

L'estratto che stai consultando  
fa parte del volume in vendita  
su **ShopWKI**,  
il negozio online di **Wolters Kluwer**

[Torna al libro](#)



CEDAM

IPSOA

**UTET**<sup>®</sup>  
GIURIDICA

il fisco

 ALTALEX

CEDAM

# RIVISTA DI DIRITTO CIVILE

RETTA DA

**WALTER BIGIAVI** **ALBERTO TRABUCCHI** **GIORGIO CIAN**  
(1955-1968) (1955-1998) (1998-2022)

DIREZIONE

**Stefano Delle Monache e Matilde Girolami** (*Coordinamento*)

**Elena Bargelli – Francesco D. Busnelli – Mario Campobasso**  
**Marco Cian – Claudio Consolo – Alessandro D’Adda**  
**Antonio Gambaro – Carlo Ibba – Natalino Irti**  
**Salvatore Patti – Giuseppe B. Portale – Pietro Rescigno**  
**Ugo Salanitro – Michele Sesta – Paolo Spada**  
**Vincenzo Varano – Alessio Zaccaria – Andrea Zoppini**

**Guido Calabresi – Josep Ferrer Riba – Thomas Genicon**  
**Denis Mazeaud – Àngel Rojo Fernández-Rio**

**Luglio-Agosto**  
**2024**

[edicolaprofessionale.com/RDC](http://edicolaprofessionale.com/RDC)



Wolters Kluwer

**La Rivista fu fondata nel 1955, sotto gli auspici dell'Istituto di Diritto della Facoltà di Economia e Commercio di Bologna e dell'Istituto di Diritto Privato dell'Università di Padova, da:**

*Enrico Allorio, Walter Bigiavi, Luigi Carraro, Giorgio Oppo, Alberto Trabucchi.*

**Direzione:**

STEFANO DELLE MONACHE E MATILDE GIROLAMI (*Coordinamento*)

ELENA BARCELLI – FRANCESCO D. BUSNELLI – MARIO CAMPOBASSO – MARCO CIAN – CLAUDIO CONSOLO – ALESSANDRO D'ADDA – ANTONIO GAMBARO – CARLO IBBA – NATALINO IRTI – SALVATORE PATTI – GIUSEPPE B. PORTALE – PIETRO RESCIGNO – UGO SALANITRO – MICHELE SESTA – PAOLO SPADA – VINCENZO VARANO – ALESSIO ZACCARIA – ANDREA ZOPPINI

GUIDO CALABRESI – JOSEF FERRER RIBA – THOMAS GENICON – DENIS MAZEAUD – ÀNGEL ROJO FERNÁNDEZ-RIO

**Comitato Scientifico:**

E. AL MUREDEN – G. AMADIO – G. BALENA – L. BALESTRA – V. BARSOTTI – G.A. BENACCHIO – S. BOLOGNINI – C. CAMARDI – R. CAPONI – V. CARIELLO – D. CARUSI – G. D'AMICO – G. DE CRISTOFARO – M.V. DE GIORGI – E. DEL PRATO – G. DI ROSA – B. ECCHER – M. FABRE-MAGNAN – P. FEMIA – G. GITTI – C. GRANELLI – P. KINDLER – F. MACARIO – M. MAGGIOLO – M. MANTOVANI – G. MARASÀ – M. MAUGERI – E. MINERVINI – M. MIOLA – P.G. MONATERI – E. NAVARRETTA – M. ORLANDI – F. PADOVINI – S. PAGLIANTINI – G. PONZANELLI – E. QUADRI – C. RIMINI – C. SCOGNAMIGLIO – P. SIRENA – S. TROIANO – G. VILLA.

**Norme di autodisciplina:**

1. La pubblicazione dei contributi nella Rivista di Diritto Civile è subordinata alla loro presentazione da parte di almeno un membro della Direzione e al giudizio positivo di almeno un membro del Comitato Scientifico o di un altro esperto esterno scelto dalla Direzione, tenuto conto dell'area tematica del contributo. Non potranno essere presi in considerazione lavori di dimensione superiore agli 80.000 caratteri (spazi e note inclusi).
2. Il singolo contributo è inviato al valutatore senza notizia dell'identità dell'autore.
3. L'identità del valutatore è coperta da anonimato.
4. Nel caso che il valutatore esprima un giudizio positivo condizionato a revisione o modifica del contributo, la Direzione autorizza la pubblicazione solo a seguito dell'adeguamento del saggio, assumendosi la responsabilità della verifica.
5. In caso di pareri contrastanti la Direzione assume la responsabilità della decisione circa la pubblicazione del contributo.

**Curatela degli Indici (dei fascicoli e dell'annata)**

RAFFAELLA PASQUILI – CARLOTTA RINALDO

**Comitato Editoriale:**

RAFFAELLA PASQUILI (REDATTORE CAPO); CARLOTTA RINALDO

**Sede del Comitato Editoriale:**

**Dipartimento di Diritto Privato e Critica del Diritto, Palazzo del Bo**

**Via VIII Febbraio, n. 2 – 35122 Padova – Italia**

**e-mail: rivista.dirittocivile@unipd.it**



## RIVISTA DI DIRITTO CIVILE

---

### INDICE DEL FASCICOLO 4° (luglio-agosto 2024)

#### SAGGI

- CARLO IBBA, *Imprenditore cessato e liquidazione giudiziale* ..... 623
- ALFREDO ANTONINI, *Il diritto della navigazione a ottant'anni dalla codificazione: l'autonomia e il sistema delle fonti nel rapporto con l'ordinamento generale* ..... 644

#### RECENSIONI

- BERNARDO SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica* (Aurelio Gentili) ..... 674

#### COMMENTI

- CARLO GRANELLI – ALESSANDRO D'ADDA, *Andrea Belvedere, uomo di Accademia* ..... 679
- FABIO ADDIS, *Tecniche procedurali, problemi sostantivi e «giustizia» procedurale. Una testimonianza sulla metodologia di Giuseppe Benedetti* ..... 693
- CARLO ATTANASIO, *Inadempimento dello smart contract, sistema rimediabile e tutela effettiva* ..... 719
- EDOARDO BACCIARDI, *Autonomia e fragilità degli anziani a vent'anni dalla legge 6/2004* ..... 744
- FEDERICA CADORIN, *Gli effetti della dichiarazione di recesso da società di capitali, tra rischio giuridico e rischio economico* ..... 766

#### CONFRONTO CON LA GIURISPRUDENZA

- ANGELO LUMINOSO, *La forma dei contratti costitutivi di un'obbligazione di dare ad oggetto immobiliare* ..... 788

### **Policy Open Access**

Per i contributi che documentano i risultati di **ricerca finanziata con fondi pubblici** (art. 4, L. n. 112/2013), l'Editore si riserva di valutare le richieste di pubblicazione in **Open access (O.A.)** entro il limite massimo del **5% degli articoli** annualmente pubblicati sulla Rivista.

La richiesta di pubblicazione in O.A. deve essere contestuale all'**invio dell'articolo** alla redazione e corredata dall'apposita **scheda di progetto** fornita dall'Editore.

Una volta ottenuta l'autorizzazione, è consentito esclusivamente il caricamento in **archivi elettronici istituzionali o disciplinari aperti** (es. Iris-Cineca, repository di Ateneo, repository del MiUR) della sola **versione post-print\*** dopo un periodo di **embargo di 6 mesi**.

*\* Post-print" (= Authors' Accepted Manuscript) è la versione definitiva del contributo inviata dall'Autore all'Editore, post-referaggio, e deliberata dall'Autore in bozza word prima dell'impaginazione definitiva in pdf per la stampa.*

## SAGGI

---

CARLO IBBA (\*)

Prof. ord. dell'Università di Sassari

### IMPRENDITORE CESSATO E LIQUIDAZIONE GIUDIZIALE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il fallimento dell'imprenditore cessato: la lettura dell'art. 10 della legge fallimentare nella sua formulazione originaria. – 3. (*Segue*)... e in quella successiva alla riforma del 2006. – 3.1. (*Segue*) L'ammissibilità della prova del momento dell'effettiva cessazione. – 3.2. (*Segue*) Gli effetti della cancellazione dal registro delle imprese. – 3.3. (*Segue*) La posizione degli imprenditori non iscritti. – 4. La disciplina contenuta nell'art. 33 del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: profili generali. – 4.1. (*Segue*) Il caso degli imprenditori collettivi non societari. – 4.2. (*Segue*) La posizione degli imprenditori non iscritti.

1. – La possibilità di sottoporre a liquidazione giudiziale l'imprenditore che abbia cessato l'attività è regolata nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza con una norma, l'art. 33 c.c.i.i., che in parte riprende l'ultima stesura del previgente art. 10 l. fall., cui si era giunti al termine di una lunga evoluzione giurisprudenziale e normativa, e in parte se ne distacca.

È dunque opportuno far precedere l'esame delle disposizioni contenute nel citato art. 33 c.c.i.i. dalla ricostruzione dell'*iter* che condusse alla formulazione della disciplina anteriore sul punto.

Ciò non senza aver precisato che del tema in oggetto s'intende approfondire unicamente il profilo concernente il presupposto soggettivo della liquidazione giudiziale, e non ulteriori aspetti problematici pure esistenti<sup>(1)</sup>.

---

(\*) Il lavoro è destinato agli *Studi in onore di Vittorio Santoro*.

(1) Il riferimento è, in particolare, da un lato alla difficoltà di conciliare l'effetto estintivo riconosciuto alla cancellazione *ex art.* 2495 c.c. con la persistente sottoponibilità del soggetto "estinto" alla liquidazione giudiziale, dall'altro alla discussione sui limiti di ammissibilità di una cancellazione d'ufficio, *ex art.* 2191 c.c., della cancellazione avvenuta in assenza dei presupposti di legge, al fine di ovviare all'avvenuto decorso del termine annuale (questioni sulle quali v. da ultimo l'aggiornamento critico di V. SANNA, *Cancellazione ed estinzione delle società: un bilancio a vent'anni dalla riforma del diritto societario*, in questa *Rivista*, 2024, rispettivamente alla p. 194 ss. e alla p. 186 ss.).

2. – La legge fallimentare del 1942, nel regolare all'art. 10 il fallimento dell'imprenditore cessato consentendo che esso fosse dichiarato entro un anno dalla cessazione dell'esercizio dell'impresa, purché l'insolvenza si fosse manifestata anteriormente alla medesima o entro l'anno successivo, si collocava tutto sommato nel solco della tradizione<sup>(2)</sup>.

L'enunciato dell'art. 10 l.fall. non chiariva se le sue previsioni riguardassero, oltre agli imprenditori individuali, anche le società. Si diffuse però in dottrina la conclusione secondo cui anche gli imprenditori societari ricadevano nel campo di applicazione della norma, con conseguente dichiarabilità del fallimento entro il termine di un anno, che per alcuni autori decorreva dalla cessazione dell'attività d'impresa<sup>(3)</sup> e per altri dalla cancellazione della società dal registro delle imprese<sup>(4)</sup>.

La giurisprudenza restò invece attestata, dopo qualche iniziale incertezza, sulla soluzione consolidatasi sotto la vigenza del codice di commercio, ripetendo che la società è imprenditore dal momento della costituzione fino al momento dell'estinzione, che questa non coincide necessariamente con la cancellazione dal registro delle imprese e che la società non si estingue finché residuano o sopravvengono attività o passività<sup>(5)</sup>.

La tesi non brillava per coerenza sistematica, dal momento che non riconosceva alla pubblicità, in ordine all'estinzione della società, la medesima efficacia che le attribuiva invece in ordine alla costituzione<sup>(6)</sup>. La sorreggevano però ragioni sostanziali di non poco peso, e in primo luogo il pregiudizio che la soluzione opposta arrecava alle ragioni dei creditori

<sup>(2)</sup> Per tutti A. JORIO, *Gli articoli 10 e 11 della legge fallimentare e le società commerciali*, in *R. soc.*, 1969, p. 290; e C. IBBA, *Il fallimento dell'impresa cessata*, *ivi*, 2008, p. 937 ss., ove è anche sinteticamente tratteggiata la disciplina del fallimento del commerciante ritirati dal commercio contenuta nell'art. 690 c. comm.

<sup>(3)</sup> È questa la conclusione di A. JORIO, *op. cit.*, p. 296 ss. e p. 334 ss.; V. BUONOCORE, *Fallimento e impresa*, Napoli s.a. ma 1969, p. 232 s., p. 251 ss.; e G. RAGUSA MAGGIORE, *La cessazione dell'impresa commerciale e il fallimento (art. 10 l. fall.)*, in questa *Rivista*, 1977, I, p. 201 ss. e spec. p. 212 ss.

<sup>(4)</sup> Così fra gli altri, muovendo dal principio della necessaria correlazione fra società e impresa, A. NIGRO, *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, in *Tratt. Colombo-Portale*, IX, 2, Torino 1993, p. 238 ss.; e, pur senza condividere quel principio, F. GALGANO, in F. GALGANO - A. BONSIGNORI, *Il fallimento delle società*, in *Tratt. Galgano*, X, Padova 1988, p. 31 ss.

<sup>(5)</sup> Per alcune riaffermazioni di questa soluzione – che si è perpetuata sino a quando la riformulazione dell'art. 10 l. fall. di cui si dirà nel par. 3 ne ha sostanzialmente escluso ogni rilevanza applicativa – v. Cass. civ., 18 agosto 2003, n. 12078; Cass. civ., 20 ottobre 1998, n. 10380; Cass. civ., 8 gennaio 1997, n. 73; Cass. civ., 9 marzo 1996, n. 1876.

<sup>(6)</sup> Sempre imprescindibili, sul punto, le riflessioni di G. OPPO, *Forma e pubblicità nelle società di capitali*, in *Id.*, *Scritti giuridici*, II, *Diritto delle società*, Padova 1992, p. 271 ss.

sociali, che per effetto della cancellazione (o della cessazione dell'attività, a seconda della tesi seguita) avrebbero perso il loro privilegio sui beni sociali (7).

Di fatto la soluzione giurisprudenziale implicava la sostanziale disapplicazione dell'art. 10 l. fall. rispetto alle società, posto che in base ad essa il termine annuale non poteva mai dirsi definitivamente decorso e le società non cessavano mai di essere esposte al fallimento.

Nel diritto vivente si registrava dunque, in ordine al fallimento dell'imprenditore cessato, una netta divaricazione fra le imprese individuali, soggette al termine annuale di cui all'art. 10, e le società, che di quel termine non potevano avvalersi.

Su questa situazione normativa incisero poi profondamente alcuni interventi della Corte costituzionale il cui esito complessivo fu quello avvicinare sensibilmente il trattamento di società e imprese individuali, rendendo operativo anche per le prime il termine annuale. Nel primo di tali interventi, dovendo pronunciarsi sul sospetto di illegittimità costituzionale dell'art. 147 l. fall., nella parte in cui prevedeva il fallimento del socio illimitatamente responsabile cessato senza alcun limite temporale, la Corte lo respinse osservando che nel sistema della legge fallimentare sarebbe stato rinvenibile, pur se non espresso nella norma citata, il limite di un anno dallo scioglimento del rapporto sociale (8). Nel secondo, preso atto della diversa interpretazione corrente nella giurisprudenza di merito, dichiarò illegittimi sia l'art. 147 l. fall., nella parte in cui consentiva il

---

(7) Cfr. C. SANTAGATA, *Fallimento di società cancellata dal registro delle imprese*, in questa *Rivista*, 1968, I, p. 328 ss., che dopo diffusa argomentazione conclude per l'inapplicabilità dell'art. 10 l. fall. alle società e per la «perdurante esposizione [delle società] al fallimento fino al soddisfacimento dei creditori sociali» (p. 351); e R. COSTI, *Estinzione delle società, esigenze del processo economico e politica dei giudici*, in *Giur. comm.*, 1974, II, p. 401 ss., in nota a Cass. civ., 28 settembre 1973, n. 2429 (che sulla base della tesi in questione, con riferimento a un'azione di responsabilità ex art. 1669 c.c. per rovina di edificio, ritenne sussistente la legittimazione passiva della società costruttrice, pur cancellata prima dell'inizio del giudizio), il quale fra l'altro osserva che il legislatore, «mentre presta particolare attenzione alla creazione del patrimonio sociale (autonomo) e alla sua conservazione per garantire le ragioni dei creditori sociali durante la vita attiva della società, non fornisce poi strumenti capaci di impedire che quel patrimonio venga sottratto ai creditori medesimi nella fase di liquidazione», concludendo perciò che l'orientamento giurisprudenziale dominante restituisce coerenza a un assetto normativo altrimenti «parziale e contraddittorio»; sostanzialmente concordanti le valutazioni di P. SPADA, voce *Impresa*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, Torino 1990, par. 15, il quale rileva che, sul piano della sintassi degli interessi in gioco, il primato dei creditori sul patrimonio sociale dovrebbe potersi realizzare tramite un riparto concorsuale dal momento in cui il regime di separazione patrimoniale si è instaurato fino al momento in cui sussistono attività sociali.

(8) C. cost. 12 marzo 1999, n. 66.

fallimento in estensione dei soci illimitatamente responsabili pur dopo il decorso di un anno dalla perdita per qualunque causa della responsabilità illimitata, sia l'art. 10 l. fall., nella parte in cui faceva decorrere il termine annuale per la dichiarazione di fallimento delle società dalla liquidazione effettiva di tutti i rapporti sociali e non dalla cancellazione della società dal registro delle imprese, così rendendo la norma sostanzialmente inapplicabile<sup>(9)</sup>. Entrambe le pronunce muovevano dal presupposto che la fallibilità dell'imprenditore cessato (e del socio illimitatamente responsabile cessato) debba essere ristretta entro un congruo limite temporale per il «generale principio di certezza delle situazioni giuridiche», «in considerazione delle conseguenze che dalla declaratoria di fallimento discendono, non solo per chi ne è colpito ma anche per i terzi che con lui siano entrati in rapporto»<sup>(10)</sup>.

Successivamente due ordinanze giudicarono manifestamente infondato l'analogo sospetto d'incostituzionalità avanzato con riferimento alle imprese individuali, ritenendo che anche rispetto a queste ultime (per le quali l'attuazione del registro delle imprese aveva da qualche anno reso attuali gli obblighi pubblicitari sospesi durante il regime transitorio<sup>(11)</sup>) la norma sarebbe stata interpretabile nello stesso senso, ossia ancorando il decorso dell'anno non alla cessazione di fatto dell'attività bensì alla cancellazione, salva la possibilità per i terzi di provare l'eventuale proseguimento dell'attività imprenditoriale successivamente alla cancellazione stessa, con conseguente differimento del *dies a quo*<sup>(12)</sup>.

<sup>(9)</sup> C. cost. 21 luglio 2000, n. 319, in *Giur. comm.*, 2001, II, p. 5 ss.

<sup>(10)</sup> Parole, quelle virgolettate, tratte dalla motivazione della seconda pronuncia, che le riprende sostanzialmente dalla prima.

<sup>(11)</sup> Informazioni al riguardo in C. IBBA, *Il registro delle imprese*, nel *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano 2021, p. 4 ss.

<sup>(12)</sup> Così – sia pure senza particolare aderenza al caso concreto – C. cost. 6 novembre 2001, n. 361, ord., e C. cost. 22 aprile 2002, n. 131, ord., entrambe in *Giur. comm.*, 2002, II, p. 563 ss., con nota di A. ZORZI, *Decorrenza e natura del termine annuale ex art. 10 l. fall. per l'imprenditore individuale*, le quali – chiamate a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 10 l. fall., nel presupposto che esso faccia decorrere l'anno dalla cessazione di fatto dell'impresa e non dalla cancellazione di questa dal registro delle imprese, stante l'efficacia meramente indiziaria della pubblicità – giudicano manifestamente infondata la questione, osservando che «l'interpretazione [ritenuta] lesiva di principi costituzionali è [...] erroneamente qualificata in termini di diritto vivente e non è sicuramente l'unica compatibile con il tenore della norma», dal momento che nel diritto vivente successivo all'attuazione del registro delle imprese non può considerarsi attestata «l'asserita irrilevanza rispetto ai terzi, ai fini dell'applicazione dell'art. 10 l. fall., dell'iscrizione nel registro delle imprese della cessazione dell'impresa», e che, d'altra parte, «è [...] del tutto coerente con i principi della pubblicità dichiarativa la possibilità per i terzi di provare la non veridicità del fatto iscritto e dunque, in ipotesi, di dimostrare il compimento di atti di esercizio dell'impresa successivamente all'iscrizione della sua cessazione».

Un ultimo intervento, infine, riguardò il fallimento dell'ex socio occulto illimitatamente responsabile, dichiarabile secondo l'art. 147 l. fall. senza limiti di tempo, con lamentata disparità di trattamento rispetto alla posizione del socio palese cessato o comunque non più illimitatamente responsabile (nonché rispetto all'imprenditore *tour court*). La Corte respinse la questione, «non potendo in alcun modo essere poste a raffronto [...] due situazioni fra loro del tutto diverse quali [...] quella del socio receduto da una società regolarmente costituita e registrata, nel rispetto delle forme di pubblicità prescritte dalla legge, e quella del socio occulto di una società irregolare perché non iscritta nel registro delle imprese o addirittura [...] a sua volta del tutto occulta», essendo «tutto il nostro sistema normativo [...] improntato a netta differenza tra società registrate e società irregolari o occulte», e concludendo che «la necessità di dare certezza alle situazioni giuridiche [...] consente al legislatore di prevedere una diversa disciplina per le società ed i soci in regola con le disposizioni sulla pubblicità e per i soci e le società irregolari [...], essendo la mancata registrazione una scelta degli stessi associati, che in tal modo si espongono, per loro volontà, alle conseguenze di tale loro opzione»<sup>(13)</sup>.

La giurisprudenza di legittimità anteriore alla riforma del 2006<sup>(14)</sup> si uniformò ai principi appena tratteggiati. Quando tuttavia dovette occuparsi della fallibilità di imprenditori non iscritti, società di fatto, ex soci di società irregolari ovvero ex soci occulti o di fatto di società anche regolari, elaborò un principio in virtù del quale l'anno di cui all'art. 10 l. fall. – estensibile, *mutatis mutandis*, alle fattispecie considerate nell'art. 147 l. fall. – doveva decorrere dal momento in cui la cessazione dell'attività – ovvero della qualità di socio illimitatamente responsabile – fosse stata portata a conoscenza dei terzi con mezzi idonei o comunque fosse stata dagli stessi conosciuta<sup>(15)</sup>. Il principio venne enunciato, in particolare, con riferimento al fallimento di una società di fatto<sup>(16)</sup>; fallimento che la Corte d'Ap-

---

<sup>(13)</sup> C. cost., ord. 5 luglio 2002, n. 321; nonché C. cost., ord. 4 febbraio 2003, n. 36; entrambe in *Giur. comm.*, 2003, II, p. 585 ss., con nota di F. IOZZO, *Note in tema di fallimento delle società e del socio occulto e termine ex art. 10 l. fall.*

<sup>(14)</sup> O comunque, pur se cronologicamente posteriore, applicativa della disciplina anteriore a quella riforma.

<sup>(15)</sup> Soluzione, questa, che ignorava l'osservazione fatta da A. PAVONE LA ROSA, *Sugli effetti del recesso non pubblicato nella società in nome collettivo*, in *R. d. comm.*, 1956, II, p. 95 s., a proposito della fallibilità dell'ex socio illimitatamente responsabile, circa «l'impossibilità, data l'unità della procedura fallimentare e la necessità che ad essa sottostiano tutti i creditori, di tener conto della conoscenza o meno che ciascun creditore abbia avuto del fatto che ha determinato lo scioglimento parziale del rapporto sociale».

<sup>(16)</sup> Così Cass. civ., 28 agosto 2006, n. 18618, in *Giur. it.*, 2007, c. 117 ss., senza peraltro poter verificare – per ragioni processuali (il punto non era stato fatto oggetto di

pello aveva revocato, in quanto la società da oltre un anno aveva ceduto la propria azienda, e di cui il Fallimento chiedeva la conferma affermando che per le società di fatto il termine annuale non può decorrere se non dopo l'estinzione di tutti i rapporti. La Suprema Corte, nel rigettare il ricorso, argomentò dagli artt. 2193, comma 1°, 2300, ult. comma, e 2290, comma 2°, c.c. (17), disposizioni tutte espressive dell'efficacia dichiarativa dell'iscrizione; trascurando peraltro che le prime due norme consentono di sopperire alla mancata iscrizione solo tramite prova dell'*effettiva conoscenza* da parte dei terzi del fatto non iscritto, mentre la terza ammette sì l'utilizzabilità di mezzi idonei (tali, cioè, da provocare la mera conoscibilità del fatto non iscritto) ma con riguardo alla società semplice, e ciò nel presupposto dell'inesistenza, per essa, di un sistema di pubblicità dichiarativa (18).

3. – Alla giurisprudenza della Consulta fu dichiaratamente ispirata la riforma del 2006 (19), che modificò l'art. 10 l. fall. enunciando il principio secondo cui il termine annuale, per gli imprenditori individuali come per quelli collettivi, decorre dalla cancellazione dal registro delle imprese e richiedendo che entro lo stesso termine si sia manifestata l'insolvenza (così il nuovo testo del comma 1°).

Il quadro normativo, dunque, cambiava decisamente. La prima novità consisteva nell'espressa considerazione degli imprenditori collettivi (non, dunque, delle sole società ma di tutte le figure soggettive di diritto privato titolari d'impresa diverse dalle persone fisiche (20)); la seconda nella sotto-

---

ricorso) – quanti dei trentotto creditori istanti, e in quale momento, potessero aver avuto conoscenza dell'atto notarile di cessione d'azienda (ritenuto) rivelatore della cessazione dell'attività. Analogamente Cass. civ., 28 maggio 2004, n. 10268; Cass. civ., 29 settembre 2005, n. 18927; Cass. civ., 13 marzo 2009, n. 6199; Cass. civ., 10 marzo 2011, n. 5764.

(17) V. ancora la citata Cass. civ., 28 agosto 2006, n. 18618.

(18) Tanto che alcune pronunce rese dopo la modifica dell'art. 10 agganciarono il decorso del termine annuale, per gli imprenditori non iscritti, esclusivamente alla prova della conoscenza della cessazione da parte dei terzi (cfr. Cass. civ., 8 novembre 2013, n. 25217).

(19) Art. 9, d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, entrato in vigore il 16 luglio 2006; v. infatti la *Relazione* allo schema di decreto legislativo contenente la riforma organica delle discipline concorsuali, *sub* art. 10 l. fall.; e nella manualistica di allora F. FERRARA *jr.* - F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*<sup>13</sup>, Milano 2006, p. 326.

(20) E ciò, secondo l'interpretazione prevalente e preferibile, pur quando – com'è il caso delle fondazioni, salvo quelle così dette di partecipazione (allora peraltro sconosciute) – non abbiano una componente associativa (per tutti M. PERRINO, *L'estinzione delle società di persone*, in *R. d. comm.*, 2011, p. 712; e nella manualistica, fra gli altri, A. NIGRO - D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*<sup>4</sup>, Bologna 2009, p. 74; *Diritto fallimentare – Manuale breve*<sup>3</sup>, a cura di L. Calvosa et al., Milano 2017, p. 105 s.).

posizione di tutti gli imprenditori, a prescindere dalla loro forma giuridica, alla medesima disciplina; e la terza nell'aver dato rilevanza, in questa disciplina, alla cancellazione dal registro delle imprese piuttosto che alla cessazione dell'impresa.

Da quest'ultimo punto di vista sembrava innegabile la forzatura insita nell'aver reso egualmente significativo, per tutti gli imprenditori, un adempimento pubblicitario di cui peraltro – a seconda della forma giuridica considerata – erano diversi presupposti, oggetto ed effetti<sup>(21)</sup>. L'unitarietà della soluzione, dunque, era forse un po' semplicistica ma, ancorando il decorso del termine al dato formale della pubblicità, aveva il pregio di soddisfare esigenze di certezza e di tutela dell'affidamento dei terzi più di quanto avrebbe fatto l'opzione per il criterio sostanziale della cessazione.

Le peculiarità delle varie ipotesi di cancellazione non potevano però essere ignorate, e il riformatore ne tenne conto introducendo nell'art. 10 l. fall. il comma 2° in base al quale, «in caso di impresa individuale o di cancellazione di ufficio degli imprenditori collettivi, è fatta salva la facoltà di dimostrare il momento dell'effettiva cessazione dell'attività da cui decorre il termine del primo comma».

Riguardo agli imprenditori individuali questo temperamento si spiegava con la circostanza che per essi la cancellazione avveniva (e avviene) previa semplice dichiarazione dell'interessato, di cui pertanto doveva essere possibile dimostrare l'eventuale non veridicità, come già avvertito dalla Corte costituzionale, con conseguente superamento di una cancellazione cui non facesse riscontro una effettiva cessazione dell'attività<sup>(22)</sup>.

Quanto alle società, alla loro cancellazione si giungeva (e si giunge), almeno nella normalità dei casi, a seguito del completarsi di tutte le fasi del procedimento di liquidazione, sicché non era incongruo che la decorrenza del termine fosse ad essa ancorata senza alcuna possibilità di deroga<sup>(23)</sup>.

---

(21) Come rimarcato, allora in una prospettiva *de iure condendo*, da G. MARASÀ, *Note su cancellazione dal registro delle imprese e procedura concorsuale nel diritto vivente e nei progetti di riforma della legge fallimentare*, in ID., *La riforma di società, cooperative, associazioni e fondazioni*, Padova 2005, p. 49; v. inoltre A. NIGRO, *sub art. 10*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di A. Nigro - M. Sandulli, I, Torino 2006, p. 60 s.; C. IBBA, *Il fallimento dell'impresa cessata*, cit., p. 944 s.

(22) V. sopra, testo e nt. 12.

Quanto detto nel testo vale anche per le cancellazioni d'ufficio di imprese individuali disposte ex art. 2, d.p.r. 23 luglio 2004, n. 247, pur esse per lo più basate – come quelle relative a imprese societarie di cui si sta per dire nel testo – su circostanze meramente indiziarie.

(23) Pur osservandosi comunemente che ai creditori non sono riconosciuti il diritto di opposizione o altri specifici strumenti di tutela preventiva contro il bilancio di liquidazione né contro la cancellazione (cfr. M. SPERANZIN, *L'estinzione delle società di capitali in seguito*

Accanto a questa cancellazione “ordinaria”, tuttavia, il d.p.r. 23 luglio 2004, n. 247 e la riforma societaria avevano previsto anche una cancellazione d’ufficio<sup>(24)</sup>, con la quale si mirava a eliminare dal registro delle imprese imprenditori da tempo inerti, e a tal fine si identificava il presupposto della cancellazione per le società di persone nel mancato compimento di atti di gestione per tre anni consecutivi o in altri elementi (art. 3, d.p.r. n. 247/2004) e per le società di capitali nel mancato deposito per oltre tre anni consecutivi dei bilanci in fase di liquidazione (art. 2490, ult. comma, c.c.)<sup>(25)</sup>.

Si trattava dunque di una cancellazione basata su indici presuntivi<sup>(26)</sup>, fra l’altro talvolta di ambiguo significato<sup>(27)</sup>. Da qui l’esigenza di mitigarne gli effetti consentendo di dimostrare che ad essa non aveva fatto riscontro l’effettiva cessazione dell’attività imprenditoriale, con quel che ne derivava in ordine alla decorrenza del termine per la dichiarazione di fallimento<sup>(28)</sup>.

---

*alla iscrizione della cancellazione dal registro delle imprese*, in *R. soc.*, 2004, p. 520 ss.; e già G. OPPO, *Forma e pubblicità*, cit., p. 280 s.; ma v. anche D. GALLETTI, *La ripartizione del rischio di insolvenza*, Bologna 2006, p. 125 ss.; e G. NICCOLINI, *La “revoca dello stato di liquidazione” delle società di capitali*, in *Il nuovo diritto delle società – Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, a cura di P. Abbadessa - G.B. Portale, IV, Torino 2007, p. 61 ss.; *contra* R. COSTI, *Le sopravvenienze passive dopo la liquidazione delle società per azioni*, in *R. soc.*, 1964, I, p. 280 ss.), anche se un minimo di tutela discende dai poteri di controllo dell’ufficio del registro delle imprese, che certamente comprendono quello di rifiutare la cancellazione in mancanza dell’approvazione del bilancio finale di liquidazione o di altri elementi della fattispecie procedimentale (cfr. da ultimo C. IBBA, *Il registro delle imprese*, cit., p. 113 s. e p. 151 s.).

<sup>(24)</sup> Che non ha nulla a che vedere con la cancellazione d’ufficio regolata dall’art. 2191 c.c., la quale mira ad eliminare dal registro delle imprese iscrizioni avvenute in assenza delle condizioni di legge; né, d’altra parte, con l’iscrizione d’ufficio prevista dall’art. 2190 c.c. là dove un’iscrizione obbligatoria non sia stata richiesta dall’interessato (e che dunque potrebbe avere ad oggetto anche la cancellazione “ordinaria” della società che i liquidatori abbiano omesso di richiedere ai sensi degli artt. 2312 o 2495 c.c.): cfr. ancora C. IBBA, *Il registro delle imprese*, cit., specie p. 55 ss. e p. 140 s.

<sup>(25)</sup> Ciò in omaggio a esigenze di efficiente funzionamento del registro delle imprese ma senza tenere in adeguato conto, forse, altre esigenze di rilevanza certo non minore.

<sup>(26)</sup> E che pertanto poteva (e può) condurre all’eliminazione dal registro delle imprese di società ancora presenti nel traffico giuridico e dotate di un patrimonio, perciò esponendosi a numerose notazioni critiche, a cominciare da quelle di G. NICCOLINI, *sub* art. 2490, in *Società di capitali – Comm. Niccolini-Stagno d’Alcontres*, III, Napoli 2004, p. 1793 ss.; F. DI SABATO, *Sulla cancellazione d’ufficio dal registro delle imprese (d.p.r. 23 luglio 2004, n. 247)*, in *D. fall.*, 2005, I, p. 501 ss.; V. DONATIVI, *La pubblicità legale delle società di capitali – Tensioni evolutive e nuove fattispecie*, Milano 2006, p. 302 ss.; e M. PORZIO, *La cancellazione*, in *Il nuovo diritto delle società – Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, IV, cit., p. 88.

<sup>(27)</sup> Basti pensare, ad esempio, alla “irreperibilità”, circostanza idonea ad attivare sia il procedimento di cancellazione (d.p.r. n. 247/2004, art. 3, comma 1°, lett. a, per le società; e art. 2, comma 1°, lett. b, per gli imprenditori individuali), sia un’istanza di fallimento da parte del pubblico ministero (art. 7, comma 1°, n. 1, l. fall.).

<sup>(28)</sup> Ciò – relativamente alle società di capitali – a dispetto del riferimento agli «effetti previsti dall’articolo 2495» presente nel citato art. 2490, ult. comma, c.c.: C. IBBA, *Sul*

3.1. – A dire il vero la norma nella sua formulazione originaria sembrava avere – almeno a prima lettura – una portata più ampia. Facendo salva la facoltà di dimostrare “il momento dell’effettiva cessazione”, infatti, sembrava ammettere non solo la prova della continuazione dell’attività dopo la cancellazione ma anche la prova che l’attività era cessata in un momento anteriore alla cancellazione. Sviate ragioni<sup>(29)</sup>, tuttavia, convergevano nell’escludere quest’ultima possibilità.

Per quanto riguarda le società, deponavano in tal senso la *ratio* illustrata poc’anzi (consentire di porre rimedio a cancellazioni effettuate sulla base di indici presuntivi poi smentiti dalla realtà); la dichiarata continuità fra le soluzioni adottate nella riforma e la giurisprudenza della Corte costituzionale, nell’ambito della quale la pubblicità costituiva un presupposto necessario per il decorso del termine, sicché non avrebbe potuto avere alcuna rilevanza una cessazione in ipotesi anteriore all’adempimento pubblicitario; e, soprattutto, la diversità di trattamento fra cancellazione d’ufficio e cancellazione ordinaria, che sarebbe risultata del tutto irragionevole se in caso di cancellazione d’ufficio fosse stata ammessa anche la prova di una cessazione dell’attività anteriore alla cancellazione, prova certamente preclusa in caso di cancellazione volontaria<sup>(30)</sup>. Non avrebbe avuto alcuna giustificazione, infatti, il deteriore trattamento della società cancellata su istanza di parte al termine della liquidazione (per la quale il decorso dell’anno non avrebbe mai potuto precedere il momento della cancellazione) rispetto alla società che, avendo omissso di chiedere la cancellazione, fosse stata cancellata d’ufficio (la quale si sarebbe giovata di tale inadempienza, potendo provare l’anteriorità della cessazione rispetto all’adempimento pubblicitario).

Quanto agli imprenditori individuali, appariva corretto giungere alla medesima conclusione valorizzando sia la coerenza con la soluzione rag-

*presupposto soggettivo del fallimento*, in questa *Rivista*, 2007, I, p. 806 s., testo e nt. 38; ID., *Il fallimento dell’impresa cessata*, cit., p. 946; ID., *Cancellazione ed estinzione delle società. Per la soppressione dell’inciso “Ferma restando l’estinzione della società”*, in *R. soc.*, 2017, specie p. 900; G.P. ALLECA, *Iscrizione della cancellazione, estinzione e fallimento*, *ivi*, 2010, p. 732 s.; e G. MARASÀ, *L’imprenditore*, in *Comm. Schlesinger-Busnelli-Ponzanelli*, Milano 2021, p. 238 ss.; *contra*, escludendo cioè la cancellazione d’ufficio in questione dall’ambito applicativo dell’art. 10, comma 2°, l. fall., G. FERRI sr., *Manuale di diritto commerciale*<sup>15</sup>, a cura di C. Angelici - G.B. Ferri, Torino 2016, p. 67 s.

<sup>(29)</sup> Più diffusamente esposte in C. IBBA, *Sul presupposto soggettivo del fallimento*, cit., specie p. 809 ss.; e condivise da ultimo in G. MARASÀ, *L’imprenditore*, cit., p. 112 ss., p. 250 s. e p. 258 ss., ove anche ulteriori indicazioni bibliografiche e giurisprudenziali.

<sup>(30)</sup> Al riguardo il tenore testuale della norma appariva invero insuperabile, denotando esso con nettezza la volontà di ammettere una “correzione” della decorrenza del termine annuale, con riferimento alle società, unicamente in caso di cancellazione d’ufficio.

giunta a proposito delle società (coerenza dal valore non solo sistematico, dal momento che l'enunciato dell'art. 10 l. fall. esprimeva testualmente la volontà di regolare allo stesso modo la facoltà di prova in relazione agli imprenditori individuali ed alle società<sup>(31)</sup>); sia la continuità con le soluzioni giurisprudenziali anteriori alla riforma, del resto ragionevolissime, tese com'erano a tutelare i terzi dal rischio di cancellazioni opportunistiche e non l'imprenditore che avesse provveduto con ritardo – o non avesse provveduto – a chiedere la cancellazione; sia, infine, l'analogia con la situazione dell'ex socio illimitatamente responsabile, che in base al secondo comma dell'art. 147 l. fall.<sup>(32)</sup> non era ammesso a provare di essere uscito dalla società in un momento anteriore a quello in cui tale uscita era stata pubblicizzata<sup>(33)</sup>, il che, appunto, avvalorava ancor più l'idea che neppure l'ex imprenditore individuale potesse anticipare il decorso del termine annuo rispetto al momento in cui era stata pubblicizzata la cessazione<sup>(34)</sup>.

Successivamente sulla questione intervenne il così detto decreto correttivo<sup>(35)</sup>, che integrò il secondo comma dell'art. 10 l. fall. precisando che la facoltà di dimostrare il momento dell'effettiva cessazione dell'impresa (individuale o, se collettiva, cancellata d'ufficio) veniva fatta salva solo «per il creditore o per il pubblico ministero»; e ciò – chiariva la *Relazione illustrativa* – proprio allo scopo di escludere la prova della cessazione anteriore alla cancellazione.

Ed era innegabile che la nuova formulazione, pur continuando ad essere non del tutto inequivoca, fosse sicuramente più puntuale della precedente e tale da indirizzare ancor più decisamente verso un'interpretazione restrittiva dell'oggetto della prova ammessa. Era infatti significati-

<sup>(31)</sup> Nel senso che tale facoltà, ove ammessa, dovesse avere il medesimo oggetto.

<sup>(32)</sup> Nel testo introdotto dall'art. 131, d.lgs. n. 5/2006.

<sup>(33)</sup> V. oltre, nt. 39 e 51.

<sup>(34)</sup> Cfr. V. DONATIVI, *La pubblicità legale delle società di capitali*, cit., p. 302 ss. e spec. p. 307 s., nt. 159; A. GRAZIANI - G. MINERVINI - U. BELVISO, *Manuale di diritto commerciale*<sup>13</sup>, Padova 2007, p. 726 ss.; F. FERRARA jr. - F. CORSI, *op. cit.*, p. 326; G. CAPO, *Fallimento e impresa*, nel *Tratt. Buonocore-Bassi*, I, Padova 2010, p. 79 s.; M. SANDULLI, *Il presupposto soggettivo*, nel *Tratt. delle procedure concorsuali Jorio-Sassani*, I, Milano 2014, p. 115; M. MOZZARELLI, *Il presupposto soggettivo*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, diretto da O. Cagnasso - L. Panzani, I, Milano 2016, p. 357.

In senso contrario S. FORTUNATO, *sub art. 1*, in *Il nuovo diritto fallimentare, Commentario*, diretto da A. Jorio, I, Bologna 2006, p. 52 ss.; P. PISCITELLO, in *Diritto fallimentare – Manuale breve*, a cura di N. Abriani et al., Milano 2008, p. 120 ss.; A. NIGRO, *I soggetti delle procedure concorsuali*, nel *Trattato di dir. fall. Vassalli-Luiso-Gabrielli*, I, Torino 2013, p. 146, testo e nt. 291.

<sup>(35)</sup> D.lgs. 12 settembre 2007, n. 169.

vo che in base ad essa l'unico sicuramente interessato ad anticipare l'anno rispetto alla cancellazione, ossia l'imprenditore, non era legittimato a fornire alcuna prova<sup>(36)</sup>; circostanza che implicitamente circoscriveva l'ampiezza della prova consentita al pubblico ministero, non essendo ragionevole che questi fosse legittimato a dare una dimostrazione che era preclusa al diretto interessato (mentre pareva fuori discussione la posizione dei creditori, prevedibilmente non interessati a dimostrare fatti favorevoli al debitore).

3.2. – Secondo la lettura dell'art. 10 l. fall. sopra caldeggiata, dunque, l'imprenditore cessato, al pari del socio cessato, non poteva pretendere di anticipare il decorso del termine annuo rispetto al momento in cui era stata pubblicizzata la cessazione (dell'impresa o, nel caso del socio, del rapporto sociale o del regime di responsabilità illimitata). E non lo avrebbe potuto fare nemmeno se avesse fornito la prova che i terzi<sup>(37)</sup> erano a conoscenza della cessazione, pur non ancora pubblicizzata: ai fini del decorso dell'anno la cancellazione si atteggiava come una pubblicità di tipo costitutivo, tale dunque da non poter essere surrogata dalla prova della conoscenza effettiva, come sarebbe stato possibile – *ex art. 2193*, comma 1°, c.c. – se si fosse trattato di una pubblicità dichiarativa.

Non era in gioco, infatti, un problema di opponibilità (della cessazione) a questo o quel terzo. Si trattava invece di individuare il momento iniziale – necessariamente uno solo, eguale per tutti e individuabile con certezza – del decorso di un termine dal quale dipendeva la fallibilità o meno di un determinato soggetto. E questo risultato lo si poteva ottenere unicamente attraverso una pubblicità di tipo costitutivo, tale dunque da non ammettere equipollenti, e che – per quanto precede – tollerava solo la dimostrazione di una prosecuzione dell'attività ad essa successiva, nei limiti sopra indicati<sup>(38)</sup>.

---

<sup>(36)</sup> E v. Cass. civ., 21 novembre 2011, n. 24431, che ha ritenuto manifestamente infondata (in relazione agli artt. 3, 24 e 111 Cost.) la questione di legittimità costituzionale dell'art. 10 l. fall., là dove non concede anche all'imprenditore la possibilità di dimostrare una diversa e anteriore data di cessazione rispetto a quella della cancellazione dal registro delle imprese, posto che ammettere tale possibilità vanificherebbe del tutto la tutela dell'affidamento dei terzi.

<sup>(37)</sup> Ma quali terzi, data la normale presenza di una pluralità di creditori, non tutti informati (ed informati nello stesso momento) della cessazione? Sul punto si tornerà nel par. 4.2.

<sup>(38)</sup> Così fra gli altri C. IBBA, *Sul presupposto soggettivo ecc.*, cit., specie p. 809 s.; ID., *Il fallimento dell'impresa cessata*, cit., p. 949 s.; ID., *Il registro delle imprese*, cit., specie p. 254 ss.; A. GRAZIANI - G. MINERVINI - U. BELVISO, *op. cit.*, p. 727; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, I, *Diritto dell'impresa*<sup>6</sup>, a cura di M. Campobasso, Torino 2008, p. 105; A.

In tal senso ebbe a pronunciarsi anche la giurisprudenza di legittimità, specie nella motivazione in cui si legge che, «nell'attuale formulazione della l. fall., art. 10, il riferimento al dato pubblicitario della cancellazione dal registro delle imprese non consente di sviluppare, ai fini del computo del termine di fallibilità, la valenza della pubblicità dichiarativa che, in via generale, del dato medesimo è propria», in quanto «la cancellazione volontaria delle società, viceversa, rileva quale mero dato storico, fattuale, formale ed esclusivo come *dies a quo* per il decorso del termine annuale», «che non soltanto consente, ma impone di prescindere dal dato empirico della effettiva cessazione e della sua reale cognizione da parte dei terzi, senza possibilità di richiamo ai consueti moduli giuridici della dichiaratività, non consentendosi al debitore di provare che la cessazione dell'attività sia avvenuta anteriormente alla cancellazione stessa»<sup>(39)</sup>.

---

SERRA, *Brevi osservazioni in materia di estensione del fallimento ai soci a responsabilità illimitata*, in *Profili della nuova legge fallimentare*, a cura di C. Ibba, Torino 2009, p. 95 s.; M. PERRINO, *op. cit.*, p. 711 ss.; G. RESCIO, *Gli effetti dell'iscrizione*, in *Il registro delle imprese a vent'anni dalla sua attuazione*, a cura di C. Ibba - I. Demuro, Torino 2017, p. 165; G. MARASÀ, *L'imprenditore*, cit., p. 111 ss.

In senso contrario, ammettendo per gli imprenditori individuali e per quelli collettivi cancellati d'ufficio anche la prova della cessazione in epoca anteriore, A. NIGRO, *op. cit.*, p. 59 s.; G. FERRI jr., voce *Procedure concorsuali (riforma delle): profili sostanziali*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIV, Roma 2006, par. 2; S. FORTUNATO, *op. cit.*, p. 52 ss.; e, lamentando peraltro la disparità di trattamento così creata con gli imprenditori collettivi cancellati previa liquidazione, G. CAVALLI, *La dichiarazione di fallimento. Presupposti e procedimento*, in *La riforma della legge fallimentare - Profili della nuova disciplina*, a cura di S. Ambrosini, Bologna 2006, p. 11 ss., 20 s.; v. inoltre F. LAMANNA, *sub art. 10*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, *Commentario* diretto da A. Jorio, I, cit., p. 273 ss., il quale, dopo aver correttamente escluso che l'art. 10, comma 2°, l. fall. legittimi il debitore (sia esso imprenditore individuale o collettivo) ad anticipare la decorrenza dell'anno dando la prova di una cessazione anteriore alla cancellazione, ammette però che a tale risultato egli possa giungere, sulla base dell'art. 2193 c.c., dimostrando la conoscenza di tale anteriore cessazione da parte dei creditori istanti.

<sup>(39)</sup> Cass. civ., 19 giugno 2020, n. 11984.

Quanto alla posizione dell'ex socio illimitatamente responsabile, si esprime in termini analoghi Cass. civ., 11 agosto 2021, n. 22661, secondo cui «la giurisprudenza di legittimità è costante nell'interpretare il precetto recato dalla l. fall., art. 147, comma 2° [...] nel senso che la vicenda personale nella citata disposizione descritta (scioglimento del rapporto sociale fra società e suo socio illimitatamente responsabile) deve necessariamente risultare, per il principio di certezza delle situazioni giuridiche in funzione della decorrenza del termine annuale [...], dalla iscrizione nel registro delle imprese del fatto (recesso, esclusione, cessione della partecipazione) determinante la cessazione del rapporto sociale fra società e socio».

Da segnalare anche Cass. civ., 21 gennaio 2015, n. 1046, nella cui motivazione si afferma che «l'estensione [...] del fallimento della società al socio illimitatamente responsabile è soggetta al termine di decadenza di un anno dall'iscrizione nel registro delle imprese di una vicenda, personale (per vendita, recesso, esclusione) o societaria (come la trasformazione della società), che abbia comportato il venir meno della sua responsabilità illimitata», pur se successivamente ci si esprime in termini di "opponibilità" di quella vicenda, e non è

3.3. – Qualche dubbio permaneva circa la posizione degli imprenditori individuali non registrati e delle società irregolari o di fatto e dei loro (ex) soci.

In proposito, c'era chi osservava che l'art. 10 l. fall., presupponendo l'iscrizione nel registro delle imprese, non poteva applicarsi alle imprese non iscritte, sicché per esse – stante l'esigenza di non far permanere *sine die* la loro fallibilità – avrebbe operato il criterio sostanziale basato sull'effettiva cessazione dell'attività<sup>(40)</sup>.

Si era tuttavia replicato per un verso evidenziando la possibilità, per gli imprenditori non iscritti, di porre in ogni momento un limite temporale alla loro fallibilità chiedendo l'iscrizione (sia pure tardiva) e, successivamente, la cancellazione; per un altro osservando che – a ben vedere – la norma non presuppone l'iscrizione, bensì *l'obbligo di iscrizione*, sicché chi a questo non avesse ottemperato non avrebbe potuto giovare degli effetti derivanti dall'inserimento nel sistema pubblicitario, mentre sarebbe stato del tutto anomalo che da ciò egli potesse trarre vantaggio facendo decorrere l'anno dall'effettiva cessazione, cosa che non era consentita a coloro che quell'obbligo avevano regolarmente adempiuto<sup>(41)</sup>.

---

chiarissimo se la Suprema Corte escluda o no la rilevanza di una “opponibilità” raggiunta con mezzi diversi dall'iscrizione.

Più chiaramente App. Bari, 23 agosto 2013, in *Dejure*, ha affermato che «la formalità della evidenziazione pubblica mediante registro delle imprese non ammette equipollenti, che non solo sarebbero scivolosi e dubbi, ma oltre tutto non consentirebbero neppure di stabilire un momento unico per tutti i terzi interessati dal quale far decorrere l'anno di fallibilità di cui all'art. 147 l. fall.».

Da notare infine che, impostando il problema in termini di opponibilità, la mancata pubblicizzazione dello scioglimento del vincolo sociale porrebbe l'ex socio di società regolare in una posizione più difficile di quella dell'ex socio di società irregolare, dal momento che ai fini della decorrenza del termine annuale il primo (*ex art. 2300, ult. comma, c.c.*) dovrebbe dare la prova dell'effettiva conoscenza dell'evento da parte dei creditori, mentre al secondo (*ex art. 2290, comma 2°, c.c., reso applicabile dall'art. 2297, comma 1°, c.c.*) gioverebbe anche la prova dell'ignoranza colpevole.

<sup>(40)</sup> Così, sia per le imprese individuali che per quelle societarie, P. PISCITELLO, *op. cit.*, p. 120 ss. (e successivamente *Diritto fallimentare - Manuale breve*<sup>3</sup>, cit., p. 104); D. GALLETTI, *op. cit.*, p. 123; A. NIGRO, *op. ult. cit.*, p. 146 ss.; v. inoltre M. SANDULLI, *op. cit.*, p. 116; G. FERRI jr., *op. cit.*, par. 2, per il quale l'anno sarebbe decorso per gli imprenditori individuali dalla cessazione dell'attività e per le società dalla disgregazione dell'organizzazione aziendale.

<sup>(41)</sup> C. IBBA, *Sul presupposto soggettivo ecc.*, cit., p. 811 s.; ID., *Il fallimento dell'impresa cessata*, cit., p. 950 s.; ID., *Il registro delle imprese*, cit., p. 258 s.; G.F. CAMPOBASSO, *op. cit.*, 2008, p. 105 s., testo e nt. 28; G. CAPO, *op. cit.*, p. 80 s.; M. PERRINO, *op. cit.*, p. 739 ss.; e G. MARASÀ, *L'imprenditore*, cit., p. 115 s., testo e nt. 259; dubbioso A. CETRA, *La fattispecie “impresa”*, in *Diritto commerciale*, I, *Diritto dell'impresa*, a cura di M. Cian, Torino 2024, p. 90.

Si era poi aggiunto che il criterio sostanziale non poteva operare anche perché, nel testo vigente dell'art. 10, esso non era contemplato più come criterio autonomo ma solo come *eventuale correttivo del criterio formale* nei casi e nei limiti poc'anzi tratteggiati<sup>(42)</sup>; osservazione, questa, che venne condivisa dalla Suprema Corte là dove rilevò che «l'art. 10, comma 2°, l. fall., per come riformato in sede di d.lgs. n. 169 del 2007, ha invero mantenuto una funzione al criterio sostanziale (la materiale cessazione dell'attività), ma solo in termini di sussidiarietà operativa rispetto al criterio formale», perciò escludendo che un imprenditore non iscritto potesse invocare il criterio sostanziale della cessazione<sup>(43)</sup>.

Il nuovo testo dell'art. 10, d'altra parte, con il valore costitutivo attribuito all'elemento formale della pubblicità, rendeva difficile ammettere ai fini del decorso del termine – nei casi di mancata iscrizione della cessazione dell'impresa o della società o della qualità di socio illimitatamente responsabile – la prova della conoscenza o della conoscibilità dell'evento non iscritto, che invece la giurisprudenza ammetteva anteriormente alla riforma del 2006: ed è ancora la Suprema Corte ad affermare, in una sentenza del 2013, che «la giurisprudenza in questione non appare più attuale [...] a seguito della novellazione della legislazione fallimentare operata dal legislatore del 2006 e del 2007»<sup>(44)</sup>.

Si spiegavano così, e apparivano del tutto condivisibili, le pronunce che escludevano tale prova da parte dell'imprenditore individuale non iscritto<sup>(45)</sup>, della società di fatto e dei suoi soci<sup>(46)</sup> e dell'ex socio occulto illimitatamente responsabile<sup>(47)</sup> (anche) di società non iscritte, pur non mancando pronunce orientate in senso opposto<sup>(48)</sup>.

<sup>(42)</sup> C. IBBA, *Il fallimento dell'impresa cessata*, cit., p. 950 s., testo e nt. 60.

<sup>(43)</sup> Cass. civ., 6 marzo 2017, n. 5520.

<sup>(44)</sup> Il riferimento è a Cass. civ., 20 luglio 2013, n. 15488, che ha perciò accolto il ricorso contro la sentenza della Corte d'Appello che aveva revocato il fallimento di un socio occulto dichiarato dopo che era trascorso oltre un anno dal suo recesso portato a conoscenza dei terzi.

<sup>(45)</sup> Così Cass. civ., 6 marzo 2017, n. 5520, cit.

<sup>(46)</sup> Cass. civ., 13 febbraio 2023, n. 4404.

<sup>(47)</sup> Cfr., oltre alla citata Cass. civ., 20 luglio 2013, n. 15488, Cass. civ., 4 marzo 2021, n. 6029; e v. anche Cass. civ., 11 agosto 2021, n. 22661.

<sup>(48)</sup> Così, con riferimento all'imprenditore individuale non iscritto, Cass. civ., 8 novembre 2013, n. 25217, cit., ammettendo, sia pure incidentalmente, la rilevanza della prova della conoscenza della cessazione dell'attività rispetto al decorso del termine annuale; e, in relazione al fallimento di un'associazione non riconosciuta, Cass. civ., 13 luglio 2011, n. 15428, individuando il *dies a quo* nel momento in cui la cessazione sia stata conosciuta dai terzi o comunque sia stata portata a loro conoscenza con mezzi idonei.

4. – La materia è ora regolata nel codice della crisi con una norma il cui *incipit* afferma che «la liquidazione giudiziale può essere aperta entro un anno dalla cessazione dell'attività»<sup>(49)</sup>, salvo precisare nel comma successivo<sup>(50)</sup> che «per gli imprenditori» – che, peraltro, notoriamente sono gli unici soggetti sottoponibili a liquidazione giudiziale – «la cessazione dell'attività coincide con la cancellazione dal registro delle imprese» (art. 33, commi 1° e 2°, d.lgs. n. 14/2019)<sup>(51)</sup>.

Si ripropone dunque la scelta originariamente fatta nella legge fallimentare, con il ritorno al criterio sostanziale a scapito di quello formale, subito corretto però dal ricorso a una finzione che fa coincidere il primo con il secondo<sup>(52)</sup>. E si ripropone poi negli stessi termini di prima il correttivo operato per le imprese individuali e, con riferimento alle sole cancellazioni d'ufficio<sup>(53)</sup>, per quelle collettive, vale a dire legittimando

(49) Sempre che l'insolvenza si sia manifestata anteriormente alla cessazione o entro l'anno successivo: formula, questa, comprensiva sia dell'ipotesi in cui nell'anno successivo si sia esteriorizzata una insolvenza preesistente, sia di quella in cui l'insolvenza si sia (non solo manifestata, ma anche) prodotta dopo la cessazione (così M. PERRINO, *sub* art. 33, in *Il codice della crisi - Commentario* a cura di P. Valensise - G. Di Cecco - D. Spagnuolo, Torino 2024, p. 245, replicando la lettura prevalente dell'analoga formula presente nell'art. 10 l. fall.).

(50) Più precisamente: nel secondo comma, dal momento che la bozza di decreto correttivo approvata dal Consiglio dei ministri il 19 giugno 2024 prevede l'inserimento di un comma 1°-bis, secondo cui «il debitore persona fisica, dopo la cancellazione dell'impresa individuale, può chiedere l'apertura della liquidazione controllata anche oltre il termine di cui al comma 1°».

(51) Quanto all'estensione della liquidazione giudiziale nei confronti degli ex soci illimitatamente responsabili, l'art. 256, comma 2°, c.c.i.i. ha inspiegabilmente riprodotto l'ambiguo enunciato presente nell'art. 147, comma 2°, l. fall., secondo cui essa non può essere disposta «decorso un anno dallo scioglimento del rapporto sociale o dalla cessazione della responsabilità illimitata», «se sono state osservate le formalità per renderle note ai terzi»; formalità che – per ragioni analoghe a quelle che facevano propendere per la non surrogabilità dell'adempimento pubblicitario ai fini del decorso del termine di cui all'art. 10 l. fall. – è corretto far coincidere con l'iscrizione nel registro delle imprese (così, con riferimento all'art. 147 l. fall., C. IBBA, *Sul presupposto soggettivo ecc.*, cit., p. 816 ss., ove anche riferimenti in senso contrario; ID., *Profili della pubblicità legale delle imprese. L'apporto di Antonio Pavone La Rosa*, in *R. d. comm.*, 2016, I, p. 275 ss.; A. SERRA, *op. cit.*, p. 94 ss.; e con riferimento all'art. 256 c.c.i.i. ancora C. IBBA, *Il registro delle imprese*, cit., p. 262 ss.; V. DONATIVI, *Del registro delle imprese. Dell'obbligo di registrazione*, nel *Commentario Scialoja-Branca-Galgano-De Nova*, Bologna 2024, p. 648 s., nt. 213; ammettono invece, nelle società irregolari, la rilevanza della diffusione della notizia mediante utilizzo di «mezzi idonei», nel vigore della legge fallimentare, M. SCIUTO, *Il fallimento*, in *Diritto commerciale*, II, *Diritto della crisi d'impresa*, a cura di M. Cian, Torino 2018, p. 141 s.; e, vigente il codice della crisi, G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, III, *Contratti, Titoli di credito, Procedure concorsuali*<sup>6</sup>, a cura di M. Campobasso, Milano 2022, p. 433 s.).

(52) Di «presunzione legale ed assoluta» discorre al riguardo M. PERRINO, *op. ult. cit.*, p. 247.

(53) Fra le quali non direi che debbano includersi le cancellazioni avvenute *ex* art. 2191 c.c. (così invece M. PERRINO, *op. ult. cit.*, p. 250), ben diversi essendo presupposti ed effetti

creditori e pubblico ministero alla prova del momento dell'effettiva cessazione dell'attività, con conseguente spostamento della decorrenza del termine (art. 33, comma 3°, d.lgs. n. 14/2019); disposizione, questa, rispetto alla quale appare tuttora corretta – per le stesse ragioni illustrate in precedenza a proposito dell'art. 10, comma 2°, l. fall. (54) – la lettura che ammette la sola prova della continuazione dell'attività successivamente alla cancellazione (55).

Nella disciplina fin qui illustrata può certamente rinvenirsi la medesima *ratio* ispiratrice della disciplina previgente, ossia quella di realizzare un contemperamento fra l'esigenza di sottoporre a una regolazione concorsuale l'insolvenza di un imprenditore pur quando l'attività imprenditoriale sia cessata e quella di non pregiudicare istanze di certezza delle situazioni giuridiche, riferibili in special modo ai terzi che entrino in contatto con l'imprenditore cessato (56).

Così pure, mantengono valore soluzioni già raggiunte nel vigore della legge fallimentare in ordine alla natura del termine annuale, da intendersi quale limite oggettivo per l'apertura della liquidazione giudiziale (così come prima per la dichiarazione di fallimento), non soggetto a interruzione né sospensione (57); in ordine alla sua decorrenza, per la quale il momento rilevante è senz'altro quello dell'effettuazione dell'adempimento pubblicitario, pur quando tardiva (58), e non quello della protocollazione della domanda (59); e in ordine alla necessità che entro l'anno intervenga la

---

di queste ultime, aventi ad oggetto iscrizioni avvenute in assenza delle condizioni di legge, rispetto a quelle cui la norma ha riguardo (v. sopra, par. 3, specie testo e nt. 24). A queste ultime va invece certamente aggiunta la cancellazione d'ufficio cui può addivenirsi, nei confronti delle società di capitali che non abbiano depositato i bilanci di esercizio per cinque anni o (parrebbe: sempre per cinque anni) non abbiano compiuto atti di gestione, ai sensi dell'art. 40, comma 2° ss., d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (su cui C. IBBA, *Il registro delle imprese*, cit., specie p. 55 e 141; A. NIGRO, *La fase terminale del procedimento di liquidazione*, nel *Trattato delle società Donativi*, III, Milano 2022, p. 1566 ss.).

(54) V. sopra, par. 3.1.

(55) Cancellazione che deve comunque aver avuto luogo, come correttamente puntualizzano G. MARASÀ, *L'imprenditore*, cit., p. 249 ss.; M. PERRINO, *op. ult. cit.*, p. 250 s.; e V. DONATIVI, *op. ult. cit.*, p. 678 s., p. 844.

(56) Per tutti M. PERRINO, *op. cit.*, p. 244 s.

(57) M. PERRINO, *op. ult. cit.*, p. 247, ove ulteriori riferimenti.

(58) Salva in questo caso (per le ragioni di carattere generale esposte in C. IBBA, *Il registro delle imprese*, cit., p. 12 s., p. 102 s.; e v. lo spunto contenuto nel passo di Cass. civ., 1° dicembre 2016, n. 24549, riprodotto nella nota seg.) la risarcibilità dell'eventuale danno da ritardo.

(59) V. DONATIVI, *op. ult. cit.*, p. 678; M. PERRINO, *op. ult. cit.*, p. 247; in termini generali C. IBBA, *Il registro delle imprese*, cit., p. 98 s.; e in giurisprudenza, nel vigore della legge fallimentare, Cass. civ., 13 luglio 2018, n. 18731; Cass. civ., 21 febbraio 2018, n. 4182; e Cass. civ., 1° dicembre 2016, n. 24549, cit., in una vicenda nella quale la società dichiarata

dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale (così come prima si riteneva dovesse intervenire la dichiarazione di fallimento<sup>(60)</sup>), non essendo sufficiente la presentazione della relativa domanda<sup>(61)</sup>, dubbio restando solo se abbia rilievo la data della pronuncia o quella della sua pubblicazione<sup>(62)</sup>.

4.1. – Sempre nel segno della continuità con la riforma del 2006 si colloca la scelta di accomunare nella stessa disciplina di base tutti gli imprenditori, com'è anche testualmente ben evidenziato nell'art. 33 c.c.i.i. dal riferimento agli "imprenditori" (comma 2°) e addirittura al "debitore" (comma 1°) che abbiano cessato l'attività.

Così facendo, peraltro, ai fini del decorso del termine annuale si è dato rilievo per tutti gli imprenditori (*rectius*, come si vedrà oltre: per tutti gli imprenditori iscritti nel registro delle imprese) a un adempimento pubblicitario il cui significato varia considerevolmente a seconda della forma giuridica dell'imprenditore<sup>(63)</sup>. In particolare, per quanto interessa ora, il ruolo assegnato alla cancellazione – sia a quella volontaria, sia a quella disposta d'ufficio – continua ad essere<sup>(64)</sup> il medesimo per tutti gli imprenditori collettivi, posto che l'una e l'altra segnano il momento iniziale del decorso del termine, con la particolarità che (solo) la seconda lascia aperta la strada a una diversa identificazione di tale momento, subordinata alla dimostrazione di una prosecuzione dell'attività successivamente alla cancellazione.

Questa disciplina, peraltro, è del tutto coerente in relazione alle società, per le quali da un lato la cancellazione volontaria consegue ad un

fallita aveva ottenuto dal Conservatore un provvedimento di rettifica e retrodatazione della cancellazione (peraltro poi annullato dal Conservatore stesso), ritenuto irrilevante in quanto «la condotta [del Conservatore] non poteva che assumere rilevanza nei rapporti interni con l'utente, non mai nei riguardi dei terzi il cui affidamento doveva essere riposto unicamente sulle emergenze della visura camerale».

<sup>(60)</sup> In tal modo ponendosi a carico del creditore istante i ritardi del procedimento prefallimentare; soluzione peraltro ritenuta costituzionalmente non censurabile da Cass. civ., 12 aprile 2013, n. 8932; e v. anche C. cost., 13 gennaio 2017, n. 9.

<sup>(61)</sup> Cfr. M. PERRINO, *op. ult. cit.*, p. 247 s.; diversamente A. ZACCARIA - S. TROIANO, *sub art. 33*, in A. MAFFEI ALBERTI, *Comm. breve alle leggi su crisi d'impresa e insolvenza*<sup>7</sup>, Milano 2023, p. 226 s.

<sup>(62)</sup> Riferimenti contrastanti in M. PERRINO, *op. ult. cit.*, p. 247 s., che propende per la prima soluzione. Non sembra decisiva a favore della seconda la disposizione secondo cui la sentenza di apertura della liquidazione giudiziale «produce i propri effetti dalla data della pubblicazione ai sensi dell'art. 133, primo comma,» c.p.c., non essendo qui in gioco, a ben vedere, gli effetti della sentenza, ma la sua "pronunciabilità".

<sup>(63)</sup> V. sopra, par. 3.

<sup>(64)</sup> Come già sotto la vigenza dell'art. 10 l. fall.

procedimento di liquidazione e produce un effetto costitutivo-estintivo del soggetto titolare dell'impresa<sup>(65)</sup>, dall'altro la cancellazione d'ufficio avviene sulla base di meri indizi dai quali si desume una cessazione dell'attività che, in realtà, potrebbe non essere avvenuta<sup>(66)</sup>. Lo stesso non può dirsi, viceversa, con riferimento agli *imprenditori collettivi non societari*<sup>(67)</sup> o almeno ad alcuni di essi.

Per ciò che riguarda gli enti del libro primo del codice civile, in particolare, trattandosi di enti assoggettati all'obbligo d'iscrizione nel registro delle imprese solo in ragione dell'(eventuale) esercizio di attività d'impresa, la cancellazione – come già l'iscrizione – avviene come per gli imprenditori individuali su semplice domanda dell'ente stesso, senza conseguire ad un procedimento di liquidazione<sup>(68)</sup>, e produce effetti dichiarativi della cessazione dell'attività e non estintivi del soggetto<sup>(69)</sup>; mentre, d'altro canto, non appaiono configurabili ipotesi di cancellazione d'ufficio dal registro delle imprese comparabili a quelle rilevanti ai nostri fini.

Conseguentemente sarebbe stato più appropriato equiparare il loro trattamento<sup>(70)</sup> a quello degli imprenditori individuali, ammettendo la prova dell'eventuale prosecuzione dell'attività dopo la cancellazione volontaria, posto che questa non assicura che vi sia stata l'effettiva cessazione dell'attività<sup>(71)</sup>. E non averlo fatto comporta che, trascorso un anno da

<sup>(65)</sup> Sia pure con i noti dubbi circa l'assolutezza e la definitività di tale effetto, sui quali non è ancora sopita la discussione (v. sopra, nt. 1).

<sup>(66)</sup> V. sopra, par. 3.

<sup>(67)</sup> Espressione, questa, nella quale pare corretto ricomprendere (come già si faceva con riferimento all'art. 10 l. fall.: v. sopra, par. 3, testo e nt. 20) qualunque imprenditore diverso dalle persone fisiche e non avente forma societaria (né pubblica), pur se privo di una base associativa, non essendovi ragione, in particolare, per escludere le fondazioni titolari d'impresa.

<sup>(68)</sup> Diversamente da quel che accade, secondo una accreditata ricostruzione, per i consorzi con attività esterna, per i quali è dunque soluzione corretta quella di far decorrere il termine annuale dalla cancellazione (G. MARASÀ, *L'imprenditore*, cit., p. 264, testo e nt. 634, e p. 273 s.).

<sup>(69)</sup> Effetti questi ultimi che conseguono, per le persone giuridiche del libro I del codice civile, alla cancellazione dal registro delle persone giuridiche (art. 6, d.p.r. 10 febbraio 2000, n. 361; artt. 11 ss. disp. att. c.c.; e v. G. MARASÀ, *L'imprenditore*, cit., p. 264 s.; M.V. DE GIORGI, in M.V. DE GIORGI - A. LAUDONIO, *Le persone giuridiche*<sup>3</sup>, II - *Vicende estintive e modificative*, nel *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano 2020, p. 653; A. LAUDONIO, in M.V. DE GIORGI - A. LAUDONIO, *op. cit.*, p. 685 s.; M. TAMPONI, *Persone giuridiche*, in *Il cod. civ. - Commentario Schlesinger-Busnelli*, Milano 2018, p. 469 ss.).

<sup>(70)</sup> Come del resto quello degli enti del terzo settore diversi dalle imprese sociali, ove iscritti nel registro delle imprese in adempimento dell'obbligo sancito dall'art. 11, comma 2°, d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117.

<sup>(71)</sup> Così G. MARASÀ, *L'imprenditore*, cit., p. 266; e v. anche A. ZACCARIA - S. TROIANO, *op. cit.*, specie p. 220 e p. 231.

una cancellazione “opportunistica” o comunque non riflettente la fine dell’impresa, l’ente cancellato si sottragga alla liquidazione giudiziale; ciò a meno che non si reputi ammissibile la cancellazione d’ufficio, *ex art.* 2191 c.c., della cancellazione che ha fatto scattare il decorso del termine annuale <sup>(72)</sup>.

4.2. – Una vera novità, tutto sommato, si rinviene invece nella disposizione che risolve la disputa relativa agli imprenditori non iscritti stabilendo che per essi «la cessazione dell’attività coincide [...] dal momento in cui i terzi hanno conoscenza della cessazione stessa» (art. 33, comma 2°, c.c.i.i.). Se la sintassi è alquanto incerta, il senso è indubitabilmente quello di accogliere una soluzione giurisprudenziale criticata in precedenza <sup>(73)</sup>, riservando cioè agli imprenditori non iscritti un trattamento diverso da quello previsto per gli imprenditori iscritti.

Per essi infatti, sulla base dell’enunciato appena riprodotto, il decorso del termine è ricollegato (non alla cancellazione conseguente ad una pur tardiva iscrizione nel registro delle imprese, bensì) al momento in cui i terzi vengono a conoscenza della cessazione dell’attività. Il rilievo dato a quest’ultima ripropone il tema dell’individuazione della “fine dell’impresa” e le incertezze tuttora esistenti al riguardo <sup>(74)</sup>. I dubbi e le perplessità maggiori, tuttavia, sono posti dall’altro elemento della fattispecie, riguardo al quale si conviene solo su ciò che il relativo onere della prova debba gravare sull’(ex) imprenditore <sup>(75)</sup>, e abbia ad oggetto non una più o meno oggettiva *conoscibilità* ma la effettiva *conoscenza* da parte dei terzi, come attesta il tenore testuale della norma e la dichiarata “intonazione” di questa ai principi della pubblicità dichiarativa (e in specie all’art. 2193, comma 1°, c.c.) <sup>(76)</sup>.

<sup>(72)</sup> V. sopra, nt. 1.

<sup>(73)</sup> Il riferimento, in particolare, è alla soluzione accolta da Cass. civ., 8 novembre 2013, n. 25217, cit. nella nt. 48 (e contrastata dalla giurisprudenza indicata nelle note 44 ss.), che da un lato riteneva il criterio formale (incentrato sulla cancellazione dal registro delle imprese) non applicabile nei confronti delle imprese non iscritte, dall’altro non accoglieva il criterio sostanziale “puro” incentrato sulla cessazione dell’attività e introduceva il “correttivo” della conoscenza della cessazione stessa.

<sup>(74)</sup> Sinteticamente tratteggiate di recente da G. MARASÀ, *L'imprenditore*, cit., p. 117 s.

<sup>(75)</sup> Così fra gli altri M. PERRINO, *op. ult. cit.*, p. 249 s.; G. FAUCEGLIA, *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*<sup>3</sup>, Torino 2022, p. 28; e G. D'ATTORRE, *Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza*<sup>2</sup>, Torino 2022, p. 54, secondo cui «grava sul debitore l'onere di provare in modo puntuale la conoscenza in capo ai terzi dell'avvenuta cessazione ultrannuale» (ma è probabilmente un refuso, posto che è la conoscenza – non solo la cessazione – a dover essere ultrannuale).

<sup>(76)</sup> V. infatti la *Relazione* al d.lgs. n. 14/2019, *sub* art. 33, ove si legge che, «per il

Per il resto, è attendibile, pur se non indiscusso, che i terzi cui avere riguardo siano tutti i creditori dell'imprenditore risultanti nella fase dell'istruttoria e non solo<sup>(77)</sup> colui o coloro fra essi che abbiano presentato l'istanza per l'apertura della liquidazione giudiziale<sup>(78)</sup>. Non si vede infatti perché dovrebbe avere rilievo la sola posizione del ricorrente o dei ricorrenti, circostanza che renderebbe la procedura attivabile o non attivabile a seconda della circostanza, puramente casuale, che il ricorso sia stato presentato da uno piuttosto che da un altro creditore<sup>(79)</sup>.

Poiché la conoscenza è uno stato mentale, la data in cui essa si produce sarà in ogni caso difficile da accertare con precisione (anche se molto dipenderà da come si orienterà la giurisprudenza in ordine al rigore della relativa prova); e poiché è uno stato mentale *individuale*, quella data sarà il più delle volte diversa da creditore a creditore. Si pone dunque il problema di stabilire se la liquidazione giudiziale debba o no essere aperta nei casi – che potrebbero essere tutt'altro che rari – in cui alcuni creditori siano stati a conoscenza della cessazione da meno di un anno (circostanza che consentirebbe di aprire la procedura) e altri da più di un anno (circostanza che non lo consentirebbe); o meglio, in un'ottica processuale, se la procedura sia attivabile nei casi in cui il debitore riesca a dimostrare la conoscenza ultraannuale della cessazione *solo per alcuni creditori e non per tutti*. La soluzione corretta per casi del genere sembra essere comunque quella che impone l'apertura della procedura concorsuale posto che, per quanto precede, rispetto ai creditori nei cui confronti la prova sia mancata il termine annuale non può iniziare a decorrere, sicché non può che permanere la sottoponibilità alla procedura. Solo fornendo la prova in

---

debitore non iscritto, la cessazione coincide con il momento in cui i terzi ne acquisiscono la conoscenza, secondo un principio omogeneo ad una regola di opponibilità già prevista nel codice civile»; e in dottrina G. D'ATTORRE, *op. cit.*, p. 54; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, I, *Diritto dell'impresa*<sup>8</sup>, a cura di M. Campobasso, Milano 2022, p. 101, testo e nt. 30; G. MARASÀ, *L'imprenditore*, cit., p. 115 s., per il quale addirittura l'imprenditore non iscritto dovrebbe provare che tutti i creditori «sono venuti a conoscenza della cessazione [...] nello stesso giorno»; possibilista, circa la rilevanza di una prova della mera conoscibilità, appare invece M. PERRINO, *op. ult. cit.*, p. 249 s.

<sup>(77)</sup> Come invece sembra preferibile a M. PERRINO, *op. ult. cit.*, p. 249.

<sup>(78)</sup> Nel vigore della legge fallimentare faceva riferimento alla conoscenza (o conoscibilità) «da parte dell'intero ceto creditorio» G. CAVALLI, *I presupposti del fallimento sociale*, nel *Trattato delle procedure concorsuali Jorio-Sassani*, I, cit., p. 186 ss.; Id., *Gli effetti del fallimento sociale*, *ivi*, p. 228 s.

<sup>(79)</sup> Dovendosi dichiarare l'apertura, ad esempio, nel caso in cui il ricorso sia stato presentato dal creditore Tizio (per il quale, in ipotesi, la conoscenza della cessazione era infraannuale) e non invece se esso sia stato presentato dal creditore Caio (al quale la notizia della cessazione era giunta invece dopo lo scadere dell'anno).

questione rispetto a tutti i creditori, dunque, l'imprenditore cessato potrebbe evitare di essere sottoposto alla liquidazione giudiziale<sup>(80)</sup>.

In questa prospettiva sembra cogliere nel segno, almeno in relazione a un buon numero di casi, chi osserva che la disposizione in esame «offre solo teoricamente all'imprenditore non iscritto la *chance* di far scattare il termine annuale»<sup>(81)</sup>.

In ogni caso può concludersi che, introducendo questa disposizione, il legislatore ha di fatto rinunciato all'obiettivo perseguito a suo tempo con l'adozione del criterio formale, che era quello di far sì che il limite temporale alla fallibilità fosse ancorato all'individuazione di un unico *dies a quo*, oggettivo e agevolmente accertabile<sup>(82)</sup>. Ed è evidente che la disciplina così introdotta pregiudica la certezza dei rapporti giuridici che dovrebbe tuttora esserne ispiratrice, perché non consente a chi intenda contrattare con un imprenditore che ha cessato anche da diversi anni l'attività di sapere con sicurezza se egli sia ancora sottoponibile a liquidazione giudiziale oppure no, con tutto quel che ne consegue.

---

<sup>(80)</sup> Sicché almeno in alcuni casi potrebbe essere per lui conveniente procedere a un'iscrizione tardiva nel registro delle imprese subito seguita dalla cancellazione, con conseguente incontestabile avvio del termine annuale (possibilità preclusa solo alle società di fatto la cui esistenza emerga nel corso dell'istruttoria preconcorsuale).

<sup>(81)</sup> G. MARASÀ, *L'imprenditore*, cit., p. 116 e p. 268.

<sup>(82)</sup> C. IBBA, *Il registro delle imprese*, cit., p. 259 s.; secondo A. ZACCARIA – S. TROIANO, *op. cit.*, p. 222, viceversa, la formulazione adottata conferirebbe «maggior nitore» alla disciplina.

ALFREDO ANTONINI

Prof. ord. dell'Università di Udine

## IL DIRITTO DELLA NAVIGAZIONE A OTTANT'ANNI DALLA CODIFICAZIONE: L'AUTONOMIA E IL SISTEMA DELLE FONTI NEL RAPPORTO CON L'ORDINAMENTO GENERALE

SOMMARIO: 1. I capisaldi tecnico-sistematici del diritto della navigazione. – 2. Il percorso storico: il diritto marittimo fra trasporto e commercio. – 3. Dalla specialità all'autonomia del diritto della navigazione. – 4. Autonomia oggettiva, normativa, scientifica, didattica. – 5. Fonti e norme del diritto della navigazione. La gerarchia. – 6. Il diritto della navigazione oggi: da pioniere, a banco di prova, a fucina dell'ordinamento. – 7. (*Segue*) Le prassi delle collettività marittime e aeronautiche, la natura delle cose, il diritto vivente, la *lex mercatoria*. – 8. Riflessioni conclusive e spunti propositivi.

1. – Aspetto portante del diritto della navigazione, costituente il fondamento strutturale dello stesso, è quello dell'autonomia, cui si ricollegano e si riconducono i profili concernenti il rapporto con l'ordinamento generale, l'organizzazione delle fonti, la gerarchia delle norme giuridiche.

Si tratta di tematiche affrontate con ampio respiro dogmatico dalla dottrina navigazionistica cui si devono la creazione sistematica del diritto della navigazione e il successivo suo approfondimento teoretico (Antonio Scialoja e poi, fra gli altri, Francesco Maria Dominedò, Gabriele Pescatore, Antonio Lefebvre d'Ovidio, Eugenio Spasiano, Dante Gaeta)<sup>(1)</sup>, la quale ha beneficiato degli studi di insigni commercialisti (Cesare Vivante, Leone

---

<sup>(1)</sup> A. SCIALOJA, *Sistema del diritto della navigazione. Appunti di lezioni dettate all'Istituto superiore di scienze economiche e commerciali di Napoli*, Napoli 1922 (a questa edizione ne sono seguite due, del 1929 e del 1933; nel prosieguo di questo saggio, terrò conto della seconda edizione); ID., *La sistemazione scientifica del diritto marittimo*, in *R. d. comm.*, 1928, I, p. 1; ID., *Corso di diritto della navigazione*, I, Roma 1943, p. 34. L'impostazione teorica, poi elaborata nelle opere citate, è stata affacciata da Scialoja nella prolusione *L'unità del diritto della navigazione* tenuta il 31 gennaio 1928 all'Università di Napoli. Nel solco di Scialoja, cfr. fra gli altri: F.M. DOMINEDÒ, *Le fonti del diritto della navigazione*, in *R. d. nav.*, 1950, I, p. 273; ID., *Principi del diritto della navigazione*, I, Padova 1957; G. PESCATORE, *Oggetto e limiti del diritto della navigazione*, in *Scritti giuridici in onore di A. Scialoja*, Bologna 1952, p. 202; A. LEFEBVRE D'OVIDIO, voce *Diritto della navigazione*, in *Nov. d.*, V ed., Torino 1960, p. 959; E. SPASIANO, *Oggetto, limiti ed integrazione del diritto della navigazione*, in *R. d. nav.*, 1961, I, p. 43; ID., *Il diritto della navigazione come sistema unitario*

Bolaffio, Tullio Ascarelli)<sup>(2)</sup>; tali tematiche sono state successivamente approfondite e man mano elaborate grazie ai contributi di valorosi studiosi della materia pubblicati nella *Rivista del diritto della navigazione*<sup>(3)</sup>, fino a ricevere riscontro nella *Relazione al codice della navigazione*, che ha dato concretezza ed effettività alla ricostruzione teorica che ne è germinata<sup>(4)</sup>; le stesse sono state riprese, anche di recente, dai medesimi suddetti studiosi e da altri ancora (Leopoldo Tullio, Guido Camarda, Michele M. Comenale Pinto, oltre all'autore delle presenti riflessioni)<sup>(5)</sup> e tenute in buona considerazione, in varia guisa, nelle opere manualistiche e istituzionali maggiormente accreditate (Lefebvre d'Ovidio – Pescatore – Tullio, Querci – Pollastrelli)<sup>(6)</sup>.

2. – Il concetto di autonomia del diritto della navigazione non può prescindere dal lineamento storico che, attraverso l'esperienza concreta e l'elaborazione plurimillenaria, ha portato alla nascita e all'affermazione dello stesso: la comprensione del percorso storico, lungi dal rappresentare uno studio o una esercitazione meramente ricognitivi, serve al giurista

---

e autonomo, in *R. d. nav.*, 1963, I, p. 279; D. GAETA, *Le fonti del diritto della navigazione*, Milano 1965; ID., voce *Diritto della navigazione*, in *Enc. dir.*, XII, Milano 1964, p. 1076.

(2) C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*<sup>5</sup>, I, Milano 1929; L. BOLAFFIO, *Materia di commercio e usi mercantili*, Verona 1902; T. ASCARELLI, *Appunti di diritto commerciale*<sup>3</sup>, Roma 1936.

(3) A. SCIALOJA, *Presentazione*, in *R. d. nav.*, 1935, I, p. 3.

(4) *Relazione al c. nav.*, n. 5.

(5) A. LEFEBVRE D'OVIDIO, *L' analogia prioritaria nel sistema delle fonti del diritto della navigazione*, in *Il cinquantenario del codice della navigazione* (a cura di L. Tullio-M. Deiana), Cagliari 1993, p. 19; L. TULLIO, *Diritto della navigazione*, nei *Dizionari di diritto privato, Diritto della navigazione* (a cura di M. Deiana), Milano 2010, p. 149; ID., *Responsabilità civile e diritto della navigazione*, in *Scritti in onore di Francesco Berlingieri*, Genova 2010, p. 1076; G. CAMARDA, *Fonti e strutture organizzative nel diritto della navigazione*, Torino 1988; ID., *Per una collocazione sistematica del diritto dei trasporti*, in *D. trasporti*, 2015, p. 609; A. ANTONINI, *L'autonomia del diritto della navigazione, il ruolo del diritto comune e la posizione sistematica della legislazione sulla navigazione da diporto*, in *D. trasporti*, 2014, p. 453; ID., *Corso di diritto dei trasporti*<sup>3</sup>, Milano 2015, p. 34; M.M. COMENALE PINTO, *Il «diritto vivente» e l'autonomia del diritto della navigazione*, in *R. d. nav.*, 2021, p. 3. In senso critico: S.M. CARBONE, *La c.d. autonomia del diritto della navigazione: risultati e prospettive*, in *Dir. maritt.*, 1975, p. 24; da ultimo, S.M. CARBONE-P.A. CELLE-M. LOPEZ DE GONZALO, *Il diritto marittimo attraverso i casi e le clausole contrattuali*<sup>5</sup>, Torino 2015, XIII e p. 6.

(6) A. LEFEBVRE D'OVIDIO-G. PESCATORE-L. TULLIO, *Manuale di diritto della navigazione*<sup>16</sup>, Milano 2022, p. 3; F.A. QUERCI-S. POLLASTRELLI, *Diritto della navigazione*<sup>2</sup>, Padova 2023, p. 10. Altre opere manualistiche di ampia diffusione vi dedicano rapidi cenni: S. ZUNARELLI-M.M. COMENALE PINTO, *Manuale di diritto della navigazione e dei trasporti*<sup>8</sup>, Padova 2023, p. 65; M. CASANOVA-M. BRIGNARDELLO, *Corso di diritto dei trasporti*<sup>2</sup>, I, *Infrastrutture e accesso al mercato*, Milano 2011, p. 3.

moderno come strumento di conoscenza, esame ed eventuale rielaborazione di istituti e di sistemi giuridici attuali (7).

Costituisce nozione di comune dominio presso i giuristi, non solo della nostra materia, che singole regole di diritto concernenti la nave e il trasporto marittimo erano presenti già negli ordinamenti più antichi, fra i quali preme ricordare il diritto fenicio e l'antico diritto dei Rodii. Regole più numerose si sono formate nel diritto romano, gettando le basi della disciplina di istituti che, attraverso l'elaborazione dell'età intermedia e lo sviluppo dei traffici sia nel bacino del Mediterraneo che nel Nord Europa, hanno determinato gradualmente il formarsi di un complesso ordinato e coeso di norme giuridiche inerenti i traffici marittimi, tale da assurgere al rango di diritto (8).

La prospettiva storica segna il legame indissolubile fra trasporto e commercio, che, attraverso la considerazione del primo come strumentale e funzionale al secondo, conduce all'elaborazione concettuale e giuridica del fenomeno del commercio marittimo (9).

Fin dagli albori della storia, il commercio e il trasporto delle merci hanno assunto rilevanza centrale ai fini dello sviluppo delle comunità territoriali.

Il diritto marittimo, come complesso di norme rivolte a regolare in maniera tendenzialmente completa il trasporto marittimo, inteso a sua volta come commercio marittimo in ogni sua implicazione, nasce dopo l'anno mille, allorquando negli statuti delle città marinare e nelle raccolte di regole consuetudinarie e giurisprudenziali vengono disciplinati i rapporti relativi all'utilizzazione della nave, alle forme associative invalse nel commercio via mare, al getto e alla contribuzione, al padrone della nave e all'equipaggio, al prestito finalizzato all'acquisto delle merci da trasportare, ai poteri e al ruolo del capitano, alle persone imbarcate quali marinai. Il diritto marittimo si configura, così, come diritto del commercio marittimo (10).

(7) F.A. QUERCI, *Pubblicità marittima e aeronautica*, Padova 1963, p. 3.

(8) A. ANTONINI, *Corso*, cit., p. 7.

(9) Per le considerazioni che seguono, cfr. A. ANTONINI, *Commercio internazionale e portualità*, in *D. trasporti*, 2022, p. 353.

(10) Il concetto, consolidato attraverso i secoli, riceve espressione nell'impostazione legislativa: il codice di commercio del 1865, analogamente a quanto fatto dal *code de commerce*, intitola il libro secondo "Del commercio marittimo" e quello del 1882 intitola il medesimo libro "Del commercio marittimo e della navigazione". Nello stesso senso si è espressa la dottrina del tempo anteriore alla scuola del diritto della navigazione; per tutti, F. BERLINGIERI SR., *Corso di diritto marittimo (anno accademico 1925 - 1926)*, Genova, s.d., 3: "Il diritto marittimo può dividersi in due parti fra loro distinte e cioè: diritto della naviga-

Lo stesso viene a fondarsi in gran parte su consuetudini operative e su regole di fonte giurisprudenziale derivanti dalle decisioni delle corti marittime, a fronte di emergenze e di esigenze nuove, cui le norme tradizionali del diritto civile non sono in grado di dare soddisfazione in maniera adeguata.

Le regole suddette, nonché nei secoli successivi le condizioni standard di contratto diffuse a livello mondiale, disciplinano il fenomeno quale sorta di *lex mercatoria* antica e attuale, che evidenzia l'internazionalismo proprio del diritto marittimo, testimoniato a decorrere dall'inizio del XX secolo dalla regolazione uniforme realizzata dalle convenzioni internazionali afferenti ai rapporti privatistici dello stesso<sup>(11)</sup>.

È il momento in cui il diritto del trasporto marittimo diviene diritto della navigazione marittima (e poi della navigazione *tout court*, estesa a quella aerea), comprensivo dei profili pubblicistici a fianco di quelli privatistici tradizionali e, fra di essi, quelli concernenti la concessione di aree per la realizzazione e la gestione delle infrastrutture strumentali all'esecuzione del trasporto, l'organizzazione del sistema operativo marittimo e aeronautico, le figure soggettive che ne sono protagoniste, i servizi e la loro rilevanza generale a beneficio sia della collettività che del diritto alla mobilità.

Si conferma in questo modo per il diritto della navigazione la vocazione originaria del diritto marittimo: la materia in esso ricompresa si spinge ad essere evolutivamente individuata in relazione al commercio internazionale, ove il trasporto (in senso ampio più che autarchico, fondato sul concetto di esercizio e di organizzazione amministrativa della navigazione)<sup>(12)</sup> ha trovato le proprie origini ed è funzionalmente inserito<sup>(13)</sup>; così ricomprendendo anche la vendita con trasporto, che lo ha riguardato agli albori del suo affermarsi.

---

zione e diritto del commercio marittimo"; il primo riposa su principi di diritto pubblico, il secondo appartiene al ramo del diritto privato.

<sup>(11)</sup> Sul ruolo delle convenzioni internazionali nella realizzazione del codice della navigazione, cfr. A. ANTONINI, *Codice della navigazione e convenzioni internazionali di diritto aeronautico*, in *Dir. mar.*, 2023, p. 872.

<sup>(12)</sup> A. SCIALOJA, *Sistema del diritto della navigazione*<sup>2</sup>, I, Roma 1929, p. 11, ha fondato il diritto della navigazione sul trasporto autarchico; la valorizzazione dell'esercizio, oggi generalmente recepita, è dovuta a G. PESCATORE, *Oggetto e limiti del diritto della navigazione*, cit., p. 202. Ora cfr., per tutti, A. LEFEBVRE D'OVIDIO-G. PESCATORE-L. TULLIO, *Manuale*, cit., p. 3; per una concezione più ampia di carattere "organizzativo", F.A. QUERCI, *Diritto della navigazione; tendenze di sviluppo e tematiche dottrinali*, in *Trasp.*, 5, 1975, p. 3.

<sup>(13)</sup> Da ultimo, A. ANTONINI, *Commercio*, cit., p. 357. Il legame stretto del diritto marittimo con l'attuazione del programma del commercio marittimo è ben evidenziato da F.A. QUERCI-S. POLLASTRELLI, *Diritto della navigazione*, cit., Premessa alla seconda edizione, XXX.

3. – Si viene, così, ad affrontare il problema della specialità e dell'autonomia di un'area dell'ordinamento generale, e, per quanto ci interessa, di quella del diritto della navigazione<sup>(14)</sup>.

Le tematiche non sono nuove, trovando fondamento nell'opera di insigni studiosi del diritto commerciale, i quali, esaminando l'origine e la struttura di tale diritto, ne individuaronò i tratti della specialità e, per vari aspetti, dell'autonomia.

Si può muovere dal concetto di norma speciale: quella che contiene, oltre a tutti gli elementi presenti nella norma generale, elementi ulteriori, che fanno sì che la prima identifichi una medesima fattispecie meglio della seconda; e si passa al concetto di istituto speciale, costituito da un complesso di norme speciali che caratterizzano l'istituto per un elemento ulteriore o diverso rispetto agli elementi che caratterizzano l'istituto omologo di portata generale, così disegnandone la disciplina in maniera differente rispetto a quest'ultimo; si giunge, infine, al concetto di diritto speciale, rappresentato dalla presenza organica di norme e di istituti speciali.

Per meglio dire: allorquando, in una determinata materia, si rinviene una molteplicità ordinata e coesa di norme (sia singole, che organizzate in gruppi, costituenti in tal caso istituti), le quali danno luogo a fattispecie speciali rispetto ad altre generali e, distaccandosi da queste ultime, evidenziano lineamenti e principi comuni alla materia e di essa propri, la relativa normazione non può essere presentata semplicemente come mera sommatoria di norme speciali rispetto a quelle generali. Si tratta, viceversa, di una disciplina organica caratterizzata dalla specialità, ossia di un diritto speciale.

Il diritto speciale non vive di per sé, al di fuori dell'ordinamento generale, ma si inserisce in questo. Esso è infatti, per sua natura, frammentario, ossia non completo, essendo inteso a regolare solo alcuni aspetti dell'area dell'ordinamento cui appartiene e postulando, per il resto, il richiamo implicito alle regole generali<sup>(15)</sup>. Sicché, il diritto speciale vive nell'ordinamento generale, che lo completa<sup>(16)</sup>.

Dal concetto di specialità si giunge a quello di autonomia.

Un diritto è autonomo quando il complesso di norme che lo costituisce è dominato da propri principi generali distinti da quelli di altre zone

<sup>(14)</sup> Riprendo al riguardo, con l'inserimento di talune modifiche e di ulteriori argomentazioni e prospettazioni, quanto ho espresso nel saggio *L'autonomia del diritto della navigazione*, cit., p. 457 e riproposto con semplificazione e alcune varianti nel *Corso*, cit., p. 34.

<sup>(15)</sup> T. ASCARELLI, *Appunti*, cit., p. 16, p. 86; F.M. DOMINEDÒ, *Principi*, cit., p. 78; A. LEFEBVRE D'OVIDIO, *Diritto della navigazione*, cit., p. 959; D. GAETA, *Le fonti*, cit., p. 15.

<sup>(16)</sup> T. ASCARELLI, *Appunti*, cit., p. 16; F.M. DOMINEDÒ, *Principi*, I, cit., p. 80.

dell'ordinamento e del diritto comune; norme che disciplinano organicamente la materia, in concorso con il diritto comune (così come accade per il diritto speciale), il quale contribuisce con il diritto autonomo nel comporre la disciplina della materia<sup>(17)</sup>.

Il diritto autonomo<sup>(18)</sup> è caratterizzato, oltre che da norme ed istituti speciali rispetto a quelli generali, da norme che delineano fattispecie originarie ed esclusive<sup>(19)</sup>, prive di riscontro tanto nell'ordinamento generale, quanto nelle altre zone di esso<sup>(20)</sup>, ossia estranee al diritto comune piuttosto che eccezionali rispetto ad esso<sup>(21)</sup>.

<sup>(17)</sup> La manualistica non ha tenuto conto del suddetto insegnamento e si è limitata ad assegnare al diritto comune, ai fini del diritto della navigazione, un ruolo meramente residuale (*infra*, par. 5); anch'io, fino a un'importante rimediazione dell'argomento fondata soprattutto sui saggi di diritto commerciale (fra cui quelli citati alla nt. 2), mi sono espresso inizialmente in tal senso: A. ANTONINI, *Corso di diritto dei trasporti*, Milano 2004, 43. I maestri del diritto commerciale avevano evidenziato che il diritto autonomo è costituito da un complesso di norme dominate da principi generali distinti da quelli del diritto comune, le quali disciplinano organicamente una determinata materia "seppur subordinatamente al diritto comune, che perciò necessariamente concorre anche nella disciplina della materia" (T. ASCARELLI, *Appunti*, cit., p. 16).

<sup>(18)</sup> Intendendosi, per tale, un «complesso autonomo di norme, non già complesso di norme autonome, ch  quest'ultimo concetto non avrebbe alcun significato»: D. GAETA, *Le fonti*, cit., p. 17; Id., *Diritto della navigazione*, cit., p. 1081.

<sup>(19)</sup> Di istituti esclusivi del diritto marittimo parla esplicitamente A. SCIALOJA, *Sistema*, I, cit., p. 11 (riferendosi alle avarie comuni, all'abbordaggio, all'assistenza e al salvataggio). Gi  prima, nel diritto commerciale, fra gli altri L. BOLAFFIO, *Materia di commercio*, cit., p. 53. Il concetto di fattispecie esclusive, pi  volte prospettato anche in via informale da F.A. Querci,   stato da me valorizzato nel *Corso*<sup>3</sup>, cit., p. 35 e di recente messo nella dovuta rilevanza da F.A. QUERCI-S. POLLASTRELLI, *Diritto della navigazione*, cit., p. 21, p. 25.

<sup>(20)</sup> T. ASCARELLI, *Appunti*, cit., p. 8, il quale individua per il diritto commerciale, considerato speciale e autonomo (si intende, anteriormente alla codificazione attuale), tre gruppi di norme: quelle generali di diritto privato che si applicano anche al diritto civile, collocate nel codice di commercio perch  formatesi nel diritto commerciale e poi passate al diritto civile; quelle che sanciscono eccezioni al diritto civile (la gran parte delle quali – aggiungiamo, con il conforto della dottrina successiva alla codificazione e in particolare di F. GALGANO, *Diritto commerciale. L'imprenditore*<sup>13</sup>, Bologna 2011, p. 5 – nel codice civile attuale sono diventate generali, andando a sostituire quelle del precedente codice civile 1865); e quelle che regolano interi istituti privi di disciplina nel diritto civile. Manca, in questa tripartizione, la menzione delle norme speciali rispetto ad altre generali del diritto civile, che regolano i medesimi istituti, ma in maniera in tutto o in parte diversa: norme certamente di grande rilevanza nel diritto della navigazione. In senso analogo, con riferimento al diritto della navigazione, A. SCIALOJA, *Sistema*, I, cit., p. 24; Id., *Corso di diritto della navigazione*, I, Roma 1943, p. 34, il quale rinviene in esso istituti tipici ed esclusivi in relazione al loro contenuto tecnico (es. l'avaria comune, il salvataggio), istituti di origine marittima e poi divenuti di diritto comune (es. l'assicurazione), istituti che appaiono come deviazioni o derivazioni di istituti di diritto civile (es. la compropriet  navale).

<sup>(21)</sup> Rettifico quanto ho espresso nel mio saggio *L'autonomia del diritto della navigazione*, cit., p. 459: gli istituti esclusivi non hanno carattere eccezionale e non trovano fondamento in norme eccezionali.

Lo stesso, nel disciplinare la materia, concorre con il diritto comune<sup>(22)</sup>, inteso come l'insieme delle norme di diritto privato, amministrativo, processuale, penale e via dicendo, che reggono i profili che la materia ricava direttamente dall'ordinamento<sup>(23)</sup>.

Fra le norme del diritto comune che concorrono nella regolazione della materia, vi sono tutte le norme imperative<sup>(24)</sup>, le quali ricevono applicazione in via primaria, salvo che vengano derogate da altre norme poste da fonte di pari grado appartenenti al diritto autonomo<sup>(25)</sup>. È questo un aspetto della massima rilevanza, non colto a sufficienza dalla dottrina allorquando essa assegna al diritto comune, sulla base del dato testuale dell'art. 1 c.nav. e senza tenere conto dell'origine e della portata storica dello stesso, un ruolo residuale nella regolazione dei fenomeni navigazionisti<sup>(26)</sup>.

Tale ruolo residuale non vale né per le norme imperative, né per quelle non specifiche della materia, che completano il diritto autonomo in via primaria anziché residuale<sup>(27)</sup>.

Le norme del diritto autonomo inseriscono in maniera originaria nell'ordinamento generale interi istituti nei quali non si rinviene alcuna particolare disciplina nel diritto civile, il cui regolamento è quello dettato dal diritto autonomo<sup>(28)</sup>.

<sup>(22)</sup> Le norme generali di diritto privato del codice civile si applicavano anche alle obbligazioni commerciali: L. BOLAFFIO, *Materia di commercio*, cit., p. 27, p. 32, il quale fa riferimento al contratto, ai requisiti contrattuali, ai presupposti di validità delle obbligazioni.

<sup>(23)</sup> Si tratta, esemplificativamente, delle norme relative alla formazione del contratto, all'atto illecito, ai concetti generali di causa, invalidità, efficacia, colpa, dolo, responsabilità: A. ANTONINI, *L'autonomia del diritto della navigazione*, cit., p. 459 e, con maggiore approfondimento, p. 470.

<sup>(24)</sup> D. GAETA, *Le fonti*, cit., p. 220: «Le norme di diritto comune, quando rivestono carattere imperativo, prevalgono sui contratti collettivi c.d. corporativi e sugli usi e restano subordinate unicamente al codice e alle altre leggi in materia di navigazione». Già prima, negli stessi esatti termini, A. DE SIMONE, *Gli usi commerciali marittimi*, Napoli, s.d. (ma non posteriore al 1923, essendosi l'A. qualificato come Esercente presso la Corte di Cassazione di Napoli, soppressa con l. 24 marzo 1923, n. 601), p. 25; F.M. DOMINÈDÒ, *Principi*, I, cit., p. 116. Così già, a proposito del diritto commerciale, C. VIVANTE, *Trattato*, I, cit., p. 65.

<sup>(25)</sup> Concetto indubbiamente esatto, che non ho visto espresso negli studi sull'argomento, né di diritto commerciale, né di diritto della navigazione.

<sup>(26)</sup> A. LEFEBVRE D'OVIDIO-G. PESCATORE-L. TULLIO, *Manuale*, cit., p. 61. Condividono la concezione ora da me riproposta F.A. QUERCI-S. POLLASTRELLI, *Diritto della navigazione*, cit., p. 46.

<sup>(27)</sup> È questo il concetto che, pur essendo stato ben presente alla dottrina del diritto commerciale e a quella che ha fondato il diritto della navigazione, è rimasto nella penombra presso la dottrina attuale, che, come si vedrà meglio al par. 5, tende a non assegnare al diritto comune altro ruolo, che quello subordinato di cui all'art. 1 c.nav.

<sup>(28)</sup> L'esemplificazione, riferita al periodo in cui l'attributo dell'autonomia competeva

Il diritto della navigazione è sempre stato considerato speciale, rispetto al diritto generale o comune; la specialità è evidenziata dalla presenza di istituti regolati da norme speciali rispetto agli omologhi istituti di diritto comune.

Ma in esso vi sono altresì fattispecie definibili come esclusive, che non si discostano da regole generali dell'ordinamento, ma disciplinano esigenze peculiari che non hanno trovato corrispondenza nell'ordinamento generale: talché, si qualificano soltanto come norme proprie del diritto della navigazione, senza rapporto né di specialità, né di eccezionalità, rispetto alle norme generali.

Sicché, il diritto autonomo della navigazione<sup>(29)</sup> è formato: da norme speciali rispetto ad altre generali del diritto comune, vuoi per essere le seconde derivate dalle prime per un processo storico di estensione dell'ambito applicativo di regole marittimistiche (ad es. il trasporto marittimo e l'assicurazione marittima, rispetto ai contratti di trasporto e di assicurazione), vuoi per essersi le prime sviluppate dalle seconde come deviazioni o derivazioni da regole civilistiche (ad es. la comproprietà navale, rispetto alla comproprietà); da norme speciali rispetto a quelle generali di altre aree dell'ordinamento (ad es. il contratto di arruolamento e il contratto di locazione di nave e di aeromobile e le concessioni demaniali, rispetto al contratto di lavoro, al contratto di locazione e alle concessioni amministrative); da norme proprie aventi carattere generale, ossia in sintonia con il diritto comune (ad es. il regime amministrativo della nave e dell'aeromobile, l'autorità di sistema portuale, i servizi tecnico nautici); da norme proprie che delineano fattispecie esclusive, prive di rispondenza al di fuori di esso e di raffrontabilità con altre fattispecie del diritto comune (ad es. l'avaria comune, il comandante della nave, il soccorso, il rimorchio); da norme proprie in antitesi con altre di diritto comune e quindi rispetto ad esse eccezionali (ad es. quelle che prevedono forme di garanzia legale e di responsabilità per debito altrui)<sup>(30)</sup>.

Nell'ambito del diritto della navigazione, il principio di specialità trova a sua volta applicazione, poiché una sua norma può essere speciale rispetto ad un'altra.

---

al diritto commerciale (fino alla codificazione del 1942), può avere a riferimento i titoli di credito, le società capitali, il fallimento, l'assicurazione: T. ASCARELLI, *Appunti*, cit., p. 9; tali istituti, disciplinati dal diritto commerciale, venivano poi utilizzati al di fuori di esso, per operazioni prive di finalità commerciali.

<sup>(29)</sup> Nozione oggi pacifica presso la dottrina navigazionistica italiana, almeno come affermazione di principio e a prescindere dalla disamina dei contenuti. Per tutti, cfr. A. LEFEBVRE D'OVIDIO-G. PESCATORE-L. TULLIO, *Manuale*, cit., p. 6.

<sup>(30)</sup> Richiamo quanto ho scritto nel mio saggio *L'autonomia del diritto della navigazione*, cit., p. 477.

Nella tradizionale prospettiva che non si spinge al di là della mera specialità del diritto della navigazione, la suddetta norma, essendo speciale rispetto ad altra a sua volta ritenuta speciale in relazione a quella generale collocata nel diritto comune, si presenta come ulteriormente speciale, o subspeciale, rispetto alla norma generale<sup>(31)</sup>.

Viceversa, nella più ampia visione del diritto della navigazione come diritto autonomo, la norma speciale resta semplicemente tale nell'ambito dello stesso, prescindendo da qualsiasi preteso rapporto di subspecialità con l'ordinamento generale. È questo il caso della navigazione da diporto, che rappresenta una disciplina o una legislazione (e non un diritto) speciale (anziché subspeciale) rispetto al diritto autonomo della navigazione<sup>(32)</sup>.

4. – Di autonomia può parlarsi secondo una pluralità di accezioni<sup>(33)</sup>.

L'autonomia oggettiva è quella propria del diritto della navigazione, in quanto complesso di norme e di istituti sia propri (esclusivi), che speciali rispetto ad altri presenti nel diritto comune.

Essa fa sì che sia all'interpretazione delle norme del diritto della navigazione, che alla loro integrazione nella parte in cui risulti carente una regolazione esplicita, si provvede all'interno dello stesso, ferma restando la gerarchia fra fonti e norme giuridiche.

Il diritto autonomo tende a realizzare una trama di norme che ripercorrono, ma come espressione dei principi della materia, quelle dell'ordinamento generale<sup>(34)</sup>.

L'autonomia oggettiva diviene autonomia normativa allorquando l'area dell'ordinamento giuridico, cui essa si riferisce, riceve dall'ordinamento medesimo il riconoscimento della sua tendenziale completezza nell'ambito della materia trattata (salvo, come sopra detto, il completamento con le

<sup>(31)</sup> Concezione che in un primo tempo ho condiviso: A. ANTONINI, *Riflessioni sulla navigazione da diporto*, in *Dir. maritt.*, 2005, p. 663; ID., *La responsabilità nella circolazione delle unità da diporto*, in *D. trasporti*, 2007, p. 73 e p. 74; ID., *Corso di diritto dei trasporti*, Milano 2004, p. 32.

<sup>(32)</sup> *Amplius* A. ANTONINI, *L'autonomia del diritto della navigazione*, cit., p. 486.

<sup>(33)</sup> Considerano l'autonomia legislativa, scientifica, didattica e giuridica A. LEFEBVRE D'OVIDIO-G. PESCATORE-L. TULLIO, *Manuale*, cit., p. 6; D. GAETA, *Diritto della navigazione*, cit., p. 1081; S. PUGLIATTI, *Codice della navigazione e codice civile*, in *R. d. nav.*, 1943-1948, I, p. 12; L. TULLIO, *Il diritto marittimo nel sistema del diritto della navigazione*, in *D. trasporti*, 2005, p. 428. Preferisce non distinguere fra autonomia oggettiva (o giuridica) e autonomia scientifica G. CAMARDA, *Lezioni di diritto della navigazione*, Palermo 1975, p. 18 e *Per una collocazione sistematica*, cit., p. 627, il quale accoglie la tripartizione dell'autonomia in legislativa, didattica e scientifica.

<sup>(34)</sup> F.M. DOMINÈDÒ, *Principi*, I, cit., p. 82.

norme dell'ordinamento generale), venendo munita degli strumenti giuridici per trovare in se stessa la norma idonea a regolare le fattispecie rientranti nel suo ambito.

Ciò accadeva, nella precedente codificazione, per il diritto commerciale<sup>(35)</sup>; ciò accade, in quella attuale, per il diritto della navigazione; il fondamento si rinviene nella norma di diritto positivo (art. 1 c. comm. 1882, art. 1 c.nav.) che, delineando la gerarchia delle norme applicabili alle fattispecie ricomprese nelle suddette aree dell'ordinamento generale, postone l'applicazione del diritto comune a quella delle norme poste dalle fonti interne, a prescindere dal rango di esse (leggi, regolamenti, usi della materia).

Dunque, nel diritto autonomo, la norma giuridica interna all'area e riferita ai rapporti giuridici della materia, da qualunque fonte posta, si applica a preferenza di quella comune alle altre aree dell'ordinamento, ancorché quest'ultima derivi da fonte gerarchicamente sopraordinata<sup>(36)</sup>.

Il diritto autonomo rinviene, necessariamente, il proprio atto normativo fondante in un codice: così era nel diritto commerciale fino alla perdita dell'autonomia codificata (1942); così è, ora (dal 1942), per il diritto della navigazione<sup>(37)</sup>.

L'autonomia scientifica si ha allorquando un'area dell'ordinamento ha costituito oggetto di studi ad essa dedicati, beneficiando di specifiche ricostruzioni e sistemazioni dogmatiche. Il diritto è, allora, scientificamente

<sup>(35)</sup> Il discorso circa l'autonomia del diritto commerciale, esauritosi con l'avvento della codificazione del 1942 (allorquando è per esso cessata l'autonomia normativa, come sopra definita), è stato di recente ripreso con riferimento non solo all'autonomia scientifica e a quella didattica, che non sono oggetto di dubbi, ma a quella sopra definita oggettiva, seppur in maniera diversa rispetto allo svolgimento che l'argomento ha avuto ad opera della scuola del diritto della navigazione. Sul tema, cfr. i saggi di G. PORTALE, *Diritto privato comune e diritto privato dell'impresa*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1984, p. 14; ID., *Il diritto commerciale italiano alle soglie del XXI secolo*, in *R. soc.*, 2008, p. 1; ID., *Dal codice civile del 1942 alle (ri)codificazioni: la ricerca di un nuovo diritto commerciale*, in *R. d. comm.*, 2019, p. 79; M. LIBERTINI, *Appunti sull'autonomia del diritto commerciale dedicati a Pippo Portale*, in *R. d. comm.*, 2019, p. 37; da ultimo, M. CIAN, *Il diritto commerciale, autonomia di una disciplina*, nel Commentario al *Clarissimi iurisconsulti Benvenuti Straccae patritii anconitani De mercatura, seu mercatore Tractatus*, Torino 2023, p. 23, ove ulteriori citazioni alla nt. 14.

<sup>(36)</sup> L'autonomia è intesa come «possibilità di governarsi con le proprie norme fino al limite massimo dalle stesse consentito» da D. GAETA, *Le fonti*, cit., p. 18. Sull'argomento, di recente, con ampi riferimenti bibliografici, M.M. COMENALE PINTO, *Il «diritto vivente»*, cit., p. 3.

<sup>(37)</sup> Per «codice» deve intendersi il corpo normativo della disciplina di una materia vasta e organica, corrispondente a una delle grandi partizioni dell'ordinamento (diritto civile, diritto penale, diritto processuale civile, diritto processuale penale, diritto della navigazione, diritto processuale amministrativo). Gli altri atti normativi, ancorché denominati codici, non sono tali. Cfr. A. ANTONINI, *L'autonomia del diritto della navigazione*, cit., p. 462.

teorizzato: la scienza giuridica lo ha inquadrato in maniera organica e complessiva, nei suoi lineamenti portanti. Al conseguimento di tale autonomia per il diritto della navigazione hanno cooperato i saggi, gli studi monografici, le riviste, la convegnistica, la sistematica di manuali e trattati, l'attività dei centri di studio<sup>(38)</sup>.

L'autonomia didattica ricorre allorquando una materia forma oggetto di insegnamento specifico nell'ambito dei corsi universitari; ciò, a far data dal 1942, ricorre con riferimento al diritto della navigazione<sup>(39)</sup>.

Sono quelle ora accennate, che ruotano attorno all'autonomia, le caratteristiche idonee a rendere unico il diritto della navigazione nel novero dei numerosi diritti o aree di normazione di cui l'ordinamento generale si compone; sicché, si rivelano sterili e di retroguardia i pur non infrequenti attacchi di antichi e nuovi detrattori, che pretenderebbero di ricondurlo in altre materie previo smembramento, disperdendo così i tratti della sua specificità<sup>(40)</sup>.

Se ne è resa conto la stessa Corte di cassazione, in una fattispecie riferita a una tematica del diritto della navigazione speciale rispetto ad altra analoga del diritto civile, allorquando ha rilevato (per quanto senza sufficiente approfondimento e con cognizione solo parziale del dibattito e dei traguardi raggiunti dalla scienza navigazionistica) la specialità e l'autonomia di questa area del diritto<sup>(41)</sup>.

<sup>(38)</sup> Le opere maggiormente significative del diritto della navigazione, prima e dopo la codificazione, e del diritto dei trasporti sono riportate da A. LEFEBVRE D'OVIDIO-G. PESCATORE-L. TULLIO, *Manuale*, cit., p. 78.

<sup>(39)</sup> La prima cattedra di diritto della navigazione fu istituita nell'Università di Roma nel 1942 e affidata a Antonio Scialoja. La prima cattedra di diritto dei trasporti fu istituita a Trieste nel 1988 e affidata a Maria Luisa Corbino. Sul piano dell'ordinamento universitario, la materia è andata estendendosi a ricomprendere come oggetto di corsi specifici un novero gradualmente crescente di insegnamenti nuovi, verso nuovi sbocchi ai confini con altre materie (diritto del turismo, diritto del commercio internazionale). L'autonomia didattica e scientifica è confermata dall'esistenza di un settore scientifico disciplinare specifico, GIUR-02/B (già IUS/06), ricompreso nel nuovo gruppo scientifico disciplinare «diritto commerciale e della navigazione» (12/GIUR-02). Gli aspetti dell'autonomia didattica del diritto della navigazione sono ben illustrati nei saggi di L. TULLIO, *I vincitori dei concorsi a cattedra e le scuole di diritto della navigazione*, in *D. trasporti*, 2023, p. 513 e *Documenti per la storia dell'Istituto di diritto della navigazione dell'Università La Sapienza di Roma*, in *D. trasporti*, 2002, p. 125, e di A. ANTONINI, *La cattedra di diritto della navigazione nella Facoltà di giurisprudenza nell'Università di Trieste*, in *D. maritt.*, 2021, p. 646.

<sup>(40)</sup> Si tratta delle osservazioni che ho svolto per la celebrazione dei trent'anni della rivista *Diritto dei trasporti*, il 24 maggio 2017, riportate da L. TULLIO, *Trent'anni e non li dimostra*, in *D. trasporti*, 2017, p. 493.

<sup>(41)</sup> Cass. civ., sez. II, 19 novembre 2013, n. 25902, in *D. trasporti*, 2014, p. 899, con nostra nota *Il trasporto amichevole nella navigazione da diporto: la dottrina navigazionista ispira l'orientamento della Corte di Cassazione*. Già prima, specificamente nella materia del

5. – Si perviene, così, al secondo caposaldo delle presenti riflessioni: quello concernente le fonti del diritto della navigazione o, più propriamente, la gerarchia delle norme propria di esso<sup>(42)</sup>.

Costituisce nozione da tempo indiscussa quella per la quale l'art. 1 c.nav. fissa la gerarchia delle norme e non delle fonti del diritto della navigazione, quest'ultima essendo stabilita in maniera generale e omnivalente dall'art. 1 disp. prel. c.c.<sup>(43)</sup>.

In relazione alla suddetta gerarchia, oggi da completare nell'ambito del nuovo ordinamento costituzionale determinato dalla Costituzione e dall'appartenenza all'Unione Europea, le norme, applicabili ai fenomeni rientranti nella materia della navigazione, sono quelle ricavate nell'ordine indicato dall'art. 1 c.nav., integrato dalle disposizioni costituzionali, da quelle dell'Unione europea e dalle convenzioni internazionali, nonché dalle leggi regionali sulla base del criterio della competenza<sup>(44)</sup>.

Tale gerarchia (preme sottolinearlo, atteso il fatto che questo profilo fondamentale viene correntemente trascurato dalla dottrina) si riferisce alla sola area del diritto della navigazione: l'art. 1 c.nav., alla pari di quanto faceva l'art. 1 c. comm. 1882 per il diritto commerciale, la dispone per l'ambito estensivo del diritto speciale, ossia per la zona di normazione da esso coperta, consistente nella "materia di navigazione".

L'una e l'altra delle disposizioni ora richiamate trovano il proprio antesignano nell'art. 89 c. comm. 1865, a sua volta ispiratosi all'art. 1 c. comm. germanico 1861, per il quale i contratti commerciali sono regolati dalla legge e dagli usi, e solo dopo dal codice civile<sup>(45)</sup>.

lavoro nautico, la Corte di Cassazione ha considerato il diritto della navigazione come «*corpus* in larga misura autonomo (principio di specialità)», attribuendogli il carattere di tendenziale completezza e di specialità: Cass. civ., sez. lav., 23 aprile 1981, n. 4386, in *Notiz. giur. lav.*, 1991, p. 659; Cass. civ., sez. lav., 15 settembre 1997, n. 9164, in *D. maritt.*, 1999, p. 355; Cass. civ., sez. lav., 8 novembre 2001, n. 13834, in *D. maritt.*, 2003, p. 448.

<sup>(42)</sup> Per tutti cfr. D. GAETA, *Le fonti*, cit.; A. LEFEBVRE D'OVIDIO-G. PESCATORE-L. TULLIO, *Manuale*, cit., p. 33; A. ANTONINI, *Corso*<sup>3</sup>, cit., p. 43; F.A. QUERCI-S. POLLASTRELLI, *Diritto della navigazione*, cit., p. 29, p. 34; G. RIGHETTI, *Trattato di diritto marittimo*, I-1, Milano 1987, p. 103.

<sup>(43)</sup> Concezione pacifica. Per tutti, D. GAETA, *Le fonti*, cit., p. 183.

<sup>(44)</sup> Concezione pacifica, su cui rinviamo a quanto già illustrato in A. ANTONINI, *Corso*<sup>3</sup>, cit., p. 43.

<sup>(45)</sup> Art. 89 c. comm. 1865: «I contratti sono regolati dalle leggi e dagli usi particolari al commercio e dal codice civile». Art. 1 codice generale germanico di commercio del 1861: «In oggetti di commercio, in quanto questo codice nulla disponga, si applicheranno gli usi mercantili ed in loro mancanza il diritto civile generale». Manca una disposizione del genere nel codice di commercio francese (*code de commerce*, 1808), rispetto al quale il codice di commercio del 1865 introduce *ex novo* nel libro I il titolo V «Dei contratti commerciali in genere», la cui prima disposizione è l'art. 89 cit.

Se, nella nuova terminologia legislativa, il termine di “materia” ha sostituito quello di “contratti” (venendo preferito a quello di “affari commerciali”, pur suggerito)<sup>(46)</sup>, ciò è accaduto per consentire la ricompressione nell’ambito della previsione normativa di quanto riferito alle persone, oltre che dell’intero campo dei rapporti giuridici, e non per evidenziare una differenza sostanziale rispetto alla disposizione precedente<sup>(47)</sup>.

Talché, resta definitivamente assodato che la gerarchia delle norme disposta dal codice della navigazione riguarda la materia della navigazione<sup>(48)</sup>, ossia i rapporti giuridici che in essa si ricomprendono, di natura privatistica e pubblicistica, e non i profili generali dell’ordinamento, che completano il diritto della navigazione pur non costituendo materia dello stesso, retti dalle norme di applicazione universale o di diritto comune.

Proprio considerando il suddetto art. 89 c. comm. 1865 si comprende la portata della norma sulla gerarchia delle fonti.

Gli usi, valorizzati dall’articolo ora richiamato come prevalenti rispetto alla legge generale, erano, per nozione allora recepita senza obiezioni, quelli ricavabili dalle pratiche diffuse presso gli operatori, via via consolidate nelle condizioni generali di contratto.

Conformemente al fondamento storico del diritto marittimo e del diritto commerciale, le disposizioni contrattuali si diffondevano, divenendo prassi operative e quindi fonte di diritto oggettivo, con prevalenza rispetto alle norme del diritto civile (ossia, a quelle estranee all’area di elezione di tali diritti)<sup>(49)</sup>, fermo il limite non valicabile dato da quelle,

---

<sup>(46)</sup> La nuova espressione, poi mutuata dal codice della navigazione, si deve a Pasquale Stanislao Mancini; cfr. il verbale XXVII, n. 115, della Sottocommissione nominata per la formulazione di alcuni articoli preliminari.

<sup>(47)</sup> L. BOLAFFIO, *Materia di commercio*, cit., p. 30, p. 47, il quale indi, approfondendo queste tematiche, riconosce in conclusione che gli usi del commercio terrestre riflettono esclusivamente il contratto di compravendita e gli altri contratti ad esso accessori (trasporto, mediazione, locazione d’opera, deposito), e che gli usi del commercio marittimo riflettono il trasporto per acqua nel suo collegamento alla compravendita.

<sup>(48)</sup> Il che vuol dire che la valenza subordinata del diritto comune si riferisce solo alle norme relative agli istituti speciali del diritto della navigazione, in raffronto ai quali vi sono altre norme di diritto comune, poiché il diritto civile «ove la legislazione particolare e del commercio (leggi e usi commerciali) non provveda [...] è applicato quale terza fonte sussidiaria [ossia, dopo la legge e gli usi commerciali] quale legislazione speciale civile, sul fondamento dell’unità organica del diritto privato»: L. BOLAFFIO, *Materia di commercio*, cit., p. 31.

<sup>(49)</sup> L. BOLAFFIO, *Materia di commercio*, cit., p. 30, p. 34; C. VIVANTE, *Trattato*, I, cit., p. 53; T. ASCARELLI, *Appunti*, cit., p. 82. Questo insegnamento vale, oggi, per il diritto della navigazione.

fra queste ultime, aventi natura imperativa<sup>(50)</sup>.

Se ne ricavano varie considerazioni.

La prima di esse è che il campo di elezione della suddetta gerarchia di norme giuridiche è quello dei rapporti negoziali<sup>(51)</sup>, costituenti la radice storica dei diritti marittimo e commerciale<sup>(52)</sup>, essendo le prassi degli operatori riferibili ad essi, piuttosto che ai rapporti retti da norme di diritto pubblico e di carattere amministrativo-organizzativo<sup>(53)</sup>.

La seconda delle accennate considerazioni è quella, già sopra affacciata, per la quale la suddetta prevalenza è riferibile alle sole norme dispositive<sup>(54)</sup>, derogabili dalle parti con quelle pattuizioni contrattuali che, standardizzandosi, hanno dato luogo ad usi mercantili discostantisi dalle norme di legge aventi carattere generale<sup>(55)</sup>.

La terza considerazione consente di comprendere il ruolo pratico oggi assolto dall'art. 1 c.nav., assai più limitato rispetto a quello che ad esso è stato attribuito al momento della codificazione (e che, prima, era stato riconosciuto alle corrispondenti norme dei precedenti codici di commercio).

Costituisce oggi, invero, nozione comunemente recepita quella per la quale le disposizioni contrattuali uniformi non possono dare luogo ad usi normativi, per la generale mancanza della *opinio iuris*, ritenuta non sufficiente allorché la regola è il frutto di predisposizione unilaterale ad opera di categorie specifiche di operatori, anziché di spontanea emersione dalla prassi della generalità di essi.

<sup>(50)</sup> L. BOLAFFIO, *Materia di commercio*, cit., p. 55: «gli usi non possono contraddire le norme imperative del diritto civile e i principi d'ordine sociale».

<sup>(51)</sup> Vedi *supra*, nt. 49. E. SPASIANO, *Oggetto, limiti ed integrazione*, cit., p. 47 riferisce l'art. 1 c.nav., siccome derivato dall'art. 1 c. comm. 1882, al solo "diritto privato in genere, civile e commerciale".

<sup>(52)</sup> Cfr., ancora, L. BOLAFFIO, *Materia di commercio*, cit., il quale evidenzia come gli istituti del diritto commerciale, esclusivi ad esso o comuni alle due legislazioni, vedono integrata la propria disciplina preferibilmente dagli usi, ossia dalla norma creata spontaneamente, piuttosto che dal diritto civile, considerato inadatto (p. 48), e il quale riconosce che la miglior tutela degli interessi commerciali, nel silenzio della legge commerciale, è realizzata dagli usi, anziché dal diritto civile (p. 53).

<sup>(53)</sup> Il richiamo agli usi, contenuto nel codice del commercio nel 1882, è stato considerato un parallelo dell'art. 1124 c.c. 1865 (a sua volta antesignano dell'art. 1375 c.c. sull'integrazione del contratto): T. ASCARELLI, *Appunti*, cit., p. 82. Ciò, unitamente alla già rilevata derivazione dall'art. 89 c. comm. 1865, ne evidenzia l'attinenza alla materia contrattuale.

<sup>(54)</sup> L. BOLAFFIO, *Materia di commercio*, cit., p. 55; D. GAETA, *Le fonti*, cit., p. 220; F.M. DOMINEDÒ, *Principi*, I, cit., p. 116.

<sup>(55)</sup> A. ANTONINI, *Corso*<sup>3</sup>, cit., p. 49.

Ciò è stato affermato negli ultimi decenni dalla Corte di cassazione con ripetute sentenze riferite ai rapporti bancari e alle c.d. norme bancarie uniformi (in realtà, condizioni generali di contratto), le quali hanno escluso la sussistenza di usi nelle regole rinvenienti il proprio fondamento nel comportamento o nelle disposizioni contrattuali di fonte bancaria, poiché predisposte in maniera uniforme dagli istituti di credito e dall'associazione di categoria degli stessi<sup>(56)</sup>.

Sicché, l'impossibilità di considerare le regole di matrice contrattuale, uniformi negli strumenti negoziali invalsi a livello nazionale e internazionale, come prassi suscettibili di assumere il ruolo di norme giuridiche consuetudinarie, depotenzia sul piano applicativo la norma fondante dell'art. 1 c.nav., ferma restandone la valenza sui piani sistematico e teorico generale.

Va considerato, a questo punto, il secondo comma dell'art. 1 c.nav.

Esso contempla l'analogia, quale procedimento (e non fonte del diritto) che consente di ricavare la norma, idonea a reggere un caso non disciplinato da norma specifica, desumendola da un caso simile, qualora se ne ravvisi la *eadem ratio*.

Essa è servita, all'origine, per strutturare il diritto aeronautico muovendo dalle regole del diritto marittimo, in presenza di una medesima ragione giuridica; oggi, soprattutto dopo la riforma della parte aeronautica del codice della navigazione del 2005-2006, essa soccorre per applicare al settore marittimo regole nuove, costituenti la nuova disciplina del settore aeronautico<sup>(57)</sup>.

Gli esempi tradizionali sono costituiti dalle norme relative al rimorchio, al ricupero e all'avaria comune, ossia ad istituti disciplinati soltanto nella navigazione marittima, considerati in linea di principio non pertinenti a quella aerea per la normale non configurabilità di casi concreti, ma ideologicamente ad essa non estranei; l'esemplificazione attuale può estendersi a recenti norme aeronautiche relative a fattispecie in precedenza non disciplinate, come ad es. l'esercizio occasionale (art. 939-ter c.nav.) e forse

---

<sup>(56)</sup> Cass. civ., sez. I, 6 novembre 1993, n. 11020, in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 2295 e Cass. civ., sez. I, 16 marzo 1999, n. 2374, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 1301, p. 1585, rispettivamente in tema di tasso degli interessi e di interessi anatocistici.

<sup>(57)</sup> Cfr. A. ANTONINI, *Corso*<sup>3</sup>, cit., p. 50. L'autore che ha meglio approfondito l'argomento (A. LEFEBVRE D'OVIDIO, *L'analogia prioritaria*, cit., p. 22) riconosce che l'analogia non ha formato "oggetto di particolari attenzioni da parte della dottrina e, meno ancora, della giurisprudenza». L'analogia fra il trasporto aereo e quello marittimo ha consentito alla Corte costituzionale di introdurre, mediante parziale dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 423 c.nav., la decadenza del vettore marittimo dal beneficio del limite risarcitorio nei casi di dolo e di colpa grave: C. cost. 26 maggio 2005, n. 199, in *D. trasporti*, 2005, p. 953.

il diritto del passeggero alla restituzione del prezzo nel caso di impedimento alla partenza a lui non imputabile (art. 945 c.nav.), che si addicono pure al campo marittimo.

L'analogia può consentire l'applicazione, a fattispecie non formanti oggetto di regolazione<sup>(58)</sup>, norme di diritto della navigazione anziché quelle di altra area dell'ordinamento: norme sulla locazione di nave al comodato di nave allorquando il comodatario ne diviene esercente; norme sul noleggio al trasporto nella navigazione non di linea<sup>(59)</sup>.

Resta al di fuori della portata dell'art. 1 c.nav. il problema dell'applicazione analogica di norme, speciali o relative a fattispecie esclusive del diritto della navigazione, a fattispecie diverse, estranee ad esso e regolate dal diritto comune.

Infatti, il legislatore del codice della navigazione ha prestato attenzione, in taluni casi, ad aspetti che il legislatore di diritto comune non aveva considerato; inoltre, la forza espansiva del diritto speciale è dimostrata dall'evoluzione del diritto commerciale, le cui norme nella codificazione del 1942 hanno in buona parte soppiantato quelle del codice civile del 1865, divenendo generali<sup>(60)</sup>.

L'operatività dell'analogia fra norme di diritto della navigazione e fattispecie ad esso estranee può essere prospettata, con la prudenza del caso, per le norme riferite ad istituti speciali non costituenti espressione di principi propri del diritto della navigazione (es. l'art. 382, comma 2°, c.nav., che forfettizza il risarcimento nel caso di ritardata restituzione della nave dopo la scadenza del contratto, o l'art. 535 c.nav. sulla c.d. differenza fra il nuovo e il vecchio in materia assicurativa) e per quelle che, pur riferite ad istituti esclusivi, esprimono una sistemazione di interessi evolutivamente estensibile al diritto comune (es. la spettanza della remunerazione all'autore di operazioni di salvataggio di beni in ambito diverso da quello marittimo)<sup>(61)</sup>; non può essere prospettata, viceversa, per le fatti-

---

<sup>(58)</sup> L'applicazione analogica deve servire a colmare un vuoto normativo e non ad integrare la disciplina vigente: Cass. civ., sez. II, 21 giugno 2022, n. 19928, in corso di pubblicazione in *D. trasporti*, 2024, con nota di E. LENZONI MILLI, *Sull'inapplicabilità delle disposizioni sulla circolazione stradale in via analogica ex art. 12 delle preleggi e ex art. 1 c. nav. alla circolazione acquea nei canali di Venezia*.

<sup>(59)</sup> L'applicazione giurisprudenziale è limitatissima. A. LEFEBVRE D'OVIDIO, *L'analogia prioritaria*, cit., p. 27 ne riporta due casi e di assai scarsa valenza.

<sup>(60)</sup> Cfr. *supra*, nt. 20. Quanto alla forza di espansione attuale del diritto commerciale riferita ad alcune fattispecie attuali, cfr. *infra*, nt. 84.

<sup>(61)</sup> In questo senso, Trib. Trieste, 17 luglio 2000, in *D. maritt.*, 2001, p. 1500; la sentenza è stata riformata da App. Trieste, 24 aprile 2003, in *D. trasporti*, 2005, p. 269; successivamente Cass. civ., 28 marzo 2008, n. 8092, in *D. trasporti*, 2009, p. 463 confermando la decisione di secondo grado ha escluso l'applicazione analogica della disposizione

specie in cui l'opportunità di tutelare interessi particolari, sussistenti alla base di una norma speciale, è divenuta dubbia nello stesso diritto della navigazione (es. la disciplina del trasporto marittimo amichevole di cui all'art. 414 c.nav.)<sup>(62)</sup>.

Di particolare rilievo è, infine, la previsione del citato secondo comma dell'art. 1 c.nav., per la quale il diritto civile (o, propriamente, il diritto comune, ossia il complesso delle norme generali, ulteriori rispetto a quelle di diritto della navigazione, che completano quest'ultimo) si applica come fonte residuale, in assenza di norme di diritto della navigazione poste da leggi, regolamenti, usi.

Tale valenza residuale può riferirsi ai soli istituti speciali di diritto della navigazione e a quelli di esso esclusivi.

Così, con riguardo ai contratti e agli istituti speciali di diritto della navigazione, le norme di diritto comune suscettibili di ricevere applicazione nel caso di assenza di norme di legge, di regolamento e consuetudinarie del diritto della navigazione, nonché di altre ricavabili mediante applicazione analogica di norme di diritto della navigazione, sono quelle riferibili agli istituti regolati anche dal diritto della navigazione (trasporto, assicurazione, locazione, appalto, lavoro, proprietà e comproprietà, garanzie reali, privilegi, pubblicità, concessioni, ecc.); fermo restando che le norme generali dell'ordinamento, che completano quelle in materia di navigazione, si applicano in via primaria, essendo per definizione escluso che i suddetti aspetti generali, non riferiti alla "materia" della navigazione, possano trovare regolazione nel diritto della navigazione stesso.

Esemplificativamente, ricevono applicazione residuale le norme generali sul trasporto e sull'assicurazione (ferma, al riguardo, la questione posta dagli artt. 1680 e 1885 c.c.)<sup>(63)</sup>, nonché sulle altre fattispecie appena

sul soccorso in una fattispecie retta dal codice della navigazione anziché dalla Convenzione di Londra del 28 aprile 1989 sul salvataggio, la quale potrebbe consentire una riapertura della questione. Favorevoli all'applicazione analogica: C. SEVERONI, *Considerazioni sul soccorso recato dal mare a beni sulla terraferma*, in *D. maritt.*, 2001, p. 1501; M. CARRETTA, *Remunerazione di un intervento di soccorso dall'acqua verso la terraferma, anteriormente all'entrata in vigore della Convenzione Salvage 1989*, in *D. trasporti*, 2005, p. 272; C. SEVERONI, *Soccorso dal mare a beni sulla terraferma*, in *D. trasporti*, 2009, p. 471.

<sup>(62)</sup> Cfr. A. ANTONINI, *Corso*<sup>3</sup>, cit., p. 219; sono aperti all'applicazione analogica A. LEFEBVRE D'OVIDIO-G. PESCATORE-L. TULLIO, *Manuale*, cit., p. 530.

<sup>(63)</sup> È prevalente l'opinione per la quale la disciplina del codice civile sul contratto di trasporto, su quello di assicurazione e sulla trascrizione, in virtù del richiamo disposto dagli artt. 1680, 1885 e 2695, acquista rango primario nel sistema delle fonti, salva la prevalenza delle norme del codice della navigazione ad essi relative, per il principio di specialità. Per altra altrettanto autorevole opinione, gli articoli citati, in quanto contenuti nel codice civile, rappresentano una delimitazione del campo applicativo delle norme di tale codice e non

indicate; non anche, di certo, quelle sulla capacità giuridica e di agire, sulla validità del contratto, sull'adempimento e sull'inadempimento delle obbligazioni, sulla struttura dell'illecito civile e dell'elemento soggettivo dello stesso, sulle cause di illegittimità dell'atto amministrativo, e così via.

Del pari, non ricevono applicazione le norme che, costituendo un settore di legislazione speciale, non possono dirsi appartenenti al diritto comune, come ad esempio quelle sulla circolazione stradale<sup>(64)</sup>.

6. – Costituisce quesito ricorrente quello circa l'attualità, ad ottant'anni dalla codificazione, dell'art. 1 c.nav.<sup>(65)</sup>.

La formidabile evoluzione tecnica, che ha ampiamente svalutato i concetti di comune avventura marittima e di pericolosità della navigazione, fondanti la specificità degli istituti della medesima, da un lato; la normativa di fonte europea, che ha applicato all'ambito della navigazione regole costituenti espressione di principi comuni ad altre materie, dall'altro; hanno inciso indubbiamente sull'autonomia del diritto della navigazione, nel senso della attenuazione della stessa<sup>(66)</sup>.

Sono certamente ridimensionati nell'esercizio concreto, ancorché preservati intatti sul piano della titolarità e in funzione di tutela della sicurezza della navigazione, i poteri del comandante come capo della spedizione e della comunità viaggiante, che presupponevano la mancanza di comunicazione fra lo stesso e l'armatore; appare dubbia la giustificazione attuale della colpa nautica come causa di esclusione della responsabilità del vettore marittimo per i danni al carico; la peculiarità del lavoro portuale non lo sottrae alle regole della concorrenza; la competenza tecnica del comandante del porto non giustifica l'attribuzione al medesimo di funzioni giurisdizionali; la tutela della sicurezza della navigazione non legittima la sottrazione del lavoro a bordo delle navi alle regole generali del diritto del lavoro; l'affiorare di nuovi operatori che esercitano l'attività commerciale di trasporto con mezzi altrui anziché propri rimette in discussione la centralità del mezzo nautico e del suo esercizio; il ruolo delle nuove autorità di regolazione e dei soggetti privati che esercitano attività gestionali di

---

incidono sulla gerarchia delle norme poste dall'art. 1 c.nav. Nel primo senso, per tutti, A. LEFEBVRE D'OVIDIO-G. PESCATORE-L. TULLIO, *Manuale*, cit., p. 62; nel secondo, per tutti, F.A. QUERCI-S. POLLASTRELLI, *Diritto della navigazione*, cit., p. 448.

<sup>(64)</sup> Cfr. Cass. civ., sez. II, 21 giugno 2022, n. 19928, cit.

<sup>(65)</sup> Da ultimo, sull'argomento, in maniera assai ampia ed efficace, M.M. COMENALE PINTO, *Il «diritto vivente»*, cit., p. 53 e per le conclusioni p. 70.

<sup>(66)</sup> Sull'argomento rinvio al mio *Corso*<sup>3</sup>, cit., p. 51.

interesse generale determina nuove formule organizzatorie nel raffronto fra interesse pubblico e interesse privato; e così via.

Per altro verso, la potenziale estensione della materia della navigazione ad ambiti, che al tempo della codificazione le conoscenze tecniche e le concezioni dominanti non consentivano di considerare oggetto di interessi giuridicamente rilevanti (lo spazio cosmico, le risorse marine, l'ambiente in relazione all'inquinamento, altre ancora), tende a sminuire la portata e la valenza dei principi su cui il diritto marittimo prima, quello della navigazione poi, si sono fondati<sup>(67)</sup>.

A ciò si aggiunge il fatto che sia la dottrina diversa da quella navigazionista, che la giurisprudenza, dimenticando la forza esercitata dai principi fondanti l'autonomia e la specialità del diritto commerciale nello sviluppo dell'ordinamento generale (art. 1 c. comm. 1882, cui è omologo l'art. 1 c.nav.), li hanno del tutto trascurati.

È così che gli usi, tratti dalle prassi contrattuali, su cui si è strutturata la costruzione del diritto marittimo, hanno assunto un ruolo assolutamente marginale: al punto che non sono reperibili fattispecie, sottoposte all'esame giurisprudenziale o emerse dall'esperienza concreta, che ne abbiano fatto applicazione<sup>(68)</sup>.

Ciò non incrina, tuttavia, il ruolo e l'importanza che l'art. 1 c.nav. ancora riveste ai fini del diritto della navigazione e dell'ordinamento generale.

Esso rappresenta il riconoscimento del ruolo pionieristico del diritto della navigazione, il quale, alla pari del diritto commerciale, evidenzia e scruta esigenze nuove, creando per esse regole nuove, che, poi, sono state spesso estese all'ordinamento generale<sup>(69)</sup>.

<sup>(67)</sup> Queste considerazioni inducono a riflettere su un possibile ripensamento dell'oggetto del diritto della navigazione, anche in considerazione dell'ampliamento e della diversificazione delle tematiche oggetto di corsi universitari nell'ambito del settore scientifico disciplinare della materia (*supra*, nt. 39); ritengo utile e non procrastinabile una meditata riflessione, che coinvolga gli esponenti più autorevoli della materia.

<sup>(68)</sup> Non sussistono, a quanto consta, sentenze edite riferite ad ipotesi in cui una norma consuetudinaria marittima o aeronautica abbia prevalso sull'applicazione di una norma posta dal codice civile. L. TULLIO, *Contratto di noleggio*, Milano 2006, p. 49, riporta l'art. 42 del cap. 3 del tit. V della raccolta provinciale degli usi di Genova 2005 quanto alla limitazione ai casi di dolo e di colpa grave del risarcimento nel caso di esercizio della facoltà di cancello.

<sup>(69)</sup> T. ASCARELLI, *Appunti*, cit., p. 19. Il concetto di «pioniere» è stato ripreso ed applicato al diritto della navigazione da A. LEFEBVRE D'OVIDIO-G. PESCATORE, *Manuale di diritto della navigazione*, Milano 1950, par. 4; esso è stato recepito da tutta la dottrina navigazionista, a partire da D. GAETA, *Le fonti*, cit., 16. Correntemente la paternità di questo concetto è attribuita a T. ASCARELLI; questi, tuttavia, lo riprende da C. VIVANTE, *Trattato*, I,

Si vuole ricordare fra l'altro, in tale prospettiva, che l'assicurazione è nata nel trasporto marittimo e così pure la società con limitazione della responsabilità dei soci, e che la produzione di interessi nel mutuo si è avuta a partire dal commercio marittimo: si tratta oggi di principi, istituti e regole di portata generale.

Il diritto della navigazione è stato il banco di prova ove nuove regole sono state e ancora vengono sperimentate, per divenire modello per l'estensione all'ordinamento generale<sup>(70)</sup>: il regime rigoroso della responsabilità del debitore (*receptum*) nel campo dei rapporti contrattuali, che il diritto marittimo conosce da millenni, laddove l'ordinamento generale lo prevede pressoché esclusivamente nel campo extracontrattuale; la responsabilità oggettiva, introdotta per la prima volta nel campo aeronautico a carico dell'esercente per i danni a terzi sulla superficie e poi confermata in materia di danni da navi cisterna e da navi nucleari; la responsabilità oggettiva del vettore nel trasporto aereo di cose, riferita all'ambito contrattuale, mentre in generale la responsabilità oggettiva si rinviene in quello extracontrattuale; il c.d. doppio livello di responsabilità, introdotto nel trasporto aereo di persone e poi confermato in quello marittimo di persone per i danni da sinistri marittimi; l'estensione dell'azione contrattuale nei confronti del subcontraente, realizzato in favore del passeggero verso il vettore operativo; l'assoggettamento alle regole del contratto di trasporto di soggetti ad esso estranei e obbligati a prestazioni connesse, come l'operatore di assistenza aeroportuale.

Ulteriormente, il diritto autonomo della navigazione produce e propone soluzioni che, prospetticamente, sono suscettibili di estensione all'ordinamento generale, del quale esso diviene fucina<sup>(71)</sup>: come è per l'accennato doppio livello di responsabilità, che può contemperare adeguatamente la tutela degli interessi contrapposti dei soggetti dell'obbligazione risarcitoria, prestandosi all'estensione a fattispecie ulteriori, fra cui quella del trasporto pubblico locale di persone; per il concorso della responsabilità extracontrattuale con quella contrattuale, affiorato nell'ambito dei trasporti e che dalla normativa internazionale uniforme propria di essi ha gradualmente acquisito l'eguaglianza di

---

cit., 68 (nt. 2), che lo riferisce all'opera «d'infaticato pioniere», svolta dalla giurisprudenza allorché ricerca nella «natura delle cose» la ricostruzione degli istituti nuovi.

<sup>(70)</sup> A. ANTONINI, *L'autonomia del diritto della navigazione, banco di prova e fucina dell'ordinamento giuridico*, in *D. trasporti*, 2007, p. 734, p. 740. L'espressione «banco di prova» è stata utilizzata da F.D. BUSNELLI, *Limitazioni risarcitorie, diritto dei trasporti, codice civile*, in *Il limite risarcitorio nell'ordinamento dei trasporti* (a cura di G. Silingardi - A. Antonini), Milano 1994, p. 6, il quale ha dichiarato di averla ripresa da S. Pugliatti.

<sup>(71)</sup> A. ANTONINI, *L'autonomia del diritto della navigazione, banco di prova e fucina dell'ordinamento giuridico*, cit., p. 734, p. 740. Sull'argomento, con importanti esemplificazioni, cfr. L. TULLIO, *Responsabilità civile*, cit., p. 1076.

regime fra di esse, rispondente a principi di equità e meritevole pertanto di generalizzazione; per il carattere obbligatorio dell'assicurazione della responsabilità e per la c.d. azione diretta del danneggiato nei confronti dell'assicuratore del responsabile, nati nel campo aeronautico a proposito della responsabilità per danni a terzi sulla superficie, introdotti nell'ordinamento generale nel campo della circolazione stradale e oggi estesi o proposti per tali e tante fattispecie, da esprimere la tendenza a soppiantare la regola generale dell'art. 1917 c.c.; per il superamento del dogma civilistico dell'equivalenza fra dolo e colpa, conseguito con la valorizzazione dello stato soggettivo del debitore ai fini dell'attribuzione di diritti ed obblighi, che dall'ambito della navigazione e dei trasporti (a proposito della decadenza del vettore dal beneficio del limite risarcitorio) è gradualmente emerso in altri settori dell'ordinamento, quali la responsabilità amministrativo-contabile e talune altre fattispecie anche penali, fino a ricevere in chiave prospettica ampia considerazione per molte ipotesi di attività in cui il rischio non può essere azzerato nonostante la prudenza nel comportamento del soggetto agente.

7. – Il principio di autonomia, del quale l'art. 1 c.nav. seguita a costituire il baluardo pur nella rinnovata realtà della navigazione, è oggi suscettibile di considerazione anche per altro profilo, che, riconnesso al fondamento storico dello stesso, trova conferma e perpetuazione nell'atteggiamento delle collettività marittime e aeronautiche operanti nel campo dei trasporti, delle infrastrutture, dei servizi e della loro organizzazione amministrativa e commerciale, anche sul piano regolatorio<sup>(72)</sup>.

È utile muovere dal già rilevato ruolo degli usi nell'ambito del sistema delle fonti.

La loro prevalenza rispetto alla normativa di diritto comune, risalente al codice di commercio del 1865, riposa sulla valorizzazione delle prassi degli operatori: quelle che hanno costruito il sistema dei rapporti inerenti alla navigazione e al commercio, di fonte sia negoziale (trasporto, spedizione, assicurazione, rimorchio, locazione, ecc.), che non negoziale (soccorso, avaria comune, urto, responsabilità verso terzi, ecc.).

Non è agli usi in senso odierno e proprio (usi normativi), dalla rilevanza assai limitata e non più desumibili dalle condizioni contrattuali praticate da singole classi di operatori, ma è alle prassi operative, da chiunque determinate, che è dovuta la creazione di regole che i diversi

---

<sup>(72)</sup> Le osservazioni che seguono sono riprese da A. ANTONINI, *La natura delle cose marittime e aeronautiche, il diritto vivente e l'art. 1 c. nav.*, in corso di pubblicazione in *D. trasporti*, 2024.

attori nel campo della navigazione e dei trasporti comunemente osservano, a prescindere dalla loro originaria giuridicità.

Questo è accaduto nel percorso storico di formazione del diritto marittimo.

Questo vale oggi, ancora e vieppiù, con riferimento alla natura delle cose marittime e aeronautiche che indirizza l'agire degli operatori<sup>(73)</sup>, al diritto vivente rappresentato dal complesso delle regole come intese e applicate nel concreto anziché come formulate dal legislatore<sup>(74)</sup>, alla *lex mercatoria* basata su complessi di regole di fonte negoziale<sup>(75)</sup>, alla *soft law* costituita da linee guida, raccomandazioni, regolamenti interni,

(73) La natura delle cose, come fatto tecnico, ossia elemento sperimentale, è valorizzata da A. SCIALOJA, *Sistema*<sup>2</sup>, I, Roma 1929, p. 11, che riprende il concetto da C. VIVANTE, *Trattato*, I, cit., p. 68. Sull'argomento vedi anche i rilievi di A. ASQUINI, *La natura dei fatti come fonte del diritto*, in *Arch. giur. Serafini*, 1921, p. 129, che riconosce a Vivante la paternità del concetto in esame, ritenendo superabile la contrarietà della dottrina allora dominante (Bolaffio, Navarrini, Carnelutti, Ferrara), anche sulla base delle considerazioni espresse, pur in un sistema quale quello germanico caratterizzato dall'assenza nel codice civile di una disposizione del tenore dell'art. 3 disp. prel. c. civ. 1865 (oggi, artt. 1 e 12, comma 2, disp. prel. c. civ.), dalla dottrina maggioritaria tedesca, che vedeva nella natura delle cose una fonte formale del diritto. Di recente cfr., per gli aspetti afferenti al diritto commerciale, L. PELLICCIOLI, *La «natura delle cose» nel diritto commerciale*, in *R. crit. d. priv.*, 2013, p. 601; M. SPERANZIN, *Un nuovo ordine delle fonti del diritto commerciale*, in questa *Rivista*, 2019, p. 1174. Il concetto è riproposto e ampliato da F.A. QUERCI-S. POLLASTRELLI, *Diritto della navigazione*, cit., p. 33.

(74) Per diritto vivente si intende l'insieme delle norme nel significato che ad esse è attribuito dall'interpretazione, giurisprudenziale e pratica, e dall'applicazione nel concreto, ossia la consolidata opinione comune, maturata nella giurisprudenza, nella dottrina e nella prassi in ordine al significato da attribuire ad una norma determinata o ad un complesso di norme. Sul rapporto fra diritto vivente e diritto della navigazione, cfr. A. SCIALOJA, *Sistema*, I, cit., p. 13; M.M. COMENALE PINTO, *Il «diritto vivente»*, cit., p. 3; L. TULLIO, *Dal diritto marittimo e aeronautico al diritto della navigazione ed al diritto dei trasporti*, in *Il diritto aeronautico a cent'anni dal primo volo* (a cura di A. Antonini-B. Franchi), Milano 2005, p. 167; T. GAZZOLO, *Antonio Scialoja e il «diritto vivente»*, in *R. d. nav.*, 2022, p. 61; A. ZAMPONE, *Diritto della navigazione, diritto dei trasporti, diritto vivente. Attualità e progressione del pensiero di Gustavo Romanelli*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2023, p. 27.

(75) La *lex mercatoria* in senso storico è quella che trae origine dall'ambito dei rapporti commerciali del basso Medioevo, fondata sulle prassi negoziali mercantili che danno regolamentazione a esigenze nuove, differenti da quelle tradizionali. La *lex mercatoria* in senso odierno fonda, sulle prassi operative delle categorie imprenditoriali e professionali interessate, la regolazione spontanea di quei rapporti giuridici, che non rinvergono nella legge una disciplina sufficiente o soddisfacente. Si tratta di testi contrattuali standardizzati, prassi uniformi, complessi di regole predisposti da esperti del settore, finalizzati ad agevolare gli operatori e a risolvere le controversie in modo più agile che tramite la normativa vigente. Cfr. fra i tanti: F. GALGANO, *Lex mercatoria*<sup>6</sup>, Bologna 2016; F. MARELLA, *Diritto del commercio internazionale*, Padova 2023, p. 254; F. BORTOLOTTI, *Diritto dei contratti internazionali*<sup>3</sup>, I, Padova 2009, p. 38. Per alcune applicazioni al diritto della navigazione, vedi A. ANTONINI, *Corso*, cit., p. 30.

circolari esplicative, atti interpretativi e di indirizzo sprovvisti del connotato della giuridicità<sup>(76)</sup>.

È così che il diritto della navigazione vive nella quotidianità, ben al di là del complesso delle norme di fonte “scritta” (statale, internazionale uniforme, europea), a volte tardive nel regolare i fenomeni, a volte divenute inadeguate, a volte astratte dalla realtà.

I traffici e le operazioni marittime e portuali, nonché quelli corrispondenti nel settore aeronautico, sono retti da un sistema che nasce dall’agire nel concreto, dalla natura delle cose, dall’equità, dall’interpretazione della giurisprudenza, oltre che dal lavoro degli enti di categoria, delle autorità di regolazione, di altre figure soggettive ordinamentali<sup>(77)</sup>.

Sicché, il diritto della navigazione non si fonda soltanto sulla norma giuridica intesa in senso proprio, ma deve molto alle regole di condotta prive di giuridicità, che si formano e vivono nella realtà del concreto<sup>(78)</sup>.

L’esemplificazione è vastissima e in incessante fermento<sup>(79)</sup>. Essa esprime a volte il disallineamento della prassi rispetto alle soluzioni legislative<sup>(80)</sup>, altre volte il conseguimento da parte della stessa di soluzioni poi riprese a livello legislativo.

<sup>(76)</sup> La *soft law*, come legge “debole” oppure “dolce”, si contrappone alla *hard law* o diritto positivo, non essendo caratterizzata dall’obbligatorietà, ossia dalla forza precettiva. Si tratta di regole che trovano il fondamento della propria esistenza nell’autorevolezza dell’organizzazione o dell’ente che le ha emanate e nella spontanea sottoposizione ad esse delle categorie interessate. Esse non fondano diritti o situazioni giuridiche tutelate; tuttavia, per le loro caratteristiche sopra indicate, oltre a servire nell’operatività concreta, possono essere tenute in considerazione in sede giurisdizionale.

<sup>(77)</sup> Cfr. A. SCIALOJA, *Sistema*, I, cit., p. 15, il quale individua, quali fonti del diritto vivente: l’interpretazione, che trae dalla norma astratta quella concreta, e che ciò facendo può compiere opera creativa; la volontà privata negoziale; la giurisprudenza, la natura delle cose, l’equità, l’analogia e addirittura il contratto.

<sup>(78)</sup> Cfr. F. A. QUERCI-S. POLLASTRELLI, *Diritto della navigazione*, cit., p. 33, che valorizzano le norme a formazione o germinazione spontanea, non prodotte da alcun ente formale o istituzionale, ma purtuttavia esistenti; talché, «la ricognizione di simili norme [...] viene ad identificarsi, senza resti, con la dimostrazione della loro esistenza» (*op. cit.*, p. 37). Cfr. pure A. SCIALOJA, *Sistema*, I, cit., p. 16, il quale evidenzia come l’obbligatorietà di una norma possa sussistere, per talune regole contrattuali, come se si trattasse di diritto oggettivo: i caricatori devono subire le polizze di carico dei vettori, così come gli armatori e i caricatori devono subire le polizze degli assicuratori; oggi il fenomeno è ampiamente temperato allorché una delle parti ha la qualifica di consumatore.

<sup>(79)</sup> A. SCIALOJA, *Sistema*, I, cit., p. 15, si riferisce esemplificativamente alle Regole di York e Anversa, alle polizze tipo di assicurazioni marittime, ai contratti di noleggio e a quelli di arruolamento.

<sup>(80)</sup> M.M. COMENALE PINTO, *Il «diritto vivente»*, cit., p. 16, riporta come ipotesi di disallineamento il noleggio e il chirografo d’avarìa.

Ai contratti di utilizzazione della nave, il legislatore del 1942 ha avuto la pretesa di dare una sistemazione scientifica innovativa<sup>(81)</sup>, riconducendo il noleggio, contratto caratteristico del campo marittimo, a un tipo contrattuale nuovo, incentrato sull'obbligazione dell'armatore di compiere viaggi; la figura così ridisegnata, tuttavia, è rimasta sconosciuta alla prassi, che ha continuato a distinguere il trasporto marittimo a seconda che si tratti di trasporto di linea, sottoposto alle regole proprie della polizza di carico, e di trasporto non di linea, retto dagli accordi fra le parti, standardizzati in formulari diffusi a livello mondiale.

Nel trasporto aereo, cui il noleggio ha prontamente manifestato la propria estraneità, si sono affermate tipologie contrattuali diverse e nuove, che hanno prosperato a prescindere dal sistema normativo e apparentemente al di fuori di esso: il *charter* di aeromobile, il *wet lease*, il *code sharing*, tutti riconducibili al tipo legale del trasporto<sup>(82)</sup>.

Nella prassi quotidiana della liquidazione dei danni subiti dalle merci nel trasporto via mare, l'agire dei liquidatori tralascia la normativa su responsabilità, quantificazione del danno e oneri probatori, fondandosi su criteri percentuali, nei confronti del portatore della polizza di carico avente diritto al carico o più spesso dell'assicuratore che ha indennizzato il danneggiato e si è surrogato nei relativi diritti.

Gli assicuratori del carico, sovente, indennizzano il proprio cliente per ragioni di correntezza commerciale, senza verificarne la qualità di assicurato (ossia di soggetto che ha riportato il danno sul piano giuridico oltre che materiale), anche a rischio di pregiudicarsi la successiva azione di regresso contro il vettore, per la possibile mancanza della legittimazione attiva.

Il sistema si è plasmato così, distaccato dalle regole di diritto che si riappropriano del caso solo quando lo stesso sfocia in un (raro) contenzioso giudiziario, secondo criteri di liquidazione su base percentuale nei rapporti fra assicuratori del carico e assicuratori della responsabilità armatoriale o vettoriale.

I contratti di assicurazione marittima e aeronautica, al di là dei sottotipi regolati a livello embrionale dal codice della navigazione, ricavano la propria disciplina dal contenuto delle polizze di assicurazione, che vanno ben oltre le fattispecie codicistiche, assumendo fisionomie molteplici che

---

<sup>(81)</sup> Tale sistemazione segue la teoria di F.M. DOMINEDÒ, *Sistema dei contratti di utilizzazione della nave*, Milano 1937, p. 31, p. 69.

<sup>(82)</sup> Rinvio al mio *Corso*, cit., p. 194.

sovente ricomprendono contemporaneamente rischi differenti, riferiti sia ai danni a cose, che al sorgere di un debito di responsabilità.

La normativa statale sulla contribuzione alle avarie comuni costituisce il residuo teorico di ordinamenti precedenti, poiché le avarie comuni vengono liquidate secondo le Regole di York e Anversa, ossia un complesso di regole private, elaborate dagli operatori a livello internazionale uniforme e periodicamente aggiornate, che ricevono applicazione nel concreto anche a prescindere dal richiamo nelle polizze di carico<sup>(83)</sup>.

La liquidazione delle avarie comuni avviene non tramite il procedimento regolato dal codice della navigazione, avulso dalla realtà, ma sulla base del *Lloyd's Average Bond (LAB 1977)*, che il comandante della nave sottopone ai ricevitori al termine della spedizione e che porta, a conclusione di un procedimento affidato a privati liquidatori privi di funzioni arbitrali, alla formazione di un regolamento d'avaria (*Average Adjustment*) la cui efficacia riposa sulla effettiva adesione ad esso ad opera delle parti interessate.

La vendita con trasporto rinviene la propria fonte regolatrice di molti dei suoi profili rilevanti non nella legislazione statale, ma nelle pratiche negoziali uniformi a livello internazionale, raccolte dalla Camera di Commercio Internazionale negli *International Commercial Terms* o *Incoterms*; essi disciplinano costi e rischi del venditore e del compratore a seconda delle modalità di consegna della merce, sintetizzate in espressioni (*cif; fob; ex works; dap; ecc.*) il cui significato è universalmente riconosciuto e tende ad essere sovrapposto dagli operatori al dato normativo statale anche allorché l'ordinamento riconosce ad essi la mera natura di clausole contrattuali standard applicabili solo in forza di espresso richiamo.

Nel soccorso in mare, la considerazione del contributo dato dal soccorritore al fine di evitare l'inquinamento da idrocarburi è venuta dagli operatori, i quali, con il testo del 1980 del *Lloyd's Standard Form of Salvage Agreement (Lloyd's Open Form – LOF 1980)*, hanno aperto il compenso a canoni di determinazione non più rigidamente vincolati alla regola tradizionale *no cure no pay*; il sistema è stato poi consacrato a livello

---

<sup>(83)</sup> Il fatto che le Regole di York e Anversa possono venire applicate anche a prescindere dalla presenza della clausola di richiamo "*General average to be adjusted according to York Antwerp Rules*" si legge già in A. SCIALOJA, *Sistema*, I, cit., p. 15; il fondamento giuridico di ciò può essere rinvenuto attribuendosi alla clausola di richiamo la natura di clausola d'uso che penetra nel contratto, salvo che risulti che le parti non l'abbiano voluta: R. LOBIANCO, *Le regole di York e Anversa e la contribuzione alle avarie comuni*, Milano 2009, p. 123.

internazionale dalla Convenzione di Londra del 28 aprile 1989, che ha sostituito quella precedente.

Nel medesimo istituto, i criteri concreti di calcolo del compenso sono quelli invalsi presso i competenti uffici delle imprese di rimorchio e salvataggio, che muovano dalle spese effettive e da quelle generali, incrementandole di un multiplo più o meno elevato a seconda della valenza concreta dei criteri legali (successo, rischio, valore dei beni salvati, ecc.), anziché considerare sul medesimo piano le spese e gli altri elementi appena indicati, al fine di una quantificazione forfettaria o analitica.

È la volontà negoziale delle parti a determinare, in taluni casi, l'applicazione della normativa internazionale uniforme anche al di là dell'ambito da essa specificatamente previsto. È il caso della clausola *paramount*, che sottopone il trasporto marittimo di cose retto da un *charterparty* (nella navigazione non di linea) alla Convenzione di Bruxelles del 25 agosto 1924; al di fuori dei campi marittimo e aeronautico, è il caso delle condizioni generali del trasporto ferroviario di cose del vettore Trenitalia s.p.a., che hanno richiamato le regole CIM 1999 allegate alla Convenzione di Berna del 9 maggio 1980, come modificate dal Protocollo di Vilnius del 3 giugno 1999, anteriormente all'entrata in vigore di quest'ultimo.

E, talora, è la volontà negoziale di una sola delle parti a introdurre modifiche rilevanti, se non epocali, alla normativa legale. È il caso del trasporto aereo di persone, in relazione al quale sono state le imprese di navigazione aerea ad incidere sul regime di limitazione del risarcimento del danno dovuto dal vettore, dapprima con l'accordo di Montreal del 4 maggio 1966 e poi con gli accordi IATA di metà degli anni '90 del secolo scorso, dischiudendo la strada alla Convenzione di Montreal del 28 maggio 1999, che ha abbandonato il limite.

Le nuove esigenze riconnesse all'incremento dell'uso del mezzo aereo ai fini del trasporto soprattutto di persone, da un canto, e all'introduzione del *container*, dall'altro, hanno determinato una riconsiderazione radicale del funzionamento e della regolazione di porti ed aeroporti, generando dal basso assetti del tutto nuovi; si è così avuta la sostituzione alle concessioni atomistiche di utilizzazione di singole aeree ed edifici, previste dal codice della navigazione, di concessioni strutturate in forme nuove, che nel campo aereo riguardano la gestione totale dell'aeroporto, in quello marittimo la gestione di aree vaste adibite a *terminal* portuale, in entrambi i campi con un rinnovato sistema regolatorio.

Quanto al lavoro a bordo delle navi, la normativa speciale del codice della navigazione per un aspetto ha evidenziato i suoi limiti, poiché le esigenze della sicurezza e della disciplina a bordo, che l'avevano determinata, sono state considerate recessive rispetto all'eguaglianza di trattamen-

to fra il lavoratore marittimo e quello che opera nell'ambito del diritto comune<sup>(84)</sup>; per altro aspetto, ha focalizzato l'attenzione sulla possibilità di sottoporre gli equipaggi delle navi destinate alla navigazione internazionale a regole proprie, improntate a criteri di elasticità e caratterizzate dalla riduzione di oneri e di costi.

Gli usi eccezionali o particolari del demanio marittimo, assentiti mediante concessione e tradizionalmente subordinati all'uso generale indifferenziato in favore della collettività, nella prassi sono divenuti la forma privilegiata di utilizzazione del bene demaniale per l'esercizio di servizi pubblici e di attività produttive e diportistiche<sup>(85)</sup>: il porto deve essere valorizzato per i servizi che può dare attraverso la concessione in favore di imprenditori idonei; le concessioni turistico-ricreative devono garantire la fruibilità organizzata della spiaggia, oggi considerata preferibile rispetto a quella libera.

Gli spedizionieri, quasi ignari della loro qualità codicistica di mandatarî del mittente, operano come vettori, assumendo l'obbligo di trasferire la merce a destinazione e provvedendo ad esso prevalentemente affidandosi a subvettori.

Nuovi imprenditori di trasporto focalizzano l'oggetto fondamentale della propria attività sul piano commerciale, trascurando quello operativo, per il quale si avvalgono di subvettori, grandi (imprese di navigazione marittima) o piccoli (padroncini nel trasporto stradale): gli spedizionieri divenuti operatori di trasporto, i *non vessel operating carrier*, i *multimodal transport operator*. L'impresa di trasporto che offre e commercializza il servizio (*marketing carrier*) si distacca, così, da quella che lo presta (*operating carrier*), sconvolgendo gli equilibri fondati sulla tradizione e sul codice.

L'armatore o *owner*, figura centrale del comparto marittimo, sovente affida la nave – quanto alla gestione dell'equipaggio, a quella tecnica, a quella commerciale – a uno o più *manager*, i quali agiscono per suo conto e in suo nome; tale processo di esternalizzazione di funzioni coesenziali al

---

<sup>(84)</sup> La Corte costituzionale 3 aprile 1987, n. 96 e 31 gennaio 1991, n. 41 ha dichiarato illegittime le disposizioni del codice della navigazione sul recesso *ad nutum*; di recente tuttavia la stessa Corte 13 luglio 2023, n. 143, ha considerato infondati i dubbi di costituzionalità riferiti al decorso della prescrizione dei diritti del personale di volo dal giorno dello sbarco, anziché nel corso del rapporto come per il regime laburistico di diritto comune, sulla base della specialità del lavoro nautico.

<sup>(85)</sup> Uno spunto rilevante in tal senso si legge in F.A. QUERCI-S. POLLASTRELLI, *Diritto della navigazione*, cit., p. 131, per i quali le concessioni non disciplinano ipotesi eccezionali di godimento dei beni demaniali, ma consentono forme specifiche di godimento degli stessi, in conformità a puntuali finalità pubbliche.

ruolo dell'armatore ha contribuito alla svalutazione del ruolo dell'impresa di navigazione come concepita a livello codicistico.

Nel settore marittimo, l'esigenza dell'industria manifatturiera di fruire di servizi di trasporto regolari e dedicati, allineati all'approvvigionamento e alla distribuzione, quindi collegati al ritmo della produzione, ha condotto all'affermazione di contratti nuovi rispetto a quelli di trasporto a viaggio o a tempo propri della tradizione (*voyage charter* e *time charter*), incentrati sia sul volume delle merci da trasportare in maniera cadenzata nel tempo anziché sui singoli viaggi, che sulla messa a disposizione di capacità di stiva anziché di navi determinate; è il caso del *contract of affreightment* (o *tonnage agreement*, o *volume agreement*).

L'industria ha espresso pure l'esigenza di sostituire i singoli contratti per navi specifiche, stipulati a viaggio o a tempo, con l'organizzazione di una serie di trasporti fra loro coordinati, finalizzati a far pervenire in un luogo determinato i beni necessari secondo il cronoprogramma stabilito, regolando in maniera generale una serie di future operazioni di trasporto; il servizio assume rilevanza nel suo complesso, piuttosto che nelle singole operazioni di trasporto che lo compongono; diviene pertanto rilevante il contratto quadro, a valle del quale si innestano singoli contratti per i singoli viaggi, procurati in esecuzione di esso; l'aspetto organizzativo non snatura il contratto quadro, pur sempre riconducibile alla *species* del trasporto, ma innesta negli schemi codicistici elementi importanti di novità, mutuati dall'appalto di servizi.

La logistica rinviene nel trasporto l'aspetto di fondo da cui si è sviluppata, come contratto nuovo, o complesso, o misto, frutto della forza propulsiva del concreto e della regolazione standardizzata che volentieri prescinde da quella ristretta di diritto positivo.

L'esemplificazione vive e prolifica nella infinita ed inarrestabile varietà del concreto.

Se ne ricava un nuovo elemento, che caratterizza il diritto della navigazione e che può cogliersi attraverso una lettura moderna dell'art. 1 c.nav., intesa a ricondurre la menzione legislativa dell'uso e dell'analogia al loro concetto originario, assai aperto, piuttosto che a quello giuridico attuale, particolarmente rigoroso.

La natura delle cose, il diritto vivente che nasce dalle esigenze e dalle prassi delle collettività marittime, aeronautiche e delle infrastrutture portuali e aeroportuali, la nuova *lex mercatoria* fondata su moduli contrattuali che regolano in maniera uniforme rapporti di fonte negoziale o non negoziale, la *soft law* proveniente da atti di soggetti privati e pubblici che fondano la loro forza sull'autorevolezza di chi ne è l'autore: tutto questo è

la base, antica e viva, che il diritto della navigazione non abbandona e ancora rinviene nell'art. 1 c.nav.

8. – Lo scrutinio dell'art. 1 c.nav. sembrerebbe ridurne il ruolo a mera espressione formale priva di riscontro, stante il ridimensionamento da tempo avutosi quanto al ruolo degli usi e stante la valorizzazione dominante, se non esclusiva, delle fonti legislativa e sovralegislativa (normativa costituzionale, dell'Unione Europea e delle convenzioni internazionali), nel cui ambito opera il principio di specialità più che quello dell'autonomia.

È da riconoscere, di contro, la valenza attuale dell'analogia, sia interna al diritto della navigazione, che esterna ad esso.

È da confermare, soprattutto, la rilevanza delle prassi operative, di quelle contrattuali e della natura delle cose marittime e aeronautiche nell'evoluzione interpretativa e costruttiva del diritto della navigazione<sup>(86)</sup>.

In tale ottica, il ruolo del diritto della navigazione, di pioniere nonché di banco di prova e di fucina dell'ordinamento, trova nell'analogia, nell'interpretazione estensiva sia interna che in seno all'ordinamento generale, nella spinta propulsiva nei confronti del legislatore, un terreno fertile, di cui costituiscono fondamento l'art. 1 c.nav. e il principio di autonomia che esso consacra.

Talché, l'auspicata riforma della parte marittima del codice della navigazione, che ad ottant'anni dalla promulgazione dello stesso (e a quasi venti dalla felice riforma della sua parte aeronautica) costituisce un auspicio generalmente formulato, non dovrà coinvolgere l'art. 1 c.nav., infatti contenuto nelle disposizioni preliminari dello stesso: esso, nei sensi sopra indicati, può e deve seguire a costituire il baluardo fondante della materia.

---

<sup>(86)</sup> Quanto al diritto commerciale e con riferimento al rapporto con l'ordinamento generale, si è di recente efficacemente ribadito (M. LIBERTINI, *Appunti sull'autonomia del diritto commerciale*, cit., p. 38), per un verso, che la questione della separatezza e del sistema delle fonti singole ha sicuramente perduto di attualità, e, per altro verso – in senso analogo a quello da me indicato per il diritto della navigazione – che l'attualità dell'argomento è rappresentata dall'attenzione alla conoscenza empirica della materia trattata e agli assetti di interessi in essa presenti, dalla valorizzazione del dato comparatistico, dalla tendenza ad interpretazioni orientate ai risultati. Con riferimento all'autonomia anche nel contesto della formazione storica del diritto commerciale, si è ricordato che il sistema normativo speciale si integra nell'ordinamento generale, fino alla recezione in quest'ultimo di discipline concepite in funzione dei fenomeni economici; ciò è evidenziato, a titolo esemplificativo, in passato dall'onerosità del prestito in denaro, e nella prospettiva attuale sia dal diritto della crisi in relazione al debitore civile sovraindebitato, che dal diritto societario in relazione agli enti del terzo settore: M. CIAN, *Il diritto commerciale*, cit., p. 23, p. 27.

Materia che, come l'esperienza attuale evidenzia, conferma la propria vivacità, con l'estensione della stessa alla navigazione aerospaziale, nella nuova dimensione aperta dall'utilizzazione commerciale dello spazio sovra atmosferico, e con la ricomprensione nel proprio ambito del commercio internazionale, di cui il trasporto marittimo storicamente ha costituito il pilastro.

## RUBRICHE

---

### RECENSIONI

BERNARDO SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Il Mulino, Bologna, 2020, pp. 256.

Certi libri mancano di ispirazione. Alcuni ne hanno più d'una. Il libro di Bernardo Sordi, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, Il Mulino, 2020, ne ha a mio avviso due. Esso è anzitutto un ricco libro di storia del diritto, che ricostruisce venti secoli di pensiero. Ma è anche un sottile libro di teoria del diritto, che discute lo statuto epistemologico di una tesi.

Le due ispirazioni si fondono nel tema comune: la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, vista in prospettiva storica e in prospettiva gnoseologica. Ma si fondono anche nel metodo. La prospettiva storica, usando la distinzione, in positivo quando la afferma in negativo quando la smentisce, dà un senso alle vicende che illumina, e fornisce l'argomento per la dimostrazione, come vedremo in negativo, della tesi. La prospettiva gnoseologica, offrendo la distinzione, in positivo quando la afferma in negativo quando la smentisce, dà un senso alla dimostrazione, e fornisce il criterio per la ricostruzione storica, che altrimenti si disperderebbe.

È già un merito del volume offrire al lettore un libro che in realtà ne contiene due, egualmente doviziosi. È un merito ancora maggiore offrirne due che si arricchiscono e si completano a vicenda insegnandoci la reciproca utilità della storia e della teoria. Se infatti un insegnamento si trae dalla lettura è che negli studi giuridici la storia senza la teoria è guercia, e la teoria senza la storia è miope. Il libro di Bernardo Sordi vede invece molto bene grazie alla teoria dove va la storia e grazie alla storia cosa implica una tesi. E di questo dobbiamo essergli grati, perché non è comune che un libro ci offra al contempo una storia molto lucida ed una analisi teorica molto critica.

Dei libri che non ci piacciono c'è molto da dire: critiche, obiezioni, dissensi. Dei libri che ci piacciono, poco: solo il nostro apprezzamento. Mi limito perciò a marginali osservazioni che, visto che assumo di parlare di due libri, dividerò tra la parte storica e la parte teorica. Ma con l'avvertenza che è alla parte teorica che, per i miei limiti non essendo uno storico, e per le mie propensioni, darò il maggiore risalto.

Il compito di un libro di storia è dirci la verità su ciò che è stato. Questo compito l'Autore ha assolto egregiamente.

La ricostruzione che egli fa di come la distinzione tra pubblico e privato fosse in embrione già con la classicità, si sia irrobustita nell'età di mezzo, abbia trovato la sua formulazione nell'illuminismo, si sia imposta come fondamentale per tutto l'ottocento, si sia logorata nel novecento, sia infine stata smentita prima dall'irrompere del sociale poi dalla confusione dei mezzi e modi nel passaggio al nostro secolo, è troppo fine e troppo ricca perché io possa qui ripercorrerla. Per questo posso solo rimandare al libro, che si presta alla lettura nel modo avvincente di un romanzo di avventure, sebbene qui le avventure siano quelle di un'idea e non di un eroe.

Mi limito perciò a dire che la storia raccontata ha tutto l'accento della verità. Non sono abbastanza vecchio da poterla confermare per le epoche lontane, ma posso ben dire che essa esprime per quelle recenti – in particolare per il passaggio dallo Stato sociale dei primi quattro decenni dell'ordinamento costituzionale allo Stato neoliberista dei successivi – l'esatta realtà, come chi l'ha vissuta ha potuto percepirla e la ricorda. Il libro di storia di cui qui dico è una vivida memoria della realtà.

Realtà dei fatti, che l'Autore ricostruisce in modo impeccabile, senza smarrirsi – come pure sarebbe facile – nei mille rivoli di una vicenda che ha non solo complessa storia ma anche ampia geografia per chi, come l'Autore che ha anche tempra di comparatista, sappia vederla nei particolari percorsi che ha seguito nei diversi luoghi in cui si è svolta.

E realtà delle idee, perché una storia del pensiero giuridico non può essere – ed infatti quella che ci viene raccontata non è – solo storia di fatti ma anche e soprattutto storia di idee.

Gli stessi fatti, del resto, in una storia giuridica non contano tanto per quello che sono stati quanto per come sono stati interpretati. Il diritto non esiste in natura. E se l'esperienza è motore di continuo rinnovamento delle idee, sono le idee che contano. Nel diritto sono le idee i veri fatti. E chi ne fa storia dice il vero se sa cogliere la vicenda dell'idea. L'ampio corredo bibliografico che sostiene il libro e soprattutto l'eccellente utilizzo che se ne fa sono al contempo la condizione e la conferma di ciò.

Se mai un limite esiste alla verità dall'Autore accuratamente ricostruita – ma è un limite di tutte le storie – è che per ricostruire la traiettoria del corso principale delle vicende si è costretti a sacrificare storie minori, storie marginali, storie meno significative che pure sono esistite ma messe in ombra dalla grande storia.

Un esempio renderà l'idea, altrimenti troppo generica. È incontestabile la 'parabola discendente' nel novecento della distinzione pubblico/

privato che l'Autore illustra nel terzo capitolo del libro. È infatti certamente vero che nella modernità «le relazioni giuridiche si scoprono infinitamente più articolate del consueto reticolo costruito, nel corso del XIX secolo, lungo la dorsale che separa le due sfere giuridiche» (p. 139), perché nella modernità si rivela «un reticolo di poteri e di relazioni fondati sull'intreccio, non sulla distinzione, di pubblico e privato» (p. 225). E che ciò si deve all'irruzione del sociale, alla 'privatizzazione' di gran parte dell'azione pubblica, ed al potere economico e politico acquisito da certi soggetti formalmente privati.

Ma questo non deve indurci a dimenticare che ancor oggi accanto alla mano pubblica che opera con gli strumenti del diritto privato (si pensi allo Stato regolatore), agli oligopolisti che esercitano un potere sulla coscienza collettiva (si pensi alle grandi piattaforme nella rete) continuano ad esistere una miriade di funzionari pubblici che adottano provvedimenti autoritativi e una miriade di soggetti privati che realizzano interessi economici o morali strettamente individualistici, secondo la distinzione pubblico/privato consolidata dalla tradizione. Questa storia minore (ma non per quantità) forse è meno significativa, ma dimostra che parlando di storia difficilmente si riesce a dire tutte le verità.

Non possiamo dunque negare, con l'Autore, che quella distinzione ha conosciuto e conosce da decenni grandi smentite (se tali: ma di ciò dopo). Ma forse dovremmo anche ricordare che continua a conoscere – magari meno significative e meno eclatanti – innumerevoli conferme. E magari trarne la consapevolezza (anche di ciò dopo) che la varietà di geometrie del reale non smentisce la distinzione tra il dritto e il curvo.

Vengo al libro di teoria che ravviso nel volume di cui scrivo.

La tesi dell'Autore è brillantemente esposta sin dal principio: i concetti di pubblico e privato, la loro distinzione, non sono – come sono stati creduti (per esempio da Bobbio e da Radbruch) – categorie a priori del diritto positivo, sono piuttosto mere definizioni stipulative, né vere né false, perché anche le categorie fondamentali sono relative e non universali, in quanto storicamente situate (p. 12-13). Di qui, come concludono le pagine finali, l'insostenibilità teorica della dicotomia: i grandi temi (diritti, poteri, limiti, garanzie) la attraversano; le due sfere esaustive e reciprocamente escludenti si sono confuse. È saggio tenersi all'insegnamento di Kelsen (ID., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, (1945), Milano 1994, p. 205 ss.): poiché nessuno dei modi di individuare la distinzione si mostra inconfutabile, «tale distinzione è dunque inutile come fondamento di una sistemazione generale del diritto».

Anticipo subito, perché non mi si fraintenda, che condivido la tesi dell'Autore (e quindi di Kelsen). Ma condivido meno la fondazione che se

ne dà, sia nella *pars construens* (la riduzione della dicotomia ad una mera definizione stipulativa), sia nella *pars destruens* (la critica della dicotomia come categoria fondamentale). Spiego.

È probabilmente giusto concludere che la distinzione è (frutto di) una mera definizione stipulativa (dei concetti di pubblico e privato). Quale però dal libro non si ricava: l'Autore non ne dà una propria e lascia emergere dall'*excursus* storico le molte proposte, per mostrare le smentite che la prassi fornisce di tutte le declinazioni di quella distinzione.

Questa totale smentita rischia di mettere in crisi la tesi. La dimostrazione infatti prova troppo. Poiché ci si mostra che la prassi smentisce tutte le versioni della dicotomia, il lettore finisce per pensare che la distinzione non sia neppure una definizione stipulativa. Una definizione stipulativa è infatti una creazione del pensiero, la cui validità sta (L. FERRAJOLI, *Principia juris. Teoria del diritto e della democrazia*, I, *Teoria del diritto*, Roma-Bari 2007, p. 25) nella 'fecondità esplicativa'. Ma a fronte delle totali 'smentite' che l'Autore illustra nel libro proprio questo manca alla distinzione, perché alla fine incapace, nelle sue molte declinazioni, di spiegare quel che dovrebbe.

Ma se fosse così il libro teorico dell'Autore finirebbe per provare più di quanto vuol dimostrare.

È probabilmente altrettanto giusto assumere che la distinzione non è una categoria fondamentale. Ma assumerlo sulla base delle 'smentite' della storia mi pare lasci perplessità: davvero la realtà può 'smentire' un modello ideale? L'idea della retta è smentita perché in natura non c'è alcuna linea perfettamente dritta che vada all'infinito?

Una distinzione ideale è un modello puramente teorico, come luce e buio. E che nella realtà luce e buio si mischino è infedeltà ma non smentita del modello. Ma allora che in epoche precedenti e successive al XIX secolo gli ordinamenti della tradizione occidentale non si siano conformati al modello delle due sfere esaustive e reciprocamente escludenti è non smentita del modello come tale, ma solo infedeltà. Ricordiamoci di Leibniz: «La teoria del diritto è del numero di quelle che non dipendono da esperimenti ma da definizioni; non da ciò che mostrano i sensi, ma da ciò che dimostra la ragione» (G.W. LEIBNIZ, *Elementa juris naturalis*, (1668-1671), in *Scritti politici e di diritto naturale*, Torino 1965, p. 86).

Ma se fosse così, la tesi del libro teorico dell'Autore resterebbe vera ma la sua dimostrazione apparirebbe inefficiente.

Non intendo con questo contraddire il libro. Anzi, non solo ribadisco che credo alla giustezza della ricostruzione dell'Autore, ma osservo che queste difficoltà concettuali sono inseparabili da ogni ricerca storica che involga una tesi teorica. Ancora una volta la ricerca dell'Autore ci si mostra

brillante: è che proprio perché oggi constatiamo (con le parole dell'Autore, assolutamente vere) «un reticolo di poteri e di relazioni fondati sull'intreccio, non sulla distinzione, di pubblico e privato», la dicotomia, negata nella distinzione, riemerge nell'intreccio: per affermarne l'intreccio non possiamo fare a meno della distinzione.

L'avvincente libro dell'Autore prova che senza la storia non possiamo comprendere i concetti giuridici. Ma anche che senza l'ausilio euristico dei concetti non possiamo leggere la storia.

Dimostra poi che l'efficacia delle idee non sta tanto nella loro verità effettiva quanto nella loro verità putativa: esse ci guidano e ci condizionano per il solo fatto di essere nel nostro pensiero, quand'anche non siano confermate dalla realtà. Sono *a priori* non tanto perché universalmente vere quanto perché universalmente credute. E non cessano di esserlo neppure quando le disattendiamo, perché ne abbiamo un finale bisogno e ne facciamo ancora uso per negarle.

L'Autore perciò non poteva sfuggire al fatto che una distinzione anche quando contraddetta ha una sua estrema utilità esplicativa: non possiamo comprendere ciò che neghiamo senza al contempo affermarlo. [AURELIO GENTILI]

## COMMENTI

---

CARLO GRANELLI  
Emerito dell'Università di Pavia

ALESSANDRO D'ADDA  
Prof. ord. dell'Università Cattolica di Milano (\*)

### ANDREA BELVEDERE, UOMO DI ACCADEMIA

SOMMARIO. *Sezione prima*: Una vita fra Università e Collegio Ghislieri. – 1. L'uomo. – 2. Il docente. – 3. Il Rettore del Collegio Ghislieri. – *Sezione seconda*: Il percorso intellettuale di un Maestro. – 1. La formazione culturale. – 2. Il Maestro.

#### *Sezione prima*

1. – L'esperienza universitaria di Andrea Belvedere inizia nell'autunno 1963, allorquando si iscrive all'Università degli Studi di Pavia; città nella quale era nato il 19 luglio 1944, ma dalla quale si era ben presto allontanato, seguendo la famiglia nei vari spostamenti imposti dalle esigenze lavorative del padre, ufficiale dell'esercito.

Quello – il 1963 – era l'anno che avrebbe segnato tutta la sua vita personale e professionale.

È infatti nel 1963 che Andrea Belvedere vince il concorso, per titoli ed esame, di ammissione al Collegio Ghislieri di Pavia – prestigiosa istituzione nata nel 1567 per iniziativa di papa Pio V (il Papa di Lepanto), al secolo Antonio Michele Ghislieri – che ospitava gratuitamente studenti di non agiate condizioni economiche, rigorosamente selezionati sulla base del merito, cui veniva però richiesto di superare annualmente tutti gli esami universitari contemplati nel loro piano di studi, con una media di almeno 27/30 e comunque con una votazione mai inferiore ai 24/30 nei singoli esami.

---

(\*) La *Sezione prima* è opera di Carlo Granelli, la *Sezione seconda* di Alessandro D'Adda.

Sempre nel 1963 Andrea Belvedere si immatricola presso la Facoltà giuridica pavese, ove si appassiona soprattutto alle materie civilistiche, seguendo, prima, il corso di “Istituzioni” tenuto da Alfredo Fedele, poi, quello di “Diritto civile” tenuto da Rodolfo Sacco.

A quegli anni giovanili risale il rapporto – significativo dei suoi interessi culturali – con Mario Jori, suo compagno di Collegio, e poi con il Maestro di quest’ultimo, Uberto Scarpelli, nel 1967 approdato all’Ateneo pavese (e che successivamente avrebbe reincontrato presso la Facoltà giuridica torinese).

Si laurea il 28 ottobre 1967, discutendo una tesi dal titolo *Complicità del terzo nell’inadempimento del rapporto obbligatorio*, elaborata sotto la guida di Alfredo Fedele, conseguendo la votazione di 110/110 e lode.

Dopo aver trascorso i due successivi anni accademici svolgendo attività didattica e di ricerca presso la cattedra del suo Maestro, Andrea Belvedere si trasferisce a Torino, dove Alfredo Fedele era stato chiamato a far tempo dell’a.a. 1968-1969.

Presso la cattedra torinese di “Istituzioni” Andrea Belvedere diviene assistente ordinario dal 16 ottobre 1970. A questo periodo risale l’incontro – fondamentale per la sua formazione – con Natalino Irti, allora giovane docente di “Diritto civile” presso la Facoltà giuridica torinese, con il quale il rapporto sarebbe rimasto vivo ed intenso per tutta la vita.

Al 1974 risale il suo primo incarico di insegnamento (di “Istituzioni”) presso quella che all’epoca si chiamava Facoltà di Economia e Commercio di Verona (allora sede distaccata dell’Ateneo patavino), ove viene successivamente confermato fino all’anno a.a. 1978-1979; per poi passare, nell’anno 1979-1980, presso la Facoltà giuridica dell’Università di Torino quale professore incaricato stabilizzato sempre di “Istituzioni”.

Nel 1980 Andrea Belvedere risulta tra i vincitori del concorso nazionale a posti di professore ordinario di diritto civile; e prende servizio presso l’Università degli Studi di Cagliari. Dove peraltro rimane un solo anno accademico (1980-1981), in quanto già nell’anno 1981-1982 viene chiamato alla cattedra di “Diritto civile” presso la Facoltà giuridica torinese.

Nel frattempo però, nel 1979, Andrea Belvedere è nominato Rettore di quel Collegio Ghislieri, che aveva lasciato da “alunno” nel 1968.

Nel 1984 la Facoltà giuridica pavese lo chiama alla cattedra di “Istituzioni”, che avrebbe lasciato (a chi scrive) nel 1992 per trasferirsi su quella di “Diritto civile”, che ricopre per oltre vent’anni, fino al collocamento a riposo nel 2014; proseguendo però la propria attività didattica tenendo ininterrottamente, a contratto, il corso “Diritto della responsabilità civile” presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell’Ateneo pavese e, negli aa.aa. 2014-2015 e 2015-2016, analogo corso presso l’Istituto Uni-

versitario di Studi Superiori (IUSS) di Pavia e, nell'a.a. 2016-2017, quello di "Linguaggio giuridico" sempre presso lo IUSS. Dall'a.a. 1995-1996 all'a.a. 2015-2016 tiene altresì, sempre a contratto, l'insegnamento di "Istituzioni" presso l'Università Commerciale Luigi Bocconi di Milano.

Il suo attaccamento all'Università di Pavia è testimoniato dai molteplici incarichi assunti al suo interno: quelli di direttore dell'Istituto di diritto privato e processuale (dal 1° novembre 1996 al 31 dicembre 1999), di membro del Senato accademico (dall'a.a. 1999-2000 all'a.a. 2004-2005), di direttore del Dipartimento di Studi Giuridici (dall'a.a. 2006-2007 all'a.a. 2011-2012), di membro del Consiglio di amministrazione (dall'a.a. 2007-2008 all'a.a. 2012-2013), di Presidente della Commissione di garanzia dell'Ateneo pavese (dall'aprile 2013 al settembre 2022); di membro del Comitato Tecnico-Scientifico del Centro di Ricerca Interdipartimentale *European Center for Law, Science and new Technologies* – ECLT.

Attiva è sempre stata la sua partecipazione al movimento associativo che, nel frattempo, era andato emergendo all'interno della civilistica italiana: socio della prima ora dell'Associazione Civilisti Italiani, di cui è sempre stato esponente di punta; socio fondatore nel 2011 dell'Unione Privatisti, del cui collegio dei Proviviri è stato chiamato a far parte ancora nel novembre del 2023.

Dal 1996 socio – prima corrispondente, poi effettivo – dell' "Istituto Lombardo-Accademia di Scienze e Lettere", istituzione fondata da Napoleone Buonaparte nel 1797 che riunisce, sul modello dell'*Institut de France*, personalità distintesi per produzione scientifica e contributo originale nei rispettivi settori di studio.

Presso l'Ateneo pavese, il 29 dicembre 2015, è nominato professore emerito di "Diritto civile". Nell'occasione gli vengono offerti due corposi volumi (Cedam), in cui si trovano raccolti i più significativi tra i suoi contributi scientifici.

Nel 2021 cessa dall'incarico di Rettore del Collegio Ghislieri, tenuto ininterrottamente per oltre 40 anni – dal 1979 al 2021 – pur conservando la carica di componente il Consiglio d'Amministrazione della Fondazione Ghislieri, che gestisce il Collegio e ne amministra il patrimonio (in parte significativa tuttora costituito dalla dotazione iniziale voluta da papa Pio V, che attribuì al Collegio i beni del feudo di Lardirago e parte del feudo di Gerenzago, in precedenza pertinenti all'Abbazia di San Pietro in Ciel d'Oro a Pavia, quella in cui si trovano l'arca di Sant'Agostino e le spoglie di Severino Boezio).

Nel 1991 il Presidente della Repubblica Federale di Germania gli conferisce la *Verdienstkreuz* di prima classe; nel 2019 il Presidente della

Repubblica Italiana gli attribuisce l'onorificenza di Commendatore al merito della Repubblica Italiana.

2. – Nell'ambito della didattica universitaria Andrea Belvedere è sempre stato, all'interno della Facoltà giuridica pavese, uno dei docenti più "gettati". Come dimostra il numero di studenti che a Lui si sono sempre rivolti per essere seguiti nel lavoro di tesi; e da Lui – che mai declinava una richiesta che gli fosse venuta in tal senso – ricambiati con un'impareggiabile disponibilità all'incontro ed al colloquio personale, una signorile sollecitudine a dispensare preziose indicazioni di metodo e di merito, una paziente e meticolosa lettura (e rilettura) delle pagine che gli venivano via via sottoposte. E, dopo la laurea, non mancava di indirizzare i più capaci a perfezionare la loro preparazione in sede di SSPL e, soprattutto, di dottorato.

Taluni dei suoi laureati sono stati da Lui avviati alla carriera accademica: Giovanni Stella, Alessandro D'Adda, Giovanni Iorio, Umberto Stefini, Daniela Frenda. Con loro ha appassionatamente intessuto un dialogo costruttivo, che mai si è interrotto.

Peraltro Andrea Belvedere non ha lesinato consiglio, supporto, stimolo a molti che non erano propriamente suoi allievi, ma che hanno avuto la fortuna di incrociare con Lui la loro esperienza accademica: Valeria De Lorenzi incontrata negli anni torinesi, Alessandro Natucci incontrato in quelli veronesi, Goffredo Zuddas e Maria Giovanna Falzone incontrati in occasione della sua docenza cagliaritano, Alessandra Salomoni, Tommaso Maria Ubertazzi e Matteo Dellacasa incontrati dopo il suo ritorno sulle sponde del Ticino; per finire con i più giovani esponenti della Scuola civilistica pavese: Nicola Rizzo, Emanuele Tuccari, Carlotta De Menech.

Improntato a sobria signorilità e raro equilibrio è sempre stato il suo rapporto con i Colleghi di Facoltà, che gli hanno, nel tempo, manifestato la propria stima affidandogli i prestigiosi incarichi accademici cui già si è fatto cenno; e nei quali è sempre stato apprezzato non solo per la sua autorevolezza, ma anche per la sua innata capacità di smussare gli angoli, di stemperare contrapposizioni più o meno latenti, di prospettare soluzioni controllate e ragionevoli.

Del tutto particolare il rapporto instaurato con chi scrive, che gli è stato collega di materia per oltre trent'anni.

Potrà suonare singolare all'orecchio di chi ha un minimo di dimestichezza con le dinamiche accademiche, ma in questo pur non breve lasso di tempo non vi è mai stato fra noi un momento non dico di conflitto, ma neppure di tensione o di incomprensione.

Non avevo avuto occasione di conoscere Andrea personalmente prima della mia chiamata a Pavia, avendo Lui lasciato il Collegio Ghislieri proprio

nel momento in cui (1969) io vi entravo. Il nostro rapporto fu però di immediata sintonia proprio per quella sua naturale disponibilità al dialogo, ad esprimere con garbo ed ironia, ma con pari sincerità, le proprie opinioni, a rifuggire qualsiasi atteggiamento inutilmente protagonista, a ricercare soluzioni condivise: ne è nato un sodalizio che ha visto i civilisti pavesi muoversi, negli anni, assolutamente all'unisono in ogni sede, locale e non.

A cominciare dall'organizzazione "a quattro mani", nella seconda metà degli anni '90, di una serie di seminari di studio che hanno avuto un certo riscontro ed i cui atti si trovano ora raccolti nei volumi, a doppia firma, *Famiglia e diritto a vent'anni dalla riforma* (Padova 1996) e *Confini attuali dell'autonomia privata* (Padova 2001); per passare, all'alba del nuovo secolo, al varo – in *partnership* con l'Università Bocconi di Milano – della "Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali", che inizialmente ha trovato ospitalità proprio nei prestigiosi spazi messi a disposizione dal Collegio Ghislieri; per approdare poi alla pluriennale conduzione del dottorato di ricerca (ed all'orientamento dei dottorandi via via succedutisi nel tempo), così come alla cura condivisa dei giovani avviati alla carriera accademica, al punto da renderne talora difficoltosa l'attribuzione di paternità all'uno o all'altro.

3. – Parte integrante e fondamentale dell'opera di formazione delle giovani generazioni svolta da Andrea Belvedere è peraltro costituita dalla sua ultraquarantennale attività quale Rettore del Collegio Ghislieri; che non si è certo esaurita sul piano per così dire edilizio (restauri e risistemazioni di molte parti dell'edificio storico del Collegio; riqualificazione dell'Aula Magna, la più ampia sala conferenze di Pavia, inaugurata nel 2002 all'interno della sconosciuta chiesa settecentesca di San Francesco da Paola, che si affaccia su Piazza Ghislieri; fondazione della residenza di Ca' de Paglia, che oggi ospita un collegio per dottorandi, specializzandi e studenti internazionali; ristrutturazione del Castello di Lardirago, facente parte della dotazione iniziale operata dal Papa fondatore, divenuto centro per convegni, attività culturali e formative d'eccellenza; ecc.) o su quello amministrativo (adesione al progetto dell'Istituto Universitario di Studi Superiori-IUSS nato nel 1997 – sul modello della "Scuola Normale Superiore" di Pisa – su impulso, oltre che dell'Università di Pavia, dei Collegi storici; nascita della "nuova" Associazione Alunni, riconosciuta nel 1989 dal Presidente della Repubblica; partecipazione alla fondazione di quella che oggi si denomina "Conferenza dei Collegi Universitari di Merito – CCUM"; ecc.), ma si è sviluppata soprattutto sul piano culturale: con l'apertura del Collegio a numerose scuole di specializzazione e *master* (tra cui, per circoscrivere l'attenzione al settore giuridico, la "Scuola di

Specializzazione per le Professioni Legali – SSPL”, istituita per iniziativa congiunta dell’Università di Pavia e dell’Università Bocconi di Milano; il “Centro di Studi e Ricerche sui Diritti Antichi – CEDANT”, con finalità di alta formazione e ricerca nel campo del diritto romano e dei diritti dell’antichità; il “Centro Studi Guido Rossi”, il cui terreno di elezione è il diritto delle grandi imprese; il “Centro Ricerca e Didattica Universitaria – CRDU”, che coordina attività attinenti alla ricerca avanzata ed alla formazione d’eccellenza in vari settori disciplinari: biologia e medicina, diritto e informatica, filosofia pratica, logica, psicologia, area umanistica, probabilità e statistica); l’ospitalità offerta a numerosi convegni scientifici, nazionali ed internazionali (da ultimo, sempre per limitarci alle materie giuridiche, quello sul tema “*L’Europa dei codici o un codice per l’Europa?*”, organizzato dall’Unione dei Privatisti e dall’Accademia dei Giusprivatisti Europei; quello sul tema “*Il diritto privato tedesco vent’anni dopo la Schulrechtsmodernisierung: un modello per i giuristi europei?*”, congiuntamente organizzato dalle Università di Pavia e Luigi Bocconi di Milano, con il patrocinio dell’Accademia dei Giusprivatisti Europei; il XV convegno di informatica giuridica sul tema “*Intellectus Novus: De Affidabilitate Machinarum Sapientium*”; ecc.); l’attivazione di corsi universitari in vari settori scientifico-disciplinari, accreditati dall’Università di Pavia (da ultimo, sempre per restare alle materie giuridiche, il corso di “Clinica legale in Ragionamento, Discorso e Scrittura Giuridica” e quello di “Informatica giuridica”); l’organizzazione di numerosi corsi interni e di lingua, riservati ogni anno agli alunni del Collegio; l’istituzione di nuovi regolari scambi internazionali, per i quali basterà citare Cambridge (1982), Oxford (1999) e Normale di Parigi (1997); la creazione di un fondo stabile per l’internazionalizzazione, cui i collegiali possono attingere per periodi di studio e ricerca all’estero; la realizzazione di un articolato sistema di *tutoring* – affidato a docenti, ricercatori, dottorandi e specializzandi – volto a facilitare il percorso universitario degli alunni; l’attivazione, con l’ausilio di personale esperto e metodologie personalizzate per ogni studente, di un servizio di *coaching* volto al potenziamento delle *soft skills* indispensabili per l’inserimento nel mondo del lavoro; il supporto prestato ad iniziative culturali proposte dagli alunni (quali il “*Philosophicum Ghislieri*”, ove gli studenti interessati alla filosofia, anche se non necessariamente iscritti allo specifico corso di laurea, si incontrano periodicamente per discutere articoli scientifici e testi a carattere filosofico, così da affiancare alla consueta preparazione universitaria di base una più approfondita e aggiornata conoscenza dei temi principali del dibattito filosofico corrente, spaziando dalla filosofia morale alla filosofia della scienza, dalla filosofia teoretica all’estetica, dalla filosofia del linguaggio alla storiografia filosofica; o il

progetto “Indiscienza”, che ha finalità di divulgazione scientifica e si propone, attraverso l’organizzazione di cicli di conferenze e percorsi laboratoriali su temi specifici individuati di anno in anno, di avvicinare un pubblico quanto più vasto ed eterogeneo possibile – anche giovani in età pre-universitaria – alla scienza); la promozione di eventi culturali – ad accesso libero per il pubblico – che spaziano da incontri con personalità di spicco del mondo della cultura e delle professioni alla presentazione di novità librarie, da conferenze divulgative sugli argomenti più vari ad incontri seminariali ristretti per specialisti, a tavole rotonde su temi di attualità, ecc.; il sostegno alla nascita ed all’affermarsi del “Centro di Musica Antica”, che costituisce oggi una delle realtà musicali italiane più attive, a livello nazionale ed internazionale, nel campo della ricerca, produzione e diffusione della musica storicamente informata, con particolare riguardo al repertorio sacro italiano del XVIII secolo (il Coro Ghislieri ed il suo direttore Giulio Prandi, che di recente hanno debuttato al Teatro alla Scala di Milano, nel 2022 si sono visti assegnare il prestigioso *International Classical Music Awards*); ecc.

Ma il vero banco di prova per il Rettore di un Collegio come il Ghislieri è costituito dal rapporto che riesce ad instaurare con gli alunni: per Andrea Belvedere, oltre 1.500 in un arco temporale che, come si diceva, va dal 1979 al 2021. Anni caratterizzati da costanti, anche rapidi e vistosi mutamenti negli stili di vita specie delle giovani generazioni, nelle loro condotte quotidiane, nelle loro esigenze personali, nelle loro aspirazioni esistenziali, nelle loro difficoltà ad orientarsi verso scelte professionali appaganti, nelle loro fragilità, nel loro rapporto con chi dovrebbe, in tutto ciò, supportarli, indirizzarli, orientarli.

Orbene, Andrea Belvedere ha avuto la capacità e l’intelligenza di adeguare il suo “stile” quale Rettore del Ghislieri all’evoluzione dei tempi e delle attese, peraltro mai tradendo il suo modo arguto, ironico, talora pungente, con cui era solito relazionarsi con i collegiali. Così, ad esempio, ricordo che, in occasione di una cena nel refettorio del Collegio in cui ospite d’onore era un noto studioso particolarmente basso di statura, tre studenti si accostarono al tavolo, offrendogli uno spesso cuscino, sul quale era adagiato un foglio con la scritta: «Per consentirle di meglio arrivare all’altezza del tavolo». Il giorno seguente Andrea Belvedere convocò i tre collegiali in rettorato, restituendo loro il cuscino utilizzato la sera precedente, sul quale aveva ordinatamente adagiato ... tre lettere di sospensione.

Per i collegiali che hanno avuto la fortuna di averlo come Rettore, Andrea Belvedere ha rappresentato un modello che, con il suo esempio di vita, ha insegnato loro a coltivare non solo le specifiche professionalità di ciascuno, ma anche doti umane, impegno sociale, senso etico; a preferire

l'umiltà del dubbio alla superbia delle più facili certezze; a coniugare sapere e rettitudine di comportamento: in altre parole, a realizzare quello che è il motto del Collegio, che papa Pio V scolpì nella relativa bolla di fondazione: *Sapientia, cum probitate morum coniuncta, humanae mentis perfectio*.

Si legge nel commosso ricordo fatto pubblicare, in occasione della scomparsa, da uno dei "suoi" collegiali più noti (anche al grande pubblico, a dispetto della giovane età): «Con competenza, sagacia e con il suo tratto ironico ha saputo guidare generazioni di studenti permettendo loro di individuare la strada da intraprendere. I suoi insegnamenti continueranno a vivere in ciascuno di noi».

### *Sezione seconda*

1. – Per un lungo turno di tempo, la facoltà giuridica pavese ha rappresentato un momento di passaggio nel percorso di carriera di civilisti assai autorevoli. Certo si trattava dell'ultimo passaggio prima del conclusivo ritorno alla sede di origine; e soprattutto era in grande parte un passaggio tutt'altro che fugace, ma al contrario rivelatosi particolarmente fecondo. Si pensi all'insegnamento, e agli allievi pavesi, di Rodolfo Sacco, di Piero Schlesinger e – circostanza qui rilevante – di Alfredo Fedele.

Ora, anche per scelte di natura personale – notoriamente legate al suo quarantennale Rettorato del Collegio Ghislieri – Andrea Belvedere ha invece dedicato la grande parte della sua vita accademica all'Ateneo *tici-nensis* ove ha curato una pluralità di allievi che a lui sono rimasti sempre strettamente legati – per sede universitaria ovvero per particolare *vicinitas* culturale e personale – consolidando l'idea di una Scuola civilistica pavese.

Belvedere si era laureato nel 1967 con Alfredo Fedele, appunto uno dei tre maestri torinesi passati per Pavia nel secondo novecento, tra loro peraltro assai diversi nonostante la comune provenienza. Fedele era giurista rigoroso, e nella linea «allariana» – al Maestro torinese è sempre rimasto particolarmente vicino – metodologicamente avvertito, quasi sempre tradizionale negli esiti delle proprie ricerche (si pensi alle sue riflessioni in tema di danno da lesione del possesso ovvero di nullità ed inesistenza). Belvedere era giurista diverso, di un altro tempo, ma anch'egli certo rigoroso, e la sua attitudine analitica non può certo dirsi «sciolta» dal profilo del Maestro. È del resto proprio quest'ultimo a suggerire a Belvedere – che lo aveva seguito a Torino rimanendovi prima come assistente per tutti gli anni '70 e poi come professore ordinario fino al 1984, dopo la parentesi cagliaritana, breve ma ricca in termini di rapporti di stima accademica con i colleghi civilisti, ed *in primis* con Angelo Luminoso – il tema di studio

sulle «definizioni» nel codice civile, poi portato a compimento con il lavoro monografico del 1977.

Si tratta del tema che costituisce la «cifra» del lavoro intellettuale di Belvedere e lo predispone all'utilizzo di un metodo analitico nello studio delle disposizioni normative; per un verso distante dagli eccessi dogmatico concettuali non estranei alla propria scuola di origine (si è detto della impostazione logico deduttiva di Mario Allara) e per il verso opposto dalle tendenze alla ricostruzione della regola giuridica mediante il ricorso a meri giudizi di valore operati dall'interprete; metodo che si affina sempre di più mediante la ricerca sul linguaggio che il legislatore utilizza per «formare» la norma positiva.

In proposito Belvedere, distaccandosi da Grassetti, segnala come le codificazioni, e comunque i testi normativi, hanno utilizzato e continuano ad utilizzare largamente definizioni, ai fini di fissare l'area applicativa di una certa, più «distesa» e analitica disciplina di diritto positivo; mirando in tal guisa a «fissare» in termini più sicuri i presupposti della fattispecie regolata. Inoltre, per Belvedere – ma stimoli in questo senso si rinvenivano già nella riflessione di Pugliatti – le definizioni, se poste dal legislatore quali «testi/disposizioni» di previsioni normative, divengono strumento essenziale di ogni attività interpretativa, e vincolano chi detta attività svolge. In altri termini, nell'attività interpretativa non si può prescindere dal linguaggio del legislatore, le cui scelte linguistiche non possono essere «obliterate, persino quando tecnicamente precise, attraverso una sistematica attribuzione alle parole di un significato che è quello previamente comune nel linguaggio dei giuristi, secondo un processo di *Inversionsmethode*» (così SCARPELLI, in *La definizione nel diritto*, in *Jus*, 1959, p. 506). Insomma, l'attività definitoria non è riservata all'opera ricostruttiva della dottrina, essa spetta anche al legislatore – ed è anzi strumento utile di *drafting* normativo – contribuendo ad assicurare soluzioni certe.

La riflessione circa i rapporti tra definizioni e disciplina dei contratti speciali regolati dal codice civile si pone peraltro a premessa anche di un serrato dialogo tra Belvedere e Giorgio De Nova con riguardo al metodo tipologico. Per il primo è il diritto positivo a delineare, per il mezzo della definizione, l'area di operatività della disciplina di una determinata fattispecie (ad esempio, di un determinato contratto), a fronte di una maggiore duttilità assicurata all'interprete dal ragionamento per «tipo contrattuale» che consente un maggior spazio di manovra nell'estensione della disciplina di un tipo legale ad un ricorrente schema contrattuale non del tutto corrispondente al tipo.

Ora, muovendo invece dalla natura vincolante delle definizioni del legislatore, Belvedere contesta il carattere elastico del un siffatto procedi-

mento «tipologico», che potrebbe spostare il baricentro della disciplina applicabile dalle scelte del legislatore a quelle dell'interprete; eppure, la fiducia nelle definizioni non comporta ritorni ad un giuspositivismo ingenuo: nella consapevolezza dell'«*ineliminabile margine di indeterminatezza dei concetti giuridici, o, come forse sarebbe preferibile dire, del significato dei termini giuridici*».

In definitiva, gli anni torinesi hanno giocato un ruolo assai importante nella formazione intellettuale di Belvedere, che ha avuto modo di svilupparsi in un contesto culturale che trova evidente rispondenza nelle scelte metodologiche abbracciate dall'Autore. Alludo agli insegnamenti di Norberto Bobbio e di Uberto Scarpelli, ma forse si potrebbe fare più generale riferimento alla Torino di tradizione laica ed «azionista», peraltro posta di fronte a fermenti nuovi in quell'impegnativo torno di tempo: ed a quest'ultimo riguardo segnalo lo scritto *Aspetti ideologici delle definizioni nel linguaggio del legislatore e dei giuristi* (in Belvedere – Jori – Lantella, *Definizioni giuridiche e ideologie*), ove si rivendica l'idea della natura non naturalmente conservatrice di scelte ricostruttive giuspositivistiche.

Ma, si diceva, nel 1984 Belvedere è di nuovo a Pavia. E sul piano della produzione scientifica, negli anni pavesi le linee di ricerca sono ancora, specie all'origine, quelle in prevalenza orientate alla riflessione sul linguaggio e sul metodo giuridico, seppure sempre attenta ad una verifica delle opzioni di teoria generale sul terreno del diritto positivo.

Significativa è in proposito l'indagine sulle clausole generali, che ancora una volta dà conferma di come l'approccio analitico dell'Autore non conduca ad esiti ristretti, conservatori e privi di prospettiva. Prendendo spunto dal dibattito sulla clausole generali rianimato da un Convegno pisano sulla buona fede del 1985 (con contributi tra gli altri di Mengoni, Rodotà e Castronovo, ma nello stesso tono di tempo già Di Majo, nel 1984, aveva pubblicato un saggio in tema di *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*), Belvedere guadagna risultati a mio parere assai equilibrati nel definire la portata della legislazione per clausole generali.

Per un verso si riconosce che queste ultime, lungi dal costituire mero rinvio «riassuntivo» ad altre previsioni espresse, legittimano una più ampia attività creativa dell'interprete, chiamato alla produzione di norme sulla base di giudizi di valore; tuttavia, nel contempo, si evidenzia come il contenuto della clausola generale, l'orizzonte di valore segnalato anche dalla «semantica della clausola», segna i margini – perché il testo normativo non debba ridursi «a guscio vuoto» – in cui detta attività di produzione di norme si realizza.

Si rende allora evidente come il metodo analitico non si sottragga in alcun modo alle aperture che un ordinamento giuridico, attraverso l'uso

delle clausole generali, rivela rispetto all'attività di produzione normativa dell'interprete. Ma poiché i giudizi di valore non possono per definizione incentrarsi sulla mera valutazione di fatti – anzi, secondo l'insegnamento di Scarpelli, l'orizzonte dei valori di riferimento è delineato da altre norme, magari diverse e più generali – l'attività di produzione di norme da parte del giudice deve trovare limitazione in parametri il più possibile oggettivi – come visto attingibili essenzialmente in logica sistematica – e non autolegittimarsi da sé medesima in forza della delega ricevuta dalla clausola generale.

In tempi a noi più vicini, Belvedere si occupa del linguaggio proprio delle discipline speciali che frattanto hanno preso a regolare fenomeni sociali nuovi: in questo quadro egli denuncia la frequente ingenuità del legislatore del contratto asimmetrico nell'utilizzo di parole o locuzioni in uso nella realtà sociale, quasi a segnare una maggiore prossimità agli operatori economici interessati. Il punto è che, questo il senso della critica, quel processo di «avvicinamento» alla realtà è percorso sovente mediante il ricorso atecnico, a termini o locuzioni già radicate nella tradizione del diritto positivo e quindi già oggetto di riflessione sistematica e concettuale (si pensi a tale stregua all'uso del sintagma “*transazione commerciale*”). Con scarso guadagno non solo sul piano della pulizia linguistica ma anche su quello pratico operativo.

Il volume sulle «definizioni» segna l'interesse di Belvedere per il metodo ma anche – come ben descrive l'indice di quello studio monografico – per il diritto del contratto. Lo sviluppo successivo allarga il campo di ricerca ad altri ambiti: per ricordare i più significativi, si pensi all'area delle invalidità negoziali; delle obbligazioni pecuniarie, della responsabilità civile (contrattuale ed extracontrattuale), con particolare riguardo ai problemi del nesso di causalità.

Ma non si creda ad una netta cesura tra gli scritti di teoria generale e quelli *stricto sensu* di diritto civile. In coerenza con l'indirizzo metodologico prescelto, gli scritti di teoria generale di Belvedere sono sempre strettamente ancorati al diritto positivo; specularmente, e meno sorprendentemente, gli scritti più immediatamente di diritto positivo risultano segnati dalle scelte metodologiche adottate e dall'approccio analitico ai problemi più squisitamente concettuali indagati.

Come evidenziano le riflessioni – svolte sulle orme del maestro, ma in prospettiva certamente evolutiva – su nullità e inesistenza negoziale, ove netta è la critica all'utilizzo della figura dell'inesistenza negoziale (di cui si dubita dello stesso senso logico) quale figura «pragmatica» di nullità «aggravata». Tali riflessioni, sotto altro profilo, sono peraltro lo spunto per Belvedere per mettere in guardia dal rischio di fare prevalere valutazioni

logico-dogmatiche (per Fedele anche la nullità attiene al non essere) sulle scelte del diritto positivo che accordano effetti giuridici a determinati *status* di nullità, per tale ragione non raccordabili ad una condizione ontologica di non essere.

Più recente è l'interesse di Belvedere per la responsabilità civile, contrattuale e aquiliana.

Ed anche qui la prospettiva di ricerca è di taglio critico rispetto ad assetti consolidati: in particolare, l'indagine sul nesso di causalità suggerisce la messa in discussione della tradizionale formula della «causalità giuridica» (in quanto contrapposta alla «causalità in fatto», sulla scia di Gorla e poi di Realmonte), che in realtà non si occuperebbe di un giudizio di causalità ma piuttosto dei criteri di quantificazione, sulla base di parametri normativi, delle poste di danno risarcibile.

La critica a tale impostazione si inserisce peraltro nel contesto più ampio della riflessione sul rischio di una volatilizzazione del giudizio di causalità: frazionare il giudizio in due sequenze (ad esempio, in termini analitici: condotta del vicino – incendio del fabbricato; incendio del fabbricato-pregiudizio al raccolto dell'anno successivo) accorcia infatti l'oggetto delle due verifiche causali. Di qui l'intuizione per cui un siffatto frazionamento potrebbe porre in secondo piano il nesso (effettivo e fattuale) tra la condotta originaria ed eventi ulteriori della catena, così anacquando il “controllo” causale.

La preoccupazione di non trasformare l'accertamento causale in un suo simulacro, porta poi Belvedere a propendere per un'applicazione rigorosa delle leggi scientifiche di causalità (che restano la base per un giudizio di causalità civile pur normativamente adattato) nonché a palesare la propria ritrosia per formule che paiono pragmaticamente efficaci – il c.d. danno da perdita della *chance*, l'idea di condanne proporzionate alla probabilità di causalità – ma che poco hanno a che vedere con una causalità «presa sul serio».

Una notazione conclusiva, seppur assolutamente sintetica, è suggerita infine dai lavori che Belvedere ha dedicato negli ultimi anni al diritto delle obbligazioni, aventi ad oggetto le obbligazioni pecuniarie e segnatamente il tema dell'anatocismo bancario, indagato alla luce delle evoluzioni giurisprudenziale registrate nel settore a cavallo del passaggio di millennio.

Sul punto basti qui una battuta: si tratta di profili tematici a prima vista specialistici e distanti dagli studi dell'Autore; ma basta la considerazione dell'*incipit* dell'art. 1283 c.c., che limita le convenzioni anatocistiche alla «*manca di usi contrari*», a rivelare la fallacia di questa prima impressione. I due ampi saggi dedicati alla materia si rivelano infatti studi sull'uso (e quindi sulla consuetudine) quale fonte (seppur oggi residuale)

del diritto; sulla distinzione tra usi normativi ed usi convenzionali, sul senso attuale dell'*opinio juris ac necessitatis*, e su quelle scelte giurisprudenziali che, per giustificare soluzioni evolutive certo apprezzabili in termini di valori perseguiti, non sempre risultano tecnicamente ineccepibili, finendo per mettere mano a nozioni di base del diritto (qui al sistema delle fonti del diritto), senza avvedersi degli effetti sistematici che ne possano derivare, con compromissione delle esigenze proprie della certezza del diritto.

Tutti temi, sarà oramai chiaro, certamente interni alla riflessione intellettuale di Andrea Belvedere.

2. – È a partire dalla seconda metà degli anni '90 che prende a disvelarsi un nuovo "filone" della vita di Andrea Belvedere quale professore: quella orientata alla cura, davvero ricca di sollecitudine, di giovani studiosi. E certamente il lavoro intellettuale di confronto con i giovani ricercatori è, tra le dimensioni della vita accademica, una di quelle che Belvedere ha maggiormente – e generosamente – coltivato.

È in questo contesto che ho avuto il privilegio di conoscerlo da vicino, sul finire degli anni '90.

Belvedere aveva una certa ritrosia, del tutto in linea con la sobrietà del proprio carattere davvero poco incline all'ostentazione, nel sentirsi chiamare o definire Maestro: ma realmente, davvero fuor di retorica, lo è stato.

Mai troppo intrusivo nelle scelte tematiche compiute da ciascuno degli allievi (e nelle conclusioni da ciascuno guadagnate) ma correttore rigoroso (seppur sempre con matita cancellabile, a dare la «cifra» di un dialogo aperto) anche della forma degli scritti. Inflexibile, però, non solo nei casi di sciatteria stilistica o, sul piano dei contenuti, di appiattimento descrittivo; ma soprattutto quasi innervosito dagli eccessi di enfasi, sia stilistica sia argomentativa; nella convinzione di come la «misura» si possa accompagnare all'originalità (e come, specularmente, l'enfasi possa tendere a supplire alla povertà dei contenuti).

Il suo era quindi un approccio davvero misurato: nel cammino di ricerca come nella missione di Maestro. Quest'ultima vissuta appunto con sollecitudine ma anche con il gusto di condividere la propria esperienza intellettuale con giovani studiosi dalla cui frequentazione, credo si possa dire, traeva un vero piacere. E mi sia consentito il ricordo, oggi venato da una certa nostalgia, della quotidiana consuetudine, di cui ho beneficiato nei miei anni pavesi ed anche in quelli successivi (analogamente a più d'uno degli altri allievi, egualmente a lui legati da affetto e vicinanza intellettuale), insieme alla sua premurosa attenzione alle vicende delle nostre vite: scientifiche, accademiche, e pure personali e familiari.

La sua sottile ironia (ed autoironia), è caratteristica nota a tutti coloro che lo hanno conosciuto, e tanto più evidente in un contesto, come quello dell'Accademia, non certo prodigo al riguardo. Del resto, anche noi allievi non siamo andati esenti dalle sue arguzie: eppure, mi sembra di potere dire, nel rapporto con gli allievi su quelle faceva premio un benevolo favore, conquistato però all'esito di un periodo non breve di cauta osservazione.

Belvedere aveva una vocazione spiccatamente laica, in fondo rinvenibile anche nelle sue opzioni metodologiche (vocazione che ha peraltro reso sovente destinatario di affettuosi strali ironici l'allievo che era stato studente del Collegio Borromeo di Pavia – rinunciando, in favore di san Carlo, ad un posto nel suo Ghislieri peraltro! – e poi finanche si era trasferito, come giovane professore associato, alla Cattolica).

Ora, Belvedere non era laico solo rispetto ad un credo religioso, ma lo era anche, laico e misurato, nella vita accademica. Era certo fortemente motivato da quest'ultima e nutriva un'evidente convinzione del ruolo del professore universitario, come tutta la sua vita di docente impegnato ad ogni livello e di rettore quarantennale del Collegio Ghislieri di Pavia attestano. La sua vita era insomma l'Accademia, eppure con giudizio: una vita fatta di presenza costante, ma senza sovraesposizioni; vissuta qualche volta con realismo, ma certo lontana da ogni protagonismo. Sopportando così con prudente flemma qualche inevitabile sgarbo accademico, pur sempre prontamente colto.

Mi piace concludere con un ricordo: il suo equilibrio accademico ed il suo garbo non indulgente trovava una pubblica dimostrazione – come possono testimoniare molti colleghi – nell'ambito del dottorato ferrarese coordinato dal professor Cian (Belvedere aveva una stima straordinaria del Maestro padovano Direttore di questa *Rivista*, ed una certa invidia, palese a noi dottorandi pavesi «in trasferta» a Ferrara, della sua sterminata cultura giuridica). Ora, nelle assai vivaci discussioni Belvedere giocava il ruolo del ragionevole compositore di accese dispute, talora innescate da scarsa attitudine del giovane dottorando ma qualche volta pure da irrigidimenti dei Maestri. Anche in ciò aiutato dalla sua ironia sottile, dal suo (apparente) *understatement* e dalla sua cultura laicamente libera da rigide precomprensioni metodologiche, quanto alle scelte (se serie e argomentate) altrui.

FABIO ADDIS (\*)

Prof. ord. dell'Università "La Sapienza" di Roma

## TECNICHE PROCEDIMENTALI, PROBLEMI SOSTANTIVI E «GIUSTIZIA» PROCEDURALE. UNA TESTIMONIANZA SULLA METODOLOGIA DI GIUSEPPE BENEDETTI

SOMMARIO: 1. Una testimonianza sulla metodologia procedimentale di Giuseppe Benedetti. – 2. La «necessaria complementarietà» tra procedimento e fattispecie. – 3. Il rigetto di una concezione assolutizzante del procedimento. – 4. Il fondamento assiologico della metodologia procedimentale. – 5. L'autonomia privata procedimentale e i tentativi di «procedimentalizzazione» del diritto privato.

1. – Nelle più recenti riflessioni sulle modalità di attuazione con le quali si manifesta in concreto l'esercizio dell'autonomia privata le teorie sul procedimento elaborate dalla cultura civilistica italiana a partire dalla metà del secolo scorso suscitano ancor oggi l'interesse della dottrina contemporanea, la quale, in particolare, mostra attenzione alla prospettiva concettuale di una celebre monografia di Giuseppe Benedetti<sup>(1)</sup>, che, valorizzando a pieno un'intensa dialettica con la teoria della fattispecie, sviluppa una serrata disamina in ordine ai vantaggi correlati all'impiego della tecnica procedimentale per lo studio della fase formativa del contratto, offrendone una riformulazione assai originale<sup>(2)</sup>.

---

(\*) Lo scritto riprende e sviluppa una serie di riflessioni svolte in occasione della Presidenza della Parte II della Sessione dedicata a «*Procedimento, processo e attività contrattuale*» nel Convegno su «*Procedimento, processo e giustizia procedurale nell'esercizio dell'autonomia privata*» svoltosi a Casamassima il 15 e 16 novembre 2023 presso l'Università LUM Giuseppe Degennaro.

(<sup>1</sup>) Cfr. F. RICCI, *Procedimento, processo e giustizia procedurale nell'esercizio dell'autonomia privata*, in *Procedimento e processo. Metodi di ponderazione di interessi e risoluzione di conflitti*, a cura di R. Martino - A. Panzarola - M. Abbamonte, Milano 2022, p. 145 ss.; ID., *Giustizia procedurale e contratto giusto*, in *Il Processo*, 2023, p. 395 ss.; A.M. BENEDETTI, *Il diritto privato nella prospettiva del procedimento*, in *St. ec. giur. Univ. Cagliari*, 2, 2023, p. 17 ss.

(<sup>2</sup>) G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano 1969, p. 11 ss., spec. p. 48 ss. Il volume, recensito da G. OPPO, in questa *Rivista*, 1973, I, p. 372 ss.; e, con il titolo *Dal contratto al negozio unilaterale*, in ID., *Scritti giuridici*, III, *Obbligazioni e negozio giuridico*, Padova 1992, p. 452 ss. (da cui le successive citazioni), è stato ristampato, una prima

Ancor prima e ben al di là dell'interesse scientifico, queste riflessioni mi coinvolgono innanzitutto sul piano personale ed emotivo perché rappresentano l'indice più importante del mio intero percorso accademico, sin da quando ero un giovane studente dedito alla propria tesi di laurea.

Quel libro per me non è stato soltanto un punto di partenza negli studi di diritto civile, ma ha costituito un riferimento costante della mia formazione e poi della mia attività didattica, tanto che, nei vent'anni della mia esperienza bresciana, negli insegnamenti di natura monografica l'ho sempre adottato, per lo più affiancandolo ad altri testi, e su di esso, quindi, si sono formati pure i miei allievi padani.

Forse perché Giuseppe Benedetti mi aveva trasmesso anche – per usare le sue parole – il «fascino per le cose capite solo a metà», per quante volte abbia letto quel libro, non sono mai giunto al convincimento di averlo compreso, veramente, fino in fondo, specie in alcuni passaggi argomentativi che ancor oggi continuano a suscitarmi dubbi e interrogativi.

Trattasi, invero, di un'incertezza che credo di poter condividere con il mio Maestro, il quale, prima di consegnarlo definitivamente alle stampe, aveva diffuso numerose edizioni che un tempo si usava chiamare «provvisorie»<sup>(3)</sup>, quasi per intercettare anticipatamente consensi e dissensi, rafforzando i primi e provando a superare i secondi con nuovi interventi manipolativi. Benedetti, in seguito, è tornato più volte sul tema della formazione del contratto, ridefinendo la portata sistematica delle sue riflessioni in un orizzonte ermeneutico sempre più vasto, consapevole ora della capacità innovativa della legislazione comunitaria, specie in ambito consumeristico<sup>(4)</sup>.

---

volta, nel 2000 ed è ora disponibile, in seconda ristampa anastatica (2007), con una prefazione di G.B. FERRI, *L'art. 1333 c.c. e le idee di Giuseppe Benedetti*, a sua volta edita anche in ID., *Il potere e la parola e altri scritti di diritto civile*, Padova 2008, p. 378 ss. (da cui le successive citazioni). Su questa seconda ristampa si sofferma anche una recensione anonima in *Giust. civ.*, 2008, II, p. 239 ss.

<sup>(3)</sup> Lo sottolineano G.B. FERRI, *op. cit.*, p. 379; S. MAZZAMUTO, *Dottrine dell'autonomia privata dall'Italia all'Europa*, in *Eur. d. priv.*, 2009, p. 595; lo scritto, intitolato *Giuseppe Benedetti* e con alcune modifiche, è parzialmente riprodotto in ID., *Giuristi italiani del Novecento*, Napoli 2024, p. 223 ss.; ID., *Il contratto di diritto europeo*<sup>4</sup>, Torino 2020, p. 66. Una discrepanza temporale tra la data di pubblicazione della versione definitiva del volume e l'inserimento nella collana degli *Studi di diritto civile* della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma è indirettamente confermata dalla numerazione attribuitagli nella collana stessa, in cui è in una posizione precedente a quella di altre monografie edita prima del 1969.

<sup>(4)</sup> Cfr. G. BENEDETTI, *Dichiarazioni recettizie e dichiarazioni indirizzate. Postille ad un testo giuridico*, in *Studi in onore di Francesco Santoro-Passarelli*, I, Napoli 1972, p. 227 ss.; ID., *La funzione partecipativa*, in ID., *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale. Studi. Parte generale*, Napoli 1991, p. 107 ss.; ID., *L'accordo*

Le sollecitazioni e gli stimoli delle riflessioni evocate al principio di questo scritto mi hanno infine convinto a dedicare qualche rapida considerazione alle finalità della tecnica procedimentale e ai suoi riflessi sistematici ed applicativi, inserendo la riflessione di Giuseppe Benedetti in più ampi confini metodologici, senza perdere di vista l'obiettivo più immediato della sua indagine, ancorata proprio alla formazione del contratto e ai suoi rapporti con l'atto unilaterale, al quale ha inteso ricondurre lo specifico caso regolato dall'art. 1333 c.c.

2. – La precisazione appena formulata è ancor più necessaria ove si ricordi quanto, coll'inizio del nuovo millennio, fu osservato per evidenziare l'imprescindibile necessità di sottoporre anche la fase formativa del contratto ad una valutazione di legittimità che, pur traendo origine dall'analisi contenutistica dell'atto di autonomia privata, si rifletta sul modo con il quale si è formato il consenso e si è manifestata la volontà di vincolarsi<sup>(5)</sup>.

Alla consapevolezza dei vantaggi assicurati dal ricorso al procedimento si accompagna, a tal stregua, una preliminare precisazione assiologica e valoriale, che induce ad evidenziare come, anche negli schemi di formazione più direttamente condizionati dalla legislazione comunitaria, si devono compiere valutazioni di legittimità ispirate alla verifica dell'osservanza dei principi unitari dell'ordinamento giuridico, con esiti idonei ad assicurare un ripensamento più ampio in ordine alla stessa genesi della disci-

---

*procedimentale tra autorità e libertà*, in *Gli accordi fra privati e pubblica amministrazione e la disciplina generale del contratto*, a cura di G. Barbagallo - E. Follieri - G. Vettori, Napoli 1995, p. 83 ss.; ID., *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Studi in onore di Renato Scognamiglio*, I, Roma, 1997, p. 61 ss.; in *R. trim. d. proc. civ.*, 1998, p. 17 ss.; e in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova 1999, p. 799 ss.; ID., *Diritto e linguaggio. Variazioni sul «diritto muto»*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, V, *Responsabilità civile e tutela dei diritti*, Milano 1998, p. 701 ss.; e, con qualche modifica, in *Eur. d. priv.*, 1999, p. 137 ss. (da cui le successive citazioni); ID., *Parola scritta e parola telematica nella conclusione dei contratti*, in *Scrittura e diritto*, Milano 2000, p. 75 ss.; ID., *La formazione del contratto e l'inizio di esecuzione. Dal codice civile ai Principi di diritto europeo dei contratti*, in *Eur. d. priv.*, 2005, p. 309 ss. (da cui le successive citazioni); e in *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, IV, Milano 2005, p. 4245 ss.; ID., *La formazione del contratto*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. Castronovo - S. Mazzamuto, II, *Proprietà, obbligazioni e contratti*, Milano 2007, p. 347 ss.

(<sup>5</sup>) Cfr. R. DI RAIMO, *Contratto e gestione indiretta di servizi pubblici. Profili dell'«autonomia negoziale» della pubblica amministrazione*, Napoli 2000, p. 153 ss.; ID., *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, Napoli 2003, p. 108 ss., spec. p. 111 s., testo e nt. 260. Il passaggio è ripreso anche da S. TOMMASI, *Il procedimento nella dimensione del diritto privato*, in *G. it.*, 2008, p. 1036 s.

plina dedicata ai vizi del volere e all'individuazione del relativo fondamento giustificativo.

Al procedimento non può dunque attribuirsi una portata precettiva unitaria ed uniforme. L'interprete è chiamato a prendere atto della molteplicità dei significati giuridici della parola «procedimento» e a compiere un'attenta contestualizzazione, volta a volta capace di assicurare una verifica di legittimità che, in ultima istanza, è destinata a garantire un controllo di costituzionalità diffuso, in piena conformità ad una rilettura costituzionalmente orientata dei rapporti privatistici <sup>(6)</sup>.

Si tratta di un rilievo che vale a segnare una non marginale distinzione rispetto alla ricostruzione di Giuseppe Benedetti, ancora fortemente ispirata ad un approccio formalistico e positivistico che, attribuendo contorni di arbitrarietà alle scelte legislative, delinea una ricostruzione del procedimento sottratta a giudizi assiologici e sostanzialmente estranea alla stessa valutazione di correttezza <sup>(7)</sup>.

Non può dirsi sul punto casuale che, nel volume *Dal contratto al negozio unilaterale*, non si faccia mai menzione né dell'art. 1337 c.c. né dell'art. 1341 c.c. e dei problemi collegati alla disparità di potere contrattuale sottesa alla predisposizione unilaterale delle condizioni generali di contratto. Benedetti non ignora che si tratta, in entrambi i casi, di signi-

<sup>(6)</sup> Cfr. P. PERLINGIERI, *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. d. civ.*, 1980, p. 95 ss.; in ID., *Scuole, tendenze e metodi*, Napoli 1989, p. 111 ss.; e in *Le prolusioni dei civilisti*, III, Napoli 2012, p. 3211 ss.; ID., *Salvatore Pugliatti ed il «principio della massima attuazione della Costituzione»*, in *Rass. d. civ.*, 1996, p. 807 ss.; ID., *Giustizia secondo Costituzione ed ermeneutica. L'interpretazione c.d. adeguatrice*, in *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, a cura di P. Femia, Napoli 2006, p. 1 ss. (tutti questi scritti possono altresì leggersi in ID., *Interpretazione e legalità costituzionale. Appunti per una didattica progredita*, Napoli 2012, p. 173 ss., p. 407 ss. e p. 199 ss.; gli ultimi due scritti, inoltre, sono consultabili anche in ID., *L'ordinamento vigente e i suoi valori*, Napoli 2006, p. 297 ss. e p. 373 ss.); ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*<sup>4</sup>, II, *Fonti e interpretazione*, Napoli 2020, p. 239 ss.; M. PENNASILICO, *Legalità costituzionale e diritto civile*, in *Rass. d. civ.*, 2011, p. 840 ss., spec. p. 841; e in *Novecento giuridico: i civilisti*, a cura di P. Perlingieri - A. Tartaglia Polcini, Napoli 2013, p. 247 ss.; G. PERLINGIERI, *Alla ricerca del «giusto rimedio» in tema di certificazione energetica. A margine di un libro di Karl Salomo Zachariae*, in *Rass. d. civ.*, 2011, p. 661 ss.; ID., *Portalis e i «miti» della certezza del diritto e della c.d. «crisi» della fattispecie*, Napoli 2018, p. 30 ss.; ID., *La via alternativa alle teorie del «diritto naturale» e del «positivismo giuridico inclusivo» ed «esclusivo». Leggendo Will J. Waluchow*, in *Ann. SISDIC*, (5) 2020, p. 68 ss.; C. SALVI, *Codice civile e Costituzione*, in *I valori della convivenza civile e i codici dell'Italia unita*, a cura di P. Rescigno - S. Mazzamuto, Torino 2014, p. 193 ss.

<sup>(7)</sup> Cfr. G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., p. 26, secondo cui «le tecniche di formazione del contratto dipendono essenzialmente dalle scelte del legislatore [...], onde, inevitabilmente, portano seco una certa dose di arbitrarietà, mentre illusorio risulta ogni tentativo di riduzione all'unico denominatore del consenso».

ficative novità della codificazione del 1942, destinate ad assumere un'importanza sistematica fondamentale nella ricostruzione della portata precettiva delle regole dedicate alla formazione del contratto, ma il suo intento è evidentemente quello di lasciare all'analisi contenutistica – affidata alla logica della fattispecie – il compito di giudicare la liceità e legittimità dell'operazione posta in essere dalle parti e dei comportamenti tenuti durante le trattative, sottraendo tali rilievi all'indagine procedimentale proprio per evitare che essa possa essere in qualche misura inquinata da giudizi di merito inidonei a dar conto della rilevanza giuridica delle modalità con cui si perviene all'accordo<sup>(8)</sup>.

In questa prospettiva, però, s'inserisce proprio uno di quei passaggi argomentativi che suscitano irrisolti dubbi ermeneutici e lasciano al lettore la sensazione che talune suggestioni dell'autore siano ancora meritevoli di ulteriori sviluppi concettuali ed applicativi.

Criticando la comune opinione tesa ad appiattare il giudizio di conformità tra proposta ed accettazione su una valutazione di stampo esclusivamente contenutistico e, in particolare, a conferire alla proposta contorni di preventiva ed incondizionata completezza, Benedetti riconosce che «tra fattispecie e procedimento esiste una necessaria complementarità», aggiungendo che «se storicamente la fattispecie suppone il procedimento, logicamente e giuridicamente è vero proprio il contrario. La rigorosa autonomia delle due visuali, in ciascuna delle quali si agitano problemi esclusivi, non toglie che, nell'economia dell'istituto, la prospettiva della fattispecie, emergendo da essa lo schema causale, assuma uno spicco di primo piano in quanto costituisce il criterio orientativo per l'interprete»: lamentato, a tal stregua, il «duplice scambio» rivelato dal «dogma della completezza della proposta», che porta alla fattispecie tratti di dinamicità tipici del procedimento e riferisce agli atti procedimentali «requisiti e tratti che sono i connotati della fattispecie» stessa, Benedetti conclude che «l'anticipazione degli elementi del negozio nella proposta è la prova più sicura della necessità di operare con il criterio della fattispecie per determinare l'esistenza del contratto» e che è la «mancanza della mobilità e dell'autonomia delle due visuali» ad aver agevolato la diffusione di un equivoco,

---

<sup>(8)</sup> Cfr. G. BENEDETTI, *op. ult. cit.*, p. 37 ss., spec. p. 51 s.; ID., *Diritto e linguaggio*, cit., p. 147 s.; ID., *Parola scritta e parola telematica nella conclusione dei contratti*, cit., p. 78 s.; ID., *La formazione del contratto e l'inizio di esecuzione*, cit., p. 314 s.; A. RIZZI, *L'accettazione tardiva*, Milano 2008, p. 46 ss.; F. RICCI, *Procedimento, processo e giustizia procedurale nell'esercizio dell'autonomia privata*, cit., p. 157 s.; ID., *Giustizia procedurale e contratto giusto*, cit., p. 408 ss.; ID., *L'autonomia privata tra legalità formale e giustizia sostanziale*, in *Accademia*, 2023, p. 917 ss., spec. p. 924 s.

lasciando intendere che solo un'assoluta simmetria contenutistica tra gli atti della sequenza condiziona l'accertamento dell'accordo<sup>(9)</sup>.

Si tratta, invero, di un monito che non sembra sia stato adeguatamente compreso e valorizzato dalla riflessione successiva, ancora in larga parte dominata dall'idea che una proposta «incompleta», in quanto priva degli elementi essenziali del futuro contratto, sia inidonea non solo ad assicurare il perfezionamento della sequenza, ma anche a produrre effetti giuridici, ancorché di natura interinale, indipendentemente dall'atteggiamento assunto dalla controparte<sup>(10)</sup>.

È sufficiente, tuttavia, richiamare i dibattiti sul valore vincolante del silenzio<sup>(11)</sup>, sulla possibilità di ritenere validamente perfezionato il con-

---

<sup>(9)</sup> Così G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., p. 106 s. Sul passaggio si sofferma anche G. OPPO, *op. cit.*, p. 457 s.: «quanto al rapporto tra atti procedurali e fattispecie [...], la distinzione fra i due termini (e così tra fase formativa e contenuto) che Benedetti pone talvolta molto nettamente, rimproverando all'opinione comune di vedere negli atti prenegoziali anche gli elementi strutturali della fattispecie, respingendo sotto questo profilo la teoria della formulazione successiva ed affermando che la conclusione del procedimento non è conclusione del contratto "in quanto fattispecie", altre volte si attenua nell'ammissione che le tecniche procedurali si collegano anche agli interessi sostanziali, che autonomia dei due momenti non significa reciproca indifferenza e, infine, che si tratta in realtà di semplici "angoli visuali", di "facce della stessa medaglia"».

<sup>(10)</sup> Cfr., con varietà di accenti circa i criteri di determinazione della «completezza» della proposta, F. CARRESI, *Oneri ed obblighi delle parti nel processo di formazione del negozio giuridico*, in *F. pad.*, 1948, I, c. 795 ss.; e in *Studi in onore di Antonio Cicu*, I, Milano 1951, p. 171 ss.; Aur. CANDIAN, *Punti riservati e formazione del contratto*, in *Temi*, 1957, p. 118 s.; V.M. TRIMARCHI, voce *Accordo*, in *Enc. dir.*, I, Milano 1957, p. 297; P. BARCELLONA, *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, Milano 1962, p. 80 s.; G.B. FERRI, *In tema di formazione progressiva del contratto e di negozio formale «per relationem»*, in *R. d. comm.*, 1964, II, p. 202 ss.; e in *Id.*, *Saggi di diritto civile*, Rimini 1993, p. 220 ss.; *Id.*, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano 1966, p. 291 s.; *Id.*, *Considerazioni sul problema della formazione del contratto*, in *R. d. comm.*, 1969, I, p. 189 ss.; A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano 1966, p. 203 ss.; P. VITUCCI, *Contenuto minimo e conclusione del contratto*, in *F. pad.*, 1968, I, c. 481 ss.; *Id.*, *I profili della conclusione del contratto*, Milano 1968, p. 203 ss.; G. CIAN, *Forma solenne e interpretazione del negozio*, Padova 1969, p. 56 ss. P.G. MONATERI, *La sineddoche. Formule e regole nel diritto delle obbligazioni e dei contratti*, Milano 1984, p. 217 ss.; G. PALERMO, *Contratto preliminare*, Padova 1991, p. 108 ss.; A. ORESTANO, *Intese prenegoziali e strutture «normative» e profili di responsabilità contrattuale*, in *R. crit. d. priv.*, 1995, p. 70 ss.; A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, Torino 2002, p. 10 ss.; U. MAJELLO, *Essenzialità dell'accordo e del suo contenuto*, in questa *Rivista*, 2005, I, p. 113 ss.; e in *Studi in onore di Vincenzo Buonocore*, IV, cit., p. 4457 ss.; A. DI MAJO, *Accordo contrattuale e dintorni*, in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, I, Napoli 2008, p. 563 ss.; And. D'ANGELO, *Proposta e accettazione*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, I, *Formazione*<sup>2</sup>, a cura di C. Granelli, Milano 2023, p. 3 ss.

<sup>(11)</sup> Alle indicazioni già offerte in F. ADDIS, *Lettera di conferma e silenzio*, Milano 1999, spec. p. 253 ss. è ora possibile aggiungere R. ROLLI, *Antiche e nuove questioni sul silenzio come tacita manifestazione di volontà*, in *Contr. impr.*, 2000, p. 206 ss.; V. LENOCI, *Il silenzio*

tratto anche quando l'oblato manifesta un'accettazione marginalmente difforme rispetto alla proposta e il proponente non lo denuncia tempestivamente<sup>(12)</sup>, nonché, soprattutto, sulla natura giuridica e sugli effetti del «preliminare di preliminare»<sup>(13)</sup> per evidenziare che l'approccio metodologico evocato da Benedetti continua ad essere attuale, perché muove dal convincimento che, per dare una risposta al quesito concernente l'*an* della stipulazione – e la conseguente sussistenza del requisito essenziale dell'accordo – si debbano accostare piani di valutazione difformi, affiancando all'indagine contenutistica e alla correlata valutazione di legittimità e liceità un'analisi di matrice più propriamente dinamica e di stampo appunto procedimentale, tesa a verificare come la sequenza stessa sia stata sviluppata dall'attività interinale delle parti.

Gli esiti cui questa metodologia perviene sono ispirati ad una piena valorizzazione del principio conservativo, perché si rivelano capaci di conferire rilevanza – anche solo interna alla sequenza – a qualunque condotta

---

*nella conclusione e nell'esecuzione del contratto*, in *G. mer.*, 2008, p. 6 ss.; L. TAFARO, *Forniture non richieste: valore negoziale del silenzio e procedimenti formativi del contratto*, in *Notariato*, 2008, p. 620 ss.; F. LONGOBUCCO, *Forniture non richieste e proceduralizzazione dell'attività d'impresa: doveri di status del professionista?*, in *G. it.*, 2014, p. 2619 ss.; F. AZZARRI, *Il silenzio come accettazione*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2015, II, p. 615 ss.; F. PIRAINO, *La prassi «contra legem» e la conclusione del contratto: le «prestazioni non richieste»*, in *Eur. d. priv.*, 2016, p. 57 ss.

<sup>(12)</sup> Cfr. A. BELLELLI, *Il principio di conformità tra proposta e accettazione*, Padova 1992, p. 111 ss.; A. RIZZI, *op. cit.*, p. 267 ss.; F.M. SCARAMUZZINO, *Accettazione informale, avviso immediato e non conformità*, in *Obbl. contr.*, 2008, p. 125 ss.; e in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, III, cit., p. 1893 ss.; And. GENOVESE, *L'interpretazione del contratto standard*, Milano 2008, p. 31 ss.; P. DUVIA, *Il principio di conformità nella conclusione del contratto*, Milano 2012, p. 25 ss.; U. PERFETTI, *La conclusione del contratto*, in *Trattato Cicu-Messineo-Mengoni*, continuato da P. Schlesinger, Milano 2016, p. 260 ss.; M. GIROLAMI, *Vicende preclusive, preparatorie, condizionanti*, in *Tratt. contratto Roppo*, I, cit., p. 409 ss.

<sup>(13)</sup> Cfr., anche per i riferimenti giurisprudenziali, G. D'AMICO, *Sul c.d. preliminare di preliminare*, in *L'incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nel diritto dei contratti*, a cura di C. Perlingieri - L. Ruggeri, Napoli 2016, p. 189 ss.; M. FARINA, *Preliminare di preliminare e genesi del vincolo contrattuale*, in *Rass. d. civ.*, 2017, p. 1281 ss.; ID., *Contrattazione preliminare e autonomia negoziale*, Napoli 2017, p. 210 ss.; ID., *Profili rimediali della contrattazione tramite preliminare di preliminare*, in *Il contratto*, Atti della Scuola estiva dell'Associazione dei Dottorati di diritto privato, Università degli Studi di Salerno, 6-9 settembre 2017, a cura di A. Federico - G. Perlingieri, Napoli 2019, p. 239 ss.; C. TORRESANI, *Il preliminare di preliminare: spunti per una riflessione in prospettiva ermeneutica sugli atti preparatori del contratto*, in *Pers. merc.*, 2017, II, p. 33 ss.; A.M. BENEDETTI, *Il preliminare di preliminare nella prospettiva procedimentale*, in *R. d. priv.*, 2017, p. 379 ss.; ID., *L'autonomia privata procedimentale alla prova del diritto vivente: il preliminare di preliminare*, in *Il contratto*, cit., p. 145 ss.; C. DORE JR., *Riflessioni critiche sugli orientamenti giurisprudenziali in tema di «preliminare di preliminare»*, in *R. giur. sarda*, 2017, p. 219 ss.; M. RINALDO, *La discussa natura del contratto preliminare di preliminare e l'individuazione del giusto rimedio in caso di violazione dell'obbligo a prestare il consenso*, in *R. not.*, 2021, p. 125 ss.

delle parti, ivi compresa quella puramente omissiva, che, se adeguatamente contestualizzata, può portare a riconoscere valore vincolante all'accettazione marginalmente non conforme<sup>(14)</sup>, stante la mancata denuncia della difformità, o far sorgere situazioni giuridiche soggettive passive – come l'obbligo di non interrompere le trattative – che possono essere adeguatamente comprese nella loro portata precettiva solo entro i confini del procedimento di formazione dell'atto<sup>(15)</sup>.

Nella prospettiva prescelta da Benedetti, in altri termini, la contrapposizione tra procedimento e fattispecie non va assolutizzata né, tantomeno, deve portare semplicisticamente a sostituire la fattispecie con il procedimento al fine di riconoscerle tratti mutabili e transitori. Occorre, più esattamente, prendere atto della diversità dei problemi affrontati dalle due prospettive, che, operando in funzione complementare, rispondono a domande diverse, adottano logiche valutative difformi e, in quanto tali, non sono sovrapponibili, pur restando accostabili.

3. – Quanto appena evidenziato induce ad escludere che l'idea di procedimento espressa nel volume di Benedetti possa essere intesa in termini assolutistici, quale esito di un processo di astrazione e generalizzazione originato dall'analisi di molteplici situazioni fattuali che, stante la presenza di margini di somiglianza apprezzabili, rivelerebbero elementi comuni riproponibili in molteplici contesti situazionali<sup>(16)</sup>.

---

(14) Lo riconosce, ancorché non senza perplessità, R. CALVO, *Diritto civile*, II, *Il contratto*<sup>3</sup>, Bologna 2023, p. 86 s.

(15) Sia consentito il rinvio a F. ADDIS, *Vincoli preparatori e contratto avente per oggetto l'obbligazione di non interrompere le trattative*, in Domenico Rubino, a cura di P. Perlingieri - S. Polidori, I, *Interesse e rapporti giuridici*, Napoli 2009, p. 711 ss., spec. p. 754 ss.

(16) Ciò vale a sottrarla alla più comune obiezione sollevata nei confronti di una concezione assolutistica del procedimento, che, appiattendosi sulla stessa valutazione della causalità giuridica e del rapporto tra fattispecie ed effetto, sembrerebbe destinata a risolversi in una mera riformulazione semantica del richiamo alla formazione progressiva della fattispecie: cfr. D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano 1939, p. 42 ss.; A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano 1941, p. 189 ss.; S. GALEOTTI, *Osservazioni sul concetto di procedimento giuridico*, in *Jus*, 1955, p. 508 ss.; P. PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri*, I, *La compravendita di «cosa futura»*, Napoli 1962, p. 98 ss.; A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, I, *Le fasi del procedimento*, Milano 1966, p. 15 ss., spec. p. 24; A. CATAUDELLA, *op. cit.*, p. 39 ss.; ID., voce *Fattispecie*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano 1967, p. 940 s., testo e nt. 123; e in ID., *Scritti giuridici*, Padova 1991, p. 57 s., testo e nt. 123; ID., *I contratti. Parte generale*<sup>6</sup>, Torino 2023, p. 45 s.; A. DI MAJO, *L'esecuzione del contratto*, Milano 1967, p. 40 ss.; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano 1969, p. 84 s.; C. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli 1972, p. 92 ss.; ID., *Il contratto con se stesso*, Napoli 1992, p. 34 s. e p. 92 ss.; E. PEREGO, *I vincoli preliminari e il contratto*, Milano 1974, p. 10 s.; C. DI NANNI, *Collegamento negoziale e funzione complessa*, in *R. d. comm.*, 1977, I, p. 336 s.; B. TROISI, *La prescrizione come*

Il libro di Benedetti segue di pochi anni la riflessione teorica condotta da Salvatore Romano, il quale, però, ricorre alla dinamicità insita nell'idea di procedimento per condurre una rilettura complessiva dei rapporti tra norma giuridica ed autonomia privata, con specifico riguardo all'esercizio delle situazioni giuridiche soggettive staticamente intese e costituite dall'atto di autoregolamentazione, nonché alla conseguente relazione tra il perfezionamento della fattispecie e l'esecuzione del programma originariamente divisato dalle parti<sup>(17)</sup>.

Nell'accezione di Salvatore Romano, «procedimento» è sintesi verbale dell'intero agire della norma giuridica e, conseguentemente, dell'autonomia privata ad essa equiparata<sup>(18)</sup>. Il termine indica sinteticamente il «procedere» dell'attività giuridica e mira ad escludere contorni di istanta-

*procedimento*, Napoli 1980, p. 45 ss.; N. DI PRISCO, voce *Procedimento (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano 1986, p. 836 ss.; R. FAVALE, *Forme «extralegali» e autonomia negoziale*, Napoli 1994, p. 235 s.; F. VENOSTA, *La forma dei negozi preparatori e revocatori*, Milano 1997, p. 138 s. e 154; R. DI RAIMO, *Contratto e gestione indiretta di servizi pubblici*, cit., p. 197 s., testo e nt. 405; A.C. NAZZARO, *Obblighi di informare e procedimenti contrattuali*, Napoli 2000, p. 279 ss.; S. TOMMASI, *op. cit.*, p. 1033 s.; R. FRANCO, *Lo studio del procedimento giuridico in Salvatore Romano. Ovvero: l'autonomia privata nella dimensione dinamica dello svolgimento, tra ordinamenti e unitarietà sistematica*, in *Salvatore Romano*, a cura di G. Furguele, Napoli 2015, p. 190 ss.

<sup>(17)</sup> Cfr. Salv. ROMANO, *Autonomia privata. Appunti*, Milano 1957, p. 81 ss.; ID., *Vendita. Contratto estimatorio*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da G. Grosso e F. Santoro-Passarelli, V, 1, Milano 1960, p. 109 ss.; ID., *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano 1961, p. 10 ss., spec. 19 ss.; ID., «Agere» (*Contributo allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*), in *Studi in onore di Guido Zanobini*, V, Milano 1962, p. 513 ss. (il primo e l'ultimo scritto possono altresì leggersi in ID., *Scritti minori*, II, Milano 1980, p. 600 ss. e p. 945 ss.); ID., *Ordinamento sistematico del diritto privato*, I, Napoli 1970, p. 109 ss.

<sup>(18)</sup> Cfr. Salv. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, cit., p. 11 s.; F. CARNELUTTI, *Recensione*, in *R. d. proc.*, 1962, p. 111; P. RESCIGNO, *Recensione*, in questa *Rivista*, 1964, I, p. 92 s.; e, con il titolo *Il procedimento giuridico nel diritto privato*, in ID., *Per una biblioteca di diritto privato*, Napoli 2003, p. 197 s.; F. ROMANO, *Programmazione economica e azione giuridica: qualche riflessione*, in *Aspetti privatistici della programmazione economica*, Atti della Tavola rotonda tenuta a Macerata nei giorni 22-24 maggio 1970, I, Milano 1971, p. 75 ss.; G. FURGIUELE, *Vendita di «cosa futura» e aspetti di teoria del contratto*, Milano 1974, p. 297 ss.; G.B. FERRI, *L'autonomia dei privati nel pensiero di Salvatore Romano*, in *Eur. d. priv.*, 2004, p. 1153 ss.; e, con il titolo *L'autonomia dei privati come sistema ordinato ed ordinante nel pensiero di Salvatore Romano*, in *Salvatore Romano. Giurista degli ordinamenti e delle azioni*, Firenze, 15 ottobre 2004, Milano 2007, p. 17 ss.; e in ID., *Il potere e la parola e altri scritti di diritto civile*, cit., p. 281 ss.; R. FRANCO, *Autonomia privata e procedimento nella formazione della regola contrattuale*, Padova 2012, p. 50 ss.; ID., *Lo studio del procedimento giuridico in Salvatore Romano*, cit., p. 155 ss., spec. 165 ss., testo e nt. 39; P. LAZZARA, *Istituzioni pubbliche, autonomia privata e mercato nella lezione di Salvatore Romano*, in *Salvatore Romano*, cit., p. 333 ss.; G. CONTE, *Sulla libertà dei privati di configurare il procedimento di formazione del contratto: rimeditando la lezione di Salvatore Romano*, in *Giust. civ.*, 2017, p. 579 ss.

neità all'efficacia, negando che la stessa possa appiattirsi sulla mera attribuzione di situazioni giuridiche soggettive staticamente intese quale punto di concentrazione dell'effetto su determinati soggetti<sup>(19)</sup>. Lo sviluppo delle regole apprestate dal sistema degrada a tal stregua in plurime sequenze, la cui analisi si risolve nella valutazione funzionale tesa all'individuazione del risultato ultimo dell'azione, dell'obiettivo preso in esame dall'esercizio di regolazione<sup>(20)</sup>.

La contestazione nei confronti della fattispecie «a formazione progressiva» suppone, a tal stregua, un più ampio e radicale rifiuto di una concezione statica di efficacia che appare a Salvatore Romano inidonea a valorizzare le molteplici differenze tra ordinamenti statuali e privati, perché in ultima istanza non riesce a cogliere il ruolo che principi e valori devono assumere nella individuazione dei fondamenti del procedimento e dell'attività giuridica<sup>(21)</sup>.

Emerge insomma quell'accezione funzionalizzata di procedimento che, invece, è sostanzialmente estranea alla prospettiva di Benedetti, per il quale il ricorso metodologico al procedimento non mira a soddisfare l'e-

---

<sup>(19)</sup> Su ciò insiste, invece, A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano 1965, p. 477; e in *Id.*, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, II, *Dogmatica giuridica*, Milano 1997, p. 48 s., sulla cui ricostruzione torna, da ultimo, A. GENTILI, *L'effetto giuridico come valore reale: un'analisi*, in *Angelo Falzea*, a cura di G. D'Amico - A. Gorassini, Napoli 2023, p. 241 ss.

<sup>(20)</sup> Cfr. F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*<sup>3</sup>, Roma 1951, p. 191 e p. 356 s., il quale pone l'accento sulla stretta affinità riscontrabile tra il procedimento e la continuazione del reato, identificando il primo con una concatenazione di atti, a loro volta assunti come definitivamente e validamente perfezionati; B. TROISI, *op. cit.*, p. 44 ss., spec. p. 52 s.; N. IRTI, *Formalismo e attività giuridica*, in questa *Rivista*, 1990, I, p. 1 ss.; G. FURGIUELE, *Il contratto con effetti reali fra procedimento e fattispecie complessa: prime osservazioni*, in *Dir. priv.*, 1995, p. 83 ss.; *Id.*, *Note minime in tema di norma, ordinamento e interpretazione*, in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, I, cit., p. 747; R. FRANCO, *Autonomia privata e procedimento nella formazione della regola contrattuale*, cit., p. 88 ss.; *Id.*, *Lo studio del procedimento giuridico in Salvatore Romano*, cit., p. 185 ss. e p. 235 ss.

<sup>(21)</sup> Cfr. Salv. ROMANO, *Ordinamenti giuridici privati*, in *R. trim. d. pubbl.*, 1955, p. 49 ss.; e in *Id.*, *Scritti minori*, I, cit., p. 449 ss.; *Id.*, *Ordinamento sistematico del diritto privato*, I, cit., p. 10 ss.; F. ALCARO, *L'attività. Profili ricostruttivi e prospettive applicative*, Napoli 1999, p. 15 ss.; *Id.*, *L'azione giuridica e la categoria dell'attività*, in *Salvatore Romano*, cit., p. 57 ss.; P. PERLINGIERI, *La concezione procedimentale del diritto di Salvatore Romano*, in *Rass. d. civ.*, 2006, p. 425 ss.; in *Salvatore Romano. Giurista degli ordinamenti e delle azioni*, cit., p. 59 ss. (da cui la successiva citazione); e in *Id.*, *Giuristi e loro opere. Un itinerario*, Napoli 2022, p. 388 ss.; S. TOMMASI, *op. cit.*, p. 1034 s.; G. PALERMO, *L'autonomia negoziale*, Torino 2011, p. 15 ss.; U. BRECCIA, *Il pensiero di Salvatore Romano*, in *Salvatore Romano*, cit., p. 3 ss.; G. FURGIUELE, *Aspetti essenziali del pensiero giuridico di Salvatore Romano*, *ivi*, p. 17 ss.; L. FERRARA, *La teoria ordinamentale di Salvatore Romano*, *ivi*, p. 139 ss.; R. FRANCO, *Lo studio del procedimento giuridico in Salvatore Romano*, cit., p. 170 ss.

signanza di una rilettura complessiva dell'ordinamento giuridico e delle modalità con cui una norma produce i suoi effetti<sup>(22)</sup>.

Al procedimento è qui attribuito un compito più circoscritto, ispirato all'idea che la fattispecie, proprio per i suoi intrinseci connotati di staticità, non riesce adeguatamente a rispondere ad esigenze di tutela che si manifestano e possono essere soddisfatte solo nella sua sequenza formativa, riletta appunto in chiave procedimentale<sup>(23)</sup>.

Ne derivano due corollari.

Nella prospettiva di Benedetti, anzitutto, il procedimento ha senso solo se si mantiene ferma l'idea di fattispecie. Ove si eliminasse quest'ultima, anche il primo subirebbe uno stravolgimento che lo condurrebbe – in termini intuiti da Salvatore Romano<sup>(24)</sup> – a rimanere sottoposto ad una valutazione funzionale destinata a fargli perdere i suoi stessi contorni identificativi, appiattendolo, di fatto, sulle medesime questioni problematiche che, per Benedetti, possono essere affrontate e risolte solo nella prospettiva statica della fattispecie<sup>(25)</sup>.

<sup>(22)</sup> Cfr. G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., p. 45 ss., spec. p. 52 s.; Mar. NUZZO, *Predisposizione di clausole e procedimento di formazione del contratto*, in *Studi in onore di Francesco Santoro-Passarelli*, III, cit., p. 556 s.; G.B. FERRI, *L'art. 1333 c.c. e le idee di Giuseppe Benedetti*, cit., p. 386; E. PELLECCCHIA, *La correttezza precontrattuale tra tradizione e innovazione*, in *Il diritto civile tra principi e regole. Liber amicorum per Francesco D. Busnelli*, I, Milano 2008, p. 505; nonché F. RICCI, *Procedimento, processo e giustizia procedurale nell'esercizio dell'autonomia privata*, cit., p. 162 s., secondo cui «nulla esclude che al procedimento che realizza il ciclo dell'autonomia privata che dall'introduzione dell'autoregolamento alla sua completa esecuzione, così come individuato da Salvatore Romano, possano in concreto afferire, come in effetti afferiscono, altri procedimenti (o *sub* procedimenti), come quello di conclusione del contratto [...] messo definitivamente in luce da Giuseppe Benedetti».

<sup>(23)</sup> Cfr. R. FRANCO, *op. ult. cit.*, p. 198 s. Sviluppando l'intuizione di P. PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri*, I, cit., p. 99 s., testo e nt. 99; ID., *La concezione procedimentale del diritto di Salvatore Romano*, cit., p. 64, si può dunque osservare che, se per Salvatore Romano il procedimento assurge, contestualmente, a «teoria (nello svolgimento di formazione dell'atto) e a metodo (nello studio dell'esercizio del potere dell'azione)», per Benedetti esso è soltanto metodo, peraltro specificamente inerente all'analisi della formazione dell'atto di autonomia privata.

<sup>(24)</sup> Cfr. Salv. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, cit., p. 42 s.; F. ROMANO, *La ratifica nel diritto privato*, Napoli 1964, p. 208 ss.; A. ALABISO, *Il contratto preliminare*, Milano 1966, p. 25 ss.; S. TOMMASI, *op. cit.*, p. 1035 s.; EAD., *Profili evolutivi: l'attività e le sue applicazioni*, in *Salvatore Romano*, cit., p. 612 ss.; U. BRECCIA, *op. cit.*, p. 12 s.; G. FURGIUELE, *op. ult. cit.*, p. 37 s. e p. 53 s.; ID., «*Vicende fiorentine*»: da Giovanni Brunetti ad Enrico Finzi e, infine, a Salvatore Romano e al suo «*Ordinamento sistematico del diritto privato*», in *Jus civ.*, 2017, p. 206 s.; R. FRANCO, *op. ult. cit.*, p. 185 ss., spec. p. 204 s.; M. MUSTARI, *La prospettiva dinamica nello studio della formazione del contratto. Le «teorie procedimentali» e il contributo di Salvatore Romano al dibattito sul rapporto tra contratto preliminare e contratto definitivo*, in *Salvatore Romano*, cit., p. 419 ss.

<sup>(25)</sup> Cfr. R. DI RAIMO, *Contratto e gestione indiretta di servizi pubblici*, cit., p. 155 s.; A.C. NAZZARO, *op. cit.*, p. 282 s.; nonché N. DI PRISCO, *op. cit.*, p. 849 s., testo e nt. 38, 40 e

Anche le ragioni del dissenso nei confronti del richiamo alla «formazione progressiva» della fattispecie devono essere, conseguentemente, ridefinite. Se, nell'accezione di Salvatore Romano, è la stessa idea di staticità insita nella fattispecie ad escludere, dal punto di vista logico, una sua formazione dilatata nel tempo<sup>(26)</sup>, quest'ultima rimane, nella prospettiva di Benedetti, astrattamente ammissibile, purché il ricorso a questa qualificazione contribuisca alla soluzione di problemi di natura causale e contenutistica, variamente correlati all'incidenza di un'efficacia che – come accade nel paradigmatico caso del negozio sottoposto a condizione sospensiva – necessita di un progressivo rafforzamento e di una consolidazione correlati al verificarsi di eventi indipendenti dal perfezionamento e dunque estranei alle questioni propriamente procedimentali<sup>(27)</sup>.

4. – Le considerazioni appena svolte rivelano a quali condizioni sia possibile riconoscere un fondamento assiologico alla metodologia procedimentale di Benedetti. Se l'utilità del ricorso al procedimento è individuabile solo enucleando problemi che la valutazione della fattispecie ormai perfezionata induce a considerare superati dallo stesso accertamento dell'esistenza dell'accordo staticamente inteso, l'approccio metodologico è chiamato a valorizzare la ricerca dei conflitti di interesse e il soddisfacimento di bisogni che proprio e solo nella sequenza in sé per sé considerata emergono e possono essere tutelati.

Questo mi appare il punto certo dal quale ho preso le mosse per verificare l'adeguatezza e la conformità al pensiero dell'autore delle tante risposte che ho ascoltato dagli studenti bresciani per oltre vent'anni: nella concezione di Benedetti, il procedimento trae legittimazione metodologica dall'esigenza di tenere conto di logiche di interessi diverse da quelle che si colgono nella prospettiva della fattispecie.

Lo sviluppo concettuale del volume si misura proprio sull'enucleazione di interessi puramente procedimentali, chiamati a soddisfare bisogni

---

42, che appiattisce il «procedimento» di Salvatore Romano su una «concezione dinamica della fattispecie» ed evidenzia che Benedetti «critica non tanto il concetto di formazione successiva, quanto la proficuità della sua utilizzazione, variamente attuata in dottrina, in tema di formazione del contratto».

<sup>(26)</sup> Cfr. Salv. ROMANO, *op. ult. cit.*, p. 74 ss.; R. FRANCO, *op. ult. cit.*, p. 200 ss.

<sup>(27)</sup> Cfr. G. BENEDETTI, *op. ult. cit.*, p. 57 ss., spec. p. 60 s.; G. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano 1970, p. 3 ss.; A. BELFIORE, *Pendenza negoziale e conflitti di titolarità (Premesse introduttive)*, in questa *Rivista*, 1971, I, p. 181 ss., spec. p. 184 ss.; ID., voce *Pendenza*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano 1982, p. 873 ss., spec. p. 880 ss.; G. AMADIO, *La condizione di inadempimento. Contributo alla teoria del negozio condizionato*, Padova 1996, p. 44 ss.

interinali, provvisori, meramente strumentali, destinati talvolta anche a dissolversi, senza comportare la realizzazione di veri e propri effetti «sostantivi», i quali, nell'accezione di Benedetti, si connotano per irreversibilità e staticità correlate alla sussistenza della fattispecie e ben possono, a loro volta, essere prodromici ad ulteriori valutazioni dinamiche, variamente collegate alle relazioni tra i soggetti che ne sono titolari<sup>(28)</sup>.

Si consideri, a titolo meramente esemplificativo, l'analisi dedicata ai rapporti tra proposta irrevocabile e opzione. Benedetti evidenzia che la proposta irrevocabile è atto prenegoziale unitario, connotato da effetti puramente procedurali correlati all'inefficacia di eventuali successive revoche del proponente. L'opzione è invece vero e proprio negozio, che, indipendentemente dalla sua struttura – destinata a mutare a seconda del carattere oneroso o gratuito e della conseguente applicabilità dell'art. 1333 c.c. al suo procedimento di formazione – è in ogni caso caratterizzato dall'attribuzione al beneficiario di una situazione giuridica soggettiva nuova, operante sul piano sostantivo proprio perché conseguente all'avvenuto compimento di un'altra sequenza procedimentale finalizzata alla sua costituzione. Ciò vale ad escludere margini di somiglianza tra le due figure sufficienti a consentire l'applicazione analogica alla proposta irrevocabile priva di termine dell'art. 1331, comma 2°, c.c., nonché a ribadire l'essenzialità del termine stesso di irrevocabilità, concettualmente distinto dal termine entro il quale il titolare dell'opzione può esercitare il suo diritto potestativo<sup>(29)</sup>.

Un *iter* argomentativo simile è condotto per dimostrare l'irrevocabilità *ex lege* della proposta finalizzata a consentire l'inizio di esecuzione. Benedetti muove dall'analisi procedimentale per dar conto dell'asimmetria informativa esistente tra proponente ed oblatore e della conseguente necessità di cautelare quest'ultimo, mettendolo al riparo dal rischio di iniziare l'esecuzione senza essere certo che il proponente non abbia mutato idea e revocato la sua richiesta. Nonostante il silenzio, sul punto, dell'art. 1327 c.c., si conclude che solo privando il proponente della possibilità di ritornare sui suoi passi è possibile valorizzare fino in fondo le esigenze di celerità e semplificazione che giustificano la stessa introduzione del pro-

---

(28) Cfr. G. BENEDETTI, *op. ult. cit.*, p. 55 ss., spec. p. 61 ss. e p. 72 s.; S. MAZZAMUTO, *Dottrine dell'autonomia privata dall'Italia all'Europa*, cit., p. 601 s.; ID., *Il contratto di diritto europeo*, cit., p. 72 s.

(29) Cfr. G. BENEDETTI, *op. ult. cit.*, p. 123 ss., spec. p. 127 s., p. 129 s., testo e nt. 14 e 15, p. 133 ss., p. 143 s. e p. 146 ss. Sul tema, tornano da ultimi R. FAVALE, *Opzione*, in *Comm. Schlesinger*, diretto da F.D. Busnelli, Milano 2009, p. 38 ss., spec. p. 50 ss.; U. PERFETTI, *op. cit.*, p. 231 ss. e p. 407 ss.; M. GIROLAMI, *op. cit.*, p. 363 ss.

cedimento di formazione del contratto in esame. Al proponente è dunque concessa la possibilità di ritirare la proposta – ricorrendo a modalità comunicative tali da garantire l'arrivo del ritiro prima della proposta stessa – ma non è più consentita la revoca, la cui efficacia impeditiva si determinerebbe nel lasso temporale intercorrente tra l'arrivo della proposta e il perfezionamento del contratto<sup>(30)</sup>.

Si delinea in tal modo un coerente corollario della ricostruzione in termini non recettizi della revoca della proposta, che Benedetti conduce attraverso un'ampia valorizzazione della responsabilità per atto lecito regolata dall'art. 1328, comma 1°, secondo periodo, c.c. Tale previsione, infatti, suppone che l'oblato possa in buona fede iniziare l'esecuzione confidando erroneamente nell'avvenuto perfezionamento del contratto. Trattasi di un'eventualità che non può essere immaginata nel caso regolato dall'art. 1327 c.c., visto che in esso è l'oblato stesso a provocare la chiusura della sequenza con il suo comportamento<sup>(31)</sup>, sicché Benedetti suppone che esista un lasso temporale nel quale il proponente, revocando, evita il perfezionamento del contratto e l'oblato non ne sia ancora a conoscenza, con conseguente attribuzione di contorni non recettizi alla revoca<sup>(32)</sup>.

<sup>(30)</sup> Cfr. G. BENEDETTI, *op. ult. cit.*, p. 93 s. e p. 107 ss., spec. p. 115 ss.; ID., *La formazione del contratto e l'inizio di esecuzione*, cit., p. 326 s.; e, in senso parzialmente difforme, G. OPPO, *op. cit.*, p. 453 s.; nonché, per una più ampia valutazione delle caratteristiche del procedimento correlato all'inizio di esecuzione, L. CAMPAGNA, *I «negozi di attuazione» e la manifestazione dell'intento negoziale*, Milano 1957, p. 80 ss.; ID., *Conseguenze del carattere recettizio dell'accettazione contrattuale*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 1960, p. 673 ss.; A. DI MAJO, *L'esecuzione del contratto*, cit., p. 72 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja - G. Branca, Bologna-Roma, 1970, p. 113 ss.; P. MENTI, *Atti di esecuzione e di appropriazione nella conclusione del contratto*, in questa *Rivista*, 1980, I, p. 529 ss.; A.M. SINISCALCHI, *Inizio di esecuzione e silenzio. Spunti in tema di modificazione del rapporto contrattuale*, in *Rass. d. civ.*, 1994, p. 531 ss.; D. CENNI, *La formazione del contratto tra realtà e consensualità*, Padova 1998, p. 16 ss.; F. REALMONTE, *La formazione del contratto mediante l'inizio di esecuzione*, in *AA.VV.*, *Il contratto in generale*, in *Tratt. Bessone*, XIII, 2, Torino 2000, p. 80 ss.; A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale*, cit., p. 37 ss.; U. PERFETTI, *op. cit.*, p. 351 ss.; G. CONTE, *La formazione del contratto*, in *Comm. Schlesinger*, diretto da F.D. Busnelli, Milano 2018, p. 311 ss.; A. ORESTANO, *Schemi alternativi*, in *Tratt. contratto Roppo*, I, cit., p. 167 ss.

<sup>(31)</sup> Insistono sul punto, sia pure con esiti applicativi non coincidenti, G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., p. 119 s.; G. OPPO, *op. cit.*, p. 454.

<sup>(32)</sup> Cfr. G. BENEDETTI, *op. ult. cit.*, p. 97 s.; ID., *Dichiarazioni recettizie e dichiarazioni indirizzate*, cit., p. 258 s.; ID., *La funzione partecipativa*, cit., p. 165 ss.; ID., *La formazione del contratto e l'inizio di esecuzione*, cit., p. 312 s. Ad esiti non dissimili pervengono, sia pure con argomenti non sempre coincidenti, anche M. FRAGALI, *Dei requisiti del contratto*, in *Comm. D'Amelio-Finzi*, IV, 1, Firenze, 1948, p. 332 s.; L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*<sup>3</sup>, II, *Le fonti*, Milano 1948, p. 104; A. ALBANESE, *La revoca della proposta e dell'accettazione nella disciplina dell'art. 1328 c.c.*, in *Studi in onore di Ernesto Eula*, I, Milano 1957, p. 13 ss.; G. GIAMPICCOLO, *La dichiarazione recettizia*, Milano 1959, p. 68, nt. 146, e

A questa soluzione altri oppongono il disposto dell'art. 1335 c.c., evidenziando altresì l'inconciliabilità con l'art. 16, comma 1°, CISG ed aggiungendo che, anche qualora si attribuissero contorni recettizi alla revoca della proposta, l'art. 1328, comma 1°, secondo periodo, c.c. conserverebbe un più ristretto ambito di operatività, limitatamente alle ipotesi in cui la revoca pervenga nel lasso temporale intercorrente tra la spedizione dell'accettazione e la sua ricezione dal proponente<sup>(33)</sup>.

È però significativo notare che il riconoscimento del carattere recettizio della revoca – per quanto naturalmente possibile per l'arbitrarietà delle soluzioni potenzialmente preferibili dal legislatore – si traduce in un significativo aggravamento della posizione procedimentale del proponente, il quale non può fino in fondo esercitare il suo diritto alla revoca, non potendo essere certo che, una volta manifestata la stessa, essa produca i suoi effetti, stante la necessità di collegarli ad un evento da lui non controllabile quale la conoscibilità della dichiarazione da parte del suo destinatario. Rimane dunque confermato che il problema deve essere affrontato

192 ss.; A. DALMARTELLO, *I contratti delle imprese commerciali*, Padova 1954, p. 65 ss.; G. OSTI, voce *Contratto*, in *Nov. D.*, IV, Torino 1959, p. 518 s.; e in *Id.*, *Scritti giuridici*, II, Milano 1973, p. 884; G. GORLA, *Ratio decidendi, principio di diritto (e obiter dictum). A proposito di alcune sentenze in tema di revoca dell'offerta contrattuale*, in *F. it.*, 1964, V, c. 89 ss.; in *Studi in onore di Antonio Segni*, II, Milano 1967, p. 389 ss.; e in *Id.*, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano 1981, p. 331 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 125 ss.; B. INZITARI, *L'impresa nei rapporti contrattuali*, in *Tratt. Galgano*, II, Padova 1978, p. 331 ss.; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*<sup>3</sup>, in *Comm. Utet*, IV, 2, Torino 1980, p. 57 s.; C. ROSSELLO, *Revoca della proposta e dell'accettazione: considerazioni sistematiche sul combinato disposto degli artt. 1328, 1326 e 1335 c.c.*, in *R. d. comm.*, 1981, II, p. 253 ss.; N. SCANNICCHIO, *Consumatori e conclusione dei contratti a distanza tra ordinamenti nazionali, direttive comunitarie e diritto comparato*, in *R. crit. d. priv.*, 1994, p. 63, nt. 96 e 81, nt. 125; A. CATAUDELLA, *I contratti*, cit., p. 61; Cass. civ., 31 gennaio 1969, n. 296, in *F. it.*, 1969, I, c. 605; Cass. civ., 9 luglio 1981, n. 4489, *ivi*, 1982, I, c. 456; App. Milano, 21 marzo 1995, in *G. it.*, 1995, I, 2, c. 800; Cass. civ., 12 dicembre 2002, n. 17737, in *R. not.*, 2003, p. 1247; Cass. civ., 15 aprile 2016, n. 7543, in *Vita not.*, 2016, p. 776 ss.

<sup>(33)</sup> Cfr. F. MESSINEO, voce *Contratto (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano 1961, p. 852; *Id.*, *Il contratto in genere*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu - F. Messineo, XXI, 1, Milano 1968, p. 71; G. TORREGROSSA, *Il problema della responsabilità da atto lecito*, Milano 1964, p. 182 s.; P.M. DOTTORÉ, *In tema di revoca della proposta contrattuale*, in questa *Rivista*, 1972, I, p. 379 ss.; G. VENDEMIALE, *Per una rilettura dell'art. 1328 c.c.*, *ivi*, 1979, II, p. 470 ss.; P. GALLO, in *Dei contratti in generale*, a cura di E. Navarretta - A. Orestano, I, in *Commentario del codice civile*, a cura di E. Gabrielli, Torino 2011, p. 326 ss.; R. SACCO, in R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*<sup>4</sup>, Torino 2016, p. 183 s.; U. PERFETTI, *op. cit.*, p. 215 ss.; R. CALVO, *op. cit.*, p. 102 s.; Cass. civ., 16 maggio 2000, n. 6323, in *Vita not.*, 2000, p. 1425; in *F. it.*, 2001, I, c. 227, con nota di P. PARDOLESI - A. PALMIERI, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 218; in *Nuova g. civ. comm.*, 2001, I, p. 364, con nota di A.M. BENEDETTI, *La revoca della proposta tra ricezione e spedizione: la Cassazione cambia rotta*; e in *Contratti*, 2001, p. 658, con nota di M. POLLAROLI, *La revoca della proposta contrattuale: atto recettizio*.

e risolto muovendo da un'attenta composizione degli interessi procedurali, sicché non sorprende che il richiamo alla buona fede *ex art.* 1337 c.c. abbia indotto alcuni interpreti a provare a superare il dibattito, auspicando una soluzione casistica, che volta a volta si confronti con le concrete caratteristiche della situazione fattuale oggetto della lite<sup>(34)</sup>.

Proprio questo rilievo conferma che gli esiti sistematici delle tesi di Benedetti superano ampiamente gli specifici confini del procedimento *ex art.* 1327 c.c. o del rapporto tra gli artt. 1328 e 1335 c.c. ed anticipano riflessioni che, in tempi più recenti, numerosi interpreti hanno dedicato al ruolo decisivo dell'informazione nella legislazione di origine comunitaria e nella regolamentazione dei contratti del consumatore<sup>(35)</sup>.

---

<sup>(34)</sup> Cfr. A.M. BENEDETTI, *Ancora sulla revoca della proposta: divagazioni tra storia e comparazione*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2009, II, p. 115 ss.; A. LAS CASAS, *Tutele dell'investimento precontrattuale e razionalità economica. Profili comparatistici*, Torino 2009, p. 351 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*<sup>2</sup>, in *Trattato di diritto privato*, diretto da G. Iudica - P. Zatti, Milano 2011, p. 144 ss.; U. SALANITRO, *Ritorno a Gorla. Revoca della proposta e risarcimento del danno*, in *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furguele*, a cura di G. Conte - S. Landini, III, Mantova, 2017, p. 449 ss.; A.M. BENEDETTI - F.P. PATTI, *La revoca della proposta: atto finale? La regola migliore, tra storia e comparazione*, in questa *Rivista*, 2017, p. 1293 ss.; F.P. PATTI, *Revoca della proposta contrattuale: un confronto con la disciplina francese*, in *Jus civ.*, 2022, p. 714 ss.

<sup>(35)</sup> Cfr. M. MAGGIOLIO, *Il contratto predisposto*, Padova 1996, p. 75 ss.; S. ORLANDO, *La formazione dei patti vessatori nella novella sui contratti del consumatore*, in *R. d. priv.*, 1997, p. 730 ss.; A.M. GAMBINO, *L'accordo telematico*, Milano 1997, spec. p. 25 ss.; D. VALENTINO, *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, Napoli 1999, p. 50 ss.; A.C. NAZZARO, *op. cit.*, spec. p. 288 ss.; G. PERLINGIERI, *Regole e comportamenti nella formazione dei contratti. Una rilettura dell'art. 1337 c.c.*, Napoli 2003, p. 9 ss.; G.B. FERRI, *Informare ed essere informati*, in *Rass. d. civ.*, 2003, p. 588 ss.; e in *Id.*, *Il potere e la parola e altri scritti di diritto civile*, cit., p. 521 ss.; L. ROSSI CARLEO, *Il diritto all'informazione: dalla conoscibilità al documento informativo*, in *R. d. priv.*, 2004, p. 349 ss. (questi ultimi due scritti possono leggersi anche in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, cit., rispettivamente I, p. 665 ss. e III, p. 1705 ss.); C. PILLIA, *Accordo debole e diritto di recesso*, Milano 2008, spec. p. 428 ss.; A. RIZZI, *op. cit.*, p. 108 ss.; F. RENDE, *Informazione e consenso nella costruzione del regolamento contrattuale*, Milano 2012, spec. p. 93 ss.; V. DE LORENZI, *La buona fede oggettiva precontrattuale e le informazioni*, in *Rass. d. civ.*, 2021, p. 1327 ss.; A. NERVI, *Informazione e contratto in ambito bancario e finanziario. Un itinerario ancora in fieri nell'esperienza italiana*, in *R. d. banc.*, 2022, p. 289 ss.; S. PAGLIANTINI, *Alla ricerca della nullità di protezione B2B (tra dogmatica editale e circolo ermeneutico)*, in *Giuseppe Benedetti e il governo del forse*, a cura di G. Vettori, Milano 2023, p. 133 ss. Per una più ampia valutazione della regolamentazione proposta nei progetti di codificazione civile europea, sia altresì consentito il rinvio a F. ADDIS, *La formazione dell'accordo*, in I «*principi*» del diritto comunitario dei contratti. *Acquis communautaire e diritto privato europeo*, a cura di G. De Cristofaro, Torino 2009, p. 305 ss.; *Id.*, *La formazione dell'accordo nei Principi Acquis del diritto comunitario dei contratti*, in *Obbl. contr.*, 2009, p. 8 ss.; e in *Studi in onore di Giovanni Giacobbe*, a cura di G. Dalla Torre, II, Milano 2010, p. 891 ss.; *Id.*, *Diritto comunitario e «riconcettualizzazione» del diritto dei contratti: accordo e consenso*, in *Obbl. contr.*, 2009, p. 869 ss.; e in *Diritto comunitario e sistemi nazionali: pluralità delle fonti e unitarietà degli ordinamenti*, Atti del

Gli esempi richiamati evidenziano altresì che la ricostruzione di Benedetti è tutta tesa a conferire contorni di molteplicità ed indipendenza alle sequenze formative del contratto. Il ricorso alla teorica procedimentale è finalizzato a confutare i tentativi diretti ad attribuire tratti di universalità allo schema incentrato sullo scambio di proposta ed accettazione, in conformità ad un «dogma del consenso» che appare incompatibile con la stessa enucleazione di interessi procedimentali, dalla quale discende il rifiuto di superficiali semplificazioni variamente correlate alla «fusione delle volontà»<sup>(36)</sup>.

È la stessa valorizzazione delle specificità della sequenza disegnata dall'art. 1333 c.c. ad indurre Benedetti a pervenire alla conclusione che, nonostante l'univoca formulazione letterale della norma, il «contratto con obbligazioni a carico del solo proponente» assume, in realtà, contorni strutturali unilaterali, con un rilievo bilaterale apprezzabile dal punto di vista sostantivo, avuto riguardo al riconoscimento del potere di rifiutare – con effetti eliminativi e non impeditivi – conseguenze favorevoli altrimenti prodotte, in via esclusiva, dalla «proposta irrevocabile» pervenuta nella sfera di controllo dell'oblato<sup>(37)</sup>.

---

IV Convegno Nazionale S.I.S.Di.C., Grand Hotel Quisisana – Capri, 16-18 aprile 2009, Napoli 2010, p. 273 ss.

<sup>(36)</sup> Cfr. G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., p. 11 ss.; G. OPPO, *op. cit.*, p. 456 s.; S. MAZZAMUTO, *Dottrine dell'autonomia privata dall'Italia all'Europa*, cit., p. 595 ss.; ID., *Il contratto di diritto europeo*, cit., p. 67 ss.; F. RICCI, *Procedimento, processo e giustizia procedurale nell'esercizio dell'autonomia privata*, cit., p. 152 ss.; R. ALESSI, *Gli studi sul contratto e la modernità del pensiero di Giuseppe Benedetti*, in *Giuseppe Benedetti e il governo del forse*, cit., p. 1 ss., spec. 6 s.; C. GRANELLI, *Autonomia e contratto nella prima stagione del percorso scientifico di Giuseppe Benedetti*, *ivi*, p. 77 ss., che riprendono quanto già evidenziato da G. GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I, *Lineamenti generali*, Milano 1954, p. 48 ss.; ID., *Il dogma del «consenso» o «accordo» e la formazione del contratto di mandato gratuito nel diritto continentale*, in questa *Rivista*, 1956, I, p. 923 ss.; in *Studi in memoria di Filippo Vassalli*, II, Torino 1960, p. 921 ss.; e in ID., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, cit., p. 211 ss.; ID., *La «logica-illogica» del consensualismo o dell'incontro dei consensi e il suo tramonto (dal diritto romano comune alla Convenzione dell'Aja del 1 luglio 1964)*, in questa *Rivista*, 1966, I, p. 255 ss.; e in *Scritti in memoria di Widar Cesarini Sforza*, Milano 1968, p. 377 ss.; P. SCHLESINGER, *Complessità del procedimento di formazione del consenso ed unità del negozio contrattuale*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 1964, p. 1345 ss.; e in *Studi in onore di Paolo Greco*, II, Milano 1965, p. 1003 ss.

<sup>(37)</sup> Cfr. G. BENEDETTI, *op. ult. cit.*, p. 197 ss.; e, in senso adesivo, P. VITUCCI, *op. cit.*, p. 35, nt. 86; L.V. MOSCARINI, *I negozi a favore di terzo*, Milano 1970, p. 61 ss.; G. OPPO, *op. cit.*, p. 456 ss.; F. GAZZONI, *L'attribuzione patrimoniale mediante conferma*, Milano 1974, p. 187; A. PALAZZO, *Profili di invalidità del contratto unilaterale*, in questa *Rivista*, 2002, I, p. 587 ss.; ID., *Ricostruzione dell'invalidità del negozio unilaterale attraverso la teoria di Giuseppe Benedetti*, in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, II, cit., p. 1289 ss.; G.B. FERRI, *L'art. 1333 c.c. e le idee di Giuseppe Benedetti*, cit., p. 379 ss.; ID., *La formazione dell'accordo*

È appena il caso di precisare che Benedetti non svolge alcun ragionamento sul bilanciamento, sulla ragionevolezza, sull'impiego argomentativo dei principi e, in genere, sui canoni che oggi sono più in voga nella valutazione degli atti di autonomia privata<sup>(38)</sup>.

Egli rimane all'interno di una pura logica formalistico-dogmatica, ma riesce efficacemente a valorizzare situazioni e interessi diversi, superando l'approccio esegetico letterale ed avviando, attraverso la rilettura dell'art. 1333 c.c., una più ampia valutazione sistematica del principio di tipicità delle promesse unilaterali, i cui esiti applicativi rimangono ancora oggi attuali, anche alla luce della sostenibilità da poco costituzionalizzata<sup>(39)</sup>.

Indipendentemente dalla distanza rispetto al pensiero dei suoi Maestri e, in particolare, al rigore formalistico di Santoro-Passarelli<sup>(40)</sup>, Benedetti

*contrattuale e l'art. 1333 c.c.*, in *Liber amicorum per Angelo Luminoso*, I, Milano 2013, p. 661 ss.; e in ID., *Il silenzio e le parole nella cultura del civilista*, Milano 2021, p. 507 ss.; S. MAZZAMUTO, *Dottrine dell'autonomia privata dall'Italia all'Europa*, cit., p. 593 s.; ID., *Il contratto di diritto europeo*, cit., p. 65 s.; F. DI GIOVANNI, *Le promesse unilaterali*, in *Trattato teorico-pratico di diritto privato*, diretto da G. Alpa - S. Patti, Padova 2010, p. 30 ss.; A. ORESTANO, *Le promesse unilaterali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, già diretto da L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger - V. Roppo - F. Anelli, Milano 2019, p. 71 ss.; C. GRANELLI, *op. cit.*, p. 86 s. Netta è la differenza da R. SACCO, *Contratto, e negozio a formazione unilaterale*, in *Studi in onore di Paolo Greco*, II, Padova 1965, p. 965 ss.; Salv. ROMANO, *Proposta irrevocabile e promessa unilaterale*, in *Ec. cred.*, 1966, p. 175 ss.; e in ID., *Scritti minori*, III, cit., p. 1211 ss., i quali, pur riconoscendo il carattere unilaterale della formazione del «contratto» in esame, non trasferiscono tale connotato sul piano strutturale e riaffermano la bilateralità dell'accordo attraverso l'attribuzione di un valore impegnativo negoziale al mancato rifiuto, inteso come momento di chiusura della sequenza procedimentale. Il prezzo da pagare per aderire a quest'ultima posizione non è tuttavia marginale, stante la necessità di differire il momento perfezionativo alla scadenza di un termine indeterminato durante il quale il proponente rimane assoggettato alla sua proposta ma non ancora autorizzato ad eseguirla. Per altri tentativi di riconduzione dello schema entro i confini strutturali del contratto, cfr. M. SEGNI, *Autonomia privata e valutazione legale tipica*, Padova 1972, p. 394 ss.; F. ROSSI, *Il contratto con obbligazioni a carico del solo proponente*, Napoli 2005, p. 185 ss.; ID., *Contratto con obbligazioni del solo proponente e promesse unilaterali. Profili di distinzione*, in *Rass. d. civ.*, 2011, p. 1183 s.; E. DAMIANI, *Sull'inutilità del negozio unilaterale atipico*, in questa *Rivista*, 2016, p. 619 s.; ID., *Il principio di tipicità dei negozi unilaterali*, Napoli 2018, p. 84 ss.; U. PERFETTI, *op. cit.*, p. 467 ss.; G. CONTE, *op. ult. cit.*, p. 399 ss.

<sup>(38)</sup> Sia consentito il rinvio a F. ADDIS, *Diritto romano e giuspositivismo nel Trattato delle leggi di Jean Domat*, in *Roma e Am.*, 2022, p. 13 ss.; ID., *Norme e principi nel Trattato delle leggi di Jean Domat*, in *Liber amicorum per Paolo Zatti*, I, Napoli 2023, p. 1 ss.

<sup>(39)</sup> Lo rilevano con chiarezza C. CASTRONOVO, *Ricordo di Giuseppe Benedetti*, in *Eur. d. priv.*, 2019, p. 320 s.; S. MAZZAMUTO, *In ricordo di Giuseppe Benedetti, ivi*, 2021, p. 298 (da cui la successiva citazione); e in *Giuseppe Benedetti e il governo del forse*, cit., p. 90 s. In ordine alle implicazioni legate alla sostenibilità, è sufficiente considerare l'analisi di F. BERTELLI, *Le dichiarazioni di sostenibilità nella fornitura di beni di consumo*, Torino 2022, spec. p. 89 ss.

<sup>(40)</sup> Insiste sul punto G.B. FERRI, *L'art. 1333 c.c. e le idee di Giuseppe Benedetti*, cit., p.

rivela in tal modo una sensibilità assiologica anticipatrice di una elevazione del pensiero in funzione metastorica che avrebbe rappresentato, nell'ultima fase della sua esistenza terrena, il campo di elezione privilegiato della sua riflessione ermeneutica<sup>(41)</sup>.

---

381 ss., spec. 388, il quale, il quale, pur riconoscendo l'eccentricità del pensiero di Benedetti da quello espresso in F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*<sup>9</sup>, Napoli 1966, p. 103 s. e p. 219 s., in ordine alla fattispecie a formazione progressiva, al rapporto tra proposta ed accettazione e alla stessa molteplicità degli schemi formativi del contratto, lascia intendere che, in realtà, il dissenso sia più apparente che reale, avuto riguardo alla piena libertà intellettuale assicurata dallo stesso Santoro-Passarelli e alla sua configurazione dell'autonomia privata, il cui fondamento assiologico, pur nel rispetto di un approccio saldamente positivisticò, non è mai stato negato. Cfr. sul punto G. BENEDETTI, *Elogio di un civilista convinto: una testimonianza del sistema scientifico di Francesco Santoro-Passarelli*, in *R. d. priv.*, 1996, p. 497 ss., spec. 506 s.; e, con il titolo *L'affinità con la cosa di un civilista convinto*, in *Id.*, *Oggettività esistenziale dell'interpretazione. Studi su ermeneutica e diritto*, Torino 2014, p. 151 ss., spec. 162 s.; *Id.*, *Francesco Santoro-Passarelli civilista*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 1997, p. 289 ss., spec. 292 s.; N. IRTI, *Itinerario di Francesco Santoro-Passarelli*, in *R. d. proc.*, 1997, p. 248 ss.; e in *Id.*, *Occasioni novecentesche sul cammino del diritto*, Napoli 2012, p. 47 ss.; G.B. FERRI, *Libertà e autorità nel diritto civile e le idee di Francesco Santoro-Passarelli*, in *R. d. comm.*, 1997, I, p. 342 ss.; *Id.*, *Ricordo di Francesco Santoro-Passarelli*, in *Eur. d. priv.*, 2004, p. 385 ss. (entrambi questi scritti possono altresì leggersi in *Id.*, *Il potere e la parola e altri scritti di diritto civile*, cit., p. 73 ss. e 93 ss.).

<sup>(41)</sup> È sufficiente consultare gli scritti raccolti in G. BENEDETTI, *Oggettività esistenziale dell'interpretazione*, cit., p. 1 ss.; e in *Id.*, *Oltre l'incertezza. Un cammino di ermeneutica giuridica*, Bologna 2020, p. 1 ss. Per una più ampia valutazione di questa fase del suo percorso di studi, cfr. inoltre V. SCALISI, *Per un'ermeneutica giuridica «veritativa» orientata a giustizia*, in questa *Rivista*, 2014, p. 1249 ss.; G.B. FERRI, *Ermeneutica e diritto nelle idee di Giuseppe Benedetti*, in *R. d. comm.*, 2014, I, p. 514 ss.; e in *Id.*, *Il silenzio e le parole nella cultura del civilista*, cit., p. 119 ss.; A. CARSETTI, *Epistemologia ed ontologia*, in *Riv. int. fil. dir.*, 2016, p. 85 ss.; G. VETTORI, *Giuseppe Benedetti. Maestro di ragione e verità*, in *Pers. merc.*, 2019, p. 45 ss.; *Id.*, *Dalla dogmatica all'ermeneutica critica. Il percorso di Giuseppe Benedetti*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 2019, p. 1203 ss.; A. PUNZI, *L'attitudine ermeneutica del giurista europeo. La lezione di Giuseppe Benedetti*, in *Pers. merc.*, 2020, p. 14 ss.; e in *What Is European in European Private Law?*, a cura di H.W. Micklitz - G. Vettori, Milano 2022, p. 259 ss.; *Id.*, *Scambi (digitali) senza accordo? Logos, tecnocapitalismo ed ermeneutica della contemporaneità*, in *Giuseppe Benedetti e il governo del forse*, cit., p. 174 ss.; C. CAMARDI, *La contemporaneità del civilista. Un saggio di Giuseppe Benedetti sulla scienza del diritto civile*, in *Pers. merc.*, 2020, p. 21 ss.; e in *Giuseppe Benedetti e il governo del forse*, cit., p. 9 ss.; C. CASTRONOVO, *op. cit.*, p. 321 s.; *Id.*, *Ermeneutica esistenziale*, in *Eur. d. priv.*, 2021, p. 173 ss.; e in *Giuseppe Benedetti e il governo del forse*, cit., p. 29 ss.; *Id.*, *Dogmatica e metodo. Angelo Falzea e Luigi Mengoni*, in *Eur. d. priv.*, 2023, p. 599 ss.; e in *Angelo Falzea*, cit., p. 175 ss.; S. MAZZAMUTO, *op. ult. cit.*, p. 297 ss.; P. FEMIA, *«Il "forse costruttivo" non ama la solitudine». Contemporaneità, ermeneutica, dogmatica collettiva in Giuseppe Benedetti*, in *Giuseppe Benedetti e il governo del forse*, cit., p. 42 ss.; R. MESSINETTI, *Contemporaneità del civilista e rivoluzione digitale. Progettare un ethos adeguato alla tecnica nel tempo dell'intelligenza artificiale*, *ivi*, p. 93 ss.; B. PASTORE, *La via ermeneutica di Giuseppe Benedetti*, *ivi*, p. 163 ss.; B. ROMANO, *Ermeneutica e diritto. Riflessioni con Giuseppe Benedetti*, *ivi*, p. 189 ss.

5. – La conclusione appena prospettata legittima a tornare alle ragioni di fondo dell'opposizione manifestata da Benedetti nei confronti di quella che, più recentemente, è stata definita come «autonomia privata procedimentale», da intendersi quale sintesi verbale del riconoscimento della possibilità di modificare pattiziamente gli schemi di formazione del contratto<sup>(42)</sup>.

L'atteggiamento oppositivo è solitamente tratto dal passaggio del volume nel quale Benedetti limita la portata precettiva dell'art. 1322 c.c. individuando, in via esclusiva, nella causa e nell'oggetto i termini di riferimento esterni dell'intervento di autonomia privata, la quale non potrebbe incidere sui procedimenti di formazione, affidati a regole tipizzate e imperative<sup>(43)</sup>.

Si tratta, tuttavia, di una conclusione che, oltre ad essere stata smentita dallo stesso autore in scritti più recenti<sup>(44)</sup>, non trova, a ben vedere, piena corrispondenza già nello sviluppo argomentativo del volume in esame.

Non si deve invero dimenticare che l'analisi degli artt. 1326, comma 4°, e 1352 c.c. induce Benedetti a mostrarsi favorevole all'ammissibilità di negozi a matrice configurativa, offrendo una qualificazione del patto sulla forma che mi sembra ancor oggi idonea a rappresentare imprescindibile

<sup>(42)</sup> Per una più ampia valutazione del tema, cfr. Salv. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, cit., p. 77 ss.; G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano 1970, p. 141 s.; F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in questa *Rivista*, 1977, I, p. 68 s.; C. DONISI, *Il contratto con se stesso*, cit., p. 84 ss.; R. SACCO, voce *Autonomia nel diritto privato*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, I, Torino 1987, p. 518; E. GABRIELLI, *Il pegno «anomalo»*, Padova 1990, p. 138 ss.; G. PALERMO, *Contratto preliminare*, cit., p. 70 s. e p. 115 ss.; ID., *L'autonomia negoziale*, cit., p. 26 ss.; A. ORESTANO, *Accordo normativo e autonomia negoziale*, Padova 2000, p. 111 ss.; A. SOMMA, *Autonomia privata e struttura del consenso contrattuale. Aspetti storico-comparativi di una vicenda intellettuale*, Milano 2000, p. 75 ss.; A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale*, cit., p. 6 ss. e p. 185 ss.; L. MEZZANOTTE, *Il negozio configurativo. Dall'intuizione alla categoria (Storia di un pensiero)*, in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, II, cit., p. 1155 ss.; A. URSO, *Autonomia privata e procedimento di formazione del contratto*, in *Pers. merc.*, 2010, p. 67 ss.; R. FRANCO, *Autonomia privata e procedimento nella formazione della regola contrattuale*, cit., p. 32 ss.; ID., *Lo studio del procedimento giuridico in Salvatore Romano*, cit., p. 215 ss.; F. MAISTO, *L'autonomia contrattuale nel prisma della sussidiarietà orizzontale*, Napoli 2016, p. 39 ss.; G. CONTE, *Sulla libertà dei privati di configurare il procedimento di formazione del contratto: rieditando la lezione di Salvatore Romano*, cit., p. 579 ss.

<sup>(43)</sup> Cfr. G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., p. 35: «l'autonomia privata è essenzialmente potere di foggare tipi diversi. Non procedimenti. La possibilità di concludere contratti innominati non esclude, anzi suppone, il rispetto dei presupposti di validità e delle tecniche che la legge richiede».

<sup>(44)</sup> Cfr. G. BENEDETTI, *La formazione del contratto e l'inizio di esecuzione*, cit., p. 323; ID., *La formazione del contratto*, cit., p. 367 s.

punto di partenza per cogliere nel medesimo un'esaltazione dell'autonomia privata, alla quale è dunque indirettamente riconosciuta la possibilità di intervenire sulle modalità attraverso le quali formalizzare la nascita o le vicende principali del contratto<sup>(45)</sup>.

Il richiamo all'art. 1322 c.c., del resto, s'inserisce in una più ampia riflessione dedicata alla possibilità di perfezionare in forma consensuale

---

(45) Cfr. G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., p. 149; nonché, per una più ampia valutazione dei numerosi problemi collegati al patto sulla forma, P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli 1987, p. 148 ss.; U. LA PORTA, *Accordi sulla forma, preliminare e tecniche di formazione del contratto. A proposito di un recente libro*, in *Rass. d. civ.*, 1993, p. 554 ss.; R. FAVALE, *Forme «extralegali» e autonomia negoziale*, cit., spec. p. 275 ss.; ID., *La Corte di Cassazione erige il mausoleo delle forme volontarie*, in *Rass. d. civ.*, 1997, p. 907 ss.; ID., *Nullità del contratto per difetto di forma e buona fede*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese, Padova-Venezia-Treviso, 14-16 giugno 2001, a cura di L. Garofalo, II, Padova 2003, p. 1 ss.; ID., *Le clausole di forma scritta nelle condizioni generali di contratto: forma di protezione o di pregiudizio?*, in *Obbl. contr.*, 2008, p. 777 ss.; e in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, II, cit., p. 631 ss.; ID., *Forme per la validità del contratto e tutela dei contraenti*, in *Contr. impr.*, 2008, p. 973 ss.; ID., *Le clausole di forma scritta e la tutela del contraente debole: un'ipotesi di forma di pregiudizio?*, in *Diritto privato. Studi in onore di Antonio Palazzo*, III, *Proprietà e rapporti obbligatori*, a cura di A. Garilli - A. Sassi, Torino 2009, p. 213 ss.; ID., voce *Forme convenzionali*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., Agg.*, VIII, Torino 2013, p. 276 ss.; ID., *Forme convenzionali e mutuo dissenso*, in *R. d. priv.*, 2018, p. 341 ss.; V. VERDICCHIO, *Forme volontarie ed accordo contrattuale*, Napoli 2002, spec. p. 58 ss.; ID., *Le clausole di forma nelle condizioni generali di contratto*, in *Rass. d. civ.*, 2007, p. 753 ss.; ID., *Accettazione priva della forma richiesta dal proponente e conclusione del contratto*, in *Pers. merc.*, 2018, p. 154 ss.; ID., *Forme volontarie e procedimento di formazione del contratto*, in *R. d. priv.*, 2018, p. 179 ss.; G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Questioni irrisolte intorno ai patti sulla forma di futuri contratti*, in questa *Rivista*, 2004, I, p. 241 ss.; A. RENDA, *Forme convenzionali*, in *Comm. Schlesinger*, diretto da F.D. Busnelli, Milano 2016, spec. p. 159 ss.; A. ANDREOTTI, *Clausola prescrittiva di una determinata forma per l'accettazione della proposta*, in *Clausole negoziali. Profili teorici e applicativi di clausole tipiche e atipiche*, a cura di M. Confortini, I, Torino 2017, p. 279 ss.; M. BENINCASA, *Clausola prescrittiva di oneri di forma per la conclusione di un futuro contratto*, *ivi*, II, Torino 2019, p. 243 ss. Sia inoltre consentito il rinvio a F. ADDIS, *Contractus in scriptis fieri placuit. Setzer e il formalismo convenzionale*, in G. SETZER, *Sulla pattuizione dello scritto*, trad. it. di F. Addis, Napoli 2005, p. 7 ss. [quest'ultimo libro è stato presentato il giorno 11 novembre 2005 presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi del Molise con le relazioni di R. FAVALE, *Le forme convenzionali nell'opera di Setzer*; V. VERDICCHIO, *Le forme convenzionali nell'opera di Setzer*; e F. ADDIS, *Intervento conclusivo*, tutti in *Ann. Univ. Molise*, 7/2005, p. 9 ss., 19 ss. e 37 ss. (i primi due scritti possono consultarsi anche in *R. giur. Molise e Sannio*, 2006, p. 135 ss. e 179 ss.; l'ultimo, invece, con il titolo *Il paradosso delle forme convenzionali* e con alcune marginali modifiche, in *Obbl. contr.*, 2007, p. 296 ss.; e in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, I, Milano 2008, p. 1 ss.]. Con specifico riferimento al formalismo convenzionale nelle condizioni generali di contratto, cfr. infine il volume collettaneo *Le clausole di forma nelle condizioni generali di contratto*, Atti del Convegno internazionale di studi tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Brescia il 26 maggio 2006, a cura di F. Addis, Milano 2008.

tipi contrattuali ai quali la legge conferisce contorni di realtà, disegnando schemi di formazione collegati alla *traditio* quale elemento perfezionativo della sequenza.

La risposta negativa offerta al quesito da Benedetti, pur traendo spunto dall'art. 1322 c.c., si rafforza muovendo ancora una volta dalla valorizzazione degli interessi procedimentali e sostantivi, che induce l'autore a segnalare la capacità dello schema collegato alla *traditio* di tutelare bisogni che modelli genericamente consensualistici non potrebbero parimenti proteggere<sup>(46)</sup>.

Benedetti, a tal stregua, non esclude che, in via meramente ipotetica, il legislatore possa pervenire a conclusioni difformi<sup>(47)</sup>. Il suo intento è però quello di mettere in guardia da semplicistici e superficiali richiami all'autonomia privata, che inducano ad attribuirle poteri senza contestualmente individuare i corrispondenti limiti, più facilmente enucleabili attraverso l'adozione della metodologia procedimentale e la valutazione di interessi e bisogni ignorati dalla logica della fattispecie.

Proprio perché finalizzato ad incidere sugli schemi normativi di formazione del contratto, a loro volta giustificati dall'esigenza di soddisfare specifici interessi procedimentali, l'intervento modificativo di natura pattizia non può essere sottoposto solo all'ordinaria valutazione di liceità e legittimità che connota – in chiave sostantiva e in un'ottica ancora collegata alla staticità della fattispecie – qualunque esercizio di autonomia privata. Esso deve essere altresì giustificato da una puntuale indagine di meritevolezza, assunta in prospettiva dinamica, perché finalizzata a dar conto dell'esistenza di altri interessi e bisogni – sempre appunto di natura procedimentale – che, non potendo trovare soddisfazione nello schema legislativo, possono essere tutelati solo dall'intervento pattizio<sup>(48)</sup>.

<sup>(46)</sup> Cfr. G. BENEDETTI, *op. ult. cit.*, p. 34 s. e p. 64 ss., spec. p. 70 s. e p. 76 ss.; S. MAZZAMUTO, *Dottrine dell'autonomia privata dall'Italia all'Europa*, cit., p. 599 s.; ID., *Il contratto di diritto europeo*, cit., p. 71 s.

<sup>(47)</sup> E, in effetti, ciò è puntualmente accaduto con la regolamentazione del pegno «non possessorio», sui cui riflessi sistematici cfr. E. GABRIELLI, *Pegno «non possessorio» e teoria delle garanzie mobiliari*, in *R. d. comm.*, 2017, II, p. 265 ss.; A. CHIANALE, *Il pegno non possessorio su beni determinati*, in questa *Rivista*, 2019, p. 973 ss.; V. CONFORTINI, *Primato del credito*, Napoli 2020, p. 175 ss.; M. MAGGIOLO, *Pegno non possessorio e pegno possessorio su quote di S.r.l.: i beni mobili registrati opponibili*, in *G. comm.*, 2023, I, p. 921 ss.

<sup>(48)</sup> Cfr., in ordine alla rilevanza procedimentale della mancata sottoscrizione del contratto-quadro da parte dell'investitore, Cass. civ., sez. un., 16 gennaio 2018, n. 898, in *F. it.*, 2018, I, cc. 928 e 1283, con note di C. MEDICI, *Contratti di investimento mono-firma: l'avallo delle Sezioni unite*; L. MODICA, *Il volto crudele, ma autentico, del formalismo «informativo»*; e G. LA ROCCA, *«Interessi contrapposti» e «conseguenze opportunistiche» nella sentenza delle Sezioni unite sulla sottoscrizione del contratto*; in *G. it.*, 2018, p. 568, con

In questa prospettiva, la riflessione di Benedetti conserva piena attualità, perché non può essere superata dalla generica affermazione del fatto che l'autonomia privata sia idonea a modificare gli schemi normativi di formazione del contratto, rivelandosi al contrario capace di impegnare l'interprete ad una riflessione più articolata, che prenda in esame una «meritevolezza procedimentale» ancora suscettibile di più ampi sviluppi argomentativi.

Analoga prudenza deve essere quindi mantenuta verso il favore espresso recentemente da parte attenta della dottrina nei confronti di una «procedimentalizzazione» del diritto privato<sup>(49)</sup> o, quantomeno, di una analisi procedurale che, muovendo dagli atti di autonomia e traendo elementi di somiglianza dal processo, possa indurre a dar conto dell'intero ciclo dell'efficacia prestando attenzione alla dinamicità correlata all'attuazione degli obiettivi perseguiti dalle parti, al fine di addivenire alla formulazione di una «giustizia» già insita nel rispetto della procedura, invece che dare fondamento a una concezione di giustizia contrattuale nella quale si prenda atto della circostanza che il rispetto delle disposizioni sulla procedura serve a garantire che nei regolamenti riservati all'autonomia delle parti vi sia il principale requisito della giustificazione del loro carattere vincolante alla stregua dell'ordinamento e che – persino quando tutti gli elementi contenutistici siano già predeterminati dall'ordinamento o da un precedente negozio vincolante – l'adozione del regolamento sia voluta dalle parti<sup>(50)</sup>.

---

note di A. DI MAJO, *Contratto di investimento mobiliare: il «balletto» delle forme*; C. COLOMBO, *La forma dei contratti-quadri di investimento: il responso delle Sezioni unite*; e M. TICOZZI, *Il contratto mono-firma: forma del contratto e nullità di protezione*; in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2018, II, p. 267, con note di A. MIRONE, *Le Sezioni unite e il contratto c.d. mono-firma*; e di M.L. CHIARELLA, *Le Sezioni unite e l'essenza della forma nei contratti-quadri d'investimento*; in *Nuova g. civ. comm.*, 2018, p. 668, con nota di A. DALMARTELLO, *La forma dei contratti di investimento nel canone delle Sezioni unite: oltre il contratto mono-firma*; in *Contratti*, 2018, p. 133, con note di G. D'AMICO, *La «forma» del contratto-quadro ex art. 23 t.u.f. non è prescritta «ad substantiam actus»*; e S. PAGLIANTINI, *Forma o modalità di un'informazione materializzata? Le S.U. e un'interpretazione normalizzatrice dell'art. 23 t.u.f.*; in *Corr. giur.*, 2018, p. 929, con nota di S. GUADAGNO, *Le S.U. sui contratti c.d. mono-firma: la forma dei contratti asimmetrici*; e in *Le società*, 2018, p. 481, con nota di R. NATOLI, *Una decisione non formalistica sulla forma: per le Sezioni unite il contratto-quadro scritto, ma non sottoscritto da entrambe le parti, è valido*.

<sup>(49)</sup> Cfr. A.M. BENEDETTI, *Il diritto privato nella prospettiva del procedimento*, cit., p. 17 ss., spec. p. 18 s.

<sup>(50)</sup> In questo senso pare debbano essere intese le riflessioni F. RICCI, *Procedimento, processo e giustizia procedurale nell'esercizio dell'autonomia privata*, cit., p. 146 ss., spec. p. 164 ss.; ID., *Giustizia procedurale e contratto giusto*, cit., p. 395 ss., spec. p. 400 ss., per il quale, in realtà, il rispetto delle regole procedurali non preclude ogni valutazione del contenuto da parte dell'ordinamento e non esclude ogni manipolazione degli effetti del regio-

Con riguardo all'accesso dibattito dottrinale in ordine alla sopravvivenza della fattispecie quale schema concettuale utile alla comprensione del fenomeno giuridico<sup>(71)</sup>, tali posizioni rischiano di risolversi nella mera sostituzione del «procedimento» al concetto ormai inadeguato di fattispe-

---

lamento contrattuale alla stregua di parametri eteronomi, bensì ogni violazione delle regole di procedura volte a garantire la volontarietà degli atti di autonomia deve dare luogo ad un congruo rimedio contrattuale, perché sarebbe ingiusto trattare come espressione di autonomia un regolamento che non si può dire adottato volontariamente.

<sup>(71)</sup> Avviato da N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *R. d. proc.*, 2014, p. 41 ss.; ID., *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in questa *Rivista*, 2014, p. 36 ss.; ID., *Un diritto incalcolabile*, *ivi*, 2015, p. 11 ss.; ID., *Capitalismo e calcolabilità giuridica (letture e riflessioni)*, in *R. soc.*, 2015, p. 801 ss.; ID., *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in *R. d. proc.*, 2016, p. 917 ss. (tutti questi scritti sono altresì raccolti in ID., *Un diritto incalcolabile*, Torino 2016); ID., *I 'cancelli delle parole': intorno a regole, principi, norme*, Napoli 2015, p. 1 ss., al dibattito hanno variamente preso parte A. CATAUDELLA, *Nota breve sulla «fattispecie»*, in questa *Rivista*, 2015, p. 247 ss.; e in *Prospettive e limiti dell'autonomia privata. Studi in onore di Giorgio De Nova*, a cura di G. Gitti - F. Delfini - D. Maffei, I, Milano 2015, p. 643 ss.; F. RICCI, *I principi e le clausole generali nel sincretismo dei metodi giuridici*, in *Scritti in onore di Nicola Picardi*, a cura di A. Briguglio - R. Martino - A. Panzarola - B. Sassani, Pisa 2016, p. 2175 ss.; ID., *La rinascita del caso sulle ceneri delle leggi precise: considerazioni sulla crisi della fattispecie*, in *Principi, clausole generali, argomentazioni e fonti del diritto*, a cura di F. Ricci, Milano 2019, p. 851 ss.; N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano 2017, p. 150 ss.; C. CAMARDI, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, Torino 2017, spec. p. 60 ss.; F. PIRAINO, *Buona fede, ragionevolezza e «efficacia immediata» dei principi*, Napoli 2017, p. 57 ss.; P. PERLINGIERI, *I principi giuridici tra pregiudizi, diffidenza e conservatorismo*, in *Ann. SISDIC*, (1) 2017, p. 1 ss.; P. GROSSI, *Dalle «clausole» ai «principii»: a proposito dell'interpretazione come invenzione*, in *Giust. civ.*, 2017, p. 5 ss.; G. D'AMICO, *Appunti per una dogmatica dei principi*, in *Liber amicorum Pietro Rescigno in occasione del novantesimo compleanno*, I, Napoli 2018, p. 689 ss.; e in G. D'AMICO - S. PAGLIANTINI, *L'armonizzazione degli ordinamenti dell'Unione europea tra principi e regole. Studi*, Torino 2018, p. 1 ss.; ID., *L'insostituibile leggerezza della fattispecie*, in *Giust. civ.*, 2019, p. 32 ss.; G. PERLINGIERI, *Portalis e i «miti» della certezza del diritto e della c.d. «crisi» della fattispecie*, *cit.*, p. 23 ss.; M. ZACCHEO, *Valori e principi*, in *Pers. merc.*, 2019, p. 86 ss.; ID., *Principi generali e obbligazioni*, in *Nuovo dir. civ.*, 3, 2019, p. 5 ss.; A. ZACCARIA, *Il diritto privato europeo nell'epoca del post-postmodernismo*, in questa *Rivista*, 2020, p. 1 ss.; M. ORLANDI, *Gnoseologia della fattispecie*, in *Quest. giust.*, 2020, p. 95 ss.; ID., *Del significare*, in ID., *Del significare. Saggi sulla interpretazione giuridica*, Torino 2020, p. 5 ss., spec. p. 32 ss.; ID., *Introduzione alla logica giuridica*, Bologna 2021, p. 150 ss.; P. FEMIA, *Principi e clausole generali. Tre livelli di indistinzione*, Napoli 2021, p. 17 ss.; L. NIVARRA, *«Dentro» e «fuori». Lo strano caso delle clausole e dei principi generali*, in *Eur. d. priv.*, 2022, p. 59 ss. Non sembra partecipare realmente all'essenza di questo dibattito S. ORLANDO, *Le figure sintomatiche del diritto privato*, in *Pers. merc.*, 2019, p. 131 ss.; e in *Liber amicorum per Giuseppe Vettori*, a cura di G. Passagnoli - F. Addis - G. Capaldo - A. Rizzi - S. Orlando, Firenze 2022, p. 2587 ss., il quale sviluppa una riflessione che, anche quando lo porta a evocare la «crisi della fattispecie», sostanzialmente rimane all'interno del quadro concettuale elaborato in ID., *Fattispecie, comportamenti, rimedi. Per una teoria del fatto dovuto*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 2011, p. 1033 ss., dove trova svolgimento un'argomentazione volta a dare maggiore consapevolezza nell'impiego della teoria della fattispecie, che l'autore propone di rileggere alla luce dei comportamenti dovuti.

cie, senza, tuttavia, valorizzare fino in fondo le differenze metodologiche che contraddistinguono il ricorso ai due schemi argomentativi e dimenticando, in particolare, che di procedimento ha senso parlare solo con riferimento al carattere transitorio e momentaneo degli interessi e bisogni presi in esame dall'interprete nell'analisi della sequenza costitutiva. Ove riferito a questioni specificamente inerenti alla fase esecutiva del contratto o alla sua «giustizia» contenutistica, anche se proiettata nel tempo, non credo che il ricorso al procedimento possa realmente contribuire alla formulazione di risposte divergenti rispetto a quelle già assicurate dal richiamo al rapporto contrattuale e alle sue vicende<sup>(52)</sup>.

Escludo, inoltre, che il procedimento possa aiutare all'individuazione di quella fattispecie «a posteriori» che, nonostante le critiche ricevute, continuo a ritenere essenziale momento di verifica dogmatica dell'argomentazione per principi<sup>(53)</sup>.

Non si tratta, infatti, di enucleare interessi e bisogni momentanei e specificamente inerenti al processo di formazione della regola di condotta, bensì, più esattamente, di sottoporre il principio ad una valutazione casistica vincolante, correlata alla verifica dell'adeguatezza e della reiterabilità dell'argomentazione che lo ha utilizzato.

D'altra parte, in termini più generali, ormai la non più giovanissima età mi ha indotto a maturare alcune considerazioni di saggezza. I concetti servono per quello che sono in grado di dare in termini di soluzioni.

Benedetti trae il termine procedimento dagli studi del diritto amministrativo, ma compie, a ben vedere, una mera mutuazione linguistica, della

(52) Cfr. M. ALLARA, *La teoria generale del contratto*<sup>2</sup>, Torino 1955, p. 25 ss.; ID., *Le nozioni fondamentali del diritto civile*<sup>3</sup>, I, Torino 1958, p. 158 ss., spec. p. 171 ss.; ID., *Pagine di teoria delle vicende del rapporto giuridico*, a cura di C. Sarasso, Torino 1983, p. 5 ss.; ID., *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, rist. a cura di N. Irti, Torino 1999, p. 19 ss.; N. IRTI, *La teoria delle vicende del rapporto giuridico*, in M. ALLARA, *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, cit., p. 3 ss., spec. p. 7; e in questa *Rivista*, 1999, I, p. 411 ss., spec. p. 414; P. PERLINGIERI, *Il rapporto giuridico nel sistema di Mario Allara*, in *Rass. d. civ.*, 2004, p. 138 ss.; e in ID., *Giuristi e loro opere*, cit., p. 318 ss.

(53) Sia consentito il rinvio a F. ADDIS, *Sulla contrapposizione tra norme e principi*, in *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, Atti del Convegno dell'Unione dei privatisti, Roma, Università degli Studi di Roma Tre, 30 ottobre 2015, a cura di S. Mazzamuto - L. Nivarra, Torino 2016, p. 219 ss.; ID., *Sulla distinzione tra norme e principi*, in *Eur. d. priv.*, 2016, p. 1019 ss.; ID., *Il valore «normativo» dei principi*, in *Liber amicorum per Bruno Troisi*, a cura di C. Cicero - G. Perlingieri, I, Napoli 2017, p. 1 ss.; ID., *Argomentazione «per principi» e individuazione della fattispecie «a posteriori»*, in *Jus Brixiae et alibi. Scritti scelti offerti ad Alberto Sciumè*, a cura di A.A. Cassi - E. Fusar Poli, Torino 2022, p. 205 ss.; e, in senso critico, cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, II, cit., p. 218 s.; M. ORLANDI, *Introduzione alla logica giuridica*, cit., p. 151 s. e 207 s., testo e nt. 218.

quale non si può quindi esagerare la portata semantica oltre il limite stesso della sfocata similitudine, anche per quanto attiene alla correlata contrapposizione alla fattispecie<sup>(54)</sup>.

Mi sembra doveroso trarre dalla sua riflessione anche questo insegnamento metodologico, ispirato alla cautela e diretto ad istituire similitudini esclusivamente quando sia possibile identificare logiche di interesse dotate di margini di somiglianza apprezzabili. Il perseguimento di intenti assolutistici e totalizzanti, invece, induce a prediligere discorsi con agganci puramente linguistici e semantici, che possono portare a pericolosi fraintendimenti.

---

<sup>(54)</sup> Cfr. G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., p. 38 s., testo e nt. 32 e 60 s., testo e nt. 77.

CARLO ATTANASIO (\*)

Ricercatore nell'Università di Sassari

## INADEMPIMENTO DELLO *SMART CONTRACT*, SISTEMA RIMEDIALE E TUTELA EFFETTIVA

SOMMARIO: 1. L'immutabilità e la *self-enforceability* dello *smart contract* fra pregi e difetti. – 2. Il (possibile) inadempimento dello *smart (legal) contract* e l'insufficienza dell'attuale sistema rimediale. – 3. Oltre i limiti della immodificabilità e della irreversibilità dello *smart contract*. – 4. La preventiva programmazione dei rimedi nello *smart contract (code)*. Osservazioni conclusive.

1. – L'immodificabilità e l'esecuzione automatizzata sono senz'altro due delle più importanti caratteristiche che possono ascriversi allo *smart contract* <sup>(1)</sup>. Difatti, nel momento in cui il codice informatico viene inserito

---

(\*) Il contributo costituisce una rielaborazione, corredata di note, della comunicazione «L'inadempimento dello *smart contract*: prospettive rimediali», presentata al III Congresso Internacional de Derecho Civil Ivs Civile Salmanticense – SISDiC, intitolato «Modernización de la teoría general de las obligaciones y contratos», tenutosi a Salamanca il 9 e 10 maggio 2024.

<sup>(1)</sup> Ai fini della presente indagine considereremo quali *smart (legal) contracts* sia quei contratti che si concludono e si eseguono direttamente su una *blockchain*, sia quelli che, pur essendo conclusi tradizionalmente, siano eseguiti in tutto o in parte su di essa, attraverso la trascrizione sulla *chain* del relativo codice informatico [*smart contract (code)*]. All'interno del suddetto codice sono descritte le condizioni (verificabili sia all'interno del registro distribuito, sia all'esterno) in presenza delle quali si produrranno – in via del tutto automatizzata – determinati effetti parimenti prestabiliti.

Per un inquadramento generale del fenomeno degli *smart contracts* cfr.: I. MARTONE, *Gli smart contracts. Fenomenologia e funzioni*, Napoli 2022; M.R. MAUGERI, *Smart contracts e disciplina dei contratti*, Bologna 2021, spec. capp. I, II, III e IV; A. STAZI, *Automazione contrattuale e "contratti intelligenti"*. *Gli smart contracts nel diritto comparato*, Torino 2019, spec. capp. III e IV.

Tra i contributi non monografici si vedano, oltre alle ulteriori indicazioni bibliografiche citate nel prosieguo e senza alcuna pretesa di esaustività: S.A. CERRATO, *Contratti tradizionali, diritto dei contratti e smart contract*, in *Blockchain e smart contract. Funzionamento, profili giuridici e internazionali, applicazioni pratiche*, a cura di R. Battaglini - M.T. Giordano, Milano 2019, p. 273 ss.; P. CUCCURU, *Blockchain ed automazione contrattuale. Riflessioni sugli smart contract*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2017, p. 107 ss.; A. D'ADDA, *Smart contract e diritto generale dei contratti*, in *Oss. dir. civ. comm.*, Fascicolo Speciale, settembre 2022, p. 105 ss.; F. DELFINI, *Blockchain, Smart Contracts e innovazione tecnologica: l'informatica e il diritto dei contratti*, in *R. dir. priv.*, 2019, p. 167 ss.; D. DI SABATO, *Gli smart contracts: robot*

all'interno della *blockchain* – e, dunque, distribuito a tutti i nodi – risulta estremamente difficile, se non potenzialmente impossibile, procedere ad una sua modifica<sup>(2)</sup>. Inoltre, una volta verificatosi il c.d. *trigger event*, ossia quel determinato evento, interno o esterno alla *chain*, indicato nel codice, si produrrà ineluttabilmente il prestabilito effetto ad esso collegato, secondo la logica condizionale *if-then*, posto che l'esecuzione del contratto intelligente è del tutto sottratta alla volontà (e all'azione) delle parti<sup>(3)</sup>.

Per ciò che concerne, più nello specifico, il carattere dell'immutabilità dello *smart contract*, si osserva certamente che quantunque, da un lato, esso garantisca un alto livello di certezza della circolazione dei traffici giuridici e commerciali<sup>(4)</sup>, dall'altro lato peccchi di eccessiva rigidità (o, se si vuole, di limitata flessibilità), in quanto preclude l'adattamento del contratto intelligente a eventuali circostanze sopravvenute che possano incidere sul medesimo<sup>(5)</sup>. Conseguentemente, lo strumento dello *smart contract* non appare in grado – per sua natura – di offrire una risposta adeguata al problema delle sopravvenienze contrattuali<sup>(6)</sup>. In realtà, parte

*che gestiscono il rischio contrattuale*, in *Contratto e impr.*, 2017, p. 378 ss.; M. GIACCAGLIA, *Considerazioni su Blockchain e smart contracts (oltre le criptovalute)*, in *Contratto e impr.*, 2019, p. 941 ss.; M. GIULIANO, *La blockchain e gli smart contracts nell'innovazione del diritto nel terzo millennio*, in *Dir. inf.*, 2018, p. 989 ss.; A.U. JANSSEN - F.P. PATTI, *Demistificare gli smart contracts*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2020, p. 31 ss.; M.R. MAUGERI, voce *Smart contracts*, in *Enc. dir. – I tematici*, I, *Il contratto*, 2021, p. 1132 ss.; L. PAROLA - P. MERATI - G. GAVOTTI, *Blockchain e smart contract: questioni giuridiche aperte*, in *Contratti*, 2018, p. 681 ss.; G. REMOTTI, *Blockchain smart contract. Un primo inquadramento*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2020, p. 189 ss.; G. RINALDI, *Smart contract: meccanizzazione del contratto nel paradigma della blockchain*, in *Diritto e intelligenza artificiale*, a cura di G. Alpa, Pisa 2020, p. 343 ss.

<sup>(2)</sup> Si veda sul punto M. GIANCASPRO, *Is a 'smart contract' really a smart idea? Insights from a legal perspective*, in *Computer Law & Security Review*, June 2017, p. 14; nel medesimo senso anche A. Stazi, *Automazione contrattuale e "contratti intelligenti". Gli smart contracts nel diritto comparato*, cit., p. 176 s., nonché G. RINALDI, *Smart contract: meccanizzazione del contratto nel paradigma della blockchain*, cit., p. 362.

<sup>(3)</sup> Cfr. per tutti P. DE FILIPPI - A. WRIGHT, *Blockchain and the law: the rule of code*, Cambridge (MA) 2018, p. 75, i quali pongono in esponente come «[...] there may not be a way to halt the execution of a smart contract after it has been triggered by the relevant parties. Once the wheels of a smart contract are put into motion, the terms embodied in the code will be executed, and they cannot be stopped [...]», nonché T. CUTTS, *Smart Contracts and Consumers*, in *LSE Law, Society and Economy Working Papers*, 1, 2019, p. 39, disponibile su SSRN: <https://papers.ssrn.com/abstract=3354272> (consultato il 4 giugno 2024).

<sup>(4)</sup> Così espressamente E. MAIO, *La gestione dell'inadempimento contrattuale negli smart contract*, in *Act. Jur. Iberoam.*, 2022, p. 1340.

<sup>(5)</sup> I contraenti, allora, sarebbero intrappolati nel regolamento di interessi preventivamente concordato o riportato nel *code*, essendo loro preclusa ogni possibilità di modifica a fronte di circostanze sopravvenute. Per I. MARTONE, *Gli smart contracts. Fenomenologia e funzioni*, cit., p. 165, le parti sarebbero "vittime" del vincolo che hanno contribuito a creare.

<sup>(6)</sup> Per un approfondimento sul tema delle sopravvenienze cfr., ad esempio, D. SAN-

della dottrina ha individuato proprio nella figura in discorso «uno strumento per rendere più agevole l'attuazione dell'interesse dei contraenti ad adottare un regolamento contrattuale flessibile e facilmente adattabile alle circostanze e alle esigenze contingenti» (7), muovendo dal fatto che all'interno dello *smart contract (code)* sarebbe possibile inserire «un'innumerabile varietà di eventi tradott[i] nella formula *if-then*» (8), ciò che condurrebbe alla neutralizzazione del rischio insito nelle sopravvenienze, ben potendo queste ultime essere prese in considerazione, almeno astrattamente, nel codice informatico.

Ciononostante, se pur è vero che all'interno del codice possono potenzialmente trovare collocazione una serie pressoché infinita di clausole *if-then*, è altrettanto vero che una soluzione siffatta farebbe gravare sulle parti l'onere di predeterminare puntualmente nel *code* i possibili accadimenti che potrebbero sopravvenire, al fine di regolarne in via preventiva le conseguenze. Difatti, mentre gli eventi non espressamente contemplati nel codice saranno completamente ignorati dal *software* (9), soltanto le circostanze sopravvenute concretamente prospettate dalle parti, al momento della predisposizione del codice informatico, potranno avvalersi di un rimedio (10). Pertanto, resterebbero necessariamente esclusi da tale possibilità quegli eventi che siano per loro natura imprevedibili e straordinari (e che, dunque, legittimerebbero la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta, ai sensi dell'art. 1467 c.c.). Ne deriva allora che i rischi relativi al verificarsi di eventi imprevedibili, nonché di eventi che, seppur astrattamente prevedibili, non siano stati concretamente ricompresi

TARPIA, *La sopravvenienza tra costruzione del regolamento contrattuale ed esecuzione del contratto*, Napoli 2023; E. TUCCARI, *Soppravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, Padova 2018; E. AL MUREDEN, *Le sopravvenienze. Tra lacune normative e ricostruzioni degli interpreti*, Padova 2004.

(7) D. DI SABATO, *Gli smart contracts: robot che gestiscono il rischio contrattuale*, cit., p. 386.

(8) D. DI SABATO, *Gli smart contracts: robot che gestiscono il rischio contrattuale*, cit., p. 388, (corsivo nel testo dell'Autrice). Similmente v. anche A.M. BENEDETTI, *Contratto, algoritmi e diritto civile transnazionale: cinque questioni e due scenari*, in questa *Rivista*, 2021, p. 421 s.

(9) Cfr. in proposito A.U. JANSSEN - F.P. PATTI, *Demistificare gli smart contracts*, cit., p. 39, i quali precisano come, in assenza di specifica (preventiva) programmazione, gli *smart contracts* non contemplano gli eventi che possono rilevare come sopravvenienze. Si veda altresì D. FAUCEGLIA, *Il problema dell'integrazione dello smart contract*, in *Contratti*, 2020, p. 603, il quale avverte come gli eventi che fuoriescono dallo spettro di prevedibilità delle parti «vengono ignorati dal *software* che autoesegue i codici in esso inseriti [...]» (corsivo dell'Autore).

(10) In questo senso si esprime A. D'ADDA, *Smart contract e diritto generale dei contratti*, cit., p. 107.

nel codice in fase di programmazione, ricadranno inevitabilmente sul debitore<sup>(11)</sup>.

Anche l'auto-esecuzione (o esecuzione automatizzata), come sopra accennata, è considerata uno dei principali pregi connessi al funzionamento dello *smart contract*<sup>(12)</sup>. L'inevitabilità dell'esecuzione della prestazione, una volta innescato il contratto intelligente, escluderebbe che le parti possano spontaneamente decidere di non adempiere<sup>(13)</sup>, sfuggendo l'esecuzione stessa al controllo e al volere di queste. Perderebbe così ogni rilevanza la fiducia che, nel sistema tradizionale, una parte deve riporre sull'adempimento della prestazione ad opera dell'altra; in altri termini, lo *smart contract* dipingerebbe un sistema basato sull'assenza, in quanto non necessaria, della fiducia (c.d. *trustless trust system*)<sup>(14)</sup>.

Una diretta conseguenza della *self-enforceability* dello *smart contract* è certamente quella di garantire una maggiore certezza e sicurezza nella realizzazione dello scambio<sup>(15)</sup>, con conseguente riduzione dei costi transattivi *ex post*, dovuti a una connaturata diminuzione della litigiosità e del

(11) A tal proposito, è stato richiamato in dottrina il principio dell'autoresponsabilità del debitore. Per gli eventi prevedibili e non riportati nel *code*, tale richiamo si giustificerebbe in quanto sarebbe proprio costui ad essere nella miglior posizione per individuare possibili eventi che precludano l'esecuzione (corretta) della prestazione e adottare le più adeguate misure precauzionali [v. E. TJONG TJIN TAI, *Force Majeure and Excuses in Smart Contracts*, in *Tilburg Private Law Working Paper Series*, Paper No. 10/2018, p. 13, disponibile su SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3183637> (consultato il 4 giugno 2024)]; per gli eventi imprevedibili, invece, l'autoresponsabilità del debitore entrerebbe in gioco poiché è questi a scegliere consapevolmente di utilizzare una modalità di conclusione e/o esecuzione del contratto che non ammette un rimedio efficace per le sopravvenienze e, dunque, si accollerebbe i rischi dell'incerto. Cfr., in proposito, A. STAZI, *Automazione contrattuale e "contratti intelligenti"*. *Gli smart contracts nel diritto comparato*, cit., p. 181.

(12) A.U. JANSSEN - F.P. PATTI, *Demistificare gli smart contracts*, cit., p. 40 s.; E. TJONG TJIN TAI, *Force Majeure and Excuses in Smart Contracts*, cit., p. 4.

(13) Tale decisione, come osservano B. MARINO - A. JUELS, *Setting standards for altering and undoing smart contracts*, in *Rule Technologies. Research, Tools, and Applications*, a cura di J.J. Alferes - L. Bertossi *et al*, Berlin 2016, p. 152, sarebbe impossibile o, comunque, eccessivamente dispendiosa, se non addirittura proibitiva, per il potenziale inadempiente. Cfr., nello stesso senso, P. CUCCURU, *Blockchain ed automazione contrattuale. Riflessioni sugli smart contract*, cit., p. 112, per il quale «L'architettura della blockchain non lascia, per suo stesso disegno strutturale, spazio alla volontaria violazione delle condizioni stabilite», questo perché la garanzia e l'effettività dell'esecuzione deriverebbe in via diretta dal *code layer*.

(14) Cfr. *ex multis*: P. CUCCURU, *Blockchain ed automazione contrattuale. Riflessioni sugli smart contract*, cit., p. 111; T. CUTTS, *Smart Contracts and Consumers*, cit., p. 3; A.U. JANSSEN - F.P. PATTI, *Demistificare gli smart contracts*, cit., p. 42; G. RINALDI, *Smart contract: meccanizzazione del contratto nel paradigma della blockchain*, cit., p. 354.

(15) P. CUCCURU, *Blockchain ed automazione contrattuale. Riflessioni sugli smart contract*, cit., p. 111 s. Il riferimento alla certezza dello scambio è presente anche in E. BIVONA, *Smart contracts e "interferenze" con la disciplina sui contratti: il sistema dei rimedi alla prova*

contenzioso<sup>(16)</sup>. In altri e più semplici termini, il contratto intelligente, in quanto caratterizzato da una esecuzione automatizzata delle prestazioni incorporate nel *code* (sottratta al dominio dei contraenti), escluderebbe in radice<sup>(17)</sup>, o quantomeno attenuerebbe significativamente, il rischio stesso dell'inadempimento dei termini contrattuali<sup>(18)</sup>.

Eppure, se si ammette che lo *smart contract* innestato su una *blockchain* si eseguirà inevitabilmente al verificarsi dell'evento prestabilito, non potendo le parti provvedere ad una sua modifica *in itinere*, ciò comporta che l'assetto di interessi cristallizzato nel *code* troverà sempre e comunque attuazione, anche se diretto a realizzare effetti non compatibili o finanche disapprovati dall'ordinamento. Il tema della (ineludibile) esecuzione dello *smart (legal) contract* mette dunque a nudo il problema della sua giustiziabilità<sup>(19)</sup> e della correlata incidenza sul sistema dei rimedi<sup>(20)</sup>.

In particolare, non sarebbe tanto in discussione la possibilità di ricorrere ai rimedi giudiziali *ex post*<sup>(21)</sup>, anche se questi – con le dovute

*degli algoritmi*, in *Pers. merc.*, 2021, p. 789, nonché in G. CASTELLANI, *Smart contracts e profili di diritto civile*, su *comparazionediritto.civile.it*, p. 8.

<sup>(16)</sup> Si vedano sul punto, ad esempio, A.M. BENEDETTI, *Contratto, algoritmi e diritto civile transnazionale: cinque questioni e due scenari*, cit., p. 421; D. DI SABATO, *Gli smart contracts: robot che gestiscono il rischio contrattuale*, cit., p. 398; L. PAROLA - P. MERATI - G. GAVOTTI, *Blockchain e smart contract: questioni giuridiche aperte*, cit., p. 684.

<sup>(17)</sup> In questo senso cfr., ad esempio, C. PERNICE, *Smart contract e automazione contrattuale: potenzialità e rischi della negoziazione algoritmica nell'era digitale*, in *Dir. merc. ass. fin.*, 2019, spec. p. 134, la quale discorre recisamente di impossibilità dell'inadempimento a fronte dell'automazione esecutiva dello *smart contract*.

<sup>(18)</sup> Sull'esclusione o, comunque, significativa riduzione del rischio di inadempimento nell'ambito dei contratti intelligenti cfr. tra i tanti: I.A. CAGGIANO, *Il contratto nel mondo digitale*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2018, p. 1154 s.; S.A. CERRATO, *Contratti tradizionali, diritto dei contratti e smart contract*, cit., p. 311; F. DELFINI, *Blockchain, Smart Contracts e innovazione tecnologica: l'informatica e il diritto dei contratti*, cit., p. 177; E.W. DI MAURO, *Smart Contracts Operating on Blockchain: Advantages and Disadvantages*, in *The Italian Law Journal*, 2019, p. 121; M. GIACCAGLIA, *Considerazioni su Blockchain e smart contracts (oltre le criptovalute)*, cit., p. 958.

<sup>(19)</sup> Evidenziano un problema di giustiziabilità dello *smart contract*, ad esempio, G. CASTELLANI, *Smart contracts e profili di diritto civile*, cit., p. 13; T. CUTTS, *Smart Contracts and Consumers*, cit., p. 3; M. GIACCAGLIA, *Considerazioni su Blockchain e smart contracts (oltre le criptovalute)*, cit., p. 960.

<sup>(20)</sup> Cfr. E. BIVONA, *Smart contracts e "interferenze" con la disciplina sui contratti: il sistema dei rimedi alla prova degli algoritmi*, cit., p. 789, la quale afferma chiaramente che l'immodificabilità del contenuto dello *smart contract*, l'automaticità dell'adempimento e l'irreversibilità degli esiti che ne scaturiscono, interferiscono necessariamente con il sistema dei rimedi. Nel medesimo senso anche A. D'ADDA, *Smart contract e diritto generale dei contratti*, cit., p. 112.

<sup>(21)</sup> In effetti, il sistema descritto dagli *smart contracts* non deve intendersi come necessariamente alternativo rispetto alle tradizionali tutele offerte dall'ordinamento. In que-

precisazioni<sup>(22)</sup> – paiono limitarsi a quelli risarcitorio e restitutorio<sup>(23)</sup>, quanto piuttosto la possibilità per le parti di evitare o ritardare, in via di autotutela, l'adempimento eccedendo la causa della patologia contrattuale<sup>(24)</sup>.

Sotto questo aspetto, dunque, lo *smart contract* opererebbe, quanto ai suoi effetti, similmente ad una clausola *solve et repete*<sup>(25)</sup>, impedendo però non solo l'esercizio delle eccezioni dilatorie di cui agli artt. 1460 e 1461 c.c., ma anche quelle di nullità, di annullabilità e rescissione. Si pone dunque, almeno astrattamente, un problema di compatibilità del meccanismo di funzionamento dello *smart contract* con il dettato della norma inderogabile di cui all'art. 1462 c.c., nella parte in cui si afferma l'inefficacia della clausola in oggetto quando sia diretta a precludere l'esercizio delle eccezioni di invalidità del contratto. Tuttavia, è d'uopo rimarcare come dalla scelta delle parti di avvalersi di un contratto intelligente non possa necessariamente inferirsi una manifestazione di volontà tacita delle stesse, volta a comprimere la facoltà di opporre le suddette eccezioni<sup>(26)</sup>. Inoltre, se nella clausola *solve et repete* l'improponibilità delle eccezioni volte a ritardare o evitare l'adempimento si configura quale scopo diretto e principale, nello *smart contract*, invece, tale effetto è esclusivamente indiretto e collaterale, dovuto – su un piano meramente fattuale – all'articolarsi del suo funzionamento<sup>(27)</sup>. Tanto basterebbe, allora, per considerare disinnescato in radice il supposto problema della compatibilità dello *smart*

---

sto senso cfr. G. RINALDI, *Smart contract: meccanizzazione del contratto nel paradigma della blockchain*, cit., p. 354.

<sup>(22)</sup> Si veda *infra* il par. 3.

<sup>(23)</sup> I. MARTONE, *Gli smart contracts. Fenomenologia e funzioni*, cit., p. 174 s.; M.R. MAUGERI, *Smart contracts e disciplina dei contratti*, cit., p. 66 s.; A. STAZI, *Automazione contrattuale e "contratti intelligenti"*. *Gli smart contracts nel diritto comparato*, cit., p. 184.

<sup>(24)</sup> In proposito si veda G. CASTELLANI, *Smart contracts e profili di diritto civile*, cit., p. 13.

<sup>(25)</sup> Su tale similitudine si vedano, ad esempio, E. BIVONA, *Smart contracts e "interferenze" con la disciplina sui contratti: il sistema dei rimedi alla prova degli algoritmi*, cit., p. 789; G. CASTELLANI, *Smart contracts e profili di diritto civile*, cit., p. 8; A. D'ADDA, *Smart contract e diritto generale dei contratti*, cit., p. 110; D. DI SABATO, *Gli smart contracts: robot che gestiscono il rischio contrattuale*, cit., p. 401; I. MARTONE, *Gli smart contracts. Fenomenologia e funzioni*, cit., p. 172.

<sup>(26)</sup> In senso contrario, invece, cfr. M. GIACCAGLIA, *Considerazioni su Blockchain e smart contracts (oltre le criptovalute)*, cit., p. 962, nt. 87, secondo cui «[...] si potrebbe ritenere legittimo, in quanto rientrante nell'alveo della autonomia contrattuale e del principio di auto-responsabilità, che le parti che affidano allo *smart contract* l'esecuzione dell'accordo stipulato, implicitamente rinunciano ad esperire i rimedi preventivi, riservandosi, eventualmente, di agire in un momento successivo» (corsivo dell'Autore).

<sup>(27)</sup> Per tale condivisibile prospettiva cfr. T. PELLEGRINI, *Prestazioni auto-esecutive. Smart contract e dintorni*, in *Comp. dir. civ.*, 2019, p. 862, il quale, conseguentemente,

*contract* con l'art. 1462 c.c., dovendosi escludere pertanto una possibile contrarietà alla legge dello strumento *de quo* <sup>(28)</sup>.

Ad ogni buon conto, proprio il tema della (inevitabile) esecuzione automatizzata dello *smart (legal) contract* invalido, alla luce soprattutto dell'insufficiente apparato dei rimedi giudiziari *ex post* <sup>(29)</sup>, ha spinto gli studiosi verso la ricerca di una soluzione volta al recupero della legalità *ex ante* del contratto. Per tale motivo, è stato proposto, ad esempio, il ricorso a taluni *software* in grado di vagliare preventivamente il *code* dello *smart contract*, al fine di individuare la parte invalidante e modificarla automaticamente, rendendola conforme alla legge, attraverso un meccanismo che ricorda, per certi versi, la sostituzione automatica delle clausole nulle, ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 1339 e 1419, comma 2°, c.c. <sup>(30)</sup>. La questione è, in ogni caso, lungi dall'essere definitivamente risolta e il dibattito è, sul punto, ancora aperto.

2. – L'affermazione secondo cui la *self-enforceability* del contratto intelligente escluderebbe il rischio di inadempimento può a ben vedere condividersi (parzialmente) solo in relazione agli *smart contracts* completamente e totalmente integrati in *blockchain*. Solo in queste ipotesi, infatti, la fase esecutiva risulta integralmente automatizzata <sup>(31)</sup>, mentre tutte le informazioni circa l'avveramento delle condizioni che innescano il contrat-

ritiene che – a differenza della clausola *solve et repete* – nell'ambito dello *smart contract* la logica «pretesa-eccezione» sia messa fuori gioco.

<sup>(28)</sup> In senso parzialmente diverso, però, si veda E. BIVONA, *Tutele preventive e tutele successive negli smart contracts*, in *Pactum*, 2022, p. 481 s., secondo la quale lo *smart contract* non determinerebbe una violazione dell'art. 1462 c.c., perché la sanzione della nullità che tale norma prevede sarebbe sproporzionata all'esito di un giudizio di bilanciamento degli interessi in gioco.

Invece, sulla possibile nullità dello *smart contract*, in virtù del suo presunto contrasto con i limiti sistematici che la clausola *solve et repete* pone, si veda, per tutti, G. PASSAGNOLI, *Il diritto civile al tempo dell'intelligenza artificiale: spunti per una problematizzazione*, in S. DORIGO (a cura di), *Il ragionamento giuridico nell'era dell'intelligenza artificiale*, Pisa 2020, p. 67 ss., spec. p. 76.

<sup>(29)</sup> V. *amplius* il par. 3.

<sup>(30)</sup> T. PELLEGRINI, *Prestazioni auto-esecutive. Smart contract e dintorni*, cit., p. 31 s., discorre in proposito di “programmi-ponte”, aventi proprio lo scopo di «evidenziare l'ipotetica violazione di una norma imperativa o qualche altra forma di impaccio giuridico» nell'ambito dello *smart contract (code)*, mettendo in comunicazione l'ordinamento con lo *smart contract*.

<sup>(31)</sup> Non si possono comunque escludere malfunzionamenti o *bug* di sistema del *software* che impediscano l'“esatta” auto-esecuzione dello *smart contract*; in presenza di questi, non si dubita che il soggetto leso possa ricorrere agli ordinari organi giurisdizionali [cfr. in proposito, ad esempio, M.L. PERUGINI - P. DAL CHECCO, *'Smart Contracts: A Preliminary Evaluation'*, p. 25, disponibile su SSRN: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract=>

to *smart* sono reperibili all'interno dello stesso registro distribuito<sup>(32)</sup>. In realtà, quantomeno astrattamente<sup>(33)</sup>, anche in relazione a siffatti *smart contracts* potrebbe porsi il problema dell'inadempimento di obblighi ulteriori rispetto a quelli concordati dai contraenti, che siano introdotti nel regolamento contrattuale in virtù delle fonti di integrazione di cui all'art. 1374 c.c.<sup>(34)</sup>, la cui operatività non può essere esclusa dall'accordo delle parti<sup>(35)</sup>. Comunque, sarebbe pur sempre necessario, anche in tali casi, l'intervento giudiziale *ex post*<sup>(36)</sup>, il che conduce al problema dell'effettività dei rimedi *off-chain* su cui torneremo a breve.

Radicalmente diversa si mostra la questione, invece, per gli *smart contracts* non completamente integrati sulla *blockchain* e, in particolare, per quelli strutturati in modo tale che la prestazione di uno dei contraenti, da eseguirsi *off-chain*, rappresenti il *trigger event* dell'esecuzione automatizzata della controprestazione *on-chain*. In questi casi, infatti, la necessità di riportare sulla *blockchain* informazioni estranee alla stessa può aprire la strada ad ipotetici malfunzionamenti o errori dell'oracolo prescelto<sup>(37)</sup>.

t\_id=2729548 (consultato il 4 giugno 2024), nonché R. DE CARIA, *The Legal Meaning of Smart Contracts*, in *European Review of Private Law*, 2019, p. 747)].

<sup>(32)</sup> Come mette in luce G. RINALDI, *Smart contract: meccanizzazione del contratto nel paradigma della blockchain*, cit., p. 356 s., il coinvolgimento, nell'esecuzione di uno *smart contract*, di un'articolazione della realtà collocata fuori dal sistema tecnologico delle DLT pregiudicherebbe il tratto caratteristico relativo alla "resistenza" alle manomissioni (*tamper proof*).

<sup>(33)</sup> Si veda sul punto M.R. MAUGERI, *Smart contracts e disciplina dei contratti*, cit., p. 55, la quale evidenzia come la circostanza dell'inadempimento dello *smart contract* per violazione di un obbligo integrato nel contratto *ex art.* 1374 c.c. sembrerebbe più teorica che pratica, ma ciò non esclude che debba pur sempre essere presa in considerazione.

<sup>(34)</sup> Per un approfondimento sul tema si rimanda alle classiche pagine di S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano 1969, ristampa integrata, 2004.

<sup>(35)</sup> Cfr. I. MARTONE, *Gli smart contracts. Fenomenologia e funzioni*, cit., p. 190; nel medesimo senso anche D. FAUCEGLIA, *Il problema dell'integrazione dello smart contract*, cit., p. 608.

<sup>(36)</sup> La logica binaria e booleana del *code* preclude, ad esempio, che il contenuto dello *smart contract* possa essere integrato *ex ante* attraverso la previsione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nella fase dell'esecuzione del contratto *ex art.* 1375 c.c., con la conseguenza che tale obbligo non sarà suscettibile di esecuzione automatizzata, non potendo essere incorporato puntualmente nel codice. Per tale profilo si veda I. MARTONE, *Gli smart contracts. Fenomenologia e funzioni*, cit., p. 190, la quale esclude anche astrattamente la configurabilità, in un contratto *smart*, del dovere di comportarsi secondo buona fede nell'esecuzione del contratto.

<sup>(37)</sup> Per un'efficace e sintetica definizione del concetto di "oracolo" cfr. E. TJONG TJIN TAI, *Force Majeure and Excuses in Smart Contracts*, cit., p. 4, per il quale «An 'oracle' is simply the entity or communication channel by which the smart contract system receives information about the external world». Sulle diverse tipologie di oracolo e sui problemi che tale figura pone si sofferma M.T. GIORDANO, *Il problema degli oracoli*, in *Blockchain e smart contract. Funzionamento, profili giuridici e internazionali, applicazioni pratiche*, cit., p. 255 ss.

Si pensi, ad esempio, ad uno *smart contract* che preveda, alla consegna di un determinato bene materiale *off-chain (if)*, il trasferimento automatizzato del corrispettivo determinato in criptovaluta nativa sul *wallet* del venditore (*then*). La consegna del bene *off-chain*, che costituisce il *trigger event* del contratto *smart*, potrà essere ad esempio comunicata alla *blockchain* direttamente da parte del vettore (che in tal caso funge da oracolo umano<sup>(38)</sup>), oppure tramite un *database* messo a disposizione da questi, al quale lo *smart contract* potrà accedere al fine di verificare i dati e importarli nella catena di blocchi (oracolo *software*). È chiaro che, nell'ipotesi di cui sopra, se il vettore comunicasse erroneamente alla *blockchain* la ricezione del bene dal venditore e la seguente consegna dello stesso all'acquirente (ovvero se ciò risultasse erroneamente dal suddetto *database*), lo *smart contract* eseguirebbe senz'altro i termini del codice, con la conseguenza che il venditore riceverebbe nel proprio *wallet* il corrispettivo in criptovaluta, senza avere in realtà consegnato il bene, mentre l'acquirente si troverebbe priva del bene e senza criptovaluta. Difficile non pensare, in un caso come quello sopra prospettato, ad una ipotesi di inadempimento contrattuale, con la prestazione auto-eseguita che allora dovrà considerarsi senz'altro indebita<sup>(39)</sup>.

Chiarito, dunque, che anche lo *smart contract*, quantomeno nei termini anzidetti, può considerarsi inadempito, si possono ora analizzare i rimedi a fronte dell'inadempimento. Non si dubita, come accennato, che a fronte di tale inadempimento la parte fedele possa ricorrere agli strumenti che l'ordinamento le riconosce in via generale<sup>(40)</sup>. Malgrado ciò, possono ravvisarsi due principali limiti che ostano ad una tutela effettiva<sup>(41)</sup> del

Sulla possibilità, per gli oracoli, di essere corrotti, ovvero di commettere errori, si veda su tutti S.A. CERRATO, *Contratti tradizionali, diritto dei contratti e smart contract*, cit., p. 311.

<sup>(38)</sup> Per tale prospettiva si veda A. STAZI, *Automazione contrattuale e "contratti intelligenti"*. *Gli smart contracts nel diritto comparato*, cit., p. 180.

<sup>(39)</sup> In questo senso cfr. E. BIVONA, *Smart contracts e "interferenze" con la disciplina sui contratti: il sistema dei rimedi alla prova degli algoritmi*, cit., p. 791.

<sup>(40)</sup> Come osserva M.R. MAUGERI, *Smart contracts e disciplina dei contratti*, cit., p. 53, «Non vi è, infatti, né dimostrazione alcuna che siano venuti meno gli interessi che hanno storicamente giustificato l'esistenza delle discipline in tema del contratto [...] né che sia impossibile utilizzare rimedi diversi rispetto a quelli della modifica delle transazioni registrate sulla Blockchain». Cfr. altresì D. DI SABATO, *Gli smart contracts: robot che gestiscono il rischio contrattuale*, cit., p. 401, per la quale non vi sono dubbi in relazione al fatto che la parte che si senta danneggiata dall'esecuzione automatizzata del contratto possa far valere le proprie ragioni in giudizio.

<sup>(41)</sup> Secondo la dottrina maggioritaria il fondamento costituzionale del principio dell'effettività della tutela andrebbe tradizionalmente individuato negli artt. 24 e 113 Cost. [cfr. per tutti P. TRIMARCHI, voce *Illecito (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano 1970, p. 91 ss.], mentre in ambito sovranazionale potrebbe ricondursi agli artt. 9 TUE, 263 TFUE, 6 e 13 CEDU, 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

contraente non inadempiente: *i*) l'anonimia (o comunque la pseudonimia) dietro cui possono celarsi i soggetti che operano direttamente all'interno di una *blockchain* (42); *ii*) la rigidità dello *smart contract*, con i corollari dell'immodificabilità del *code* e della irreversibilità delle prestazioni automaticamente eseguite.

Il primo dei citati problemi – che può prospettarsi, a ben vedere, esclusivamente per gli *smart contracts* negoziati e conclusi direttamente sulla *blockchain*, posto che quelli conclusi tradizionalmente (ancorché poi eseguiti, totalmente o parzialmente, sulla *chain*) presuppongono (salvo eccezioni) che le parti siano identificate – si ripercuote inevitabilmente sulla tutela giudiziale, poiché la mancata identificazione del contraente inadempiente preclude che possa essere intentata un'azione nei suoi confronti (43). In tale ottica può destare interesse il comma 2° dell'art. 8-ter, d.l. 14 dicembre 2018, n. 135, convertito con modificazioni dalla l. 11 febbraio 2019, n. 12, nella parte in cui si prevede che «Gli smart contract soddisfano il requisito della forma scritta previa identificazione informatica delle parti interessate, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'Agenda per l'Italia digitale con linee guida da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto». Nonostante, ad oggi, le suddette linee guida non siano ancora state adottate, quello che più preme evidenziare è che il legislatore abbia voluto subordinare il requisito della forma scritta alla previa identificazione delle parti, incentivando in tal senso i contraenti a non avvalersi, conseguentemente, dell'anonimia o della pseudonimia che le *blockchain* pubbliche consentirebbero. Eppure, ciò non è certamente sufficiente, di per sé, ai fini della risoluzione del problema in esame. Difatti, non soltanto non è chiaro come tale processo di identificazione dovrà avvenire (44), ma

---

Sul tema si rimanda, in generale, a R. ORIANI, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli 2008, nonché più recentemente a G. VETTORI, *Effettività fra legge e diritto*, Milano 2020; Id., *L'attuazione del principio di effettività. Chi e come*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 1 ss.

(42) Cfr., in proposito, G. RINALDI, *Smart contract: meccanizzazione del contratto nel paradigma della blockchain*, cit., p. 349, il quale evidenzia come l'identità degli utilizzatori di *blockchain* pubbliche (o *permissionless*) possa essere protetta dall'impiego della pseudonimia, posto che all'interno del registro distribuito non si rinvia alcuna informazione che consenta di risalire direttamente alla persona interessata, ma soltanto alla sua chiave pubblica.

(43) M.R. MAUGERI, *Smart contracts e disciplina dei contratti*, cit., p. 57, chiarisce come il fatto che coloro che concludono l'accordo siano anonimi e celati dietro uno pseudonimo comporta che «in caso di azioni da intentare nei confronti di controparte, non si possa essere sempre certi sull'identità del soggetto da convenire in giudizio».

(44) In particolare, non si comprende se la disposizione normativa in oggetto intenda

soprattutto il ricorso alla figura dello *smart contract* per la conclusione di operazioni negoziali che, per la loro importanza e talvolta complessità, richiedono oneri formali non ha ancora raggiunto nella prassi operativa un adeguato livello di diffusione<sup>(45)</sup>. Ne deriva allora un naturale depotenziamento dell'intento dissuasivo/regolatorio del legislatore<sup>(46)</sup>.

Più interessante, nell'ottica di offrire una risposta concreta al problema indicato, è sicuramente l'implementazione di nuove *blockchain* (c.d. *blockchain* di terza generazione<sup>(47)</sup>), strettamente connesse a «piattaforme logiche ad accesso controllato»<sup>(48)</sup>, accessibili esclusivamente da utenti abilitati all'esito di una procedura di identificazione. Tale possibilità, quando si concretizza in una *public blockchain* di terza generazione, come ad esempio *Algorand*, permette di coniugare le forme di controllo sull'identità degli utenti, tipiche delle *blockchain* private (o *permissioned*), con i vantaggi delle *blockchain* pubbliche (o *permissionless*)<sup>(49)</sup>.

Sebbene, dunque, l'identificazione dei soggetti che operano sulla *blockchain* non si presenta quale ostacolo assolutamente insormontabile, maggiormente complessa si mostra invero la questione relativa alla rigidità, immutabilità e irreversibilità dello *smart contract*. Seppur non si dubiti che

---

annoverare, entro le *DLT*, esclusivamente le *blockchain* private (o *permissioned*) – in questo senso pare orientarsi I. MARTONE, *Gli smart contracts. Fenomenologia e funzioni*, cit., p. 64, nt. 199) –, oppure se il procedimento di identificazione dei soggetti potrà integrarsi anche nelle *blockchain permissionless*.

<sup>(45)</sup> Che gli *smart contracts* siano per loro natura più adatti a regolare rapporti semplici è posto in luce, ad esempio, da A. STAZI, *Automazione contrattuale e "contratti intelligenti"*. *Gli smart contracts nel diritto comparato*, cit., p. 163. Tuttavia, non può escludersi che – considerate le innegabili potenzialità della tecnologia in discorso – in un prossimo futuro gli *smart contracts* possano essere impiegati anche in operazioni economiche complesse. Cfr. in proposito E. BIVONA, *Smart contracts e "interferenze" con la disciplina sui contratti: il sistema dei rimedi alla prova degli algoritmi*, cit., p. 791.

<sup>(46)</sup> Sulla funzione regolatoria ascrivibile al diritto privato sia consentito il rinvio a C. ATTANASIO, *Profili ricostruttivi del diritto privato regolatorio*, Napoli 2022.

<sup>(47)</sup> Per una descrizione dei caratteri delle c.d. *blockchain* di terza generazione cfr. da ultimo F. BASSAN - M. RABITTI, *Recenti evoluzioni dei contratti sulla blockchain. Dagli smart legal contracts ai 'contracts on chain'*, in *R. d. banc.*, 2023, p. 596 ss.

<sup>(48)</sup> Si vedano sul punto F. BASSAN - M. RABITTI, *Recenti evoluzioni dei contratti sulla blockchain. Dagli smart legal contracts ai 'contracts on chain'*, cit., p. 601, i quali definiscono le piattaforme logiche ad accesso controllato come «infrastrutture digitali in grado di connettere tra loro sistemi diversi ed esporli su una o più public blockchain, mediante interfacce semplificate, a utenti abilitati a seguito di una procedura di identificazione e validazione, i quali possono così accedere ai prodotti e ai servizi offerti dalla piattaforma».

<sup>(49)</sup> Così F. BASSAN - M. RABITTI, *Recenti evoluzioni dei contratti sulla blockchain. Dagli smart legal contracts ai 'contracts on chain'*, cit., p. 602, spec. nt. 83. Sembra, dunque, che ci si stia dirigendo verso quella «ibridizzazione delle piattaforme decentralizzate» auspicata da P. CUCCURU, *Blockchain ed automazione contrattuale. Riflessioni sugli smart contract*, cit., p. 116.

i rimedi caducatori, volti a liberare i contraenti dal vincolo contrattuale, possano trovare compiuta esplicazione nel momento in cui si ammetta la possibilità tecnica dell'inadempimento di uno *smart (legal) contract*<sup>(50)</sup>, come sopra definito, appare alquanto arduo individuare delle modalità che consentano di garantire un efficace *enforcement* degli stessi.

In altre parole, pur ritenendo che una pronuncia giudiziale di risoluzione dello *smart (legal) contract*, a fronte del suo inadempimento, possa astrattamente ipotizzarsi, gli effetti di tale pronuncia entrerebbero concretamente in contrasto con i caratteri dei contratti intelligenti<sup>(51)</sup>. Effettivamente, se il codice informatico non può essere modificato e se, in virtù della *self-enforceability*, le prestazioni programmate nello *smart contract* inadempito troveranno necessariamente (automatica) esecuzione, il ripristino dello *status quo ante*<sup>(52)</sup> conseguente alla risoluzione – attraverso l'operatività dei principî della ripetizione dell'indebito *ex artt.* 2033 ss. c.c.<sup>(53)</sup> – potrebbe essere più difficoltoso, se non addirittura impossibile. Si pensi, ad esempio, ad uno *smart (legal) contract* concluso tradizionalmente (dunque, con contraenti potenzialmente identificabili) che preveda, a fronte dell'accredito sul conto corrente del venditore di una certa somma di denaro a titolo di corrispettivo (*if*), comunicata alla *blockchain* tramite oracolo, il trasferimento automatizzato, via *smart contract (code)* trascritto sul registro distribuito, della titolarità di un *NFT*

---

<sup>(50)</sup> Di questo avviso ci pare A.M. BENEDETTI, *Contratto, algoritmi e diritto civile transnazionale: cinque questioni e due scenari*, cit., p. 422, il quale precisa come la prospettiva rimediabile (con particolare riguardo ai rimedi distruttivi) possa considerarsi totalmente fuori gioco solo se si accoglie la premessa dell'impossibilità dell'inadempimento dello *smart contract*, dovendosi altrimenti ritenere che i rimedi tradizionali tornano in gioco nella prospettiva *off-chain*.

Per una diversa ricostruzione si veda I. MARTONE, *Gli smart contracts. Fenomenologia e funzioni*, cit., p. 175, per la quale i rimedi caducatori «[...] colliderebbero apertamente con la logica dell'architettura digitalizzata, sintetizzabile nel costante tracciamento di tutte le transazioni che quotidianamente si perfezionano nei circuiti della Rete».

<sup>(51)</sup> Cfr. in proposito A. STAZI, *Automazione contrattuale e "contratti intelligenti"*. *Gli smart contracts nel diritto comparato*, cit., p. 178, il quale ravvisa proprio nella rigidità dello *smart contract* un rilevante limite ad interventi giudiziali *ex post*.

<sup>(52)</sup> In proposito v. U. CARNEVALI, voce *Risoluzione per inadempimento*, in *Enc. dir. – I tematici*, I, *Il contratto*, cit., p. 1090, il quale evidenzia come la caducazione retroattiva del rapporto contrattuale pone il problema del ripristino della situazione precedente alla conclusione del contratto, quando questo abbia avuto esecuzione e, a tal fine, soccorrerebbero le obbligazioni restitutorie che conseguono alla risoluzione.

<sup>(53)</sup> D'altronde, è ormai largamente condiviso in dottrina che la fonte degli obblighi restitutori, conseguenti alla risoluzione del contratto, debba essere rinvenuta nella ripetizione dell'indebito. Si veda per tutti, recentemente, U. CARNEVALI, voce *Risoluzione per inadempimento*, cit., p. 1090, ma anche A. DI MAJO, voce *Rimedi contrattuali*, in *Enc. dir. – I tematici*, I, *Il contratto*, cit., p. 1048.

(*non fungible token*)<sup>(54)</sup> all'acquirente (*then*). Supponendo che l'oracolo individuato abbia erroneamente riportato sulla *chain* l'informazione del pagamento, in realtà mai avvenuto, ci troveremmo senz'altro di fronte ad uno *smart (legal) contract* (comunque eseguito, ma) inadempito, il quale può essere – come detto – oggetto di risoluzione. In realtà, però, posto che l'eventuale pronuncia giudiziale non può incidere né sul contenuto dello *smart contract (code)*, né sull'esecuzione automatizzata delle prestazioni, l'obbligo di restituzione di cui all'art. 2037 c.c. si tradurrebbe in nient'altro che in un obbligo di fare infungibile per l'inadempiente. Quest'ultimo, nello specifico, sarebbe tenuto a predisporre un altro *smart contract* che, prevedendo termini inversi, automatizzi la restituzione del *non fungible token* al titolare originario. Tale obbligo, comunque, in assenza di una fattiva collaborazione dell'*accipiens*<sup>(55)</sup> potrebbe essere coercibile solo in via indiretta, ai sensi dell'art. 614-*bis* c.p.c. Deve invece escludersi, stante la natura del bene e dell'infrastruttura tecnologica in cui circola, l'esecuzione forzata per consegna di cui all'art. 2930 c.c.<sup>(56)</sup>.

Alla luce di quanto detto, allora, l'unico rimedio che – ad oggi – l'ordinamento potrebbe certamente garantire, a fronte dell'inadempimento di uno *smart (legal) contract*, sarebbe esclusivamente quello compensativo-risarcitorio<sup>(57)</sup>, ciò che determina l'insufficienza complessiva dell'apparato rimediale al momento disponibile. Proprio tale circostanza induce a verificare la possibilità di superare il limite dell'assenza di punti diretti d'ingresso sulla *blockchain* per ogni intervento legale<sup>(58)</sup>, assenza che non

<sup>(54)</sup> Per un approfondimento sul tema dei *Non Fungible Tokens (NFT)*, si vedano – recentemente – P.M. GANGI, *Diritto dei non-fungible token. Disciplina generale, proprietà intellettuale, aspetti regolamentari*, Torino 2024, spec. capp. I e III, nonché D. MASI, *NFT: qualificazione, disciplina e applicabilità*, in *I non fungible token. Le frontiere digitali del diritto*, a cura di V. D'Antonio - A. Musio, Pisa 2024, p. 3 ss.

<sup>(55)</sup> In proposito si veda D. DI SABATO, *Gli smart contracts: robot che gestiscono il rischio contrattuale*, cit., p. 401, la quale segnala inoltre come «Non si può escludere che intervenga un accordo tra i contraenti diretto a ripristinare la situazione antecedente attraverso reciproche restituzioni».

<sup>(56)</sup> L'esecuzione forzata per consegna, infatti, presuppone necessariamente beni tangibili e materiali, essendo conseguentemente esclusi dal suo novero i beni immateriali, nonché i beni informatici o telematici non incorporati in un supporto fisico. In proposito cfr., da ultimo, A. CHIANALE, *Dell'esecuzione forzata in forma specifica. Artt. 2930-2933*, in *Comm. Schlesinger*, Milano 2022, p. 53.

<sup>(57)</sup> Su tutti si veda A. D'ADDA, *Smart contract e diritto generale dei contratti*, cit., p. 114 s., il quale, considerata la difficoltà di un intervento tecnico diretto sullo *smart contract* nella *blockchain*, afferma che «i rimedi contrattuali potrebbero solo compensare per equivalente il contraente pregiudicato dall'irreversibilità degli effetti» e che, dunque, se non vi è una spontanea ottemperanza ad opera delle parti sulla *blockchain*, «il rimedio attivabile risulta essere quello risarcitorio e compensativo».

<sup>(58)</sup> Cfr. F. GHOOSI, *Contracting in the Age of Smart Contracts*, in *Washington Law*

consente alle decisioni giudiziali di incidere significativamente sulla tendenziale immodificabilità dello *smart contract (code)* e sull'irreversibilità delle prestazioni automaticamente eseguite dal medesimo.

3. – Le conseguenze negative derivanti dall'immodificabilità, dall'inarrestabilità e dall'irreversibilità dello *smart contract* si riverberano, come detto, sul sistema rimediabile, determinando un difetto di tutela non trascurabile, tanto che lo stesso Parlamento europeo, con una Risoluzione del 20 ottobre 2020, ha vivamente raccomandato che i contratti intelligenti prevedano «meccanismi che possano bloccare e invertire la loro esecuzione e i relativi pagamenti»<sup>(59)</sup>. Nonostante parte autorevole della dottrina abbia avanzato legittimi dubbî sulla compatibilità di cotali meccanismi rispetto alle caratteristiche essenziali e alle modalità di funzionamento degli *smart contracts*, tanto da ritenere eccessivamente «invasiva»<sup>(60)</sup> la misura richiesta dalla suddetta Risoluzione, il recente Reg. (UE) 2023/2854 (c.d. *Data Act*), all'art. 36, ha individuato quale requisito essenziale dei contratti intelligenti la «[...] b) cessazione e interruzione sicure, per garantire che esista un meccanismo per cessare l'esecuzione continua delle transazioni», prevedendo inoltre che il contratto *smart* «comprenda funzioni interne che possano reimpostarlo o trasmettergli l'istruzione di fermare o interrompere il proprio funzionamento, in particolare per evitare esecuzioni accidentali future; [...]»<sup>(61)</sup>. In attesa di comprendere come tale obbligo sarà concretamente implementato e – in particolare – se la declamata “reimpostazione” dello *smart contract* implichi anche la reversibilità delle prestazioni già (anche solo parzialmente) eseguite, si deve comunque constatare come, per la prima volta, un atto legislativo eurounitario abbia espressamente

---

*Review*, 2021, vol. 96, n. 1, p. 82, disponibile su SSRN: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3449674](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3449674) (consultato il 4 giugno 2024), per il quale «In smart contracting, there is no entry point for legal intervention because: (1) parties are anonymous, (2) codes forming smart contracts are immutable, and (3) no one can issue a “fiat” to change the code and the underlying platform».

<sup>(59)</sup> Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020, recante raccomandazioni alla Commissione sulla legge sui servizi digitali: adeguare le norme di diritto commerciale e civile per i soggetti commerciali che operano online (2020/2019(INL)), in *G.U.U.E* del 6 ottobre 2021, C-404, p. 31 ss., spec. p. 37 (punto n. 35).

<sup>(60)</sup> Cfr. M.R. MAUGERI, *Smart contracts e disciplina dei contratti*, cit., p. 64, testo e nt. 25, la quale evidenzia inoltre come un meccanismo che consentisse di arrestare e invertire l'esecuzione di un contratto intelligente sarebbe «distonico rispetto al modello di funzionamento degli *Smart Contracts*».

<sup>(61)</sup> Art. 36, Reg. (UE) 2023/2854 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2023, riguardante norme armonizzate sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo e che modifica il Reg. (UE) 2017/2394 e la Dir. (UE) 2020/1828 (regolamento sui dati), in *G.U.U.E* del 23 dicembre 2023, serie L-71, p. 62 s.

stabilito – seppur entro i confini di operatività del citato Regolamento – la necessità della previsione di strumenti tecnici in grado di interrompere l'esecuzione automatica dei contratti intelligenti.

D'altronde, già da tempo è stata indagata la fattibilità tecnica circa l'integrabilità, in uno *smart contract* (*code*) trascritto sulla *blockchain Ethereum*, di funzioni volte ad arrestarne l'esecuzione e modificarne i termini<sup>(62)</sup>. Il riferimento è, in particolare, alla funzione c.d. *self-destruct*<sup>(63)</sup> (altrimenti detta *kill* o *killswitch*), all'innescarsi della quale consegue la disattivazione e la radicale cancellazione dell'intero contratto intelligente dalla *blockchain*<sup>(64)</sup>. L'effetto della rimozione, dal registro distribuito, del contratto viziato potrebbe altresì raggiungersi, per altra via meno brusca, utilizzando le funzioni *modifiers* ed *enum*, le quali consentirebbero anche la modifica del codice informatico e, conseguentemente, dei termini contrattuali<sup>(65)</sup>.

Inoltre, l'interruzione dell'esecuzione automatizzata di uno *smart contract*, la sua rimozione dalla *chain* o comunque la modifica del suo codice informatico potrebbe ottenersi, come è stato osservato, nelle ipotesi in cui questo fosse diretto ad auto-eseguire un contratto negoziato e concluso, attraverso l'ausilio di una piattaforma logica ad accesso controllato<sup>(66)</sup>, direttamente su *public blockchain* di terza generazione (c.d. *contract on chain*<sup>(67)</sup>). Difatti, i *contracts on chain* si mostrano perfettamente in grado sia di interrompere la loro esecuzione in modo automatico, al verificarsi di eventi interni alla *blockchain*, ovvero anche esterni alla stessa e riportati al suo interno da un oracolo, qualora le parti così abbiano disposto<sup>(68)</sup>, sia di consentire ai contraenti in accordo tra loro (oppure su iniziativa di uno di

<sup>(62)</sup> Si vedano, in particolare, B. MARINO - A. JUELS, *Setting standards for altering and undoing smart contracts*, cit., p. 151 ss.

<sup>(63)</sup> Per un approfondimento su tale funzione cfr. J. CHEN - X. XIA - D. LO - J. GRUNDY, *Why Do Smart Contracts Self-Destruct? Investigating the Selfdestruct Function on Ethereum*, in *ACM Trans. Softw. Eng. Methodol.*, 2021, Vol. 1, No. 1, p. 1 ss., reperibile all'indirizzo <https://arxiv.org/pdf/2005.07908.pdf> (consultato il 4 giugno 2024).

<sup>(64)</sup> B. MARINO - A. JUELS, *Setting standards for altering and undoing smart contracts*, cit., p. 158 ss.

<sup>(65)</sup> Sulla modifica del contenuto del contratto *smart* attraverso l'utilizzo dei *modifiers* e *enum* in linguaggio di programmazione *Solidity*, caratteristico della *blockchain Ethereum*, si vedano sempre B. MARINO - A. JUELS, *Setting standards for altering and undoing smart contracts*, cit., p. 162 ss.

<sup>(66)</sup> V. *supra* la nt. 48.

<sup>(67)</sup> Tale procedimento negoziale è stato indagato recentemente da F. BASSAN - M. RABITTI, *Recenti evoluzioni dei contratti sulla blockchain. Dagli smart legal contracts ai 'contracts on chain'*, cit., p. 561 ss., spec. p. 595 ss. e p. 604 ss.

<sup>(68)</sup> Cfr. F. BASSAN - M. RABITTI, *Recenti evoluzioni dei contratti sulla blockchain. Dagli smart legal contracts ai 'contracts on chain'*, cit., p. 627.

essi, la cui pretesa sia riconosciuta come fondata da un giudice o da un arbitro in funzione di oracolo) l'eliminazione o la modifica dei termini dell'accordo già concluso<sup>(69)</sup>.

Stante, dunque, la riconosciuta possibilità tecnica di giungere alla modifica *ex post* dello *smart contract (code)*, parte della dottrina<sup>(70)</sup> si è spinta fino a teorizzare un rimedio specifico a portata generale, il c.d. *re-coding*, che consentirebbe «a seguito di una decisione giurisdizionale o alternativa condivisa in *blockchain*»<sup>(71)</sup>, di correggere ed eventualmente riscrivere il *code* informatico dello *smart contract* a vario titolo “viziato”, in modo da renderlo conforme all'ordinamento.

Resta ora da comprendere come le suddette prospettive di modifica e di interruzione (dell'esecuzione) dello *smart contract (code)* possano conciliarsi con l'assetto rimediabile, in modo da individuare un rimedio *ex post* efficace, che riconosca alla parte lesa dall'inadempimento una tutela effettiva. Una soluzione, non volendo accogliere ricostruzioni eccessivamente “eversive” dei principî costitutivi della tecnologia *blockchain*<sup>(72)</sup>, potrebbe allora essere quella, accennata in precedenza, di considerare il giudice quale oracolo<sup>(73)</sup> deputato non solo a riportare nella *chain* informazioni ad essa estranee, ma anche ad attivare funzioni previste nello *smart contract (code)*. Così, un'eventuale pronuncia giudiziale di risoluzione potrebbe legittimare il giudice, precedentemente individuato, ad eliminare lo

---

<sup>(69)</sup> Sul punto sempre F. BASSAN - M. RABITTI, *Recenti evoluzioni dei contratti sulla blockchain. Dagli smart legal contracts ai 'contracts on chain'*, cit., p. 613 e p. 629 ss.

<sup>(70)</sup> Cfr. F. LONGOBUCCO, *Utopia di un'autonoma Lex Criptographi(c)a e responsabilità del giurista*, Napoli 2023, p. 105 ss.; ID., *Smart contract e 'giusto rimedio civile' del re-coding tra Rule by Design e Rule of Law*, in *Giornate della Ricerca del Dipartimento di Economia di Roma Tre*, a cura di A. Trezzini *et al.*, Roma 2023, spec. p. 188 ss., dove inoltre si afferma (alle p. 193 s.) che «il rimedio del *re-coding*, [...] consente, in maniera diffusa, di attuare direttamente *on-chain* tutti quei diritti e le connesse tutele che, altrimenti, la parte, in ragione della tecnologia stessa, non potrebbe esercitare (se non, come già osservato, *off-chain*)» (corsivi dell'Autore).

<sup>(71)</sup> In questo senso F. LONGOBUCCO, *Utopia di un'autonoma Lex Criptographi(c)a e responsabilità del giurista*, cit., p. 106; ID., *Smart contract e 'giusto rimedio civile' del re-coding tra Rule by Design e Rule of Law*, cit., p. 191.

<sup>(72)</sup> Si pensi all'idea avanzata da A. SAVELYEV, *Contract Law 2.0: «Smart» Contracts As the Beginning of the End of Classic Contract Law*, in *National Research University Higher School of Economics Research Paper Series*, Paper No. WP BRP 71/LAW/2016, p. 22, disponibile su SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2885241> (consultato il 4 giugno 2024), il quale ha teorizzato il c.d. Stato-Superuser, titolare di un potere generalizzato volto a modificare – seguendo determinate procedure – il *database* della *blockchain* in modo che questo rifletta le decisioni assunte dagli organi dell'autorità statale.

<sup>(73)</sup> Un oracolo (umano), infatti, può assolvere anche una complessa funzione valutativa e, dunque, può ben essere un giudice. Si veda in proposito, ad esempio, E. TJONG TJIN TAI, *Force Majeure and Excuses in Smart Contracts*, cit., p. 5.

*smart (legal) contract* inadempito dalla *blockchain*, attraverso l'attivazione della funzione *self-destruct*, ovvero attraverso *modifiers* e *enum*, previamente inclusi nel *code*. In questo modo, sarebbe altresì possibile invertire la prestazione automaticamente eseguita<sup>(74)</sup>, soddisfacendo in tal guisa l'obbligo di restituzione e la *condictio indebiti*. Alternativamente, il giudice-oracolo potrebbe autorizzare – nelle ipotesi di *contract on chain* – la stessa parte non inadempiente a revocare lo *smart contract* inadempito e a sostituirlo con uno che preveda l'inversione della prestazione automatica già eseguita. Quanto detto può valere, a maggior ragione e più agevolmente, qualora si considerasse, quale oracolo, un arbitro designato dai contraenti, attraverso la previsione nello *smart contract (code)*<sup>(75)</sup>, ovvero anche nel *contract on chain*<sup>(76)</sup>, di una clausola compromissoria. Come è stato osservato, infatti, l'arbitrato e, più in generale, le *Alternative Dispute Resolution (ADR)* sono perfettamente compatibili, data la loro grande flessibilità, con il meccanismo di funzionamento degli *smart contracts*<sup>(77)</sup>. Per questa via, inoltre, potrebbe risolversi il problema dell'individuazione dell'organo giurisdizionale competente<sup>(78)</sup>, il quale – considerando che uno dei vantaggi riconosciuti al registro distribuito è proprio quello della

---

(74) Cfr. in proposito B. MARINO - A. JUELS, *Setting standards for altering and undoing smart contracts*, cit., p. 158 s., i quali evidenziano come il procedimento di “undoing” dello *smart contract* viziato, sia tramite funzione *self-destruct*, sia tramite *modifiers* e *enum*, consente alle parti di individuare preventivamente l'entità (anche esterna) titolare del potere di intervento, il cui indirizzo dovrà essere riconosciuto dal sistema, in modo da poterlo considerare – una volta che questo agisce per attivare le summenzionate funzioni – quale *rightful exerciser* del potere attribuito. Inoltre, gli Autori ritengono che sia *self-destruct*, sia *modifiers* e *enum* siano in grado di soddisfare lo standard relativo alla compensazione automatica, prima dell'undoing dello *smart contract*, delle prestazioni già eseguite (totalmente o parzialmente).

(75) *Ex multis* si vedano: S.A. CERRATO, *Contratti tradizionali, diritto dei contratti e smart contract*, cit., p. 308; M. GIACCAGLIA, *Considerazioni su Blockchain e smart contracts (oltre le criptovalute)*, cit., p. 962, nt. 87; L. PAROLA - P. MERATI - G. GAVOTTI, *Blockchain e smart contract: questioni giuridiche aperte*, cit., p. 687.

(76) F. BASSAN - M. RABITTI, *Recenti evoluzioni dei contratti sulla blockchain. Dagli smart legal contracts ai 'contracts on chain'*, cit., p. 631 e p. 635.

(77) Si veda sul punto, ad esempio, N. GENTILE, *Vicende patologiche del contratto in forma di smart contract*, in R. BATTAGLINI - M.T. GIORDANO (a cura di), *Blockchain e smart contract. Funzionamento, profili giuridici e internazionali, applicazioni pratiche*, cit., p. 335, per il quale i metodi alternativi di risoluzione delle controversie sembrerebbero essere la scelta più idonea al fine di regolare il settore della *blockchain*, cioè «per la flessibilità, l'approccio di nicchia e la possibile scelta di gestione contrattuale della controversia [...]».

(78) In questo senso cfr. A. STAZI, *Automazione contrattuale e "contratti intelligenti". Gli smart contracts nel diritto comparato*, cit., p. 136 ss., spec. p. 138, il quale sottolinea come la preventiva devoluzione delle controversie ad arbitri possa risolvere, nell'ambito dei contratti intelligenti, il problema dell'individuazione della giurisdizione.

sua transnazionalità – si mostrerebbe altrimenti di non facile soluzione<sup>(79)</sup>.

Tuttavia, l'affidamento delle vicende relative allo *smart contract* ad un oracolo umano (sia esso riconducibile alla figura del giudice, ovvero a quella dell'arbitro) si pone in contrasto con uno dei capisaldi della *blockchain* (soprattutto *public* o *permissionless*), in quanto richiama l'esigenza di una *trusted third party*, in contraddizione con l'edificazione di un sistema fondato, come visto, sulla *trustless trust*. Inoltre, è opportuno sottolineare come il crescente ricorso ad oracoli determini l'introduzione, nel processo operativo dello *smart contract*, di una progressiva componente di instabilità e di incertezza<sup>(80)</sup>, non solo per il rischio di malfunzionamenti e possibili manomissioni, ma anche per il livello di discrezionalità (e conseguente incalcolabilità<sup>(81)</sup>) delle valutazioni che sarebbero, in ipotesi, loro attribuite<sup>(82)</sup>.

Potrebbe allora vagliarsi la possibilità di ricorrere a strumenti alternativi di risoluzione delle controversie che operano direttamente sulla *blockchain*, attraverso un adattamento, a tale infrastruttura informatica, delle c.d. *ODR-Online Dispute Resolution*<sup>(83)</sup>. Secondo tale impostazione, la lite sarebbe composta *on-chain*, senza necessità di alcuna informazione esterna (si è parlato in proposito di *Blockchain-based Dispute Resolution*<sup>(84)</sup>) e,

<sup>(79)</sup> È vero, infatti, come osserva C. PONCIBÒ, *Profili di legge applicabile e scelta del foro, Blockchain e smart contract. Funzionamento, profili giuridici e internazionali, applicazioni pratiche*, cit., p. 347 ss., spec. p. 368 ss., che le parti potrebbero accordarsi tra loro ponendo all'interno dello *smart contract* una clausola di scelta del foro; ad ogni modo, ciò non sarebbe consentito per eventuali controversie relative a rapporti e contratti per cui è prevista l'indelegabilità del foro.

<sup>(80)</sup> In questo senso v., ad esempio, P. CUCCURU, *Blockchain ed automazione contrattuale. Riflessioni sugli smart contract*, cit., p. 111, per il quale il meccanismo degli oracoli avrebbe l'inevitabile svantaggio di (re)introdurre nel sistema un certo grado di incertezza, nonché A.U. JANSSEN - F.P. PATTI, *Demistificare gli smart contracts*, cit., p. 41, dove si rinviene nell'utilizzo degli oracoli un limite all'auto-esecuzione degli *smart contracts*, in quanto ciò implicherebbe «uno o più passaggi ulteriori nel processo di esecuzione delle prestazioni».

<sup>(81)</sup> È chiaro, in proposito, il riferimento al concetto di calcolabilità giuridica, per cui si vedano, fra tutti, i saggi raccolti in N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino 2016.

<sup>(82)</sup> Cfr. sul punto G. MARCHETTI, *Lineamenti evolutivi della potestatività condizionale: dal contratto allo smart contract*, in questa *Rivista*, 2022, p. 129.

<sup>(83)</sup> Sul tema si vedano, per tutti, O. RABINOVICH - EINY-E. KATSH, *Blockchain and the Inevitability of Disputes: The Role for On Line Dispute Resolution*, in *J. Disp. Resol.*, 2019, p. 1 ss., disponibile su SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3508461> (consultato il 4 giugno 2024).

<sup>(84)</sup> Così F. GHOODOSI, *Contracting in the Age of Smart Contracts*, cit., p. 84 ss., dove si può trovare anche una descrizione delle principali *startup* specializzate in risoluzione delle controversie su *blockchain*.

eventualmente, in attesa della soluzione della controversia, l'esecuzione dello *smart contract* potrebbe essere finanche sospesa<sup>(85)</sup>.

Ad ogni modo, attualmente la maggior parte dei proposti modelli di risoluzione alternativa delle controversie fondati su *blockchain* si basa essenzialmente sull'individuazione (attraverso la considerazione delle loro competenze) di alcuni nodi determinati e identificati, i quali vanno a comporre uno o più *panels* a cui vengono deferite, anche randomicamente, le controversie da comporre<sup>(86)</sup>. È di piena evidenza come un siffatto sistema – oltre a porre, come è stato condivisibilmente sottolineato, diversi problemi «di compatibilità con la disciplina processualcivilistica dell'arbitrato commerciale»<sup>(87)</sup> – presupponga, per il suo funzionamento, una *blockchain permissioned*, mostrando invece rilevanti punti di conflitto con le più diffuse *public blockchain* di prima e seconda generazione<sup>(88)</sup>.

4. – I profili di criticità che, dunque, al livello attuale del progresso tecnologico<sup>(89)</sup>, caratterizzano i prospettati rimedi *ex post*, unitamente all'immensa potenzialità della programmabilità del codice informatico, suggeriscono di percorrere la strada, non tanto alternativa ai citati rimedi, quanto complementare agli stessi, della preventiva elaborazione di uno *smart contract (code)* che, in misura massima, ricomprenda già al proprio interno le conseguenze dell'eventuale inadempimento<sup>(90)</sup>. Queste conseguenze, preventivamente considerate nel codice e definite come «alterna-

---

<sup>(85)</sup> Ciò sarebbe consentito, ad esempio, dalla *startup Sagewise*, come evidenzia F. GHOODOSI, *Contracting in the Age of Smart Contracts*, cit., p. 91, testo e nt. 234.

<sup>(86)</sup> Cfr. F. GHOODOSI, *Contracting in the Age of Smart Contracts*, cit., p. 88, il quale afferma che «The current efforts related to blockchain-based dispute resolution focus again on expertise (and a proof-of-stake model) whereby the system selects a handful of individuals for dispute resolution».

<sup>(87)</sup> Si esprime in questo modo S.A. CERRATO, *Contratti tradizionali, diritto dei contratti e smart contract*, cit., p. 308.

<sup>(88)</sup> Si veda, in senso diverso, F. GHOODOSI, *Contracting in the Age of Smart Contracts*, cit., p. 88 ss., il quale propone un modello alternativo, maggiormente conforme alle *blockchain permissionless*, dove a poter risolvere le controversie non sarebbero solo alcuni nodi individuati in base alle loro competenze, ma l'intero *network*, con la possibilità dunque che le controversie siano devolute, randomicamente, a qualsiasi nodo.

Una prospettiva siffatta, tuttavia, non convince pienamente, in quanto – pur offrendo una soluzione distribuita, randomizzata e anonimizzata – porrebbe il problema del possibile difetto di competenze (tecnico-giuridiche) dei soggetti chiamati a dirimere la controversia.

<sup>(89)</sup> Eppure, non si può escludere che in un prossimo futuro i problemi qui rappresentati possano trovare, nella stessa tecnologia, un'adeguata soluzione.

<sup>(90)</sup> Cfr. sul punto E. Tjong Tjin Tai, *Force Majeure and Excuses in Smart Contracts*, cit., p. 17, il quale precisa che «breach by the other party should, according to the aims of smart contracts, be programmed correctly in a smart contract».

tive dormienti»<sup>(91)</sup>, sarebbero suscettibili di attivarsi in caso di disfunzioni nell'esecuzione del contratto, consentendo il ripristino dello *status quo ante*<sup>(92)</sup>.

A tal fine, occorre verificare in che misura la disciplina codicistica dell'inadempimento contrattuale (e in particolare quella della risoluzione, di cui agli artt. 1453 ss. c.c.) si presti ad essere programmata *ex ante* all'interno di uno *smart contract (code)*. Infatti, se è possibile ritenere che la risoluzione per inadempimento sia in via di principio programmabile nel codice informatico<sup>(93)</sup>, non mancano d'altro canto taluni punti di conflitto che meritano – seppur in estrema sintesi – una specifica trattazione.

In questo senso, ad esempio, la risoluzione giudiziale di cui agli artt. 1453 ss. c.c. mostra rilevanti segni di incompatibilità con la programmazione preventiva. Innanzitutto, la gravità (*rectius*: la non scarsa importanza) richiesta dall'art. 1455 c.c. – in virtù della genericità e vaghezza del concetto<sup>(94)</sup> – difficilmente può essere di per sé tradotta in termini binari, dovendosi necessariamente demandare il suo accertamento ad un oracolo (umano) esterno alla *blockchain*<sup>(95)</sup>. Inoltre, l'effetto risolutivo presuppone una pronuncia giudiziale costitutiva che necessiterebbe di essere comunicata alla *chain* sempre tramite oracolo. Si ripresenterebbero, dunque, i problemi – descritti nel precedente paragrafo – connessi alla necessità di affidarsi ad una *trusted third party* e all'introduzione di un certo margine di incertezza nel sistema. Per tali motivi, sembra maggiormente adatta alla

<sup>(91)</sup> Per tutti valga il richiamo a J. SKLAROFF, *Smart Contracts and the Cost of Inflexibility*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2017, Vol. 166, p. 263 ss., spec. p. 291, disponibile su SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3008899> (consultato il 4 giugno 2024).

<sup>(92)</sup> Ciò che avverrebbe istruendo il *code* in modo che, al verificarsi del *trigger event*, lo *smart contract* si attivi determinando l'inversione delle prestazioni automaticamente eseguite. Si veda sul punto N. GENTILE, *Vicende patologiche del contratto in forma di smart contract*, cit., p. 318.

<sup>(93)</sup> In questo senso v. A. STAZI, *Automazione contrattuale e "contratti intelligenti"*. *Gli smart contracts nel diritto comparato*, cit., p. 184, secondo cui la risoluzione dello *smart contract* sarebbe programmabile *ab origine*, in quanto l'inadempimento costituisce una circostanza oggettiva e, dunque, verificabile. In senso contrario, invece, cfr. B. CAPPIELLO, *Dallo "smart contract" computer code allo smart "legal" contract*, in *Riv. comm. int.*, 2020, p. 490, secondo cui non sarebbe possibile prevedere i rimedi in caso di inadempimento all'interno dello *smart contract (code)*.

<sup>(94)</sup> Sull'inidoneità della non scarsa importanza ad essere tradotta in termini informatici cfr. M. GIULIANO, *La blockchain e gli smart contracts nell'innovazione del diritto nel terzo millennio*, cit., p. 1027.

<sup>(95)</sup> Di avviso contrario, invece, N. GENTILE, *Vicende patologiche del contratto in forma di smart contract*, cit., p. 336, il quale ipotizza la possibilità di includere nello *smart contract* una *library* contenente casi predeterminati di inadempimento ritenuti di scarsa importanza.

programmazione informatica la risoluzione stragiudiziale, con particolare riguardo al termine essenziale e alla clausola risolutiva espressa, posto che in tali fattispecie l'effetto risolutivo non presuppone una pronuncia giudiziale e non rileva una valutazione esterna circa la gravità dell'inadempimento.

Tra le due diverse ipotesi, quella che più appare conforme al linguaggio di programmazione è certamente il termine essenziale, in quanto l'effetto risolutivo si produce direttamente con lo spirare di esso, senza che occorra alcuna dichiarazione da parte del contraente fedele. Basterebbe allora prevedere nel codice dello *smart contract* che, in caso di mancata (o inesatta) esecuzione della prestazione nel termine stabilito (*if*), si produrrà automaticamente la retrocessione delle prestazioni eventualmente già eseguite (*then*). Il solo fatto di subordinare l'effetto della inversione delle prestazioni alla infruttuosa scadenza del termine varrebbe di per sé a qualificare quest'ultimo come soggettivamente essenziale<sup>(96)</sup>. Per quanto concerne, invece, la clausola risolutiva espressa, può ritenersi che la previsione, nello *smart contract (code)*, di una relazione logica *if-then* tale per cui si ricollega, alla mancata o inesatta esecuzione di una determinata prestazione (*if*), la conseguenza della retroversione degli effetti eventualmente già prodottisi in virtù della *self-enforceability* del contratto intelligente, esprima adeguatamente il carattere di essenzialità della prestazione e della non scarsa importanza di un suo inadempimento, apprezzata *ex ante* dai contraenti. Si aggiunga, però, che nella clausola risolutiva espressa – a differenza di quanto accade per il termine essenziale – l'effetto risolutivo non si verifica automaticamente di diritto, ma richiede la dichiarazione del contraente fedele di volersene avvalere; pertanto, la sua integrazione all'interno del codice potrebbe rivelarsi ben più complessa<sup>(97)</sup>. Il

---

<sup>(96)</sup> Poiché, in tal modo, il creditore avrebbe inequivocabilmente, ancorché non espressamente, manifestato la volontà di ritenere inutile la prestazione eseguita successivamente al termine indicato. V. sul punto U. CARNEVALI, voce *Risoluzione per inadempimento*, cit., p. 1089.

<sup>(97)</sup> In questo senso v. C. PERNICE, *Smart contract e automazione contrattuale: potenzialità e rischi della negoziazione algoritmica nell'era digitale*, cit., p. 132, per la quale il potere di scelta di avvalersi della clausola risolutiva espressa, nel contesto della disciplina delineata all'art. 1456 c.c., sarebbe certamente incompatibile con il carattere dell'esecuzione automatizzata ascrivibile allo *smart contract*.

Per una diversa lettura cfr. N. GENTILE, *Vicende patologiche del contratto in forma di smart contract*, cit., p. 337, secondo cui «la dichiarazione di valersi dell'ipotesi di clausola risolutiva può essere effettuata *intra-smart contract*, automaticamente o meno, non appena lo *smart contract* verifichi che, a prescindere dal risultato, le modalità stabilite per l'adempimento di determinate obbligazioni non siano rispettate».

Inoltre, si segnala una – ancorché isolata – pronuncia giurisprudenziale dove si afferma

problema, comunque, potrebbe essere risolto alla radice qualificando la suddetta relazione logica nei termini di una condizione risolutiva di inadempimento<sup>(98)</sup>, poiché in tal caso gli effetti risolutivi sarebbero certamente automatici<sup>(99)</sup>.

Quanto agli strumenti di autotutela contrattuale<sup>(100)</sup>, esercitabili in caso di inadempimento dello *smart (legal) contract*, e – in particolare – all’eccezione di inadempimento *ex art. 1460 c.c.*, deve sottolinearsi come questa sembrerebbe fuori gioco in base alla stessa *self-enforceability* dei contratti intelligenti, la quale precluderebbe ai contraenti di evitare l’esecuzione della prestazione automatizzata<sup>(101)</sup>. Eppure, il medesimo effetto dell’eccezione di inadempimento potrebbe raggiungersi configurando la relazione *if-then* all’interno dello *smart contract (code)* in modo da consentire l’esecuzione della prestazione automatizzata (*then*) esclusivamente previa verifica dell’adempimento della controprestazione *off-chain (if)*<sup>(102)</sup>.

Per garantire ulteriormente l’adempimento della prestazione *off-chain* si potrebbe poi ricorrere alle c.d. operazioni *multi-signature*<sup>(103)</sup>, attraverso il preventivo deposito<sup>(104)</sup> dell’oggetto digitale della prestazione da

la possibile automaticità dell’effetto risolutivo a fronte dell’inadempimento, in presenza di una clausola risolutiva espressa, a prescindere dalla comunicazione della parte fedele di volersi avvalere della stessa; si veda in proposito Cass. civ., 29 settembre 2015, n. 19230, in *Dir. & giust.*, 35, 2015, p. 92, con nota di E. BRUNO, *La risoluzione del contratto può operare di diritto, anche in assenza di comunicazione, e ad iniziativa di parte*.

<sup>(98)</sup> In senso contrario, cfr. G. MARCHETTI, *Lineamenti evolutivi della potestatività condizionale: dal contratto allo smart contract*, cit., p. 129 ss., la quale esclude che le condizioni risolutive potestative possano operare in relazione ad uno *smart contract*, muovendo dalla automatizzazione dell’esecuzione, dalla immodificabilità del contratto intelligente e dall’indipendenza di questo rispetto alla volontà delle parti, che – come visto – riducono se non azzerano ogni margine di discrezionalità dei contraenti. Tuttavia, tali argomentazioni trovano un limite nella riconosciuta possibilità dell’inadempimento dello *smart contract*, che in questo lavoro s’intende, seppur nei termini anzidetti, ribadire.

<sup>(99)</sup> U. CARNEVALI, voce *Risoluzione per inadempimento*, cit., p. 1089.

<sup>(100)</sup> Cfr. in proposito F. ADDIS, voce *Autotutela contrattuale*, in *Enc. dir. – I tematici*, I, *Il contratto*, cit., p. 47 ss.

<sup>(101)</sup> V. *supra* il par. 1.

<sup>(102)</sup> Si veda in proposito S.A. CERRATO, *Contratti tradizionali, diritto dei contratti e smart contract*, cit., p. 293, il quale – di fronte ad una relazione logica configurata come descritta nel testo – discorre di «variante, contrattualizzata *ex ante*» dell’eccezione di inadempimento.

<sup>(103)</sup> Una sintetica ancorché efficace descrizione di tale meccanismo si rinviene in P. CUCCURU, *Blockchain ed automazione contrattuale. Riflessioni sugli smart contract*, cit., p. 109 s.

<sup>(104)</sup> F. BASSAN - M. RABITTI, *Recenti evoluzioni dei contratti sulla blockchain. Dagli smart legal contracts ai ‘contracts on chain’*, cit., p. 574, per i quali la funzione di deposito potrebbe essere assolta direttamente dalla *Blockchain*, in quanto essa sarebbe in grado di controllare l’attività che le parti compiono sulla stessa.

eseguirsi *on-chain* (si pensi – ad esempio – a un certo quantitativo di criptovaluta, oppure ad un *NFT*) in un *account* (o *wallet*) che non sia nella titolarità esclusiva di una delle parti, ma che sia gestito da entrambe unitamente ad un terzo; l'operazione potrà essere sbloccata, una volta verificato l'adempimento della controprestazione, con il consenso di almeno due delle tre parti. Similmente, si potrebbe prevedere l'implementazione, in uno *smart contract*, di un *escrow agreement*, attraverso il preventivo deposito della *res* digitale, oggetto della prestazione automatizzata, in un *escrow account* gestito da un terzo; una volta verificato l'adempimento della controprestazione, verrà inviato un impulso basato su *blockchain* che innesca l'automatica esecuzione della prestazione<sup>(105)</sup>.

Infine, relativamente al risarcimento del danno derivante dall'inadempimento, questo potrebbe essere forfettariamente liquidato in via anticipata dai contraenti, secondo il meccanismo della clausola penale *ex artt.* 1382 ss. c.c.<sup>(106)</sup>. In tale maniera, al momento della redazione del codice informatico dello *smart contract*, potrà individuarsi una determinata somma che, convertita in criptovaluta, verrà depositata – come visto sopra – presso un *account* gestito (anche) da un terzo, secondo gli schemi delle operazioni *multi-signature*, ovvero dell'*escrow agreement* integrato su *smart contract*. Conseguentemente, al verificarsi dell'eventuale inadempimento (*if*), la somma sarà automaticamente indirizzata sull'*account* (o *wallet*) riconducibile alla parte fedele (*then*), mentre – in caso di adempimento – la criptovaluta sarà restituita, attraverso l'inversione dell'operazione di deposito.

Tuttavia, i suddetti rimedi, preventivamente delineati all'interno dello *smart contract (code)*, se da un lato esaltano l'autonomia contrattuale<sup>(107)</sup> ed escludono ogni margine di discrezionalità valutativa di soggetti terzi, dall'altro lato farebbero gravare sui contraenti l'eccessivo onere di individuare *ex ante* (e riversarle nel codice informatico) tutte le possibili ipotesi di inadempimento e le conseguenze alle stesse<sup>(108)</sup>, individuazione che

<sup>(105)</sup> Per una siffatta prospettiva v. P. DE FILIPPI - A. WRIGHT, *Blockchain and the law: the rule of code*, cit., p. 75. Del medesimo avviso ci pare anche E. MAIO, *La gestione dell'inadempimento contrattuale negli smart contract*, cit., p. 1341.

<sup>(106)</sup> Sulla possibilità di integrare su *smart contract* la clausola penale si veda, per tutti, N. GENTILE, *Vicende patologiche del contratto in forma di smart contract*, cit., p. 335.

<sup>(107)</sup> In questo senso cfr. L. PAROLA - P. MERATI - G. GAVOTTI, *Blockchain e smart contract: questioni giuridiche aperte*, cit., p. 688.

<sup>(108)</sup> Limpidamente, in questo senso, G. RINALDI, *Smart contract: meccanizzazione del contratto nel paradigma della blockchain*, cit., p. 362, il quale osserva appunto che «Le parti, infatti, devono regolare preventivamente e specificatamente tutte le circostanze che possono astrattamente verificarsi: perciò, in ipotesi di accordi non facilmente standardizzabili, i

oltre ad essere particolarmente dispendiosa risulta, nei casi più complessi, alquanto difficoltosa<sup>(109)</sup>.

All'esito delle riflessioni di cui sopra, ciò che immediatamente si avverte è l'inesistenza, al momento<sup>(110)</sup>, di un rimedio che consenta di offrire, sempre e comunque, una tutela pienamente efficace ed efficiente per la vittima dell'inadempimento di uno *smart (legal) contract*. La proposta è dunque quella di adottare un approccio casistico, individuando pertanto il rimedio che, di volta in volta, appare in concreto più adeguato. È possibile, in ogni caso, procedere ad una graduazione degli strumenti di tutela in base al livello di incidenza e compatibilità che essi presentano nei confronti del sistema di funzionamento dei contratti intelligenti.

Pertanto, di fronte a *smart (legal) contracts* che sottendono fattispecie non eccessivamente complesse, la soluzione più adeguata sembrerebbe quella della preventiva programmazione nel codice informatico dei rimedi che l'ordinamento riconosce a fronte dell'inadempimento e, in particolare, di quelli che operano in via stragiudiziale (clausola risolutiva espressa o condizione risolutiva d'inadempimento, termine essenziale, eccezione – "contrattualizzata *ex ante*" – d'inadempimento, clausola penale). Si esclude infatti, in questo modo, l'intervento di soggetti terzi che possano introdurre ulteriori elementi di incertezza nel sistema.

Qualora, invece, la fattispecie contrattuale sia più articolata, ovvero la previsione delle ipotesi e delle conseguenze dell'inadempimento si presenti più difficoltosa o comunque inefficace, sarebbe preferibile avvalersi di servizi di *Blockchain-based Dispute Resolution*, là dove possibile e con l'auspicio che tali strumenti siano ulteriormente perfezionati nel prossimo futuro, nell'ottica di una loro più ampia diffusione. Nondimeno, si potrebbe alternativamente ricorrere, seppur con i limiti sopra evidenziati, ad arbitri o giudici esterni alla *chain*, in funzione di oracolo, tramite l'intro-

---

contraenti potrebbero trovarsi a dover sopportare costi ed oneri molto superiori rispetto a quelli che avrebbero sostenuto optando per un contratto tradizionale».

<sup>(109)</sup> Secondo I. MARTONE, *Gli smart contracts. Fenomenologia e funzioni*, cit., p. 166, «per quanto, infatti, i contraenti possano affannarsi nel prevedere le "alternative dormienti" potenzialmente spiegabili in relazione ad un regolamento contrattuale, difficilmente tale sforzo sarà in grado di restituire un quadro realmente esaustivo delle sue eterogenee declinazioni». Evidenziano la difficoltà per le parti di prevedere e codificare in anticipo tutte le possibili reazioni anche L. PAROLA - P. MERATI - G. GAVOTTI, *Blockchain e smart contract: questioni giuridiche aperte*, cit., p. 687.

<sup>(110)</sup> Per tale motivo devono guardarsi con particolare interesse esperimenti quali quello relativo ai c.d. *contracts on chain* su *blockchain* di terza generazione. Cfr. *supra* la nt. 67.

duzione nello *smart contract (code)* di una clausola compromissoria, ovvero di un accordo sulla competenza giudiziale.

Per concludere, quale *extrema ratio*, residuano pur sempre i rimedi giudiziali completamente *off-chain*, seppur con mera funzione compensativo-risarcitoria, sempre che si risolva (per quanto riguarda, nello specifico, gli *smart contracts* direttamente negoziati e conclusi sulla catena di blocchi) il problema della (possibile) pseudonimia dei contraenti, tratto caratteristico delle *blockchain permissionless*, in ipotesi attraverso il ricorso a *blockchain* private o di terza generazione.

EDOARDO BACCIARDI (\*)

Ricercatore nell'Università di Pisa

## AUTONOMIA E FRAGILITÀ DEGLI ANZIANI A VENT'ANNI DALLA LEGGE 6/2004

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Accertamento della perdita di autonomia dell'anziano, tecniche di misurazione della fragilità e sussidiarietà dell'amministrazione di sostegno. – 3. L'ascolto dell'interessato e la sua rilevanza nel corso (e a seguito) della procedura di nomina. – 4. L'autodeterminazione del beneficiario nel compimento degli atti personalissimi e nelle attività assoggettate ad un regime di rappresentanza o assistenza. – 5. Amministrazione di sostegno ed età avanzata: *senectus ipsa (non) est morbus*.

1. – A vent'anni dalla entrata in vigore della l. 9 gennaio 2004, n. 6, la dialettica fra *amministrazione di sostegno* e *autonomia del beneficiario* dischiude una pluralità di riflessioni e prospettive di indagine, avvinte fra loro dall'interrogativo se il “nuovo” istituto di protezione abbia o meno costituito uno strumento adatto a fronteggiare le varie problematiche di ordine medico, sociale e familiare che possono rendere necessaria l'adozione di una misura di supporto compatibile con la preservazione della capacità di agire dell'interessato.

Non essendo questa la sede per fare un bilancio complessivo sull'utilizzo della figura e sulle prassi operative finora sviluppatesi<sup>(1)</sup>, verrà assunta quale angolo di osservazione la condizione degli adulti fragili, onde valutare se il legislatore sia riuscito a calare nella dimensione applicativa quella costellazione di principi che presidiano, nell'orizzonte sovranazionale, l'indipendenza e la dignità delle persone in età avanzata<sup>(2)</sup>. Se – invero – «il diritto significa, per l'anziano, la salvaguardia della

---

(\*) Il contributo rientra nell'attività di ricerca svolta nel contesto del progetto “THE” – *Tuscany Health Ecosystem (Spoke 10 – Population Health)*, finanziato nell'ambito del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR).

(1) Si rinvia, a tale fine, a P. CENDON, *Vent'anni di amministrazione di sostegno*, in *R. crit. d. priv.*, 2023, p. 7 ss.; M.N. BUGETTI, *Amministrazione di sostegno*, in *Comm. Scialoja – Branca*, Bologna-Roma 2024.

(2) Circoscrivendo la rassegna ai contributi più recenti, v. C. IRTI, *La persona anziana tra famiglia e società. Problematiche di diritto civile*, Pisa 2023; P. FRANZINA, *Un nuovo diritto internazionale privato della protezione degli adulti: le proposte della Commissione Europea e*

possibilità di scelta»<sup>(3)</sup>, il circoscritto *fitness check* al quale intendiamo sottoporre la disciplina dell'amministrazione di sostegno non può che incentrarsi sull'idoneità dell'istituto a preservare, nella misura più ampia possibile, la sfera del «poter fare» dell'adulto non (più) pienamente *compos sui*.

Le riflessioni che seguono si appunteranno, in particolare, sulle principali accezioni nelle quali può essere declinata l'autodeterminazione del soggetto sottoposto al regime di protezione regolato dagli artt. 404 ss. c.c.: *i*) in primo luogo, l'autonomia dell'interessato costituisce l'oggetto dell'accertamento demandato al giudice tutelare; la stessa ubicazione della disciplina nel titolo del codice civile dedicato alla tutela delle «persone prive in tutto od in parte di autonomia» pone la misurazione del *deficit* di autosufficienza dell'amministrando al cuore dell'attività istruttoria prodromica all'accoglimento o al rigetto dell'istanza di nomina; *ii*) in secondo luogo, l'autodeterminazione rileva in termini di garanzia processuale, nel senso che l'interessato deve disporre di adeguati canali attraverso i quali far sentire la propria voce nel corso (e a seguito) della procedura; *iii*) in terzo luogo, il coefficiente di autonomia del beneficiario diviene un riflesso della capacità di agire conservata dal destinatario della misura di protezione.

L'esame delle interrelazioni fra *autonomia* e *senescenza* evoca l'ulteriore questione, alla quale saranno dedicati alcuni rilievi conclusivi, riguardante la possibilità di rintracciare nel fisiologico indebolimento fisico e cognitivo associato al trascorrere degli anni un presupposto sufficiente per la nomina di un amministratore. Il monito «antico» – ed eppure «carico di

---

*gli sviluppi attesi in Italia*, in *R. d. int. priv. proc.*, 2023, p. 519 ss.; M.N. BUGETTI, *Cura della persona anziana e relazione familiare: una indicazione al legislatore dal codice delle famiglie della Repubblica di Cuba?*, in *Fam. e d.*, 2023, p. 680 ss.; C.M. CASCIONE, *Il lato grigio del diritto. Invecchiamento della popolazione e tutela degli anziani in prospettiva comparatistica*, Torino 2022; M. TESCARO, *Invecchiamento della popolazione e Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR): riflessioni civilistiche in un contesto interdisciplinare*, in *Nuovo dir. civ.*, 2022, p. 27 ss.; E. BATTELLI, *Vulnerabilità della persona e debolezza del contraente*, in questa *Rivista*, 2022, p. 639 ss.; M. CASTELLANETTA, *La protezione degli adulti in situazione di vulnerabilità: il ruolo degli atti internazionali a tutela dei diritti umani*, in *Notariato*, 2023, p. 653 ss.; P. CORRIAS, *Il mercato come risorsa della persona vulnerabile*, in questa *Rivista*, 2022, p. 968 ss.; Id. (a cura di), *I soggetti vulnerabili nella disciplina comune e nei mercati regolamentati*, Napoli 2022; S. SCOLA, *Il consenso informato del paziente anziano*, in *Famiglia*, 2022, p. 197 ss.; M. TAMPONI, *Nel diritto della terza età. Le rughe tra giudizio e pregiudizio*, Soveria Mannelli 2021; P. CENDON, *Persone fragili, diritti civili*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2021, p. 167 ss.; D. POLETTI, *Vulnerabilità e atti personalissimi*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 2020, p. 13 ss.; A. FUSARO, *L'atto patrimoniale della persona vulnerabile*, Napoli 2019.

<sup>(3)</sup> L. ROSSI CARLEO, *Il futuro degli anziani: le ragioni di una ricerca*, in EAD. - M.R. SAULLE - L. SINISCALCHI, *La terza età nel diritto interno ed internazionale*, Napoli 1997, p. 17.

una non risolta inquietudine»<sup>(4)</sup> – enunciato nel Formione di Terenzio secondo cui l'età avanzata integra *di per sé* una malattia è stato riformulato in chiave interrogativa, alcuni anni prima dell'entrata in vigore della l. n. 6/2004, da Cesare Massimo Bianca: il quesito, straordinariamente attuale, «*senectus ipsa morbus?*»<sup>(5)</sup> richiama l'attenzione dell'interprete sulle giustificazioni del tradizionale agnosticismo del legislatore rispetto alle fasi della vita materiale dell'uomo<sup>(6)</sup>, nonché sull'ineludibile coordinamento tra le diverse strategie di gestione – private e giudiziali<sup>(7)</sup> – delle istanze di tutela discendenti dalla condizione senile.

2. – Ad un primo livello di indagine, la determinazione del grado di autosufficienza del potenziale beneficiario dell'amministrazione di sostegno costituisce, come accennato, il *thema probandum* del corrispondente procedimento di volontaria giurisdizione. Nel solco teleologico tracciato dalla l. n. 6/2004, la valutazione della carenza di autonomia dell'interessato si rivela strumentale al “confezionamento” di una misura personalizzata alla luce delle esigenze di supporto dedotte nell'istanza rivolta al giudice tutelare.

Muovendo dalla constatazione che la nomina di un amministratore risponde – ed è chiamata a porre rimedio – ad una sofferenza dell'autonomia<sup>(8)</sup>, occorre selezionare i parametri deputati a “misurare” la fragilità del beneficiario e, segnatamente, della persona in età avanzata. La complessità della questione è attestata dalla pluralità di tecniche di *screening* del paziente geriatrico: l'analisi imperniata sui tradizionali *items* del modello fenotipico dell'anziano ha ceduto, progressivamente, il campo ad uno scrutinio multidimensionale della fragilità, la cui eziologia viene ricostruita non solo in termini di disabilità motoria e cognitiva, bensì tenendo in

(4) P. STANZIONE, *Le età dell'uomo e la tutela della persona: gli anziani*, in ID. (a cura di), *Anziani e tutele giuridiche*, Napoli 1991, p. 27.

(5) C.M. BIANCA, *Senectus ipsa morbus?*, in *Rass. d. civ.*, 1998, p. 241 ss.

(6) L. MENGONI, *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 1982, p. 1117 ss.

(7) M. GIROLAMI, *Dalla crisi dell'amministrazione di sostegno al mandato di protezione: un bilancio de iure condendo*, in questa *Rivista*, 2021, V, p. 854 ss.; EAD., *La scelta negoziale nella protezione degli adulti vulnerabili: spunti dalla recente riforma tedesca*, in questa *Rivista*, 2023, p. 854 ss.; C. FAVILLI, *Amministrazione di sostegno e strumenti negoziali nella protezione degli adulti vulnerabili*, in *I nuovi orientamenti della Cassazione Civile*, a cura di C. Granelli, Milano 2023, p. 41 ss.; V. RUBERTELLI, *Il mandato di protezione e la tutela dei soggetti fragili: un buon esempio da emulare*, in *Notariato*, 2023, p. 649 ss.; M.N. BUGETTI, *Amministrazione di sostegno*, cit., p. 45 ss.; EAD., *Verso ... e oltre l'amministrazione di sostegno: una retrospettiva su un criticato istituto di successo*, in *Fam. e d.*, 2024, p. 311 ss.

(8) Così M. DELL'UTRI, *Diritto e corpo*, in *Giur. it.*, 2021, p. 1500.

considerazione la situazione abitativa dell'interessato e il relativo contesto socio-assistenziale<sup>(9)</sup>.

Ad una concezione olistica della fragilità si uniforma altresì la l. delega n. 33/2023 in materia di politiche in favore delle persone anziane, ove è rimarcata l'esigenza di operare una «valutazione multidimensionale bio-psico-sociale delle capacità e dei bisogni di natura sociale, sanitaria e sociosanitaria» delle «persone anziane fragili» e delle «persone anziane non autosufficienti», finalizzata all'accesso ad un «*continuum* di servizi» in ragione delle «necessità della persona e del suo contesto familiare»<sup>(10)</sup>. Se – da un lato – l'adozione di un approccio “integrato” al tema della tutela degli adulti fragili recepisce l'accennata evoluzione della medicina geriatrica, sono stati – da un altro lato – denunciati l'utilizzo coestensivo e tautologico dei concetti di *fragilità*, *vulnerabilità* e *non autosufficienza*<sup>(11)</sup>, nonché il pericoloso slittamento del baricentro del sistema di protezione della popolazione anziana priva di autonomia dalla tutela della salute (art. 32 Cost.) a quella assistenziale (art. 38 Cost.), complice l'argomento secondo cui «per fronteggiare la non autosufficienza la funzione sociale prevale su quella sanitaria»<sup>(12)</sup>.

<sup>(9)</sup> M. COLOMBO, *Strumenti di misura della fragilità*, in *Giorn. it. med. riab.*, 2021, 35, 2, p. 20 ss.; A. GUAITA - L. PANELLA, *Districare i concetti di comorbidità, fragilità e disabilità*, in *Giorn. it. med. riab.*, 2021, 35, 2, p. 1 ss.; V. FIORE - N. BOEMI, *Riconoscere la fragilità: gli strumenti della valutazione multidimensionale*, in *Il Giornale di AMD*, 2013, 16, p. 11 ss.; A. PILOTTO - L. FERRUCCI, *Verso una definizione clinica della fragilità: utilità dell'approccio multidimensionale*, in *Giorn. geront.*, 2011, p. 125 ss.

<sup>(10)</sup> Cfr. art. 2, comma 2°, lett. e, l. 23 marzo 2023, n. 33.

In relazione all'ambito applicativo delle tutele introdotte in favore degli individui in età senile, il decreto attuativo della legge delega ancora le nozioni di «persona anziana» e di «persona grande anziana» al compimento, rispettivamente, di 65 e 80 anni, mentre viene definita «non autosufficiente» la «persona anziana che, anche in considerazione dell'età anagrafica e delle disabilità pregresse, presenta gravi limitazioni o perdita dell'autonomia nelle attività fondamentali della vita quotidiana e del funzionamento bio-psico-sociale, valutate sulla base di metodologie standardizzate, tenendo anche conto delle indicazioni fornite dalla Classificazione internazionale del funzionamento, della disabilità e della salute – *International Classification of Functioning Disability and Health* (ICF) dell'Organizzazione mondiale della sanità, dei livelli di stratificazione del rischio sulla base dei bisogni socioassistenziali e delle condizioni di fragilità, di multimorbilità e di vulnerabilità sociale, le quali concorrono alla complessità dei bisogni della persona, anche considerando le specifiche condizioni sociali, familiari e ambientali, in coerenza con quanto previsto dal regolamento recante la definizione di modelli e standard per lo sviluppo dell'assistenza territoriale nel Servizio sanitario nazionale (SSN)» (art. 2, d.lgs. 15 marzo 2024, n. 29).

<sup>(11)</sup> F. CEMBRANI - D. DE LEO, *La legge-delega in materia di politiche a favore degli anziani: le insidie delle molte deleghe in bianco lasciate al governo e di una Elder Law italiana che sembra aver messo nell'angolo la componente di cura della non autosufficienza*, in *Riv. it. med. leg.*, 2023, p. 454-455.

<sup>(12)</sup> Lo rileva, in termini critici, G.M. FLICK, *La tutela costituzionale del malato non*

L'allargamento del compasso dello scrutinio giudiziale alle «condizioni ambientali, sociali e familiari di vita»<sup>(13)</sup> dell'amministrando postula un mutamento del ruolo e della formazione<sup>(14)</sup> del CTU eventualmente chiamato a fornire il proprio ausilio durante la procedura di nomina. L'opportunità di elaborare un «quesito differente» da quello tradizionalmente rivolto al perito discende dall'assunto, ormai consolidato, per cui la «protezione attiva» del beneficiario – intesa quale «massima espansione e valorizzazione delle [sue] residue autonomie» – passa attraverso un'estensione dell'indagine istruttoria alla fragilità («non solo fisica, o psichica» ma anche) «relazionale», «anagrafica», «culturale» ed «etnica» dell'interessato<sup>(15)</sup>. Né deve essere sottovalutato il contributo della ricerca neuroscientifica, tanto ai fini di una più puntuale mappatura delle debolezze cognitive del beneficiario quanto in vista dell'adozione di strategie di sostegno mirate a limitarne l'impatto negativo sulle sue abitudini di vita<sup>(16)</sup>.

Dirigendo nuovamente l'attenzione verso la dialettica fra *autonomia* e *fragilità*, la relazione fra i due termini si rivela complessa<sup>(17)</sup> e non necessariamente biunivoca. Mentre, infatti, la «non autonomia» implica una condizione di fragilità dell'individuo, «l'inverso non è necessariamente vero»<sup>(18)</sup>, soprattutto ove lo scrutinio del giudice non si arresti agli elementi di prova nosograficamente accertabili allegati al ricorso. Da ciò discende, *a contrario*, che l'esistenza di una condizione di disabilità motoria e/o intellettuale può non essere sufficiente – laddove *sopperita* dal con-

---

*autosufficiente: le garanzie sanitarie dei LEA, il "pericolo" dei LEP*, in *Riv. ass. it. cost.*, 2023, p. 244.

<sup>(13)</sup> U. ROMA, *Amministrazione di sostegno: criticità normative sostanziali e processuali*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2021, p. 696, a parere del quale, proprio nei «casi incerti», si rende necessaria una «istruttoria mirata» che «non si esaurisca nel quesito al c.t.u. sulle condizioni fisiopsichiche».

<sup>(14)</sup> C. SCHENARDI, *Il ruolo dell'ausiliare del giudice rispetto all'"accertamento medico" nell'ottica del sostegno nell'"espletamento delle funzioni della vita quotidiana"*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2021, p. 726.

<sup>(15)</sup> C. SCHENARDI, *op. cit.*, p. 725-726.

<sup>(16)</sup> La possibile e «proficua» utilizzazione delle neuroscienze nelle indagini peritali strumentali allo scrutinio giudiziale «sull'*an* (attivazione)» e «sul *quomodo* (modalità di esecuzione)» della misura di protezione – ed in particolare della «forma più duttile costituita dall'amministrazione di sostegno» – è evidenziata da C. PERLINGERI, *Amministrazione di sostegno e neuroscienze*, in questa *Rivista*, 2015, p. 333.

<sup>(17)</sup> La «antitesi» concettuale tra *autonomia* e *vulnerabilità* – osserva A. FUSARO, *L'atto patrimoniale della persona vulnerabile*, cit., p. 7 e 9 – soffre il limite proprio delle relative «schematizzazioni», per definizione «scarsamente idonee a descrivere le complessità della persona umana».

<sup>(18)</sup> G.A. MICHELI, *Sempregiovani & maiveccchi. Le nuove stagioni della dipendenza nelle trasformazioni demografiche in corso*, Milano 2009, p. 34.

testo ambientale e familiare in cui il soggetto concretamente vive – ai fini dell'accoglimento dell'istanza di nomina di un amministratore.

Siffatta, progressiva, metamorfosi del concetto di fragilità si riverbera sulla valutazione giudiziale della (perdita di) autonomia del beneficiando. In questa prospettiva, la giurisprudenza più recente si è mostrata incline ad escludere la ricorrenza degli estremi per l'attivazione della misura di sostegno nell'ipotesi in cui la tutela dell'interessato «sia già di fatto assicurata in via spontanea dai familiari o dal sistema di deleghe» da questi «attivato autonomamente», pena l'imposizione di «misure restrittive» concretanti una grave «violazione dei diritti fondamentali della persona»<sup>(19)</sup>.

Il riscontro di una condizione di debolezza – clinicamente intesa – del potenziale beneficiario è, dunque, ben lungi dall'esaurire il tema probatorio sotteso al ricorso introduttivo del giudizio, occorrendo stabilire se l'esigenza di protezione ivi dedotta possa essere soddisfatta ad opera di una «rete familiare all'uopo organizzata e funzionale» ovvero se «non vi sia», per l'amministrando, «alcun supporto e alcuna diversa adeguata tutela»<sup>(20)</sup>. Solo in quest'ultima ipotesi, l'accertata situazione di *fragilità* si traduce in una *carezza di autonomia* rilevante ai sensi dell'art. 404 c.c.; di contro, in presenza di un'adeguata *safety net*, la nomina di un amministratore si porrebbe, soprattutto a fronte della lucida e motivata opposizione dell'interessato, in stridente contrasto con l'art. 12 della Convenzione delle Nazioni Unite sui Diritti delle persone con disabilità<sup>(21)</sup> e con il canone di giudizio enunciato dall'art. 5, par. 2 della Raccomandazione (99) 4 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, a mente del quale, «in deciding whether a measure of protection is necessary, account should be

<sup>(19)</sup> Cass. civ., sez. I, 27 settembre 2017, n. 22602, in *F. it.*, 2017, 11, I, c. 3307, con commento di CASABURI.

<sup>(20)</sup> Cass. civ., sez. I, 31 dicembre 2020, n. 29981, in *G. it.*, 2021, IX, p. 2335 ss., con commento di L. OLIVERO, *Amministrazione di sostegno e familiari*. In una prospettiva analoga, la giurisprudenza di merito aveva ritenuto «non attivabile» la misura «in presenza di una rete sociale attenta e vigile di idoneo supporto alla persona, non ravvisandosi, in tale ipotesi, il requisito dell'impossibilità gestionale» (Trib. Modena, sez. II, 5 febbraio 2016, in *Nuova g. civ. comm.*, 2016, p. 829 ss., con commento di M. PICCINI, *Misure di protezione e principio di sussidiarietà nell'attuazione dei diritti delle persone non autonome*).

<sup>(21)</sup> Il significato ampio del concetto di «*support*» evocato dalla norma è rimarcato da V. BARBA, *Persone con disabilità e capacità. Art. 12 della Convenzione sui diritti delle Persone con Disabilità e diritto civile italiano*, in *Rass. d. civ.*, 2021, p. 430-431, il quale evidenzia come esso comprenda tanto le misure disposte dall'autorità giudiziaria quanto i «casi di sostegno su base volontaria e le situazioni di fatto».

L'art. 12 della Convenzione è stato, a più riprese, richiamato dalla Suprema Corte al fine di valorizzare la residua autonomia dell'interessato contrario alla nomina dell'amministratore (cfr., fra le altre, Cass. civ., sez. I, 12 febbraio 2024, n. 3751, in *Guida al diritto*, 2024, p. 8).

taken of any less formal arrangements which might be made, and of any assistance which might be provided by family members or by others».

La necessità di una preventiva delibazione circa la possibilità di rispondere ai bisogni di tutela dell'interessato «con strumenti diversi»<sup>(22)</sup> dalla nomina di un amministratore pone l'istituto introdotto nel 2004 in un rapporto di «sussidiarietà funzionale»<sup>(23)</sup> rispetto agli ausili di matrice negoziale eventualmente fruibili dall'adulto fragile<sup>(24)</sup>. Neppure una menomazione fisica grave quale la completa cecità è stata ritenuta idonea ad integrare i presupposti per l'adozione della misura, avendo la Cassazione censurato l'omessa considerazione – da parte delle corti di merito – della circostanza, valorizzata invece dal CTU, che la persona interessata era «adeguatamente» supportata da una «rete familiare ed amicale» coordinata dalla figlia che provvedeva da oltre vent'anni a soddisfare esaurientemente le sue esigenze di tutela<sup>(25)</sup>.

L'assenza di un reticolo familiare e sociale di sostegno assurge, in questa prospettiva<sup>(26)</sup>, a vero e proprio *fatto costitutivo* della «impossibilità» del beneficiando di «provvedere ai propri interessi», richiamata dall'art. 404 c.c. quale ineludibile *step* probatorio per la nomina di un amministratore. L'auspicabile sedimentazione della regola di giudizio, recentemente codificata

(22) Cass. civ., sez. I, 11 luglio 2022, n. 21887, in *Mass. Giust. civ.*, 2022.

(23) C. FAVILLI, *Amministrazione di sostegno e strumenti negoziali nella protezione degli adulti vulnerabili*, cit., p. 49, ad avviso della quale tale dialettica riproduce la relazione riscontrabile, sul versante normativo, tra l'amministrazione di sostegno e le misure dell'interdizione e dell'inabilitazione.

(24) M.N. BUGETTI, *Amministrazione di sostegno*, cit., p. 49-50.

(25) Cass. civ., sez. I, 31 dicembre 2020, n. 29981, cit.

Nel medesimo solco interpretativo si colloca la recente pronuncia di legittimità che ha confermato la decisione della Corte di Appello di revocare la misura disposta dal giudice tutelare ai sensi dell'art. 404 c.c. in ragione della «piena capacità intellettiva» dell'interessato, del suo «grado di autodeterminarsi», della «esistenza di una rete familiare che ha adeguatamente assicurato la necessaria assistenza per ogni esigenza richiesta dalle condizioni fisiche del congiunto», della «predisposizione di un sistema di deleghe per la materiale attuazione delle sue decisioni», nonché del «dissenso dallo stesso manifestato in sede di audizione alla coadiuvazione di persone estranee al nucleo familiare nella gestione dei propri interessi» (Cass. civ., sez. I, 23 marzo 2023, n. 8143, in *Dejure*).

(26) Si tratta di un orientamento che riflette un rinnovato approccio *filosofico* al tema dell'amministrazione di sostegno, il cui ambito applicativo deve essere perimetrato alla luce della impossibilità (e non di una generica difficoltà) dell'interessato di provvedere ai propri interessi (cfr. M. TESCARO, *Un (quasi integralmente) encomiabile esempio di interpretazione restrittiva della disciplina dell'amministrazione di sostegno*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2021, p. 499, nonché – sui contorni della «impossibilità» del beneficiario di provvedere ai propri interessi – ID., voce *Amministrazione di sostegno*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Aggiornamento 2007, I, p. 15-16).

dal legislatore tedesco<sup>(27)</sup>, che assegna alla protezione *giudiziale* un ruolo sussidiario rispetto a quella *negoziale* determinerebbe inoltre un significativo effetto deflattivo sul carico giudiziario, la cui attuale entità rischia di vanificare proprio quelle istanze di flessibilità e personalizzazione della tutela che hanno ispirato l'introduzione dell'istituto<sup>(28)</sup>.

3. – Volgendo lo sguardo alla funzione assolta dall'autodeterminazione dell'interessato nelle more della procedura di nomina, a quest'ultimo è senza dubbio riconosciuta – stante il combinato disposto dei novellati artt. 473-bis 55 e 473-bis 58 c.p.c. – la capacità di «stare in giudizio» e di compiere da solo tutti gli atti processuali, «comprese le impugnazioni», senza che tali facoltà siano precluse dalla eventuale designazione di un amministratore provvisorio ai sensi dell'art. 405 c.p.c. Nell'estendere l'ambito applicativo della regola processuale sancita dal previgente art. 716 c.p.c. in materia di interdizione e inabilitazione, la riforma Cartabia ha inteso ribadire l'importanza di «non spogliare della capacità processuale chi non sia stato ancora privato della capacità legale d'agire»<sup>(29)</sup>, anche laddove i rimedi della rappresentanza e dell'assistenza vengano plasmati, come avviene per l'amministrazione di sostegno, in ragione delle peculiari condizioni in cui versa, di volta in volta, il beneficiando.

Posta, dunque, la piena capacità di stare in giudizio dell'interessato, una rilevanza «centrale»<sup>(30)</sup> nell'ambito del procedimento deve essere assegnata all'audizione prevista dall'art. 407, comma 2°, c.c.

Si tratta di uno snodo istruttorio profondamente diverso dall'esame dell'interdicendo e dell'inabilitando, poiché finalizzato a garantire non tanto l'*accertamento* delle condizioni dell'amministrando quanto piuttosto il suo effettivo *coinvolgimento* nella procedura di nomina<sup>(31)</sup>. Il giudice è chiamato, di conseguenza, a «sentire la persona» ed a «tenere conto» – compatibilmente «con il tipo ed il grado di disabilità» della medesima, nonché «con gli interessi e le [sue] esigenze di protezione» – dei «bisogni» e delle «richieste» che emergono nel corso dell'audizione, al duplice scopo di decidere se procedere o meno alla nomina e di adottare, nel primo caso,

<sup>(27)</sup> M. GIROLAMI, *La scelta negoziale nella protezione degli adulti vulnerabili: spunti dalla recente riforma tedesca*, cit., p. 864.

<sup>(28)</sup> Sulle difficoltà operative determinate dal carico giudiziario attualmente gravante sui giudici tutelari cfr. G. CARLESSO - M.T. GENTILE - R.M. GIGANTESCO - I. MAZZEI - S. SANTARONI, *Le armi spuntate del Giudice Tutelare*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2021, p. 702 ss.

<sup>(29)</sup> C. cost., 27 luglio 2023, n. 168, in *G. cost.*, 2023, IV, p. 1711.

<sup>(30)</sup> Cass. civ., sez. I, 31 marzo 2022, n. 10483, in *Mass. Giust. civ.*, 2022.

<sup>(31)</sup> A. COSTA, *Interessi protetti e presupposti applicativi nell'amministrazione di sostegno*, in *D. fam.*, 2023, I, p. 214.

un «provvedimento congruo e commisurato alle concrete esigenze dell'amministrando»<sup>(32)</sup>.

Il diverso – e più esteso<sup>(33)</sup> – rilievo dell'audizione prevista dall'art. 407, comma 2°, c.c. rispetto alla incombenza istruttoria (ad essa solo apparentemente corrispondente) disciplinata dall'art. 419 c.c. induce ad escludere che l'ascolto del beneficiando possa essere surrogato dall'esame di quest'ultimo in un precedente giudizio di interdizione<sup>(34)</sup>. Ciò non solo alla luce del difetto di «attualità» del materiale probatorio raccolto ma, soprattutto, in ragione della circostanza che l'ascolto del potenziale destinatario della misura consente al giudice di appurarne le «specifiche condizioni psico-fisiche» e di «calibrare al meglio sulle sue esigenze i provvedimenti da adottare, tenendo conto, nei limiti del possibile, della sua volontà»<sup>(35)</sup>.

All'essenzialità dell'audizione non corrisponde la vincolatività dei *desiderata* manifestati dal beneficiando, né della sua eventuale contrarietà alla nomina di un amministratore. È stata la Corte Costituzionale – chiamata a scrutinare la legittimità degli artt. 407 e 410 c.c. nella parte in cui «non subordinano al consenso dell'interessato l'attivazione della misura»<sup>(36)</sup> – a chiarire che il dissenso dell'amministrando può concorrere alla formazione del convincimento del giudice purché si riveli «giustificato e prevalente su ogni altra diversa considerazione» legata agli «interessi» ed alle «esigenze di protezione della persona»<sup>(37)</sup>.

Appurato che il diritto del potenziale beneficiario di essere sentito dal giudice non si traduce in un potere di veto, il rilievo dell'opposizione all'attivazione della misura sarà direttamente proporzionale alla lucidità<sup>(38)</sup> delle argomentazioni mediante cui la stessa viene rappresentata in

<sup>(32)</sup> Cass. civ., sez. I, 31 marzo 2022, n. 10483, cit.

<sup>(33)</sup> U. ROMA, *L'amministrazione di sostegno: i presupposti applicativi e i difficili rapporti con l'interdizione*, in *Nuove l. civ. comm.*, 2004, p. 1027.

<sup>(34)</sup> Cass. civ., sez. I, 19 gennaio 2023, n. 1667, in *IUS Famiglie*, 2023, con commento di LESTINI.

<sup>(35)</sup> Cass. civ., sez. I, 19 gennaio 2023, n. 1667, cit.

<sup>(36)</sup> Secondo il giudice rimettente, le norme censurate avrebbero violato «la dignità della persona e la relativa sfera di libertà giuridica», tramutando il «nuovo strumento di protezione dei soggetti in difficoltà in una sorta di interdizione camuffata, nella quale la volontà della persona viene annullata senza una ragionevole giustificazione e senza le relative garanzie e cautele» (cfr. C. cost., 19 gennaio 2007, n. 4, in *Fam. e d.*, 2007, p. 874 ss., con commento di A FIGONE, *Amministrazione di sostegno e dissenso del beneficiario*).

<sup>(37)</sup> C. cost., 19 gennaio 2007, n. 4, cit.

<sup>(38)</sup> Cass. civ., sez. I, 31 dicembre 2020, n. 29981.

Evidenza – sul punto – L. OLIVERO, *Amministrazione di sostegno e familiari*, cit., p. 2337: «(...) se 'pienamente lucida' significasse, come sembra, 'pienamente capace d'intendere e volere', si finirebbe col restringere troppo l'area del dissenso apprezzabile. Essere un

giudizio<sup>(39)</sup>.

E così, da un lato, l'amministrazione di sostegno non potrà essere istituita «nei confronti di chi, pienamente lucido, vi si opponga», a condizione che la sua protezione sia – nei termini che abbiamo precisato<sup>(40)</sup> – assicurata «in via spontanea dai familiari» o «dal sistema di deleghe» predisposto dallo stesso interessato<sup>(41)</sup>; da un altro lato, nessun rilievo dovrà essere assegnato al dissenso acritico e immotivato dell'amministrando, potenzialmente discendente dalla patologia psichica che lo affligge e lo rende, del tutto o in parte, inconsapevole del proprio *deficit* di autonomia<sup>(42)</sup>.

Il riscontro di un comportamento ostruzionistico del potenziale beneficiario nel corso della fase istruttoria non giustifica peraltro, *di per sé*, l'accoglimento dell'istanza di nomina di un amministratore. Neppure il rifiuto della persona di sottoporsi alla visita del CTU – liberamente valutabile, quale argomento di prova, agli effetti dell'art. 116 c.p.c. – può «lasciar presumere», in assenza di «accertamenti clinici certi ed univoci», la sussistenza di una «menomazione» o una «difficoltà di vita» tali da rendere necessaria l'adozione di una misura di sostegno<sup>(43)</sup>.

Oltre ad incidere sulla decisione *se* provvedere alla nomina di un amministratore, l'ascolto dell'interessato può indirizzare il giudice nella *scelta* della persona alla quale affidare l'incarico<sup>(44)</sup>. Muovendo dall'assun-

po' confusi, 'opachi' o semi-capaci non significa in effetti essere inetti a esprimere un rifiuto attendibile; senza contare che se fosse vera la premessa, e cioè se il dissenziente fosse davvero 'pienamente' in grado di determinarsi, sarebbe allora la misura in sé ad essere, forse, superflua (...). Dunque, il dissenso è sempre rilevante, anche se proviene da chi non sia perfettamente lucido. Anche se chi lo esprime è mosso da un'idiosincrasia che può sembrarci immotivata; perché è solo il vizio di mente grave che rende il soggetto 'inconsapevole finanche del bisogno di assistenza' – come ammette giustamente l'ordinanza – che può togliere al dissenso il peso che gli compete. Ma qual è, appunto, questo peso? Meramente orientativo o 'bloccante'? Inutile dire che un vero potere di veto non sarebbe predicabile senza smantellare la logica paternalistica che, pur addolcita, permea le misure protettive».

<sup>(39)</sup> G. FERRANDO, *L'amministrazione di sostegno nelle sue recenti applicazioni*, in *Fam. pers. succ.*, 2010, p. 844, a parere della quale il dissenso manifestato da persona lucida e consapevole «dovrebbe costituire un ostacolo insuperabile alla pronuncia del giudice».

<sup>(40)</sup> *Supra* n. 2.

<sup>(41)</sup> Cass. civ., sez. I, 27 settembre 2017, n. 22602, cit.

<sup>(42)</sup> V. AMENDOLAGINE, *Il diritto all'autodeterminazione prevale sulla cura delle mere esigenze patrimoniali*, in *G. it.*, 2023, p. 547.

<sup>(43)</sup> In questi termini Cass. civ., sez. I, 27 maggio 2024, n. 14689, in *Guida al diritto*, 2024, p. 23.

<sup>(44)</sup> La manifestazione del dissenso del beneficiando viene talora accompagnata dalla richiesta – formulata in via gradata rispetto a quella di rigetto dell'istanza di nomina – di affidare l'incarico ad un determinato soggetto (cfr. Cass. civ., sez. I, 31 marzo 2022, n.

to per cui l'audizione prevista dall'art. 407, comma 2°, c.c. si rivela «strumentale anche alla individuazione del soggetto più adeguato ad assumere i compiti e i poteri dell'amministrazione di sostegno», la Suprema Corte ha cassato la pronuncia di merito che non aveva conferito rilievo ad una missiva nella quale la beneficianda esprimeva la propria volontà di essere supportata dalla madre<sup>(45)</sup>. Alla stregua di considerazioni analoghe, il giudice di legittimità ha recentemente censurato la scelta di nominare un soggetto esterno al nucleo familiare senza che sussistessero valide ragioni per disattendere la volontà dell'interessato di essere assistito dal coniuge<sup>(46)</sup>.

Le preferenze, tanto di segno positivo quanto di natura negativa<sup>(47)</sup>, espresse dal beneficiando devono essere, in ogni caso, attentamente vagliate dal giudice, soprattutto a fronte di situazioni di conflittualità endofamiliare<sup>(48)</sup> – di cui lo stesso interessato potrebbe non essere perfettamente conscio – suscettibili di acuirsi<sup>(49)</sup> proprio in conseguenza della nomina della persona indicata nel ricorso<sup>(50)</sup>. La centralità e la delicatezza delle questioni implicate nella scelta dell'amministratore suggeriscono di escludere che l'audizione possa essere omessa a fronte della indicazione, nell'istanza di nomina, del soggetto al quale affidare l'incarico<sup>(51)</sup> ovvero alla luce di una designazione anticipata formalizzata ai sensi dell'art. 408 c.c.<sup>(52)</sup>.

10483, cit., la quale ha censurato l'operato della corte di merito che non aveva preso in esame la volontà «contraria [della persona interessata] alla istituzione dell'amministrazione di sostegno e, in subordine, favorevole alla nomina della sorella convivente».

<sup>(45)</sup> Cass. civ., sez. I, 19 gennaio 2023, n. 1667, cit.

<sup>(46)</sup> Cass. civ., sez. I, 21 novembre 2023, n. 32219, in *Dejure*.

<sup>(47)</sup> In ordine alla designazione «in negativo» o «plurima» v. G. BONILINI, in Id. - F. TOMMASEO, *Dell'amministrazione di sostegno*<sup>2</sup>, in *Comm. cod. civ. Schlesinger*, continuato da Busnelli, Milano 2018, p. 272 ss.

<sup>(48)</sup> Cfr. Cass. civ., sez. I, 20 marzo 2013, n. 6861, in *R. not.*, 2013, VI, p. 1412.

<sup>(49)</sup> Il «generico riferimento» alla «conflittualità» endofamiliare non può, invece, essere invocato per disattendere le indicazioni del beneficiando (Cass. civ., sez. I, 19 gennaio 2023, n. 1667, cit.).

<sup>(50)</sup> Si segnala, al riguardo, una decisione di merito che a fronte della «preferenza che la legge accorda alla nomina dei parenti più prossimi» – e nonostante la «disponibilità manifestata [sia] da tutti e tre i figli» della persona beneficianda sia, «implicitamente» da quest'ultima – ha ritenuto preferibile, per «ragioni di opportunità», la nomina di una persona estranea al nucleo familiare, non essendo l'interessata «consapevole delle forti conflittualità tra i propri figli aventi ad oggetto la cura della sua persona e dei suoi beni» (Trib. Bologna, 30 gennaio 2008, in *One Legale*).

<sup>(51)</sup> In senso contrario v., tuttavia, Cass. civ., sez. VI, 26 luglio 2018, n. 19866, in *Ifamiliarista.it*, 2018, con commento di S. ACETO, *Si può aprire l'ads per la sola cura della persona e in assenza dell'audizione (diretta) del beneficiario?*

<sup>(52)</sup> La disposizione codicistica che consente di designare preventivamente l'ammini-

Se, dunque, l'importanza dell'ascolto dell'amministrando *prima* della nomina dell'amministratore viene tendenzialmente enfatizzata dal diritto vivente, la Cassazione non ha mostrato un'analogia sensibilità in relazione all'audizione del beneficiario *dopo* l'apertura dell'amministrazione di sostegno e, segnatamente, in relazione al procedimento di modifica del decreto emanato dal giudice tutelare. Il coinvolgimento personale dell'interessato non è stato, ad esempio, ritenuto necessario ai fini della previsione di una soglia di spesa mensile – peraltro di entità modesta<sup>(53)</sup> – al di sopra della quale quest'ultimo non avrebbe potuto disporre liberamente delle somme presenti sul proprio conto corrente<sup>(54)</sup>. Per evitare che la limitazione dell'autonomia del beneficiario avvenga al di fuori di qualsivoglia contraddittorio, l'audizione prescritta dall'art. 407 c.c. dovrebbe, auspicabilmente, estendersi a tutti le fasi procedurali successive all'emanazione del decreto di nomina e, tuttavia, parimenti suscettibili di restringere – seppure in modo circostanziato – la sfera di autodeterminazione del destinatario della misura di protezione.

4. – A seguito dell'apertura dell'amministrazione di sostegno, l'autonomia del beneficiario si presta ad essere sondata in una duplice direzione, afferente sia alle attività non contemplate nel decreto di nomina e, dunque, rientranti nella sfera di (piena) capacità dell'interessato, sia alla partecipazione di quest'ultimo al processo decisionale riguardante gli atti ivi assoggettati ad un regime di rappresentanza o assistenza<sup>(55)</sup>.

Sotto il primo profilo, la giurisprudenza ha valorizzato le direttive ermeneutiche condensate nell'art. 409, comma 1°, c.c. – in forza del quale l'amministrato «conserva la capacità di agire» per tutti gli atti non menzionati nel decreto di nomina – e nell'ultimo comma dell'art. 411 c.c., ove l'estensione al beneficiario di «determinati effetti, limitazioni o decadenze»

---

stratore viene valorizzata, proprio sotto il profilo della tutela delle persone in età avanzata, da C. IRTI, *La persona anziana tra famiglia e società*, cit., p. 56, ad avviso della quale – considerati i costi potenzialmente discendenti dall'attivazione della misura – sarebbe opportuno che lo stesso anziano, laddove «capace e autonomo», provvedesse a individuare in via anticipata il proprio amministratore, stabilendo in suo favore una «qualche forma di corresponsione» per la futura assistenza.

<sup>(53)</sup> La soglia di spesa ammontava a 400 euro mensili (Cass. civ., sez. I, 1 settembre 2022, n. 25855, in *Mass. Giust. civ.*, 2022).

<sup>(54)</sup> Cass. civ., sez. I, 1 settembre 2022, n. 25855, cit.

<sup>(55)</sup> E. CALÒ, *Autonomia e autodeterminazione del beneficiario*, in *L'amministrazione di sostegno. Quaderni di Famiglia*, a cura di S. Patti, Milano 2005, p. 49; ID., *Amministrazione di sostegno*, Milano 2004, p. 123 ss. Sulla rilevanza dell'interesse del beneficiario nell'ambito affettivo e sessuale cfr. A. VENCHIARUTTI, *La sfera affettiva e sessuale della persona fragile: il ruolo per l'amministratore di sostegno*, in questa *Rivista*, 2022, p. 379 ss.

riguardanti l'interdetto o l'inabilitato è rimessa ad una valutazione casistica condotta alla luce delle esigenze di tutela dedotte nel ricorso e/o emerse nel corso della fase istruttoria<sup>(56)</sup>.

In ossequio al principio per cui «tutto ciò» che il giudice tutelare «non affida» all'amministratore di sostegno «resta nella completa disponibilità» del beneficiario<sup>(57)</sup>, questi conserva – nel silenzio del decreto emanato ai sensi dell'art. 405 c.c.<sup>(58)</sup> – la capacità di donare<sup>(59)</sup>, di fare testamento<sup>(60)</sup> e di contrarre matrimonio<sup>(61)</sup>. Emerge così la questione – sulla quale non è possibile indugiare in questa sede – della tutela dell'adulto fragile, beneficiario dell'amministrazione di sostegno ma non destinatario di alcun espresso divieto riguardante gli atti personalissimi<sup>(62)</sup>, che rimanga vittima di

<sup>(56)</sup> Rispetto allo specifico profilo della tutela della salute, è stato condivisibilmente escluso che il giudice possa limitarsi a conferire «in blocco» all'amministratore il potere di compiere scelte terapeutiche spettanti al paziente, risultando necessario delimitare «in modo chiaro e certo» la sua sfera di intervento (S. SCOLA, *Il consenso informato del paziente anziano*, cit., p. 207-209).

<sup>(57)</sup> C. cost., 15 maggio 2019, n. 114, sulla quale cfr. A. VENCHIARUTTI, *Il dono del beneficiario di amministrazione di sostegno*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2019, p. 973 ss.

Proprio l'esigenza di preservare – nella misura più estesa possibile – la sfera di capacità dell'amministrato ha indotto il giudice delle leggi a «negare che il conferimento della rappresentanza esclusiva in ambito sanitario rechi con sé, anche e necessariamente, il potere [dell'amministratore] di rifiutare i trattamenti sanitari necessari al mantenimento in vita» (C. cost., 13 giugno 2019, n. 144, in *F. it.*, 2019, c. 3024, la quale, nel giudicare infondata la questione di costituzionalità prospettata rispetto all'art. 3, commi 4° e 5°, l. 22 dicembre 2017, n. 219, ha evidenziato che le norme censurate «si limitano a disciplinare il caso in cui l'amministratore di sostegno abbia ricevuto anche tale potere: spetta al giudice tutelare, tuttavia, attribuirglielo in occasione della nomina – laddove in concreto già ne ricorra l'esigenza, perché le condizioni di salute del beneficiario sono tali da rendere necessaria una decisione sul prestare o no il consenso a trattamenti sanitari di sostegno vitale – o successivamente, allorché il decorso della patologia del beneficiario specificamente lo richieda»).

<sup>(58)</sup> Il potere del giudice tutelare di prevedere – sia con il provvedimento di nomina dell'amministratore, sia successivamente – una specifica limitazione della capacità di testare o donare del beneficiario viene ribadito da Cass. civ., sez. I, 21 maggio 2018, n. 12460, in *F. it.*, 2019, I, c. 272, con commento di G. CASABURI. Sull'annullabilità della donazione effettuata dall'amministrato a dispetto della limitazione in tal senso contemplata nel decreto di nomina cfr. Cass. civ., sez. II, 28 marzo 2024, n. 8456, in *Dejure*.

<sup>(59)</sup> C. cost., 15 maggio 2019, n. 114, cit.

<sup>(60)</sup> Né – evidenzia la Suprema Corte – è ammesso desumere, implicitamente, l'incapacità di testare del beneficiario dal contenuto del decreto di nomina, non essendo «consentite valutazioni logiche o di coerenza fondate sull'ampiezza degli atti per i quali il provvedimento abbia previsto la rappresentanza o l'assistenza dell'amministratore di sostegno» (Cass. civ., sez. II, 28 aprile 2022, n. 13270, in *Dejure*).

<sup>(61)</sup> Cass. civ., sez. I, 11 maggio 2017, n. 11536, in *F. it.*, 2017, c. 1905.

<sup>(62)</sup> Sul rapporto fra (l'apertura della) amministrazione di sostegno e (il compimento di) atti personalissimi cfr. L. BALESTRA, *Gli atti personalissimi del beneficiario dell'ammini-*

condotte captatorie tese a distorcerne le ultime volontà<sup>(63)</sup> oppure di raggiri perpetrati al fine di carpirne il consenso matrimoniale<sup>(64)</sup>.

A seguito dell'entrata in vigore della l. 19 luglio 2019, n. 69, peraltro, l'approfitamento delle «condizioni di vulnerabilità o di inferiorità psichica o di necessità di una persona» per indurla – con «abuso delle relazioni familiari, domestiche, lavorative o dell'autorità derivante dall'affidamento (...) per ragioni di cura, istruzione o educazione, vigilanza o custodia» – a «contrarre matrimonio o unione civile» viene espressamente stigmatizzata dall'art. 558-*bis*, comma 2°, c.p. Per come strutturata, la fattispecie incriminatrice è suscettibile di invalidare non solo i matrimoni «celebrati da minorenni o persone in giovane età», ma anche quelli «conclusi da persone in età più o meno avanzata» ed esposte al rischio di subire gli sfruttamenti e gli abusi descritti dal legislatore<sup>(65)</sup>.

Volgendo lo sguardo alle attività sottoposte ad un regime di rappresentanza o assistenza, l'art. 410, comma 2°, c.c. delinea lo schema procedimentale che governa la formazione dell'atto da compiere nell'interesse del beneficiario, assicurando a quest'ultimo un «minimo di controllo»<sup>(66)</sup> sulla gestione dei propri affari: l'amministratore è tenuto infatti ad informare «tempestivamente» la parte assistita «circa gli atti da compiere» ed a rendere edotta l'autorità giudiziaria circa il suo eventuale dissenso. La norma codifica un vero e proprio «dovere di interlocuzione»<sup>(67)</sup> con l'amministrato, prodromico all'emersione dei suoi «bisogni» e delle sue «aspirazioni» (anche) negli ambiti in cui il giudice ha ritenuto necessario un supporto esterno<sup>(68)</sup>.

*strazione di sostegno*, in *Famiglia*, 2005, p. 659 ss.; D. POLETTI, *Vulnerabilità e atti personalissimi*, cit. p. 16 ss.

<sup>(63)</sup> S. PATTI, *Testamento della persona "vulnerabile", principio di conservazione e ragionevolezza*, in *Famiglia*, 2017, p. 635 ss.; A. FUSARO, *L'atto patrimoniale della persona vulnerabile*, cit., p. 135 ss.; M. TAMPONI, *Nel diritto della terza età*, cit., p. 164 ss.; C. CICERO, *Il testamento della persona vulnerabile*, in *G. it.*, 2023, p. 2602 ss.; M. CINQUE, *Testamento e affievolimenti della "consapevolezza affettiva"*, in questa *Rivista*, 2023, p. 1239 ss.

<sup>(64)</sup> Sul punto cfr. G. LISELLA, *Impugnabilità del matrimonio di persona in età avanzata nella giurisprudenza di legittimità*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2018, p. 1180 ss.

<sup>(65)</sup> G. DE CRISTOFARO, *La disciplina privatistica delle invalidità matrimoniali e il delitto di "costrizione o induzione al matrimonio" previsto dall'art. 558 bis c.p. (introdotto dall'art. 7 l. 19 luglio 2019, n. 69)*, in *Nuove l. civ. comm.*, 2019, p. 1360-1361.

<sup>(66)</sup> R. CATERINA, *Le persone fisiche*, Torino 2016, p. 52.

<sup>(67)</sup> R. MASONI, *Odi et amo: consenso, dissenso e rispetto della dignità del beneficiario di a.d.s.*, in *D. fam.*, 2021, p. 831.

<sup>(68)</sup> L'obbligo dell'amministratore di interpellare l'amministrato «dimostra come, in ogni caso, l'opinione del beneficiario debba essere tenuta in considerazione» (Cass. civ., sez. I, 12 febbraio 2024, n. 3751, cit.). «Limitare la capacità nella minor misura possibile» – evidenzia la Cassazione – «significa (...) non soltanto selezionare specificamente gli atti che il

Le «rilevanti prerogative»<sup>(69)</sup> riconosciute all'interessato e la valorizzazione della sua interazione con l'amministratore<sup>(70)</sup> sono strumentali al buon funzionamento dell'istituto, al punto che il «categorico rifiuto del beneficiario di accettare qualsivoglia assistenza» consente al giudice tutelare di sospendere i poteri dell'amministratore per favorire l'instaurazione o il ripristino di un clima di «familiarità e di confidenza»<sup>(71)</sup>. L'eventualità che il «dissenso dell'assistito sfoci in [un] aperto contrasto»<sup>(72)</sup> tale di impedire la realizzazione delle finalità della misura viene, del resto, implicitamente contemplata dagli artt. 410, comma 2° e 413 c.c., i quali accordano al beneficiario, al pubblico ministero ed agli altri soggetti legittimati a chiedere la misura di sostegno la facoltà di sollecitare l'adozione degli opportuni provvedimenti da parte del giudice tutelare<sup>(73)</sup>.

Dibattuta, invece, si rivela l'ampiezza del perimetro applicativo dell'art. 410, comma 2°, c.c. e, precipuamente, l'incidenza delle concrete condizioni del beneficiario sulla *esigibilità* dell'adempimento dell'obbligo informativo posto in capo all'amministratore.

Alla tesi che condiziona l'operatività della disposizione in parola al riscontro di un «sufficiente grado di discernimento» dell'interessato<sup>(74)</sup> – giacché l'instaurazione di un dialogo con l'amministratore postula una

beneficiario non può compiere o non può compiere da solo, ma altresì preservare, anche con riferimento a questi atti, il diritto del beneficiario di esprimere la propria opinione e di partecipare, nella misura in cui lo consenta la sua condizione, alla formazione delle decisioni che lo riguardano».

<sup>(69)</sup> F. ANELLI, *Il nuovo sistema delle misure di protezione delle persone prive di autonomia*, in *Jus*, 2005, p. 202.

<sup>(70)</sup> Il rilievo riconosciuto all'autonomia negoziale dell'amministrato (anche) negli atti contraddistinti da una limitazione della sua capacità – è stato osservato – «struttura in modo del tutto nuovo il rapporto [del beneficiario] con il titolare dell'ufficio, il quale, pur munito del potere rappresentativo, si vede privato della pienezza del potere decisionale», dovendo, «prima di compiere l'atto», comunque «confrontarsi col rappresentato per giungere ad una determinazione condivisa» (A. GORGONI, *Autonomia del beneficiario e amministrazione di sostegno*, Padova 2012, p. 5).

<sup>(71)</sup> Trib. Modena, 10 ottobre 2005, in *Fam. pers. succ.*, 2005, p. 501 ss., con commento di G. BONILINI, *Categorico rifiuto dell'amministrazione di sostegno, e temporanea sospensione dei poteri dell'amministratore di sostegno*.

<sup>(72)</sup> Cass. civ., sez. I, 11 settembre 2015, n. 17962, in *R. not.*, 2016, p. 554; Cass. civ., sez. VI, 5 febbraio 2016, n. 2345, in *Dejure*.

<sup>(73)</sup> Cass. civ., sez. VI, 5 febbraio 2016, n. 2345, cit.

<sup>(74)</sup> S. DELLE MONACHE, *Prime note sulla figura dell'amministrazione di sostegno: profili di diritto sostanziale*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2004, p. 47; in senso analogo M.F. TOMMASINI, *L'amministrazione di sostegno tra sussidiarietà e solidarietà. Margini per una reinterpretazione del sistema*, in *Rass. d. civ.*, 2015, p. 976.

«misura, per quanto assai modesta, di capacità intellettivo-volitiva»<sup>(75)</sup> il cui difetto rende la norma «inapplicabile»<sup>(76)</sup> – viene obiettato che il testo dell'art. 410, comma 2°, c.c. non subordina l'informativa e il ricorso al giudice tutelare ad un determinato livello di discernimento dell'amministrato<sup>(77)</sup>, con la conseguenza che il mancato coinvolgimento della persona di cui sia accertata l'abituale infermità di mente si rivelerebbe contrario all'istanza di conservazione dell'autonomia che innerva l'articolato della l. n. 6/2004<sup>(78)</sup>.

L'esigenza di non comprimere l'autodeterminazione dei beneficiari particolarmente fragili non sembra poter essere spinta al punto di imporre, aprioristicamente, all'amministratore il confronto con un soggetto impossibilitato (a causa delle sue condizioni di salute) ad esprimere la propria opinione, pena un irrigidimento della procedura decisionale suscettibile – alla luce delle possibili conseguenze invalidanti dell'omesso coinvolgimento dell'amministrato<sup>(79)</sup> – di scoraggiare i terzi dal concludere contratti con il destinatario della misura di protezione<sup>(80)</sup>.

Al fine di relativizzare il contenuto degli obblighi informativi dell'amministratore senza, per questo, mortificare le istanze di *empowerment* dell'autonomia del beneficiario è opportuno esaltare la duttilità dell'istitu-

<sup>(75)</sup> U. ROMA, *L'amministrazione di sostegno: i presupposti applicativi e i difficili rapporti con l'interdizione*, cit., p. 1033.

<sup>(76)</sup> G. LISELLA, *Questioni tendenzialmente definite e questioni ancora aperte in tema di amministrazione di sostegno*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2013, p. 298.

<sup>(77)</sup> M.N. BUGETTI, *Commento sub art. 410*, in *Commentario del Codice civile. Della famiglia (artt. 343-455)*, a cura di L. Balestra, Torino 2011, p. 313-314.

<sup>(78)</sup> F.S. MATTUCCI, *Atto compiuto dall'amministratore di sostegno e dissenso espresso dal beneficiario*, in *Fam. e d.*, 2019, p. 1171, a parere del quale una siffatta lettura «toglierebbe pregio alla costruzione del rinnovato modello di misura di protezione definito dall'amministrazione di sostegno».

<sup>(79)</sup> Posto, invero, che la violazione della disposizione in esame può costituire una possibile, ulteriore, causa di annullabilità, gli effetti discendenti dall'omessa informativa «non sono del tutto tranquillizzanti sotto il profilo sistematico», nella misura in cui «viene introdotta una causa di invalidità piuttosto volatile e eterea, in quanto difficile da accertare e comprovare nel caso concreto» (M. DELLACASA, in V. ROPPO - M. DELLACASA, *Amministrazione di sostegno: gli atti compiuti "in violazione di legge"*, in S. PATTI (a cura di), *L'amministrazione di sostegno*, cit., p. 158).

<sup>(80)</sup> Proprio in ragione degli effetti «devastanti» che l'invalidità degli atti compiuti in violazione dell'art. 410, comma 2°, c.c. potrebbe determinare sul «meccanismo della invalidità» e sulla «intera certezza dei traffici», parte della dottrina ritiene che le prescrizioni indicate nella norma «valgano come regole di svolgimento dell'ufficio, a prescindere dalla valutazione del regime dei singoli atti, potendo, eventualmente, rilevare ai fini di una responsabilità dell'amministratore nei confronti del beneficiario» (F. GIARDINA, *Sub Art. 1425*, in E. NAVARRETTA - A. ORESTANO, *Dei contratti in generale*, in *Comm. Gabrielli*, Milano 2011, p. 32). Sulla posizione dei terzi si sofferma A. GORGONI, *op. cit.*, p. 260 ss.

to di protezione introdotto nel 2004, diversificando le modalità di attuazione del dialogo “prescritto” dal legislatore alla luce della situazione in cui concretamente versa la parte assistita. L’enumerazione degli atti assoggettati all’assistenza o alla rappresentanza dell’amministratore potrebbe, in particolare, essere accompagnata da adeguate istruzioni operative – eventualmente eterogenee per le singole tipologie di attività indicate nel provvedimento di nomina – sull’*an* e sul *quomodo* del coinvolgimento dell’amministrato, tenuto conto delle indicazioni fornite dal CTU circa le capacità di comprensione semantica e l’attitudine ad interfacciarsi con il mondo esterno dimostrate dall’interessato nel corso dell’indagine peritale.

Alla diminuzione delle abilità cognitive dell’adulto fragile non dovrà, necessariamente, corrispondere un ridimensionamento della volontà e delle richieste da questi esternate, né tanto meno la sua radicale estromissione dal processo decisionale. La necessità di valorizzare le residue «energie psichiche»<sup>(81)</sup> del beneficiario induce, piuttosto, ad escludere che la sua ridotta capacità di esprimere l’adesione ovvero il dissenso alle scelte che lo riguardano possa giustificare l’omissione dei doveri informativi posti a carico dell’amministratore.

L’inosservanza dell’art. 410 c.c. è stata, del resto, ritenuta idonea a integrare l’aggravante di cui all’art. 61, comma 9°, c.p. – rispetto al reato di falsità ideologica in atto pubblico – nell’ipotesi in cui l’amministratore chieda all’autorità giudiziaria di essere autorizzato alla vendita di un immobile dichiarando, contrariamente al vero, che la situazione economica dell’interessato (non preventivamente sentito) non permette di far fronte al pagamento spese correnti e alla gestione del cespite immobiliare<sup>(82)</sup>. Ciò a prescindere dalle «condizioni mentali» dell’amministrato pretermesso, nella specie affetto da un «disturbo psichiatrico» che non ne inficiava la «capacità di intendere e di volere» e, dunque, di interloquire con l’amministratore<sup>(83)</sup>.

Soltanto il riscontro di un’assoluta impossibilità di intessere con il beneficiario qualsivoglia utile dialogo potrà giustificare un esonero dall’obbligo informativo previsto dalla norma, a condizione che una tale, eccezionale, deroga sia contornata da adeguate cautele – quali, a titolo esemplificativo, l’individuazione di un interlocutore che faccia le veci dell’interessato nel comunicare con l’amministratore – nonché, in ogni caso, da un’intensificazione del controllo del giudice. Tanto più si riducono i mo-

---

<sup>(81)</sup> G. LISELLA, *Questioni tendenzialmente definite e questioni ancora aperte in tema di amministrazione di sostegno*, cit., p. 289.

<sup>(82)</sup> Trib. Firenze, 22 ottobre 2012, n. 3802, in *One Legale*.

<sup>(83)</sup> Trib. Firenze, 22 ottobre 2012, n. 3802, cit.

menti in cui l'amministratore è tenuto a confrontarsi con l'assistito – ovvero, nell'ipotesi residuale appena esaminata, con i suoi familiari/*care-givers* e l'autorità giudiziaria – quanto più si acuisce il rischio di isolamento ed emarginazione del destinatario della misura di sostegno<sup>(84)</sup>.

Sul piano sistematico, l'ammissibilità di una *dis*-applicazione – intesa quale *diversa* applicazione – dell'art. 410, comma 2°, c.c. in ragione della gravità delle condizioni del beneficiario permette di confutare l'argomento, non del tutto archiviato, secondo cui la nomina di un amministratore non sarebbe idonea a «dare sufficiente e adeguata protezione» al soggetto incapace, «per la sua grave infermità, di instaurare con l'amministratore di sostegno alcuna forma di efficace collaborazione», risultando, in tale ipotesi, «necessaria una pronuncia di interdizione»<sup>(85)</sup>. Si tratta di una questione interpretativa – sottoposta alla Consulta e, in quanto tale, dichiarata inammissibile nell'ambito di un giudizio di costituzionalità<sup>(86)</sup> – riguardante i rapporti dell'amministrazione di sostegno con l'interdizione e l'inabilitazione, la cui alternativa applicabilità «non dovrebbe» essere sciolta «sulla base della gravità della situazione di incapacità», bensì alla luce di un criterio «funzionale» incentrato sulla «adeguatezza» del provvedimento alla «cura» degli interessi della persona<sup>(87)</sup>.

<sup>(84)</sup> La possibilità che il beneficiario si trovi «a dipendere completamente dal suo amministratore in quasi tutti gli ambiti e senza alcun limite di durata» è stata stigmatizzata dalla Corte EDU (Sez. I, 6 luglio 2023, ricorso n. 46412/21, sulla quale cfr. M. SABINO, *Abuso dell'amministrazione di sostegno e autodeterminazione dei soggetti vulnerabili*, in *G. it.*, 2023, p. 2018 ss.), che ha giudicato non proporzionale la misura del collocamento dell'interessato in una R.S.A. e la sua sottoposizione «a un isolamento dal mondo esterno, e in particolare dalla sua famiglia e dai suoi amici».

<sup>(85)</sup> Trib. Torino, 21 aprile 2022, n. 3604, in *One Legale*.

<sup>(86)</sup> C. cost., 17 luglio 2007, n. 292, in *D. fam.*, 2008, I, p. 46 ss., con commento di DI SAPIO. Segnatamente, non è stato ritenuto fondato il sospetto di incostituzionalità degli artt. 410, 411, comma 1°, e 412 c.c., «nella parte in cui consentono al giudice tutelare, in tema di amministrazione di sostegno, di autorizzare atti di disposizione incidenti sul patrimonio dell'interessato, anche quando (...), in conseguenza delle condizioni psichiche di costui, sia impossibile informarlo preventivamente e provvedere agli altri adempimenti previsti dalle norme stesse».

<sup>(87)</sup> R. GIAMPETRAGLIA, *L'amministrazione di sostegno. Spunti ricostruttivi e propositivi*, Napoli 2007, p. 12 ss.

A tale esito non osta – secondo un orientamento consolidatosi nella giurisprudenza di legittimità – l'assunto per cui l'istituto introdotto dalla l. n. 6/2004 richiederebbe una «continua interazione tra amministratore e beneficiario (...) che presuppone una qualche sia pur residuale capacità dello stesso», dovendo l'ambito applicativo dell'art. 410, comma 2°, c.c. essere, in realtà, circoscritto «alle sole ipotesi in cui un dialogo sia concretamente possibile per le condizioni psico-fisiche del beneficiario» (Cass. civ., sez. I, 12 giugno 2006, n. 13584, in *D. fam.*, 2007, I, p. 126, con commento di A. VENCIARUTTI, *Il discrimen tra amministrazione di sostegno e interdizione: dopo la Corte Costituzionale si pronuncia la Corte di Cassazione*).

5. – All’esito della panoramica svolta sulle diverse declinazioni dell’autonomia del beneficiario dell’amministrazione di sostegno, gli interrogativi riguardanti l’astratta idoneità della misura ad assicurare la tutela degli adulti fragili si intrecciano con quelli, di ordine operativo, connessi alle modalità con le quali essa è stata fino ad ora concretamente utilizzata.

Il successo incontrato dall’istituto si è tradotto in una crescita esponenziale del numero dei ricorsi (e dei procedimenti di autorizzazione ad essi ancillari) pendenti presso i Tribunali, con il conseguente, inevitabile, assottigliamento del tempo dedicato dai giudici tutelari ai singoli fascicoli<sup>(88)</sup>, a detrimento degli obiettivi di flessibilizzazione della tutela sottesi alla l. n. 6/2004<sup>(89)</sup>. Proprio in un’ottica deflattiva deve essere letta la recente scelta legislativa di «semplificare»<sup>(90)</sup>, attraverso la previsione di una concorrente competenza notarile, la procedura di ottenimento delle autorizzazioni relative agli affari di volontaria giurisdizione, riguardanti, tra gli altri, quelli in cui «interviene (...) un soggetto beneficiario della misura dell’amministrazione di sostegno» (art. 21, l. n. 149/2022)<sup>(91)</sup>.

Se, per un verso, le accennate criticità rendono *de iure condendo* opportuno, anche sulla scorta dell’esperienza di altri ordinamenti<sup>(92)</sup>, affiancare lo strumento di protezione introdotto nel 2004 con altre forme di

<sup>(88)</sup> G. CARLESSO - M.T. GENTILE - R.M. GIGANTESCO - I. MAZZEI - S. SANTARONI, *Le armi spuntate del Giudice Tutelare*, cit., p. 703.

<sup>(89)</sup> M. GIROLAMI, *Dalla crisi dell’amministrazione di sostegno al mandato di protezione: un bilancio de iure condendo*, cit., p. 870, a parere della quale, al di là degli «aspetti perfettibili nella disciplina vigente dei singoli istituti di protezione», il «vero problema nel nostro ordinamento (...) è rappresentato dal sovraccarico degli uffici dei giudici tutelari, talmente marcato da impedire una sorveglianza effettiva della gestione».

<sup>(90)</sup> S. TROIANO, *La Riforma “Cartabia”: osservazioni di un civilista*, in *Fam. e d.*, 2023, p. 944, che rimarca il «forte impatto» del nuovo regime autorizzativo sul «diritto civile sostanziale delle persone».

<sup>(91)</sup> Sui presupposti e i limiti di tale nuova competenza notarile v. G. DONADIO, *Attività negoziale e regime autorizzativo nella nuova volontaria giurisdizione*, in *Accademia*, 2023, p. 699 ss.

<sup>(92)</sup> L’istanza di preservazione dell’autonomia dei soggetti vulnerabili, in particolare, percorre trasversalmente l’articolato della *Ley 2 giugno 2021*, n. 8. Tra le novità più significative previste dalla riforma spagnola, meritano di essere segnalate l’abrogazione dell’istituto dell’*incapacitación*, la previsione della sussidiarietà delle misure di sostegno giudiziali rispetto a quelle volontarie, la centralità delle preferenze e dei *desiderata* dell’interessato nei processi decisionali che lo riguardano, nonché la rilevanza giuridica (e la preferenza normativa rispetto alla curatela) accordata alla *guarda de hecho* (cfr. G. CARAPEZZA FIGLIA, *Guarda de hecho e sostegno di fatto. Per un adeguamento interpretativo delle misure di protezione delle persone vulnerabili*, in *Fam. e d.*, 2024, p. 283 ss.; J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, *I principi generali che ispirano la riforma del codice civile spagnolo in materia di disabilità*, in *Fam. e d.*, 2024, p. 267 ss.; AA.VV., *El nuevo Derecho de las capacidades. De la incapitación al pleno reconocimiento*, a cura di E. Llamas Pombo - N. Martinez Rodriguez - E. Toral Lara, Madrid 2021).

ausilio di matrice negoziale idonee a salvaguardare gli interessi dei soggetti in età avanzata, è doveroso, per un altro verso, constatare come l'amministrazione di sostegno rappresenti «probabilmente l'istituto civilistico in assoluto più interessante per gli anziani»<sup>(93)</sup>, potendo «svolgere un ruolo centrale proprio nell'assistenza delle persone fragili»<sup>(94)</sup>. L'esigenza di supporto non discende, in ogni caso, *direttamente* dalla condizione senile<sup>(95)</sup>, bensì dalla gravità delle patologie ad essa correlate ovvero dal riscontro di un «contesto sociale» in cui gli anziani sono spesso «soli», «lontani dai parenti» o «ospitati in strutture emarginanti»<sup>(96)</sup>.

È, verosimilmente, per tali ragioni che la senescenza – annoverata, in alcuni progetti di legge, tra i presupposti per l'attivazione della misura – è stata opportunamente espunta dal novero delle situazioni che giustificano, in quanto tali, la nomina di un amministratore<sup>(97)</sup>. Il silenzio dell'art. 404 c.c. sull'età dei potenziali beneficiari, da un lato, impone una «valutazione globale del *singolo* anziano»<sup>(98)</sup> – secondo una prospettiva di tutela, pienamente recepita dal legislatore del 2004, «che distingue invece di assimilare»<sup>(99)</sup> – precludendo, da un altro lato, l'edificazione di uno *status* su basi puramente anagrafiche, come tale inconciliabile con i principi di autonomia, indipendenza e dignità che l'art. 25 della Carta di Nizza eleva a baricentro della tutela eurounitaria degli anziani<sup>(100)</sup>.

<sup>(93)</sup> M. TESCARO, *Invecchiamento della popolazione e Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR): riflessioni civilistiche in un contesto interdisciplinare*, cit., p. 38. Il frequente impiego dell'istituto per assicurare la tutela degli anziani è evidenziato da P. VERCELLONE, *Soggetti fragili da sostenere: qual è il beneficiario tipo dell'amministrazione di sostegno* Torino, in *Nuova g. civ. comm.*, 2007, p. 54.

<sup>(94)</sup> C. IRTI, *La persona anziana tra famiglia e società*, cit., p. 50.

<sup>(95)</sup> M. TAMPONI, *Nel diritto della terza età*, cit., p. 97; J. LONG, *La protezione dell'anziano "debole" nel diritto civile: tra ablazione della capacità e rispetto dell'autodeterminazione*, in *Rass. serv. soc.*, 2011, p. 42-43; S. PATTI, *Senilità e autonomia negoziale della persona*, in *Fam. pers. succ.*, 2009, p. 260. Gli «anziani non più padroni di sé» vengono inclusi nella «lista dei beneficiari» della misura da P. CENDON, *Vent'anni di amministrazione di sostegno*, cit., p. 7.

<sup>(96)</sup> M. DOGLIOTTI, *Capacità, incapacità, diritti degli incapaci. Le misure di protezione*, Milano 2019, p. 658.

<sup>(97)</sup> Si tratta di una scelta coerente con l'esigenza di «valorizzare il più possibile la residua autonomia della persona anziana», non solo laddove l'amministrazione sia effettivamente disposta, ma anche ove la sua attivazione non si riveli necessaria, potendo l'esigenza di protezione dell'interessato essere «assicurata per altre vie» e, specialmente, attraverso i «multiformi strumenti dell'autonomia privata» (M. TESCARO, *op. ult. cit.*, p. 38-39).

<sup>(98)</sup> P. STANZIONE, *op. cit.*, p. 45 (il corsivo è aggiunto).

<sup>(99)</sup> P. STANZIONE, *op. loc. cit.*

<sup>(100)</sup> Ci sia consentito, sul punto, il rinvio a E. BACCIARDI, *La tutela civile degli anziani alla luce dell'art. 25 della Carta di Nizza*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2015, p. 293 ss.

Alla stregua di tali ultime considerazioni, è agevole rispondere negativamente al quesito “*senectus ipsa est morbus?*”<sup>(101)</sup> e scongiurare – sulla falsariga degli argomenti elaborati per confutare l’analogo automatismo tra senescenza e interdizione giudiziale<sup>(102)</sup> – qualsivoglia «decadenza senile»<sup>(103)</sup> fondata esclusivamente «su ragioni di età»<sup>(104)</sup>.

La fallacia dell’equazione tra età avanzata e apertura dell’amministrazione di sostegno<sup>(105)</sup> trova emblematico riscontro nella vicenda giudiziaria culminata in una pronuncia di legittimità del 2022. Il reclamo promosso dal beneficiario avverso il provvedimento di nomina veniva, in particolare, accolto sulla base della circostanza – appurata nel corso della consulenza tecnica disposta dal giudice del gravame – che l’interessato, «per quanto anziano e affetto da disturbi neurocognitivi di tipo vascolare assai lievi e compatibili con l’età», era «persona lucida, correttamente orientata, disponibile e ben predisposta a ogni valutazione». Ritenere che un individuo «in grado di esprimere bene le sue competenze» sia, ciò nondimeno, incapace di «mantenere la capacità e la lucidità di giudizio per ragioni emotive» – afferma la Suprema Corte – non solo denota un’evidente contraddittorietà logica, nella misura in cui le due deduzioni «si elidono a vicenda», ma soprattutto, nella prospettiva che interessa in questa sede, «tradisce il senso di una cattiva comprensione dei fondamenti dell’istituto dell’amministrazione di sostegno, il quale presuppone una condizione attuale di menomata capacità che ponga la persona nell’impossibilità di provvedere ai propri interessi»<sup>(106)</sup>.

<sup>(101)</sup> Il riferimento è, di nuovo, all’interrogativo posto da C.M. BIANCA, *Senectus ipsa morbus?*, cit.

Per una riformulazione in negativo della massima di Terenzio v. G. ARDITO, *La generazione dell’esperienza e della saggezza. Senectus ipsa non est morbus*, in *Conoscenza, competenza, creatività, crescita: Il capitale immateriale per l’Italia di domani*, a cura di M. Ali, Ed. digitale Bari 2021.

<sup>(102)</sup> Interdire un soggetto (solo) in quanto anziano – scriveva L. BRUSCUGLIA, *L’interdizione per infermità di mente*, Milano 1983, p. 36 – concreterebbe un «equivoco di una gravità estrema», nella misura in cui le «debolezze intellettive e/o volitive per senilità sono l’effetto normale di fenomeni naturali» e «di sicuro avveramento, in certa misura inevitabili, create dall’incisivo e graduale trascorrere del tempo sulla vitalità delle capacità (in senso lato) umane».

<sup>(103)</sup> C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 245.

<sup>(104)</sup> P. PERLINGERI, *Diritti della persona anziano, diritto civile e stato sociale*, in *Rass. d. civ.*, 1990, p. 95.

<sup>(105)</sup> Cfr. Trib. Vercelli, 16 ottobre 2015, n. 4899, in *Fam. e d.*, 2016, p. 177 ss., con commento di G. BONILINI, *L’anziano consapevole, e adeguatamente assistito, non abbisogna di amministratore di sostegno. In soccorso, può intervenire il mandato*.

<sup>(106)</sup> Cass. civ., sez. I, 1 giugno 2022, n. 17931, in *Mass. Giust. civ.*, 2022.

La spiccata elasticità del regime di protezione introdotto nel 2004 non può, in definitiva, essere strumentalizzata al fine di ancorare l'adozione della misura a un dato prettamente anagrafico<sup>(107)</sup>, né per inferire dall'inesorabile decadimento fisico e cognitivo associato all'età avanzata l'emersione di un'istanza di tutela *de iure condito* incompatibile con forme di sostegno 'private' diverse dalla nomina di un amministratore. Al contrario, tale elasticità va esaltata, nelle direzioni indicate in precedenza, per preservare gli spazi di residua capacità decisionale dell'amministrato e il suo coinvolgimento negli atti che lo riguardano.

La valorizzazione della capacità di giudizio e dell'autonomia dell'anziano emerge, del resto, nitidamente nelle motivazioni poste a corredo della decisione di una corte francese risalente all'inizio del XIX secolo, la quale – chiamata a discernere il fisiologico «indebolimento di memoria e d'idee» conseguente al trascorrere degli anni dalla 'imbecillità' (intesa quale «debolezza di mente cagionata dalla mancanza e dalla obliterazione delle idee») – escluse che l'«estremo rimedio» della interdizione potesse essere validamente disposto nei confronti di chi, «malgrado la sua vecchiaia», conservava «un discernimento ed una volontà sufficientemente stabiliti dalla buona scelta de' depositari della sua fiducia, e de' suoi mandatarii, e dalla conservazione della sua fortuna»<sup>(108)</sup>.

---

(107) Al quesito «se la senilità di per sé possa giustificare un provvedimento di amministrazione di sostegno» risponde negativamente E.V. NAPOLI, *L'amministrazione di sostegno*, Padova 2009, p. 217-218, a parere del quale l'esclusione dell'età avanzata dalla sfera di applicazione dell'istituto discende sia dalla «non riproduzione nel testo delle legge della senilità come causa di nomina di un amministratore di sostegno», sia dalle «argomentazioni addotte dalla dottrina relativamente alla inabilitazione e all'interdizione».

(108) La decisione è riportata nel *Giornale delle udienze della corte di cassazione e delle corti reali, ovvero giurisprudenza generale di Francia*, a cura di Dalloz (versione italiana a cura di N. Comerci), IX, Napoli 1831, p. 577.

FEDERICA CADORIN

Dottoressa di ricerca nell'Università di Milano

## GLI EFFETTI DELLA DICHIARAZIONE DI RECESSO DA SOCIETÀ DI CAPITALI, TRA RISCHIO GIURIDICO E RISCHIO ECONOMICO

SOMMARIO: 1. Il problema dello *status* del recedente. – 2. Il quadro giurisprudenziale e dottrinale. – 3. Rischio giuridico e rischio economico. – 4. (*Segue*) Il termine per lo *ius poenitendi* della società. – 5. (*Segue*) Ulteriori circostanze che possono influire sulla soggezione del recedente al rischio giuridico di non ottenere il rimborso della partecipazione. – 6. I diritti esercitabili dal recedente in ciascuna fase del procedimento. – 7. Conclusioni.

1. – Nel sistema riformato delle società di capitali, il recesso forma oggetto di una disciplina ampia e dettagliata, che ne valorizza la funzione di baricentro per gli equilibri dell'impresa collettiva<sup>(1)</sup>.

Tale disciplina, infatti, nel perseguire un difficile bilanciamento tra l'interesse del socio al disinvestimento e quello della società a non disperdere le risorse necessarie allo svolgimento dell'attività imprenditoriale<sup>(2)</sup>, non solo definisce presupposti, modi e tempi di esercizio del diritto, ma anche delimita gli spazi entro cui può muoversi l'autonomia statutaria, detta i criteri per la valorizzazione della partecipazione del recedente, scandisce le fasi del relativo procedimento di liquidazione e determina, per ciascuna di queste fasi, poteri e doveri degli organi sociali.

Nel contesto di questo articolato sistema di norme, però, non mancano elementi di incertezza, che investono anche aspetti essenziali per il funzionamento dell'istituto. Tra questi si segnala, in particolare, l'individuazione del momento in cui il recedente perde la propria qualità di socio.

Si tratta, per vero, di un tema già dibattuto nel contesto della disciplina previgente<sup>(3)</sup>, che tuttavia ha tratto nuova linfa dalla riforma, grazie

---

(1) Questo aspetto dell'istituto è messo in luce, ad es., da V. CALANDRA BUONAURA, *Il recesso del socio di società di capitali*, in *G. comm.*, 2005, I, p. 292.

(2) In proposito, cfr. V. DI CATALDO, *Il recesso del socio di società per azioni*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, III, Torino 2007, p. 221, il quale sottolinea la «intrinseca ambivalenza» dell'istituto.

(3) Nel vigore della disciplina anteriore, il dato testuale per cui, durante il procedi-

all'importanza che il recesso ha assunto nella dialettica tra maggioranza e minoranze. In effetti, la soluzione di molteplici questioni – tra cui, in particolare, quella relativa alla legittimazione del recedente a esercitare i diritti sociali – dipende anzitutto dalla ricostruzione accolta in ordine al momento in cui si verifica lo scioglimento del rapporto partecipativo<sup>(4)</sup>.

2. – Il dibattito in discorso, trasversale ai tipi capitalistici<sup>(5)</sup>, si è sviluppato a partire alla contrapposizione tra due tesi alternative: secondo la prima, il recesso è efficace dalla data in cui la società riceve la comunicazione con cui il socio esercita il recesso; secondo l'altra, il recesso è efficace dalla data in cui viene rimborsato il valore delle azioni in relazione alle quali il recesso è stato esercitato.

La prima tesi<sup>(6)</sup>, che risulta tuttora prevalente in giurisprudenza<sup>(7)</sup>, postula che il recedente perda da subito lo *status* di socio e, con esso, la

---

mento di liquidazione, la partecipazione rimaneva nella materiale disponibilità del recedente induceva la maggior parte degli interpreti a ritenere che egli conservasse lo *status* di socio fino al rimborso: in questo senso, cfr., ad es., G. PRESTI, *Questioni in tema di recesso nelle società di capitali*, in *G. comm.*, 1982, I, p. 100 ss.; G. GRIPPO, *Il recesso del socio*, in *Trattato delle società per azioni*, a cura di G.E. Colombo - G.B. Portale, vol. II, Torino 1993, p. 181 ss.; F. CHIOMENTI, *Revocabilità delle deliberazioni aventi ad oggetto le modificazioni dell'atto costitutivo di cui all'art. 2437 c. c. in presenza di dichiarazioni di recesso dalla società*, nota a Trib. Orvieto, 18 febbraio 1994, in *R. d. comm.*, 1996, II, p. 411 ss. e D. GALLETTI, *Il recesso nelle società di capitali*, Milano 2000, p. 459 ss.; *contra*, R. NOBILI - M.S. SPOLIDORO, *La riduzione del capitale*, in *Trattato delle società per azioni*, cit., p. 440 ss. Per una più compiuta ricostruzione del dibattito anteriore alla riforma del 2003, si veda C. VASTA, *Recesso da società per azioni e diritti sociali*, Milano 2020, p. 25 ss.

<sup>(4)</sup> Così anche C. FRIGENI, *Diritto di recesso*, in *Le società a responsabilità limitata*, a cura di C. Ibba - G. Marasà, I, Milano 2020, p. m1095.

<sup>(5)</sup> In questo senso si vedano, in particolare, V. CALANDRA BUONAURA, *op. cit.*, p. 310 ss. e, in termini più espliciti, M. STELLA RICHTER, *Il recesso dalla società a responsabilità limitata*, in M. STELLA RICHTER - A. PONTECORVI, *Recesso ed esclusione dalle società di capitali*, Napoli 2022, p. 157 s.

<sup>(6)</sup> Sostenuta, in dottrina, da M. MALTONI, *Questioni in materia di recesso da s.r.l.*, in *R. not.*, 2014, p. 477 ss.; Id., *Il recesso e l'esclusione nella nuova società a responsabilità limitata*, in *Notariato*, 2003, p. 311; M. ROSSI, *Recesso dalla s.p.a. e riduzione del capitale sociale*, in *G. comm.*, 2015, I, p. 933 ss.; V. SALAFIA, *Il recesso del socio da società per azioni e a responsabilità limitata*, in *Società*, 2012, p. 542 ss.; G.A.M. TRIMARCHI, *Il recesso del socio dai tipi societari capitalistici e applicativi notarili*, Studio n. 188-2011/I approvato dalla Commissione studi d'impresa del CNN, p. 7 ss. e, più di recente, M.S. SPOLIDORO, *Credito da recesso tra postergazione e tutela del capitale*, nota a Cass. civ., sez. I, 6 novembre 2023, n. 30725, in *Società*, 2024, p. 705. Nello stesso senso si veda la massima notarile H.H.9 del Comitato interregionale dei consigli notarili delle tre Venezie.

<sup>(7)</sup> Per questa tesi si vedano, da ultimo, Cass. civ., sez. I, 6 novembre 2023, n. 30725 (ove l'affermazione è motivata sulla scorta dei precedenti di legittimità in materia di società di persone), Trib. Catanzaro, 8 giugno 2023 (relativa a un'ipotesi di recesso *ad nutum* da s.r.l.), reperibile nella banca dati *Giurisprudenza delle imprese* e Trib. Venezia, 12 luglio

possibilità di esercitare i diritti sociali (salvo, naturalmente, il caso di recesso parziale, ove ammissibile) <sup>(8)</sup>, acquisendo un credito nei confronti della società per il rimborso della propria partecipazione.

Secondo i suoi sostenitori, l'efficacia immediata del recesso discende, anzitutto, dalla natura recettizia della relativa dichiarazione <sup>(9)</sup>. Ulteriori argomenti a supporto della tesi sono tratti dalla previsione – nell'ambito della disciplina del recesso da s.p.a. – del divieto di cessione e dell'obbligo di deposito presso la sede sociale delle azioni di cui all'art. 2437-*bis*, comma 2°, c.c. <sup>(10)</sup>, con attribuzione in capo agli amministratori del potere di disporre ai sensi del successivo art. 2437-*quater*, commi 1° e 4°, c.c. <sup>(11)</sup>; tali disposizioni, in particolare, confermerebbero che il socio, una volta che

---

2022, *ibidem* (in materia di recesso da s.p.a.), nonché, *ex multis*, Trib. Torino, 3 luglio 2017, reperibile nella banca dati *Pluris*; Trib. Roma, 25 gennaio 2017 e Trib. Roma, 6 settembre 2016, in *G. comm.*, 2018, II, p. 781; Trib. Catanzaro, 26 febbraio 2014, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, II, p. 352 s.; Trib. Roma, 11 giugno 2012, in *R. d. soc.*, 2012, p. 687 (pubblicata solo in massima); Trib. Napoli, 14 gennaio 2011, in *G. comm.*, 2012, II, p. 697; Trib. Pavia, 25 agosto 2008, in *G. comm.*, 2009, II, p. 1218; Trib. Trapani, 21 marzo 2007, reperibile nella banca dati *De Jure*; Trib. Milano, 5 marzo 2007, in *G. it.*, 2007, p. 2775; Trib. Arezzo, 16 novembre 2004, in *Corr. mer.*, 2005, p. 279. In senso analogo si era espressa anche una parte (minoritaria: v. nt. 3) della giurisprudenza anteriore alla riforma delle società di capitali (o comunque relativa a vicende disciplinate dalla normativa previgente): si vedano, ad es., Cass. civ., sez. I, 7 novembre 2008, n. 26842; Cass. civ., sez. I, 3 gennaio 1998, n. 12; App. Milano, 13 maggio 2003, in *Società*, 2004, p. 622. Tuttavia, la rilevanza di queste ultime pronunce appare limitata, in quanto le novità introdotte dal d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 (con particolare riferimento alla possibilità per la società di precludere o paralizzare il recesso revocando la delibera che lo legittima o deliberando lo scioglimento della società, di cui si dirà *infra*) hanno profondamente modificato il quadro della disciplina del recesso da società di capitali.

<sup>(8)</sup> Mentre nelle s.p.a. è pacifico che il socio possa esercitare il diritto di recesso anche solo per una parte della propria partecipazione, ai sensi dell'art. 2437, comma 1°, c.c. (così come è pacifico che ciò non possa avvenire nelle cooperative, ai sensi dell'art. 2532, comma 1°, c.c.), nelle s.r.l. il tema è ancora dibattuto. Per una ricostruzione del dibattito sul punto, cfr. M. STELLA RICHTER, *op. cit.*, p. 155 ss., ove l'Autore prende posizione a favore della tesi per cui il recesso parziale è ammissibile ogni qual volta lo statuto non qualifichi espressamente la quota come indivisibile.

<sup>(9)</sup> L'argomento risulta centrale soprattutto nella ricostruzione della giurisprudenza: si vedano, ad es., le già citate Trib. Roma, 3 agosto 2016; Trib. Catanzaro, 26 febbraio 2014; Trib. Napoli, 14 gennaio 2011; Trib. Trapani, 21 marzo 2007; Trib. Milano, 5 marzo 2007; Trib. Roma, 11 maggio 2005 (nel caso di specie il carattere recettizio del recesso era confermato pure dal tenore delle previsioni statutarie); Trib. Arezzo, 16 novembre 2004. Si veda anche la massima notarile H.H.9 (in materia di s.p.a.) del Comitato interregionale dei consigli notarili delle tre Venezie. Anche in materia di società di persone, il carattere recettizio della dichiarazione di recesso è talora invocato per affermarne l'efficacia immediata: in questo senso v., ad es., la recente Cass. civ., sez. II, 23 febbraio 2024, n. 4821.

<sup>(10)</sup> Cfr., ad es., SALAFIA, *op. cit.*, p. 542.

<sup>(11)</sup> Così G.A.M. TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 3.

la comunicazione di recesso sia arrivata a destinazione, non sia più titolare della propria partecipazione<sup>(12)</sup>.

Nello stesso senso è richiamata anche la lettera degli artt. 2437-*bis*, comma 3°, e 2473, comma 5°, c.c., nella parte in cui si precisa che, a seguito della revoca della delibera che ha legittimato il recesso, ovvero dello scioglimento anticipato della società, il recesso già esercitato «è privo di efficacia»<sup>(13)</sup>, nonché il precetto di cui all'art. 2532, comma 3°, c.c. in tema di società cooperative («il recesso ha effetto per quanto riguarda il rapporto sociale dalla comunicazione del provvedimento di accoglimento della domanda»), da cui discenderebbe, con argomentazione *a contrario*, che, al di fuori di tale specifica ipotesi, il recesso avrebbe efficacia immediata<sup>(14)</sup>.

Ancora, la disciplina del recesso *ad nutum* da società contratta a tempo indeterminato, secondo cui gli effetti della dichiarazione si producono solo dalla scadenza del periodo di preavviso, *ex artt.* 2437, comma 3°, e 2473, comma 2°, c.c., confermerebbe indirettamente che negli altri casi tali effetti si producano immediatamente<sup>(15)</sup>.

Infine, a supporto della tesi dello scioglimento immediato del rapporto sociale a seguito dell'esercizio del diritto di recesso, viene talora invocata la circostanza che gli artt. 2437-*ter*, commi 3° e 5°, e 2473, comma 3°, c.c. individuino un referente temporale anteriore alla dichiarazione di recesso (nella s.p.a.) o comunque coincidente con la stessa (nella s.r.l.) per la determinazione del valore di rimborso della partecipazione, determinando l'insensibilità del recedente agli eventi societari successivi<sup>(16)</sup>.

Nessuno degli argomenti richiamati, tuttavia, appare dirimente. Da un lato, infatti, dalla natura recettizia della dichiarazione di recesso non discende automaticamente la conclusione che la sua ricezione da parte della società comporti la perdita dei diritti sociali da parte del dichiarante<sup>(17)</sup>. Dall'altro, l'espressa previsione dell'inalienabilità della partecipazione del

(12) Secondo M. PERRINO, *I l recesso del socio ed il suo "momento"*, in *R. d. comm.*, 2014, I, p. 248, a seguito del recesso del socio, la sua partecipazione – pur entrando nella disponibilità della società – rimarrebbe provvisoriamente priva di titolare, al pari di quella dell'azionista decaduto per morosità.

(13) V., ad es., Trib. Roma, 6 settembre 2016, cit. e V. SALAFIA, *op. cit.*, p. 543.

(14) Così M. MALTONI, *Il recesso e l'esclusione nella nuova società a responsabilità limitata*, in *Notariato*, 2003, p. 311 (con specifico riferimento alle s.r.l.); G.A.M. TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 3 e p. 9, nonché M. PERRINO, *op. cit.*, p. 250.

(15) Cfr. M. MALTONI, *op. loc. cit.*

(16) Si veda Trib. Roma, 6 settembre 2016, cit.

(17) In questo senso cfr. Trib. Tivoli, 14 giugno 2010, in *G. it.*, 2011, p. 1086: «il recesso del socio da una società per azioni è atto unilaterale recettizio il cui effetto non è di determinare l'immediata cessazione del rapporto sociale, ma di attivare necessariamente il

recedente può essere riguardata come sintomatica della conservazione della qualità di socio in capo al medesimo<sup>(18)</sup>, così come la sua perdurante esposizione agli effetti di una delibera assembleare (di revoca della delibera precedente o di scioglimento)<sup>(19)</sup>.

Allo stesso modo, l'argomento *ex art. 2532 c.c.* potrebbe essere rovesciato, nel senso che la disposizione dettata per le società cooperative potrebbe essere interpretata come la conferma di un principio generale, valido anche per i tipi capitalistici delle società lucrative, per cui l'efficacia del recesso «per quanto riguarda il rapporto sociale» è differita rispetto al momento della (ricezione da parte della società della) relativa dichiarazione. Quanto agli artt. 2437, comma 3°, e 2473, comma 2°, c.c., gli stessi, nel tutelare con norma inderogabile il diritto del socio a sottrarsi a un vincolo potenzialmente perpetuo recedendo *ad nutum* dalla società<sup>(20)</sup>, non individuano in realtà il momento in cui si verifica lo scioglimento del vincolo partecipativo, che non coincide necessariamente con la scadenza del periodo di preavviso<sup>(21)</sup>. Neppure da tali disposizioni, pertanto, sembra possibile ricavare indicazioni decisive.

Infine, con riferimento al *dies a quo* per il calcolo del valore di rimborso della partecipazione, le citate previsioni appaiono più che altro volte a tenere il recedente indenne dalle conseguenze patrimoniali della delibera (o della diversa circostanza) che legittima il recesso, a cui egli non ha concorso<sup>(22)</sup>. In questo senso, esse risultano neutre rispetto alla soluzione del problema in esame.

complesso meccanismo di liquidazione del valore e rimborso della quota di partecipazione al capitale sociale al cui esito, solamente, cessa il rapporto predetto».

<sup>(18)</sup> Così A. PACIELLO, in *Comm. Niccolini-Stagno d'Alcontres, sub art. 2437-bis*, Napoli, 2004, p. 1120; F. CHIAPPETTA, *Nuova disciplina del recesso di società di capitali: profili interpretativi e applicativi*, in *R. soc.*, 2005, p. 506; Trib. Tivoli, 14 giugno 2010, cit.

<sup>(19)</sup> Si veda ancora F. CHIAPPETTA, *op. loc. cit.*, nonché C. FRIGENI, *op. cit.*, p. 1097.

<sup>(20)</sup> Cfr., *ex multis*, C. VASTA, *Cent'anni di solitudine (senza recesso ad nutum)*, nota a Cass. civ., sez. I, 21 febbraio 2020, n. 4716, in *G. comm.*, 2021, II, p. 308 s.

<sup>(21)</sup> Per una ricostruzione del dibattito sul tema, cfr. M. CERA, *Note minime, e critiche, sul recesso ad nutum del socio di s.p.a. a tempo indeterminato*, in *G. comm.*, 2015, I, p. 635 ss. Il presente lavoro non prende posizione in tale dibattito, in quanto le specificità del recesso *ad nutum* richiederebbero un'autonoma trattazione. Basti, tuttavia, considerare che la possibilità di estendere, in tutto o in parte, le conclusioni che saranno raggiunte rispetto al recesso a seguito di delibera (o di altro fatto rilevante) anche all'ipotesi di recesso *ad nutum* dipende dalla risposta ai seguenti interrogativi: (i) se la società possa paralizzare gli effetti del recesso *ad nutum* deliberando lo scioglimento anticipato (o, in ipotesi, introducendo un termine di durata della società); (ii) se tale facoltà debba essere esercitata entro il medesimo termine previsto dagli artt. 2437-bis, comma 3°, e 2473, comma 5°, c.c.; (iii) se il termine in discorso inizi a decorrere dalla data di esercizio del recesso o dalla scadenza del periodo di preavviso.

<sup>(22)</sup> Sul punto, con specifico riferimento all'art. 2437-ter, comma 3°, c.c., che sotto

Sulla scorta di simili obiezioni si è sviluppata in dottrina la seconda tesi, che ha progressivamente raccolto consensi anche in giurisprudenza<sup>(23)</sup>. Essa muove dalla qualificazione del recesso come “fattispecie a formazione progressiva” e ne posticipa l’efficacia, quanto alla perdita dello *status socii*, al momento dell’effettiva liquidazione della quota<sup>(24)</sup>.

---

questo profilo probabilmente costituisce il punto di emersione di un più ampio principio di sistema, cfr. M. NOTARI, *Il recesso per esclusione dalla quotazione nel nuovo art. 2437-quinquies c.c.*, in *R. d. comm.*, 2004, I, p. 532, nt. 5, nonché M. MAUGERI, *Partecipazione sociale, quotazioni di borsa e valutazione delle azioni*, in *R. d. comm.*, 2014, I, p. 110.

<sup>(23)</sup> In particolare, la tesi rappresenta un orientamento consolidato del Tribunale di Milano: sul punto cfr., espressamente, Trib. Milano, 10 luglio 2023, reperibile nella banca dati *giurisprudenzadelleimprese.it*, ove sono richiamati i precedenti conformi del 2 giugno 2022 e del 29 settembre 2020 (ma la tesi era già stata accolta, ad es., da Trib. Milano, 4 maggio 2017, reperibile nella banca dati *De Jure*, ed è stata, da ultimo, ripresa da Trib. Milano, 4 marzo 2024, reperibile nella banca dati *giurisprudenzadelleimprese.it*, in relazione al recesso esercitato durante la fase di liquidazione). Nello stesso senso, v. anche Trib. Napoli, 11 marzo 2015, in *Società*, 2016, p. 62 (secondo la quale «la sottoscrizione dell’aumento del capitale sociale da parte della [recedente] in data successiva all’esercizio del recesso non è espressione di una volontà incompatibile rispetto al recesso ma è atto necessitato dall’esigenza di non vedere annacquato il valore della propria partecipazione sociale»); Trib. Tivoli, 19 gennaio 2011, reperibile nella banca dati *De Jure*, per cui la conclusione che il recedente conserva la titolarità della quota fino al conseguimento del valore di rimborso sarebbe necessitata dalla circostanza che, diversamente opinando, «si dovrebbe concludere che esisterebbero delle azioni che non sono più di proprietà delle socie ricorrenti e degli intervenuti perché receduti, non sono di proprietà degli altri soci né di terzi perché non è ancora avvenuto nessun acquisto da parte di costoro, non sono di proprietà della società perché ancora la procedura di liquidazione non è pervenuta alla fase della facoltà di acquisto da parte di quest’ultima: quindi sarebbero delle *res nullius*»; Trib. Tivoli, 14 giugno 2010, cit.; Trib. Pavia, 5 agosto 2008, in *G. comm.*, 2009, II, p. 1218 (provvedimento cautelare riformato in sede di reclamo da Trib. Pavia, 25 agosto 2008, cit.), secondo cui il recesso del socio, benché atto recettizio, «non gli impedisce l’esercizio dei diritti connessi alla sua persistente qualità, vieppiù in ipotesi come quella di specie, in cui si denunciano atti di depauperamento del patrimonio sociale, la cui compromissione potrebbe in concreto pregiudicare il diritto di credito alla liquidazione della quota (da qui anche il suo concreto interesse ad agire)». Quanto a Cass. civ., sez. I, 19 marzo 2004, n. 5548, spesso richiamata a sostegno della tesi dell’efficacia differita, essa riguarda una controversia disciplinata dalla normativa previgente e prende posizione con un *obiter dictum* espresso in forma apodittica.

<sup>(24)</sup> Cfr., *ex multis*, R. RORDORF, *Il recesso del socio di società di capitali: prime osservazioni dopo la riforma*, in *Società*, 2003, p. 928 s.; M. CALLEGARI, *Art. 2437-bis c.c.*, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da G. Cottino - G. Bonfante - O. Cagnasso - P. Montalenti, vol. II, Bologna 2004, p. 1415 s. (la quale tuttavia esprime qualche perplessità con riguardo alla legittimazione a impugnare la delibera legittimante il recesso); A. PACIELLO, *op. loc. cit.*; F. CHIAPPETTA, *op. loc. cit.*; D. GALLETTI, *Art. 2437-bis c.c.*, in *Comm. Maffei Alberti*, vol. II, Padova 2005, p. 1564 s.; U. LA PORTA, *Il rimborso della partecipazione dell’azionista receduto tra ricorso al debito e riduzione del capitale*, in *Società*, 2008, p. 942, con particolare riferimento al diritto di intervento e voto «in tutte le deliberazioni dirette a conservare il valore della partecipazione da liquidare»; G. D’ATTORRE, *Legittimazione del socio receduto all’azione di annullamento delle deliberazioni assembleari*, in *G. comm.*, 2012, II, p. 720; M. VENTORUZZO, *Recesso e valore della partecipazione nelle società di capitali*, Milano 2012, p. 59

Accanto alle due opposte tesi dell'efficacia immediata del recesso e dell'efficacia differita al momento del rimborso della partecipazione, si rinvengono in dottrina posizioni più articolate. In particolare, alcuni Autori ritengono il recesso immediatamente produttivo di effetti, ma sottoposto alla condizione (risolutiva) dell'esercizio dello *ius poenitendi* da parte della società<sup>(25)</sup>; altri distinguono tra diritti patrimoniali e diritti amministrativi, affermando che i primi restano sospesi in attesa dell'esito del procedimento di liquidazione, mentre i secondi possono essere esercitati dal socio fino allo spirare del termine *ex artt. 2437-bis*, comma 3°, e 2473, comma 5°, c.c.<sup>(26)</sup>. Vi è poi chi nega che il problema della decorrenza degli effetti del recesso possa essere risolto in termini unitari e suggerisce l'adozione di soluzioni differenziate, a seconda dello specifico diritto sociale che di volta in volta viene in rilievo<sup>(27)</sup>.

---

(ove l'Autore riconosce al recedente l'esercizio dei diritti sociali fino «al verificarsi di uno degli eventi che perfezionano il procedimento, che deve considerarsi fattispecie a formazione progressiva: liquidazione della partecipazione tramite acquisto o annullamento delle azioni, ovvero revoca della delibera o scioglimento dell'ente»); M. CENTONZE, *Lo scioglimento di società per azioni in pendenza del recesso del socio*, in questa *Rivista*, 2013, p. 819, alle nt. 50 e 51; con diretto riferimento alla s.r.l., si vedano anche G. ZANARONE, *Art. 2473 c.c.*, in *Della società a responsabilità limitata*, in *Comm. Schlesinger*, Milano 2010, p. 822 s.; M. GARCEA, *Art. 2473 c.c.*, in *S.r.l. – Comm. dedicato a G.B. Portale*, Milano 2011, p. 488 e, da ultimo, C. FRIGENI, *op. cit.*, p. 1098 s., per cui «il recedente, fino a quando non si perfezioni una delle fattispecie mediante le quali è previsto che avvenga la liquidazione della quota, conserva la qualità di socio e, pur assumendo una posizione peculiare all'interno dell'organizzazione sociale, deve ritenersi possa esercitare tutti i diritti sociali».

<sup>(25)</sup> In questo senso si veda la massima notarile I.H.5 (in materia di s.r.l.) del Comitato interregionale dei consigli notarili delle tre Venezie: «La dichiarazione di recesso ha natura di atto unilaterale recettizio, risolutivamente condizionato *ex lege* alla revoca della delibera legittimante il recesso o alla messa in liquidazione volontaria della società, pertanto produce effetti dalla data del suo ricevimento». A favore dell'efficacia risolutivamente condizionata all'esercizio dello *ius poenitendi* da parte della società, cfr. V. DI CATALDO, *op. cit.*, p. 252 ss., il quale però riconosce al socio recedente, in pendenza del termine *ex art. 2437-bis*, comma 3° (e 2473, comma 5°), c.c., tutti i diritti sociali, compreso il diritto di impugnare le deliberazioni assunte dalla società nel periodo in questione (salvo il rischio di improcedibilità, se nel corso del giudizio la qualità di socio venga definitivamente meno). In senso adesivo, v. anche L. FOLLADORI, *Recesso da s.p.a. e invalidità della deliberazione assembleare che lo giustifica*, in *R. d. comm.*, 2016, II, p. 272 s. A ben vedere, tuttavia, l'opinione per cui il recedente conservi la titolarità dei diritti sociali fino alla scadenza del termine in discorso sarebbe maggiormente coerente con una ricostruzione che consideri l'efficacia del recesso *sospensivamente* condizionata al mancato esercizio dello *ius poenitendi* da parte della società. Sulla "precarietà" degli effetti prodotti dalla dichiarazione si veda, infine, A. DACCÒ, *Il recesso nelle s.p.a.*, in *Le nuove s.p.a.*, diretto da O. Cagnasso - L. Panzani, Bologna 2010, p. 1431, sebbene l'Autrice, nel qualificare la revoca della delibera e lo scioglimento della società come condizioni di efficacia del recesso, non prenda posizione sulla natura (sospensiva o risolutiva) delle stesse.

<sup>(26)</sup> Così V. CALANDRA BUONAURO, *op. cit.*, p. 311 ss.

<sup>(27)</sup> Cfr. C. VASTA, *Recesso*, cit., *passim*, spec. p. 46 ss. Nello stesso senso si veda anche

3. – Le posizioni da ultimo richiamate rappresentano altrettanti tentativi di superare i limiti propri di ciascuna delle due tesi di partenza, dettati dalla consapevolezza che soluzioni eccessivamente schematiche non sono adatte a cogliere la complessità del fenomeno del recesso da società di capitali.

In effetti, la tesi della cessazione immediata del vincolo sociale tende a enfatizzare eccessivamente la dimensione contrattuale di tale fenomeno<sup>(28)</sup> (come testimoniato anche dall'insistente riferimento giurisprudenziale al carattere recettizio della dichiarazione), parificando il recesso del socio alla figura generale *ex art. 1373 c.c.* Essa, tuttavia, nella sua apparente linearità, non considera che, nelle società – a maggior ragione se si tratta di società di capitali – il recesso non si inserisce in un rapporto di scambio, ma in un rapporto di carattere organizzativo, che impatta sugli interessi di una pluralità di soggetti. In effetti, il recesso non incide soltanto sulle posizioni del recedente e della società, ma anche su quelle degli altri soci, dei creditori sociali (considerato che il rimborso della partecipazione potrebbe determinare una riduzione del patrimonio o addirittura del capitale sociale) e dei terzi in genere – tra cui, in particolare, i potenziali acquirenti della partecipazione per cui il recesso è esercitato<sup>(29)</sup>.

Più attenta alla considerazione di tali interessi parrebbe l'opposta tesi dell'efficacia differita, secondo cui il recedente mantiene la qualità di socio (e può, di conseguenza, esercitare tutti i diritti sociali) sino alla conclusione del procedimento di liquidazione. Essa, in effetti, è espressione della preoccupazione che il recedente si trovi a subire le conseguenze di scelte a cui non ha concorso, che potrebbero pregiudicare il suo interesse a ottenere il valore di rimborso della partecipazione<sup>(30)</sup>. In quest'ottica, riconoscere al recedente la possibilità di continuare a partecipare alla vita della società risulta funzionale a impedire che quest'ultima diventi «arbitro assoluto delle sorti di chi il recesso ha esercitato»<sup>(31)</sup>.

L'argomento, tuttavia, prova troppo. In effetti, non è sufficiente rilevare che il recedente rimane esposto al rischio di non ricevere il valore di rimborso sino alla conclusione del procedimento di liquidazione della

Id., *Uno, nessuno o centomila diritti per il recedente? La questione ancora aperta della perdita dello status socii*, in *G. comm.*, 2018, II, p. 790.

<sup>(28)</sup> La notazione è sviluppata, in particolare, da C. FRIGENI, *op. cit.*, p. 1097.

<sup>(29)</sup> In questo senso, cfr. L. FOLLADORI, *op. cit.*, p. 260. Gli interessi di tali categorie di soggetti, del resto, sono presi in considerazione dalle stesse disposizioni che scandiscono il procedimento di liquidazione (artt. 2437-*quater* e 2473, comma 4°, c.c.).

<sup>(30)</sup> Cfr. G. ZANARONE, *op. cit.*, p. 824.

<sup>(31)</sup> Così A. PACIELLO, *op. cit.*, p. 1121, che valorizza altresì l'effetto di «stimolo all'accelerazione del procedimento di liquidazione».

partecipazione. In proposito, infatti, è necessario distinguere tra rischio *economico* e rischio *giuridico* di non ricevere tale valore: mentre nel primo caso si tratta del rischio tipico di ogni creditore, che potrebbe in fatto non riuscire a ricevere ciò a cui ha diritto, a causa dell'incapienza patrimoniale – anche sopravvenuta – del debitore, nel secondo caso si tratta di un rischio proprio soltanto del socio che, come *residual claimant*, non ha diritto alla restituzione del conferimento (né, tanto meno, all'attribuzione della quota di pertinenza del *surplus*).

Fino a che residua un'incertezza sull'esistenza del diritto di credito al rimborso del valore della partecipazione, pertanto, appare giustificato il riconoscimento dei diritti sociali al recedente, che ancora sopporta il rischio – giuridico – tipico del socio<sup>(32)</sup>. Al contrario, una volta superata tale incertezza, il recedente corre soltanto il rischio – meramente economico – di non percepire il valore di rimborso a cui ormai ha diritto, ad esempio in conseguenza di un depauperamento del patrimonio sociale; per tale ragione, gli devono essere riconosciuti gli strumenti di tutela che competono (non al socio<sup>(33)</sup>, bensì) al creditore<sup>(34)</sup>.

---

<sup>(32)</sup> Il punto è colto da App. Milano, 21 aprile 2007, in *Società*, 2008, p. 1121 ss. (che riguarda un caso di diritto transitorio). La pronuncia, in effetti, pur riconoscendo al socio receduto il diritto di voto in assemblea, motiva tale conclusione – sia pure con un *obiter dictum* – con la considerazione che «non si possa negare lo “status” di socio a colui che, pur avendo manifestato la volontà di uscire dalla compagine sociale, non ha ancora la certezza né giuridica né di fatto di potere realizzare quest'intento, che potrebbe essere vanificato dagli altri soci, cui è espressamente consentito dall'ultimo comma dell'art. 2437-bis revocare, entro i successivi novanta giorni, la delibera che ha provocato il recesso o renderlo ugualmente inefficace deliberando lo scioglimento della società».

<sup>(33)</sup> Sul punto, occorre considerare che l'attribuzione al recedente degli strumenti di tutela riservati ai soci espone la società al pericolo di un loro utilizzo abusivo da parte di chi, avendo già acquisito il diritto al rimborso della partecipazione, non sopporta più il rischio che tipicamente deriva dalla posizione di *residual claimant*. Sul punto, non appare condivisibile l'obiezione di C. FRIGENI, *op. cit.*, p. 1099, secondo cui tale pericolo non sarebbe «qualitativamente diverso da quello che si verifichi ogni qual volta il socio di una società di capitali miri a far prevalere il proprio interesse extrasociale a discapito dell'interesse sociale». In effetti, nei casi disciplinati dall'art. 2373 c.c., si verifica una situazione di occasionale compresenza, in capo al medesimo soggetto, tra l'interesse tipico del socio e l'interesse estraneo; al contrario, ove fosse consentito l'esercizio del diritto di voto al recedente che ha già maturato un credito nei confronti della società, questi sarebbe *sempre e soltanto* titolare di un interesse per definizione estraneo a quello dei soci.

<sup>(34)</sup> In questo senso sembra esprimersi Trib. Milano, 4 maggio 2017, *cit.*, secondo cui al recedente deve essere riconosciuto «l'esercizio di quei diritti strettamente connessi al diritto alla liquidazione della quota e strumentali alla salvaguardia dell'integrità del patrimonio sociale, come – ai fini che qui rilevano – l'esercizio dell'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori». La sentenza, tuttavia, sembra ammettere che il recedente sia legittimato a esercitare l'azione di responsabilità in quanto socio e non in quanto creditore.

Diviene, a questo punto, centrale per l'analisi in corso stabilire il momento esatto in cui il rimborso della partecipazione non forma più oggetto di una mera aspettativa per il recedente, ma diventa contenuto di un vero e proprio diritto di credito (con conseguente cessazione del rischio giuridico).

A tal fine, viene anzitutto in considerazione la facoltà della società di privare di efficacia il recesso, revocando la delibera che lo legittima o deliberando lo scioglimento anticipato (art. 2437-*bis*, comma 3°, c.c. per le società per azioni e art. 2473, comma 5°, c.c. per le società a responsabilità limitata). Si tratta di un'ipotesi di caducazione del recesso in conseguenza di una precisa scelta della società, i cui soci di maggioranza, ritenendo che i costi implicati dal recesso di uno o più consoci possano eccedere i benefici associati alla decisione organizzativa o imprenditoriale inizialmente ritenuta opportuna, decidano di rinunciare alla medesima o di porre fine all'attività d'impresa<sup>(35)</sup>.

Ebbene, fino alla scadenza di questo termine, il recedente ha una mera aspettativa in ordine al valore di rimborso, dal momento che la società può porre nel nulla gli effetti del recesso già esercitato. Poiché, dunque, in questa fase il recedente rimane esposto al rischio tipico del socio, appare ragionevole riconoscergli l'esercizio delle connesse prerogative.

4. – Ora, nella disciplina delle s.p.a., l'art. 2437-*bis*, comma 5°, fissa in novanta giorni il termine finale per l'esercizio dello *ius poenitendi* da parte della società; nella disciplina delle società a responsabilità limitata, invece, tale termine non è espressamente individuato dall'art. 2473 c.c. Nel silenzio della norma, sono state proposte varie soluzioni interpretative per l'ipotesi in cui lo statuto nulla preveda in proposito<sup>(36)</sup>: un primo orientamento afferma che la società conservi la facoltà di paralizzare gli effetti del recesso in ogni tempo fino alla conclusione del procedimento di liqui-

---

<sup>(35)</sup> Così G. ZANARONE, *op. cit.*, p. 818. Si tratta, in altri termini, di un meccanismo che valorizza il possibile ruolo del recesso come strumento di dialettica endosocietaria, su cui si vedano, *ex multis*, C. ANGELICI, *Le società per azioni. I. Principi e problemi*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, continuato da Mengoni-Schlesinger, Milano 2012, p. 62 s.; *Id.*, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Padova 2006, p. 87 ss.; V. DI CATALDO, *op. cit.*, p. 223.

<sup>(36)</sup> Pare infatti compatibile con il livello di autonomia statutaria riconosciuto alle s.r.l. (e con l'assenza di una previsione codicistica specifica) la possibilità che l'atto costitutivo preveda un termine *ad hoc* per l'esercizio dello *ius poenitendi* da parte della società. In particolare, sicuramente valida sarebbe la clausola che prevedesse un termine inferiore a novanta giorni, mentre maggiori dubbi potrebbero porsi rispetto a una clausola che prevedesse un termine superiore, dato che la stessa prolungherebbe la durata di una situazione di incertezza, di cui potrebbero risentire, oltre al recedente, anche i terzi (v. *infra* nel testo).

dazione<sup>(37)</sup>; un secondo orientamento ritiene che tale facoltà possa essere esercitata entro il medesimo termine indicato dall'art. 2473, comma 4°, c.c. per il rimborso della partecipazione (centottanta giorni dalla comunicazione di recesso)<sup>(38)</sup>, ovvero entro quello previsto per la medesima ipotesi nell'ambito delle società per azioni<sup>(39)</sup>. Quest'ultima risulta la tesi senz'altro preferibile, in quanto, da un lato, il recedente, la società e i terzi non possono essere lasciati *sine die* nell'incertezza sull'efficacia del recesso esercitato<sup>(40)</sup> e, dall'altro, il richiamo al termine per l'adempimento dell'obbligo di rimborso, pur dettato nell'ambito della disciplina della s.r.l., non pare pertinente, dal momento che esso si limita a dilazionare il soddisfacimento di un diritto comunque acquisito<sup>(41)</sup>.

Essa, tuttavia, lascia aperto il problema dell'individuazione del termine da cui i novanta giorni iniziano a decorrere, che peraltro si presenta in modo del tutto analogo anche per le s.p.a.

Tra le diverse soluzioni prospettate, quella che identifica il termine iniziale per l'esercizio dello *ius poenitendi* da parte della società con il termine finale per l'esercizio del recesso del socio<sup>(42)</sup> non può essere condivisa, in quanto si pone in contrasto con la lettera degli artt. 2437-bis, comma 3°, e 2473, comma 5°, c.c., laddove si prevede che «il recesso non può essere esercitato» se interviene la revoca della delibera che lo avrebbe legittimato o lo scioglimento anticipato. Per la stessa ragione deve essere respinta anche la tesi che fa decorrere il termine di novanta giorni

<sup>(37)</sup> In questo senso si veda D. GALLETTI, *Art. 2473 c.c.*, in *Comm. Maffei Alberti*, vol. II, Padova 2005, p. 1915.

<sup>(38)</sup> Cfr. G. ZAGRA, *Termine di revoca della delibera che ha legittimato il recesso nella s.r.l.*, nota a lodo arbitrale Milano, 10 marzo 2006, in *Società*, 2006, p. 754 e, seppure in termini dubitativi, M. PERRINO, *op. cit.*, *passim*, ad es. p. 240 e 258, nonché la massima notarile I.H.7 del Comitato interregionale dei consigli notarili delle tre Venezia.

<sup>(39)</sup> Cfr. G. ZANARONE, *op. cit.*, p. 817, nt. 98 e, in senso adesivo, C. FRIGENI, *op. cit.*, p. 1092. In giurisprudenza, la tesi è esplicitamente accolta da Trib. Catanzaro, 8 giugno 2023, cit.

<sup>(40)</sup> Sulla rilevanza degli interessi dei terzi nell'ambito della disciplina del recesso v. *supra*, par. 3.

<sup>(41)</sup> Così G. ZANARONE, *op. loc. ult. citt.* (ove l'Autore valorizza la differenza tra incertezza meramente fattuale e incertezza giuridica sul rimborso). Ad ogni modo, come sottolineato anche da C. FRIGENI, *op. cit.*, p. 1092, nt. 162, la soluzione del problema sull'applicabilità analogica dell'art. 2437-bis c.c. è influenzata dalla posizione che si ritiene di assumere sul tema della "autosufficienza" della disciplina della s.r.l.

<sup>(42)</sup> In questo senso v., ad esempio, V. DI CATALDO, *op. cit.*, p. 247; F. CORSI, *Il momento di operatività del recesso nelle società di capitali*, in *G. comm.*, 2005, I, p. 319, nt. 12; D. GALLETTI, *sub art. 2437-bis*, cit., p. 1550 s.; M. CENTONZE, *op. cit.*, p. 803; A. DACCÒ, *op. cit.*, p. 1432.

dalla data di esercizio del recesso<sup>(43)</sup>. In questo quadro, appare coerente che il termine inizi piuttosto a decorrere insieme a quello per l'esercizio del recesso<sup>(44)</sup>, ossia, nella generalità dai casi<sup>(45)</sup>, dalla data di iscrizione nel registro delle imprese della delibera assembleare che lo legittima (art. 2437-*bis*, comma 1°, c.c.)<sup>(46)</sup>, ovvero, nelle s.r.l., dalla diversa data eventualmente individuata dall'atto costitutivo (art. 2473, comma 1°, c.c.)<sup>(47)</sup>.

5. – Nei novanta giorni successivi all'iscrizione della delibera che legittima il recesso nel registro delle imprese, quindi, il recedente rimane esposto al rischio giuridico di non ottenere il rimborso della partecipazione, in quanto l'esercizio dello *ius poenitendi* da parte della società potrebbe sterilizzare gli effetti del recesso esercitato. Occorre, a questo punto, interrogarsi sulla possibilità che ulteriori circostanze influiscano sulla soggezione del recedente a tale rischio, anticipando o ritardando la cessazione dello *status socii*.

Sotto il primo profilo, è intuitivo che l'eventuale conclusione del procedimento di liquidazione prima della scadenza del termine di novanta giorni sicuramente comporta lo scioglimento anticipato del vincolo sociale.

---

<sup>(43)</sup> Sostenuta da M. STELLA RICHTER JR., *Diritto di recesso e autonomia statutaria*, in *R. d. comm.*, 2004, I, p. 403.

<sup>(44)</sup> In questo senso si veda C. FRIGENI, *op. cit.*, p. 1093.

<sup>(45)</sup> Ossia tutte le volte in cui il recesso sia legittimato da una delibera (e non da un fatto diverso), tale delibera sia soggetta a iscrizione e, trattandosi di s.r.l., l'atto costitutivo nulla disponga in proposito.

<sup>(46)</sup> Ritengono che il termine entro cui la società può esercitare lo *ius poenitendi* decorra dalla data di iscrizione della delibera, ad es., V. CALANDRA BUONAURA, *op. cit.*, p. 308 s., nt. 33, e G.A.M. TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 17, il quale puntualizza che la conclusione vale solo per le delibere soggette a iscrizione, mentre per le altre delibere è necessitato il riferimento alla data della loro assunzione. Sostiene, invece, che il termine decorra sempre dalla data di assunzione della delibera M. CALLEGARI, *op. cit.*, p. 1418, in quanto tale data avrebbe il vantaggio di essere «certa (risultante dal verbale notarile) ed unica per tutti i recedenti».

<sup>(47)</sup> In effetti, l'art. 2473 c.c. rimette all'autonomia statutaria la disciplina i termini e le modalità di esercizio del recesso, senza specificare quali regole trovino applicazione nel silenzio dell'atto costitutivo. Sul punto, la tesi più accreditata ritiene che trovi applicazione la disposizione dettata per le s.p.a. (in questo senso si vedano, ad es., C. FRIGENI, *op. cit.*, p. 1085 e la massima notarile I.H.2 del Comitato interregionale dei consigli notarili delle tre Venezie), mentre solleva forti perplessità la tesi accolta da Cass. civ. sez. I, 12 novembre 2018, n. 28987 (e ripresa, ad es., da Trib. Firenze, 22 giugno 2023, reperibile nella banca dati *giurisprudenzadelleimprese.it*), in un caso di trasformazione di una s.r.l. in s.p.a., secondo cui il recesso «va esercitato nel termine previsto nello statuto della s.r.l., prima della sua trasformazione in s.p.a., e, in mancanza di detto termine, secondo buona fede e correttezza, dovendo il giudice del merito valutare di volta in volta le modalità concrete di esercizio del diritto di recesso e, in particolare, la congruità del termine entro il quale il recesso è stato esercitato, tenuto conto della pluralità degli interessi coinvolti».

Questo, tuttavia, non significa che il rimborso della partecipazione del recedente sia, di per sé, determinante ai fini della perdita della qualità di socio<sup>(48)</sup>; piuttosto, il rimborso prima della scadenza del termine *ex artt.* 2437-*bis*, comma 3°, e 2473, comma 5°, c.c. rileva in quanto comporta la definitiva rinuncia della società alla facoltà di privare di efficacia il recesso esercitato dall'ormai *ex socio*.

La risposta all'interrogativo appare invece meno scontata con riferimento al secondo profilo. Astrattamente, infatti, il momento in cui il recedente diventa creditore della società potrebbe essere differito a causa (i) della mancata (o ritardata) determinazione del valore di rimborso della sua partecipazione, (ii) della revocabilità del recesso esercitato, ovvero (iii) della successiva impugnazione della delibera che legittimava il suo recesso.

In relazione all'ipotesi *sub (i)*, la stessa deve essere presa in considerazione unitamente alla tesi per cui il termine per il recesso non inizia a decorrere fino a che non sia stato comunicato ai soci il valore di rimborso che spetterebbe loro in caso di esercizio del diritto<sup>(49)</sup>. In effetti, se si accetta il principio per cui il termine per lo *ius poenitendi* della società inizia a decorrere insieme a quello per il recesso del socio (cfr. par. 4), dall'eventuale accoglimento della tesi in esame discenderebbe la conseguenza che, sino a che il valore di rimborso non sia stato determinato (e nei novanta giorni successivi), il recedente rimanga esposto al rischio che la società ponga nel nulla gli effetti del recesso esercitato.

La tesi, tuttavia, non convince. Essa, infatti, incontra significativi ostacoli di ordine testuale, non solo nella disciplina della s.r.l., ove la sequenza temporale definita dall'art. 2473 c.c. prevede che la dichiarazione di recesso del socio *preceda* la determinazione del valore della quota da parte della società<sup>(50)</sup>, ma anche nella stessa disciplina della s.p.a., ove la determinazione preventiva del «valore di liquidazione delle azioni» è la regola solo per il recesso legittimato da delibera<sup>(51)</sup> e solo nelle società non

<sup>(48)</sup> Secondo C. FRIGENI, *op. cit.*, p. 1097 s., invece, proprio questo argomento confermerebbe la correttezza della tesi che ritiene il rimborso condizione non solo sufficiente, ma anche necessaria per la cessazione dello *status socii*.

<sup>(49)</sup> La tesi è stata sostenuta, in relazione alle sole ipotesi di recesso legittimato da un fatto diverso da una delibera nel contesto delle società per azioni, da M. BIONE, *Informazione ed exit: brevi note in tema di recesso nella s.p.a.*, in *Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, cit., vol. III, p. 212 s.; G. MARASÀ, Artt. 2437, 2437-*bis*, 2437-*ter*, 2437-*quater*, 2437-*quinquies*, in *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, diretto da F. d'Alessandro, vol. II, tomo II, Padova 2011, p. 801; G. LIOTTI, *Recesso del socio: determinazione del valore delle azioni e verbalizzazione notarile*, in *Notariato*, 2012, p. 93.

<sup>(50)</sup> Cfr. G. ZANARONE, *op. cit.*, p. 835 s.

<sup>(51)</sup> Di tali ostacoli è consapevole lo stesso G. MARASÀ, *op. loc. ult. citt.*, che non solo espone in termini dubitativi la tesi favorevole al differimento del *dies a quo* del termine per

quotate<sup>(52)</sup>. Anche in tale contesto, peraltro, la regola pare dettata non tanto (o comunque non solo) nell'interesse del singolo socio intenzionato a recedere in caso di approvazione di una determinata modifica statutaria, quanto nell'interesse della generalità dei soci chiamati a esprimere il loro voto sulla medesima<sup>(53)</sup>.

In questo quadro, non sembra che la conoscenza del valore di rimborso possa essere elevata a condizione essenziale per l'esercizio del diritto di recesso, al punto che il relativo termine non inizi a decorrere fino a che tale valore non è determinato. A maggior ragione deve escludersi che la sua mancata o ritardata determinazione possa posticipare il termine per l'esercizio dello *ius poenitendi* da parte della società, che altrimenti potrebbe approfittare dell'inerzia dei propri amministratori per neutralizzare gli effetti del recesso anche a notevole distanza di tempo. La circostanza, pertanto, non appare idonea – secondo la ricostruzione qui accolta – a ritardare il momento in cui il recedente matura un diritto di credito nei confronti della società.

Per quanto riguarda l'ipotesi *sub (ii)*, è chiaro che la revocabilità del recesso esercitato incida sulla natura del rapporto tra recedente e società: finché la comunicazione della volontà di recedere può essere revocata, infatti, non vi è certezza giuridica sulla spettanza del valore di rimborso. Pertanto, qualora si accogliesse una tesi che considera il recesso revocabile anche oltre la scadenza del termine *ex artt. 2437-bis*, comma 3°, e 2473, comma 5°, c.c., dovrebbe ammettersi che la cessazione dello *status socii* avvenga successivamente a tale momento<sup>(54)</sup>.

---

recedere, ma ammette che essa implica una forzatura della lettera dell'art. 2437-bis, comma 1°, ultima parte, c.c.

<sup>(52)</sup> In effetti, la regola per cui i soci «hanno diritto di conoscere» la determinazione del valore di rimborso delle azioni «nei quindici giorni precedenti alla data fissata per l'assemblea» è posta dal quinto comma dell'art. 2437-ter c.c. per i soli casi disciplinati dal secondo comma della medesima disposizione (relativo, appunto, alla determinazione del valore delle azioni non quotate in mercati regolamentati).

<sup>(53)</sup> In questo senso cfr. Trib. Milano, 30 aprile 2008, in *G. it.*, 2008, p. 1944 ss., per cui, dalla considerazione che «l'obbligo dell'organo amministrativo di procedere alla previa valutazione del valore di liquidazione delle azioni, p[uò] intendersi come posto nell'interesse alla piena informazione dei soci chiamati a decidere una modifica statutaria che può far sorgere il diritto di recedere, e ciò non solo nell'ottica del socio che a fronte di detta modifica intenda recedere, ma anche dei soci che, pur non intenzionati a recedere, possano valutare appieno il valore del loro voto e quindi anche l'impatto economico – per i soci e per la società stante il disposto dell'art. 2437 quater c.c. – di una modifica statutaria che possa indurre taluni al recesso», discende l'annullabilità della delibera adottata in assenza di tale valutazione. In dottrina, si vedano C. CARUSO, *Inizio e cessazione dell'attività di direzione e coordinamento e recesso del socio*, Torino 2012, p. 215 e M. STELLA RICHTER, *Il recesso dalla società per azioni*, in *Recesso ed esclusione dalle società di capitali*, cit., p. 100 ss.

In proposito, è stato talora sostenuto che la dichiarazione di recesso possa essere revocata quando il socio sia tardivamente venuto a conoscenza del valore di rimborso della propria partecipazione<sup>(55)</sup>. L'opinione, tuttavia, non può essere condivisa, in quanto, come già rilevato, l'informazione sul valore della partecipazione non è considerata dall'ordinamento decisiva ai fini della valutazione circa l'opportunità di recedere<sup>(56)</sup>. Pertanto, non solo il termine per esercitare il recesso inizia a decorrere a prescindere dalla determinazione del valore di rimborso, ma anche la dichiarazione di recesso non può essere in seguito revocata, qualora tale determinazione sia effettuata tardivamente. In entrambi i casi, infatti, l'interesse del socio (non già a esercitare consapevolmente il diritto di recesso, bensì) a essere correttamente liquidato risulta adeguatamente tutelato dal meccanismo di nomina di un esperto per la (ri)determinazione del valore della sua partecipazione, previsto per la s.p.a. dall'art. 2437-ter, comma 6°, c.c. e per la s.r.l. dall'art. 2473, comma 3°, c.c.<sup>(57)</sup>.

È stato altresì sostenuto che la comunicazione della volontà di recedere potrebbe essere revocata dal socio in ogni tempo, fino a che non sia stata avviata<sup>(58)</sup> o, addirittura, conclusa<sup>(59)</sup> la procedura di rimborso. Tale tesi, tuttavia, risulta incompatibile non solo con un'impostazione di tipo contrattuale del fenomeno (da cui dovrebbe invece discendere che la comunicazione – in quanto atto unilaterale recettizio – divenga irrevocabile una volta giunta a conoscenza della società)<sup>(60)</sup>, ma anche con un'impostazione che ne valorizza la dimensione organizzativa, dal momento che

---

<sup>(54)</sup> In proposito, si rende opportuna una precisazione: mentre è vero che – secondo la ricostruzione qui proposta – finché il recesso è revocabile colui che l'ha esercitato conserva la qualità di socio, non è necessariamente vero il contrario. In altri termini, è compatibile con l'impostazione seguita in questo lavoro una soluzione per cui il recesso diviene irrevocabile già prima del venir meno del rapporto sociale.

<sup>(55)</sup> Così la massima n. 51 del Consiglio Notarile di Milano, con riferimento all'art. 2437-ter, comma 5°, c.c. (nella cui motivazione si legge «nell'ottica di tutela del socio recedente, sembra doversi ammettere per il socio che ha dichiarato di recedere senza potere conoscere tempestivamente il valore delle sue azioni un diritto a revocare la propria dichiarazione di recesso») e C. CARUSO, *op. cit.*, p. 216, che estende la soluzione al recesso legittimato da un fatto diverso da una delibera e al recesso del socio di s.r.l.

<sup>(56)</sup> Cfr. C. CAPRARA, *Delibera che legittima il diritto di recesso e la mancata determinazione del valore delle azioni: spunti interpretativi*, in *Contr. impr.*, 2009, p. 1295, nt. 33.

<sup>(57)</sup> Si deve, infatti, ritenere che la nomina dell'esperto possa essere richiesta anche quando gli amministratori omettano del tutto di procedere alla determinazione: cfr., in giurisprudenza, Trib. Roma, 8 luglio 2016, in *Il caso.it*, nonché, in dottrina, C. CAPRARA, *op. cit.*, p. 1293 s.

<sup>(58)</sup> Così C. FRIGENI, *op. cit.*, p. 1088.

<sup>(59)</sup> V. A. PACIELLO, *op. cit.*, p. 1118.

<sup>(60)</sup> In questo senso, v., ad es., le già citate pronunce Trib. Milano, 5 marzo 2007 e Trib. Tivoli, 14 giugno 2010, nonché M. CALLEGARI, *op. cit.*, p. 1416.

essa genera una protratta situazione di incertezza sugli effetti del recesso esercitato da uno o più soci, rimettendo a ciascuno di essi il potere di revocare tali effetti con una contraria manifestazione di volontà<sup>(61)</sup>. Più in generale, non sembra che, nell'attuale disciplina del recesso da società di capitali, vi sia spazio per sostenere che il recesso esercitato dal socio possa essere revocato anche dopo il decorso del termine per lo *ius poenitendi* della società<sup>(62)</sup>. Pertanto, neppure l'eventuale revocabilità della dichiarazione sembra influire sul momento in cui il recedente perde la qualità di socio e assume quella di creditore della società.

Con riferimento, infine, all'ipotesi *sub (iii)*, è diffuso il convincimento che l'accertamento giudiziale dell'invalidità della delibera che ha giustificato il recesso travolga gli effetti di quest'ultimo<sup>(63)</sup>. A sostegno di questa posizione sono state invocate, da un lato, la presunta inefficacia originaria delle delibere nulle e la retroattività degli effetti dell'annullamento<sup>(64)</sup> e, dall'altro, la pretesa equiparabilità tra la caducazione della delibera a seguito di pronuncia giudiziale e la revoca della medesima *ex art. 2437-bis*, comma 3°, o 2473, comma 5°, c.c.<sup>(65)</sup>.

Nessuno di questi argomenti, tuttavia, risulta del tutto persuasivo<sup>(66)</sup>. Sul primo versante, infatti, è stato condivisibilmente sostenuto che la

<sup>(61)</sup> Proprio nella prospettiva organizzativa, solleva forti perplessità l'argomento secondo cui «il socio può revocare la dichiarazione fino a quando non si realizzi il trasferimento delle azioni, e ciò in quanto la disciplina del recesso è posta a presidio del suo interesse a realizzare l'investimento, mentre non ne è rinvenibile altro contrapposto che possa ricevere protezione dall'«indisponibilità» della dichiarazione» (così A. PACIELLO, *op. cit.*, p. 1120). In realtà, come chiarito, sono configurabili plurimi interessi contrapposti, la cui considerazione impone di mantenere entro adeguati limiti temporali la situazione di incertezza provocata dalla revocabilità del recesso (cfr. par. 3).

<sup>(62)</sup> Ai fini dell'analisi svolta nel testo, peraltro, non occorre nemmeno prendere posizione sull'alternativa se il recesso sia revocabile fino al decorso di tale termine (così C. CARMIGNANI, *Art. 2437-bis c.c.*, in *Comm. Sandulli-Santorò*, tomo II, Torino 2003, p. 888), o invece diventi irrevocabile in un momento anteriore (ad es., alla scadenza del termine per l'esercizio del recesso, come sostenuto, sia pure in relazione alla disciplina previgente, da Cass. civ., sez. I, 19 marzo 2004, n. 5548, in *Società*, 2004, p. 1364 ss.). Sul punto, si rinvia alla precisazione di cui alla nt. 54.

<sup>(63)</sup> Tale convincimento è espresso, in dottrina, da D. GALLETTI, *Art. 2437-bis c.c.*, cit., p. 1552 s.; V. DI CATALDO, *op. cit.*, p. 248; F. ANNUNZIATA, *Art. 2473 c.c.*, in *Società a responsabilità limitata*, in *Comm. Marchetti-Bianchi*, Milano 2008, p. 484 ss.; G. ZANARONE, *op. cit.*, p. 818, nt. 100 e p. 826, nt. 120; nonché, in giurisprudenza, da Trib. Napoli, 14 gennaio 2011, cit. e App. Trento, 22 dicembre 2006, in *Società*, 2007, p. 1479 (sia pure in un *obiter dictum*).

<sup>(64)</sup> V. DI CATALDO, *op. loc. ult. cit.*

<sup>(65)</sup> Così, ad es., D. GALLETTI, *Art. 2437-bis*, cit., p. 1552.

<sup>(66)</sup> Per una più ampia confutazione di tali argomenti, cfr. L. FOLLADORI, *op. cit.*, p. 286 ss.

delibera viziata sia comunque produttiva di effetti, sia che il vizio risulti riconducibile alla categoria dell'annullabilità, sia (con maggiori riserve) <sup>(67)</sup> che lo stesso risulti riconducibile alla categoria delle nullità <sup>(68)</sup>. In tal senso depongono, in particolare, le numerose ipotesi, tipizzate dal legislatore, in cui la delibera, pur viziata, non può essere impugnata <sup>(69)</sup>, nonché la stessa previsione di un termine di decadenza tanto per l'azione di annullamento, quanto per quella di nullità <sup>(70)</sup> (fuori dal caso in cui vengano inserite nell'oggetto sociale attività illecite o impossibili).

Rispetto alla retroattività degli effetti della pronuncia che accoglie l'impugnazione, invece, la norma di riferimento è l'art. 2377, comma 7°, c.c., richiamato, per la nullità, dall'art. 2379, comma 4°, c.c. <sup>(71)</sup> e, per l'invalidità delle decisioni dei soci nella s.r.l., dall'art. 2479-ter, comma 4°, c.c. Tale norma, però, nel disporre che la declaratoria di invalidità «ha effetto rispetto a tutti i soci», ma non pregiudica «i diritti acquistati in buona fede dai terzi», non risolve il problema della stabilità degli effetti del recesso esercitato in conseguenza dell'adozione della delibera poi di-

<sup>(67)</sup> Per la tesi secondo cui le delibere annullabili sarebbero produttive di effetti fino all'annullamento, mentre quelle nulle sarebbero inefficaci *ab origine*, cfr. ad es. M. CIAN, *Invalità ed inesistenza delle deliberazioni e delle decisioni dei soci nel nuovo diritto societario*, in *R. soc.*, 2004, p. 773 ss.

<sup>(68)</sup> C. ANGELICI, *La riforma*, cit., p. 114 ss., si esprime in termini di «efficacia precaria» della delibera nulla, riconoscendone il «valore di fatto rilevante, pur contestabile, nell'organizzazione sociale e nello svolgimento della sua attività». Nello stesso senso, cfr. R. SACCHI - A. VICARI, *Invalità delle deliberazioni assembleari*, in *Le nuove s.p.a.*, cit., p. 693; R. SACCHI, *Gli effetti della sentenza che accoglie l'impugnazione di delibere assembleari di s.p.a.*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, p. 147, nonché, con particolare riferimento alla disciplina dell'invalidità nella s.r.l., M. ROSSI, *L'invalidità delle decisioni dei soci*, in *R. d. comm.*, 2005, I, p. 990 ss.

<sup>(69)</sup> Ci si riferisce agli artt. 2377, comma 8°, 2379-bis, 2379-ter e 2434-bis c.c. (per la s.p.a.), nonché all'art. 2479-ter, comma 1°, c.c. (per la s.r.l.), a mente dei quali la declaratoria di invalidità della delibera è preclusa da circostanze contemporanee o sopravvenute, che ne «sanano» i vizi. In senso analogo, una cristallizzazione degli effetti della delibera invalida potrebbe aversi anche nell'ipotesi disciplinata dall'art. 2378, comma 2°, c.c., ossia qualora i soci che hanno agito perdano, nel corso del giudizio, i requisiti di cui all'art. 2377, comma 3°, c.c.

<sup>(70)</sup> In proposito cfr. A. STAGNO D'ALCONTRES, *L'invalidità delle deliberazioni dell'assemblea di s.p.a. La nuova disciplina*, in *Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, cit., vol. II, p. 209, secondo cui «È evidente che, se la decadenza dal diritto ad impugnare la deliberazione è stata introdotta in funzione della tutela della stabilità degli atti societari, la sua funzione non può essere altra che quella di assicurare che detti atti possano continuare ad avere esecuzione. Se così non fosse non vi sarebbe alcun motivo di tutelare la stabilità di deliberazioni vizzate».

<sup>(71)</sup> Proprio il rinvio contenuto nell'art. 2379, comma 4°, c.c. consente di affermare l'efficacia immediata delle delibere nulle, al pari di quelle annullabili: in questo senso si vedano, in particolare, A. STAGNO D'ALCONTRES, *op. loc. ult. cit.*, e R. SACCHI, *op. cit.*, p. 147.

chiarata invalida. In effetti, la sua soluzione dipende, in definitiva, dalla possibilità di qualificare il recedente come “socio” o come “terzo” nel momento in cui è pronunciata la sentenza che accoglie l’impugnazione<sup>(72)</sup>. Pertanto, non sembra possibile trarre dall’art. 2377, comma 7°, c.c. argomenti a favore della tesi per cui, in caso di impugnazione della delibera che legittima il recesso, il recedente rimanga esposto a un rischio giuridico di non conseguire (o di dover restituire) il valore di rimborso fino alla conclusione del relativo giudizio<sup>(73)</sup>.

Sul secondo versante, neppure l’equiparazione tra caducazione della delibera a seguito di pronuncia giudiziale e la revoca della medesima sembra cogliere nel segno. In effetti, le due ipotesi non appaiono tra loro fungibili, dal momento che – come è stato opportunamente osservato<sup>(74)</sup> – quando la rimozione della delibera che giustifica il recesso è decisa ai sensi dell’art. 2437-*bis*, comma 3°, o 2473, comma 5°, c.c., essa risponde a una precisa scelta “strategica” della società (*rectius*: della maggioranza dei soci), mentre, quando la stessa è conseguenza di una declaratoria di invalidità, essa discende dalla decisione di un giudice (o arbitro) fondata esclusivamente su un parametro di legalità.

Ad ogni modo, quand’anche si volesse ammettere tale equiparazione, l’accertamento giudiziale dell’invalidità della delibera potrebbe valere a sterilizzare gli effetti del recesso esercitato solo nell’ipotesi, evidentemente di scuola, in cui la sentenza (o il lodo) intervenisse entro il termine di novanta giorni previsto dall’art. 2437-*bis*, comma 3°, c.c.<sup>(75)</sup>, come detto applicabile, secondo l’opinione preferibile, anche alle s.r.l.

---

(72) Qualora il recedente sia qualificato come terzo, occorre interrogarsi sui limiti entro cui è possibile affermare che ha acquistato il proprio diritto (di credito) “in buona fede”. Sul punto, appare condivisibile la soluzione proposta da L. FOLLADORI, *op. cit.*, p. 297, secondo cui la mala fede del recedente si configura solo nel momento in cui abbia promosso lui stesso l’impugnazione della delibera che legittimava il suo recesso. In questo senso, il socio che, rispetto a una medesima deliberazione a cui non abbia concorso, eserciti sia il diritto di impugnazione, sia il diritto di recesso, potrebbe rimanere esposto al rischio *giuridico* di non ricevere (o di dover restituire) il valore di rimborso oltre il termine di cui agli artt. 2437-*bis*, comma 3°, e 2473, comma 5°, c.c. Tuttavia, ragioni di opportunità suggeriscono che a tale socio debba essere ugualmente inibito l’esercizio dei diritti sociali dopo la scadenza del predetto termine, onde evitare che siano promosse impugnazioni strumentali da parte di chi, avendo manifestato l’intenzione di recedere, voglia continuare a interferire con la vita della società.

(73) Nello stesso senso, sia pure muovendo dalla concezione per cui il recedente conservi lo *status* di socio fino alla liquidazione della propria quota, C. FRIGENI, *op. cit.*, p. 1094, nonché V. SALAFIA, *op. cit.*, p. 173.

(74) Cfr. L. FOLLADORI, *op. cit.*, p. 282.

(75) In questo quadro, occorre chiedersi se l’eventuale accoglimento, prima dello spirare del termine in discorso, di un’istanza di sospensione *ex art.* 2378, comma 3°, c.c.

Alla luce di tali considerazioni, non sembra che neppure l'impugnazione della delibera che giustificava il recesso possa posticipare il momento in cui il recedente diventa creditore della società<sup>(76)</sup>.

6. – Secondo l'impostazione accolta in questo lavoro, quindi, il recedente conserva la qualità di socio fino a quando rimane esposto al rischio giuridico di non ottenere il rimborso della partecipazione, ossia fino alla scadenza del termine previsto per lo *ius poenitendi* della società, tendenzialmente pari – anche nelle s.r.l. – a novanta giorni dalla data di iscrizione nel registro delle imprese della delibera assembleare che lo legittima (cfr. par. 4).

Sino a questo momento, quindi, il recedente può ancora esercitare i diritti incorporati nella partecipazione per cui ha esercitato il recesso. Tuttavia, la peculiare posizione in cui si trova il socio che ha manifestato l'intenzione di uscire dalla società rende necessari alcuni contemperamenti<sup>(77)</sup>.

Per quanto riguarda i diritti amministrativi, se in linea generale appare ragionevole consentirne l'esercizio al recedente che, al pari degli altri soci, ancora sopporti il rischio giuridico di perdere quanto investito nella società (e quindi sia ragionevolmente portato a esercitare responsabilmente tali diritti)<sup>(78)</sup>, maggiori problemi si pongono in relazione all'esercizio del diritto di voto nell'assemblea convocata per assumere le delibere di cui agli

sia idoneo a sospendere anche il decorso del termine per lo *ius poenitendi* della società. In caso di risposta affermativa, infatti, il recedente rimarrebbe esposto al rischio giuridico di non ottenere il rimborso della partecipazione fino alla decisione dell'impugnazione (o alla revoca del decreto che aveva accolto l'istanza). Sul punto, L. FOLLADORI, *op. cit.*, p. 294 ritiene tuttavia che «manchi un fondamento normativo in grado di instaurare un legame giuridico (oltre che logico) – e di rifletterne a cascata gli effetti – tra la sospensione dell'esecuzione (anche intesa come efficacia) della deliberazione e il recesso esercitato».

<sup>(76)</sup> Ferme restando le osservazioni svolte a proposito del requisito della buona fede *ex art. 2377*, comma 7°, c.c., nonché i dubbi sollevati sulla rilevanza dell'accoglimento di un'istanza di sospensione prima della scadenza del termine per lo *ius poenitendi* della società.

<sup>(77)</sup> La «peculiare posizione all'interno dell'organizzazione sociale» del recedente è evidenziata anche da C. FRIGENI, *op. cit.*, p. 1098, pur nell'ambito di un'impostazione che collega la perdita dello *status socii* all'avvenuto rimborso della partecipazione.

<sup>(78)</sup> Per una compiuta esposizione della tesi tradizionale per cui la soggezione al rischio d'impresa (più propriamente inteso, per i soci solo limitatamente responsabili, come rischio di perdere il proprio investimento) incentiva un esercizio accorto dei diritti sociali, cfr., per tutti, E. BARCELLONA, *Rischio e potere nel diritto societario riformato fra golden quota di s.r.l. e strumenti finanziari di s.p.a.*, Torino 2012, *passim*. Sul ruolo del principio di correlazione tra rischio e potere nella *governance* delle società di capitali, sia tuttavia consentito rinviare a F. CADORIN, *Il divieto di patto leonino dopo il codice della crisi, tra incentivi alla corretta gestione imprenditoriale e tutela del contraente debole*, in *G. comm.*, 2021, I, p. 133 ss.

artt. 2437-*bis*, comma 3° e 2473, comma 5°, c.c. In tali ipotesi, gli interessi del recedente potrebbero non essere allineati a quelli degli altri soci: il primo, infatti, è portatore di un interesse *atipico* a ottenere il rimborso della propria partecipazione<sup>(79)</sup>, in conflitto con l'interesse *tipico* dei secondi a mantenere intatto il patrimonio sociale.

Tuttavia, per evitare che tale interesse atipico possa condizionare gli esiti della valutazione costi benefici a cui tutti i soci sono chiamati (cfr. par. 3), impedendo l'approvazione della proposta di scioglimento anticipato o di revoca della precedente delibera, non sembra necessario spingersi a negare il diritto del recedente a votare in assemblea. Infatti, per scongiurare tale eventualità appare sufficiente consentire l'impugnazione, ex art. 2373 o 2479-*ter*, comma 2°, c.c., della delibera (negativa)<sup>(80)</sup>, ove il voto contrario del recedente sia risultato in concreto determinante per il mancato raggiungimento del *quorum* richiesto<sup>(81)</sup>.

Quanto ai diritti patrimoniali, è convincente l'opinione per cui, ove siano distribuiti dividendi prima della scadenza del termine per l'esercizio dello *ius poenitendi*, gli stessi siano provvisoriamente accantonati<sup>(82)</sup>. In questo modo, qualora il recesso rimanga privo di efficacia, i dividendi

<sup>(79)</sup> Tale interesse, a seconda dei casi, potrà essere esclusivo o concorrente con un interesse tipico. In particolare, rispetto allo scioglimento anticipato, il recedente sarà verosimilmente interessato soltanto a ricevere il valore di rimborso senza attendere l'esito della liquidazione; rispetto alla revoca della delibera che legittimava il suo recesso, invece, il socio potrebbe essere interessato anche a ripristinare le condizioni originarie del proprio investimento nella società.

<sup>(80)</sup> La posizione sostenuta nel testo presuppone l'adesione alla tesi – oggi accreditata anche in giurisprudenza – che ammette l'impugnazione della c.d. delibera negativa: per una ricostruzione dell'evoluzione del dibattito sul tema, cfr. V. PINTO, *I l problema dell'impugnazione della delibera negativa nella giurisprudenza delle imprese*, in questa *Rivista*, 2016, p. 901 ss. (ove, a p. 904, l'Autore osserva che «Nella giurisprudenza di merito più recente – sia pure in presenza di precedenti di segno contrario – l'interesse a impugnare la delibera negativa non solo è ritenuto meritevole di tutela, ma è anche elevato a parametro di adeguamento delle regole codicistiche sull'impugnazione»).

<sup>(81)</sup> L'efficacia del rimedio dipende, peraltro, dalla possibilità di riconoscere al giudice – e, ancora prima, al presidente dell'assemblea in sede di accertamento del risultato della votazione – il potere di dichiarare la proposta approvata, escludendo il voto del recedente in conflitto di interessi dal conteggio: in senso affermativo si è pronunciata, da ultimo, Cass. civ., sez. I, 22 marzo 2024, n. 7874 (sia pure in un *obiter dictum*), ma la tesi era stata già accolta da lodo arbitrale 2 luglio 2009, in *G. comm.*, 2010, II, p. 911 ss. (con nota critica di A. DE PRA, *Deliberazione negativa votata in conflitto d'interessi e divieto di voto del socio-amministratore*, p. 922 ss.); R. SACCHI, *G li effetti della sentenza che accoglie l'impugnazione di delibere assembleari di s.p.a.*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, p. 156 ss.; Trib. Milano, 28 novembre 2014 (reperibile nella banca dati *giurisprudenzadelleimprese.it*); F. CORAZZA, *Delibere negative e regime codicistico delle invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *G. comm.*, 2022, I, p. 913 ss. e 917 ss.

<sup>(82)</sup> Così V. CALANDRA BUONAURO, *op. cit.*, p. 312.

accantonati sono attribuiti al recedente; qualora, invece, questi consegua il diritto al valore di rimborso, gli stessi sono ripartiti tra gli altri soci, dal momento che eventuali utili vengono già considerati in sede di liquidazione della partecipazione (nell'ambito della valutazione della consistenza patrimoniale, se maturati alla data di riferimento, ovvero della valutazione delle prospettive reddituali, se non ancora maturati a quella data).

Una volta decorso il termine per lo *ius poenitendi* della società, invece, il recedente acquista un diritto di credito nei confronti della stessa, rimanendo esclusivamente esposto al rischio economico di non percepire, in fatto, il valore di rimborso. A partire da questo momento, quindi – se si condivide la prospettiva accolta in questo lavoro – gli dovranno essere riconosciuti solo gli strumenti di tutela propri dei creditori sociali. In particolare, oltre alla legittimazione a proporre azione di responsabilità nei confronti degli amministratori (si badi: *ex* artt. 2394 e 2476, comma 6°, c.c.), al recedente che ha perso la qualità socio spetterà il potere di opporsi al compimento di operazioni straordinarie che potrebbero pregiudicare il suo diritto al rimborso, qualora le stesse siano state approvate in un momento successivo all'acquisto del medesimo<sup>(83)</sup>.

7. – L'individuazione del momento in cui il recedente perde la qualità di socio – e con essa la titolarità dei diritti amministrativi e patrimoniali – è uno dei tanti nodi irrisolti della disciplina del recesso da società di capitali. Il dibattito in proposito, pur con alcune eccezioni, è stato a lungo dominato dalla contrapposizione tra tesi che identificano tale momento con quello della ricezione, da parte della società, della dichiarazione di recesso, secondo una prospettiva tipicamente contrattuale, e tesi che, ritenendo tale prospettiva inadeguata a cogliere le implicazioni del recesso sul piano organizzativo, affermano che il rapporto partecipativo si mantenga fino all'effettivo rimborso della partecipazione.

Il presente lavoro propone una ricostruzione alternativa del problema, che ricollega la perdita dello *status socii* alla cessazione, in capo al recedente, del rischio d'impresa, da intendersi più propriamente come rischio dell'investimento. Solo finché il recedente rimane esposto al rischio (anche) giuridico di non ottenere il rimborso della partecipazione per cui ha

---

<sup>(83)</sup> Sull'opposizione dei creditori sociali "anteriori" e sull'individuazione del referente temporale per l'attribuzione di tale qualifica si vedano, ad es., gli artt. 2445, 2482 c.c. (in tema di riduzione del capitale sociale, rispettivamente nelle s.p.a. e nelle s.r.l.), l'art. 2500-*novies* c.c. (in tema di trasformazione) e l'art. 2503 c.c. (dettato in tema di fusione, ma applicabile anche alla scissione in virtù del rinvio contenuto nell'art. 2505-*ter*, comma 5°, c.c.).

esercitato il recesso, infatti, è giustificata l'attribuzione al medesimo dei diritti sociali (sia pure con alcuni correttivi: cfr. par. 6); al contrario, quando il rischio sopportato diviene meramente economico, risultano sufficienti gli strumenti di tutela che spettano ordinariamente ai creditori sociali.

Secondo la ricostruzione proposta, in particolare, il rischio giuridico viene meno alla scadenza del termine per lo *ius poenitendi* della società. In effetti, nei novanta giorni successivi al verificarsi dei presupposti per l'esercizio del recesso, gli altri soci potrebbero porre nel nulla gli effetti del recesso già esercitato, revocando la delibera che lo legittimava o deliberando lo scioglimento anticipato della società; decorso tale termine, invece, gli effetti del recesso si consolidano e il recedente acquista un diritto di credito nei confronti della società.

Alla luce dell'analisi condotta in queste pagine, la conclusione raggiunta non sembra scalfita dalla possibilità che gli amministratori non provvedano alla determinazione del valore di rimborso della partecipazione per cui il recesso è esercitato (non risultando tale determinazione essenziale per l'esercizio del diritto di recesso), né dalla eventualità che la dichiarazione sia revocata dallo stesso recedente (potendo tale revoca intervenire, al più tardi, entro il medesimo termine fissato dagli artt. 2437-*bis*, comma 3°, e 2473, comma 5°, c.c.). Essa, infine, rimane ferma anche in caso di successiva impugnazione della delibera che aveva occasionato il recesso, in quanto l'eventuale pronuncia di invalidità non appare idonea a pregiudicare la posizione del recedente, una volta che questi abbia maturato un diritto di credito nei confronti della società.

## CONFRONTO CON LA GIURISPRUDENZA

---

ANGELO LUMINOSO  
Emerito dell'Università di Cagliari

### LA FORMA DEI CONTRATTI COSTITUTIVI DI UN'OBLIGAZIONE DI DARE AD OGGETTO IMMOBILIARE

SOMMARIO: 1. Oggetto e scopo dell'indagine. – 2. Mandato in nome proprio e contratto fiduciario nel quadro del modello traslativo incentrato sulla scissione *titulus-modus*. – 3. I recenti indirizzi della giurisprudenza sulla forma del mandato e del patto fiduciario ad oggetto immobiliare. – 4. La posizione della dottrina e della giurisprudenza anteriori al 2013. – 5. Analisi critica degli argomenti adottati a supporto del recente indirizzo giurisprudenziale. – 6. La soluzione del quesito negli studi in tema di disciplina generale della forma del contratto. – 7. Il regime formale dei contratti con obbligazione di dare ad oggetto immobiliare.

1. – Oggetto del presente saggio è un'indagine sulla forma necessaria per la validità dei contratti dai quali nasce un'obbligazione di «dare» (ovverossia, di puro trasferimento), e suo scopo stabilire se essi siano negozi a forma libera o a forma vincolata.

Giova avvertire *in limine* che sino a qualche anno fa il problema appena enunciato non si poneva e questo scritto non avrebbe avuto ragione d'essere, sia perché le sequenze formate da un contratto con obbligazione di dare e dal corrispondente atto traslativo di esecuzione hanno cominciato ad essere ammesse dalla nostra dottrina a partire dalla seconda metà del secolo scorso e di esse la nostra giurisprudenza ha acquisito consapevolezza solo da poco tempo, sia, e soprattutto, in quanto la stessa giurisprudenza, nell'interrogarsi sulla forma necessaria per la validità di alcune di tali figure – segnatamente del mandato ad acquistare beni immobili e del patto fiduciario immobiliare – ribaltando il proprio precedente orientamento (accolto per oltre cinquant'anni), che rinveniva in questi due contratti – conformemente all'opinione della dottrina dominante – altrettanti negozi a forma solenne, solo da pochi anni a questa parte va progressivamente consolidando un nuovo indirizzo che, all'opposto, li costruisce come negozi a forma libera.

Quantunque siffatto recente indirizzo giurisprudenziale venga criticato dalla maggior parte degli studiosi che hanno commentato le relative sentenze e si ponga in contrasto con le tesi espresse sia dalla dottrina che ha

studiato le tematiche correlate alla disciplina generale sulla forma del contratto dettata dal codice civile sia dagli studiosi che si sono occupati di mandato e di fiducia, la Corte di Cassazione non dà segno di voler ritornare sui propri passi ed anzi ha ribadito da ultimo i suoi *dicta* con una decisione (Cass. civ. n. 6459/2020) pronunciata a Sezioni Unite.

Questo stato di cose impone, a mio avviso, una seria riflessione non foss'altro perché la soluzione accolta dalla più recente giurisprudenza ha un raggio di azione che va ben oltre il mandato e il negozio fiduciario e abbraccia, in realtà, tutte le sequenze negoziali (con oggetto immobiliare) finalizzate alla produzione di un effetto traslativo o costitutivo di diritti reali caratterizzate – in deroga alla regola consensualistica – dalla scissione tra *titulus e modus acquirendi*. Sequenze che il legislatore del 1942 non aveva presenti nel concepire le norme relative alla parte generale sul contratto e in particolare, per quanto qui interessa, nel dettare le disposizioni sulla forma. Norme che, essendo state pensate dai codificatori con riferimento al modello del contratto con effetti reali, impongono all'operatore teorico e pratico – messo di fronte a queste nuove categorie concettuali – un'opera di interpretazione di tipo evolutivo, capace di adeguare il risultato ermeneutico alle acquisizioni dogmatiche intervenute dopo la emanazione del codice.

Né può sottacersi che la portata dell'opinione oggi difesa dalla giurisprudenza della Suprema Corte potrebbe rivelarsi «eversiva» rispetto ai principi accolti dal nostro codice, chiaro essendo che se essa si imponesse definitivamente se ne dovrebbe concludere, in relazione, in linea di principio, a qualunque sequenza negoziale traslativa caratterizzata dalla scissione tra *titulus e modus acquirendi*, che il negozio – che apre la sequenza – da cui nasce un'obbligazione di dare si sottrae all'onere della forma scritta *ad substantiam* anche quando abbia ad oggetto il trasferimento della proprietà di beni immobili.

2. – È noto che una volta superate le incertezze sulla reale valenza del principio di causalità dell'attribuzione patrimoniale e individuati i preconcetti teorici circa la presunta inderogabilità del principio consensualistico, la dottrina e la giurisprudenza hanno avuto aperta la strada per ammettere anche nel nostro sistema positivo il modello traslativo, proveniente dalla tradizione di diritto romano-comune e accolto soprattutto dai diritti di matrice tedesca, incentrato sulla scissione tra *titulus e modus acquirendi*<sup>(1)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> Sul congegno traslativo menzionato nel testo e sulla sua elaborazione da parte della dottrina italiana, v. gli studiosi citati *infra* nel par. 7 spec. nt. 37 e 38.

Tra le figure riconducibili alla tipologia di una sequenza negoziale composta da un contratto da cui sorge un'obbligazione di dare che costituisce il presupposto causale di un successivo atto solutorio di puro trasferimento, la dottrina prevalente, seguita dalla giurisprudenza, annovera, appunto, il mandato immobiliare senza rappresentanza ad acquistare e il contratto fiduciario.

In base all'opinione più accreditata, infatti, il mandato ad acquistare beni immobili e mobili registrati – secondo quanto si desume dalla disposizione di cui all'art. 1706, comma 2°, c.c. – obbliga il mandatario a ritrasferire al mandante, con un separato atto, la proprietà del bene acquistato in nome proprio<sup>(2)</sup>; parimenti, nelle fattispecie riconducibili alla fiducia (c.d. romanistica), pur nella varietà della casistica e delle ricostruzioni teoriche proposte, si riconosce comunemente l'esistenza di un *pactum fiduciae* con il quale il fiduciario si obbliga a ritrasferire al fiduciante (o ad un terzo) la proprietà del bene acquistato *fiduciae causa*<sup>(3)</sup>.

---

(2) Non potendo in questa sede soffermarci sugli svolgimenti dottrinali in materia di effetti del mandato, ci limitiamo a ricordare come sia discusso, specie in dottrina, se il mandato in nome proprio ad acquistare abbia sempre efficacia reale o efficacia obbligatoria o se invece sia un contratto ad effetti variabili. La tesi oramai prevalente è in quest'ultimo senso. Più precisamente, si ritiene dalla maggior parte degli interpreti – argomentando soprattutto dalla diversa formulazione tra il comma 1° e il comma 2° dell'art. 1706 c.c. e alla luce della natura dispositiva della norma dettata dall'art. 1376 c.c. – che il mandato avente ad oggetto beni mobili abbia efficacia reale (trasferisca cioè al mandante il bene acquistato dal mandatario) e quello avente ad oggetto beni immobili o mobili registrati produca un'obbligazione di dare che vincola il mandatario a porre in essere un atto di puro trasferimento del bene a favore del mandante. Per un quadro d'insieme, v., tra gli altri, G. MINERVINI, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, in *Tratt. Vassalli*, Torino 1954, spec. p. 26 ss.; A. LUMINOSO, *Mandato, commissione spedizione*, nel *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano 1984, spec. p. 369 ss.; C. SANTAGATA, *Mandato. Disposizioni generali*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Artt. 1703-1709, Bologna-Roma 1985, spec. p. 120 ss., p. 267 ss.; M. GRAZIADEI, voce *Mandato*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, XI, Torino 1994, p. 161; R. CALVO, *La proprietà del mandatario*, Padova 1996, p. 126 ss.; G. DI ROSA, *Il mandato*, in *Comm. Schlesinger*, Artt. 1703-1709, Milano 2012, spec. p. 58 ss., p. 111 ss.

(3) Non potendo in questa sede richiamare i numerosi contributi dottrinali sul negozio fiduciario, ci limitiamo a ricordare che è tuttora controversa la configurazione strutturale della fiducia romanistica sia perché ne vengono proposte due varianti – una c.d. dinamica nella quale il fiduciante trasferisce la proprietà (è discusso se piena o limitata) di un proprio bene al fiduciario che si obbliga a ritrasferirla al primo o ad un terzo da lui indicato, ed una c.d. statica nella quale il fiduciario dopo aver acquistato da un terzo un bene (nell'interesse del fiduciante), si impegna a trasferirlo a quest'ultimo – sia perché è discusso se la fattispecie debba essere costruita come un unico negozio (traslativo ed obbligatorio al tempo stesso) o come un ipotesi di collegamento tra due negozi. È altresì controverso il suo profilo funzionale (distinguendosi, in particolare, tra *fiducia cum amico* [con causa gestoria] e *fiducia cum creditore* [con causa di garanzia]) e i limiti entro i quali la figura può riconoscersi meritevole di riconoscimento nel nostro ordinamento ai sensi dell'art. 1322, comma 2°, c.c. Per un quadro d'insieme delle problematiche cui si è fatto cenno, v. S. PUGLIATTI, *Fiducia e rap-*

In siffatta prospettiva, la dottrina prevalente e la giurisprudenza rinvengono nel contratto di mandato e nel contratto fiduciario il *titulus* (ossia la causa giustificativa del trasferimento) e nel successivo pagamento traslativo il *modus* (ossia la fonte dell'effetto traslativo).

3. – Venendo quindi al problema relativo alla forma dei due contratti in oggetto, occorre osservare che per circa un cinquantennio l'opinione non solo della dottrina dominante ma anche della giurisprudenza è stata nel senso che il mandato ad acquistare beni immobili e il negozio fiduciario con oggetto immobiliare, per essere validi, debbono essere stipulati per atto scritto in ossequio a quanto prevede l'art. 1351 c.c. A sostegno di tale conclusione viene richiamata la stretta affinità esistente sotto il profilo effettuale tra ciascuna delle due figure da una parte e il contratto preliminare dall'altra, dal momento che ognuno di tali contratti vincola le parti a stipulare un successivo negozio<sup>(4)</sup>.

Come si è accennato sopra, a partire dal 2013 la Corte di Cassazione ha cominciato a cambiare rotta, pronunciandosi a Sezione semplice per la

---

*presentanza indiretta*, in *Diritto civile – Metodo – Teoria – Pratica*, Milano 1951, p. 232 ss.; C. GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento*, in *R. d. comm.*, 1936, I, p. 353 ss.; N. LIPARI, *Il negozio fiduciario*, Milano 1964; U. MORELLO, *Fiducia e negozio fiduciario: dalla «riservatezza» alla «trasparenza»*, in *I trusts in Italia oggi*, Milano 1996, p. 81 ss.; U. CARNEVALI, voce *Negozio fiduciario*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma 1990, p. 1 ss.; G. PALERMO, *Autonomia negoziale e fiducia (Breve saggio sulla libertà delle forme)*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, V, Milano 1998, p. 347 ss.

<sup>(4)</sup> V., in questo senso, con riferimento al mandato ad acquistare beni immobili, tra gli altri, A. LUMINOSO, *Mandato, commissione*, cit., spec. p. 374 ss.; Id., *Il mandato*, Torino 2007, p. 61 s.; L. CARRARO, *Il mandato ad alienare*, Padova 1947, p. 111 ss.; G. MINERVINI, *Il mandato, la commissione, la spedizione* cit., p. 26 ss.; B. CARPINO, *I contratti speciali. Il mandato, la commissione, la spedizione*, nel *Tratt. Bessone*, XIV, Torino 2007, p. 21. Per la giurisprudenza, v. tra le tante, a partire da Cass. civ., sez. un., 19 ottobre 1954, n. 3861, in *F. it.*, 1955, I, c. 9; Cass. civ., 23 giugno 1980, n. 3939; Cass. civ., 18 giugno 1998, n. 6003; Cass. civ., 24 gennaio 2003, n. 1137; Cass. civ., 25 ottobre 2005, n. 20651. Nel senso della libertà della forma si erano pronunciati alcuni studiosi in epoca più risalente: v. L. CARRARO, *In tema di rappresentanza indiretta*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1947, 3, p. 15; C. STOLFI, *Sulla forma del mandato senza rappresentanza*, in *Temi romana*, 1949, p. 574; M. GIORGIANNI, *Sulla forma del mandato senza rappresentanza*, in *Studi in onore di Cicu*, Milano 1951, p. 411 ss.

In relazione al negozio fiduciario, cfr. in dottrina, fra gli altri, U. CARNEVALI, voce *Negozio fiduciario* cit., 1990, p. 3 ss.; A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano 1995, p. 609 ss.; G. ROPPO, *Il contratto*<sup>2</sup>, in *Tratt.ato di dir. priv.* a cura di Iudica-Zatti, Milano 2011, p. 213 ss.; GALGANO, *Il negozio giuridico*, nel *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano 2002, p. 489, nt. 9; per la giurisprudenza v., tra le tante, Cass. civ., 18 ottobre 1988, n. 5663; Cass. civ., 19 luglio 2000, n. 9489; Cass. civ., 9 maggio 2011, n. 10163, in *G. it.*, 2012, p. 1045; Cass. civ., 25 maggio 2017, n. 13216; Cass. civ., 26 maggio 2014, n. 11757; Cass. civ., 11 aprile 2018, n. 9010; Cass. civ., 17 settembre 2019, n. 23093.

libertà della forma in un primo tempo del mandato e poco dopo anche del *pactum fiduciae*, per approdare nel 2020 ad una pronuncia delle Sezioni Unite con la quale ha escluso qualsiasi possibile somiglianza tra questi due negozi ed il contratto preliminare<sup>(5)</sup>, rinvenendo una delle principali differenze in ciò, che mentre «dal contratto preliminare nasce un obbligo alla conclusione di un contratto causale tipico (quale la vendita)..., diversamente nell'atto di trasferimento del fiduciario, analogamente a quanto attiene nel mandato senza rappresentanza, si ha un'ipotesi di pagamento traslativo...»<sup>(6)</sup>.

Con tale motivazione i giudici di legittimità hanno posto a base delle pronunce anzidette una *ratio decidendi* estensibile a tutte le sequenze negoziali traslative, legalmente tipiche o atipiche, modellate sulla scissione tra *titulus* e *modus*.

La fondatezza del recente indirizzo giurisprudenziale viene peraltro contestata dalla maggior parte degli autori<sup>(7)</sup> sulla base di argomentazioni non solo di ordine normativo e concettuale ma anche pratico-sostanziale.

4. – È appena il caso di osservare che il problema della forma *ad validitatem* tanto del mandato quanto del negozio fiduciario va impostato nel modo in cui di consueto lo si affronta per qualunque contratto per il

<sup>(5)</sup> Cfr. in relazione al mandato ad acquistare beni immobili, Cass. civ., 2 settembre 2013, n. 20051, in *F. it.*, 2014, I, c. 522 ss.; Cass. civ., 28 ottobre 2016, n. 21805; in relazione al contratto fiduciario, Cass. civ., 15 maggio 2014, n. 10633, in *Contratti*, 2015, p. 12; Cass. civ., sez. un., 6 marzo 2020, n. 6459, in *Nuova g. civ. comm.*, 2020, p. 859 ss., e in *F. it.*, 2020, I, c. 1936, pubblicata anche in altre riviste e variamente annotata.

<sup>(6)</sup> Così Cass. civ., sez. un., 6 marzo 2020, n. 6459, cit., par. n. 6.1.

<sup>(7)</sup> La dottrina, fatte salve poche eccezioni (v., ad esempio, N. LIPARI, *Oltre la fiducia. Per una teoria della prassi*, in *F. it.*, 2020, I, c. 1936 ss.; U. CARNEVALI, *Le Sezioni Unite sulla forma del pactum fiduciae con oggetto immobiliare*, in *Contratti*, 2020, p. 268 s.) si mostra decisamente critica riguardo all'indirizzo della Suprema corte ricordato nel testo e segnatamente nei confronti della sentenza Cass. civ., sez. un., n. 6459/2020. In relazione alle sentenze in materia di fiducia v., in senso critico, tra gli altri, V. DE LORENZI, *Validità del patto fiduciario immobiliare con forma verbale: la sentenza delle Sezioni Unite, 6 marzo 2020, n. 6459. Note critiche*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2020, I, p. 484 ss.; B. BONFANTI, *La forma del patto fiduciario. A proposito di Cass. S.U. n. 6459 del 2020, ibidem*, II, p. 503 ss.; A. REALI, *Le Sezioni Unite sulla forma della fiducia immobiliare, tra trasparenza e riservatezza*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2020, II, p. 957 ss.; A. GENTILI, *Un dialogo con la giurisprudenza sulla forma del "mandato fiduciario" immobiliare*, in *Corr. giur.*, 2020, p. 596 ss.; G. VETTORI, *Sulla morfologia del contratto. Il patto fiduciario e le Sezioni Unite della Cassazione*, in *Pers. e merc.*, 2020, 3, p. 161 ss.; R. LENZI, *Struttura e forma del pactum fiduciae nella ricostruzione delle Sezioni Unite*, in *Nuove l. civ. comm.*, 2020, p. 1107 ss.; in relazione al nuovo filone della giurisprudenza in tema di mandato, v., tra gli altri, G. SCHIAVONE, *Sui profili formali (e funzionali) dell'operazione fiduciaria immobiliare*, in *Resp. civ.*, 2020, p. 1556 ss., *ivi* ampie citazioni.

quale difetti una esplicita previsione legislativa (di carattere speciale o generale) di forma solenne, ricercando, cioè, la *ratio iuris* delle singole norme che impongono un vincolo di forma, ossia la specifica ragione che giustifica la prescrizione legale, e quindi verificando se essa ricorra nel concreto contratto oggetto di valutazione<sup>(8)</sup>.

In questa prospettiva la dottrina e la giurisprudenza anteriore al 2013 hanno sempre ritenuto che la regola di simmetria di forma dettata dall'art. 1351 c.c. trova la propria giustificazione non nella causa bensì nell'effetto essenziale tipico del contratto preliminare, ossia nel sorgere di un'obbligazione (per una od entrambe le parti) di concludere un successivo negozio (solenne)<sup>(9)</sup>. D'altro canto, il profilo preso in considerazione dalla maggior parte delle prescrizioni di forma scritta *ad validitatem* contenute nella parte generale della disciplina del contratto è costituito – come emerge dall'art. 1350 c.c. – non già dall'elemento causale bensì dalla natura e dall'oggetto degli effetti dei contratti in esse previsti. Oltretutto, il tipo di effetto contrattuale al quale più frequentemente viene attribuita rilevanza dalla disposizione appena richiamata, ai fini della imposizione di una forma vincolata, è costituito dal trasferimento o dalla costituzione di diritti reali immobiliari.

In base alla *communis opinio*, la necessità di rivestire di forma scritta il mandato ad acquistare e il negozio fiduciario aventi ad oggetto beni immobili trova perciò il proprio fondamento normativo nella disposizione di cui all'art. 1351 c.c., considerato appunto che l'atto di trasferimento *solutionis causa* previsto dall'art. 1706, comma 2°, c.c. e quello analogo contemplato dal *pactum fiduciae* debbono compiersi per iscritto a pena nullità (ex art. 1350, n. 1 c.c.) e che quindi il mandato e la fiducia assumono in tali ipotesi i caratteri di un contratto che obbliga le parti a stipulare un successivo negozio solenne in quanto fonte di vicende di diritti reali su beni immobili.

Rimarrebbe da chiarire se l'art. 1351 c.c. nelle ipotesi di mandato e fiducia immobiliare trovi applicazione, in via diretta o in via di interpretazione estensiva, essendo sicuramente da escludere, per le ragioni appena esposte, che possa parlarsi di integrazione analogica<sup>(10)</sup>. Quantunque sia

---

(8) Cfr. tra i tanti, A. LUMINOSO, *Mandato, commissione*, cit., p. 377 s.; v. pure ID., *Il mandato*, Torino 2007, p. 61 ss.

(9) Così A. LUMINOSO, *opp. locc. citt.* nella nota precedente. Cfr. di recente nello stesso senso, R. LENZI, *Struttura e forma*, cit., p. 1116 ss.

(10) Il problema della distinzione tra analogia e interpretazione estensiva, come è noto, è assai dibattuto e non può essere in questa sede neppure sfiorato. È sufficiente osservare, ai fini di quanto stiamo esponendo, che la dottrina oramai prevalente esclude la natura ecce-

plausibile configurare una applicazione diretta<sup>(11)</sup>, sembra maggiormente corretto configurare un'estensione, in via di interpretazione logica, della disposizione in esame a tutti i contratti che determinano il sorgere di un'obbligazione di concludere un successivo negozio solenne.

5. – Questa conclusione – condivisa, non si dimentichi, dalla dottrina dominante e dalla giurisprudenza formatasi (sino al 2013) sotto il codice del '42 – non appare minimamente scalfita dalle obiezioni formulate dalla Corte di Cassazione nelle recenti sentenze più sopra ricordate, le quali, in sostanza, poggiano su due assunti: (i) l'autonomia e la netta distinzione sussistente tra mandato o negozio fiduciario e contratto preliminare; (ii) l'art. 1351 c.c. è norma eccezionale, come tale non suscettibile di applicazione analogica, e neppure di applicazione estensiva<sup>(12)</sup>.

---

zionale – che precluderebbe l'analogia – delle norme legislative sulla forma (v., tra gli altri, N. IRTI, *Strutture forti e strutture deboli (Del falso principio di libertà delle forme)*, in *Studi sul formalismo negoziale*, Padova 1997, p. 155 s.; G. VETTORI, *Sulla morfologia del contratto*, cit., p. 1165 ss.; R. LENZI, *Struttura e forma*, cit., p. 1117 ss.; *adde*, gli aa. citati *infra* nelle nt. 25-30) e che, comunque, anche ove in ipotesi si andasse di contrario avviso e si condividesse l'assunto (fatto proprio da Cass. civ., sez. un., n. 6459/2020) della eccezionalità dell'art. 1351 c.c., non ne discenderebbe la forma libera del mandato e del patto fiduciario immobiliare poiché in ogni caso questo articolo sarebbe riferibile all'intera classe dei *pacta de contrabendo* (così, tra gli altri, A. GENTILI, *Dialogo con la giurisprudenza*, cit., p. 607; R. LENZI, *Struttura e forma*, cit., p. 1118; C. DORE, *Fiducia "statica" e vincoli di forma: rilievi critici e proposte alternative a margine della ricostruzione delle Sezioni Unite*, in *Giust. civ. com.*, 9, 2021, spec. p. 7 ss.; v. pure gli studiosi che si sono occupati più in generale della forma dei negozi di secondo grado e di quelli preparatori, che verranno ricordati *infra* nel par. 6, spec. nt. 25-29).

<sup>(11)</sup> Nel senso dell'applicabilità in via diretta dell'art. 1351 c.c. al mandato e al patto fiduciario immobiliare si è espresso di recente A. GENTILI (*Dialogo con la giurisprudenza*, cit., p. 608) secondo il quale «poiché un patto che vincoli a concludere un contratto di contenuto predeterminato è un *pactum de contrabendo*; tutti i patti che vincolano a concludere patti predeterminati sono quindi "preliminari"». Tale opinione non sembra peraltro condivisibile in quanto il contratto preliminare, nel nostro sistema positivo, è un tipo negoziale caratterizzato dall'obbligo di stipulare un futuro contratto con causa propria (o interna). Il *pactum de contrabendo* costituisce invece una categoria più ampia o, se si preferisce, un *genus* all'interno del quale si collocano (tra gli altri) i contratti preliminari e i contratti costitutivi di un'obbligazione di dare. Ad avviso di R. LENZI (*Forma e struttura*, cit., p. 1118) non è necessario affidarsi ad operazioni di applicazione estensiva dell'art. 1351 c.c. «rientrando automaticamente nella previsione normativa ogni contratto che produca l'effetto previsto». Peraltro, l'art. 1351 c.c. individua i contratti che il legislatore intende disciplinare con esso indicando non gli effetti ma il tipo (poiché parla, appunto, di "contratto preliminare"), ed è quindi la sua *ratio* che permette, sul terreno della logica giuridica, di estenderlo a tutti i *pacta de contrabendo*.

<sup>(12)</sup> Le due affermazioni riportate nel testo sono presenti in particolare in Cass. civ., 2 settembre 2013, n. 20051 e in Cass. civ., 6 marzo 2020, n. 6459.

Deve peraltro rilevarsi – come è stato messo in luce da svariati studiosi tra quelli che hanno commentato l'indirizzo giurisprudenziale in discorso – che sul primo assunto le sentenze in questione non hanno dato alcuna plausibile motivazione, e in relazione al secondo hanno offerto argomenti nessuno dei quali appare convincente<sup>(13)</sup>. Poiché sarebbe inutile ripetere quanto già è stato detto dagli autori appena richiamati, mi limiterò a poche essenziali considerazioni.

Cominciando dalla presunta natura eccezionale dell'art. 1351 c.c., deve osservarsi come i giudici di legittimità cadano in contraddizione con l'insegnamento di quella «autorevole dottrina», che dichiarano di voler seguire<sup>(14)</sup>, la quale distingue tra contratti a «struttura debole» e a «struttura forte». In base a questa dottrina, infatti, «riconosciuto che il principio di libertà non è una norma ma una semplice espressione linguistica, cade la natura eccezionale delle norme sulla forma. Una norma è eccezionale rispetto ad una norma regolare: l'eccezione postula logicamente la regola derogata... Le norme sulla forma sono norme e basta. Non richiedono né raffronti né aggettivi di comparazione con altre norme. Come tali, sono suscettibili di applicazione analogica e capaci di esprimere principi generali dell'ordinamento giuridico (art. 12, comma 2°, disp. prel. cod. civ.)»<sup>(15)</sup>. Coerenza avrebbe voluto, quindi, che la Suprema Corte si astenesse dal declinare la natura eccezionale dell'art. 1351 c.c. e riconoscesse invece che questa disposizione, al pari di ogni altra che prescriva una forma negoziale vincolata, deve essere interpretata al fine di coglierne la *ratio* ispiratrice e di pervenire ad individuare il ragionevole margine di espansività dei suoi precetti, evitando – in particolare – soluzioni contraddittorie e comunque tali da condurre a ipotizzare trattamenti normativi diseguali rispetto a casi eguali.

Quanto alla asserita «non assimilabilità», ossia («l'autonomia e la netta distinzione») tra contratto fiduciario e contratto preliminare, gli argomenti addotti al riguardo dalla Corte di Cassazione<sup>(16)</sup> hanno tutti la caratteri-

<sup>(13)</sup> ) Si vedano, gli autori e gli scritti ricordati *supra* nella nt. 7 e segnatamente lo scritto di Gentili (p. 606-607).

<sup>(14)</sup> Si veda la motivazione di Cass. civ., sez. un., n. 6459/2020, al par. n. 6.2. La contraddizione indicata nel testo viene rilevata anche da C. DORE, *Fiducia "statica"*, cit., p. 8.

<sup>(15)</sup> Così N. IRTI, *Strutture forti e strutture deboli*, in *Idola libertatis (Tre esercizi sul formalismo giuridico)*, Milano 1985, p. 90-91. Per quanto possa rilevare, giova osservare che N. IRTI, in un'opera più recente (*Replica ai difensori degli idola libertatis*, in *Studi sul formalismo negoziale*, Padova 1997, p. XXI s.), dichiara di condividere l'indirizzo giurisprudenziale che estende al *pactum fiduciae* riguardante beni immobili, l'onere della forma scritta *ad substantiam* siccome «negozio sostanzialmente assimilabile al contratto preliminare».

<sup>(16)</sup> Si veda la motivazione di Cass. civ., sez. un., n. 6459/2020 al par. 6.1. e al par. 6.4.

stica di essere o inconferenti (rispetto al tipo di problema da risolvere) o “unidirezionali”, ossia tutti diretti a rimarcare le differenze di natura funzionale esistenti tra le due figure e tacerne invece la somiglianza sotto il profilo effettuale, vale a dire con riferimento all’obbligo di compiere un atto traslativo di diritti reali nascente da entrambi. Essendo state tali argomentazioni già analizzate criticamente da altri autori, mi limiterò a pochi rapidi rilievi.

Si legge nella sentenza Cass. civ. n. 6459/2020, che mentre «nel preliminare l’effetto obbligatorio è strumentale all’effetto reale, e lo precede; nel contratto fiduciario l’effetto reale viene prima, e su di esso si innesta l’effetto obbligatorio». L’affermazione peraltro è vera solo in parte poiché non vale per la fiducia statica, e comunque inconferente<sup>(17)</sup> oltre che – come ho già notato – “unidirezionale” poiché non tiene conto che comune ai due contratti è l’effetto obbligatorio che vincola le parti al trasferimento del bene che ne forma oggetto.

Affermano ancora le Sezioni Unite che la funzione dell’effetto obbligatorio del patto fiduciario «non è propiziare un effetto reale già prodotto, ma confermarlo in coerenza con l’interesse delle parti». Ancora una volta siamo in presenza di un argomento inconferente e comunque “reticente” poiché non tiene conto che la funzione dell’effetto obbligatorio nel contratto fiduciario è anche quello vincolare il fiduciario a (ri)trasferire il bene al fiduciante, similmente a quanto si riscontra nel contratto preliminare.

Le stesse considerazioni possono ripetersi riguardo al brano che segue immediatamente a quello appena ricordato, nel quale la Suprema Corte rimarca che mentre l’obbligo di trasferire proprio del preliminare di vendita è destinato a realizzare una funzione commutativa, quello analogo che nasce dal patto fiduciario serve invece a neutralizzare il consolidamento abusivo della proprietà in capo al fiduciario a danno del fiduciante e che quindi, mentre nel preliminare il successivo atto traslativo è qualificato da una causa propria, diversamente nel trasferimento del fiduciario e nel mandato senza rappresentanza è un pagamento traslativo che trova il proprio fondamento causale nell’accordo fiduciario (o nel mandato). Ancora una volta le Sezioni Unite, anziché fermarsi a considerare che entrambi i contratti vincolano le parti ad un trasferimento di diritti, danno rilievo ad aspetti secondari e comunque inconferenti in quanto attinenti al diverso profilo funzionale di ciascuna delle figure e al differente presup-

---

Come ho accennato in precedenza, gli argomenti sviluppati a questo riguardo nella sentenza sono stati analiticamente esaminati ed efficacemente criticati da A. GENTILI, *Un dialogo con la giurisprudenza*, cit., spec. p. 606-607.

<sup>(17)</sup> Così anche A. GENTILI, *op. ult. cit.*, p. 606.

posto causale del successivo negozio traslativo; differenze entrambe che lasciano ferma la stretta affinità sotto il profilo effettuale tra i tre contratti, essendo essi fonte di un'obbligazione di compiere un negozio di trasferimento di proprietà<sup>(18)</sup>.

Al fine di confortare la premessa secondo cui «il *pactum fiduciae*... è assimilabile al mandato senza rappresentanza, non al contratto preliminare», la Corte di Cassazione si richiama ai suoi precedenti arresti (Cass. civ. n. 20051/2013 e Cass. civ. n. 21805/2016) con i quali aveva statuito che il mandato immobiliare «in ossequio al principio della libertà delle forme... non necessita della forma scritta», e nella parte finale della motivazione della sentenza<sup>(19)</sup> riassume i passaggi centrali su cui poggiano detti pre-

---

(18) Gli argomenti delle Sezioni Unite testé riportati nel testo vengono invece condivisi da U. CARNEVALI (*Le Sezioni Unite sulla forma*, cit., spec. p. 267-268), il quale esclude che «stipulando il *pactum fiduciae* il fiduciario si obbliga ad acquistare un immobile con il denaro fornito dal fiduciante e nello stesso tempo s'impegna a contrarre con il fiduciante al fine di ritrasferirgli l'immobile così acquistato». Ad avviso di questo Autore, il fiduciario al momento della conclusione del patto non sarebbe in grado di manifestare una valida volontà di impegnarsi a ritrasferire l'immobile al fiduciante per la ragione che esso non ha ancora acquistato la proprietà dell'immobile e pertanto sarebbe «una volontà di trasferire "vuota", priva di oggetto» (a mio avviso peraltro, anche a voler sorvolare sul fatto che nella fiducia dinamica il fiduciario si vincola al ritrasferimento dell'immobile nello stesso momento in cui l'acquista dal fiduciante, deve osservarsi che è ben ammissibile nel nostro ordinamento che un soggetto si impegni a trasferire o addirittura trasferisca un bene di cui non è (ancora) proprietario, come è dimostrato dalla validità della vendita di cosa altrui). Secondo Carnevali, ancora, non sarebbe configurabile un impegno del fiduciario a contrarre con il fiduciante «per la ragione che non vi è una duplicità di contratti, uno attuale e uno futuro, bensì vi è un solo contratto, cioè il patto fiduciario», in quanto – a quel che è dato capire – il pagamento traslativo ha natura di negozio unilaterale e non contrattuale (devesi peraltro osservare non soltanto che la struttura del pagamento traslativo è tuttora dibattuta in dottrina [v., gli autori cit. *infra* nel par. 7, spec. nt. 37 e 38] ma che comunque l'onere della forma scritta [ex art. 1351 c.c.] non può non configurarsi anche per i contratti con i quali una parte si obblighi a trasferire un bene immobile mediante un negozio unilaterale [sempreché ciò sia ammissibile]). Del pari, non sembra condivisibile l'ulteriore obiezione di Carnevali secondo cui il trasferimento dell'immobile al fiduciante, tanto nella fiducia statica quanto in quella dinamica, non dipenderebbe da un impegno negoziale del fiduciario dichiarato nel *pactum fiduciae* bensì sarebbe imposto dalla legge all'art. 1706, comma 2° c.c. (a mio avviso, peraltro, questo argomento mentre è improponibile in relazione al contratto fiduciario richiedendo esso, per sua stessa funzione e struttura, un accordo univoco tra le parti, inteso a limitare la situazione giuridica soggettiva sul bene che viene trasferito al fiduciario e segnatamente un impegno di questi al (ri)trasferimento del bene a favore del fiduciante o di un terzo, non è condivisibile riguardo al mandato ad acquistare, poiché in ogni caso gli effetti che la legge ricollega al contratto (ex art. 1374 c.c.), sono a pieno titolo, effetti aventi la loro fonte nel concreto contratto e vanno perciò considerati effetti contrattuali ai fini dell'applicazione di qualunque disciplina di diritto positivo [cfr., in tal senso, da ultimo, A. GENTILI, *Un dialogo con la giurisprudenza*, cit., p. 607]).

(19) Si veda al riguardo il par. n. 6.2. e soprattutto quello n. 6.3. di Cass. civ. n. 6459/2020.

cedenti. Anche questi argomenti non sono condivisibili, anzi essi appaiono più fragili di quelli analizzati più sopra.

Si legge nella pronuncia delle Sezioni Unite che «tra il mandante e il mandatario senza rappresentanza trova applicazione il solo rapporto interno, laddove la necessità della forma scritta si impone per gli atti che costituiscono titolo per la realizzazione dell'effetto reale in capo alla parte del negozio». Questa affermazione, a seguito della modifica apportata dalla Sezioni Unite al corrispondente brano presente nella motivazione di Cass. civ. n. 20051/2013, appare macroscopicamente erroneo, atteso che – come dimostra anche l'art. 1351 c.c. – la forma scritta viene prescritta da legge non solo per gli atti con effetto reale ma anche per contratti ad effetti obbligatori.

Analogo rilievo deve muoversi riguardo al brano immediatamente successivo nel quale si afferma che «le esigenze di responsabilizzazione del consenso e di certezza dell'atto sottese all'imposizione della forma scritta quale requisito di validità del contratto traslativo del diritto reale sul bene immobile, non si pongono con riferimento al mandato ad acquistare senza rappresentanza, dal quale non sorgono effetti reali, ma meramente obbligatori». L'affermazione è frutto di una superficiale semplificazione, poiché se è vero che il mandato immobiliare ad acquistare in nome proprio (come si desume dall'art. 1706, comma 2°, c.c.) non produce un effetto traslativo tra mandatario e mandante, è altrettanto vero che nel nostro ordinamento la forma scritta non è richiesta per i soli contratti con effetti reali immobiliari ma – come emerge dall'art. 1351 c.c. – anche per quelli che obbligano le parti a concludere negozi traslativi o costitutivi di diritti reali immobiliari. Tale brano, in realtà, possedeva maggior senso nella originaria formulazione che aveva nella motivazione della sentenza Cass. civ., n. 20051/2013<sup>(20)</sup>, dalla quale è stato ripescato dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 6459/2020 sostituendone la parte finale. Nel brano originario si leggeva infatti che «Le esigenze di responsabilizzazione del consenso... non si pongono in realtà con riferimento al mandato ad acquistare senza rappresentanza, che non costituisce fonte di alcun atto di dismissione di un diritto di proprietà o di altro diritto reale su bene immobile in capo al mandante ma determina l'insorgenza di un mero diritto del medesimo al compimento dell'attività gestoria da parte del

---

<sup>(20)</sup> Il corrispondente brano originario della sentenza Cass. civ. n. 20051/2013 è stato parzialmente modificato dalle Sezioni Unite. Esso infatti era così formulato: «La necessità della forma scritta, che in deroga al principio di libertà delle forme ex art. 1325, comma 1° e 1350 comma 1°, si impone per gli atti...». Le Sezioni Unite hanno eliminato il riferimento, presente nella sentenza del 2013, al principio della libertà delle forme.

mandatario». In questa versione, l'assunto aveva certamente maggior senso ma doveva ritenersi comunque erroneo poiché – come è stato da altri rilevato – «non è vero che il mandato ad acquistare senza rappresentanza determini solo l'insorgenza di un diritto del mandante al compimento dell'attività gestoria e non costituisca fonte di alcun atto di dismissione: se lo scopo dell'acquisto è il successivo ritrasferimento al mandante, con esso il mandatario si impegna coercibilmente a dismetterla...»<sup>(21)</sup>.

In una ulteriore affermazione apodittica si risolve l'assunto delle Sezioni Unite secondo cui «i requisiti di forma scritta concernono esclusivamente l'acquisto che il mandatario effettua dal terzo e per quello di successivo trasferimento in capo al mandante del diritto reale sul bene immobile a tale stregua acquistato». Né l'apoditticità viene meno per effetto dell'assunto finale, che chiude questa parte della motivazione, secondo cui «l'art. 1351 è norma eccezionale, come tale non suscettibile di applicazione analogica, e neppure estensiva, attesa l'autonomia e la netta distinzione sussistente tra mandato e contratto preliminare». Assunto del quale le Sezioni Unite non offrono alcuna motivazione e in relazione al quale possono perciò ripetersi le osservazioni critiche svolte in precedenza a proposito dell'analogo enunciato dei Giudici di legittimità concernente il raffronto tra contratto fiduciario e contratto preliminare.

Non sembra quindi che le argomentazioni che supportano le conclusioni cui è approdato il recente indirizzo giurisprudenziale siano in grado di far vacillare l'opinione sostenuta dalla dottrina dominante formata sotto il Codice del '42 e difesa anche dalla giurisprudenza per oltre un cinquantennio. Opinione che – come abbiamo ricordato all'inizio (v. *supra*, par. 4) – rinviene nella norma dettata dall'art. 1351 c.c. il principio di diritto positivo in base al quale qualunque atto di volontà negoziale con il quale ci si impegni a contrattare richiede la stessa forma del contratto che ci si obbliga a concludere<sup>(22)</sup>.

Né questo principio può essere sacrificato in nome di una malintesa esigenza di protezione – come si legge in Cass. civ. n. 6459/2020 (al punto

---

<sup>(21)</sup> Così A. GENTILI, *Dialogo con la giurisprudenza*, cit., p. 605.

<sup>(22)</sup> Giova osservare a questo riguardo che quando un soggetto si obbliga convenzionalmente (o due soggetti si obbligano vicendevolmente) a concludere un futuro negozio egli sta (o essi concordemente stanno) già accettando, in sostanza, il risultato pratico cui è diretto tale negozio. E ciò vale soprattutto nelle ipotesi in cui, essendo invocabile dal promissario il rimedio della esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre (art. 2932 c.c.), la promessa iniziale sia suscettibile di condurre, anche *invito debitore*, alla realizzazione degli effetti del negozio la cui stipulazione formi oggetto della promessa originaria. Di qui il fondamento logico, prima che giuridico, della regola di simmetria delle forme adottate all'art. 1351 c.c.

6.5) – «di un quadro variegato di accordi fiduciari verbali tra coniugi, conviventi e familiari, relativi alla intestazione di immobili acquistati in tutto o in parte con denaro di uno solo di essi, nel quale le parti, per motivi di opportunità, di lealtà o di fiducia reciproca, sono restie a consegnare in un atto scritto il *pactum* tra di esse intervenuto»<sup>(23)</sup>. E tanto meno può ammettersi che detto principio venga disapplicato anziché per via legislativa per via giudiziaria<sup>(24)</sup>.

6. – Nelle pagine che precedono, nel vagliare il contenuto e le conclusioni cui sono pervenuti recentemente i Giudici di legittimità con riguardo alla forma del mandato e della fiducia, abbiamo fatto riferimento pressoché esclusivamente ai contributi di dottrina concernenti queste due figure. L'indagine esige però di essere completata attraverso una rapida disamina dei contributi della dottrina in tema di forme negoziali in generale, al fine di accertare a quali risultati tali studi pervengano quanto alla forma di questi due contratti.

Limitandoci alle considerazioni essenziali, vorremmo osservare come sia diffusa tra gli autori la convinzione della necessità, ai fini della determinazione della forma delle figure contrattuali non espressamente disciplinate, di dare il giusto valore all'affinità strutturale e alla comunanza di effetti tra gli stessi e i contratti presi in considerazione dalle prescrizioni

---

<sup>(23)</sup> Sia concesso notare che il novello indirizzo dei giudici di legittimità ha una capacità destabilizzante del sistema positivo, oltre che sul terreno del diritto sostanziale, anche su quello processuale per le storture che esso determina in ordine alla prova del mandato e del patto fiduciario – che, a seguire i giudici, potrebbe essere offerta anche mediante testimoni e presunzioni – nonché sul piano pratico (per la mancanza di trasparenza che viene ad avvolgere le operazioni *lato sensu* fiduciarie e le incertezze cui dà luogo ai fini della trascrizione dell'atto traslativo o della sentenza costitutiva [v., per tutti, le considerazioni di A. REALI, *op. loc. ult. cit.*]). Profili che, d'altro canto, non sembra possano essere sdoganati con l'osservazione (che si legge nella sentenza Cass. civ. n. 6459/2020) che «l'esclusione della necessità della forma scritta per il *pactum fiduciae* con oggetto immobiliare riconcilia la soluzione giurisprudenziale, con la storia e con l'esperienza pratica del negozio fiduciario». Le origini storiche della fiducia e la sua primitiva valenza sul terreno extragiuridico o paragiuridico, infatti, non possono più avere spazio nella costruzione della figura, giacché una volta riconosciuta dagli ordinamenti moderni la titolarità da parte del fiduciante di un autentico “diritto di credito all'acquisto” esercitabile nei confronti del fiduciario infedele e ammessa addirittura la coercibilità in forma specifica (ai sensi dell'art. 2932 c.c.) del corrispondente obbligo di trasferire gravante su quest'ultimo, il fenomeno è entrato a pieno titolo nel sistema del diritto positivo, di cui non può non rispettare tutte le regole, non escluse quelle che pongono vincoli di forma (v. in tale ordine di idee, A. GENTILI, *op. loc. ult. cit.*; in un ordine di idee differente, v., N. LIPARI, *Oltre la fiducia*, cit., c. 1953 ss.).

<sup>(24)</sup> Cfr., al riguardo, le condivisibili considerazioni di A. GENTILI, *Un dialogo con la giurisprudenza*, cit., p. 609 ss.

legali di forma, avendo riguardo, specie in relazione alle previsioni di cui agli artt. 1350, nn. 1-6 e 1351 c.c., ai *regimi formali di settore*, la cui «delimitazione non si basa sui caratteri dei contratti come fattispecie ma dipende dalla natura dell'oggetto e delle conseguenze giuridiche»<sup>(25)</sup>. Nel medesimo ordine di idee si segnala come sia vano ricercare nelle singole previsioni di forma regole od eccezioni, dal momento che ogni «forma sembra piuttosto costruire “la regola” della singola classe di contratti o di operazioni cui accede». «Regola speciale», estensibile anche analogicamente ai casi non previsti, ove questi presentino la stessa *ratio* che ha legittimato l'imposizione della suddetta «regola formale»<sup>(26)</sup>.

Muovendo da tali premesse la dottrina largamente prevalente giunge – sia pur con varietà di sfumature – alla conclusione che esiste una indubbia affinità tra il contratto preliminare, da un lato, il mandato regolato dall'art. 1706, comma 2°, c.c. e il patto fiduciario, dall'altro, essendo tutti e tre i contratti fonte «di un obbligo di trasferire un immobile, la cui violazione comporta un effetto traslativo in base ad un meccanismo identico, con la conseguenza che tutti e tre, qualora abbiano ad oggetto un immobile, devono essere stipulati nella forma scritta, secondo quanto prescrive l'art. 1351 c.c.»<sup>(27)</sup>.

Altri autori motivano una conclusione analoga argomentando dall'art. 1350, n. 1, c.c. o in quanto la relativa previsione normativa «sarebbe da applicare a tutti i contratti che hanno l'attitudine effettuale ad essere strumento di circolazione degli immobili»<sup>(28)</sup>, o perché la disposizione

<sup>(25)</sup> Così U. BRECCIA, *La forma*, in *Tratt. Roppo*, I, *Formazione*, Milano 2006, spec. p. 513 ss.

<sup>(26)</sup> Cfr. S. PAGLIANTINI, *Artt. 1350-1386, Degli atti che debbono farsi per iscritto*, a cura di E. Navarretta - A. Orestano, in *Comm. Gabrielli*, Torino 2011 spec., p. 15 ss., il quale osserva che «v'è una connessione normativa fra forma vincolata ed effetto [del relativo contratto]: checché se ne dica, non si pratica però alcuna interpretazione estensiva o analogica allorchando si addivene al risultato di reputare “formali” tutti gli atti che hanno un “certo” effetto».

<sup>(27)</sup> V. in tal senso, tra gli studiosi che più di recente si sono occupati del problema in esame nell'ambito di lavori di più ampio respiro sulle forme negoziali, U. BRECCIA, *La forma*, cit., spec. p. 663 s. (da cui è tratto il brano riportato nel testo); R. SACCO, *Il contratto*<sup>3</sup>, cit., spec. p. 744-747, il quale osserva, con la consueta efficacia, che «Se si prendono le regole legali come non passibili di interpretazione estesa, l'impostazione del formalismo programmato negli artt. 1350 e 1351 prende l'aspetto di un colabrodo. Se si vuole un insieme coerente, bisogna assolutamente estendere la portata dell'art. 1351, assoggettando alla forma tutti i contratti (e gli atti) da cui deriva l'obbligo di operare, o il diritto di pretendere, o il potere di attuare una circolazione di diritti immobiliari»; C.M. BIANCA, *Il contratto*, in *Diritto civile*, III, Milano 2019, p. 246 ss., spec. p. 248; V. ROPPO, *Il contratto*<sup>2</sup>, cit., p. 214; S. PAGLIANTINI, *Artt. 1350-1386*, cit., p. 81 s.; S. SICA, *Art. 1350, Atti che devono farsi per iscritto*, in *Comm. Schlesinger-Busnelli*, Milano 2003, p. 343.

<sup>(28)</sup> S. SICA, *op. ult. cit.*, p. 329.

si ritiene applicabile ai «contratti che abbiano per oggetto immediato o mediato beni immobili»<sup>(29)</sup>, o in quanto tale articolo ricomprende non solo i contratti traslativi ma anche i contratti obbligatori i quali «costituiscono titolo e fonte (mediata) dell'effetto reale»<sup>(30)</sup>.

Il riferimento all'art. 1350, n. 1, c.c., in effetti, potrebbe ritenersi giustificato, ma forse per ragioni differenti da quelle addotte dagli autori appena citati. Occorre infatti considerare che, nonostante l'efficacia meramente obbligatoria, il mandato e il negozio fiduciario costituiscono pur sempre il *titulus adquirendi*, e che perciò il fondamento dell'effetto traslativo finale è costituito dal negozio obbligatorio più che dal negozio di esecuzione, trovando questo il suo presupposto causale nell'assetto di interessi predisposto con il contratto obbligatorio, il quale funge, quindi, anche da ragione giustificativa degli spostamenti patrimoniali provocati dal negozio *solutionis causa*<sup>(31)</sup>.

Il rapido *excursus* che precede mostra quindi che anche negli studi di carattere generale sulla disciplina delle forme negoziali, il mandato senza rappresentanza ad acquistare e il negozio fiduciario ad oggetto immobiliare vengono annoverati, pressoché pacificamente, tra i contratti a forma vincolata ai sensi dell'art. 1351 c.c. (o in base all'art. 1350, n. 1 c.c.).

7. – Alla luce delle considerazioni fin qui svolte, va da sé che la disposizione dettata dall'art. 1351 c.c., rappresentando la «regola speciale» per l'intera classe dei contratti che obbligano a stipulare contratti a forma vincolata, trova applicazione in tutte le fattispecie negoziali tipiche e atipiche strutturate secondo il modello di una sequenza composta da un contratto dal quale nasce un'obbligazione di dare e da un atto di esecuzione di puro trasferimento.

Proprio per questo motivo, all'inizio del presente lavoro si è rilevato che le conclusioni cui è pervenuto il recente indirizzo giurisprudenziale sulla forma del mandato in nome proprio e del contratto fiduciario ad oggetto immobiliare hanno uno spettro applicativo che va ben oltre queste due figure negoziali, chiaro essendo – stando alle motivazioni date dalla Corte di Cassazione – che le stesse conclusioni varrebbero, tali e quali – se

<sup>(29)</sup> F. GALGANO, *Il contratto*<sup>2</sup>, Padova 2011, p. 193.

<sup>(30)</sup> V. DE LORENZI, *Validità del patto fiduciario*, cit., p. 496.

<sup>(31)</sup> Nel senso della plausibilità di una linea argomentativa di questo tipo – in alternativa a quella che fa capo all'art. 1351 – v. già A. LUMINOSO, *Mandato, commissione*, cit., p. 378, 380 e nt. 31. Più di recente argomentano in questo senso, G. SCHIAVONE, *Sui profili formali*, cit., spec. p. 1564 (in relazione al negozio fiduciario); V. DE LORENZI, *op. ult. cit.*, p. 497 (anch'essa con riferimento al patto fiduciario).

quelle motivazioni fossero da condividere –, per tutte le sequenze negoziali modellate sulla scissione tra *titulus* e *modus acquirendi*.

Come abbiamo cercato di chiarire nelle pagine precedenti, i risultati cui il recente indirizzo è approdato possiedono una carica “eversiva”<sup>(32)</sup> di cui il massimo organo cui è affidata la garanzia dell’uniforme applicazione della legge non si è evidentemente reso conto, presumibilmente perché non ha percepito la quantità e soprattutto l’importanza delle figure contrattuali alle quali i suoi *dicta* andrebbero estesi se si dovessero seguire i ragionamenti con i quali essi sono stati supportati da parte degli svariati Collegi giudicanti e suggellati dalle Sezioni Unite con la pronuncia Cass. civ. n. 6469 del 2020.

Basteranno pochi cenni per rendersi conto dell’ampiezza del fenomeno e della rilevanza anche pratica della categoria contrattuale di cui ci stiamo occupando<sup>(33)</sup>.

Come ho avuto modo di rilevare in altra sede<sup>(34)</sup>, il modello – consegnatoci dalla tradizione di diritto romano comune ed accolto da molti Paesi, primi fra tutti quelli di matrice germanica – caratterizzato dalla scissione tra contratto causale obbligatorio e atto di puro trasferimento, rappresenta, nel nostro sistema positivo, una «tecnica traslativa» alternativa al modello consensualistico. Una tecnica di cui si rinviene traccia anche nella nostra legislazione (v. spec. artt. 651 e 1706, comma 2°, c.c.) e che comunque può essere scelta dalle parti – in virtù del loro potere di autonomia negoziale – in relazione alle più svariate tipologie di operazioni contrattuali.

Cominciando dalle ipotesi del primo tipo, deve osservarsi che non di rado il nostro legislatore prevede figure contrattuali che, per esplicita o implicita previsione normativa, sono in grado di produrre in via alternativa, a seconda dei casi, un effetto traslativo od una obbligazione di dare, rimanendo inalterato il tipo legale, come, ad esempio, oltre al mandato ad acquistare (art. 1706, commi 1° e 2°, c.c.) di cui abbiamo già parlato, la donazione (art. 769 c.c.) e il contratto di società (nell’ipotesi di conferi-

---

<sup>(32)</sup> Parla di “ricostruzione eversiva” a proposito della tesi sostenuta da Cass. civ., n. 6459/2020, R. LENZI, *Struttura e forma*, cit., p. 1112. Nello stesso senso, v. A. GENTILI, *Un dialogo con la giurisprudenza*, cit., spec. p. 609 ss., il quale discorre di sentenza “disinteressata alla logica”, con la quale le Sezioni Unite hanno assunto “un ruolo da legislatore, cui la legge è soggetta, più che da giudice, soggetto alla legge”.

<sup>(33)</sup> Per una panoramica delle sequenze negoziali in discorso e delle problematiche di carattere generale che le concernono, v., per tutti, A. LUMINOSO, *Appunti sui negozi traslativi atipici*, Milano 2007.

<sup>(34)</sup> Cfr. A. LUMINOSO, *La vendita*<sup>2</sup>, nel *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano 2022, p. 60 ss.

menti in proprietà *ex art.* 2254, richiamato anche dagli artt. 2342, comma 3° e 2454 c.c.)<sup>(35)</sup>.

Anche di recente, il legislatore nell'introdurre (con l'art. 23, l. n. 164/2014) la nuova categoria dei «contratti di godimento in funzione di successiva alienazione di immobili», sembra aver voluto strutturare le corrispondenti operazioni secondo il modello di una sequenza negoziale caratterizzata dalla scissione *titulus-modus adquirendi*<sup>(36)</sup>.

Riguardo alle sequenze che possono essere forgiate dalle parti al di fuori di esplicite previsioni legali, occorre osservare che, una volta riconosciuta la natura dispositiva della regola consensualistica di cui all'art. 1376 c.c.<sup>(37)</sup> e la ammissibilità di pagamenti traslativi esecutivi di un'obbligazione di dare<sup>(38)</sup>, rimane aperta la strada – come ho rilevato in altra occasione<sup>(39)</sup> – per riconoscere alle parti il potere, stipulando contratti che il codice costruisce con effetti reali, di modificarne il congegno traslativo prevedendo, in luogo della vicenda traslativa che opererebbe *ex lege*, la nascita di un'obbligazione di dare da adempiere mediante un negozio solutorio di puro trasferimento. A questa stregua deve ammettersi

<sup>(35)</sup> Per maggiori svolgimenti al riguardo, v. A. LUMINOSO, *La vendita*<sup>2</sup> cit., p. 60 s., *ivi* citazz. di dottrina.

<sup>(36)</sup> Cfr. al riguardo A. LUMINOSO, *La vendita*<sup>2</sup>, cit., p. 117 s., p. 364 s.

<sup>(37)</sup> Per tale opinione, oramai maggioritaria, v., tra gli altri, R. SACCO (e G. DE NOVA), *Il contratto*<sup>3</sup>, nel *Tratt. Sacco*, Torino 2004, p. 905; G.B. PORTALE, *Principio consensualistico e conferimento di beni in società*, in *R. soc.*, 1970, p. 913 ss.; C.M. BIANCA, *Il principio del consenso traslativo*, in *Diritto privato*, I, *Il trasferimento in proprietà*, 1995, p. 26; G. MACCARONE, *Considerazioni d'ordine generale sulle obbligazioni di dare in senso tecnico*, in *Contr. impr.*, 1998, p. 679 s.; A. CHIANALE, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, Milano 1990; F. FERRARI, *Principio consensualistico ed Abstraktionprinzip: un'indagine comparativa*, in *Contr. impr.*, 1992, p. 892; P.M. VECCHI, *Il principio consensualistico. Radici storiche e realtà applicativa*, Torino 1999, p. 38 ss.; P. GALLO, *Nozione della vendita*, in *Commentario del cod. civ.* diretto da Gabrielli, cit., p. 135 ss.; F. DELFINI *Principio consensualistico ed autonomia privata*, in *R. d. priv.*, 2013, p. 187 ss.; P. SIRENA, *La nozione di vendita: gli effetti traslativi*, in *Vendita e vendite*, in *Tratt. contratti Roppo*, Milano 2014, p. 80 ss.; E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano 2000, p. 61 ss.; E. FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, Padova 2008, p. 74 s.; G. D'AMICO, *Contratto di compravendita, effetto traslativo e problemi di armonizzazione*, in *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, a cura di E. Navarretta, Milano 2007, p. 524 ss.

<sup>(38)</sup> Sulle problematiche in oggetto, cfr., tra gli altri, E. NAVARRETTA, *Le prestazioni isolate nel dibattito attuale. Dal pagamento traslativo all'atto di destinazione*, in questa *Rivista* 2007, I, p. 828 s.; L. MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*, Milano 1975, p. 203; M. GIORGIANNI, voce *Causa (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano 1960, p. 565; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio. Appunti delle lezioni*, II, Milano 1966, p. 45 s.; L. CAMPAGNA, *Il problema dell'interposizione di persona*, Milano 1962, p. 142; V. SCALISI, voce *Negozio astratto*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano 1978, p. 92 ss.; G. MACCARONE, *Considerazioni d'ordine generale sulle obbligazioni di dare in senso tecnico*, cit., p. 677.

<sup>(39)</sup> V. A. LUMINOSO, *La vendita*<sup>2</sup>, cit., p. 60 ss.

che, ad esempio, anche il tipo legale della vendita possa rivestire i caratteri di un “contratto a effetti variabili”, capace cioè, a seconda della concreta volontà dei contraenti, di produrre, in alternativa agli effetti reali, effetti obbligatori nel quadro di un congegno traslativo incentrato sulla separazione tra *titulus* e *modus* <sup>(40)</sup>. D’altro canto, anche altri studiosi italiani <sup>(41)</sup> riconoscono, sia pur nell’ambito di costruzioni differenti, la piena ammissibilità nel nostro ordinamento di una vendita con effetti puramente obbligatori.

Devesi altresì rilevare che la stessa esperienza pratica offre esempi di siffatte sequenze contrattuali traslative, come emerge anche da svariati precedenti giurisprudenziali e dagli studi della dottrina specie in materia di contratto di appalto di opere e, tra i contratti atipici, di taluni contratti-quadro quali, ad esempio, la concessione di vendita ed il *franchising* <sup>(42)</sup>.

Alla luce delle considerazioni che precedono, si deve quindi ritenere che i contratti con obbligazione di dare ad oggetto immobiliare richiedono forma scritta a pena di nullità <sup>(43)</sup>.

Con la conseguenza che in caso di stipulazione verbale la nullità di questo contratto comporta, in linea di principio – secondo la tesi che

<sup>(40)</sup> Cfr. A. LUMINOSO, *Vendita con effetti obbligatori e promessa di vendita*, in questa *Rivista*, 2022, p. 210 ss.; ID., *La vendita*<sup>2</sup>, cit., p. 70 ss., dove ho cercato di dimostrare che la vendita con effetti obbligatori è ammissibile nel nostro ordinamento ed è riconducibile al tipo legale della vendita. Il legislatore del ’42, infatti, pur prevedendo in termini espliciti la vendita traslativa – l’unica che aveva presente, stante l’accoglimento della regola consensualistica – non esclude che gli interessati, in deroga a tale regola, possano concludere una vendita obbligatoria, qualora la valutino maggiormente rispondente ai loro interessi. Entrambe le figure rappresentano due “varianti” all’interno di un unico tipo contrattuale, caratterizzate ciascuna da un differente congegno traslativo. In tal senso la vendita regolata dal nostro codice – a differenza di quanto accade in altri Paesi – assume i caratteri di un *contratto a effetti variabili* quanto al congegno effettuale mediante il quale si realizza il trasferimento del diritto.

<sup>(41)</sup> V., in particolare, nel vigore del codice del 1865, v. G. GORLA, *La compravendita e la permuta*, nel *Tratt. Vassalli*, Torino 1937, p. 14 s.; sotto il nuovo codice, P.M. VECCHI, *Il principio consensualistico* cit., p. 52 s.; G. MACCARONE, *Obbligazioni di dare e adempimento traslativo*, in *R. not.*, 1984, p. 1319 s.; v. pure C.M. BIANCA, *La vendita*<sup>2</sup>, cit., p. 95, p. 97 s., nt. 1. A questi studiosi si aggiungono gli autori che qualificano come vendita obbligatoria il preliminare di vendita: cfr. R. SACCO, *Il contratto*<sup>3</sup>, cit., II, p. 265 ss.; A. CHIANALE, voce *Contratto preliminare*, in *Enc. dir.-I tematici*, I, *Contratto*, Milano 2021, p. 460 ss.; F. GAZZONI, *Trascrizione del preliminare di vendita e obbligo di dare*, in *R. not.*, 1997, p. 23 ss.

<sup>(42)</sup> V. al riguardo, A. LUMINOSO, *Appunti sui negozi traslativi atipici*, cit., p. 29 s.

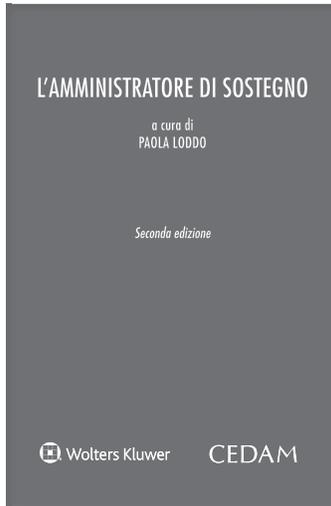
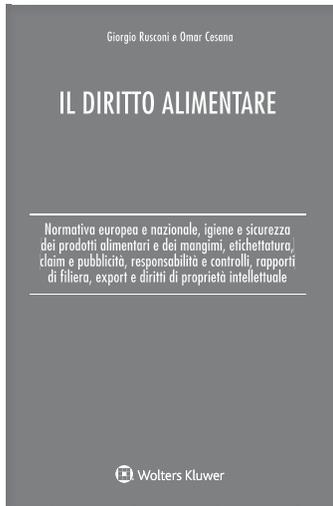
<sup>(43)</sup> Nelle ipotesi in cui la legge prescrive per il tipo di contratto in concreto stipulato l’atto pubblico (come ad esempio, nel caso della donazione), con questa forma dovrà essere concluso tanto il contratto da cui nasce l’obbligazione di dare quanto il negozio traslativo di esecuzione.

ritengo preferibile – la nullità (per difetto di causa oggettiva) del negozio solutorio traslativo anche se concluso con atto scritto<sup>(44)</sup>.

---

<sup>(44)</sup> Secondo la dottrina prevalente – che ritengo preferibile – infatti la mancanza o la nullità del *titulus* si traduce nella mancanza di causa (in senso oggettivo) del *modus* e ne determina la nullità. Per altra parte della dottrina, invece, l'atto di esecuzione sarebbe comunque valido e sarebbe sufficiente in esso l'*expressio causae* (ossia la c.d. causa in senso soggettivo): sulla questione v. gli autori cit. *supra* nelle nt. 37 e 38.

# LE NOVITÀ WOLTERS KLUWER



## Il diritto alimentare

A cura di **Giorgio Rusconi**,  
**Omar Cesana**

- Normativa europea e nazionale
- Igiene e sicurezza dei prodotti alimentari e dei mangimi
- Etichettatura, claim e pubblicità
- Responsabilità e controlli
- Rapporti di filiera
- Export e diritti di proprietà intellettuale

## L'amministratore di sostegno

A cura di **Paola Loddo**

- Principi generali
- Rapporti con altre misure di protezione
- Aspetti procedurali
- Ruolo e responsabilità
- Gestione dell'incarico

## Diritto di famiglia Formulario commentato

A cura di **Paolo Corder**,  
**Giovanni Maria Uda**

- Oltre 300 formule di maggior uso nella pratica
- Commenti dottrinali e richiami di giurisprudenza
- Formule scaricabili, editabili e stampabili

# Breviaria Iuris Più

La sintesi di sempre.  
Sempre *Più* aggiornata.



Y130MBN

**Breviaria Iuris Più** è l'evoluzione dei celebri Codici commentati CEDAM. Unisce all'**eccellenza di sempre**, tutti i vantaggi dell'**innovativa versione online costantemente aggiornata**.

Scopri il **nuovo Commentario Breve al Codice Civile CARTA+DIGITALE** con aggiornamento.  
Già scelto da migliaia di abbonati.

[info.wolterskluwer.com/breviaria-iuris](http://info.wolterskluwer.com/breviaria-iuris)



 Wolters Kluwer

CEDAM

**Guido**  
Notaio

**OGNI MIO ATTO  
FA LA DIFFERENZA**

**One LEGALE**  
Experta *Notaio*

La nuova soluzione digitale Wolters Kluwer, con un motore di ricerca intelligente e i migliori contenuti realizzati dai notai per i notai.

Ti supporta nello studio e redazione dell'atto e ti guida in tutti gli adempimenti, anche fiscali, sulle aree di interesse notarile: trasferimenti immobiliari, regime patrimoniale della famiglia, società, successioni e donazioni, fiscalità. Guide pratiche, formulari, studi e quesiti del CNN, legge notarile commentata, dottrina e tanti strumenti a supporto delle decisioni e dell'attività.

**Da oggi fare grande la differenza è possibile.**

Scopri di più su [info.onelegale.it](http://info.onelegale.it)

**One|LEGALE** FA GRANDE LA DIFFERENZA



# IL PROCESSO CIVILE DOPO LA RIFORMA CARTABIA

A cura di **Antonio Didone** e **Francesco De Santis**

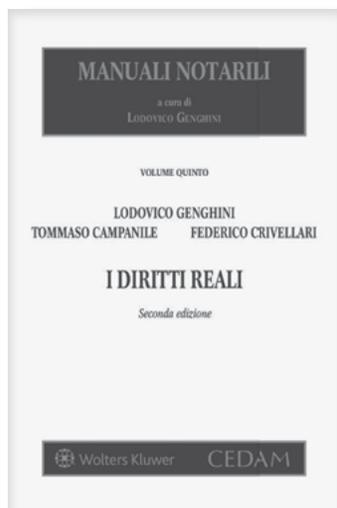
Esamina le modifiche apportate al processo civile dalla **Riforma Cartabia** guidando nell'interpretazione delle norme ed affrontando le **prime criticità interpretative ed applicative**.

Focus su:

- processo di cognizione di primo grado
- giudizi di impugnazione e processi speciali
- esecuzioni forzate
- processo civile telematico
- disciplina delle notificazioni
- mediazione
- procedimenti cautelari
- arbitrato
- istituti di parte generale del codice di procedura civile
- disciplina transitoria

Y2400BN

# SPECIALE NOTARIATO - LE ULTIME NOVITÀ

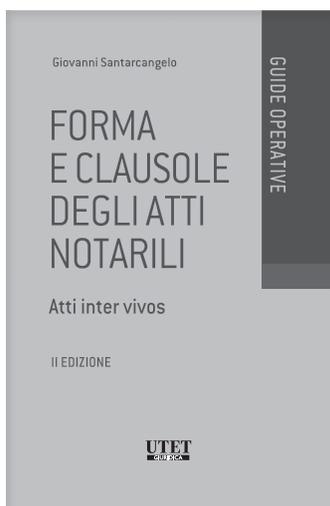


Manuali Notarili

## I diritti reali

**Lodovico Genghini,  
Tommaso Campanile,  
Federico Crivellari**

Il manuale affronta le **principali questioni di interesse giuridico e notarile**, confrontando in modo pratico le soluzioni offerte dalla **dottrina**, dalla **giurisprudenza** e dalle **circolari ufficiali del Consiglio Nazionale del Notariato**.



Guide Operative

## Forma e clausole degli Atti Notarili

**Giovanni Santarcangelo**

La guida offre il **commento** agli articoli **51-60** della **legge notarile**, dedicati alla **forma degli atti**, ed è arricchita da un costante riferimento alle **clausole contrattuali**, in relazione, prevalentemente, **agli atti inter vivos**.



Guide&Soluzioni

## Immobili 2024

**A cura di Angelo Busani**

La guida per il professionista del settore immobiliare, tratta: **disciplina catastale; imposte sui redditi e patrimoniali; imposte indirette e IVA; agevolazione prima casa e crediti d'imposta; trasferimento della proprietà, dei diritti reali e utilizzo dell'immobile**.

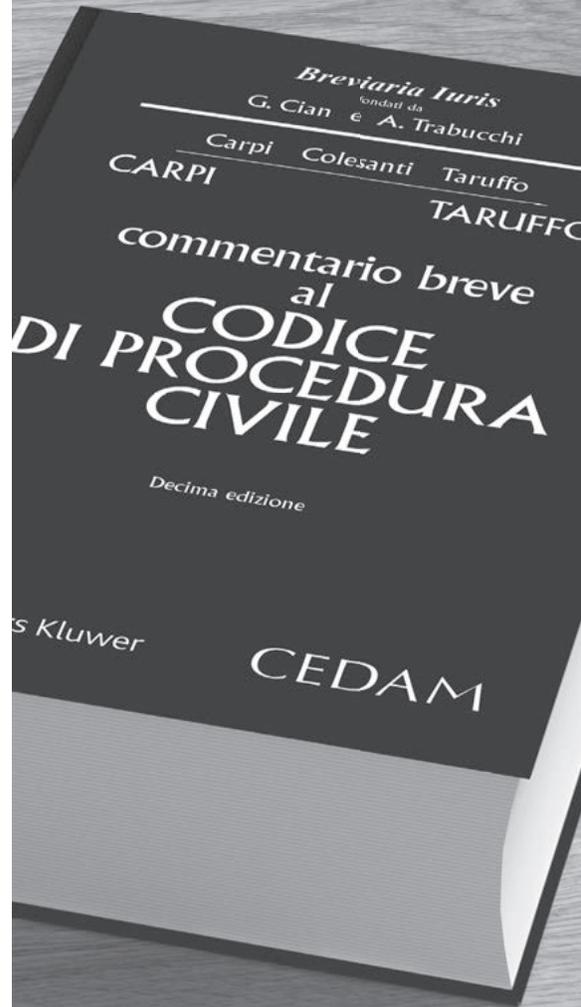
Breviaria Iuris

# Commentario breve al CODICE DI PROCEDURA CIVILE

A cura di Federico Carpi

Il **primo codice commentato** con  
**giurisprudenza e dottrina**,  
**aggiornato** alle novità più recenti  
e alla **Riforma Cartabia**.

Offre la migliore interpretazione del  
**testo normativo vigente e previgente**,  
dei **provvedimenti extra codice**, delle  
**leggi speciali** e dei **regolamenti  
europei**.



## CONDIZIONI DI ABBONAMENTO

Gli abbonamenti hanno durata annuale e si intendono rinnovati, in assenza di disdetta da comunicarsi entro 90 gg. prima della data di scadenza, a mezzo raccomandata A.R. da inviare a Wolters Kluwer Italia, Via Bisceglie, n. 66 - 20152 Milano (MI), oppure a mezzo PEC all'indirizzo [contact@wikicert.it](mailto:contact@wikicert.it).

Servizio Clienti: tel. 02.824761 e-mail: [servizio.clienti@wolterskluwer.com](mailto:servizio.clienti@wolterskluwer.com).

Il prezzo dell'abbonamento carta comprende la consultazione digitale della rivista.

I fascicoli non pervenuti all'abbonato devono essere reclamati entro e non oltre un mese dal ricevimento del fascicolo successivo. Decorso tale termine saranno spediti contro rimessa dell'importo.

Le versioni digitali sono consultabili online su [www.edicolaprofessionale.com/RDC](http://www.edicolaprofessionale.com/RDC), tablet (iOS e Android) e smartphone (Android).

Il pagamento potrà essere effettuato con un versamento intestato a WKI Srl - Via Bisceglie, n. 66 - 20152 Milano (MI) - utilizzando le seguenti modalità:

- Versare l'importo sul Conto corrente postale n. 583203 intestato a WKI s.r.l. Gestione Incassi
- Effettuare bonifico bancario presso Banca Intesa Sanpaolo SpA sul conto IBAN: IT61M030693368410000002208 intestato a Wolters Kluwer Italia Srl
- Indicare nella causale del versamento il titolo della rivista e l'anno di abbonamento

### ABBONAMENTO 2024

#### ITALIA

Abbonamento annuale cartaceo solare (gennaio - dicembre) oppure 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione: € 235,00

Abbonamento digitale 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione:  
€ 215,00 + iva 4%

#### ESTERO

Abbonamento annuale cartaceo solare (gennaio - dicembre) oppure 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione: € 320,00

Abbonamento digitale 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione:  
€ 215,00 (esente IVA)

Egregio Abbonato,

ai sensi dell'art. 13 del Regolamento (UE) 2016/679 del 27 aprile 2016, "relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)", La informiamo che i Suoi dati personali sono registrati e custoditi su database elettronici situati nel territorio nazionale e di Paesi appartenenti allo Spazio Economico Europeo (SEE), o paesi terzi che garantiscono un adeguato livello di protezione dei dati. Wolters Kluwer Italia S.r.l., in qualità di Titolare del trattamento, utilizzerà i dati che La riguardano per finalità amministrative e contabili. I Suoi recapiti postali e il Suo indirizzo di posta elettronica potrebbero essere anche utilizzati ai fini di vendita diretta di prodotti o servizi analoghi a quelli della presente vendita.

Lei ha il diritto di chiedere a Wolters Kluwer Italia S.r.l. l'accesso ai dati personali che La riguardano, nonché la rettifica, la cancellazione per violazione di legge, la limitazione o l'opposizione al loro trattamento ai fini di invio di materiale pubblicitario, vendita diretta e comunicazioni commerciali. Lei ha, inoltre, il diritto di revocare il consenso in qualsiasi momento, senza pregiudicare la liceità del trattamento basata sul consenso prestato prima della revoca, nonché di proporre reclamo all'Autorità Garante per il trattamento dei dati personali ai sensi dell'art. 77 del Regolamento UE 679/2016.

L'elenco aggiornato dei responsabili e delle persone autorizzate al trattamento è consultabile presso la sede di Wolters Kluwer Italia S.r.l. - Via Bisceglie, n. 66 - 20152 Milano (MI).

Editore: Wolters Kluwer Italia Srl

Via Bisceglie, n. 66 - 20152 Milano (MI)

Sinergie Grafiche Srl - Viale Italia, 12 - 20094 Corsico (MI)

Stampa: GECA s.r.l. - Via Monferrato, 54 - 20098 San Giuliano Milanese (MI)

Autorizzazione del Tribunale di Treviso, in data 28 marzo 1955 n. 125

DIRETTORE RESPONSABILE: GIULIETTA LEMMI

## ELENCO E PREZZI DEI PERIODICI «CEDAM» PER IL 2024

- 1) «Contratto e Impresa» (trimestrale): prezzo di abbonamento per l'Italia € 256,00, Estero € 345,00.
- 2) «Diritto e Pratica Tributaria» (bimestrale): prezzo di abbonamento per l'Italia € 339,00, Estero € 485,00.
- 3) «Diritto e Pratica Tributaria Internazionale» (trimestrale - solo on-line): prezzo di abbonamento € 135,00.
- 4) «La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata» (bimestrale): prezzo di abbonamento per l'Italia € 300,00, Estero € 410,00.
- 5) «Le Nuove Leggi Civili Commentate» (bimestrale): prezzo di abbonamento per l'Italia € 285,00, Estero € 415,00.
- 6) «Rivista di Diritto Civile» (bimestrale): prezzo di abbonamento per l'Italia € 235,00, Estero € 320,00.
- 7) «Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale» (trimestrale - solo on line): prezzo di abbonamento € 190,00.
- 8) «Rivista di Diritto Processuale» (trimestrale): prezzo di abbonamento per l'Italia € 255,00, Estero € 325,00.
- 9) «Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia» (trimestrale - solo on line): prezzo di abbonamento € 190,00.

---

Abbonamenti nelle migliori librerie, presso i nostri agenti e sul sito <http://shop.wki.it>

---

STAMPATO IN ITALIA

PROPRIETÀ LETTERARIA

PRINTED IN ITALY



€ 46,00 I.V.A. INCLUSA

L'estratto che stai consultando  
fa parte del volume in vendita  
su **ShopWKI**,  
il negozio online di **Wolters Kluwer**

[Torna al libro](#)



CEDAM

IPSOA

**UTET**<sup>®</sup>  
GIURIDICA

il fisco

 ALTALEX