllo – che la Corte ritiene preliminare – di *riconoscibilità* ai sensi

---

Id est: ci vuole un sufficiente grado di affidamento "al" e "nel" *trustee*. Se manca l'affidamento, il *trust* rischia di essere *bare* (ma non solo, e v. la relazione di D. MURITANO, *Il* trust *in funzione successoria*, in questo volume, § 2).

La tendenza a lambiccarsi invece su uno *sham trust* e a far scivolare il discorso sulla nullità è sguarnita di ancoraggi positivi: per una lucida ricomposizione del tema v. Corte per il *trust* della Repubblica di San Marino, [ord.] 5 dicembre 2017, n. causa 2017/04VG, in *Foro it*., 2018, IV, 174; ma cfr. i *dicta* di Trib. Bologna, 9 gennaio 2014, cit. e di Trib. Reggio Emilia, 21 ottobre 2014, all'indirizzo *www.ilcaso.it*.

[92] L'effetto, in pratica, è stato invece questo. La banca procedente è rimasta con un pugno di mosche in mano. Nelle more del giudizio l'inefficacia del *trust* è stata peraltro pronunciata nei confronti di altro istituto di credito e, sotto il profilo della pubblicità, è interessante notare che a quest'inefficacia è stata data pubblicità a mezzo annotazione (eseguita nei registri immobiliari di Reggio Emilia il 21 aprile 2017, nn. 8335 reg. gen e 1449 reg. part.) a margine dell'originaria trascrizione dell'atto dichiarativo di *trust* (che, non dimentichiamolo, era un *trust* autodichiarato) presa "contro" il disponente e "a favore" del *trust*, trascrizione che il giudice di *prime cure* aveva paventato nulla per indeterminatezza della «persona […] a cui si riferisce l'atto» *ex* art. 2665 c.c.: Trib. Reggio Emilia, 25 marzo 2013, in *Trusts e Attività fiduciarie*, 2013, 636. Per una visitazione del tema della simmetria e congruità della segnalazione pubblicitaria successiva rispetto a quella originaria [che, nel caso di specie, al più, presentava una superfetazione nell'indicazione del solo "soggetto a favore"] v., s.v., A. DI SAPIO, Trust *e modalità di esecuzione della pubblicità immobiliare*, in *Vita not*., 2015, 217 (parte prima), segn. 220 ss. e 695 (parte seconda), segn. 707 ss.

[93] R. VON JHERING [1861-1884], *Nel cielo dei concetti giuridici*, in ID., *Serio e faceto nella giurisprudenza*, trad. it. G. Lavaggi, Firenze, s.d., ma 1954, 271, a 280 ss.

[94] Cass., 9 maggio 2014, n. 10105, si legge in *Foro it*., 2015, I, 1328, con nota di A. PALMIERI, in *Banca e borsa*, 2016, II, 251 con nota di A. FELICETTI e in *Corr. giur*., 2015, 192, con nota di U. LA PORTA.

In claris. Questi due controlli sono diversi sul piano del giudizio, ma si compenetrano sul piano della regolamentazione concreta. Diamo la parola a G. CONTALDI, *Il* trust *nel diritto internazionale privato* ..., cit., 84 ss., segn. 86: «riconoscere il *trust* significa, non diversamente da quanto avviene in relazione ad altre fattispecie, conferire efficacia alla legge resa applicabile dalle norme di conflitto al fine di attribuire determinati effetti ad un rapporto giuridico costituito

della Convenzione de L'Aja integralmente considerata e, così, una verifica di rispetto delle norme inderogabili del foro nelle materie indicate nel relativo art. 15[95];
(2) un controllo – che la Corte ritiene successivo – di *validità* alla stregua della

nel vigore di una legge straniera».

[95] Per una recente panoramica sugli elementi che rendano legittimo il diniego del riconoscimento v. P. PARDOLESI – L. CAPUTI, *Percorsi microcomparatistici: dal* trust *al contratto di affidamento fiduciario*, nei *Quaderni del Dipartimento Jonico* in *Sistemi Economici e Giuridici del Mediterraneo*, 8, 2018, Taranto, s.d., ma 2018, 81 ss.
Per vero, il discorso giurisprudenziale sulla riconoscibilità necessita una risistemazione e va coordinato con quanto accennavo *supra* nt. 91.
Cass., 9 maggio 2014, n. 10105, cit., lascia intendere di apprezzare, in qualche misura, la differenza tra il piano della *riconoscibilità*, che, lo ripeto, riguarda, la funzionalità del *trust* e il piano della *validità* secondo le regole straniere che governano il *trust*. Ma mi pare poi si spinga un po' oltre vanificando il distinguo. Perché è diverso dire, come si è proposto alla nt. 91, che il *trust* irriconoscibile non produce alcuna segregazione, altro è dire, come fa la Cassazione, che «una volta accertata la non riconoscibilità, lo strumento non produce alcun effetto giuridico nel nostro ordinamento, in particolare non quello di creare un patrimonio separato, restando *tamquam non esset*; in tal caso, posto che la Convenzione *ex* art. 15 cit. non può costituire "ostacolo" all'applicazione della disciplina dell'insolvenza, è quest'ultima a porsi, all'inverso, come ostacolo al riconoscimento del *trust*». Certo, la «nullità (*ex* artt. 1343, 1344, 1345 e 1418 c.c.) presuppone che l'atto sia stato riconosciuto dal nostro ordinamento», ma mi pare che si faccia un bel minestrone quando si afferma che «il conflitto con la disciplina inderogabile [nella specie] concorsuale determina invece la stessa inesistenza giuridica del *trust* nel diritto interno»: frequentano la stessa cucina Trib. Bologna, 9 gennaio 2014, cit. e App. Bologna, 11 gennaio 2019, n. 143, cit. Ancor meno convincente è poi che, come ha ritenuto sempre Cass., 9 maggio 2014, n. 10105, cit., «[n]elle ipotesi in cui […] l'atto istitutivo contenga la clausola di risoluzione allorché sopravvenga una vicenda concorsuale nei confronti della disponente (c.d. clausola di salvaguardia), essa resta inoperante, come tutto il negozio, privo in via assoluta di effetti in quanto non riconosciuto *ab origine*». Ecco il dissolvimento del distinguo tra irriconoscibilità e nullità, che, nella narrativa di Cass. 10105/2014, condurrebbero al medesimo irraggiamento operativo.
Ora. Tutti conosciamo l'adagio – vero, tanto rotondo quanto da mettere a punto, come ci ricorda R. SACCO, *Il contratto invalido*, cit., 1508 ss., ma il cui fulcro non è nel nostro caso in discussione, dico l'adagio – *quod nullum est, nullum producit effectum*. Ed è significativo che, andando al sodo e senza tante sfumature, Trib. Parma, 20 aprile 2018, n. 558, in *Trusts e Attività fiduciarie*, 2019, 442, abbia fulminato di nullità un *trust* autodichiarato con disponente, come s'è detto, "piglia-tutto", per violazione dell'art. 2 della Convenzione e l'assioma (violazione dell'art. 2 cit. = nullità dell'atto istitutivo e, conseguentemente, dell'atto di dotazione) era già affiorato in Trib. Pesaro, [ord.] 12 dicembre 2017, rep. 1483/2017, RG 1660/2017, chiamato, peraltro, a pronunciarsi in ordine a una revocatoria ordinaria, sui cui passaggi argomentativi il parere critico reso da D. Muritano, letto per la cortesia dell'A., meriterebbe di essere dato alle stampe.
Le cose non stanno però propriamente come si legge in queste pronunce. A tacere di una certa anfibologia terminologica (che non risparmia neppure l'«inesistenza giuridica»), esse praticano un'inversione delle premesse con le conclusioni, senza che con ciò, beninteso, io stia dicendo che qui primeggia la precomprensione.

disciplina dettata dal diritto straniero prescelto, controllo quest'ultimo in ordine al quale i precedenti vanno cercati con il lanternino[96].

Ricapitoliamo: la Cassazione nella sentenza n. 10105/2014 dà credito all'applicazione integrale della Convenzione de L'Aja e all'applicazione della disciplina straniera. Ora, di là dall'inversione logica e cronologica delle fasi di verifica giurisprudenziale, tutto ciò, volendo essere fiduciosi, dovrebbe comunque significare un po' più *trust* e un po' meno trust con la «u». Che è un altro passo verso quella che il comparatista, a ragion veduta, chiama la «metabolizzazione dei *trust*»[97].

Salvo, ovviamente, riconoscere che, oggigiorno, in Italia non abbiamo più

Infatti. Almeno nel perimetro di cui all'art. 8 della Convenzione, il piano della validità andrebbe valutato secondo le regole fissate dalla legge scelta dal disponente, non secondo le regole interne, altrimenti staremmo parlando di trust con la «u». Questo è il controllo pregiudiziale da fare. Poi viene la verifica di riconoscibilità, che – come mi ha fatto notare in una conversazione privata D. Muritano, preciso come al solito – non è ancora il controllo *ex* art. 15, ma è una verifica di corrispondenza delle specifiche caratteristiche del singolo *trust* con le imprescindibili caratteristiche che ogni *trust* deve avere secondo il diagramma tracciato dall'art. 2, da leggere in combinata con l'art. 8. Solo dopo queste due fasi, si può passare alla terza, verificando se gli effetti del negozio concreto siano in conflitto con le regole del foro nelle materie di cui all'art. 15, comma 1, della Convenzione. Nel caso in cui sorga il conflitto e fallisca il tentativo imposto al giudice di realizzare gli obiettivi del *trust*, questo deve ritenersi non produttivo di *effetti* e sulla portata del *favor trust* di cui all'art. 15, comma 2, sono illuminanti le considerazioni di G. CONTALDI, *Il* trust *nel diritto internazionale privato*, cit., 213 ss. ed è un peccato che di esse non abbiano tenuto conto Trib. Bologna, 9 gennaio 2014, cit. e App. Bologna, 11 gennaio 2019, n. 143, cit., che si sono arricciati invece sul collante della nullità.

Stringo, "non riconoscibile" non significa nullo. Significa invece che, come recita l'art. 11 della Convenzione, quell'atto non potrà essere riconosciuto «come *trust*», insomma che a esso non potranno ricollegarsi gli effetti minimi della separazione patrimoniale e della capacità del *trustee* di agire in giudizio ed essere citato in giudizio, o di comparire in qualità di *trustee* davanti a un notaio o altra persona che rappresenti un'autorità pubblica. Che è un tema tutto diverso, il quale ha a che fare, appunto, con la funzionalità del *trust* e con l'effettività della segregazione del *fund*, non con la validità dell'atto istitutivo di *trust*, né dell'atto di dotazione e qui il cerchio si chiude.

[96] Il passaggio è chiarissimo a chi, da decenni, mostra grande familiarità, sia teorica che operativa, con questi temi: penso a M. LUPOI, *Trusts*[2], cit., 15 ss. e D. MURITANO, di cui v., oltre alla relazione a questo Corso su *Il trust in funzione successoria*, § 1, 2 e 8, l'agile ma puntuale lavoro pubblicato con il titolo *Trust interni e applicazione della legge straniera*, in *La gestione straordinaria delle imprese*, 2017, 5, 2, spec. 5 (testo e nt. 10, ove bibliografia). Quest'ultimo A. ha messo in scacco il ragionamento di Cass. n. 10105/2014 muovendo ai giudici di legittimità l'argomentata critica di razzolare in modo discutibile essendosi essi limitati poi a constatare la violazione della normativa fallimentare senza neppure tener conto che i *trust* liquidatori sono sconosciuti nel diritto inglese. E, detto a parole mie, ci vuol un po' di fantasia ad almanaccare la riconoscibilità ai sensi della Convenzione di un trust all'italiana, privo di agganci nell'ordinamento d'origine invocato nell'atto istitutivo.

[97] M. LUPOI, di cui, nell'ampia produzione, v. *Trusts*[2], cit., 19 ss., *Sistemi giuridici comparati*,

bisogno della Convenzione de L'Aja. Ma questa, come s'è osservato, è allora tutta un'altra storia, che, a tacer d'altro, farebbe venir meno l'obbligo di applicare nel nostro foro la legge regolatrice straniera scelta dal disponente e farebbe rientrare dalla porta il controllo *ex* art. 1322 c.c.[98], che per i *trust* è stato da tempo espulso dalla finestra[99]. Una storia che, a pieno titolo, potrebbe cominciare con l'*incipit* di quell'opera di Manganelli intitolata, appunto, *Sconclusione*: «[c]on calma, lentamente, rimisi mio padre nel cassetto»[100].

Napoli, 2001, 60 ss. e 143 s. e, più recentemente, *I* trust*, i flussi giuridici e le fonti di produzione*, cit., 3151, 3153 e 3157 e *La metabolizzazione dei* trust, in *Corr. giur.*, 2017, 784; v. pure, in chiave generale, R. SACCO, voce *Circolazione e mutazione dei modelli giuridici* per il *Dig. civ.*, II, Torino, s.d., ma 1988, 365, a 367.

Occhio, però. Il metabolismo dei giuristi, come aveva già ottimamente registrato R. ORESTANO, *Il «metabolismo» dei giuristi* ..., cit., 87 e 103 ss., è assai particolare, e tanto dipende dalle loro *nourriture*.

[98] M. LUPOI, *I* trust*, i flussi giuridici e le fonti di produzione*, cit., 3158.

[99] Il discorso sul controllo di meritevolezza degli interessi, dopo qualche incertezza iniziale, può infatti ritenersi superato in tema di *trust*. Palmare Cass., 19 aprile 2018, n. 9637, in *Foro it.*, 2018, I, 3136 (commento di M. LUPOI, *supra* nt. 91): «la valutazione (astratta) della meritevolezza di tutela è stata compiuta, una volta per tutte, dal legislatore. La l. 16 ottobre 1989 n. 364 (ratifica ed esecuzione della convenzione sulla legge applicabile ai *trusts* e sul loro riconoscimento, adottata a L'Aia il 1° luglio 1985), infatti, riconoscendo piena validità alla citata convenzione de L'Aia, ha dato cittadinanza nel nostro ordinamento, se così si può dire, all'istituto in oggetto, per cui non è necessario che il giudice provveda di volta in volta a valutare se il singolo contratto risponda al giudizio previsto dal citato art. 1322 c.c. (nella premessa alla convenzione si afferma espressamente che si tratta di un istituto tipico dei paesi di *common law*, adottato però anche da altri paesi con alcune modifiche)». In dottrina, già e per tutti, A. GAMBARO, di cui già voce *Trust*, in *Dig. civ.*, Torino, XIX, s.d., ma 1999, 449, a 466.

Il discorso sul controllo di meritevolezza degli interessi è invece tuttora vivace in tema di vincoli di destinazione alla luce del dettato dell'art. 2645-*ter* c.c.: è un discorso che ha origini antiche e basti qui ricordare la pagina magistrale di G. GORLA, *Il contratto*, I, cit., 199 ss., spec. 219 ss.

Epperò, l'eclissi della causa è cominciata da tempo. Di là dal silenzio dei Principî di Undroit dei contratti commerciali internazionali e dal silenzio dei PECL elaborati dalla Commissione coordinata da Ole Lando e Hugh Beale, basti registrare che in Francia, dal 1° ottobre 2016, a seguito dell'opera di modernizzazione e semplificazione del diritto dei contratti realizzata con l'*Ordonnance* n. 2016-131 del 10 febbraio 2016, la causa non è più compresa tra gli elementi necessari per la validità del contratto (art. 1128 *code civil*). Oltralpe, il controllo sul contratto si muove adesso su un altro piano. E lo sbocco per cui «[i]l causalismo italiano, elemento del folklore locale, non è fatto per un confronto interlocale» è tutt'altro che frutto dei bislacchi pensieri di un giurista in vena di monellerie interpretative: R. SACCO, *La causa*, cit., 833 (nt. 73).

[100] G. MANGANELLI, *Sconclusione*, Milano, 1976, 5.