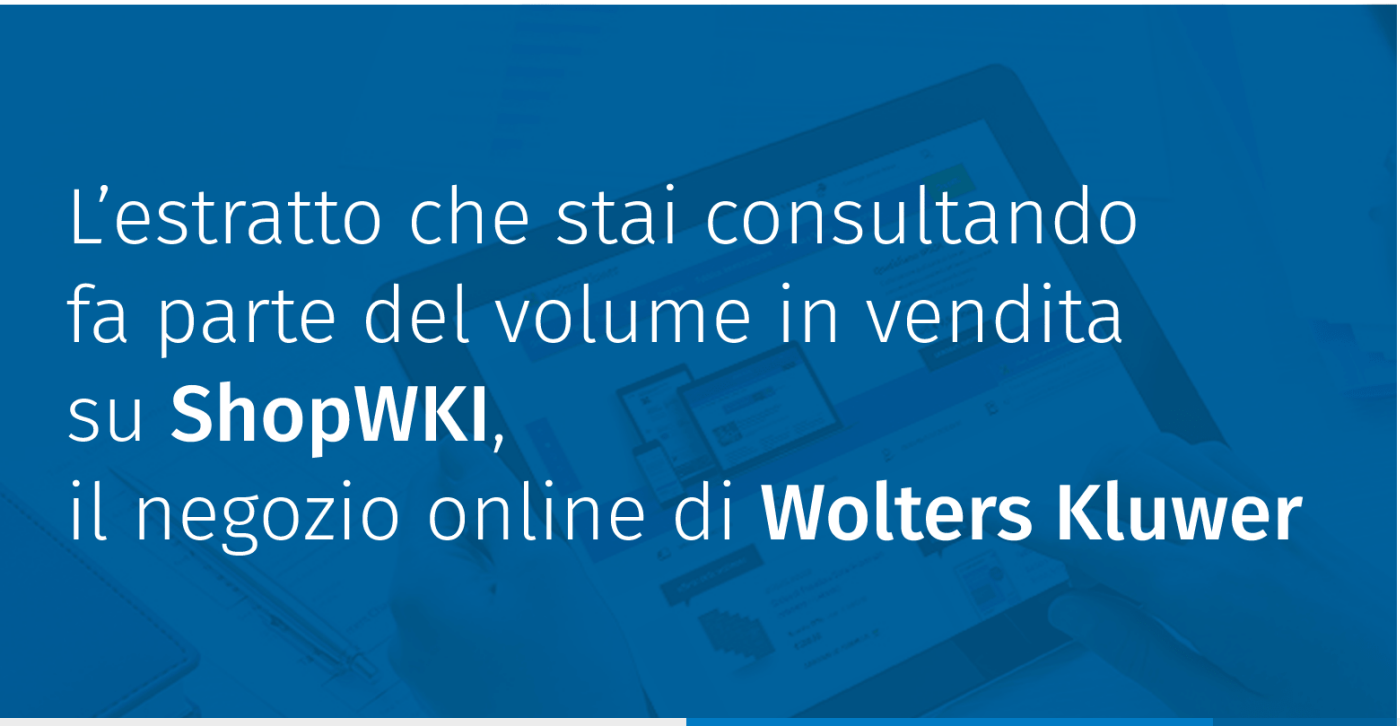
Wolters Kluwer



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 GIURIDICA il fisco ALTALEX

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ISSN 1593-7305

CEDAM

LA NUOVA GIURISPRUDENZA CIVILE COMMENTATA

RIVISTA BIMESTRALE
ANNO XL

a cura di
GUIDO ALPA
E PAOLO ZATTI

4/2024

40ANNI

edicolaprofessionale.com/NGCC

Conservazione di dati genetici e biometrici per finalità di polizia
(Corte Giust. UE, grande sez., 30.1.2024, causa C-118/22)

Prodigalità e amministrazione di sostegno
(Corte eur. dir. uomo, ric. 46412/21)

Licenziamenti collettivi nel Jobs Act
(Corte cost., n. 7/2024)

Pianificazione ereditaria e divieto dei patti successori
(Cass., n. 722/2024)

Riconoscimento delle adozioni pronunciate all'estero
(Cass., n. 35437/2023)

Affidamenti per la costruzione del ponte sullo Stretto di Messina

Rapporto fra inventario e dichiarazione di accettazione beneficiata

Regolamento europeo sull'Intelligenza Artificiale

Tariffa R.O.C.: Poste Italiane S.p.a. - Sped. in abb. post. - D.L. 353/2003 (conv. in L. 27/02/2004 n. 46) art. 1, comma 1, DCB Milano

Wolters Kluwer

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

LA NUOVA GIURISPRUDENZA CIVILE COMMENTATA

ANNO XL 2024

RIVISTA BIMESTRALE

de *Le Nuove Leggi Civili Commentate*

a cura di

Guido Alpa e Paolo Zatti

Comitato Editoriale

G. Alpa G. Ferrando G. Iudica S. Patti E. Quadri P. Zatti
F. Addis G. Amadio A. Barba A.M. Benedetti M. Cavallaro G. Conte
A. D'Adda G. De Cristofaro E. del Prato S. Delle Monache G. Di Rosa
A. Federico An. Fusaro Ar. Fusaro E. Lucchini Guastalla F. Macario
M. Mantovani M.R. Maugeri E. Navarretta M. Orlandi F. Padovini
S. Pagliantini A. Plaia G. Ponzanelli R. Pucella U. Salanitro
C. Scognamiglio P. Sirena F. Viglione

M. Andenas A. Biondi M. Còrdoba S. Diaz Alabart T. Genicon
S. Grundmann C. Lasarte H.W. Micklitz D. Vetri

Redazione

Ar. Fusaro (Responsabile)
M. Cinque (Vice-Responsabile)
B. Checchini M. Piccinni U. Roma F. Viglione
G. Calabrese G. Cinà S. Corso G. Marchetti R. Mattera A. Pancallo

Redazione giudiziaria

G. Carraro V. Durante C. Irti L.A. Scarano

La Rivista si giova della collaborazione con il gruppo di lavoro
"Per un diritto gentile" (*https://www.dirittogentile.it*)

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Comitato Scientifico per la valutazione

G. Ajani F. Anelli A. Antonucci T. Auletta P. Auteri V. Barba
A. Barenghi M. Basile A. Bellelli G.A. Benacchio F. Bianchi D'Urso
E. Bilotti A. Bollani G. Bonilini U. Breccia C. Camardi C. Campiglio
F. Capriglione G. Carapezza Figlia V. Caredda P. Cendon C. Cester
A. Checchini C. Cicero G. Collura G. Comandè L.P. Comoglio
M. Confortini P. Corrias G. D'Amico M. De Acutis M. De Cristofaro
M.V. De Giorgi M. Dellacasa R. De Luca Tamajo P. Femia M. Fortino
P. Franzina M. Franzoni A. Gambaro A. Gentili F. Giardina
M. Girolami A. Giussani A. Gorassini C. Granelli B. Grasso M. Graziadei
C.A. Graziani M. Grondona A. Guarneri C. Ibba L. Lenti M. Libertini
F.P. Luiso A. Luminoso D. Maffeis M. Maggiolo G. Marasà M.R. Marella
O. Mazzotta E. Merlin P.G. Monateri P. Morozzo della Rocca E. Moscati
A. Natucci R. Pane M. Paradiso R. Pardolesi R. Pescara
F. Piraino D. Poletti P. Pollice A. Procida Mirabelli di Lauro G. Resta
G.M. Riccio G.C. Rivolta V. Roppo L. Salvaneschi C. Salvi
D. Sarti G. Sbisà M. Sesta P. Stanzione M. Tamponi C. Tenella
Sillani R. Tommasini M. Trimarchi S. Troiano D. Valentino M.C. Venuti
G. Vettori R. Weigmann A. Zaccaria V. Zeno-Zencovich G. Zilio Grandi

Norme di autodisciplina

1. *La valutazione dei contributi inviati alla NGCC per pubblicazione, sia su iniziativa degli autori, sia in quanto richiesti dal Comitato editoriale, è affidata a due membri del Comitato per la valutazione scientifica scelti per rotazione all'interno di liste per area tematica formate in base alle indicazioni di settore fatte da ciascun componente del Comitato e disposte in ordine casuale.*
2. *Il contributo è avviato ai valutatori senza notizia dell'identità dell'autore.*
3. *L'identità dei valutatori è coperta da anonimato. In ciascun fascicolo della Rivista è pubblicato in ordine alfabetico l'elenco dei valutatori che hanno collaborato alla revisione del fascicolo.*
4. *In caso di pareri contrastanti la Direzione assume la responsabilità della decisione.*
5. *Ove dalle valutazioni emerga un giudizio positivo condizionato a revisione o modifica del contributo, la Direzione promuove la pubblicazione solo a seguito dell'adeguamento del saggio assumendosi la responsabilità della verifica.*

I contributi del presente fascicolo sono stati valutati da:

G. Ajani V. Barba M. Basile E. Bilotti A. Bollani G. Bonilini C. Cester
A. Checchini G. D'Amico M. De Acutis M.V. De Giorgi A. Gentili
A. Natucci R. Pescara G. Resta G. Sbisà M. Sesta M. Tamponi S. Troiano
G. Zilio Grandi

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

INDICE-SOMMARIO

Sentenze annotate

Amministrazione di sostegno — A.B.F., coll. di Roma, 12.1.2024, n. 593
Rapporti di conto corrente ed amministrazione di sostegno, fra ordinaria e straordinaria amministrazione 763
di Antonio Sartor

Appalto — CASS. CIV., II sez., 8.1.2024, n. 421
Appalto tra rimedi generali e speciali nella prospettiva del recedente 771
di Emanuela Zito

Divorzio — CASS. CIV., I sez., ord. 15.3.2024, n. 7029
Nuove nozze e assegno divorzile: l'obbligato può rinunciare alla riduzione? 703
di Rosario Zappalà

Donazione — CASS. CIV., II sez., 13.12.2023, n. 34858
Donazione con condizione «*si praemoriar*»: *ratio* del divieto dei patti successori e natura degli atti *mortis causa* 790
di Giovanni Battista Ferri jr.

Lavoro — CASS. CIV., IV sez., ord. interl. 17.1.2024, n. 1788
Discriminazione indiretta e soluzioni ragionevoli per il *caregiver* della persona con disabilità? 799
di Giovanna Zampieri

Lavoro (rapporto) — CASS. CIV., sez. lav., 2.10.2023, n. 27711
La Cassazione sul lavoro povero «nonostante una specifica contrattazione di categoria» 808
di Chiara Mazzotta

Partiti politici — CASS CIV., I sez., ord. 8.2.2024, n. 3575
L'art. 21, comma 2, cod. civ. annienta il Regolamento del MoVimento 5 Stelle 820
di Mario Renna

Personalità (diritti della) — CORTE GIUST. UE, grande sez., 30.1.2024, causa C-118/22
Sulla conservazione sistematica e generalizzata di dati genetici e biometrici per finalità di polizia 832
di Erika Grillo

Società — CASS. CIV., I sez., 29.1.2024, n. 2629
L'autonomia statutaria e la disponibilità convenzionale del recesso *ad nutum* nelle società per azioni 846
di Filippo Lazzara

Commenti

Adozione — **Il riconoscimento in Italia delle adozioni pronunciate all'estero: la Cassazione fa chiarezza sulle norme applicabili e sui contorni dell'ordine pubblico** 859
di Pietro Franzina
CASS. CIV., I sez., 19.12.2023, n. 35437

Amministrazione di sostegno — **Protezione della persona vulnerabile e limitazioni della capacità. Un caso di abuso dell'amministrazione di sostegno** 873
di Gabriele Carapezza Figlia
CORTE EUR. DIR.UOMO, I sez., 6.7.2023, ric. 46412/21

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Filiazione

La Corte europea (ancora) tra «parto segreto» ed identità della persona ... 884
di Bianca Checchini
CORTE EUR. DIR. UOMO, 30.1.2024, ric. 18843/20

Lavoro (rapporto)

«(Ri)Provaci ancora, Sam». La Consulta torna sul Jobs Act (e stavolta è il turno dei licenziamenti collettivi) 897
di Simone Caponetti
CORTE COST., 22.1.2024, n. 7

Successioni mortis causa

Pianificazione ereditaria e divieto dei patti successori 910
di Francesco Paolo Patti
CASS. CIV., II sez., ord. 9.1.2024, n. 722

Opinioni

Gli affidamenti per la costruzione del ponte sospeso sullo Stretto di Messina: *stop and go*? 920
di Massimo Basile

Saggi

Una prospettiva comparatistica sulla tutela delle persone anziane in Asia 933
di Francesca Benatti

Il problema della «nullità selettiva» tra fattispecie contrattuale e sistema delle invalidità negoziali 943
di Francesca Corletto

La giusta tutela del contraente debole nei contratti di finanziamento in valuta straniera 956
di Maddalena Ginestri

Terzo settore e aiuti di Stato 969
di Francesco del Prato

Rassegne

Sull'incerto rapporto fra inventario e dichiarazione di accettazione beneficiata 977
di Luca Ballerini

Osservatorio

Il Regolamento europeo sull'intelligenza artificiale: una prima lettura 989
di Rosario Petruso e Guido Smorto

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Indice cronologico

Corte europea dei diritti dell'uomo
6.7.2023, ric. 46412/21 878
30.1.2024, ric. 18843/20 890

Corte di giustizia UE
30.1.2024, causa C-118/22 – grande sez. 832

Corte costituzionale
22.1.2024, n. 7 903

Corte di Cassazione
2.10.2023, n. 27711 – sez. lav. 808
13.12.2023, n. 34858 – II sez. 790
19.12.2023, n. 35437 – I sez. 868
8.1.2024, n. 421 – II sez. 771
9.1.2024, n. 722 – II sez. (ord.) 916
17.1.2024, n. 1788 – IV sez. (ord.) 799
29.1.2024, n. 2629 – I sez. 846
8.2.2024, n. 3575 – I sez. (ord.) 820
15.3.2024, n. 7029 – I sez. (ord.) 783

Arbitro Bancario Finanziario
Coll. Roma, 12.1.2024, n. 593 763

Indice autori

Luca Ballerini, *Sull'incerto rapporto fra inventario e dichiarazione di accettazione beneficiata* (*) 977

Massimo Basile, *Gli affidamenti per la costruzione del ponte sospeso sullo Stretto di Messina:* stop and go? 920

Francesca Benatti, *Una prospettiva comparatistica sulla tutela delle persone anziane in Asia* (*) 933

Simone Caponetti, *«(Ri)Provaci ancora, Sam». La Consulta torna sul Jobs Act (e stavolta è il turno dei licenziamenti collettivi)* (*) 897

Gabriele Carapezza Figlia, *Protezione della persona vulnerabile e limitazioni della capacità. Un caso di abuso dell'amministrazione di sostegno* (*) 873

Bianca Checchini, *La Corte europea (ancora) tra «parto segreto» ed identità della persona* (*) 884

Francesca Corletto, *Il problema della «nullità selettiva» tra fattispecie contrattuale e sistema delle invalidità negoziali* (*) 943

Francesco del Prato, *Terzo settore e aiuti di Stato* (*) 969

Giovanni Battista Ferri jr., *Donazione con condizione «*si praemoriar*»: ratio del divieto dei patti successori e natura degli atti* mortis causa (*) 792

Pietro Franzina, *Il riconoscimento in Italia delle adozioni pronunciate all'estero: la Cassazione fa chiarezza sulle norme applicabili e sui contorni dell'ordine pubblico* (*) 859

Maddalena Ginestri, *La giusta tutela del contraente debole nei contratti di finanziamento in valuta straniera* (*) 956

Erika Grillo, *Sulla conservazione sistematica e generalizzata di dati genetici e biometrici per finalità di polizia* (*) 838

Filippo Lazzara, *L'autonomia statutaria e la disponibilità convenzionale del recesso* ad nutum *nelle società per azioni* (*) 851

Chiara Mazzotta, *La Cassazione sul lavoro povero «nonostante una specifica contrattazione di categoria»* (*) 815

Francesco Paolo Patti, *Pianificazione ereditaria e divieto dei patti successori* (*) 910

Rosario Petruso (e Guido Smorto), *Il regolamento europeo sull'intelligenza artificiale: una prima lettura* (*) 989

Mario Renna, *L'art. 21, comma 2, cod. civ. annienta il Regolamento del MoVimento 5 Stelle* (*) 828

Antonio Sartor, *Rapporti di conto corrente ed amministrazione di sostegno, fra ordinaria e straordinaria amministrazione* (*) 765

Guido Smorto (e Rosario Petruso), *Il regolamento europeo sull'intelligenza artificiale: una prima lettura* (*) 989

Giovanna Zampieri, *Discriminazione indiretta e soluzioni ragionevoli per il* caregiver *della persona con disabilità?* (*) 802

Rosario Zappalà, *Nuove nozze e assegno divorzile: l'obbligato può rinunciare alla riduzione?* (*) 785

Emanuela Zito, *Appalto tra rimedi generali e speciali nella prospettiva del recedente* (*) 778

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

LEGENDA: Il simbolo (*) a fianco dell'autore segnala che il commento/saggio è stato oggetto di *referee* secondo quanto indicato *supra*, nelle "*Norme di autodisciplina*".

NGCC online

1. Sul nuovo portale "Edicola Professionale", all'indirizzo *www.edicolaprofessionale.com/NGCC* l'abbonato può consultare l'**ultimo fascicolo della rivista** appena inviato in stampa ed accedere ai **fascicoli degli ultimi 12 mesi**. In più, nella versione su tablet e smartphone, dall'app gratuita di Edicola Professionale può effettuare **ricerche** all'interno del fascicolo, inserire **note e segnalibri** ed inviare **pagine e articoli** da condividere con i colleghi.
2. Sul sito dell'Università di Padova, sezione Dipartimento di Scienze politiche, Giuridiche e Studi Internazionali, all'indirizzo *https://www.spgi.unipd.it/la-nuova-giurisprudenza-civile-commentata-0*, è scaricabile il **Sommario dell'ultimo fascicolo** e un **contributo segnalato dalla Direzione**.

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.*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Sentenze annotate

Amministrazione di sostegno

A.B.F., coll. di Roma, 12.1.2024, n. 593 – SIRENA Presidente – MARINARO Estensore

AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO – RICHIESTA DI ESTINZIONE DI LIBRETTO DI RISPARMIO COINTESTATO – TRASFERIMENTO FONDI IN CONTO INTESTATO AL SOLO AMMINISTRATO – ATTO DI ORDINARIA AMMINISTRAZIONE – QUALIFICAZIONE – CONSEGUENZE (cod. civ., artt. 404, 405, 409, 411, 374, 375; T.U.B., art. 126 *decies*)

L'atto con cui l'amministratore di sostegno chieda ad un intermediario creditizio l'estinzione di un libretto di risparmio cointestato fra un terzo ed il beneficiario della misura, con trasferimento di quanto ivi depositato in un conto intestato al solo amministrato, costituisce un atto di ordinaria amministrazione e più nello specifico un mero «servizio di trasferimento» (art. 126 *decies*, comma 3, lett. b) del T.U.B, e come tale non necessita dell'autorizzazione del giudice tutelare.

dal testo:

In fatto. Nell'atto introduttivo la parte ricorrente espone quanto segue. ● Il 02/04/2003 è stato sottoscritto un libretto di risparmio presso l'intermediario resistente cointestato all'odierna ricorrente, all'epoca minorenne, e sua madre (cointestataria che ha aderito al ricorso). ● Una volta maggiorenne, la ricorrente è stata assoggettata ad amministrazione di sostegno con decreto del G. Tut. del 09/07/2019, con cui è stato dichiarato amministratore di sostegno suo padre. ● Il 14/07/2022 la madre della ricorrente – in qualità di cointestataria del libretto – e il padre – in qualità di amministratore di sostegno – hanno richiesto l'estinzione del libretto, con versamento delle somme sul c/c intestato alla ricorrente. ● L'intermediario ha eccepito che l'estinzione del libretto non rientrasse tra le prerogative dell'amministratore di sostegno in base dal decreto di nomina, trattandosi di atto di straordinaria amministrazione. Tanto premesso, la parte ricorrente sottolinea che tale potere dovrebbe ritenersi attribuito all'amministratore di sostegno, perché il decreto di nomina gli conferisce la facoltà di chiedere e riscuotere, a nome dell'amministrata, ogni beneficio previdenziale o assistenziale presso uffici pubblici. Inoltre, il decreto impone all'amministratore di sostegno Decisione N. 593 del 12 gennaio 2024 l'apertura di un conto corrente bancario su cui versare «somme arretrate a qualsiasi titolo dovute e i risparmi». Ciò posto, la ricorrente – per il tramite del padre quale suo amministratore di sostegno e con l'adesione della madre – domanda che il Collegio condanni l'intermediario a estinguere il libretto postale in questione, con accredito delle somme ivi giacenti sul c/c della ricorrente, oppure su un conto cointestato tra la ricorrente e sua madre (cointestataria del titolo). L'intermediario resiste al ricorso ed eccepisce quanto segue. ● In rito, la domanda è inammissibile in quanto volta a ottenere la condanna a un facere infungibile. ● Nel merito, la necessità dell'autorizzazione del G. Tut. per l'estinzione del libretto di risparmio è prevista dalle condizioni generali di contratto. Infatti, l'art. 11, comma 8, delle condizioni generali di contratto relative al libretto di risparmio in contestazione prevedono: «Nel caso in cui il libretto sia cointestato e sia sopravvenuta l'incapacità di agire di uno dei cointestatari, il libretto stesso, unitamente alle eventuali carte, sarà bloccato in conseguenza della comunicazione scritta [all'intermediario] della sopravvenuta incapacità. Il blocco proseguirà sino al ricevimento da parte [dell'intermediario] del provvedimento giurisdizionale con cui siano state determinate dal Giudice le modalità relative alla liquidazione del saldo del libretto e quelle relative alla gestione di eventuali ulteriori rapporti giuridici, quali titoli o buoni dematerializzati, collegati al libretto di cui trattasi, ferma restando la facoltà [dell'intermediario] di richiedere ulteriore documentazione ritenuta necessaria. Successivamente al completamento degli adempimenti stabiliti dal Giudice, [l'intermediario] provvederà all'estinzione del libretto». ● Inoltre, il decreto di nomina emesso dal G. Tut. non conferisce all'amministratore di sostegno il potere di eseguire un atto di straordinaria amministrazione come l'estinzione del libretto. Non vale in questo senso la facoltà attribuitagli di versare i risparmi su un rapporto intestato alla sola amministrata. Nelle repliche la parte ricorrente sostiene che l'estinzione di un libretto di risparmio non costituisca un atto di straordinaria amministrazione e che, comunque, l'autorizzazione all'estinzione debba ricavarsi dall'obbligo dell'amministratore di versare su un c/c intestato alla ricorrente «somme arretrate a qualsiasi titolo dovute e i risparmi», come previsto dal decreto di nomina. Nelle controrepliche il resistente si riporta a quanto già dedotto.

I motivi. 1.– La parte ricorrente, sottoposta ad amministrazione di sostegno, chiede che l'intermediario provveda all'estinzione di un libretto di risparmio cointestato con la madre, su richiesta dell'amministratore di sostegno, senza

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

richiedere l'autorizzazione del G. Tut., con accredito delle somme ivi giacenti sul conto corrente alla stessa intestata. 2.– L'intermediario eccepisce l'inammissibilità del ricorso, in quanto volto a provocare la condanna del resistente ad un facere infungibile, ossia l'estinzione del libretto di risparmio, con accredito delle relative somme su un conto corrente. Invero, i Collegi territoriali ritengono inammissibili domande volte a ottenere la condanna a un facere infungibile, ritenendo di potersi tuttavia pronunciare sulla domanda di accertamento a esse sottesa, relativa alla correttezza del comportamento dell'intermediario (*ex multis*, Collegio di Roma, dec. n. 15955/2022, Collegio di Bari, dec. n. 8892/2022). Decisione N. 593 del 12 gennaio 2024. In conformità a questa impostazione, è possibile reinterpretare la domanda proposta con il ricorso in esame come volta ad accertare se la parte ricorrente abbia validamente esercitato il proprio diritto alla chiusura del libretto ed al trasferimento del relativo saldo e sia stato perciò scorretto il rifiuto opposto dall'intermediario. 3.– La parte ricorrente sostiene che il potere di chiedere l'estinzione del libretto sia rinvenibile implicitamente nel decreto di nomina, nella parte in cui attribuisce all'amministratore di sostegno la facoltà di chiedere e riscuotere, a nome dell'amministrata, ogni beneficio previdenziale o assistenziale presso uffici pubblici (punto 6) e impone all'amministratore di sostegno l'apertura di un conto corrente bancario su cui versare «somme arretrate a qualsiasi titolo dovute e i risparmi» (punto 7). 4.– L'amministrazione di sostegno costituisce una misura di protezione introdotta dalla legge 9 gennaio 2004, n. 6, tesa ad attuare una profonda innovazione giuridica e culturale nelle modalità di tutela delle persone fragili, affiancando ai più rigidi istituti tradizionali (interdizione e inabilitazione) un nuovo strumento, più flessibile con lo scopo di renderlo adattabile alla specificità delle singole situazioni. L'art. 1 prevede, infatti, che «la presente legge ha la finalità di tutelare, con la minore limitazione possibile della capacità di agire, le persone prive in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana mediante interventi di sostegno temporaneo o permanente». L'amministrazione di sostegno si pone, così, quale strumento modulabile, in grado di fornire ai soggetti deboli un supporto (declinato in termini di rappresentanza o di assistenza), che miri a sostenere la capacità residua del soggetto, valorizzando la centralità della persona e il principio di autodeterminazione. 5.– La disciplina dell'amministrazione di sostegno è contenuta negli articoli 404 e ss. del codice civile. La misura di protezione in questione può essere disposta nei confronti della persona «che, per effetto di una infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica, si trova nella impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi» (art. 404 c.c.). La norma individua, così, due requisiti, uno di tipo soggettivo (la menomazione fisica o psichica), l'altro di tipo oggettivo (l'impossibilità di provvedere ai propri interessi), che devono coesistere ed essere legati da un rapporto di causalità. Invero, la norma è stata intesa in senso estensivo mediante il rinvio al citato art. 1 della legge n. 6/2004, consentendone così l'applicazione anche di là dalla sussistenza di una specifica infermità o patologia e, quindi, in tutti i casi in cui il soggetto sia privo di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana. 6.– In base all'art. 405, comma 5, c.c. il decreto di nomina dell'amministratore di sostegno deve contenere l'indicazione: «1) delle generalità della persona beneficiaria e dell'amministratore di sostegno; 2) della durata dell'incarico, che può essere anche a tempo indeterminato; 3) dell'oggetto dell'incarico e degli atti che l'amministratore di sostegno ha il potere di compiere in nome e per conto del beneficiario; 4) degli atti che il beneficiario può compiere solo con l'assistenza dell'amministratore di sostegno; 5) dei limiti, anche periodici, delle spese che l'amministratore di sostegno può sostenere con utilizzo delle somme di cui il beneficiario ha o può avere la disponibilità; 6) della periodicità con cui l'amministratore di sostegno deve riferire al giudice circa l'attività svolta e le condizioni di vita personale e sociale del beneficiario». Decisione N. 593 del 12 gennaio 2024. L'oggetto dell'incarico, determinato nel decreto di nomina, individua così i compiti dell'amministratore di sostegno che possono riguardare due ambiti (alternativamente o congiuntamente): ● la cura della persona, intesa sia come cura della salute (eventuali scelte sanitarie, rapporti con il personale medico, espressione del consenso informato, etc.), sia come gestione degli aspetti relazionali e sociali (scelta del luogo dove vivere, avvio di un percorso di psicoterapia o sostegno nella ricerca di un'occupazione lavorativa, etc.); ● la cura del patrimonio, riferita alla gestione reddituale e patrimoniale del beneficiario (amministrazione di beni mobili – stipendi, pensioni, portafoglio titoli, etc. – o di beni immobili), volta alla conservazione delle risorse finanziarie dello stesso e al soddisfacimento delle necessità ordinarie e straordinarie del medesimo. Sotto il profilo dei poteri dell'amministratore, in relazione alle condizioni di salute e all'autonomia residua del beneficiario, questi può essere investito dal G. Tut. di un ruolo di rappresentanza esclusiva (sostituendosi integralmente al soggetto) o di mera assistenza (affiancandosi al soggetto nell'assunzione delle decisioni). L'elenco di tali atti deve ritenersi tassativo. 7.– Occorre rilevare poi che, come chiarito dalla Corte costituzionale, tutto ciò che il G. Tut., nell'atto di nomina o in un successivo provvedimento, non affidi all'amministratore di sostegno, in vista della cura complessiva della persona del beneficiario, resta nella completa disponibilità di quest'ultimo, il quale, pertanto, conserva – fra le altre –, la capacità di donare, salvo che il G. Tut., anche d'ufficio, ritenga di limitarla avvalendosi del quarto comma dell'art. 411 (Corte cost., 10.5.2019, n. 114). La Cassazione ha poi precisato che l'amministrazione di sostegno si configura come sostitutiva, o mista, laddove presenti caratteristiche affini alla tutela, poiché l'amministrato, pur non essendo tecnicamente incapace di compiere atti giuridici, non è comunque in grado di determinarsi autonomamente in difetto di un intervento, appunto sostitutivo ovvero di ausilio attivo, dell'amministratore. Diversamente, è definita amministrazione puramente di assistenza quando si avvicina alla curatela, in relazione alla quale l'ordinamento non prevede i divieti di ricevere per testamento e donazione. Ne discende che, nel caso dell'amministrazione di mera assistenza, il beneficiario è pienamente capace di disporre del suo patrimonio, anche per testamento e con disposizione in favore dell'amministratore di sostegno, a prescindere dalla circostanza che tra i due soggetti, amministratore e beneficiato, sussistano vincoli di parentela di qualsiasi genere, o di coniugio, ovvero una stabile condizione di convivenza (Cass. 6079/2020). 8.–

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Nonostante l'esigenza di personalizzare l'amministrazione di sostegno in ragione dei tratti specifici che caratterizzano ogni fattispecie concreta, i concetti di ordinaria e straordinaria amministrazione sono stati rievocati dalla Suprema Corte la quale ha affermato che, nel caso in cui all'amministratore siano conferiti solo poteri di ordinaria amministrazione, l'individuazione degli atti di straordinaria amministrazione, che richiedono l'autorizzazione del G. Tut., deve essere compiuta tenendo conto degli effetti economici degli atti (Cass. 7420/2022). Per questa ragione, rientrano, ad esempio, tra quelli di straordinaria amministrazione il patto di quota lite sul compenso spettante all'avvocato che curi l'azione risarcitoria per il sinistro stradale che abbia cagionato gravi lesioni alla persona amministrata, ove quest'ultima sia priva di altre risorse economiche e con quel risarcimento debba gestire la propria vita futura. Non di meno, la Cassazione ha sottolineato, altresì l'importanza fondamentale di una valutazione specifica, personalizzata, a monte dell'adozione della misura. Secondo i giudici di legittimità, infatti, le caratteristiche dell'istituto impongono, in linea con le indicazioni provenienti dall'art. 12 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle Decisione N. 593 del 12 gennaio 2024 sui diritti delle persone con disabilità, che l'accertamento della ricorrenza dei presupposti di legge sia compiuto in maniera specifica e focalizzata rispetto alle condizioni di menomazione del beneficiario e anche rispetto all'incidenza di tali condizioni sulla capacità del medesimo di provvedere ai propri interessi, perimetrando i poteri gestori dell'amministratore in termini direttamente proporzionati a entrambi i richiamati elementi, di modo che la misura risulti specifica e funzionale agli obiettivi individuali di tutela, altrimenti implicando un'ingiustificata limitazione della capacità di agire della persona (Cass. 10483/2022). 9.– Nel caso in esame, l'amministratore di sostegno (padre della beneficiaria, e con l'adesione della madre che è anche la cointestataria) l'estinzione di un libretto postale con il contestuale accredito del relativo saldo sul conto corrente intestato alla beneficiaria. Nel decreto di nomina, al punto 7, il giudice ha previsto che «l'amministratore di sostegno dovrà aprire un conto corrente e/o libretto bancario o postale intestato ad [nome e cognome della beneficiaria] sul quale apporrà la propria sottoscrizione e che gestirà in via ordinaria con facoltà di prelievo, dove dovranno essere versate la pensione di invalidità, l'indennità di accompagnamento, somme arretrate a qualsiasi titolo dovute e i risparmi; l'ADS potrà utilizzare mensilmente tutte le somme spettanti alla beneficiaria a titolo previdenziale ed assistenziale, per il fabbisogno della predetta e per effettuare i pagamenti di cui sopra». In tal senso, l'operazione richiesta può ricondursi alla gestione ordinaria dei suoi risparmi che, secondo quanto sopra richiamato, rientra tra i poteri dell'amministratore di sostegno. Infatti, il trasferimento del saldo positivo di un conto corrente bancario, con la contestuale chiusura di quello di origine, costituisce un puro e semplice "servizio di trasferimento", stante la definizione che di tale servizio è dettata dall'art. 126 *decies*, comma 3, lett. b), t.u.b.: «il trasferimento, su richiesta del consumatore, da un prestatore di servizi di pagamento ad un altro, delle informazioni su tutti o su alcuni ordini permanenti di bonifico, addebiti diretti ricorrenti e bonifici in entrata ricorrenti eseguiti sul conto di pagamento, o il trasferimento dell'eventuale saldo positivo da un conto di pagamento d'origine a un conto di pagamento di destinazione, o entrambi, con o senza la chiusura del conto di pagamento di origine» (sottolineatura aggiunta). Appare evidente, peraltro, che l'operazione non presenta rischi per la beneficiaria che per contro otterrà nella sua disponibilità l'importo totale del saldo del libretto attualmente in cointestazione con la madre risultando quindi vantaggiosa per la prima. D'altronde, una volta che la somma sarà disponibile sul conto corrente si applicherà il medesimo vincolo della gestione ordinaria che ora si applica anche alle medesime somme depositate sul libretto di cui si chiede l'estinzione. Nel caso di specie, invero, all'amministratore di sostegno risultano conferiti soltanto poteri di ordinaria amministrazione e la richiesta formulata all'intermediario non è qualificabile in termini di atto di straordinaria amministrazione, proprio tenendo conto degli effetti economici dell'operazione richiesta (arg. *ex* Cass. 7420/2022). D'altro canto, l'art. 11, comma 8, delle condizioni generali di contratto invocato dall'intermediario non è applicabile alla fattispecie in quanto si riferisce al blocco del libretto cointestato in caso di sopravvenuta incapacità di uno dei cointestatari a tutela del medesimo.

Rapporti di conto corrente ed amministrazione di sostegno, fra ordinaria e straordinaria amministrazione

di Antonio Sartor*

La decisione dell'ABF del 12 gennaio 2024, n. 593 offre, in primo luogo, degli spunti di riflessione per compiere un bilancio circa l'istituto dell'Amministrazione di sostegno nel ventesimo anniversario dalla sua introduzione (l. 9.1.2004 n. 6). Dopo di che, su di un tema più specifico, vengono esaminati i criteri discretivi fra gli atti di ordinaria e straordinaria amministrazione, il che porta a giudicare favorevolmente la posizione assunta nel caso di specie.

* **Contributo pubblicato in base a *referee*.**

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

I. Il caso

Nel 2003 veniva sottoscritto un libretto di risparmio cointestato fra X, minorenne, e la propria madre. Nel 2019, appena acquisita la maggiore età, X veniva sottoposta ad amministrazione di sostegno (d'ora in poi anche "ads"), essendo nominato amministratore il padre. Il 14.7.2022 i genitori chiedevano congiuntamente l'estinzione di detto libretto, con versamento delle somme su di un c/c intestato alla sola X. L'intermediario presso cui il libretto era stato aperto si opponeva alla richiesta, sulla base – fra le altre – della considerazione per cui tale operazione non sarebbe rientrata fra le prerogative attribuite all'ads dal decreto di nomina, dando corpo, per di più, ad un atto di straordinaria amministrazione per il quale sarebbe stata necessaria l'autorizzazione del G. Tut. L'ABF, con la decisione in commento, accoglie il ricorso, condannando l'intermediario a dar corso alla richiesta operazione, sulla base del principio di cui alla massima. La decisione in commento, fra gli altri, offre due spunti d'indagine: il primo è relativo alla effettiva concordanza fra *la prassi applicativa dell'istituto dell'amministrazione di sostegno e i principi che ne hanno ispirato l'introduzione nel cod. civ.*; il secondo, invece, al *criterio discretivo fra atti di ordinaria e straordinaria amministrazione*, ogni qual volta il testo della legge, sul punto, risulti silente.

II. Le questioni

1. *L'Amministrazione di sostegno a vent'anni dalla sua introduzione. Ricostruzione sistematica dell'istituto e qualche rilievo critico sulle prassi applicative.*

L'ABF, nella pronuncia in esame, per quanto non strettamente necessario per la decisione della questione sottoposta alla sua attenzione, svolge una nutrita serie di condivisibili rilievi circa l'istituto dell'amministrazione di sostegno, che offrono il destro per svolgere un bilancio sui successi e gli insuccessi della misura, nel ventesimo anno dalla sua introduzione nel cod. civ. (per un primo commento in materia si v. DELLE MONACHE, *Prime note*, 29 ss., *infra*, sez. IV).

Va così ricordato, che per opera della l. 9.1.2004, n. 6, l'istituto è stato introdotto, accanto ad interdizione ed inabilitazione, quale terza figura di protezione per le persone prive del tutto o in parte di autonomia. Fra i principi ispiratori del suddetto intervento normativo – che valgono anche a discriminare l'istituto in parola dagli altri appena menzionati – vi sono, notoriamente, quelli di flessibilità e proporzionalità della misura, per come emergenti specialmente dall'art. 405 cod. civ.

Il principio di *flessibilità*, da un lato, impone al G. Tut. di adattare le prerogative concesse all'ads, alla luce di ciascun singolo e concreto caso sottoposto alla propria attenzione, evitando, per quanto possibile, di redigere decreti di apertura caratterizzati per la presenza di formule stereotipate, o eccessivamente vaghe. Il principio di *proporzionalità*, dall'altro lato ancora, suggerisce di non attribuire all'amministratore di sostegno dei poteri di rappresentanza (e assistenza) che vadano al di là di quanto strettamente necessario per la cura della persona e del patrimonio del soggetto sottoposto al proprio ufficio. Tale principio – va sottolineato, non essendovi concordia di vedute in dottrina – è quantomai importante, non potendo recarsi in dubbio il fatto che il beneficiario della misura subisca una compressione della propria capacità d'agire in relazione agli atti il cui compimento, nel decreto di apertura, è specificamente devoluto all'ads. Il che non significa, ovviamente, che tale compressione della capacità d'agire imponga di considerare il beneficiario alla stregua di un incapace, attribuendogli il relativo *status* (su tali principi valga il richiamo a DELLE MONACHE, *Prime note*, 51 ss.; ID, *sub* art. 404 cod. civ., 169 ss.; FERRANDO, 3 ss.; PICCINNI, 471 ss.; TESCARO, voce «Amministrazione di sostegno», 5 ss.; BONILINI, in BONILINI - TOMMASEO, *Dell'amministrazione di sostegno*, 26 ss.; tutti *infra*, sez. IV).

Altra considerazione che condivisibilmente formula l'ABF, è quella per cui all'ads vengono attribuiti compiti che possono inerire sia alla cura della persona del beneficiario (ossia alla cura della sua salute e della sua vita relazionale e sociale), sia alla cura del patrimonio di quest'ultimo (come tale intendendosi la gestione reddituale e l'amministrazione dei beni, volte al soddisfacimento delle sue necessità di vita). Tale distinzione, quella s'intende fra *cura patrimoni* e *cura personae*, non è certo estranea anche alle misura di protezione quali la tutela e la curatela, ma nel caso dell'amministrazione di sostegno la seconda pare dotarsi di un'importanza maggiore, viepiù dopo l'introduzione della l. 22.12.2017, n. 219 (che, com'è noto, assegna all'ads compiti alquanto pregnanti in tema di consenso informato e dichiarazioni anticipate di trattamento: DELLE MONACHE, *La nuova disciplina*, 997 ss., *infra*, sez. IV). Non è scorretto dire, in definitiva, che il marcato accento posto dal legislatore sulla *cura personae*, è «il vero tratto distintivo dell'istituto» (BONILINI, *Persone in età avanzata*, 491 ss., *infra*, sez. IV).

Non pare, invece, che fra i principi ispiratori dell'ads, alla luce della l. n. 6/2004, vi sia quello della *temporaneità* della misura, in quanto la stessa non è volta (solo) a soddisfare esigenze transitorie del beneficiario (ciò, per lo meno, non risulta dal testo della legge). (in senso opposto, invece, TESCARO, *Un (quasi encomiabile) esempio*, 499 ss., *infra*, sez. IV).

Sinteticamente, dunque, l'ads, per come immaginata dal legislatore e per come emergente dai principi – noti – che si sono succintamente ricordati, ha dato corpo al nobile tentativo di perseguire i seguenti obiettivi: quello di proteggere le persone vulnerabili andando incontro alle loro specifiche e peculiari esigenze di vita, allontanandosi da modelli eccessivamente astrattizzanti quali quelli disegnati dalla tutela e dalla curatela,

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

assecondando il passaggio, più volte auspicato dalla dottrina, dalla considerazione dell'individuo quale *soggetto* (inteso quale entità astratta) a *persona* (su cui, ad es. SCALISI, 29, *infra*, sez. IV); centrale, poi, come detto, è la considerazione posta sulla cura della persona, più che del suo patrimonio, il che sta a significare che obiettivo dell'ads è primariamente quello di costruire un progetto di vita (e di vita di relazione) per il beneficiario, cui la cura del patrimonio è funzionale (non essendo funzionale, invece, la *cura patrimoni*, al soddisfacimento delle aspettative che su di esso possano vantare altri: il che, invece, pare essere tratto caratterizzante della tutela, ed in parte della curatela, per lo meno secondo meno recenti impostazioni, su cui ad es. PATTI, 105, *infra*, sez. IV); da ultimo, come si è accennato, i principi ispiratori dell'ads paiono imporre al G. Tut. di attagliare il decreto apertura sulle specifiche esigenze del beneficiario, limitandone il meno possibile la capacità, evitando così che ad egli sia attribuito uno stigmatizzante *status* di incapace *tout court* (come accade per il caso della tutela).

È appena il caso di precisare che tali direttive sono, per lo meno nelle loro enunciazioni astratte, conformi al principio personalistico di cui all'art. 2 della Costituzione, oltre che con alla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con Disabilità del 13.12.2006 (ratificata in Italia con la l. n. 18 del 2009), richiamata anche dalla pronuncia in commento. Non da ultimo, la l. n. 6/2004 si concilia pure con la recente Risoluzione del Parlamento Europeo del 13.12.2023, la quale invita gli Stati membri ad abbandonare sempre più l'adozione di misura restrittive della capacità d'agire dei soggetti fragili, onde perseguire – per quanto possibile – il rispetto della loro volontà ed autonomia nelle decisioni di vita (per tali aspetti, si v., in prospettiva di sintesi, BUGETTI, 309 ss., *infra*, sez. IV).

Ciò detto, è fin troppo noto come tali alti e condivisibili principi non siano stati spesso rispettati nella prassi, la quale è andata incontro ad applicazioni a dir poco distorte dell'istituto. Sarà sufficiente richiamare solo brevi esempi di tali scorrette applicazioni (per le quali si fa rinvio a BUGETTI, 309 ss.; ROMA, 694 ss., *infra*, sez. IV).

Non è infrequente, difatti, che l'ads sia investito del ruolo di compiere, in nome e per conto del beneficiario, ogni atto di amministrazione ordinaria e straordinaria. Tale esito, nella sostanza, conduce a parificare la capacità del beneficiario della misura a quella dell'interdetto, per giunta senza che ricorrano i presupposti fissati dalla legge per l'applicazione di siffatta misura (cioè la grave a stabile infermità di mente, cfr. art. 414 cod. civ.). Allo stesso modo, poi, si ravvisano decreti di concessione della misura privando l'amministrato della possibilità di compiere atti di ordinaria amministrazione – nella sostanza parificandone la situazione a quella dell'inabilitato – sempre senza il preciso riscontro della ricorrenza delle condizioni fissate dall'art. 415 cod. civ. Ancora: troppo spesso l'ads viene concessa per conservare il patrimonio del beneficiario, al fine di tutelare l'aspettativa dei terzi (prossimi congiunti) che, su quel patrimonio, possano vantare un qualche interesse, specie a fini successori. Tutto ciò, in definiva, ha reso l'ads, non una sorta di abito sartoriale congegnato in ragione delle specifiche esigenze del soggetto che ne è sottoposto, ma una misura del tutto simile alla tutela o alla curatela, e con effetti altrettanto stigmatizzanti (BUGETTI, 315 ss., *infra*, sez. IV).

Ancora, fra le applicazioni più scorrette dell'istituto, ad avviso di chi scrive, vi è stata quella che ha indotto ad assegnare un ads a chi rechi soltanto una menomazione di tipo fisico, non essendo dunque affatto impossibilitato a perseguire i propri interessi in modo autonomo (si v. ad es. in giur. CASS. CIV., 2.8.2012, n. 13917, *infra*, sez. III): in tali circostanze, difatti, gli strumenti più idonei al raggiungimento della protezione del soggetto vulnerabile vanno ravvisati negli istituti della procura o del mandato, non essendo affatto necessario un provvedimento ablativo della capacità d'agire (qual è, lo si è detto, l'ads). Sul punto si v. i corretti rilievi di DELLE MONACHE, *La nuova disciplina*, 997 ss., *infra*, sez. IV.

La grande elasticità con cui il legislatore ha fissato i presupposti per l'applicazione della misura di protezione, dunque, lungi dal consigliare un'applicazione il più possibile *calibrata* sulle esigenze della persona che vi è sottoposta, ne ha determinato una sorta d'ipertrofia, la stessa essendo utilizzata per scopi da un lato riconducibili a quelli dell'interdizione e dell'inabilitazione, e dall'altro del tutto estranei a quelli suoi propri (che, si ricorda, consistono nel dare ausilio a chi sia *impossibilitato* a perseguire i propri interessi).

Tale stato di cose, più volte segnalato dalla dottrina (v. ancora BUGETTI, 309 ss.; ROMA, 694 ss., *infra*, sez. IV), induce a chiedersi, anzitutto, il perché ciò sia accaduto, ed in secondo luogo quali siano le soluzioni ipotizzabili per porvi rimedio.

Quanto al primo aspetto, sicuramente vi è da considerare che l'enorme successo dell'ads ha incrementato il ruolo del Giudici Tutelari, i quali, non avendo la possibilità materiale di accostarsi ad ogni singolo provvedimento con la necessaria attenzione, hanno spesso fatto ricorso, loro malgrado, a modelli e formule precompilate, o comunque stereotipate (segnala questo aspetto GIROLAMI, *Dalla crisi dell'amministrazione di sostegno*, 856 ss., *infra*, sez. IV). Ma la colpa di ciò non va addossata alla sola giurisprudenza, o più genericamente al "sistema" della giustizia, non essendo dubitabile che anche la dottrina abbia dato il suo contributo alle denunciate distonie. L'impostazione più problematica, ad avviso di chi scrive è propria di chi ha considerato l'ads, sempre e comunque, come misura *non incapacitante* per chi vi sia sottoposto (sul punto, CENDON-ROSSI, 435 ss., *infra*, sez. IV, e in giur. CASS. CIV., 30.7.2021, n. 21985, *infra*, sez. III): ciò, da un lato,

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ha indotto i Giudici a concedere con larghezza la misura così accreditando il *paradosso* per cui vi sarebbero dei soggetti capaci... ma dall'altro lato non abilitati a compiere in proprio tutta una serie di atti, perché delegati all'ads. (lo segnalano, in dottrina, fra i molti, BONILINI-TOMMASEO, *Dell'amministrazione di sostegno*, 26 ss., *infra*, sez. IV).

Come uscire, dunque, da questa *impasse*?

È noto il fatto che parte della dottrina stia auspicando un superamento dell'ads, sulla scorta di modelli derivati dall'influenza francese, tedesca (su cui si v. GIROLAMI, *La scelta negoziale della protezione degli adulti vulnerabili*, *infra*, sez. IV) o spagnola (VIGLIONE, 1160 ss., *infra*, sez. IV), In tempi recenti, difatti, varie sono le riforme che hanno modificato i sistemi di protezione dei soggetti fragili negli ordinamenti a noi più vicini.

La via della riforma legislativa, dunque, è senz'altro suggestiva. Nondimeno, nutrire un qualche scetticismo al riguardo è più che legittimo, proprio alla luce di quanto sopra denunciato: spesso la prassi applicativa si discosta dalle intenzioni del legislatore, quanto non dal testo stesso della legge. Meglio sarebbe, dunque, se la l. n. 6/2004 venisse finalmente applicata per intero, e secondo le sue linee ispiratrici, avendo in sé le potenzialità per rispondere alle esigenze di tutela che emergono dalla società.

Tale ultima direttiva, che pare la più adeguata, si poggia su di un assunto più volte ribadito, qui, che è quello per cui la misura dell'ads ha effetti incapacitanti per chi ne sia sottoposto (e che dunque, spesso non risulta definibile propriamente quale "beneficiario" della misura) per lo meno in relazione agli atti devoluti alla competenza dell'Amministratore. Ciò deve dunque indurre, per forza di cose, il G. Tut. a perimetrare con attenzione il numero di tali atti, nella consapevolezza delle conseguenze che la sua decisione produrrà in capo al soggetto amministrato.

Tale direttiva, invero, non è innovativa. In tale direzione si muovono, difatti, gli interventi più avveduti nella dottrina (fra cui BUGETTI, 316 ss., *infra*, sez. IV) e nella giurisprudenza (v. *infra*, sez. III).

A tale ultimo proposito basterà citare due esempi, dai quali emergerà che i giudici paiono aver preso consapevolezza di due aspetto: 1) quello per cui l'ads è, comunque, un istituto ablativo della capacità d'agire del soggetto e che dunque; 2) al G. Tut., quando scelga di produrre un tale effetto giuridico, spetta l'onere di *adeguatamente e specificamente* motivare la propria decisione, valutando se (e, ancora, motivando anche il perché) non sia possibile ricorrere a misure alternative (segnalano una tale necessità, con particolare nettezza, TESCARO, voce «Amministrazione di sostegno, 5 ss., e ROMA, 694 ss., *infra*, sez. IV).

Il primo esempio, assai noto, è quello di CORTE COST., 15.5.2019, n. 114 (*infra*, sez. III), la quale ha sancito il principio per cui alla persona sottoposta ad ads può essere vietato disporre del proprio patrimonio a mezzo di donazioni, solo allorquando ciò sia previsto *motivatamente* dal G. Tut., nel decreto di apertura dell'ads (sul punto si v. BONILINI, *Il beneficiario di amministrazione di sostegno*, 745 ss., *infra*, sez. IV). Il secondo esempio è costituito da CASS. CIV., 12.2.2024, n. 3751 (*infra*, sez. III), la quale ha sancito il principio per cui il provvedimento di apertura dell'amministrazione di sostegno, nella parte in cui estende al beneficiario alcune delle limitazioni previste per l'interdetto e l'inabilitato, deve essere sorretto da una *specifica* motivazione che giustifichi la ragione per la quale si sia limitata la sfera di autodeterminazione del soggetto e della misura di tali limitazioni. Tutto ciò con l'effetto per cui le decisioni che non rispettino tale direttiva devono fondarsi non solo sulla *rigorosa valutazione che il beneficiario non sia capace di adeguatamente gestire i propri interessi* e di assumere decisioni adeguatamente protettive, ma anche sulla valutazione della possibilità di ricorrere a strumenti *alternativi* di supporto e *non limitativi della capacità*, in modo da proteggere gli interessi della persona senza mortificarla, preservandone la dignità.

Tali pronunce, insomma, paiono dimostrare una maggiore consapevolezza circa la portata dell'ads, ed inducono a supporre che vi sarà un'applicazione meno disinvolta o creativa dell'istituto.

In definitiva, sia pure *in extremis*, a vent'anni dalla sua introduzione il giudizio circa la l. n. 6/2004 non può dirsi del tutto negativo (un punto di vista in parte diverso è da ultimo in BUGETTI, 316 ss., *infra*, sez. IV).

2. *Atti di ordinaria e straordinaria amministrazione: i criteri discretivi proposti dalla dottrina e quello fatto proprio dall'ABF.*

È noto che, quantomeno secondo il testo della legge, la distinzione fra atti di amministrazione ordinaria e straordinaria non ha rilevanza nel caso dell'ads, salvo che ciò non dipenda dalla specifica conformazione del decreto di nomina che: a tali categorie faccia riferimento delineando l'oggetto dell'incarico dell'amministratore (art. 405, co. 5, n. 5, cod. civ.); oppure includa in detto oggetto il compimento di un atto da ritenersi di amministrazione straordinaria. Ciò rileva in quanto si applicano all'ads anche gli artt. 374, 375 e 376 cod. civ., i quali dispongono che gli atti ivi elencati (ma più in generale, come si dirà, gli atti di straordinaria amministrazione) debbano essere compiuti previa autorizzazione del G. Tut. (tale regime delle autorizzazioni è stato così modificato dal d. legis. 10.10.2022, n. 149).

Vi è, poi, unanimità di vedute circa il fatto che l'elencazione contenuta negli artt. del cod. civ. appena richiamati non sia tassativa, potendo quindi considerarsi di straordinaria amministrazione (e dovendo, dunque, essere autorizzato) anche un atto diverso da quelli lì previsti. Ecco da dove sorge la necessità di trovare un criterio per delineare la differenza fra amministrazione ordinaria e straordinaria.

A questo proposito, nella dottrina, sono state propo-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ste diverse soluzioni e qui, per ragioni di sintesi, si prenderanno ad esame le due principali (in arg. v. diffusamente ALBANESE, 1141 ss., e MAGAZZÙ, 152 ss., *infra*, sez. IV).

Secondo un più risalente orientamento dovrebbe essere considerato di amministrazione ordinaria ogni atto che sia volto alla *conservazione* del patrimonio, senza modificarne la composizione economica o giuridica (FERRARA sen., 337 ss., *infra*, sez. IV). Si tratta di una teoria, questa, che utilizza un criterio discretivo di tipo funzionale, giacché anche un atto di alienazione potrebbe rientrare nell'amministrazione ordinaria, ove ad esempio intacchi le rendite prodotte dal capitale ma non il capitale stesso (quel che conta, dunque, è la funzione dell'atto, e non il suo tipo).

Un secondo orientamento, che pare riscuotere maggiori adesioni, pone a base della distinzione il concetto di *rischio* (MIRABELLI, 351 ss., e D'ORAZI, *passim*, *infra*, sez. IV). Sarebbero, cioè, atti di amministrazione straordinaria tutti quelli in grado di mettere in pericolo l'integrità del patrimonio, e le sue potenzialità economiche. Chi amministra, secondo tale orientamento, non deve limitarsi alla conservazione del patrimonio, ma attuarne una gestione dinamica, che sia rivolta anche ad accrescerlo, senza che ciò comporti rischi per l'amministrato. Il criterio del rischio, va notato, è di tipo essenzialmente *economico* in quanto presuppone di vagliare l'importanza di ogni atto di gestione, in relazione all'incidenza che ha rispetto al patrimonio specificamente considerato (un medesimo tipo di atto, in altre parole, potrebbe essere di ordinaria amministrazione, ove sia relativo ad un ingente patrimonio, e di straordinaria amministrazione ove invece il patrimonio sia esiguo). Secondo la tesi in parola, poi, gli atti relativi alle rendite non rientrerebbero nemmeno nel concetto di amministrazione, ma piuttosto in quello di godimento.

La giurisprudenza, come ricordato dall'ABF nella pronuncia in commento, dal canto suo adotta un criterio che pare, per così dire, assommare le due teorie dinnanzi citate. Si è così sostenuto che «devono essere considerati di ordinaria amministrazione gli atti che presentino tutte e tre le seguenti caratteristiche: 1) siano oggettivamente utili alla *conservazione* del valore e dei caratteri oggettivi essenziali del patrimonio in questione; 2) abbiano un valore economico non particolarmente elevato in senso assoluto e soprattutto *in relazione al valore totale del patrimonio medesimo*; 3) comportino un *margine di rischio modesto* in relazione alle caratteristiche del patrimonio predetto» (CASS. CIV., 19.7.2022, n. 22662, cors. ns.; CASS. CIV., 27.3.2019, n. 8461, *infra*, sez. III).

Ora, venendo al caso di specie, è chiaro che la chiusura di un libretto di risparmio, dal quale l'ads presumibilmente attingeva la provvista necessaria al soddisfacimento delle esigenze di vita del beneficiario, può non apparire, *in sé* considerata, quale atto di amministrazione ordinaria, se non altro perché non può dirsi avere finalità conservative, né essere priva, in sé, d'incidenza sul patrimonio della persona sottoposta alla misura di protezione.

Il merito dell'ABF, nel caso di specie, è consistito del non aver considerato gli atti negoziali che l'ads intendeva porre in essere – la chiusura di un libretto di risparmio, e l'apertura di un c/c – in modo isolato l'uno dall'altro, ma piuttosto aver considerato l'operazione economica che nel complesso si sarebbe realizzata, e poi la sua incidenza nel patrimonio del beneficiario.

Quanto al primo aspetto, trascurato dall'istituto di credito resistente, va notato che si trattava di un semplice servizio di trasferimento, figura tipizzata dall'art. 126-*decies* del TUB, che riconduce alla nozione, fra l'altro, «il trasferimento dell'eventuale saldo positivo da un conto di pagamento d'origine a un conto di pagamento di destinazione». Da un punto di vista sostanziale, poi, il tutto andava a vantaggio dell'amministrata, posto che il libretto di risparmio di cui si chiedeva la chiusura era cointestato con la madre. In altre parole l'operazione richiesta dall'ads non pregiudicava la conservazione del patrimonio della figlia, né lo sottoponeva a rischio (potendo in tal guisa dirsi rispettati i parametri fissati dalla giurisprudenza sopra citata).

In definitiva, dunque, il provvedimento in commento giunge ad un esito condivisibile ed anche innovativo (è prassi, difatti, che le operazioni quali la chiusura o l'apertura di c/c debbano essere autorizzate dal G. Tut., sul punto, si v., ad es. PALMERI, 566 ss., *infra*, sez. IV). Quel che è certo è che un tale principio risulta condivisibile nello specifico caso in questione, in cui – lo si ricorda – il cointestatario (madre di x), *aderiva* alla richiesta di chiusura del libretto di risparmio. Nei casi in cui, invece, dovessero esservi dei conflitti fra il cointestatario ed il beneficiario (o l'ads), le cose potrebbero assumere una connotazione differente, e suggerire comunque l'autorizzazione del G. Tut., se non altro per prevenire possibili contrasti circa la destinazione data alle somme rinvenienti dal libretto (o c/c) in corso di estinzione.

Ciò detto, non può, tuttavia, tacersi il fatto che ad un esito sostanzialmente identico si sarebbe potuti forse giungere, ciò per lo meno in base a quanto emerge dal testo della decisione, attraverso una diversa via.

Quanto si dirà risulta, difatti, da una lettura di una parte del decreto di apertura dell'ads di X, presente in atti. All'ads era già conferito dal G. Tut. il potere (anzi il dovere), di aprire un conto corrente bancario, su cui versare «somme arretrate, a qualsiasi titolo dovute e i risparmi».

Visto il tenore del decreto, dunque, viene da chiedersi se l'operazione che l'ads intendeva compiere (e cioè la chiusura del conto corrente, disponendo del relativo capitale) non fosse *già* implicitamente autorizzata dal G. Tut. Ragionando così, difatti, l'opportunità di un'ulteriore autorizzazione – pur considerando l'atto quale di amministrazione straordinaria – sarebbe stata ultronea, e dunque non necessaria (nel senso che, ove il decreto di

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

apertura autorizzi in modo abbastanza preciso al compimento di un atto di straordinaria amministrazione non sia necessaria una successiva e ulteriore autorizzazione, v. DELLE MONACHE, 51 ss., *infra*, sez. IV).

III. I precedenti

1. *L'Amministrazione di sostegno a vent'anni dalla sua introduzione. Ricostruzione sistematica dell'istituto e qualche rilievo critico sulle prassi applicative.*

Sui rapporti fra ads e menomazioni fisiche si v. ad es. CASS. CIV., 2.8.2012, n. 13917, in *Fam. e dir.*, 2012, 993 ss. Sul carattere non incapacitante della misura v. CASS. CIV., 30.7.2021, n. 21985, in *Riv. dir. fam.*, 2021, 357.

La pronuncia di CORTE COST. n. 114/2019 si può leggere in *Fam e dir.*, 2019, 745 ss., con nota di BONILINI, e in *Corr. giur.*, 2019, 885 ss., con nota di VENCHIARUTTI.

2. *Atti di ordinaria e straordinaria amministrazione: i criteri discretivi proposti dalla dottrina e quello fatto proprio dall'ABF.*

Sui criteri discretivi fra atti di amministrazione ordinaria e straordinaria, limitandosi alle pronunce più recenti, si v. CASS. CIV., 19.7.2022, n. 22662, in *Quot. giur.*, 2022 e CASS. CIV., 27.3.2019, n. 8461, in banca dati *Onelegale*.

IV. La dottrina

1. *L'Amministrazione di sostegno a vent'anni dalla sua introduzione. Ricostruzione sistematica dell'istituto e qualche rilievo critico sulle prassi applicative.*

Sui principi ispiratori della l. n. 6/2004, si v., fra molti, DELLE MONACHE, *Prime note sulla figura dell'amministrazione di sostegno: profili di diritto sostanziale*, in questa ***Rivista***, 2008, II, 51 ss.; ID., nel *Commentario Gabrielli*, Utet, 2009, *sub* art. 404 ss. cod. civ., 159 ss.; FERRANDO, *Le finalità della legge. Il nuovo istituto nel quadro delle misure di protezione delle persone prive in tutto o in parte di autonomia*, in *Soggetti deboli e misure di protezione*, a cura di FERRANDO eLENTI, Giappichelli, 2006, 3 ss.; PICCINNI, in MAZZONI-PICCINNI, *La persona fisica*, nel *Trattato Iudica-Zatti*, Giuffrè, 2016, 471 ss.; TESCARO, voce «Amministrazione di sostegno», nel *Digesto IV ed., Disc. priv., sez. civ.*, Utet, Agg. 2007, 5 ss.; BONILINI, *Dell'amministrazione di sostegno*, a cura di BONILINI-TOMMASEO, 2a ed., nel *Commentario Schlesinger-Busnelli*, Giuffrè, 2018, *sub* art. 404, 26 ss.

Sulla l. n. 219/2017 si v. DELLE MONACHE, *La nuova disciplina sul testamento biologico e sul consenso ai trattamenti medici*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 997 ss. Sulla *cura personae*, quale tratto caratterizzante l'ads, BONILINI, *Persone in età avanzata e amministrazione di sostegno*, in *Fam., pers. e succ.*, 2005, 487 ss. Sul principio di temporarietà dell'ads, si v. TESCARO, *Un (quasi encomiabile) esempio di interpretazione restrittiva della disciplina dell'amministrazione di sostegno*, in questa ***Rivista***, 2021, I, 499 ss.

Sostiene incisivamente la dimensione "patrimoniocentrica" degli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione, S. PATTI, *La nuova misura di protezione*, in *L'amministrazione di sostegno*, a cura di FERRANDO, Giuffrè, 2005, 105 ss.

Su una lettura della l. n. 6/2004 alla luce delle norme sovrannazionali e costituzionali citate nel testo, v. per tutti BUGETTI, *Verso…e oltre l'amministrazione di sostegno: una retrospettiva su un criticato istituto di successo*, in *Fam. e dir.*, 2024, 309 ss. Per la valorizzazione della persona umana nel contesto legislativo, il rif. è a SCALISI, *Il valore della persona nel sistema e i nuovi diritti della personalità*, Giuffrè, 1990, 29 ss.

Sostengono, con nutrite adesioni, il carattere non incapacitante della misura si v. CENDON-ROSSI, *Amministrazione di sostegno. Motivi ispiratori e applicazioni pratiche*, I, Utet, 2009, 435 ss., ed in senso opposto però, TESCARO, voce «Amministrazione di sostegno», cit., e DELLE MONACHE, *Prime note*, cit.

Discorrono di distorte applicazioni dell'ads, nel senso precisato nel commento, BUGETTI, *Verso…e oltre l'amministrazione di sostegno*, cit., 316 ss., nonché ROMA, *Amministrazione di sostegno: criticità normative sostanziali e processuali*, in questa ***Rivista***, 2021, II, 694 ss.

Sulle recenti riforme negli ordinamenti francese e tedesco si v., per tutti, GIROLAMI, *Dalla crisi dell'amministrazione di sostegno al mandato di protezione: un bilancio* de iure condendo, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 854 ss.; EAD., *La scelta negoziale della protezione degli adulti vulnerabili: spunti dalla recente riforma tedesca*, in *Riv. dir. civ.*, 2023, 854 ss. Sulla nuova l. introdotta in Spagna, si v. VIGLIONE, *Mai più incapaci. Suggestioni spagnole per un nuovo diritto della disabilità*, in questa ***Rivista***, 2023, II, 1160 ss.

Sulla portata della decisione di Corte cost., n. 114/2019, si v. BONILINI, *Il beneficiario di amministrazione di sostegno ha, come regola, la capacità di donare*, in *Fam. e dir.*, 2019, 745 ss., e VENCHIARUTTI, *Il dono del beneficiario di amministrazione di sostegno*, in *Corr. giur.*, 2019, 885 ss.

2. *Atti di ordinaria e straordinaria amministrazione: i criteri discretivi proposti dalla dottrina e quello fatto proprio dall'ABF.*

Per un'analisi completa delle varie teorie cui si è fatto riferimento nel testo, v. ALBANESE, *Gli atti di ordinaria e straordinaria amministrazione*, in *Contr. e impr.*, 2008, 1141 ss. e MAGAZZÙ, voce «Ordinaria e straordinaria amministrazione», nel *Digesto IV ed., Disc. priv., sez. civ.*, XIII, Utet, 1995, 152 ss. Sul criterio della c.d. conservazione del patrimonio, FERRARA sen., *Scritti giuridici*, I, Giuffrè, 1954, 261 ss., e su quello del rischio si v. invece, MIRABELLI, *I cosiddetti atti di amministrazione*, in *Scritti giuridici in onore di A.*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Scialoja, III, Zanichelli, 1953, 351 ss.; e D'ORAZI, *Gli atti di amministrazione e d'acquisto nell'interesse dei minori*, Esi, 1942.

Sui rapporti fra ads e gestione dei c/c amministrati a nome del beneficiario, per un quadro aggiornato, PALMERI, *Amministrazione di sostegno e* home *banking dispositivo*, in questa ***Rivista***, 2021, I, 565 ss.

Sulla tesi per cui le autorizzazioni al compimento degli atti di straordinaria amministrazione possano essere preventivamente autorizzate nel decreto di nomina dell'ads, v. DELLE MONACHE, *Prime note*, cit., 2008, 51 ss.

Appalto

CASS. CIV., II sez., 8.1.2024, n. 421 – DI VIRGILIO *Presidente* – TRAPUZZANO Estensore – TRONCONE *P.M.* (concl. diff.) – A.A. (avv. Mariotti) – SA.CO. s.r.l. (avv. Blasi) – B.B. (avv. Pacobelli) – Cassa con rinvio App. Roma, 5.7.2018

APPALTO – RECESSO DEL COMMITTENTE – RAPPORTI CON L'AZIONE DI RISOLUZIONE PER INADEMPIMENTO – GARANZIA PER DIFFORMITÀ E VIZI DELL'OPERA – PRESUPPOSTI – RESPONSABILITÀ PER INADEMPIMENTO DELL'APPALTATORE (cod. civ., artt. 1218, 1453, 1455, 1667, 1668, 1671)

In tema di appalto, qualora il committente eserciti il diritto unilaterale di recesso *ex* art. 1671 cod. civ., non è preclusa la sua facoltà di invocare la restituzione degli acconti versati e il risarcimento dei danni subiti per condotte di inadempimento verificatesi in corso d'opera e addebitabili all'appaltatore; in tale evenienza la domanda risarcitoria non è sottoposta alla disciplina di cui alla garanzia speciale per le difformità e i vizi dell'opera e ai conseguenti termini decadenziali e prescrizionali previsti dall'art. 1667 cod. civ., posto che, a fronte della mancata ultimazione dell'opera, l'inadempimento contestato è attratto alla regolamentazione ordinaria e non a quella speciale.

APPALTO – DIRETTORE DEI LAVORI – RESPONSABILITÀ PROFESSIONALE – RESPONSABILITÀ SOLIDALE – CAUSALITÀ EFFICIENTE (cod. civ., artt. 1176, 1218, 2055)

All'esito dell'accertamento della responsabilità professionale del direttore dei lavori per omessa vigilanza sull'attuazione dei lavori appaltati, questi risponde, in solido, con l'appaltatore dei danni subiti dal committente, ove i rispettivi inadempimenti abbiano concorso in modo efficiente a produrre il danno risentito dall'appaltante.

dal testo:

Il fatto. Con atto di citazione notificato il 25 giugno 2008, la SA.CO. Srl conveniva, davanti al Tribunale di Roma, A.A. e chiedeva: 1) che fosse accertato l'intervenuto scioglimento del contratto di appalto concluso tra le parti per effetto dell'esercizio, a cura della convenuta committente, del diritto potestativo di recesso unilaterale mediante missiva del 20 ottobre 2006; 2) che conseguentemente fosse accertato l'inadempimento dell'appaltante all'obbligazione indennitaria in favore dell'appaltatore, avendo la stessa impedito all'assuntore di completare l'esecuzione dell'opera appaltata; 3) che, per l'effetto, la committente fosse condannata al pagamento della somma di Euro 190.635,54, oltre rivalutazione monetaria e interessi.

Al riguardo, l'attrice esponeva: che, nel settembre 2005, aveva ricevuto dalla A.A. l'affidamento di un appalto per l'esecuzione dei lavori di ristrutturazione di un immobile di proprietà dell'appaltante, sito in (*Omissis*); che i lavori consistevano in opere di demolizione e rifacimento di strutture portanti e solai, murature interne ed esterne, del tetto, degli intonaci interni ed esterni, dell'impianto idro-termo-sanitario ed elettrico; che l'andamento dei lavori aveva subito notevoli rallentamenti a causa delle ripetute richieste della committente, fino a quando, con telegramma del 18 aprile 2006, la stessa aveva ordinato, senza alcuna motivazione, la sospensione dei lavori; che, a fronte delle lavorazioni programmate per Euro 90.000,00, erano state eseguite lavorazioni per circa Euro 73.945,00, mentre erano stati corrisposti solo Euro 9.090,00, a titolo di acconti; che successivamente – con la nota indicata – l'appaltante aveva manifestato la volontà di recedere dal contratto, invitando l'impresa a rimuovere il cantiere entro 10 giorni.

Si costituiva in giudizio A.A., la quale contestava la fondatezza, in fatto e in diritto, delle pretese avanzate da controparte e chiedeva che fosse accertato l'inadempimento dell'appaltatrice al contratto di appalto, a causa della parziale e cattiva esecuzione delle opere commissionate, in ordine alle quali sussisteva la concorrente responsabilità del progettista e direttore dei lavori B.B., di cui era chiesta la chiamata in causa.

In via riconvenzionale, la convenuta domandava la declaratoria di risoluzione del contratto di appalto per colpa dell'assuntore nonché l'accertamento della concorrente responsabilità del progettista e direttore dei lavori, per tutti i vizi e i nocumenti patiti, con conseguente condanna degli stessi, in solido, alla restituzione della somma di Euro 29.400,00 e al risarcimento di tutti i danni subiti.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

In subordine, chiedeva che, in caso di soccombenza verso l'artefice dell'appalto, fosse manlevata dal direttore dei lavori.

In proposito, deduceva che le opere realizzate dalla ditta incaricata erano del tutto difformi da quelle commissionate e ricavabili dal progetto e non erano state eseguite a regola d'arte.

Autorizzata la chiamata in causa del terzo, si costituiva in giudizio anche B.B., il quale eccepiva preliminarmente il proprio difetto di titolarità passiva del rapporto, per non aver ricevuto alcun incarico dalla A.A. Nel merito chiedeva il rigetto delle domande formulate nei suoi confronti e avanzava domanda riconvenzionale finalizzata ad ottenere il risarcimento dei danni non patrimoniali patiti per lesione della reputazione e dell'immagine, chiedendo altresì che la convenuta chiamante fosse condannata alla riparazione dei pregiudizi conseguenti all'instaurazione di una lite temeraria.

Nel corso del giudizio era espletata consulenza tecnica d'ufficio, ad integrazione delle risultanze già raggiunte con lo svolto accertamento tecnico preventivo *ante causam*, con la convocazione del consulente tecnico d'ufficio nominato affinché rendesse i chiarimenti resisi necessari.

Quindi, il Tribunale adito, con sentenza n. 11021/2013, depositata il 20 maggio 2013, in parziale accoglimento delle domande proposte dall'attrice, accertava l'intervenuto recesso di A.A. dal contratto di appalto stipulato con la SA.-CO. e, per l'effetto, condannava l'appaltante al versamento, in favore della società appaltatrice, della somma di Euro 29.490,00, oltre rivalutazione e interessi, a titolo di lavorazioni eseguite e non saldate, e di Euro 4.000,00, a titolo di spese sostenute, rigettando ogni altra domanda.

In specie, la pronuncia di prime cure sosteneva: che il contratto di appalto si era sciolto per iniziativa unilaterale della committente, il che in sé non implicava alcuna necessaria indagine sull'importanza e gravità dell'inadempimento, la quale sarebbe stata necessaria solo allorché la committente avesse preteso anche il risarcimento del danno dall'appaltatore per l'inadempimento in cui questi fosse già incorso al momento del recesso; che, pertanto, l'esercizio del diritto di recesso riservato al committente in materia di appalto non privava il recedente del diritto di richiedere il risarcimento per l'inadempimento in cui l'appaltatore fosse già incorso al momento del recesso; che dopo il recesso l'eventuale valutazione dell'importanza della gravità dell'inadempimento dell'appaltatore poteva essere effettuata ai soli fini risarcitori, ma non allo scopo di ottenere la pronuncia di risoluzione di un contratto non più in essere; che, dunque, la domanda di risoluzione del contratto doveva essere rigettata e così le conseguenti statuizioni restitutorie formulate dalla convenuta in via riconvenzionale; che, quanto alla domanda risarcitoria, occorreva che la committente avesse conservato l'azione verso l'appaltatore, mentre nella fattispecie essa risultava prescritta, conformemente all'eccezione sollevata sul punto dall'assuntore, secondo la disciplina sulla garanzia per i vizi e le difformità dell'opera, sicché l'appaltatore restava liberato da ogni responsabilità; che il costo delle opere realizzate era pari ad Euro 48.890,00, da cui doveva essere detratto l'importo dimostrato – che risultava corrisposto a titolo di acconti – per Euro 19.400,00; che non era, invece, liquidabile la voce del mancato guadagno, in quanto non provata; che le spese sostenute dovevano essere liquidate, in via equitativa, nella misura di Euro 4.000,00; che, con riferimento alla domanda proposta nei confronti del terzo chiamato, erano stati fatti valere due profili di responsabilità, l'uno afferente all'attività relativa alla presentazione della D. I .A. e l'altra riguardante l'attività di direzione dei lavori; che, in ordine al primo profilo, non emergevano elementi sufficienti per ritenere che all'B.B. fosse stato conferito l'incarico di svolgere l'attività di progettazione e presentazione della D. I. A., mentre, con riferimento al secondo profilo, risultava espressamente che l'B.B. avesse accettato l'incarico di direttore dei lavori; che, peraltro, la prescrizione della garanzia per i vizi escludeva che potesse indagarsi circa una responsabilità solidale del terzo chiamato, in qualità di direttore dei lavori; che altrettanto destituita di fondamento era la richiesta di manleva, in quanto genericamente formulata.

Con atto di citazione notificato il 9/10 luglio 2014, proponeva appello A.A., la quale lamentava: 1) l'erronea applicazione, in relazione alle domande, restitutoria e risarcitoria, proposte in via riconvenzionale, della disposizione speciale di cui all'art. 1667 c.c. e del correlativo regime prescrizionale, con la conseguente violazione di legge per mancata applicazione della normativa generale di cui agli artt. 1453 e 1455 c.c. e dei correlativi termini prescrizionali; 2) l'erronea pronuncia di rigetto delle domande di risarcimento dei danni e di manleva proposte nei confronti del terzo chiamato, per effetto dell'impropria qualificazione del rapporto intercorso con il direttore dei lavori, e la conseguente violazione di legge per l'omessa applicazione della normativa di cui agli artt. 2230 e ss. c.c.; 3) l'erronea e contraddittoria interpretazione delle risultanze istruttorie, sia con riferimento alla documentazione versata in atti, sia con riguardo agli esiti degli accertamenti peritali eseguiti, prima, nell'ambito dell'A. T. P. e, poi, nel corso del giudizio di primo grado, in relazione alla natura, quantità e qualità delle opere poste in essere in esecuzione del contratto di appalto intercorso tra le parti, con la correlata contraddittorietà delle valutazioni espresse in sede di indagini peritali, acriticamente assunte a fondamento della decisione, a fronte delle gravissime e plurime difformità delle opere eseguite rispetto a quelle oggetto della progettazione allegata alla D. I. A. ed al progetto presentato ai competenti uffici del Genio civile; 4) l'omessa e comunque insufficiente istruttoria in relazione alle prospettazioni delle parti e alle istanze istruttorie della convenuta, intese a provare, a mezzo di eventuali ammissioni in sede di interrogatorio formale e delle deposizioni testimoniali, gli accordi intercorsi sulle lavorazioni oggetto dell'appalto e sui relativi prezzi; 5) l'erronea valutazione delle risultanze istruttorie, con riferimento all'ammontare degli acconti versati dalla committente in favore dell'impresa appaltatrice, in esecuzione del contratto di appalto; 6) l'omessa valutazione della gravità dell'inadempimento della SA.-CO. alle obbligazioni scaturenti dal contratto di appalto e l'omessa condanna della società appaltatrice al risarcimento dei danni; 7) l'omessa valutazione della gravità dell'inadempimento di B.B. a fronte delle obbligazioni assunte, in qualità di direttore dei lavori appaltati alla SA.CO.

Si costituiva nel giudizio d'impugnazione la SA.CO. Srl, la quale resisteva all'appello e ne chiedeva il rigetto, ritenendo che del tutto correttamente fosse stata applicata la prescrizione biennale di cui all'art. 1667 c.c., con l'adeguata interpretazione delle risultanze istruttorie in ordine alla determinazione dell'importo delle lavorazioni eseguite e degli acconti versati.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Si costituiva altresì nel giudizio d'appello B.B., il quale chiedeva che il gravame fosse disatteso, ribadendo le eccezioni di carenza di legittimazione sostanziale passiva – stante la sua affermata, totale estraneità all'intera vicenda e per non avere egli svolto l'incarico di direttore dei lavori – e, comunque, di intervenuta prescrizione dell'azione nei confronti dell'appaltatore, che si sarebbe estesa anche verso il terzo chiamato.

Decidendo sul gravame interposto, la Corte d'appello di Roma, con la sentenza di cui in epigrafe, accoglieva, per quanto di ragione, l'appello e, per l'effetto, in parziale riforma della sentenza impugnata, condannava A.A. al pagamento, in favore della SA.CO. Srl, della somma di Euro 12.400,00, in luogo della maggiore somma liquidata per sorte capitale dal Tribunale, confermando, nel resto, le altre statuizioni adottate e compensando, per metà, le spese del doppio grado di giudizio tra la A.A. e la SA.CO., con l'addebito della residua metà nei confronti della prima.

A sostegno dell'adottata pronuncia la Corte territoriale rilevava, per quanto interessa in questa sede: a) che l'appellante aveva espressamente prestato acquiescenza in ordine alla pronuncia di rigetto della domanda di risoluzione del contratto di appalto, sicché – una volta divenuta definitiva tale ultima pronuncia – era inammissibile la domanda di restituzione svolta da parte appellante con riferimento alle somme già versate in favore della SA.CO., posto che l'obbligo di restituzione trovava origine proprio nella risoluzione del contratto stesso; b) che il recesso azionato, in mancanza di adeguate allegazioni a sostegno, risultava di per sé "idoneo" (*recte* inidoneo) a sostenere la detta azione restitutoria; c) che l'accertamento dell'inadempimento imputabile all'assuntore doveva essere ricondotto all'eccezione *ex* art. 1460 c.c., così riqualificando la contestazione che l'appaltante aveva svolto avverso la richiesta di adempimento di SA.CO., sicché le domande risarcitorie della committente dovevano essere interpretate come rivolte a paralizzare la pretesa di pagamento dell'indennità avanzata dall'appaltatore *ex* art. 1667, ultimo comma, c.c.; d) che, d'altro canto, la comune responsabilità dell'appaltatore ai sensi degli artt. 1453 e 1455 c.c. non era esclusa dalle speciali disposizioni contenute negli artt. 1667 e 1668 c.c., poiché l'applicazione dei principi generali in materia di inadempimento contrattuale restava ferma nei casi in cui l'opera non fosse stata eseguita o non fosse stata completata o fosse stata realizzata in ritardo o non fosse stata consegnata, con la conseguenza che, in ordine al diritto risarcitorio fondato sulla generale responsabilità dell'appaltatore per inadempimento, il termine di prescrizione non era quello biennale di cui all'art. 1667 c.c.; e) che la denuncia dei vizi era stata tempestivamente effettuata ai sensi dell'art. 1667, ultimo comma, c.c.; f) che i rilievi circa la non applicabilità dei termini decadenziali *ex* art. 1667 c.c., nel caso di specie, in ragione della mancata ultimazione dell'opera, erano inconferenti, in quanto riferiti all'esercizio della garanzia *ex* art. 1668 c.c., estranea al *devolutum*; g) che le detrazioni spettanti in ragione dell'imperizia di cui si era resa responsabile la ditta appaltatrice ammontavano ad Euro 7.030,00, secondo le risultanze peritali, sicché il conseguente credito vantato dall'artefice dell'opera era pari ad Euro 12.460,00, oltre IVA; h) che la maggior somma pretesa dalla committente di Euro 77.554,96 muoveva dal presupposto che l'unica soluzione praticabile per eliminare le difformità rilevate consistesse nella demolizione di quanto realizzato, il che avrebbe richiesto l'esperimento di nuovi accertamenti tecnici, reputati superflui a fronte delle risultanze dell'A. T. P. e dell'elaborato peritale – con relativa integrazione –, disposto nel corso del giudizio di primo grado; i) che, benché il comprovato ruolo di direttore dei lavori dell'B.B. postulasse che questi fosse tenuto a vigilare sull'esecuzione delle opere, la garanzia invocata a titolo contrattuale verso il direttore dei lavori era inammissibile e comunque infondata, posto che la committente "era tenuta a versare un compenso alla ditta appaltatrice quantificato tenendo già conto dei danni dalla stessa subiti"; l) che, in ordine al rapporto processuale tra la committente e l'appaltatrice, le spese del doppio grado di giudizio dovevano essere compensate, alla stregua della parziale soccombenza reciproca, mentre la residua metà doveva essere posta a carico della A.A.

Avverso la sentenza d'appello ha proposto Ricorso per Cassazione, affidato a dodici motivi, A.A.

Hanno resistito con separati controricorsi la SA.CO. – Costruzioni Edili Stradali e per l'Ambiente Srl e B.B.

Il Pubblico Ministero ha formulato le sue conclusioni mediante memoria tempestivamente depositata, come trascritte in epigrafe.

La ricorrente ha presentato memoria illustrativa.

I motivi. 1. – Con il primo motivo la ricorrente denuncia, ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 4, c.p.c., la nullità della sentenza per mancanza dei requisiti di cui all'art. 132, secondo comma, n. 4, c.p.c., con motivazione apparente, in quanto caratterizzata, nell'enunciazione delle ragioni dell'asserita inammissibilità ed infondatezza delle domande restitutorie e risarcitorie proposte dalla A.A. nei confronti della SA.CO., da un contrasto irriducibile tra affermazioni inconciliabili.

In proposito, l'istante obietta che la Corte di merito, nell'esaminare le domande restitutorie e risarcitorie proposte, avrebbe desunto l'inammissibilità della domanda restitutoria in ragione dell'intervenuta acquiescenza prestata alla pronuncia di rigetto, in primo grado, della domanda di risoluzione dell'appalto ed avrebbe poi contraddittoriamente qualificato la domanda risarcitoria come eccezione volta a paralizzare la pretesa di pagamento del corrispettivo in favore dell'appaltatore, con riferimento alla disciplina della garanzia per le difformità e i vizi, nonostante avesse rilevato che la domanda volta a far valere l'inadempimento contrattuale, nel caso di mancata ultimazione dell'opera appaltata, non soggiacesse a tale disciplina, neanche con riferimento alla previsione dei termini di prescrizione, in quanto l'opera non era completata all'epoca del recesso esercitato.

Aggiunge la ricorrente che le azioni restitutorie e risarcitorie per inadempimento contrattuale non sarebbero affatto correlate ai soli eventi risolutivi di cui agli artt. 1453 e ss. c.c. e che, per effetto dell'intervenuta cessazione del contratto prima del completamento dell'opera, a seguito del recesso esercitato *ex* art. 1671 c.c., la normativa applicabile alle azioni restitutorie e risarcitorie avrebbe dovuto essere quella generale in materia di inadempimento contrattuale, con l'applicazione del regime prescrizionale ordinario *ex* art. 2946 c.c., sicché sarebbe rimasta integra la facoltà dell'appaltante di chiedere la restituzione degli importi versati indebitamente e il risarcimento dei danni patiti in conseguen-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

za di eventuali inadempimenti dell'appaltatore, indipendentemente dalla richiesta di risoluzione del contratto.

2. – Con il secondo motivo la ricorrente lamenta, ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 4, c.p.c., la nullità della sentenza per omessa pronuncia sul primo e sul sesto motivo d'appello proposti dalla A.A., incentrati sull'eccezione di inapplicabilità, nel caso di specie, alle domande restitutorie e risarcitorie da essa proposte in via riconvenzionale nei confronti della SA.CO., della normativa speciale di cui all'art. 1667 c.c., in considerazione della mancata ultimazione delle opere appaltate, e – in ogni caso –, ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 5, c.p.c., l'omesso esame circa il fatto decisivo per il giudizio, oggetto di discussione tra le parti, costituito dalla mancata ultimazione delle opere appaltate al momento della cessazione del contratto avvenuta in conseguenza e per effetto del recesso unilaterale esercitato dalla committente ai sensi dell'art. 1671 c.c., con la conseguente inapplicabilità, al caso di specie, della normativa speciale di cui all'art. 1667 c.c., prevista nella sola ipotesi di totale compimento dell'opera.

Sostiene l'istante che non sarebbe stata tenuta in alcuna considerazione la richiesta di cui ai motivi di gravame articolati, in cui inequivocabilmente si sarebbe invocato un corretto inquadramento delle domande nell'ambito della normativa generale in tema di inadempimento contrattuale e del correlativo regime prescrizionale ordinario decennale, sicché sarebbe stato del tutto trascurato il mancato completamento delle opere al momento della cessazione del contratto di appalto, in ragione e per effetto del recesso unilaterale esercitato dalla committente.

3. – Con il terzo motivo la ricorrente contesta, ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 4, c.p.c., la nullità della sentenza per vizio di ultrapetizione, extrapetizione e/o infrapetizione, per avere la Corte territoriale ritenuto inammissibili le domande restitutorie e risarcitorie proposte dalla A.A., in conseguenza e per effetto dell'intervenuta acquiescenza alla pronuncia di rigetto della domanda volta ad ottenere la pronuncia di risoluzione del contratto di appalto, e – in ogni caso –, ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 5, c.p.c., l'omesso esame circa il fatto decisivo per il giudizio, oggetto di discussione tra le parti, costituito dalla mancata ultimazione delle opere appaltate al momento della cessazione del contratto intervenuta per effetto del recesso unilaterale esercitato dalla committente, ai sensi dell'art. 1671 c.c., con la conseguente violazione dell'art. 112 c.p.c., in relazione alla qualificazione delle domande restitutorie e risarcitorie proposte dalla A.A. nei confronti della SA.CO.

L'istante assume che la pronuncia sarebbe palesemente viziata, avendo il giudice del gravame pronunciato su domande diverse rispetto a quelle inequivocabilmente svolte ed identificate alla luce delle indicazioni desumibili dagli atti e delle espressioni utilizzate in corso di causa, con la conseguenza che la mancata considerazione della non ultimazione delle opere appaltate, al momento della cessazione del contratto, giammai avrebbe potuto essere sussunta nell'ambito di operatività dell'art. 1667, ultimo comma, c.c., norma applicabile nella sola ipotesi di avvenuto completamento dell'opera.

4. – Con il quarto motivo la ricorrente prospetta, ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 3, c.p.c., la falsa applicazione, in relazione alle domande restitutorie e risarcitorie proposte in via riconvenzionale dalla A.A. nei confronti della SA.CO., delle disposizioni di cui all'art. 1667 c.c. in una fattispecie in cui sarebbe difettato il necessario presupposto del compimento dell'opera appaltata.

Opina l'istante che, nel caso di mancato completamento dell'opera, sarebbe stata preclusa l'applicabilità della disciplina speciale sulla garanzia per le difformità e i vizi.

5. – I primi quattro motivi – che possono essere scrutinati congiuntamente, in quanto avvinti da evidenti ragioni di connessione logica e giuridica – sono fondati nei termini che seguono.

5.1. – Ed invero, non resistono alle censure sollevate dalla ricorrente i seguenti asserti di cui alla pronuncia impugnata: 1) *in primis*, il fatto che, a fronte del rigetto della domanda di risoluzione per inadempimento – una volta accertato lo scioglimento del contratto per effetto dell'esercizio del diritto potestativo di recesso unilaterale della committente *ex* art. 1671 c.c. –, le domande di restituzione e di risarcimento danni non avrebbero potuto trovare una loro autonoma legittimazione, mentre, invece, tali domande (e, in specie, la prima) ben avrebbero potuto essere esaminate nel merito, quale corollario dell'accertato scioglimento del contratto conseguente allo *ius poenitendi* esercitato, sicché il recesso azionato ben avrebbe potuto supportare le azioni di restituzione e di reintegrazione del patrimonio in tesi leso; 2) in secondo luogo, l'affermazione a mente della quale la domanda risarcitoria sarebbe stata sottoposta alla disciplina di cui alla garanzia speciale per le difformità e i vizi dell'opera e ai conseguenti termini decadenziali e prescrizionali previsti dall'art. 1667 c.c., anziché all'ordinario termine prescrizionale *ex* art. 2946 c.c., posto che, a fronte della mancata ultimazione dell'opera, l'inadempimento contestato è attratto alla regolamentazione ordinaria e non a quella speciale.

Peraltro, la pronuncia, dopo aver sostenuto che il diritto risarcitorio fondato sulla generale responsabilità dell'appaltatore per inadempimento, nel caso di mancato completamento dell'opera, non si sarebbe prescritto nel termine biennale stabilito dall'art. 1667 c.c., ha poi contraddittoriamente e incomprensibilmente ritenuto che la pretesa riparatoria si sarebbe giustificata solo alla stregua della previsione speciale sulla garanzia per i vizi, quale eccezione tesa a paralizzare la pretesa dell'assuntore di pagamento del compenso indennitario correlato al recesso. Cosicché ha proceduto, d'ufficio, a convertire la domanda riconvenzionale spiegata in mera eccezione, in spregio alle richieste della committente.

5.2. – Ora, per un verso, quanto al rapporto tra recesso e risoluzione per inadempimento, il committente non può invocare la risoluzione giudiziale del contratto dopo l'esercizio del diritto di recesso, che importa lo scioglimento, con effetti *ex nunc*, dell'appalto. Segnatamente il diritto potestativo riconosciuto al committente di risolvere unilateralmente l'appalto può essere esercitato *ad nutum* in qualunque momento posteriore alla conclusione del contratto (purché prima dell'ultimazione dell'opera) e può essere giustificato anche dalla sfiducia verso l'appaltatore per fatti di inadempimento. Ne consegue che, in caso di recesso, il contratto si scioglie per l'iniziativa unilaterale dell'appaltante, senza necessità di indagini sull'importanza e sulla gravità dell'inadempimento (Cass. Sez. 2, Sentenza n. 5368 del 07/03/2018; Sez. 2, Sentenza n. 11028 del 26/07/2002; Sez. 2, Sentenza n. 6814 del 13/07/1998), le quali sono rilevanti

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

soltanto quando il committente abbia preteso anche il risarcimento del danno dall'appaltatore per l'inadempimento in cui questi fosse già incorso al momento del recesso.

Pertanto, al committente che manifesta la sua volontà di recedere è preclusa la proposizione della domanda di risoluzione per inadempimento dell'appaltatore, ivi compreso l'inadempimento riconducibile a difetti della parte di opera già ultimata, poiché il rapporto è ormai venuto meno per altro titolo, ossia a seguito del recesso (Cass. Sez. 2, Sentenza n. 5237 del 29/07/1983; contra Sez. 1, Sentenza n. 1795 del 12 luglio 1943).

Simmetricamente, il committente che chiede la risoluzione non può poi invocare il recesso, avendo, con la domanda di risoluzione, innescato un procedimento di valutazione comparativa dei comportamenti delle parti non più arrestabile ad libitum mediante il recesso (Cass. Sez. 2, Sentenza n. 7649 del 05/09/1994). Nell'appalto, infatti, la domanda di risoluzione giudiziale del contratto per inadempimento è diretta ad ottenere una pronuncia di carattere costitutivo, idonea a far retroagire la cessazione degli effetti al momento della stipulazione del contratto e fondata sulla commissione di un "illecito" negoziale. È principio consolidato, in proposito, che – fatte salve le ipotesi in cui le prestazioni in esso dedotte attengano a servizi o manutenzioni periodiche – l'appalto non può considerarsi un contratto ad esecuzione continuata o periodica, non sottraendosi pertanto alla regola generale, dettata dall'art. 1458 c.c., della piena retroattività degli effetti della risoluzione (Cass. Sez. 1, Ordinanza n. 22065 del 12/07/2022; Sez. 2, Ordinanza n. 4225 del 09/02/2022; Sez. 2, Sentenza n. 15705 del 21/06/2013; Sez. 2, Sentenza n. 8247 del 06/04/2009). Si tratta, dunque, non già di un contratto di durata in senso tecnico ma a mera esecuzione prolungata (Cass. Sez. 2, Ordinanza n. 21230 del 19/07/2023; Sez. 2, Ordinanza n. 35403 del 01/12/2022; Sez. 2, Ordinanza n. 24314 del 05/08/2022). Per converso, il recesso rappresenta l'esercizio di una facoltà consentita dalla legge, che determina lo scioglimento del negozio solo dal momento di esternazione di detta facoltà. Con il corollario che l'accoglimento della risoluzione inibisce l'esame delle altre cause di scioglimento del medesimo rapporto contrattuale.

Ne consegue, ulteriormente, che tra dette domande non vi è rapporto di continenza, sicché possono essere proposte nello stesso giudizio in via subordinata, dovendo il giudice, in caso di rigetto della domanda di risoluzione, esaminare se sia fondata quella con cui si invoca la declaratoria di accertamento del legittimo esercizio del diritto di recesso (Cass. Sez. 2, Sentenza n. 7878 del 06/04/2011; Sez. 3, Sentenza n. 13079 del 14/07/2004).

5.3. – Nondimeno, per altro verso, benché l'esercizio del recesso impedisca al committente di invocare, in seconda battuta, la risoluzione per inadempimento dell'appalto, la circostanza che l'appaltante si sia avvalso dello *ius poenitendi* non impedisce di esercitare, in favore dello stesso appaltante, il diritto alla restituzione degli acconti versati e al risarcimento dei danni che sono derivati dall'inadempimento dell'assuntore.

La formulazione di un'istanza di restituzione dell'acconto versato e la riserva di chiedere spese e danni non sono, infatti, incompatibili con la domanda di recesso (Cass. Sez. 2, Sentenza n. 6972 del 27/03/2006; Sez. 2, Sentenza n. 11642 del 29/07/2003; Sez. 2, Sentenza n. 77 del 08/01/2003; Sez. 2, Sentenza n. 2236 del 30/03/1985; Sez. 2, Sentenza n. 2055 del 28/03/1980). Piuttosto, dei danni subiti dall'appaltante per pregresse inadempienze dell'appaltatore si può tenere conto in sede di liquidazione dell'indennizzo spettante all'assuntore, all'esito del recesso esercitato dall'appaltante. In specie, il committente può fare valere tali danni allo scopo di ottenere una proporzionale riduzione dell'indennizzo da questi dovuto, anche se li conosceva al momento del recesso.

Aderendo a tale impostazione, questa Corte ha sostenuto che l'esercizio del diritto di recesso riservato al committente non priva il recedente del diritto di richiedere il risarcimento per l'inadempimento in cui l'appaltatore sia già incorso al momento del recesso, anche ove esso sia imputabile a difformità o vizi dell'opera (Cass. Sez. 3, Sentenza n. 1491 del 18/04/1975; Sez. 1, Sentenza n. 1279 del 07/05/1974; Sez. 3, Sentenza n. 3666 del 16/12/1971; Sez. 1, Sentenza n. 1766 del 10/06/1959).

Sicché il rigetto definitivo della domanda di risoluzione – come accaduto nel caso di specie, in difetto di alcuna contestazione, in sede di gravame, della sentenza del Tribunale che aveva disatteso detta impugnativa –, all'esito dell'accertamento dell'intervenuto scioglimento dell'appalto in conseguenza dell'esercizio del diritto potestativo di recesso *ex* art. 1671 c.c., non vietava affatto al committente di far valere le correlate domande restitutorie e risarcitorie, in ragione del contestato inadempimento dell'appaltatore.

E, in aggiunta, la proponibilità della domanda di risarcimento danni da parte del committente, in caso di inadempimento dell'appaltatore in corso d'opera, non è ostacolata dal mancato esperimento dello speciale rimedio previsto dall'art. 1662, secondo comma, c.c., in ordine alle obbligazioni dell'appaltatore in corso di attuazione. Tale norma, infatti, prevede non già un onere, ma una facoltà, il cui esercizio è esclusivamente finalizzato a provocare l'automatica risoluzione del rapporto conseguente all'inutile decorso del termine fissato con la diffida a regolarizzare le opere già eseguite (Cass. Sez. 2, Sentenza n. 9064 del 27/08/1993; Sez. 2, Sentenza n. 109 del 09/01/1979; Sez. 2, Sentenza n. 5726 del 05/12/1978). Ne discende che il mancato esercizio di tale facoltà non impedisce, una volta operato il recesso, la proposizione della domanda risarcitoria per l'inadempimento già verificatosi (Cass. Sez. 2, Sentenza n. 11642 del 29/07/2003).

5.4. – Orbene, e in secondo luogo, tali domande restitutorie e risarcitorie – contrariamente all'assunto della pronuncia impugnata – non sottostanno alla disciplina speciale sulla garanzia per i vizi e al conseguente regime decadenziale e prescrizionale *ex* art. 1667 c.c.

Infatti, la responsabilità speciale per difformità o vizi, come disciplinata dal legislatore, non è invocabile – ed è invocabile piuttosto la generale responsabilità per inadempimento contrattuale *ex* art. 1453 c.c. – nel caso di mancata ultimazione dei lavori, anche se l'opera, per la parte eseguita, risulti difforme o viziata, o di rifiuto della consegna o di ritardo nella consegna rispetto al termine pattuito.

In base a tale ricostruzione, nel caso in cui l'appaltatore non abbia portato a termine l'esecuzione dell'opera commissionata, restando inadempiente all'obbligazione assunta con il contratto, la disciplina applicabile nei suoi confronti è quella generale in materia di inadempimento contrattuale, mentre la speciale garanzia prevista dagli artt. 1667 e 1668

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

c.c. trova applicazione nella diversa ipotesi in cui l'opera sia stata portata a termine, ma presenti dei difetti (Cass. Sez. 2, Ordinanza n. 7041 del 09/03/2023; Sez. 2, Sentenza n. 35520 del 02/12/2022; Sez. 1, Ordinanza n. 4511 del 14/02/2019; Sez. 3, Ordinanza n. 9198 del 13/04/2018; Sez. 2, Sentenza n. 1186 del 22/01/2015; Sez. 2, Sentenza n. 13983 del 24/06/2011; Sez. 3, Sentenza n. 8103 del 06/04/2006; Sez. 2, Sentenza n. 3302 del 15/02/2006; Sez. 2, Sentenza n. 9849 del 19/06/2003; Sez. 2, Sentenza n. 9863 del 27/07/2000; Sez. 3, Sentenza n. 14239 del 17/12/1999; Sez. 2, Sentenza n. 446 del 19/01/1999; Sez. 2, Sentenza n. 10255 del 16/10/1998; Sez. 2, Sentenza n. 7364 del 09/08/1996; Sez. 2, Sentenza n. 10772 del 16/10/1995; Sez. 2, Sentenza n. 11950 del 15/12/1990; Sez. 2, Sentenza n. 49 del 11/01/1988; Sez. 2, Sentenza n. 2573 del 12/04/1983).

Da ciò deriva che, anche ove il rapporto si sia sciolto sulla scorta dello *ius poenitendi* attuato dal committente, la pretesa di quest'ultimo di ottenere la riparazione dei danni conseguenti a fatti di inadempimento addebitati all'assuntore e accaduti in corso d'opera, prima che fosse fatto valere il recesso, ricade nella cornice normativa generale di cui all'art. 1453 c.c., sicché non trova applicazione la disciplina speciale sulla garanzia per le difformità e i vizi, anche con riferimento ai termini di decadenza e prescrizione.

Ed invero, ontologicamente l'integrativa garanzia speciale per le difformità e i vizi della "opera" appaltata postula la definitività della distonia rispetto alle prescrizioni pattuite o alle regole tecniche cui essa avrebbe dovuto conformarsi, ossia la realizzazione e consegna dell'opera commissionata, mentre, a fronte di "difformità" o "vizi" rilevati in corso d'opera, quali mere lacune in procedendo – ossia non ancora definitive e, quindi, astrattamente sanabili nell'ipotetico prosieguo dell'esecuzione –, il committente può avvalersi delle facoltà di cui all'art. 1662, secondo comma, c.c. e, ove si cristallizzi la definitiva interruzione dell'appalto, indipendentemente dall'imputazione al committente o all'assuntore di detta interruzione, può essere invocata la tutela riparatoria secondo il regime ordinario (Sez. 2, Sentenza n. 6931 del 22/03/2007; Sez. 2, Sentenza n. 3239 del 27/03/1998).

Tanto perché, ove l'appaltatore non proceda secondo le prescrizioni contrattuali e le regole dell'arte, a fronte di un'opera ancora in itinere e di lavori ancora in progress, non può essere effettuata, in quel momento storico, alcuna prognosi sul completamento e sulla perfetta realizzazione alla scadenza contrattuale, salvo che, a causa dell'inadempimento dell'appaltatore, il compimento dell'appalto venga ritenuto irrimediabilmente compromesso e, dunque, siano integrati irregolarità o inconvenienti in corso d'opera ai quali l'artefice non possa più rimediare, attesa la loro irreparabilità e definitività, potendo, in tal caso, invocarsi, non già il regime della garanzia speciale per le difformità e i vizi, ma il regime ordinario della risoluzione per inadempimento (Cass. Sez. 2, Sentenza n. 5828 del 14/06/1990; Sez. 2, Sentenza n. 3465 del 18/05/1988; Sez. 2, Sentenza n. 2236 del 30/03/1985; Sez. 3, Sentenza n. 936 del 02/04/1974; Sez. 1, Sentenza n. 275 del 05/02/1971).

Quindi, venuto meno il rapporto fiduciario tra le parti dell'appalto, per effetto dell'esercizio del diritto potestativo di recesso dell'appaltante, nessuna equiparazione può essere disposta tra completamento dell'opera e definitiva interruzione dei lavori, cui non si applica la disciplina speciale sulla garanzia per i vizi in ordine agli inadempimenti contestati dal committente per fatti verificatisi prima dell'attuazione dello *ius poenitendi*.

Per effetto dei principi esposti, il giudice del rinvio dovrà rivalutare l'ammissibilità e la rilevanza delle domande di ripetizione e di riparazione, indipendentemente dal rigetto della pretesa di risoluzione e fuori dal contesto della garanzia speciale per le difformità e i vizi dell'opera appaltata, alla stregua delle direttrici in precedenza emarginate.

(*Omissis*)

9. – I motivi dal quinto al settimo sono assorbiti dall'accoglimento dei primi quattro motivi, in quanto da essi dipendenti.

Precisamente, la necessità di rivalutazione delle domande restitutorie e risarcitorie, alla luce delle direttrici indicate, richiede un rinnovato esame delle risultanze probatorie di cui, con le richiamate doglianze, si contesta il debito riscontro.

10. – Con l'ottavo motivo la ricorrente si duole, ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 4, c.p.c., della nullità della sentenza per mancanza dei requisiti di cui all'art. 132, secondo comma, n. 4, c.p.c., con motivazione apparente, in quanto caratterizzata, nell'enunciazione delle ragioni dell'asserita insussistenza dei presupposti per un coinvolgimento dell'ingegner B.B., in relazione alle domande restitutorie e risarcitorie proposte nei confronti del direttore dei lavori, da un contrasto irriducibile tra affermazioni inconciliabili.

Sul punto la ricorrente evidenzia che i rapporti tra i soggetti coinvolti nella vicenda in esame sarebbero del tutto distinti e autonomamente regolamentati: da una parte, attraverso il contratto di appalto, atto a disciplinare i rapporti tra committente e appaltatore; dall'altra, mediante il contratto di prestazione d'opera intellettuale, atto a regolamentare i rapporti tra il conferente dell'incarico di direzione dei lavori e il direttore dei lavori nominato, deputato a prestare la propria attività professionale vigilando sulla loro esecuzione; sicché, sulla base di tali presupposti, avrebbe dovuto essere separatamente ponderata la corresponsabilità del direttore dei lavori.

Tra l'altro, la motivazione impugnata sarebbe affetta da una incoerenza irriducibile, nella parte in cui, dopo aver riconosciuto l'omessa vigilanza del direttore dei lavori, la Corte territoriale avrebbe escluso l'integrazione dei presupposti per il coinvolgimento del direttore dei lavori nella responsabilità in ordine alle domande restitutorie e risarcitorie spiegate.

11. – Il nono motivo investe, ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 5, c.p.c., l'omesso esame circa il fatto decisivo per il giudizio, oggetto di discussione tra le parti, costituito dall'accertamento dall'errato inadempimento dell'ingegner B.B. alle obbligazioni incombenti sul medesimo, in qualità di direttore dei lavori, e della relativa responsabilità a mente degli artt. 2230 e ss. c.c.

Al riguardo, l'istante osserva che la responsabilità del direttore dei lavori, benché ritenuta sussistente per effetto dell'accertata violazione delle norme in materia di responsabilità professionale, sarebbe rimasta priva di considerazione, con accertamento limitato al piano meramente astratto, perché considerata come indissolubilmente collegata alle sorti delle domande proposte nei confronti della ditta appaltatrice.

12. – Il decimo motivo concerne, ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 3, c.p.c., la falsa applicazione, in relazione alle domande restitutorie e risarcitorie proposte dalla A.A.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

nei confronti dell'B.B., delle disposizioni di cui agli artt. 1176 e ss. c.c., in correlazione alla normativa di cui agli artt. 2230 e ss. c.c., in materia di responsabilità del prestatore d'opera intellettuale.

13. – L'ottava, nona e decima censura – che possono essere affrontate congiuntamente, in quanto connesse logicamente e giuridicamente – sono fondate nei termini che seguono.

La pronuncia impugnata ha rilevato che, benché il comprovato ruolo di direttore dei lavori dell'B.B. postulasse che questi fosse tenuto a vigilare sull'esecuzione delle opere, la garanzia invocata a titolo contrattuale verso il direttore dei lavori sarebbe stata inammissibile e comunque infondata, posto che la committente "era tenuta a versare un compenso alla ditta appaltatrice quantificato tenendo già conto dei danni dalla stessa subiti".

In questa prospettiva, del tutto apodittica, è stata omessa ogni verifica sulla portata in concreto dell'inadempimento addebitato al prestatore d'opera intellettuale, con la conseguente mancata applicazione dell'art. 1176 c.c. quanto alla valutazione della sua corresponsabilità professionale ai sensi degli artt. 2230 e ss. c.c.

Precisamente i compiti del direttore dei lavori sono essenzialmente attinenti al controllo sull'attuazione dell'appalto, che l'appaltante ritiene di non poter svolgere di persona, sicché il direttore dei lavori ha il dovere, attesa la connotazione prettamente tecnica della sua obbligazione, di vigilare affinché l'opera sia eseguita in maniera conforme al regolamento contrattuale, al progetto, al capitolato e alle regole della buona tecnica durante tutto il corso delle opere medesime, e non già solo nel periodo successivo all'ultimazione dei lavori (Cass. Sez. 3, Ordinanza n. 14456 del 24/05/2023; Sez. 2, Ordinanza n. 7336 del 14/03/2019; Sez. 2, Sentenza n. 18285 del 19/09/2016; Sez. 2, Sentenza n. 8700 del 03/05/2016; Sez. 3, Sentenza n. 20557 del 30/09/2014).

E, con riferimento alla responsabilità conseguente a difformità o vizi dell'opera appaltata, il direttore dei lavori, per conto del committente, presta un'opera professionale in esecuzione di un'obbligazione di mezzi e non di risultati. Tuttavia, essendo chiamato a svolgere la propria attività in situazioni involgenti l'impiego di peculiari competenze tecniche, deve utilizzare le proprie risorse intellettive ed operative per assicurare, relativamente all'opera in corso di realizzazione, il risultato che il committente – preponente si aspetta di conseguire, onde il suo comportamento deve essere valutato non con riferimento al normale concetto di diligenza, ma alla stregua della *diligentia quam in concreto*.

Rientrano, pertanto, nelle obbligazioni del direttore dei lavori l'accertamento della conformità sia della progressiva realizzazione dell'opera al progetto, sia delle modalità dell'esecuzione di essa al capitolato e/o alle regole della tecnica, nonché l'adozione di tutti i necessari accorgimenti tecnici volti a garantire la realizzazione dell'opera senza difetti costruttivi. In siffatta dimensione, non si sottrae a responsabilità il professionista che ometta di vigilare e di impartire le opportune disposizioni al riguardo, nonché di controllarne l'ottemperanza da parte dell'appaltatore e di riferirne al committente; in particolare, l'attività del direttore dei lavori per conto del committente si concreta nell'alta sorveglianza delle opere, che, pur non richiedendo la presenza continua e giornaliera sul cantiere né il compimento di operazioni di natura elementare, comporta il controllo della realizzazione dell'opera nelle sue varie fasi e, dunque, l'obbligo del professionista di verificare, attraverso periodiche visite e contatti diretti con gli organi tecnici dell'impresa, da attuarsi in relazione a ciascuna di tali fasi, se sono state osservate le regole dell'arte e la corrispondenza dei materiali impiegati (Cass. Sez. 6-2, Ordinanza n. 15718 del 04/06/2021; Sez. 2, Ordinanza n. 2913 del 07/02/2020; Sez. 2, Sentenza n. 10728 del 24/04/2008).

13.1. – All'esito del riconoscimento della responsabilità del direttore dei lavori per mancata vigilanza sull'esecuzione delle opere, avrebbe dovuto essere accertata la sua incidenza in termini eziologici sulla causazione del danno finale.

Infatti, in tema di contratto di appalto, il vincolo di responsabilità solidale fra l'appaltatore e il direttore dei lavori, i cui rispettivi inadempimenti abbiano concorso in modo efficiente a produrre il danno risentito dal committente, trova fondamento nel principio di cui all'art. 2055 c.c., il quale, anche se dettato in tema di responsabilità extracontrattuale, si estende all'ipotesi in cui taluno degli autori del danno debba rispondere a titolo di responsabilità contrattuale (Cass. Sez. 2, Sentenza n. 18289 del 03/09/2020; Sez. 2, Ordinanza n. 29218 del 06/12/2017; Sez. 2, Sentenza n. 3651 del 24/02/2016; Sez. 2, Sentenza n. 14650 del 27/08/2012; Sez. 2, Sentenza n. 20294 del 14/10/2004; Sez. 2, Sentenza n. 972 del 28/01/2000).

E ciò indipendentemente dalla compensazione del credito dell'appaltatore, a titolo di indennità spettante quale conseguenza del recesso, con il credito vantato dall'appaltante a titolo restitutorio e risarcitorio.

(*Omissis*)

16. – L'undicesimo e il dodicesimo motivo sulla regolamentazione delle spese di lite sono assorbiti dall'accoglimento dei precedenti motivi indicati, a fronte della caducazione dei capi sulla regolamentazione delle spese in forza della cassazione della pronuncia impugnata *ex* art. 336, primo comma, c.p.c.

17. – In definitiva, devono trovare accoglimento, nei sensi di cui in motivazione, il primo, secondo, terzo, quarto, ottavo, nono e decimo motivo del ricorso, con assorbimento dei restanti motivi.

La sentenza impugnata va, dunque, cassata, limitatamente ai motivi accolti, con rinvio della causa alla Corte d'appello di Roma, in diversa composizione, che deciderà uniformandosi ai seguenti principi di diritto e tenendo conto dei rilievi svolti, provvedendo anche alla pronuncia sulle spese del giudizio di cassazione:

"In tema di appalto, qualora il committente eserciti il diritto unilaterale di recesso *ex* art. 1671 c.c., non è preclusa la sua facoltà di invocare la restituzione degli acconti versati e il risarcimento dei danni subiti per condotte di inadempimento verificatesi in corso d'opera e addebitabili all'appaltatore e, in tale evenienza, la contestazione di difformità e vizi, in ordine alla parte di opera eseguita, non ricade nella disciplina della garanzia per i vizi, che esige necessariamente il totale compimento dell'opera".

"All'esito dell'accertamento della responsabilità professionale del direttore dei lavori per omessa vigilanza sull'attuazione dei lavori appaltati, questi risponde, in solido, con l'appaltatore dei danni subiti dal committente, ove i rispettivi inadempimenti abbiano concorso in modo efficiente a produrre il danno risentito dall'appaltante".

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

P.Q.M.

La Corte Suprema di Cassazione

accoglie, nei sensi di cui in motivazione, il primo, secondo, terzo, quarto, ottavo, nono e decimo motivo del ricorso, dichiara assorbiti i rimanenti motivi, cassa la sentenza impugnata, in relazione ai motivi accolti, e rinvia la causa alla Corte d'appello di Roma, in diversa composizione, anche per la pronuncia sulle spese del giudizio di legittimità.

(*Omissis*)

Appalto tra rimedi generali e speciali nella prospettiva del recedente

di Emanuela Zito*

La sentenza della Cassazione n. 421 del 2024 si inserisce nel noto dibattito relativo alle interferenze tra la disciplina di parte generale e di parte speciale in materia di appalto. La Cassazione risolve la questione in termini di integrazione: ove non sussistano i presupposti per l'applicazione della speciale responsabilità dell'appaltatore per difformità e vizi dell'opera, si riespande la disciplina generale della responsabilità per inadempimento contrattuale. Il meccanismo di integrazione conduce ad esiti pressoché scontati qualora il committente recedente abbia proposto domanda di restituzione e risarcimento del danno per inadempimento dell'assuntore; infatti, la fattispecie concreta sarà sempre sottratta alla disciplina della garanzia per vizi, mancando il requisito dell'integrale completamento dell'opera. La decisione si interessa anche ai rapporti tra recesso *ex* art. 1671 cod. civ. e risoluzione *ex* art. 1453 cod. civ.; infine, al profilo della responsabilità solidale dell'appaltatore e del direttore dei lavori.

I. Il caso

Tizia, committente recedente di un contratto di appalto, ricorre avverso la sentenza di secondo grado che l'aveva condannata al pagamento dell'indennità *ex* art. 1671 cod. civ. a favore della società appaltatrice Alfa e, per converso, aveva rigettato le sue domande restitutorie e risarcitorie.

Nella sentenza in commento, la Cassazione torna ad occuparsi del recesso unilaterale di cui all'art. 1671 cod. civ. rilevando che il suo esercizio non preclude al committente di chiedere la restituzione degli acconti versati e il risarcimento dei danni subiti per inadempimento dell'appaltatore. In tale evenienza, inoltre, la disciplina applicabile è quella generale della responsabilità per inadempimento contrattuale e non la speciale disciplina della garanzia per vizi (e il relativo termine di prescrizione *ex* art. 1667 cod. civ.), che presuppone l'integrale completamento dell'opera appaltata.

Diversamente, la Corte d'Appello e, prima ancora, il Tribunale erano stati di contrario avviso: l'istanza restitutoria era stata rigettata poiché, secondo i giudici di merito, avrebbe potuto trovare fondamento solo in seguito all'accoglimento della domanda di risoluzione per inadempimento che, nel caso concreto, doveva escludersi in quanto il rapporto contrattuale si era sciolto per intervenuto recesso; la domanda risarcitoria, invece, era stata ritenuta prescritta secondo lo speciale regime dettato dall'art. 1667 cod. civ.

L'ultima censura della Suprema Corte è dedicata al profilo della responsabilità del direttore dei lavori, terzo chiamato, dal momento che – trincerandosi dietro una motivazione ritenuta del tutto apodittica – il giudice di secondo grado aveva escluso la responsabilità del prestatore d'opera, in solido con l'appaltatore, senza tuttavia verificare se gli inadempimenti a lui addebitabili avessero concorso in modo efficiente a produrre il danno patito dalla committente.

II. Le questioni

1. *Rapporto tra recesso e risoluzione per inadempimento nell'appalto.*

L'*iter* argomentativo della sentenza in esame prende le mosse dalla definizione del rapporto tra recesso e risoluzione per inadempimento in materia di appalto.

Rifacendosi ai propri precedenti, la Cassazione rileva che al committente recedente è preclusa la proposizione della domanda di risoluzione per inadempimento dell'appaltatore in quanto, in caso di recesso, il rapporto contrattuale si scioglie *ex nunc* (CASS. CIV., 29.7.1983, n. 5237, *infra*, sez. III; RUBINO-IUDICA, 498; MUSOLINO, *Il recesso ad nutum*, 400 s.; CALLEGARI, 175, *infra*, sez. IV); simmetricamente, il committente che agisce per ottenere la risoluzione non può successivamente domandare il recesso. Infatti, stando alla decisione, la domanda di risoluzione innesca un procedimento di valutazione comparativa delle condotte delle parti che non può essere arrestato mediante l'esercizio dello *ius poenitendi* (CASS. CIV., 5.9.1994, n. 7649, *infra*, sez. III).

Quel che giova notare è che l'assunto si lega ad alcuni caratteri peculiari che distinguono il recesso *ex*

* **Contributo pubblicato in base a *referee*.**

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

art. 1671 cod. civ. da altri istituti del pari estintivi del rapporto negoziale.

In primo luogo, come premesso, il recesso dell'appaltante ha effetto *ex nunc* e, dunque, determina lo scioglimento del negozio dal momento in cui il diritto potestativo viene esercitato, impedendo che si formino nuovi rapporti per il futuro e lasciando integri i rapporti pregressi (MUSOLINO, *Il recesso ad nutum*, 401; CALLEGARI, 175). Per converso, in tema di contratto di appalto, gli effetti della risoluzione si producono *ex tunc*: l'appalto non può considerarsi un contratto ad esecuzione continuata o periodica – fatte salve le ipotesi in cui le prestazioni dedotte attengano a servizi o opere periodiche – ma a mera esecuzione prolungata, dunque, un contratto di durata in senso "atecnico"; per tale motivo non si sottrae alla regola generale della piena retroattività degli effetti della risoluzione *ex* art. 1458 cod. civ. (CASS. CIV., 12.7.2022, n. 22065, *infra*, sez. III; RESCIGNO, 4, *infra*, sez. IV).

In secondo luogo, la singolarità del rimedio previsto dall'art. 1671 cod. civ. è che la norma concede – al solo committente – il diritto di recedere unilateralmente dal contratto in qualunque momento posteriore alla sua conclusione (purché prima dell'ultimazione dell'opera) e *ad libitum* cioè, ad insindacabile arbitrio del committente che non deve fornire alcuna giustificazione al riguardo (CASS. CIV., 13.10.2014, n. 21595; CASS. CIV., 29.7.2003, n. 11642; TRIB. ROMA, 19.7.2001 e 18.9.2001, *infra*, sez. III).

Dunque, per un verso, il recesso *ex* art. 1671 cod. civ. può essere esercitato anche qualora sia iniziata l'esecuzione dell'opera, contrariamente a quanto dispone la norma sul recesso "convenzionale" per i contratti ad esecuzione istantanea, art. 1373, comma 1º, cod. civ., (MUSOLINO, 404; RUBINO-IUDICA, 498); per altro verso, non è necessaria alcuna indagine sull'importanza e, anzi, sulla stessa sussistenza di un inadempimento dell'appaltatore come, invece, richiede la disciplina generale in materia di risoluzione per inadempimento contrattuale, art. 1455 cod. civ. L'inadempimento dell'appaltatore può assumere rilevanza solo là dove il committente pretenda da lui il risarcimento del danno causato dall'inadempimento medesimo (CASS. CIV., n. 21595/2014; CASS. CIV., n. 11642/2003).

L'analisi delle differenze intercorrenti tra la domanda di risoluzione giudiziale per inadempimento dell'appaltatore e la domanda con la quale il committente invoca la declaratoria di accertamento del recesso permette alla Corte di evidenziare che, tra le due domande, non c'è un rapporto di continenza, sicché possono essere proposte nello stesso giudizio in via subordinata, con la precisazione che l'accoglimento della risoluzione inibisce l'esame delle altre cause di scioglimento del medesimo rapporto contrattuale tra le quali, per l'appunto, il recesso.

Tuttavia, sebbene il committente recedente non possa invocare la risoluzione, ciò non gli preclude di richiedere il risarcimento dei danni per l'inadempimento dell'assuntore antecedente all'esercizio del diritto di recesso, nonché la restituzione degli acconti versati.

Inoltre, l'eventuale condanna dell'assuntore al risarcimento del danno potrebbe ridurre o vanificare l'obbligo del committente recedente di indennizzare l'appaltatore delle spese sostenute, dei lavori eseguiti e del mancato guadagno *ex* art. 1671 cod. civ. (CASS. CIV., n. 11642/2003; MUSOLINO, 410 s.).

2. Il rapporto tra la disciplina di parte generale e di parte speciale in materia di inadempimento del contratto di appalto.

La seconda questione affrontata nella sentenza attiene alla disciplina applicabile alle domande risarcitorie e restitutorie proposte dall'appaltante nel caso inadempimento dell'appaltatore.

La pronuncia si inserisce nel quadro di un orientamento giurisprudenziale e dottrinale secondo il quale il rapporto tra le disposizioni speciali dettate dal codice civile in tema di inadempimento del contratto di appalto – artt. 1667, 1668 e 1669 cod. civ. – e le regole generali in materia di inadempimento contrattuale – artt. 1218 ss., 1453 e 1455 cod. civ. – sarebbe di integrazione, nel senso che le prime integrerebbero, ma non escluderebbero le seconde, che troverebbero applicazione in assenza dei presupposti delle norme speciali (CASS. CIV., 17.5.2004, n. 9333; CASS. CIV., 6.4.2006, n. 8103, *infra*, sez. III; RUBINO, 473; GIANNATTASIO, 215 ss.; RESCIGNO, 8, *infra*, sez. IV).

Nel caso concreto, il presupposto "assente" – che avrebbe dovuto indurre il giudice di secondo grado ad applicare le regole comuni e non la disciplina speciale della garanzia per i vizi (e il relativo regime di prescrizione) – era il mancato completamento dell'opera dal momento che l'appaltatrice aveva esercitato il recesso prima del termine dei lavori (CASS. CIV., n. 8103/2006; CASS. CIV., n. 11950/1990; RUBINO, 473 ss.; GIANNATTASIO, 215 ss.).

Ora, la presenza di uno speciale regime di responsabilità dell'appaltatore pone all'interprete il compito di delimitarne il campo di applicazione e, contestualmente, individuare i presupposti per la riespansione delle regole comuni.

Per quanto rileva in questa sede, la disciplina contenuta negli artt. 1667 e 1668 cod. civ. è dedicata, rispettivamente, alla responsabilità per difformità e vizi dell'opera e al contenuto della garanzia.

Secondo il disposto dell'art. 1667 cod. civ., sul committente che voglia far valere la responsabilità dell'assuntore incombe un onere di denunzia dei vizi e delle difformità entro sessanta giorni dalla scoperta, salvo che l'appaltatore non li abbia riconosciuti o occultati. Accanto al termine di decadenza, il legislatore ha previsto anche un termine di prescrizione: l'azione si prescrive in due anni dal giorno della consegna. Si tratta di termini di decadenza e di prescrizione sconosciuti in tema di ordinaria responsabilità contrattuale, ove l'a-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

zione diretta a far valere l'inadempimento si prescrive in dieci anni.

L'art. 1668 cod. civ. disciplina i rimedi di cui dispone il committente all'insorgere di tale responsabilità. In alternativa all'azione risarcitoria, ovvero in cumulo nel caso di colpa dell'appaltatore, il committente ha a sua disposizione tre tipi di azione: azione di esatto adempimento o azione di riduzione del prezzo o, infine, azione di risoluzione del contratto.

Ciò che muta rispetto alla disciplina ordinaria della responsabilità per inadempimento è, anzitutto, il numero dei rimedi offerti a tutela del committente: la disciplina generale desumibile dall'art. 1453 cod. civ. prevede che, quando uno dei contraenti non adempie le sue obbligazioni, l'altro può chiedere esclusivamente l'adempimento o la risoluzione del contratto, salvo in ogni caso il risarcimento del danno.

Oltre al numero dei rimedi, cambia anche il presupposto della risoluzione, che per la disciplina speciale diventa più complessa: il committente potrà ottenerla solo nel caso in cui i difetti dell'opera siano tali da renderla del tutto inadatta alla sua destinazione, non essendo sufficiente che l'inadempimento abbia scarsa importanza come prescritto dall'art. 1455 cod. civ.

All'esito della ricostruzione, emerge che la responsabilità speciale dell'appaltatore è limitata ad una sola manifestazione di inesatto adempimento dell'obbligazione, quale la realizzazione integrale dell'opera che, tuttavia, presenti una discordanza rispetto a quanto pattuito dai contraenti ovvero alle regole d'arte. Per converso, si applica la responsabilità comune per «tutti gli altri inadempimenti» (RUBINO, 474), ovverosia: inadempimento totale, adempimento parziale, adempimento con rifiuto di consegna dell'opera o adempimento con ritardo.

Infatti, la disciplina speciale in materia di responsabilità dell'appaltatore svolge la stessa funzione di tutela contro l'inadempimento di cui agli artt. 1453 e 1455 cod. civ. L'identità di *ratio* pone, allora, un problema di rapporto tra discipline che, come anticipato, viene risolto applicando la norma generale solo ove non sussistano i concreti presupposti per quella speciale.

Sullo sfondo della pronuncia, tuttavia, si stagliano alcune ipotesi problematiche di interferenza tra rimedi generali e speciali di responsabilità. Infatti, non in tutti i casi, il "criterio di specialità" utilizzato dalla Suprema Corte funziona allo stesso modo (FOLLIERI, 524, *infra*, sez. IV).

Il riferimento va al rapporto tra la disciplina della risoluzione del contratto di appalto in corso d'opera e la disciplina generale della risoluzione per inadempimento contrattuale.

L'art. 1662, comma 2º, cod. civ. consente al committente di fissare un congruo termine affinché l'appaltatore sani eventuali difetti dell'opera *in itinere*: nel caso di inutile decorso del termine, il contratto è risolto di diritto. Secondo un orientamento pacifico, la norma consente la risoluzione anche quando l'opera non sia del tutto inidonea alla sua destinazione e l'inadempimento sia temporaneo e di scarsa importanza, risultando sufficiente un mero pericolo di inadempimento (RUBINO, 316 e 393).

In questo caso, il problema del rapporto tra norme generali e speciali è declinato dalla giurisprudenza nei termini che seguono: in caso di mancata ultimazione dei lavori, il committente può chiedere il completamento dell'opera *ex* art. 1453, comma 1º, cod. civ. oppure domandare la risoluzione del contratto in base alla stessa norma, a prescindere dall'esercizio del rimedio disciplinato dall'art. 1662, comma 2º, cod. civ. che rappresenta una mera facoltà e non un onere a carico del committente (CASS. CIV., 22.3.2007, n. 6931; CASS. CIV., 28.6.1986, n. 4311, *infra*, sez. III).

Per la medesima ragione, nella sentenza in esame viene sottolineato che il mancato esperimento del rimedio speciale non preclude neppure la proponibilità della domanda di risarcimento dei danni per inadempimento dell'appaltatore.

Tuttavia, così risolta la questione, occorre rilevare che in questo caso il meccanismo integrativo funziona diversamente: le norme di parte generale dedicate alla risoluzione possono applicarsi in via alternativa rispetto all'art. 1662, comma 2º, cod. civ. Tant'è che è stato rilevato che più che di integrazione *stricto sensu* dovrebbe discorrersi di "concorrenza" tra disposizioni generali e speciali, dal momento che il committente può agire, indifferentemente, con i rimedi generali o con il rimedio speciale (FOLLIERI, 527).

3. *La responsabilità solidale del direttore dei lavori e dell'appaltatore*.

Quanto al profilo della responsabilità del direttore dei lavori, la Cassazione censura la sentenza di secondo grado per aver omesso qualsiasi verifica sull'inadempimento addebitabile al prestatore d'opera intellettuale.

Con una serie di rimandi ai propri precedenti, la Suprema Corte si occupa preliminarmente di definire i compiti del professionista. A quest'ultimo, quale responsabile tecnico dell'opera e dei tempi tecnici della sua realizzazione, spetta la direzione e l'alta sorveglianza dei lavori (CASS. CIV., 30.9.2014, n. 20557, *infra*, sez. III). Per quanto riguarda l'attività di direzione, essa consiste nell'emanazione delle disposizioni e degli ordini per l'attuazione dell'*opus* progettato nelle sue varie fasi esecutive; per quanto riguarda, invece, l'attività di alta sorveglianza, questa si concreta nelle visite periodiche e nei contatti diretti con gli organi tecnici dell'impresa, al fine di accertare l'esecuzione regolare dell'opera (MUSOLINO, *Il direttore dei lavori*, 410 ss., *infra*, sez. IV).

Infatti, fra le obbligazioni del direttore dei lavori rientra l'accertamento della conformità dell'opera al regolamento contrattuale, al progetto, al capitolato e alle regole della tecnica per tutta la sua esecuzione e

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

fino al termine dei lavori (CASS. CIV., 7.3.2019, n. 6587; CASS. CIV., 3.5.2016, n. 8700, *infra*, sez. III).

Si tratterebbe di un'obbligazione di mezzi e non di risultato come si legge nella sentenza in esame che, invero, reitera un enunciato giurisprudenziale costante, per quanto risalente (CASS. CIV., 29.1.2003, n. 1294; CASS. CIV., 24.4.2008, n. 10728, *infra*, sez. III; RUBINO, 384 ss.).

Infatti, l'oggetto dell'obbligazione è la prestazione di un'opera intellettuale che non produce un'opera materiale diversa rispetto all'opera appaltata e, dunque, un risultato autonomamente tangibile. Dunque, il direttore dei lavori non risponde di qualsiasi mancato risultato, ma solo del mancato risultato che sia correlato ad una condotta commissiva od omissiva del professionista che non abbia impiegato nello svolgimento dell'incarico la *diligentia quam in concreto* (CASS. CIV., n. 20557/2014; CASS. CIV., 9.12.2013, n. 27443, *infra*, sez. III; CARBONE, 52, *infra*, sez. IV). Di conseguenza, l'indagine sul canone della diligenza qualificata che si richiede al professionista (art. 1176 cod. civ.) dovrà essere ancorata alle specifiche circostanze del caso concreto.

Tanto presupposto, la Cassazione rileva che il direttore dei lavori risponde, in solido con l'appaltatore, dei danni subiti dal committente, ove i rispettivi inadempimenti abbiano concorso in modo efficiente a produrre il danno risentito dall'appaltante, a prescindere dalla diversità del rapporto contrattuale al quale si ricollega la responsabilità.

In linea generale, da tempo è prevalsa l'opinione giurisprudenziale e dottrinale secondo la quale al fine di ravvisare la solidarietà passiva sarebbe sufficiente che l'unico evento dannoso sia causalmente imputabile a più soggetti (sulla scorta del giudizio di causalità efficiente), a nulla rilevando che le azioni od omissioni di ciascuna persona costituiscano distinti ed autonomi fatti illeciti o violazioni di norme giuridiche diverse; ciò in quanto il principio di cui all'art. 2055 cod. civ., pur essendo dettato in tema di responsabilità aquiliana, deve essere esteso anche all'ipotesi in cui taluno degli autori debba rispondere a titolo di responsabilità contrattuale (CASS. CIV., 6.12.2017, n. 29218; CASS. CIV., 27.8.2012, n. 14650; CASS. CIV., 27.8.2002, n. 12367, *infra*, sez. III; MUSOLINO, *Il direttore dei lavori*, 421 s.).

III. I precedenti

1. *Rapporto tra recesso e risoluzione per inadempimento nell'appalto.*

Sul diritto del committente di esercitare il recesso in qualsiasi momento e *ad nutum*, v. CASS. CIV., 30.3.1985, n. 2236, in *Giust. civ.*, 1986, I, 512, ove il diritto di recesso era stato motivato dalla sfiducia del committente nei confronti dell'assuntore per gli inadempimenti di quest'ultimo. Orbene, la sfiducia sopravvenuta rappresenta una delle possibili ragioni di esercizio del diritto di recesso *ex* art. 1671 cod. civ.; sicuramente, la ragione più spesso citata dalla giurisprudenza, ma non l'unica. Ad esempio, CASS. CIV., 16.10.1967, n. 2484, in *Giust. civ.*, 1968, I, 287 ha ritenuto legittimo l'esercizio del diritto di recesso dovuto alle mutate situazioni economico-personali del committente. Infatti, occorre sottolineare che il committente può liberarsi dal vincolo contrattuale per qualsiasi motivo, «da lui solo valutabile», in tal senso CASS. CIV., 19.3.1984, n. 1874, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, 345.

Di conseguenza, ancorché esercitato per inadempimento dell'appaltatore, non è necessaria alcuna indagine sull'importanza e la gravità del medesimo. Tale valutazione diventa rilevante solo ove il committente pretenda dall'appaltatore il risarcimento del danno; così, tra le altre, CASS. CIV., 13.10.2014, n. 21595, in *Contratti*, 2015, n. 3, 230; CASS. CIV., 29.7.2003, n. 11642, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce «Appalto», n. 62; CASS. CIV., 13.7.1998, n. 6814, in *Rep. Foro it.*, 1998, voce «Appalto», n. 69.

Per quanto riguarda i rapporti tra recesso e risoluzione, secondo CASS. CIV., 5.9.1994, n. 7649, in *Rep. Giust. civ.*, 1994, voce «Appalto», n. 29, il committente che propone domanda di risoluzione del contratto per inadempimento dell'appaltatore non può più legittimamente esercitare il diritto di recesso *ex* art. 1671 cod. civ. Simmetricamente, il committente recedente non può più proporre domanda di risoluzione per inadempimento, così CASS. CIV., 29.7.1983, n. 5237, in *Giur. it.*, 1984, I, 1336.

Tuttavia, l'esercizio del diritto di recesso, se è incompatibile con la domanda di risoluzione, non impedisce al recedente di proporre l'istanza di restituzione dell'acconto versato e la domanda di risarcimento del danno causato dall'inadempimento dell'appaltatore: in tal senso, CASS. CIV., 30.3.1985, n. 2236, in *Giust. civ.*, 1986, I, 511; CASS. CIV., 28.3.1980, n. 2055, in *Mass. Giust. civ.*, 1980; CASS. CIV., 16.12.1971, n. 3666, in *Rep. Foro it.*, 1971, voce «Appalto», n. 51.

Infine, per un inquadramento del contratto di appalto entro la categoria dei "contratti ad esecuzione meramente prolungata", v. CASS. CIV., 12.7.2022, n. 22065, in *www.ilcaso.it*.

2. *Il rapporto tra la disciplina di parte generale e di parte speciale in materia di inadempimento del contratto di appalto.*

Il rapporto tra le disposizioni speciali dettate nel codice civile in tema di inadempimento del contratto di appalto e le regole generali che il codice civile fissa in materia di inadempimento contrattuale è declinato in termini di integrazione da un orientamento giurisprudenziale consolidato e risalente, tra le tante, v. CASS. CIV., 6.4.2006, n. 8103, in *Impresa*, 2006, 1179; CASS. CIV., 17.5.2004, n. 9333, in questa ***Rivista***, 2005, I, 856 ss., con nota di LANZI; CASS. CIV., 15.12.1990, n. 11950, in *Giust. civ.*, 1991, II, 3047 ss. con nota di STRANIERI; CASS. CIV., 29.8.1963, n. 2398, in *Giust.*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

civ., 1964, I, 153.; CASS. CIV., 15.12.1990, n. 11950, in *Giust. civ.*, 1991, II, 3047 ss. con nota di STRANIERI.

In particolare, CASS. CIV., 6.4.2006, n. 8103, in *Impresa*, 2006, 1179 e CASS. CIV., 15.12.1990, n. 11950, in *Giust. civ.*, 1991, II, 3047 ss. con nota di STRANIERI, ribadiscono che l'applicabilità della speciale garanzia per vizi *ex* artt. 1667 e 1668 cod. civ. è subordinata alla sussistenza del requisito dell'integrale completamento dell'opera appaltata.

Sui rapporti tra risoluzione *ex* art. 1662, comma 2º, cod. civ. e risoluzione *ex* art. 1453 cod. civ. si esprimono nei termini indicati (*supra*, sez. II), CASS. CIV., 22.3.2007, n. 6931, in *Obbl. e contr.*, 2007, 749 e CASS. CIV., 28.6.1986, n. 4311, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, 1451 ss.

3. *La responsabilità solidale del direttore dei lavori e dell'appaltatore.*

Sull'estensione dei compiti del direttore dei lavori, cfr. CASS. CIV., 7.3.2019, n. 6587, in *Resp. civ. e prev.*, 2019, 1570 ss., con nota di MENDOLA; CASS. CIV., 3.5.2016, n. 8700, in *Imm. e propr.*, 2016, 463 ss.; CASS. CIV., 24.4.2008, n. 10728, in *Rep. Foro it.*, 2008, voce «Appalto», n. 55. Sullo stesso tema, ma con particolare riferimento ai compiti di direzione e alta sorveglianza dei lavori, CASS. CIV., 30.9.2014, n. 20557, in *Corr. giur.*, 2014, 1439 ss., con nota di CARBONE.

Sull'orientamento giurisprudenziale secondo il quale l'obbligazione del direttore dei lavori deve essere inquadrata nella categoria delle obbligazioni di mezzi, CASS. CIV., 29.1.2003, n. 1294, in *Danno e resp.*, 2003, 1101 ss., con nota di DELLACHÀ; CASS. CIV., 24.4.2008, n. 10728, in *Mass. Foro it.*, 2008, 625. Sul solco di questa tradizionale prospettiva, il canone al quale ancorare la responsabilità del direttore dei lavori per inadempimento dell'obbligazione è quello della *diligentia quam in concreto*: sul punto, v. CASS. CIV., 9.12.2013, n. 27443, in *Contratti*, 2014, 651 ss.

Infine, si vedano CASS. CIV., 6.12.2017, n. 29218, in *DeJure*; CASS. CIV., 27.8.2012, n. 14650, in *Mass. Giust. civ.*, 2012, 1082 ss.; CASS. CIV., 27.8.2002, n. 12367, in *Mass. Giust. civ.*, 2002, 1559 ss. che ribadiscono il principio di diritto secondo il quale il vincolo di solidarietà che lega l'appaltatore e il direttore dei lavori, ove abbiano concorso in modo efficiente a produrre il danno patito dal committente, trova il suo fondamento dell'art. 2055 cod. civ., ancorché dettato in tema di responsabilità extracontrattuale.

IV. La dottrina

1. *Rapporto tra recesso e risoluzione per inadempimento nell'appalto.*

Sull'istituto del recesso, v. DE NOVA, voce «Recesso», nel *Digesto IV ed.*, *Disc. priv., sez. civ.*, XVI, Utet, 1997, 314 ss.

Con specifico riferimento al diritto di recesso *ex* art. 1671 cod. civ., RUBINO-IUDICA, *Dell'appalto*, nel *Commentario Scialoja-Branca*, Zanichelli-Foro it., 2007, *sub* art. 1671, 471 ss.; GIANNATTASIO, *L'appalto*, nel *Trattato Cicu-Messineo*, XXIV, 2, Giuffrè, 1977, 300 ss.; MUSOLINO, *Il recesso ad nutum del committente nell'appalto*, in *Riv. giur. edil.*, 2002, II, 387 ss.

In relazione alle differenze tra recesso *ex* art. 1671 cod. civ. e recesso *ex* art. 1373 cod. civ.: RUBINO-IUDICA, *op. cit.*, 498; MUSOLINO, *op. ult. cit.*, 404 s.

La dottrina maggioritaria attribuisce al diritto di recesso *ex* art. 1671 cod. civ. efficacia *ex nunc*, tra gli altri, MUSOLINO, *op. ult. cit.*, 401; invece, è isolata l'opinione di OPPO, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, fasc. 5-6, 246, secondo il quale, salvo il risarcimento dovuto all'appaltatore, «il contratto cade per intero, *ex tunc*, non *ex nunc*».

Per quanto riguarda la possibilità di un controllo *ex bona fide* sull'esercizio del diritto di recesso *ex* art. 1671 cod. civ., sono interessanti le considerazioni di SANTORO, *L'abuso del diritto di recesso ad nutum*, in *Contr. e impr.*, 1986, 766 ss., in particolare 770-771.

Sulla natura del contratto di appalto e dei contratti d'opera quali "contratti a mera esecuzione prolungata", nonché sulla necessità di inserire questa categoria intermedia nella tradizionale bipartizione tra "contratti ad esecuzione istantanea" e "contratti di durata", si esprime autorevolmente RESCIGNO, voce «Appalto», in *Enc. giur. Treccani*, II, Ed. Enc. It., 1988, 4.

Infine, sui rapporti tra il recesso del committente e l'inadempimento dell'appaltatore, anche per ciò che concerne i profili processuali, v. MUSOLINO, *op. ult. cit.*, 410 ss.

2. *Il rapporto tra la disciplina di parte generale e di parte speciale in materia di inadempimento del contratto di appalto.*

Per una panoramica generale sul tema dei rapporti tra il diritto comune dei contratti e la disciplina delle singole figure contrattuali, v. DE NOVA, *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, in *Contr. e impr.*, 1988, 327 ss.; con riguardo specifico al contratto di appalto, MUSOLINO, *Norme generali e norme speciali per le obbligazioni nascenti dal contratto di appalto*, in *Riv. giur. edil.*, 1994, II, 233 ss.

Anche in dottrina il rapporto tra le disposizioni speciali *ex* artt. 1667, 1668 e 1669 cod. civ. e le regole generali dettate dal codice in tema di inadempimento contrattuale è considerato di natura "integrativa", RUBINO, *op. cit.*, 473; GIANNATTASIO, *op. cit.*, 215 ss.; RESCIGNO, *op. cit.*, 8.

Sull'applicabilità della garanzia per vizi *ex* artt. 1667 e 1668 cod. civ. solo nel caso di integrale completamento dell'opera appaltata, si esprimono RUBINO, *op. cit.*, 474; GIANNATTASIO, *op. cit.*, 215 ss.

Sull'inapplicabilità della garanzia per vizi in caso di mancato completamento dell'opera, esecuzione con ri-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

tardo o con rifiuto di consegna, cfr. RUBINO, *op. cit.*, 474 che si riferiva a «tutti gli altri inadempimenti», diversi dall'ipotesi di *opus* completa ma viziata o difforme.

La distinzione tra risoluzione del contratto d'appalto per vizi dell'opera e risoluzione per inadempimento contrattuale è argomentata da RUBINO, *op. cit.*, 382 ss.; nonché, VOLTAGGIO LUCCHESI, *Questioni in tema di risoluzione del contratto di appalto*, in *Giust. civ.*, 1956, I, 97 ss.

Sulla disciplina dettata dall'art. 1662, comma 2º, cod. civ., con particolare riguardo al requisito del "mero pericolo di inadempimento": RUBINO, *op. cit.*, 316 e 393. Sui rapporti tra risoluzione *ex* art. 1662, comma 2º, cod. civ. e la risoluzione per inadempimento contrattuale, v. FOLLIERI, *L'appalto tra rimedi sinallagmatici generali e speciali*, in *Obbl. e contr.*, 2012, 526 ss.

3. *La responsabilità solidale del direttore dei lavori e dell'appaltatore.*

Sul contratto d'opera intellettuale, le libere professioni e la relativa responsabilità, v. PERULLI, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, nel *Trattato Cicu-Messineo*, XVII, 1 Giuffrè, 1996; con specifico riferimento alla figura del direttore dei lavori dell'opera appaltata, MUSOLINO, *Il direttore dei lavori. L'incarico e la relativa responsabilità*, in *Resp. civ. e prev.*, 2020, 404 ss.

Per un inquadramento generale della tradizionale distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, D'AMICO, *Responsabilità per inadempimento e distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 14; CARBONE, *Diligenza e risultato nella teoria dell'obbligazione*, Giappichelli, 2007, 52 soprattutto in relazione al concetto di diligenza in concreto.

Condivide l'orientamento giurisprudenziale che inquadra l'obbligazione del direttore dei lavori nel novero delle obbligazioni di mezzi RUBINO, *op. cit.*, 384 ss.; sul tema, si veda anche MUSOLINO, *op. ult. cit.*, 413 ss.

Infine, sulla responsabilità solidale dell'appaltatore e del direttore dei lavori nella responsabilità contrattuale: MUSOLINO, *op. ult. cit.*, 421 ss.; MALAGOLI, *Interpretazioni dell'obbligo di diligenza del progettista/direttore dei lavori*, in *Imm. e dir.*, 2005, n. 4, 14.

Divorzio

CASS. CIV., I sez., ord. 15.3.2024, n. 7029 – ACIERNO Presidente – TRICOMI *Estensore* – A.A. (avv. Di Caprio) – B.B. (avv. Vecchio) – Conferma App. Catania, decr. 5.12.2022

DIVORZIO – ASSEGNO – STATUIZIONI SU RAPPORTI ECONOMICO-PATRIMONIALI TRA CONIUGI – INCIDENZA SU DIRITTI A DISPONIBILITÀ ATTENUATA – DISCIPLINA – COMPONENTE DEL CONTRIBUTO ECONOMICO CON FINALITÀ ASSISTENZIALE – INDISPONIBILITÀ – SUSSISTENZA – DIRITTO ALLA REVISIONE DELL'ASSEGNO DIVORZILE – INDISPONIBILITÀ – ESCLUSIONE – ACCORDO DI RINUNCIA ALLA RICHIESTA DI REVISIONE – NULLITÀ – ESCLUSIONE (cod. civ., artt., 143, 160; l. 1º.12.1970, n. 898, artt. 5 e 9)

A differenza dei contributi economici che riguardano la prole, le condizioni che regolano gli aspetti patrimoniali dei rapporti reciproci tra i coniugi rientrano nell'area dei diritti a c.d. disponibilità attenuata e soggiacciono alle regole processuali ordinarie, con il corollario del limite invalicabile della domanda, potendo rivestire carattere di diritto indisponibile solo quello relativo alla parte del contributo economico connotata dalla finalità assistenziale in favore del beneficiario, di guisa che la prospettazione formulata dall'obbligato all'assegno divorzile circa l'indisponibilità del suo preteso diritto a non corrispondere l'assegno divorzile risulta infondata, così come la connessa deduzione di nullità della clausola dell'accordo divorzile con la quale si impegnava a non chiedere la modifica delle condizioni di divorzio per effetto della contrazione di nuovo matrimonio.

dal testo:

Il fatto. 1.– A.A. ha proposto ricorso con quattro mezzi per conseguire la cassazione del decreto della Corte di appello di Catania, pubblicato il 5/12/2022, che – in sede di procedimento *ex* art. 9, legge n. 898/1970, dallo stesso promosso per pervenire alla modifica delle condizioni di divorzio, segnatamente alla riduzione dell'assegno divorzile già fissato in favore dell'ex coniuge B.B. in euro 900,00 – ha confermato il provvedimento di primo grado e rigettato la domanda. B.B. ha replicato con controricorso illustrato da memoria. È stata disposta la trattazione camerale.

I motivi. 2.1.– Con il primo motivo si denuncia la violazione ed errata applicazione dell'art. 160 c.c. e la nullità della clausola contenuta nell'accordo di divorzio per illiceità della causa. Secondo il ricorrente, la Corte di Appello ha erroneamente ritenuta valida la clausola contenuta nell'accordo di divorzio e, per l'effetto, ha ritenuto irrilevanti ai fini della decisione tutte le circostanze rappresentate dal ricorrente a sostegno della richiesta di revisione dell'assegno divorzile. A parere del ricorrente, la clausola contenuta nell'accordo di divorzio, in virtù della quale egli "si impegnava a non chiedere la modifica delle condizioni di divorzio per il semplice fatto di contrarre nuovo matrimonio", era da rite-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

nere nulla perché riguardante diritti indisponibili. Ciò il ricorrente espone, deducendo che dal combinato disposto di cui agli artt. 160 e 143 c.c. emergerebbe che l'assegno di mantenimento non può essere oggetto né di rinuncia preventiva da parte del beneficiario né di rinuncia preventiva all'eventuale esercizio del diritto di chiedere la modifica delle condizioni *ex* art. 9 Legge n. 898/1970. 2.2.– Il primo motivo è infondato. 2.3.– Innanzi tutto, va osservato che il precedente richiamato dal ricorrente (Cass. n. 11012/2021) è inconferente perché riguarda la distinta questione dell'autonomia degli effetti degli accordi economici di separazione rispetto alle successive determinazioni economiche da assumere in sede divorzile, mentre nel caso di specie l'accordo delle cui sorti si discute è esclusivamente quello sorto in sede divorzile. 2.3.– Va quindi rimarcato che, a differenza delle condizioni patrimoniali che riguardano la prole (Cass. n. 25055/2017), le condizioni che regolano gli aspetti patrimoniali tra i coniugi rientrano nell'area dei diritti a cd. disponibilità attenuata e soggiacciono alle regole processuali ordinarie con il corollario del limite invalicabile della domanda (Cass. n. 11061/2011; Cass. n. 4205/2006) potendo rivestire carattere di diritto indisponibile solo quello relativo alla parte del contributo economico connotata dalla finalità assistenziale (Cass. n. 11795/2021) in favore del beneficiario, di guisa che, anche sotto questo profilo, la prospettazione formulata dal ricorrente circa l'indisponibilità del suo preteso diritto a non corrispondere l'assegno divorzile risulta fallace, così come la connessa deduzione di nullità della clausola. Va aggiunto, infine, che non risulta censurata la statuizione con cui la Corte di appello ha precisato che "gli eventuali vizi del consenso, causa di annullamento dello stesso, dovranno essere fatti valere con l'eventuale impugnazione del negozio medesimo innanzi al giudice competente" (fol. 4 del decr. imp.). 3.1.– Con il secondo motivo si denuncia la errata valutazione di un fatto decisivo. Il ricorrente si duole che la Corte di appello abbia ritenuto irrilevante, ai fini della richiesta di riduzione dell'assegno divorzile, l'intervenuto fatto nuovo costituito dal matrimonio da lui contratto con C.C. il 27.12.2018, in data dunque successiva alla sentenza di divorzio, ed abbia assimilato la convivenza *more uxorio* al matrimonio successivo. Secondo il ricorrente, la pregressa convivenza era occasionale ed il matrimonio sopravvenuto aveva sensibilmente ridotto la sua capacità reddituale, dovendo egli provvedere anche alla moglie, priva di reddito. 3.2.– Con il terzo motivo si denuncia l'omesso esame di un fatto decisivo, costituito dall'insorgenza di nuovi oneri familiari a seguito del novello vincolo matrimoniale contratto in epoca successiva alla sentenza di divorzio. 3.3.– Con il quarto motivo si denuncia la violazione degli artt. 5 e 9 della legge 898/1970 e la errata valutazione comparativa della condizione patrimoniale degli *ex* coniugi e del decremento reddituale subito del ricorrente a seguito del nuovo matrimonio. A parere del ricorrente, la Corte di merito ha errato nella valutazione comparativa della condizione patrimoniale delle parti, A.A. e B.B. Si duole che la Corte di appello non abbia tenuto conto dei fatti nuovi e che il giudizio sia stato erroneamente condotto sulla base di un'impropria ed inesatta comparazione dei redditi dell'allora reclamante. Deduce che B.B. ha maturato il diritto alla pensione sociale, ma la stessa non si è mai attivata per tale richiesta. 3.4.– I motivi, da trattare congiuntamente perché strettamente avvinti, sono inammissibili. 3.5.– Quanto al tema centrale del giudizio, costituito dalla domanda di revisione dell'assegno divorzile, va rammentato che la revisione dell'assegno divorzile di cui all'art. 9 della legge n. 898 del 1970 postula l'accertamento di una sopravvenuta modifica delle condizioni economiche degli ex coniugi idonea a mutare il pregresso assetto patrimoniale realizzato con il precedente provvedimento attributivo dell'assegno, secondo una valutazione comparativa delle condizioni suddette di entrambe le parti. In particolare, in sede di revisione, il giudice non può procedere ad una nuova ed autonoma valutazione dei presupposti o della entità dell'assegno, sulla base di una diversa ponderazione delle condizioni economiche delle parti già compiuta in sede di sentenza divorzile, ma, nel pieno rispetto delle valutazioni espresse al momento della attribuzione dell'emolumento, deve limitarsi a verificare se, ed in che misura, le circostanze, sopravvenute e provate dalle parti, abbiano alterato l'equilibrio così raggiunto e ad adeguare l'importo o lo stesso obbligo della contribuzione alla nuova situazione patrimoniale-reddituale accertata (Cass. n. 787/2017; Cass. n. 11177/2019). 3.6.– Nel caso in esame, la Corte di merito si è attenuta a questi principi ed ha rimarcato che l'accordo stipulato in sede di accordo divorzile, prevedeva l'impegno a non chiedere la modifica delle condizioni economiche del divorzio "per il semplice fatto di contrarre un nuovo matrimonio", circostanza che, da sola, per volontà delle parti, non avrebbe influito sull'ammontare dell'assegno, alla stregua della ponderazione compiuta dalle parti stesse in merito all'incidenza di tale prevista circostanza sull'assetto delle rispettive condizioni economiche. Nelle differenti censure, il ricorrente insiste sull'avvenuto matrimonio, senza tuttavia cogliere la *ratio decidendi*, con la quale, una volta accertata la validità della clausola ed avere esclusa la rilevanza del "semplice fatto di avere contratto matrimonio" come causa giustificante la revisione dell'assegno divorzile, la Corte di merito ha, altresì disatteso l'equazione "evento matrimonio = maggiori oneri familiari" sostenuta dal ricorrente nei diversi motivi 3.7.– Orbene, le censure seconda e terza, svolte come vizi motivazionali, in merito ai rapporti di convivenza preesistenti con la futura moglie ed agli oneri familiari conseguenti al nuovo vincolo matrimoniale, si risolvono nella riproposizione della tesi del ricorrente, senza che venga indicato alcun fatto controverso e decisivo per il giudizio, da intendersi riferito a un preciso accadimento o una precisa circostanza in senso storico-naturalistico dimostrato nel suo effettivo manifestarsi, come tale non ricomprendente questioni o argomentazioni: sicché le due censure che, irritualmente, estendono il paradigma normativo a quest'ultimo profilo, sono inammissibili (Cass. n. 22397/2019) (*Omissis*).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Nuove nozze e assegno divorzile: l'obbligato può rinunciare alla riduzione?

di Rosario Zappalà*

I più recenti approdi della giurisprudenza di legittimità dischiudono nuovi orizzonti in favore dell'autonomia privata coniugale. Occorre tuttavia chiedersi entro quali limiti il potere di regolazione privata possa spingersi, anche alla luce delle riflessioni sollecitate dal fenomeno della ricomposizione familiare. Da qui l'interesse suscitato dalla vicenda emersa all'attenzione della Cassazione, che induce ad interrogarsi sulla rilevanza, ai fini della revisione dell'assegno di divorzio, di un patto con cui l'obbligato rinunci a chiederne la modifica per il fatto di contrarre un nuovo matrimonio.

I. Il caso

In sede di scioglimento del vincolo matrimoniale, i coniugi A.A. e B.B. stipulano un accordo con cui il primo, tenuto al versamento dell'assegno divorzile, assume l'impegno di non chiederne la riduzione "*per il semplice fatto di contrarre nuovo matrimonio*". Successivamente, l'obbligato promuove un procedimento *ex* art. 9, l. 1º.12.1970, n. 898, diretto ad ottenere la modifica delle condizioni di divorzio. A tal fine egli adduce i maggiori oneri derivanti dalla costituzione di un nuovo nucleo familiare, e in particolare l'esigenza di provvedere al mantenimento della nuova coniuge. Sia il Tribunale che la Corte di appello rigettano l'istanza di revisione dell'assegno. L'obbligato propone ricorso per Cassazione, affidato a quattro concorrenti ordini di motivi. Ad avviso del ricorrente, in particolare, il diritto di domandare la revisione delle condizioni di divorzio sarebbe irrinunciabile ed erroneamente i giudici di merito avrebbero negato rilievo alle sopravvenute nozze ai fini della riduzione dell'assegno divorzile. La S.C., smentita la natura indisponibile del diritto alla revisione, conferma l'insussistenza nel caso di specie dei relativi presupposti. Nella prospettiva della Corte, ciò che assume rilievo dirimente non è tanto l'impegno assunto in sede di divorzio, quanto piuttosto il fondamento dell'istanza di riduzione dell'assegno, incentrata dall'obbligato sul mero cambiamento della propria condizione familiare, senza riferimento alcuno all'incidenza effettiva dei sopraggiunti oneri familiari sulla sua capacità patrimoniale.

II. Le questioni

1. *La validità della clausola di rinuncia alla revisione dell'assegno divorzile per sopravvenute nozze dell'obbligato.*

Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, la formazione di una nuova famiglia, anche non fondata sul matrimonio, da parte dell'ex coniuge obbligato al mantenimento della prole e/o al versamento dell'assegno divorzile deve essere valutata dal giudice come circostanza sopravvenuta idonea a giustificare una modifica *in peius* delle condizioni di divorzio (*ex multis*, CASS. CIV., 5.8.1977, n. 3538; 19.10.1981, n. 5447; 12.10.2006, n. 21919; 12.3.2024, n. 6455, *infra*, sez. III). In proposito si osserva che la formazione di una famiglia, contribuendo alla piena realizzazione della personalità individuale, rientra tra i diritti inviolabili dell'uomo, tutelati non solo a livello costituzionale (artt. 2, 3 e 29 Cost.), ma anche internazionale (artt. 8 e 12 Conv. eur. dir. uomo e artt. 12 e 16 Dichiarazione Univ. Diritti dell'Uomo) e sovranazionale (artt. 7 e 9 Carta dir. UE: CASS. CIV., 22.3.2012, n. 4551; 19.3.2014, n. 6289, *infra*, sez. III; in dottrina, LENTI, 197-198, BUZZELLI, *Assegno di divorzio*, 473, *infra*, sez. IV). Di conseguenza, ove si affermasse (come pure si è affermato in base, probabilmente, ad una forzatura della *ratio decidendi* espressa da CASS. CIV., 22.11.2000, n. 15065; APP. BOLOGNA, 15.1.2004, n. 106; TRIB. BARI, 17.10.2005, n. 2286) che la formazione di una nuova famiglia, in quanto frutto di una scelta volontaria e non necessitata dell'individuo, non potrebbe influire sulla consistenza degli obblighi patrimoniali scaturenti dal divorzio, ne deriverebbe, da un lato, l'irragionevole compressione di una libertà fondamentale – che non ammette condizionamenti non ricollegabili alla tutela di valori almeno di pari rango – e, dall'altro, un ingiustificabile privilegio in favore dei membri della precedente unione (censurabile ai sensi dell'art. 3, comma 2º, Cost.: così, rispetto al mantenimento dei figli nati fuori del matrimonio, CASS. CIV., 16.5.2005, n. 10197; 11.4.2011, n. 8227, *infra*, sez. III; in dottrina, cfr. DE MARZO, 36-37; AL MUREDEN, *Il parametro del tenore di vita coniugale*, 697; LA ROSA, 599, *infra*, sez. IV). Se è vero, tuttavia, che l'esistenza di un secondo nucleo familiare non può non essere presa in considerazione come sopravvenienza rilevante nell'ambito del giudizio di revisione, lo è altrettanto che essa non può di per sé giustificare la moderazione degli obblighi patrimoniali a carico dell'obbligato. Oltre alle plausibili esigenze di mantenimento della famiglia rinnovata, occorre altresì tenere conto degli interessi riconducibili sia all'*ex* coniuge divorziato titolare dell'assegno post-matrimoniale sia, e soprattutto, agli eventuali figli generati nella precedente unione. Riguardo a questi ultimi, infatti, occorre considerare che, a norma dell'art. 6, c. 1º, l. n. 898/

* **Contributo pubblicato in base a *referee*.**

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

1970, l'obbligo di mantenere i figli nati o adottati durante il matrimonio di cui sia stato pronunciato lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili permane anche nel caso di passaggio a nuove nozze di uno o entrambi i genitori (o di costituzione di una nuova famiglia di fatto o di un'unione civile). Ciò significa che il nuovo impegno familiare non può di per sé rappresentare una valida ragione per un allentamento dei doveri genitoriali verso i figli. Di conseguenza, proprio perché la soddisfazione dei diritti economici facenti capo alla prole non può essere deteriore nella crisi della famiglia rispetto a quanto avviene nel corso della serena convivenza (CASS. CIV., 24.1.2008, n. 1595, su cui v. *infra*, sez. III), a seguito della crisi coniugale i figli conservano il diritto ad un mantenimento idoneo a garantire loro un tenore di vita per quanto possibile analogo a quello goduto prima della disgregazione del nucleo familiare (CASS. CIV., 22.3.1993, n. 3363; 22.11.2000, n. 15065, *infra*, sez. III).

Sulla scorta di tali premesse si comprende perché, a fronte della deduzione di sopravvenuti oneri familiari, la giurisprudenza tende a concedere la revisione *in peius* dei contributi in favore della prole soltanto se il richiedente dia la prova che, a causa dei suoi doveri verso la nuova famiglia, egli non sia più in grado di sostenere il mantenimento nella misura fissata inizialmente (cfr. CASS. CIV., 12.7.2016, n. 14175; 12.3.2024, n. 6455, *infra*, sez. III). Ed invero, ove le condizioni economiche dell'obbligato fossero tali da consentirgli di provvedere al concorrente soddisfacimento delle esigenze della nuova famiglia e della prole generata nella precedente unione, non solo non vi sarebbe alcuna ragione per concedere la revisione, ma potrebbe dubitarsi della stessa sussistenza di un'effettiva alterazione dell'equilibrio venutosi a determinare al tempo del divorzio, presupposto imprescindibile per la modifica delle condizioni originarie. Muovendosi nello stesso ordine di idee, la giurisprudenza tende a subordinare alla riduzione della capacità economica dell'obbligato anche la revoca o la diminuzione dell'assegno divorzile: cfr. *ex multis*, CASS. CIV., 22.3.2012, n. 4551; 3.2.2017, n. 2959; 2.8.2022, n. 23998, *infra*, sez. III. Per converso, la revisione tende ad essere negata ove l'incidenza effettiva dei nuovi oneri familiari non sia tale da procurare un rilevante depauperamento delle condizioni dell'obbligato, o perché la sua complessiva situazione economica è abbastanza florida da consentirgli di provvedere alle esigenze di ambedue i nuclei familiari (CASS. CIV., 23.8.2006, n. 18367; 30.11.2007, n. 25010; 29.7.2021, n. 21818, *infra*, sez. III) o perché l'incidenza effettiva dei doveri di contribuzione è ridotta in ragione dell'apporto conferito dal coniuge o *partner* della nuova unione (cfr. CASS. CIV., 19.1.1991, n. 512; 21.3.2024, n. 7650 *infra*, sez. III).

In definitiva, qualora gli oneri familiari sopravvenuti determinino una reale diminuzione della capacità economica dell'obbligato, il diritto di ottenere un temperamento degli obblighi patrimoniali derivanti dal divorzio non può essergli negato, perché i doveri di solidarietà post-coniugale e di mantenimento della prole della precedente unione non possono ostacolare l'esercizio di una libertà fondamentale, qual è quella di formare una nuova famiglia. Di conseguenza, l'impegno a non chiedere la revisione delle condizioni di divorzio per il fatto di contrarre nuovo matrimonio non si pone in contrasto con l'esercizio della libertà di costituire un nuovo nucleo familiare soltanto ove esso non precluda all'obbligato la possibilità di chiedere comunque una moderazione dei doveri di solidarietà post-coniugale a fronte di un effettivo depauperamento della sua condizione economico-patrimoniale. A ben vedere, questo è proprio il senso in cui, ad avviso della S.C., dev'essere intesa la pattuizione sottoposta al suo esame nel caso di specie. Ciò si evince, in particolare, dal passaggio motivazionale in cui, condividendo le ragioni per le quali il giudice del gravame ha respinto l'istanza di revisione, la Corte sottolinea che il semplice fatto di aver contratto matrimonio non può rilevare come "*causa giustificante la revisione dell'assegno divorzile*". In effetti, stando ad un'interpretazione attenta al dato letterale, ciò che la clausola *de qua* sembra escludere potersi dedurre ad oggetto dell'istanza di revisione è il mero cambiamento della condizione familiare dell'obbligato, non la riduzione della sua capacità patrimoniale dovuta all'assolvimento degli oneri familiari sopraggiunti. Nei termini di questa ricostruzione, tuttavia, la medesima clausola, se da un lato non ostacola l'esercizio della libertà matrimoniale dell'obbligato, dall'altro si rivela sostanzialmente priva di utilità pratica, giacché essa mira ad impedire che il debitore ottenga la modifica delle condizioni di divorzio in circostanze in cui, secondo il diritto vivente, nessun temperamento può essere comunque concesso. Tale rilievo critico risulta avvalorato dalla constatazione che, nei giudizi di merito, il ricorrente non ha ottenuto la riduzione dell'assegno non tanto perché l'impegno assunto in sede di divorzio valeva ad impedirlo, ma perché la circostanza di avere contratto un nuovo matrimonio, non accompagnata dalla prova di un peggioramento della propria situazione economica, non poteva da sola fondare l'accoglimento dell'istanza di revisione.

Se si muove da questa lettura, potremmo ugualmente chiederci se la clausola di rinuncia alla revisione, essendo sostanzialmente priva di utilità pratica, possa considerarsi non meritevole e in quanto tale, nulla per difetto di causa, ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 1418, comma 2º, e 1419 cod. civ. (sull'applicabilità agli accordi di divorzio delle regole relative alla nullità del contratto v. *infra*).

2. Riduzione della capacità contributiva per oneri familiari sopravvenuti e limiti alla rinunzia del diritto di revisione dell'assegno divorzile.

In senso diverso, si potrebbe dubitare che, nel prevedere una siffatta clausola di rinuncia alla revisione, i coniugi divorziandi abbiano inteso solo evitare, peral-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

tro senza alcun concreto effetto, che l'obbligato chiedesse la modifica delle condizioni di divorzio invocando il semplice fatto di aver contratto un nuovo matrimonio. Occorre in proposito considerare che già prima dello scioglimento del vincolo coniugale l'obbligato aveva iniziato una nuova convivenza, sia pure occasionale, per cui appare ragionevole l'idea che l'impegno a non domandare la revisione mirasse in realtà a proteggere la consistenza del contributo economico previsto in favore dell'ex coniuge più debole dall'impatto che la possibile instaurazione, all'indomani del divorzio, di una stabile comunione di vita con il nuovo *partner* (il quale peraltro era privo di redditi), avrebbe prodotto sulla complessiva capacità economico-patrimoniale del debitore.

In questa diversa prospettiva, il patto dispositivo del diritto alla revisione si presta ad ulteriori rilievi critici, idonei a metterne in dubbio la validità. Traendo spunto dalla giurisprudenza più sopra esaminata, infatti, si potrebbe osservare che la formazione di una nuova famiglia, costituendo espressione di una libertà fondamentale dell'individuo, non può non essere presa in considerazione come fatto idoneo a giustificare, nei limiti in cui incida negativamente sulla situazione economica dell'obbligato, la revisione *in peius* degli obblighi patrimoniali scaturenti dal divorzio. Le esigenze di mantenimento della famiglia rinnovata, invero, non possono essere irrimediabilmente sacrificate pur di lasciare inalterata la consistenza dei contributi destinati ai membri del nucleo familiare disciolto. Sulla scorta di tali considerazioni, un accordo che impedisca all'obbligato di domandare la modifica delle condizioni di divorzio per sopraggiunti oneri familiari pure a fronte di un effettivo depauperamento della sua condizione economica dovrebbe ritenersi nullo per contrarietà all'ordine pubblico, in virtù del combinato disposto degli artt. 1343, 1418, comma 2º, e 1419, comma 1º, cod. civ. Questa soluzione poggia le proprie fondamenta su un duplice assunto. In primo luogo, ad avviso della più recente giurisprudenza di legittimità (CASS. CIV., 16.10.2023, n. 28727; CASS. CIV., 12.5.2022, n. 15169; CASS. CIV., 29.7.2021, n. 21761, *infra*, sez. III), per ciò che concerne le condizioni inerenti alla prole e ai rapporti economici, gli accordi stipulati in relazione alla crisi coniugale – quindi anche l'accordo di divorzio su domanda congiunta – rivestono natura essenzialmente negoziale, da ciò deducendosi l'applicabilità, tra l'altro, della disciplina di carattere generale dettata in materia di invalidità del contratto, *ex* artt. 1418 ss. cod. civ. (CASS. CIV., 20.8.2014, n. 18066, *infra*, sez. III).

In secondo luogo, premesso che l'ordinamento promuove e agevola la formazione di una famiglia e l'adempimento dei doveri ad essa relativi (art. 31 Cost.), quale formazione sociale d'elezione in cui l'individuo svolge la sua personalità (art. 2 Cost.), così come garantisce, con espresso riferimento alla famiglia fondata sul matrimonio, il libero esercizio di tale libertà fondamentale, escludendo ogni forma di condizionamento negoziale (cfr. artt. 79 e 636 cod. civ.), può ritenersi che il patto tendente ad escludere che la riduzione della capacità patrimoniale dell'obbligato, dovuta all'assolvimento di sopraggiunti oneri familiari, possa fondare una domanda di revisione delle condizioni di divorzio introduca un inammissibile ostacolo all'esercizio della libertà matrimoniale, così ponendosi in contrasto con l'ordine pubblico (sulla cui nozione cfr. BARCELLONA, 774-776, *infra*, sez. IV).

Orbene, nella segnalata prospettiva il patto dispositivo del diritto a chiedere la revisione non potrebbe considerarsi vincolante e a fronte della prova, da parte dell'obbligato, di un'effettiva contrazione della propria capacità economica, la riduzione dell'assegno andrebbe concessa. Nello stesso senso depongono anche talune riflessioni della S.C., la quale, pur affermando che «*l'indisponibilità del preteso diritto a non corrispondere l'assegno divorzile risulta fallace, così come la connessa deduzione di nullità della clausola*», nel contempo condivide la *ratio decidendi* della sentenza impugnata nella parte in cui rigetta l'istanza *ex* art. 9 l. div., solo per il mancato assolvimento dell'onere probatorio circa l'effettiva incidenza dei maggiori oneri familiari sulla condizione economica dell'obbligato. Ne discende che, in caso contrario, qualora la prova fosse stata dedotta, a nulla sarebbe valso opporre l'intervenuta rinuncia in sede di divorzio.

Queste ultime considerazioni pongono le premesse per una possibile delimitazione dei confini di derogabilità, da parte dell'autonomia privata, del principio generale sulla rivedibilità per giustificati motivi delle condizioni di divorzio. La Cassazione, come appena segnalato, non sembra escludere *in toto* la possibilità di una deroga, ammettendola sul presupposto che soltanto il diritto relativo alla componente assistenziale dell'assegno potrebbe rivestire carattere indisponibile. Ne consegue la validità, in linea di principio, di una rinuncia pattizia alla revisione *in peius* delle condizioni di divorzio, sia pure nei limiti in cui essa non comprenda anche il caso in cui si verifichi una riduzione della capacità patrimoniale del debitore in ragione di vicende correlate all'esercizio di diritti e libertà fondamentali, tra cui è possibile annoverare, oltre al caso della formazione di una nuova famiglia, anche, per esempio, le decisioni liberamente operate quanto all'oggetto o alle modalità di svolgimento della propria attività lavorativa (CASS. CIV., 4.4.2002, n. 4800; 11.3.2006, n. 5378, *infra*, sez. III). In casi del genere di quelli appena indicati, invero, ricorrendo i requisiti della revisione, a nulla varrebbe opporre l'intervenuta rinuncia in sede di divorzio.

3. *Revisione delle condizioni di divorzio e "contratti" sulla crisi coniugale.*

Le precedenti riflessioni muovono dal presupposto che, al pari dei provvedimenti giudiziari che dispongo-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

no sulla crisi coniugale, anche gli accordi sulle condizioni di divorzio siano in linea generale assoggettati al principio di efficacia *rebus sic stantibus* (in questo senso, GORGONI, 297 ss.; contrariamente, ma solo rispetto agli accordi preventivi alla crisi, LANDINI, 243; *infra*, sez. IV). In questo senso va ribadito che, pur essendo possibile chiedere la revisione giudiziale anche delle disposizioni dettate dai coniugi divorziandi nei loro accordi, andrebbero ritenute ammissibili le clausole derogatorie nei limiti in cui esse non interferiscano con la realizzazione di interessi preminenti, legati alla tutela di diritti e libertà fondamentali dell'individuo.

Si potrebbe tuttavia obiettare che, nell'ottica di una piena valorizzazione della natura essenzialmente negoziale degli accordi sulla crisi, questi ultimi dispiegherebbero la stessa efficacia vincolante descritta dall'art. 1372 cod. civ., con la conseguenza che qualsiasi modifica ai relativi contenuti andrebbe puntualmente concordata, senza poter fare ricorso alla revisione giudiziale (riflette, ad esempio, sul punto, FILAURO, 376, *infra*, sez. IV). In questa direzione, in effetti, si è indirizzata una recente decisione di merito (APP. MILANO, 10.1.2023, n. 30, *infra*, sez. III), con cui – sia pure in una vicenda in parte diversa da quella fino ad ora considerata, ove l'istanza di revisione si imperniava sul miglioramento delle condizioni economiche del titolare dell'assegno divorzile – la Corte territoriale ha affermato che, nell'ambito del giudizio *ex* art. 9 l. div., il giudice non potrebbe sindacare i contenuti del negozio giuridico privato, stipulato *a latere* del giudizio congiunto, con cui viene integrato l'importo dell'assegno disposto in favore del coniuge più debole. Ed invero, tale accordo, rivestendo la natura di un vero e proprio contratto, potrebbe essere modificato o risolto nei «*modi previsti dalla legge*». In questa prospettiva, l'esclusione in via pattizia di un riadattamento quantitativo della prestazione andrebbe ritenuta improduttiva di effetti giuridici, e dunque irrilevante, stante il principio sulla forza vincolante del contratto, salvo il mutuo consenso (*ex* art. 1372 cod. civ.). In altri termini, il coniuge obbligato non può assumere un rischio, nella specie una sopravvenuta difficoltà nell'adempimento, che già l'ordinamento pone a suo carico (*arg. ex* art. 1218 c.c.). Assunte tali premesse, il problema degli eventi idonei ad alterare la capacità patrimoniale del debitore potrebbe essere gestito in via negoziale, mediante una clausola di rinegoziazione, seppur si tratti di un rimedio non privo di criticità, trovando applicazione nei limiti delle circostanze che i contraenti siano in grado di prevedere (LANDINI, 248, che prospetta la possibilità di integrare in via interpretativa il novero delle sopravvenienze considerate dai contraenti). Discussa è, invece, la possibilità di fondare un obbligo in tal senso sulla figura della presupposizione, di incerto fondamento normativo, o sui principi di buona fede e correttezza, che assumerebbero una portata più ampia rispetto al ruolo assegnato dall'art. 1375 cod. civ. (in senso critico, SALANITRO, *Rischio contrattuale*, 1072 ss., *infra*, sez. IV). Neanche l'istituto dell'eccessiva onerosità sopravvenuta, d'altra parte, sembra trovare applicazione al caso di specie, se si condivide l'idea consolidata che esso sia pensato per fronteggiare aumenti imprevedibili nel costo della prestazione ovvero per salvaguardare l'equilibrio economico dello scambio, senza potersi dare rilievo alla ridotta capacità patrimoniale del debitore.

Piuttosto, andrebbe negata la compatibilità della disciplina generale del contratto con l'esigenza di modulare gli obblighi patrimoniali scaturenti dal divorzio ai rilevanti mutamenti delle condizioni dell'obbligato, escludendone la piena applicabilità agli accordi sulla crisi. In proposito va osservato che il principio *rebus sic stantibus*, secondo cui i provvedimenti in materia di separazione e divorzio sono adottati allo stato degli atti, risentendo così del mutamento dei presupposti di fatto su cui si fondano, trova applicazione non tanto in ragione della fonte di regolamentazione delle condizioni relative alla crisi, bensì della natura e della funzione delle misure patrimoniali che si ricollegano al dovere di solidarietà post-coniugale (così, sull'applicabilità dell'art. 710 cod. proc. civ. alle sole clausole che trovano causa nella separazione personale, CASS. CIV., 19.8.2015, n. 16909, *infra*, sez. III). L'assegno divorzile, in particolare, mirando a ristabilire una condizione di equilibrio tra le posizioni economiche dei coniugi all'indomani della cessazione della comunione di vita, presuppone l'esistenza tra le parti di una situazione di disparità economica che, risentendo delle circostanze relative alle scelte personali e alle vicende esistenziali dei coniugi divorziati, è per sua natura dinamica e cangiante. Ed è proprio siffatta compenetrazione tra profili patrimoniali ed esistenziali che esclude la piena assoggettabilità degli accordi sulla crisi alle regole dettate in materia contrattuale (SALANITRO, *Accordi prematrimoniali*, 648, *infra*, sez. IV). Di conseguenza, il sopravvenuto mutamento dei presupposti di fatto che al tempo del divorzio giustificano un certo assetto dei rapporti reciproci non può non influire sulla consistenza originaria degli obblighi patrimoniali che trovano causa nella crisi coniugale. Pregnante in proposito è la disciplina degli accordi di negoziazione assistita, i quali, pure avendo natura contrattuale, a norma dell'art. 6, comma 3º, d.l. 12.9.2014, n. 132 tengono luogo dei provvedimenti giudiziali sulla crisi, riproducendone il regime di efficacia "allo stato degli atti", salvo l'accordo sull'*una tantum*, di cui al comma 3-*bis* (in questo senso, SESTA, 304; BARGELLI, 290-291, *infra*, sez. IV). Tali riflessioni non escludono, tuttavia, coerentemente con la natura relativamente disponibile del diritto alla revisione, su cui, come si è rilevato, si sofferma anche la S.C. nella decisione qui commentata, la possibilità di una deroga pattizia nei limiti in cui essa sia compatibile coi principi di ordine pubblico del nostro ordinamento.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

III. I precedenti

1. *La validità della clausola di rinuncia alla revisione dell'assegno divorzile per sopravvenute nozze dell'obbligato.*

La rilevanza dei sopravvenuti oneri familiari ai fini della revisione delle condizioni di divorzio è stata affermata per la prima volta da CASS. CIV., 5.8.1977, n. 3538, in *DeJure*, trovando immediato riscontro in CASS. CIV., 19.10.1981, n. 5447, in *Mass. Giur. it.*, 1981. Con tale ultima decisione la S.C. riconosce che gli oneri economici derivanti dalla nuova unione giustificano un 'temperamento' delle condizioni di divorzio, sia pure soltanto entro i limiti in cui ciò non si risolva in una situazione deteriore rispetto a quella goduta dai membri della seconda famiglia. Tale precedente è stato più recentemente ripreso da CASS. CIV., 12.10.2006, n. 21919, in *Fam. e dir.*, 2007, 596. Già nell'ottica della giurisprudenza più risalente, dunque, i sopravvenuti oneri familiari costituiscono giustificato motivo di revisione ai sensi dell'art. 9 l. div. Ci si è, invece, più volte interrogati sulla misura in cui la moderazione dei suddetti obblighi possa concedersi, tenuto conto in particolare del diritto della prole alla conservazione di un tenore di vita analogo a quello goduto durante la convivenza matrimoniale (CASS. CIV., 22.3.1993, n. 3363, in *Dir. fam. e pers*, 1994, 839). Su tale questione, cfr., ad esempio, CASS. CIV., 19.1.1991, n. 512, in *Dir. fam. e pers.*, 1991, 908, in *OneLegale*. Agli inizi del nuovo millennio, CASS. CIV., 22.11.2000, n. 15065, in *Mass. Giur. it.*, 2000, ha affermato che il nostro ordinamento si baserebbe su una considerazione di non necessarietà della scelta di formare una nuova famiglia. Sulla scorta di tale premessa, alcune successive pronunce hanno negato la modifica delle condizioni di divorzio nonostante la prova di un effettivo aggravio della condizione patrimoniale dell'obbligato: cfr. APP. BOLOGNA, 15.1.2004, n. 106, in *DeJure*; TRIB. BARI, 17.10.2005, n. 2286, in *OneLegale*. Al di là di tali isolati precedenti la giurisprudenza non ha mai negato il diritto alla riduzione dei contributi economici postconiugali in presenza di un effettivo depauperamento delle condizioni dell'obbligato. In questo senso, *ex multis*, riguardo all'assegno di mantenimento in favore dei figli: CASS. CIV., 16.5.2005, n. 10197, in *Mass. Giur. it.*, 2005; CASS. CIV., 24.1.2008, n. 1595, in *OneLegale*; CASS. CIV., 12.7.2016, n. 14175, in *Quot. giur.*, 2016; CASS. CIV., 12.3.2024, n. 6455, in *OneLegale*. Riguardo, invece, all'assegno divorzile: CASS. CIV., 22.3.2012, n. 4551, in *Corr. giur.*, 2012, 1052; CASS. CIV., 3.2.2017, n. 2959, in *Quot. giur.*, 2017; CASS. CIV., 2.8.2022, n. 23998, in *Quot. giur.*, 2022. In senso contrario, mancando un'effettiva incidenza sulla capacità patrimoniale dell'obbligato, CASS. CIV., n. 512/1991, cit.; CASS. CIV., 23.8.2006, n. 18367, in *Giur. it.*, 2007, 2, 326; CASS. CIV., 29.7.2021, n. 21818, in *OneLegale*. Il principio secondo cui il sistema normativo si baserebbe su una considerazione di non necessarietà della scelta di formare una seconda famiglia dopo il divorzio è stato ormai superato: CASS. CIV., n. 4551/2012, cit., in *Corr. giur.*, 2012, 1052; CASS. CIV., 19.3.2014, n. 6289, in *Fam. e dir.*, 2015, 470.

2. *Riduzione della capacità contributiva per oneri familiari sopravvenuti e limiti alla rinunzia del diritto di revisione dell'assegno divorzile.*

Per la natura relativamente negoziale dell'accordo di divorzio, CASS. CIV., 16.10.2023, n. 28727, in *Fam. e dir.*, 2024, 5; CASS. CIV., 12.5.2022, n. 15169, in *OneLegale*, 29.7.2021, n. 21761, in questa ***Rivista***, 2022, I, 70; CASS. CIV., 20.8.2014, n. 18066, *ivi*, 2015, 163. Sulla rilevanza nel giudizio di revisione di scelte riguardanti l'attività lavorativa o professionale dell'obbligato, cfr. CASS. CIV., 4.4.2002, n. 4800, in *Giur. it.*, 2003, 686; CASS. CIV., 11.3.2006, n. 5378, in *Foro it.*, 2006, I, 5, 1361.

3. *Revisione delle condizioni di divorzio e "contratti" sulla crisi coniugale.*

Per il principio secondo cui il giudice della revisione non potrebbe entrare nel merito dell'accordo concluso *a latere* del divorzio congiunto, APP. MILANO, 10.1.2023, n. 30, su cui cfr. CASS. CIV., 18.4.2024, n. 10492, in *OneLegale*. Sull'applicabilità del principio *rebus sic stantibus* alle sole prestazioni che trovano causa nella crisi coniugale, cfr. CASS. CIV., 19.8.2015, n. 16909, in *OneLegale*.

IV. La dottrina

Sulla rilevanza dei sopravvenuti oneri familiari ai fini della revisione delle condizioni di divorzio cfr. DE MARZO, *Mantenimento dei figli nati da precedente matrimonio e rilevanza della costituzione di una nuova famiglia*, in *Fam. e dir.*, 2001, 35 ss.; LA ROSA, *Quantificazione dell'assegno di divorzio e rilevanza della formazione di una nuova famiglia*, in *Fam. e dir.*, 2007, 596 ss. Per la dottrina più recente, cfr. BUZZELLI, *Assegno di divorzio e nuova famiglia dell'obbligato*, in *Fam. e dir.*, 2015, 471 ss.; AL MUREDEN, *Il parametro del tenore di vita coniugale nel "diritto vivente" in materia di assegno divorzile tra persistente validità, dubbi di legittimità costituzionale ed esigenze di revisione*, in *Fam. e dir.*, 2014, 690 ss.

Sul carattere fondamentale del diritto di formare una famiglia si sofferma LENTI, *Il matrimonio dello straniero e la regolarità del soggiorno*, in questa ***Rivista***, 2010, II, 196 ss.

Sulla nozione di ordine pubblico, cfr. BARCELLONA, voce «Ordine pubblico», in *Enc. del dir.*, *I tematici*, I, *Contratto*, a cura di D'AMICO, Giuffrè, 2021, 753 ss.

Sulle implicazioni della natura negoziale degli accordi sulla crisi riflette FILAURO, *Gli accordi della crisi coniugale alla luce dell'interesse ad impugnare: una nuova*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

presa di posizione della giurisprudenza di legittimità, in *Fam. e dir.*, 2015, 360 ss.

Sull'applicabilità del principio *rebus sic stantibus* agli accordi di divorzio, GORGONI, *Accordi definitivi in funzione del divorzio: una nullità da ripensare*, in *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*, a cura di LANDINI e PALAZZO, Giuffrè, 2018, 297 ss.; *ivi* anche LANDINI, *Accordi in vista della crisi, principio* rebus sic stantibus *e clausole di rinegoziazione*, 241 ss. In merito agli accordi stipulati in sede di negoziazione assistita, SESTA, *Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi di coppia*, in *Fam. e dir.*, 2015, 295 ss.; BARGELLI, *L'accordo dei coniugi nella negoziazione assistita e nel procedimento municipale: il divorzio per mutuo consenso fa il suo ingresso nell'ordinamento*, in *Trattato dir. fam.*, diretto da ZATTI, *Le riforme*, I, *Legami di coppia e modelli familiari*, a cura di FERRANDO, FORTINO e RUSCELLO, Giuffrè, 2019, 269 ss. Nel senso della eterogenea natura degli accordi sulla crisi rispetto al contratto, SALANITRO, *Accordi prematrimoniali e sopravvenienze*, in questa ***Rivista***, 2020, II, 645 ss. Quanto al tema della gestione delle sopravvenienze, SALANITRO, voce «Rischio contrattuale», in *Enc. del dir.*, *I tematici*, I, *Contratto*, a cura di D'AMICO, Giuffrè, 2021, 1050 ss.

Donazione

CASS. CIV., II sez., 13.12.2023, n. 34858 – CARRATO Presidente – FORTUNATO Estensore – CELENTANO P.M. (concl. diff.) – A.A. (avv. Conti) – B.B. (avv.ti Padovini e Nuzzo) – Conferma App. Trieste 27.3.2017

DONAZIONE – CONDIZIONE SOSPENSIVA DI PREMORIENZA DEL DONANTE – ATTUALITÀ DELL'ATTRIBUZIONE – DIFFERIMENTO DI EFFICACIA ALLA MORTE – VIOLAZIONE DEL DIVIETO DEI PATTI SUCCESSORI – CONDIZIONI (cod. civ., artt. 769, 458, 571, 1353, 1412)

La donazione con clausola sospensiva di premorienza del donante produce effetti immediati e concerne singoli beni valutati dai contraenti nella loro consistenza ed oggettività al momento del perfezionamento, con conseguente attualità dell'attribuzione la cui efficacia è solo differita alla morte; pertanto, la violazione del divieto dei patti successori può derivare solo dalla persistenza di un residuo potere dispositivo del donante, tale da minare l'irrevocabilità della disposizione e la sua immediata efficacia vincolante, e non dalla maggior o minore probabilità del verificarsi dell'evento condizionante.

dal testo:

Il fatto. La presente controversia trae origine dalla domanda con cui A.A. aveva chiesto al Tribunale di Pordenone di dichiarare la nullità, per violazione del divieto dei patti successori, della donazione sotto condizione sospensiva di premorienza del donante effettuata da C.C. (cui era stata da tempo diagnosticata una malattia, ormai giunta in fase terminale) in favore della sorella B. B. nel (*Omissis*), avente ad oggetto le quote della Azienda Agricola P. e della Azienda Agricola M. (queste ultime gravate da usufrutto materno). La donataria aveva, in pari data, donato al fratello le proprie quote della Azienda P., sotto condizione sospensiva della propria premorienza. Nell'(*Omissis*) C.C. era deceduto e la sorella era divenuta esclusiva titolare delle quote sociali anche a seguito del decesso della madre, precedente usufruttuaria.

A.A. aveva, inoltre, chiesto di essere dichiarato unico erede del figlio e di condannare la convenuta al pagamento del controvalore delle quote che nel frattempo quest'ultima aveva ceduto a terzi, per un importo di Euro 4.071.900,00, oltre accessori dalla domanda.

B.B. resisteva, sostenendo che, dopo la morte di C.C., era stata sciolta la comunione ereditaria e i rapporti successori erano stati definitivamente regolati mediante a) un "atto di assegnazione di beni immobili" di data (*Omissis*), con cui le parti, incluso A.A., avevano accettato gli atti dispositivi compiuti in vita dal defunto, rinunciando all'azione di riduzione, e D.D. aveva rinunciato a "tutti gli altri beni immobili posseduti da C.C.", impegnandosi a rinunciare all'eredità del fratello "relativamente alla quota di beni immobili di cui al presente atto, eventualmente di spettanza", sì da consentirne l'accettazione del solo A.A.; b) un "atto di assegnazione di beni mobili" di data (*Omissis*), con cui le parti avevano dato "per regolata e definita ogni controversia esclusivamente in relazione ai beni sopra indicati, senza che sorgessero ulteriori diritti a compensazioni, versamenti, conguagli in denaro tra le parti"; c) un atto di ripartizione spese e rimborso ASL" del (*Omissis*), con il quale, premessa l'avvenuta definizione dei "rapporti inerenti alla quota immobiliare di spettanza di ciascun erede nonché alle quote di partecipazione nelle aziende agricole P. e M.", A.A. e E.E. si erano accollati al 50% "le spese sostenute ed i rimborsi pervenuti"; d) un "atto riepilogativo" con il quale, sempre in data (*Omissis*), A.A., E.E. e F.F. avevano dichiarato di "di aver sciolto la comunione ereditaria su tutti i beni mobili e immobili di proprietà o nel possesso di C.C., di aver definito spese e rimborsi e dunque ogni e qualsiasi controversia presente e futura avente per oggetto la massa ereditaria, senza che nessuno possa pretendere o rivendicare in futuro ulteriori diritti a compensazioni, versamenti, assegnazioni, conguagli in denaro o quant'altro, rinunciando espressamente all'azione di riduzione eventualmente loro spettante in ordine alla sua eredità".

La convenuta affermava di aver comunque tacitamente accettato l'eredità del fratello mediante il compimento di

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

atti di disposizione dei diritti successori; eccepiva la prescrizione dell'azione di restituzione, non suscettibile di accoglimento essendo state cedute le quote sociali, sostenendo che nella determinazione del relativo loro valore avrebbero dovuto tenersi in debito conto i miglioramenti, le addizioni e le spese sostenute.

A seguito delle descritte deduzioni difensive della convenuta, A.A. impugnava per nullità – ai sensi dell'art. 1972 c.c. – anche l'atto di assegnazione di beni immobili del (*Omissis*), l'atto di assegnazione dei mobili del (*Omissis*) e l'atto di ripartizione e rimborso Asl concluso in pari data e, infine, l'atto riepilogativo, reiterando le precedenti conclusioni unitamente alla richiesta di essere ammesso alla successione ai sensi dell'art. 571 c.c. e di ottenere il controvalore delle quote sociali.

Il Tribunale di Pordenone – con sentenza n. 216/2016 – respingeva tutte le domande, regolando le spese.

La decisione, impugnata da A.A., veniva confermata dalla Corte di appello di Trieste, con sentenza n. 201/2017 (pubblicata il 27.3.2017).

La Corte territoriale osservava che il gravame, nella parte in cui riproponeva l'eccezione di nullità delle donazioni per motivo illecito, era inammissibile, non essendo la questione oggetto di domanda, ritenendo che, comunque, non vi fosse prova che il donante avesse disposto delle quote sociali con l'unico scopo di aggirare il divieto di legge.

Rigettava, inoltre, l'eccezione di nullità della donazione effettuata da C.C., ritenendo che l'atto costituisse una disposizione sottoposta a condizione sospensiva si *premoriar* e non di una donazione *mortis causa*, immediatamente vincolante tra le parti, giacché l'evento morte del donante non era elevato a causa dell'attribuzione, ma incideva esclusivamente sull'efficacia della donazione senza impedire la produzione di effetti limitati o prodromici, peculiari del contratto sottoposto a condizione sospensiva.

Non vi erano elementi – secondo il giudice territoriale – per ritenere che l'uscita del bene dal patrimonio del donante dovesse avvenire prima della morte di C.C., né che questi potesse ancora modificare ulteriormente l'assetto patrimoniale, rendendo inoperante il congegno negoziale posto in essere, evidenziando che la natura di atto *inter vivos* trovava conferma nel fatto che il bene "non veniva a definirsi come commisurato al tempo della morte del donante, sfuggendo all'applicazione dell'art. 458 c.c.".

(*Omissis*)

I motivi. L'unico motivo di ricorso denuncia la violazione degli artt. 458 e 1353 c.c. e l'omesso esame circa l'ammissione dei mezzi di prova richiesti con la memoria *ex* art. 183 c.p.c., comma 6, n. 2.

Assume il ricorrente che C.C. aveva disposto delle quote sociali in favore della sorella allorquando era in fase di malattia terminale e gli restavano pochi mesi di vita, per cui la validità della donazione andava valutata senza arrestarsi al dato formale dell'apposizione della condizione di premorienza del donante, occorrendo vagliare il reale scopo perseguito dalle parti, consistente nell'intento di eludere il divieto di patti successori e di regolare la futura successione, in considerazione della decisiva circostanza che il donante aveva disposto nella piena consapevolezza che gli rimanevano pochi mesi di vita e che la sua premorienza era ormai certa.

Sussistevano, a parere del ricorrente, tutti gli elementi sintomatici del perfezionamento di un patto istitutivo nullo alla luce delle circostanze dedotte ad oggetto della prova per testi che illegittimamente il giudice di merito aveva ritenuto di non ammettere.

Il motivo non è fondato.

Ai fini della configurazione di un patto successorio vietato, occorre accertare: 1) se il vincolo giuridico abbia avuto la specifica finalità di costituire, modificare, trasmettere o estinguere diritti relativi ad una successione non ancora aperta; 2) se la cosa o i diritti formanti oggetto della convenzione siano stati considerati dai contraenti come entità della futura successione e se siano, comunque, ricompresi nella successione stessa; 3) se il promittente abbia inteso provvedere in tutto o in parte della propria successione, privandosi, così dello "*jus poenitendi*"; 4) se l'acquirente abbia contrattato o stipulato come avente diritto alla successione stessa; 5) se il programmato trasferimento, dal promittente al promissario, avrebbe dovuto aver luogo "*mortis causa*", ossia a titolo di eredità o di legato (cfr. da ultimo, Cass. 14110/2021; già in tal senso Cass. 1683/1995; Cass. 2404/1971).

L'art. 458 c.c. mira a salvaguardare il principio – di ordine pubblico – secondo cui la successione *mortis causa* può essere disciplinata, oltre che dalla legge, solo dal testamento (cd. tipicità degli atti *mortis causa*) e a tutelare la libertà testamentaria fino alla morte del disponente.

In considerazione della ratio del divieto sono – invece – sottratti all'ambito applicativo della norma i negozi in cui l'evento morte non è causa dell'attribuzione, ma viene ad incidere esclusivamente sull'efficacia dell'atto, il cui scopo non è di regolare la futura successione.

In particolare, secondo un autorevole orientamento dottrinale (condiviso esplicitamente da questa Corte: cfr. Cass. 19198/2020), l'atto *mortis causa* vietato (diverso dal testamento) è destinato a regolare i rapporti che scaturiscono dalla morte del soggetto, senza produrre alcun effetto, neppure prodromico o preliminare fino a quando il soggetto è in vita.

Il negozio *mortis causa* investe rapporti e situazioni che si formano in via originaria con la morte del soggetto o che dall'evento morte traggono una loro autonoma qualificazione, mentre il negozio *post mortem* valido è destinato a regolare una situazione preesistente, sia pure subordinandone gli effetti alla morte di una delle parti.

Nei primi tale evento incide sia sull'oggetto che sulla posizione del beneficiario, nel senso che la disposizione *mortis causa* interessa non il bene come si trova al momento dell'atto, ma come esso figura nel patrimonio del disponente al momento della morte (cd. *quod superest*) e nel quale il beneficiario è considerato tale in quanto esistente al momento in cui l'atto acquisterà definitiva efficacia.

In carenza di tali condizioni il negozio integra un atto *inter vivos* ed è in genere valido, salvo che specifiche clausole o condizioni contrattuali conservino in capo al disponente il potere di farne venir meno gli effetti e il carattere vincolante.

In definitiva, l'atto *mortis causa* è diretto a regolare i rapporti patrimoniali e non patrimoniali del soggetto per il tempo e in dipendenza della sua morte, senza produrre alcun effetto, nemmeno prodromico o preliminare.

L'evento della morte riveste un ruolo diverso nell'atto *post mortem*, perché qui l'attribuzione è attuale nella sua consistenza patrimoniale e non è limitata ai beni rimasti nel

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

patrimonio del disponente al momento della morte (Cass. SU 18831/2019, nonché Cass. 18198/2020).

Su tali premesse la giurisprudenza assolutamente prevalente di questa Corte ha da tempo riconosciuto piena validità, sia pure in presenza di determinate condizioni, alla donazione con clausola sospensiva di efficacia subordinata alla premorienza del donante (clausola *si premoriar*; Cass. 2619/1976; nello stesso senso Cass. 576/1950; contra Cass. 4053/1987).

Ferma, difatti, la nullità della donazione *mortis causa* per violazione dell'art. 485 c.c., la donazione con clausola sospensiva di premorienza del donante produce effetti preliminari immediati in vita del donante ed investe un singolo bene inteso come entità separata dal resto del patrimonio, sempre che permangano l'irrevocabilità della disposizione e l'immediata costituzione del vincolo giuridico tra le parti, con conseguente attualità dell'attribuzione la cui efficacia è solo differita alla morte, avendo il donatario facoltà di compiere atti conservativi e finanche di disporre del bene (sotto condizione).

Il bene donato viene valutato dai contraenti non quale entità che residua al momento della morte, ma nella sua consistenza ed oggettività al momento del perfezionamento del negozio.

L'eventuale contrasto della donazione con il divieto di patti successori può allora dipendere dalla persistenza di un residuo potere dispositivo in capo al donante, tale da minare o rendere solo apparente l'irrevocabilità della disposizione e la sua immediata efficacia vincolante, non in sé per la maggior o minore probabilità del verificarsi dell'evento condizionante.

La premorienza del donante è, per sua natura, evenienza incerta anche ove il donante versi in condizioni di malattia irreversibili (non potendo escludersi, in linea di principio, che premuoia il donatario per cause accidentali, improvvise, impreviste e indipendenti dal suo stato di salute sicché la donazione non diviene efficace), né è – in tal caso – prevedibile la durata della vita residua, conservando utilità pratica la connotazione di irrevocabilità della disposizione.

Questa Corte ha chiarito che per accertare nei singoli casi se le parti abbiano posto una donazione *inter vivos*, coi requisiti richiesti per la sua validità, ovvero un'attribuzione patrimoniale gratuita, di altra natura, eventualmente non consentita dalla legge, è necessario procedere alla ricerca della volontà negoziale delle parti in applicazione delle regole ermeneutiche stabilite dalla legge per la interpretazione dei contratti e, in particolare, del criterio dell'interpretazione complessiva, che postula l'esame delle varie clausole dell'atto onde interpretarle le une per mezzo delle altre, attribuendo a ciascuna di esse il senso risultante dal loro complesso, facendo, inoltre, applicazione del principio secondo cui la qualificazione giuridica del rapporto dedotto in giudizio non dipende dal significato letterale delle parole o dal *nomen juris* attribuitogli dalle parti, ma dal suo concreto contenuto e dalla comune intenzione delle parti (cfr., testualmente, Cass. 1547/1966).

Nel caso di cui si discute, la Corte di merito ha, appunto, stabilito che la donazione era immediatamente efficace ed aveva ad oggetto beni (quote sociali) considerati nella loro consistenza e valore al momento della disposizione, dando vita ad un vincolo giuridico produttivo di effetti prodromici, valorizzando l'assenza di elementi che deponessero – anche solo in via indiretta – per l'effettiva persistenza in capo al donante di un potere dispositivo, a conferma dell'irrevocabilità dell'attribuzione.

Benché C.C. fosse certamente affetto da un male incurabile, la sua premorienza rispetto alla sorella poteva al più considerarsi altamente probabile ma non certa, né comunque imminente (la morte è sopraggiunta mesi dopo il perfezionamento della donazione, nell'(*Omissis*)), permanendo, nonostante la gravità delle condizioni di salute del donante, lo scopo pratico di assicurare il trasferimento delle quote in capo alla sorella con effetti irrevocabili e parzialmente anticipati, indirizzando da subito, nella direzione auspicata, le vicende del complesso aziendale.

L'unico motivo di ricorso non merita, pertanto, accoglimento, non potendo addebitarsi alla Corte di merito di aver escluso la violazione dell'art. 485 c.c., sottovalutando le condizioni di grave malattia e il grado di probabilità della premorienza del donante rispetto alla donataria nella ricerca dello scopo pratico voluto dai contraenti; è incensurabile, nella presente sede di legittimità, la qualificazione della donazione quale negozio *inter vivos* valido alla luce degli indici posti in rilievo nella sentenza, consistenti nella natura condizionale della clausola di premorienza, nell'idoneità dell'atto a produrre effetti prodromici e nell'assenza di previsioni che, anche solo indirettamente, conducessero a ravvisare la permanenza in capo al donante della facoltà di revoca della disposizione.

(*Omissis*).

Donazione con condizione «*si praemoriar*»: *ratio* del divieto dei patti successori e natura degli atti *mortis causa*

di Giovanni Battista Ferri jr.*

La Cassazione ha ribadito l'ammissibilità della condizione di premorienza (c.d. clausola *si praemoriar*) apposta ad una donazione. La Corte ritorna sulla differenza tra atti *mortis causa* e con efficacia *post mortem* e, in generale, il perimetro di operatività del divieto dei patti successori di cui all'art. 458 cod. civ., fornendo un interessante catalogo ermeneutico per tracciare tale discrimine, con particolare riguardo,

* **Contributo pubblicato in base a *referee*.**

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

nel caso di una donazione, al carattere della stabilità dell'atto che l'interprete deve analizzare. Da qui discendono alcune considerazioni sulla *ratio* del divieto dei patti successori e sulla natura degli atti *mortis causa*.

I. Il caso

Il sig. C. C. compie una donazione in favore della sorella B. B. e subordina alla propria premorienza l'efficacia di tale donazione. C. C. era affetto da una malattia terminale, tale per cui la sua premorienza era assai probabile. Una volta morto il donante e aperta la successione, si concludono una serie di accordi tra gli eredi. Uno di questi, A. A., dopo aver preso parte a tali accordi, chiede al tribunale di essere dichiarato unico erede e cita in giudizio B. B. per la restituzione del controvalore della donazione fatta al tempo, in quanto, nella prospettiva attorea, nulla, poiché fatta in violazione del divieto di patti successori di cui all'art. 458 cod. civ. Tanto il Tribunale quanto la Corte d'Appello hanno rigettato la domanda di nullità della donazione, qualificandola come donazione sottoposta a condizione sospensiva (c.d. *si praemoriar*), perfettamente lecita, e non come una donazione *mortis causa*, che al contrario sarebbe stata nulla. La Cassazione, allineandosi alle due precedenti pronunce, respinge il ricorso e fornisce una completa panoramica sulla questione del confine tra patti successori e atti *inter vivos* e *post mortem*.

II. Le questioni

1. *La difficile distinzione tra atto inter vivos e atto mortis causa: il caso della donazione con condizione di premorienza.*

La sentenza in esame, pur affrontando principalmente il problema dell'ammissibilità delle donazioni condizionate alla premorienza del donante, si occupa anche di altre questioni, tra le quali quella, certamente la più interessante, relativa all'annoso problema, qui riproposto in una forma particolarmente delicata da trattare, del confine tra atti *inter vivos*, ma con effetti subordinati alla morte di uno dei contraenti, e atti *mortis causa*.

In primo luogo, la Suprema Corte ribadisce l'ammissibilità delle donazioni con condizione di premorienza, in accordo con la dottrina dominante (SANTORO PASSARELLI, 854; CATAUDELLA, 113, entrambi *infra*, sez. IV) e con la giurisprudenza (vedi *infra*, sez. III). Dunque l'aspetto rilevante di questa pronuncia, non risiede tanto, e non solo, in tale affermazione, ma nel processo logico-argomentativo per arrivarvi: al fine di giungere a tale conclusione, la sentenza segna il confine tra atto *inter vivos* e *mortis causa*, indicando una serie di canoni interpretativi da utilizzare in concreto per tracciare questa differenza, con particolare riguardo ai patti successori *istitutivi*, in relazione ai quali il divieto di cui all'art. 458 cod. civ. sembra avere, anche alla luce dei criteri contenuti nella sentenza, una portata se non altro peculiare, rispetto a quella degli altri patti successori.

La sentenza elenca cinque canoni da utilizzare per verificare l'eventuale violazione del divieto dei patti successori, suggerendo di verificare "*1) se il vincolo giuridico abbia avuto la specifica finalità di costituire, modificare, trasmettere o estinguere diritti relativi ad una successione non ancora aperta; 2) se la cosa o i diritti formanti oggetto della convenzione siano stati considerati dai contraenti come entità della futura successione e se siano, comunque, ricompresi nella successione stessa; 3) se il promittente abbia inteso provvedere in tutto o in parte della propria successione, privandosi, così dello* "jus poenitendi"*; 4) se l'acquirente abbia contrattato o stipulato come avente diritto alla successione stessa; 5) se il programmato trasferimento, dal promittente al promissario, avrebbe dovuto aver luogo* "mortis causa"*, ossia a titolo di eredità o di legato*".

La Suprema Corte, pur ribadendo che quello di tipicità degli atti *mortis causa* è un principio di ordine pubblico, sottolinea al tempo stesso come non si debba confondere un atto in cui la morte sia la *causa* dell'attribuzione da quello in cui essa sia solo il *momento* a partire dal quale diviene efficace, cioè il *termine iniziale* della sua efficacia. Mentre le situazioni giuridiche sulle quali incidono gli atti *mortis causa* si formano al momento della morte, con l'esito che tali atti non possono avere alcun effetto "prodromico o preliminare", il negozio *inter vivos*, ma *post mortem* regola una situazione giuridica già esistente, limitandosi a subordinare gli effetti ad un evento futuro, ossia la morte. In questo caso è certamente possibile, e anzi è un indicatore della loro natura di atto tra vivi, il fatto che un qualche effetto si produca comunque prima che si verifichi l'evento, la morte, al quale è subordinata la generale efficacia dell'atto.

In altre parole, lo stesso bene può essere oggetto di un atto dispositivo vietato *ex* art. 458 cod. civ. oppure no, a seconda che se ne disponga in quanto bene compreso tra i beni ereditari o in quanto bene esistente nell'attuale patrimonio del disponente. Tant'è che la sentenza specifica che un indicatore per riconoscere un atto dispositivo vietato è rappresentato dal fatto che "*specifiche clausole o condizioni contrattuali conservino in capo al disponente il potere di farne venir meno gli effetti e il carattere vincolante*". Sulla base di tale criterio, la donazione con condizione di premorienza viene qualificata come atto *inter vivos*, e dunque lecito, "*sempre che permangano l'irrevocabilità della disposizione e l'immediata costituzione del vincolo giuridico tra le parti, con conse-*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

guente attualità dell'attribuzione la cui efficacia è solo differita alla morte". E l'*attualità* di tale attribuzione si manifesta anche attraverso quegli "effetti prodromici o preliminari" che possono consistere nella facoltà per il donatario "*di compiere atti conservativi e finanche di disporre del bene*".

La Suprema Corte ribadisce nuovamente questo concetto, ossia che il criterio più significativo, in casi come questo, sia da ricercare nell'irrevocabilità dell'attribuzione: "*l'eventuale contrasto della donazione con il divieto di patti successori può allora dipendere dalla persistenza di un residuo potere dispositivo in capo al donante, tale da minare o rendere solo apparente l'irrevocabilità della disposizione e la sua immediata efficacia vincolante, non in sé per la maggior o minore probabilità del verificarsi dell'evento condizionante*". Anche il giudice di legittimità non si è sottratto all'esame della clausola sospensiva di premorienza, dichiarando come essa riguardasse un evento futuro e incerto, nonostante la grave situazione di salute del donante, e giungendo alla conclusione che, nel caso concreto, ricorressero i presupposti richiesti dall'art. 1353 cod. civ.: l'evento, ossia la premorienza del donante, benché altamente probabile, non era infatti né certo né imminente, dal momento che ben sarebbe potuta, ad esempio, sopraggiungere la morte della donataria per un motivo imprevedibile o accidentale. Ma tale analisi risulta quasi ridondante ai nostri fini: come anche ribadito nell'ultimo brano riportato, non è la probabilità, o l'improbabilità, dell'evento dedotto nella clausola a determinarne la validità rispetto all'art. 458 cod. civ.

Lo stesso discorso può essere fatto per le donazioni *cum moriar*, che addirittura considerano la morte non come una condizione sospensiva, ma come il *termine iniziale* di produzione degli effetti. In questi casi non vi è neanche la più vaga incertezza sul verificarsi dell'evento, eppure l'apposizione di tali clausole è considerata legittima (anche se non mancano autori che hanno sollevato alcuni dubbi sull'ammissibilità delle donazioni i cui effetti siano subordinati alla morte, *infra*, sez. IV) e non costituisce una violazione del divieto di patti successori (si veda la giurisprudenza, ormai consolidata in questo senso, *infra*, sez. III). L'eventuale cattivo stato di salute di uno dei contraenti può essere considerato tutt'al più come un criterio per interpretare la concreta volontà delle parti e indagare se si sia voluto realizzare un'attribuzione attuale o posticipata al momento della morte e se, in virtù di tale situazione, l'attribuzione sia priva del requisito dell'irrevocabilità.

A questo punto varrebbe la pena di vagliare quali ulteriori implicazioni possano avere le affermazioni della Suprema Corte. E non si vuole certo provare a ricavare da questa pronuncia più di quanto non sia in essa contenuto: ci si limita ad osservare che i criteri per considerare ammissibile una donazione – o una qualsiasi altra disposizione attributiva – *post mortem* (ma non *mortis causa*) possono sembrare quantomeno controintuitivi (DEL PRATO, *Patti successori*, 3, *infra*, sez. IV), e che individuarne la ragione può suggerire qualche riflessione in relazione alla categoria generale degli atti a causa di morte.

2. *La* ratio *del divieto contenuto nell'art. 458 cod. civ.*

Sviluppando il ragionamento della Suprema Corte, può iniziarsi con il ribadire preliminarmente che il legislatore ha inteso limitare la possibilità per l'autonomia privata di disporre della successione. In particolare, gli artt. 457 e seguenti cod. civ. stabiliscono come i titoli della delazione successoria siano solamente la legge e il testamento, che rappresenta allora l'unico atto *mortis causa* ammesso dalla legge (se si prescinde dall'istituto del patto di famiglia, che risulta essere residuale sia per quanto riguarda l'aspetto teorico che l'applicazione pratica).

In altre parole, è vietato qualsiasi altro atto, diverso dal testamento, che regoli la successione (art. 458 cod. civ.): e questi atti prendono genericamente il nome di "patti successori". Va altresì notato che i patti successori oggetto del divieto di cui all'art. 458 cod. civ. non rappresentano una categoria unitaria: si distinguono infatti quelli aventi ad oggetto la propria successione, i patti *istitutivi*, e quelli relativi all'altrui successione, e cioè ai diritti su di essa spettanti, nel qual caso si parla di patti *dispositivi*, o, alternativamente, *rinunziativi* (IEVA, 30 ss., *infra*, sez. IV). Come è stato notato (DEL PRATO, *Patti successori*, 1; SPATUZZI, 1015, *infra*, sez. IV), il fatto che tutti questi diversi tipi di patti vengano ricompresi nel perimetro dell'art. 458 cod. civ. non vuol dire che la *ratio* del divieto e la sua operatività sia in tutti i casi la medesima: di conseguenza un approccio unitario alla questione non sembra essere il più conveniente.

Per quel che concerne la sentenza in esame, siamo di fronte ad un atto dispositivo della *propria* successione, o che, meglio, come tale viene considerato dall'attore. Nel nostro caso, lo ripetiamo, il giudice ha tracciato la linea di demarcazione tra un *patto istitutivo*, *mortis causa*, e dunque vietato, e una donazione *inter vivos*, ma con effetti *post mortem*, la quale è invece perfettamente legittima. La Cassazione torna su questo tema, già dibattuto, ribadisce la distinzione teorica tra le due diverse fattispecie ma aggiunge anche un vero e proprio catalogo di criteri ermeneutici per poter distinguere in concreto tra atti *inter vivos* e *mortis causa*. E questo è tanto più rilevante, in quanto ogni tipo di patto successorio presenta caratteristiche differenti che rendono la sua analisi inscindibile dal caso concreto.

Come appena detto, il *genus* dei patti successori istitutivi è composto da varie *species*. Possiamo suddividere questi ultimi in due ulteriori categorie: i patti istitutivi "reali" e quelli "obbligatori" (SPATUZZI, 1018, *infra*, sez. IV). Con ciò si intende che in alcuni casi si realizza un'attribuzione del bene, ad esempio con una donazione *mortis causa*, in altri casi ci si impegna ad

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

istituire qualcuno erede o legatario o in generale ad inserire un qualsiasi contenuto nel proprio testamento. Il fatto che eventuali patti successori abbiano una portata meramente "obbligatoria" non li sottrae affatto dal divieto *ex* art. 458 cod. civ.: anzi, si ritiene che a poter essere colpita da nullità, oltre al patto, sia anche la disposizione testamentaria diretta ad eseguirlo.

In relazione ai patti successori "obbligatori", emerge chiaramente una delle funzioni del divieto di cui all'art. 458 cod. civ.: la tutela della libertà del *de cuius* di disporre senza limiti del proprio patrimonio, così come si trova al momento della morte. Al riguardo, è stato notato, in relazione alle promesse di istituzione di erede o legatario, come "*diffuso, peraltro, è il convincimento che simili dichiarazioni non restino colpite dalla capacità sanzionante dell'art. 458 cod. civ. Differentemente dal patto successorio, infatti, si sarebbe qui al cospetto di un atto non acconcio a creare un vincolo giuridico limitativo per la libertà testamentaria del promittente, e perciò in tal senso non raggiungibile dalla nullità*" (SPATUZZI, 1028, *infra*, sez. IV).

In questa prospettiva, si tratterebbe allora di separare il piano del patto in sé da quello della disposizione testamentaria attuativa del medesimo, nel senso che il divieto colpirebbe il testamento che dà esecuzione ai patti, non i patti stessi, o, meglio, le promesse di istituire eredi o legatari, rispetto alle quali, più che di nullità, si dovrebbe parlare di *irrilevanza per il diritto* o di *inefficacia* (L. FERRI, 102): problema, questo, naturalmente in concreto rilevante solo dopo la morte del *de cuius* e l'apertura della successione.

E non è casuale il riferimento alle promesse di istituzione: la donazione *mortis causa* si differenzia infatti da quella *post mortem*, a detta dello stesso giudice, proprio per via della sua revocabilità, mentre la seconda risulta irrevocabile. Ma allora un atto dispositivo nullo, inefficace fino alla morte e sempre revocabile dal disponente, in cosa si differenzia da una promessa non vincolante? E soprattutto, a tutela di quali interessi è prevista la sua nullità? Essa sembrerebbe tutelare l'affidamento dei terzi e la certezza dei traffici, piuttosto che la libertà del testatore: se anche nei patti "reali" la *ratio* fosse soltanto quella di tutelare la libertà testamentaria, a rigor di logica bisognerebbe considerare legittime solo le donazioni che consentano al donante di revocare l'attribuzione. Al contrario, in questo caso è proprio la *stabilità* della donazione che ne sancisce definitivamente l'appartenenza agli atti *inter vivos* e dunque la validità. La nullità prevista dall'art. 458 cod. civ. sembrerebbe pertanto essere posta a tutela di interessi differenti, se si tratti di patti istitutivi, rispetto a se si tratti di patti dispositivi o rinunziativi. E tale differenza emerge soprattutto nel momento anteriore alla morte: naturalmente, così come abbiamo detto per i patti "obbligatori", se il *de cuius*, pur essendosi riservato la facoltà di revocare la donazione, non l'abbia però esercitata, di nuovo si potrà discutere dell'accertamento della natura di tale disposizione che *con la morte* è stata o, meglio, è rimasta, definitivamente "attuata".

L'atteggiamento della sentenza, nell'interpretare il divieto di patti successori, sembra quasi ispirato all'esigenza di estendere la categoria degli atti *inter vivos*, in modo da evitare che essi siano colpiti dall'ineluttabile *irrilevanza*, come è stata definita, degli atti istitutivi *mortis causa* diversi dal testamento.

Una volta invece aperta la successione, la stabilità della donazione diventa sia il presupposto per definirla come *inter vivos*, sia la conseguenza di una tale qualificazione.

3. *L'atto mortis causa e il sistema delle successioni.*

Da qui discende una riflessione che può espandersi a dismisura, in quanto potrebbe toccare tutti gli aspetti del diritto delle successioni. Naturalmente ciò non può essere fatto in questa sede, ma possiamo comunque trarre da questa sentenza lo spunto per una generalissima riflessione sui principi che reggono gli istituti del diritto successorio.

Dovremmo allora iniziare a chiederci che cosa si intenda con atto *mortis causa*. L'individuazione di questa categoria giuridica è stata proposta da numerosi autori e nei modi più vari. Potremmo iniziare col dire che l'atto *mortis causa* si chiama così in quanto trova la sua ragione giustificatrice nella morte del soggetto. Al contrario gli atti *inter vivos*, come si può capire dal nome, sono gli atti che ordinariamente i soggetti compiono nel corso della loro vita. È interessante notare come le due locuzioni, pur essendo usate pressoché esclusivamente l'una in relazione all'altra, in termini tra loro alternativi e complementari, non abbiano una struttura letteralmente speculare. L'atto tra vivi è definito in relazione al soggetto che lo compie. Al contrario, nel parlare di atto *mortis causa*, l'"accento logico" della definizione si sposta dal soggetto all'atto: sembrerebbe quasi che la *causa* sopperisca alla mancanza di un soggetto in grado di compiere quell'atto, dato che, inevitabilmente, tale soggetto non può più esserci. La morte rappresenta infatti una sorta di spartiacque che influisce in maniera assai incisiva non solo, come è ovvio che sia, sullo *status* di tale *soggetto*, ma anche sulla condizione dei suoi *beni* e sul modo in cui questi si trasferiscono ad altri.

La definizione di atto *mortis causa*, per tornare a noi, non è certo univoca. È stato detto come questa locuzione sia diretta a sottolineare che la morte non si limiti a rilevare come evento originario a cui si ricollega la produzione degli effetti dell'atto: essa assume una portata più significativa, quella, cioè, di "*punto di origine e di individuazione della stessa situazione regolata*" (GIAMPICCOLO, 40, *infra*, sez. IV). Questa categoria di atti "*ha per funzione sua propria di regolare rapporti e situazioni che vengono a formarsi in via* originaria *con la morte del soggetto che dalla sua morte traggono comunque*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

una loro autonoma qualificazione" (GIAMPICCOLO, *ibid.*).

I beni ereditari, oggetto degli atti *mortis causa*, non sono infatti beni futuri (a tal proposito si veda l'art. 1118 del Codice civile italiano del 1865. È interessante notare come all'epoca si scelse di inserire il divieto dei patti successori tra le norme in tema di contratto su beni futuri. Si legge infatti nel citato articolo: "*Le cose future possono formare oggetto di contratto. Non si può però rinunziare ad una successione ancora aperta, né fare alcuna stipulazione attorno alla medesima, sia con quello della cui eredità si tratta sia con terzi, quantunque intervenisse il consenso di questo*"): alla morte, infatti, consegue una sorta di trasformazione in beni ereditari di quelli che fino a quel momento erano beni che facevano parte del patrimonio disponibile del *de cuius*. La differenza tra il disporre dei beni come parte attuale del proprio patrimonio, subordinando alla morte gli effetti del relativo atto, e il disporre dei beni *in quanto parte dell'asse ereditario*, è proprio il discrimine teorico tra atti *inter vivos* e *mortis causa* (come indicato nel secondo criterio riportato nella sentenza; per altra giurisprudenza, si veda *infra*, sez. III).

Il concetto di atto *mortis causa* crea insomma una sorta di corto circuito: la disposizione dei beni ereditari appare problematica proprio perché essi assumono questa specifica qualificazione giuridica (poiché esistono materialmente già da prima) solo alla morte del soggetto che ne dispone, quando cioè il loro titolare non esiste più (CICU, 279, *infra*, sez. IV).

Proprio per tale ragione il testamento, unico atto *mortis causa* ammesso dal nostro ordinamento, risulta così peculiare, al punto che è ancora discusso se esso presenti natura negoziale o meno (LIPARI, 9 ss.; ALLARA, 17 ss.; RESCIGNO, 206 ss.; CARIOTA FERRARA, 40 ss.; BIGLIAZZI-GERI, 86 ss., *infra*, sez. IV). In questa sede, quel che più interessa è come esso si inserisca nella categoria degli atti *mortis causa* e in che rapporto si trovi rispetto ai patti successori.

4. *Validità ed efficacia del testamento.*

Un particolare aspetto, anche e soprattutto alla luce della sentenza in commento, non può essere tralasciato nel raffronto tra patti successori e testamento: la revoca. Il testamento è revocabile per definizione: l'attributo della revocabilità è presente nella stessa disposizione introduttiva del titolo III del secondo libro del Codice, l'art. 587 cod. civ., ai sensi del quale "*Il testamento è un atto revocabile con il quale taluno dispone, per il tempo in cui avrà cessato di vivere, di tutte le proprie sostanze o di parte di esse*".

La revoca del testamento rileva anche nella discussione sulla condizione giuridica delle disposizioni testamentarie prima della morte, ossia se esse siano o meno già perfezionate, per quanto non ancora efficaci. Questo perché, se si dovesse ammettere che, durante la vita del *de cuius*, il testamento, mancando di un suo presupposto imprescindibile, ossia la morte, non potesse ritenersi ancora perfezionato, sarebbe poi difficile ipotizzare una sua revoca (la revoca del testamento, in quanto atto *mortis causa*, differisce significativamente dalla revoca di un atto giuridico *inter vivos*, così DEL PRATO, *Le basi del diritto civile*, 225, *infra*, sez. IV).

Una norma in particolare sembra fornire una rappresentazione emblematica della peculiarità del testamento: il riferimento è all'art. 256 cod. civ. in materia di riconoscimento del figlio nato fuori del matrimonio. L'art. 245 cod. civ. stabilisce come "*il riconoscimento del figlio nato fuori del matrimonio è fatto […] in un testamento, qualunque sia la forma di questo*". Ma il Codice stesso detta una disciplina specifica proprio per il caso del riconoscimento del figlio nato fuori del matrimonio. L'art. 256 cod. civ. dispone infatti che "*il riconoscimento è irrevocabile. Se è contenuto in un testamento, ha effetto dal tempo della morte del testatore, anche se il testamento è stato revocato*".

Il primo profilo interessante da notare è che in tal modo la legge pone un limite alla assoluta revocabilità del testamento. In realtà, il riconoscimento del figlio, per quanto non revocabile, non impedisce la revoca del testamento che lo contiene. Si potrebbe dire allora che il testamento si scinda in due elementi, da una parte il riconoscimento, dall'altra le disposizioni testamentarie, se non fosse che il riconoscimento, per quanto irrevocabile, ha effetto non immediatamente, ma solo dopo la morte: lo prevede, espressamente l'art. 256 cod. civ., il quale, in tal modo, ha introdotto un'eccezione rispetto al generale principio contenuto nell'art. 257 cod. civ., ossia quello della nullità di clausole che limitano gli effetti del riconoscimento del figlio (GIAMPICCOLO, 227; FUNAIOLI, 476 ss., *infra*, sez. IV).

D'altra parte, considerare il testamento già perfezionato in vita, ma destinato a diventare efficace solo con la morte, contraddirebbe ciò che è stato precedentemente osservato in ordine alla differenza tra atti *inter vivos* e *mortis causa*: in tal caso, infatti, il testamento ricadrebbe pienamente nella categoria degli atti tra vivi, finendo per risultare indistinguibile da questi ultimi (specialmente quelli con efficacia *post mortem*). Verrebbe infatti da chiedersi: se il testamento, fin quando è in vita il *de cuius*, fosse "perfezionato" (nel senso proprio degli atti tra vivi), e solo inefficace, come potrebbe distinguersi da un atto *inter vivos*, ma con efficacia differita *post mortem*? E l'inefficacia degli atti *mortis causa* non può certo essere giustificata solo dalla loro genetica revocabilità: il riconoscimento del figlio, che è inderogabilmente irrevocabile, se contenuto in un testamento è destinato a divenire efficace sempre e solo con l'apertura della successione.

La riflessione potrebbe virare in generale sul concetto di perfezionamento dell'atto *mortis causa*, e in particolare, ovviamente, del testamento. In un atto tra vivi è ben nota la differenza tra validità ed efficacia (AZZA-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

RITI, 368, *infra*, sez. IV). Negli atti *mortis causa*, nel momento in cui essi vengono compiuti, manca certamente un elemento essenziale: la morte del disponente (LIPARI, 122 ss., *infra*, sez. IV). Il testamento *valido*, durante la vita del *de cuius* potrebbe allora considerarsi non già propriamente *perfezionato*, ma solo *idoneo a perfezionarsi* – e dunque a produrre effetti – nel momento della morte. Anche la revoca non opererebbe, come per gli atti tra vivi, nel senso di privare l'atto della propria efficacia: revocare un testamento significherebbe solo togliergli l'attitudine a perfezionarsi con la morte. Ciò sarebbe anche più coerente con la disciplina del riconoscimento del figlio: la disposizione testamentaria in questione sarebbe "irrevocabile", in quanto inidonea ad essere successivamente privata dell'attitudine a perfezionarsi: perfezionamento che avverrebbe però sempre e solo *a partire dal momento della morte*. E questo perché il testamento è un atto unitario e *mortis causa* e, come in questa sentenza è stato ribadito per le donazioni vietate, non produce alcun effetto "prodromico o preliminare", neanche nell'eccezionale caso di disposizioni irrevocabili, quale è il riconoscimento del figlio.

5. *Il rapporto tra testamento e patti successori*.

Per tornare alla sentenza, quest'ultima potrebbe fornire lo spunto per analizzare sotto una diversa luce il rapporto tra patti successori e testamento.

Questo rapporto si presta ad essere ricostruito in due modi distinti. In una prima prospettiva, si potrebbe ritenere che un atto di autonomia privata abbia, in generale, la capacità di incidere sulla successione del defunto: con la conseguenza che, in assenza dell'espresso divieto di patti successori istitutivi, il *de cuius* sarebbe stato pienamente in grado di disporre dei propri beni anche "*per il tempo in cui* avrà cessato di vivere", e non solo *a partire da quando* avrà cessato di vivere. E, dunque, il testamento è l'unico atto *mortis causa* ammesso dalla legge, tra quelli che, in assenza dell'art. 458 cod. civ., avrebbero potuto astrattamente esserlo.

Al contrario, si potrebbe ritenere che in linea teorica solo la legge risulti idonea a costituire, a rigore, un titolo idoneo alla devoluzione dell'eredità (in questo senso si veda, NICOLÒ, 19, *infra*, sez. IV). La stessa legge, per il tramite degli artt. 457, 458, 587, ecc. cod. civ., avrebbe però consentito ad uno, ed un solo atto di autonomia privata, il testamento appunto, di disporre di beni che, in quanto ereditari, tale forma assumeranno solo dal momento in cui il disponente abbia cessato di esistere: risiederebbe qui la *fictio* giuridica (per vero, non l'unica) sottostante al testamento.

In questa diversa prospettiva, anche in assenza di un espresso divieto dei patti successori non si sarebbe potuto comunque disporre, in vita, di beni, quelli *ereditari*, che possono considerarsi tali solo dal momento della morte del disponente. Sembra quasi banale da dire ma, in vita, si possono compiere solo atti *inter vivos*. E la contrapposizione tra atti *inter vivos* e *mortis causa* è totale e complementare, tanto che "*non v'è posto per nessuna attribuzione fra vivi a causa di morte […]: nessun negozio* inter vivos *è o può essere* mortis causa" (SANTORO PASSARELLI, 851, *infra*, sez. IV). Il sillogismo si completa con la constatazione che l'atto *mortis causa* risulterebbe, logicamente, una contraddizione in termini, dal momento che, avendo ad oggetto beni ereditari, presupporrebbe l'esser compiuto solo dopo la morte del soggetto: contraddizione tuttavia superata dalla legge, la quale consente ad un solo atto, il testamento, di far rilevare la volontà di un soggetto e di proiettarla in un momento successivo alla sua morte: il *de cuius* "parla" attraverso il testamento (CICU, 288, *infra*, sez. IV).

E in una tale prospettiva si capovolgerebbe il rapporto tra testamento e patti successori istitutivi: il testamento sarebbe figura del tutto eccezionale, tramite la quale porre in essere, ovviamente in vita (e come potrebbe essere altrimenti!), un atto *mortis causa*, mentre il divieto dei patti successori istitutivi non varrebbe altro che a ribadire la generale inammissibilità di atti *mortis causa*.

III. I precedenti

1. *La difficile distinzione tra atto* inter vivos *e atto* mortis causa.

Sull'ammissibilità anche della donazione *cum moriar*, da ultimo, APP. VENEZIA, 6.3.2023, in *Dejure*. In questa sentenza il giudice ammette la possibilità tanto delle donazioni *cum moriar* quanto di quelle *si praemoriar*, e con particolare riguardo alle prime conclude che "*la donazione* cum moriar *non contrasta con il divieto dei patti successori, in quanto la morte del donante non è causa dell'attribuzione patrimoniale, bensì mera occasione dell'acquisto. Il donatario acquista già il diritto fin dal perfezionamento della donazione, la quale è perfetta ed irrevocabile, mentre soltanto l'effetto, reale o obbligatorio, è differito a un momento successivo*".

E inoltre CASS. CIV., 9.5.2000, n. 5870, in *Riv. not.*, 2001, II; CASS. CIV., 9.7.1976, n. 2619, in *Foro it.*; CASS. CIV., 16.6.1966, n. 1547.

Per quanto riguarda l'ammissibilità delle donazioni con clausola *si praemoriar*, si veda sempre CASS. CIV., 9.7.1976, n. 2619, cit.; nello stesso senso CASS. CIV., 6.3.1950, n. 576; *contra* CASS. CIV., 24.4.1987, n. 4053, in *Rep. Foro it.*, 1987.

2. *La* ratio *del divieto contenuto nell'art. 458 cod. civ.*

Sul tema delle promesse di istituzione di erede, CASS. CIV., 29.5.1972, n. 1702, in *Foro it.*; CASS. CIV., n. 5870/2000, cit., e CASS. CIV., 8.10.2008, n. 24813, in *Riv. notar.*, 2009, 3, con nota di BILOTTI.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

3. *L'atto mortis causa e il sistema delle successioni*.

Per una completa disamina sul punto si veda, oltre a CASS. CIV., n. 5870/2000, cit., inoltre, CASS. CIV., 16.2.1995, n. 1683, in *Riv. notar.*, 1995, con nota di CACCAVALE; CASS. CIV., 22.7.1971, n. 2404, in *Foro it.*

4. *Validità ed efficacia del testamento*.

Il tema dell'efficacia del testamento è stato affrontato in varie pronunce. Recentemente si veda TRIB. ROMA, 3.2.2023, in *Dejure*: il testamento non può produrre alcun effetto prima della morte così che le dichiarazioni ivi contenute "*sono inidonee a produrre effetti immediati nella sfera dei destinatari*".

5. *Il rapporto tra testamento e patti successori*.

Impostazione contraria a quanto prospettato, si può ritrovare in CASS. CIV., n. 1702/1972, cit., e CASS. CIV., 9.4.1964, n. 853.

IV. La dottrina

1. *La difficile distinzione tra atto* inter vivos *e atto* mortis causa.

In tema di donazione *si praemoriar*, *ex multis*, SANTORO PASSARELLI, *Validità della donazione di usufrutto «cum praemoriar»*, ora in *Saggi di diritto civile*, Jovene, 1961, 854.; CATAUDELLA, *La donazione*, nel *Trattato di diritto privato*, diretto da BESSONE, Giappichelli, 2005, 113.

Sulle perplessità della dottrina riguardo le donazioni *post mortem*, si veda BIANCA, *Le successioni*, in *Diritto civile*, Giuffrè, 2022, 41. L'Autore distingue le donazioni risolutivamente condizionate da quelle sospensivamente condizionate (alla morte o alla premorienza). Solo le prime sarebbero consentite, mentre le seconde rientrerebbero tra gli atti vietati *ex* art. 458 cod. civ.

In tema di donazioni *post mortem*, DEL PRATO, *Patti successori*, in *Le successioni*, a cura di DEL PRATO, Zanichelli, 2020, 5.

2. *La* ratio *del divieto contenuto nell'art. 458 cod. civ.*

In tema di tipologie di patti successori, *ex multis*, si veda IEVA, *Commentario del Codice civile* diretto da GABRIELLI, Utet, 2009, *sub* art. 458, 30 ss.; DEL PRATO, *op. cit.*, 1; SPATUZZI, *I patti successori. Su talune articolazioni e criticità del divieto*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 1015. Inoltre, per una ricognizione completa, si veda BARBA, *I patti successori e il divieto di disposizione della delazione*, Esi, 2015.

In tema di promesse di istituire erede, L. FERRI, *Successioni in generale*, nel *Commentario Scialoja-Branca, Zanichelli-Foro it.*, 1980, 102.

3. *L'atto* mortis causa *e il sistema delle successioni*.

In generale, sulla natura degli atti *mortis causa*, GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, Esi, 2010, 40.

Per quanto riguarda il problema della natura, negoziale o meno, del testamento, la dottrina appare assai divisa sul punto: si vedano, *ex multis*, LIPARI, *Autonomia privata e testamento*, Giuffrè, 1970, 9 ss.; ALLARA, *La successione testamentaria*, I, Giappichelli, 1944, 17 ss.; RESCIGNO, *L'interpretazione del testamento*, rist. Jovene, 1978, 206 ss. In senso decisamente favorevole al riconoscimento della natura negoziale, si vedano CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte*, I, 2, Morano, 1962, 40 ss.; BIGLIAZZI-GERI, *Il testamento*, I, Giuffrè, 1976, 86 ss.

4. *Validità ed efficacia del testamento*.

Con riguardo alla peculiare natura della revoca degli atti *mortis causa*, si veda in particolare DEL PRATO, *Le basi del diritto civile*, Giappichelli, 2023, 225. L'Autore conclude che "*la revocabilità del testamento non sta sullo stesso piano della revocabilità di un atto giuridico, perché il testamento rileva solo nel momento in cui il testatore non lo può più revocare, cioè nel momento della morte*".

Sul tema del riconoscimento del figlio nel testamento, GIAMPICCOLO, cit., 227; si veda anche, in relazione alla possibilità di duplicare il riconoscimento con atto *inter vivos* per anticiparne gli effetti, FUNAIOLI, *Riconoscimento testamentario di figlio naturale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1958, 476 ss.

In tema di efficacia del testamento, AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Cedam, 1982, 368 ss. L'Autore conclude, in maniera assai significativa, nel senso che l'ordinamento "*ritiene efficace la volontà quale risulta consacrata nel testamento e la rende operativa pel solo fatto della morte*".

Sul perfezionamento del testamento, per una analisi approfondita si veda, tra gli altri, LIPARI, *op. cit.*, 122 ss., in particolare l'Autore richiama l'autorevole pensiero di Emilio Betti e conclude che "*se si afferma che la regola fondamentale in tema di legittimazione consiste nella determinazione della coincidenza «fra il soggetto del negozio (o il soggetto per il quale il negozio è compiuto) e il soggetto degli interessi, in particolare dei rapporti giuridici, sui quali verte il negozio», ci si avvede che, per il testamento, mentre con riguardo al momento dell'atto non si pone neppure un ambito di rapporti sul quale esso venga ad incidere, una simile coincidenza non ha senso al momento della morte, quando il testatore non può ormai considerarsi soggetto degli interessi regolati dal testamento*".

In generale, per quanto riguarda il problema logico dei trasferimenti *mortis causa*, cfr. CICU, *Le successioni*, Giuffrè, 1947, 279 ss.

5. *Il rapporto tra testamento e patti successori*.

Con riguardo alla natura della delazione ereditaria, si veda in particolare NICOLÒ, *La vocazione ereditaria diretta e indiretta*, Messina, 1934, ora in *Raccolta di scritti*,

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

I, Giuffrè, 1980, 3 ss. In particolare, l'Autore, in ordine al problema della fonte della vocazione, afferma che "*si dice infatti comunemente che due sono le specie della vocazione: legale e testamentaria, a seconda che si tratti di successione che si apra* ex lege*, oppure in base a un testamento*. [...] *Io credo invece che sotto questo profilo né la tripartizione né la bipartizione abbia ragion d'essere, e che la vocazione ereditaria derivi sempre dalla medesima fonte immediata: la legge. E si noti che qui non si vuole alludere al principio, ormai quasi incontrastato, che tutti gli effetti giuridici derivano, per lo meno mediatamente, dalla norma, che, riconoscendo efficacia alla volontà umana, ne legittima l'attività e ne giuridicizza (passi la parola) gli effetti. Qui si vuole affermare che la vocazione ereditaria trova nella norma addirittura la sua fonte immediata e la sua causa diretta, e da essa riceve l'*impulso *per la sua estrinsecazione reale e per la sua efficacia esteriore*".

Sulla possibilità di compiere atti *mortis causa* in vita, si veda SANTORO PASSARELLI, *Donazione per caso di morte e a causa di morte*, ora in *Saggi di diritto civile*, Jovene, 1961, 851; CICU, *op. cit.*, 288.

Lavoro

CASS. CIV., IV sez., ord. interl. 17.1.2024, n. 1788 – DI PAOLANTONIO *Presidente* – CAVALLARI Estensore – FRESA P.M. (concl. diff.). – G.L. (avv. Parpaglioni) – ATAC S.p.A. Azienda per la mobilità di Roma Capitale (avv. La Rosa) – Sospende e rinvia alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea ai sensi dell'art. 267 TFUE

LAVORO – DISCRIMINAZIONE INDIRETTA – MINORE GRAVEMENTE DISABILE – *CAREGIVER* FAMILIARE – LEGITTIMAZIONE ALLA TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA – DEFINIZIONE DI CAREGIVER – RINVIO PREGIUDIZIALE (Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità del 13.12.2006; dir. n. 2000/78/CE, artt. 2, 5; d. legis. 9.7.2003, n. 216, artt. 2, comma 1º, 3, comma 3-*bis*)

Con l'ordinanza interlocutoria n. 1788/2024, la Sezione lavoro della Corte di Cassazione si rivolge alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea per richiedere – ai sensi dell'art. 267 TFUE – una pronuncia in via pregiudiziale sulle seguenti questioni:
a) se il diritto dell'Unione europea debba interpretarsi, eventualmente in base anche alla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, nel senso che sussista la legittimazione del caregiver familiare di minore gravemente disabile, il quale deduca di avere patito una discriminazione indiretta in ambito lavorativo come conseguenza dell'attività di assistenza da lui prestata, ad azionare la tutela antidiscriminatoria che sarebbe riconosciuta al medesimo disabile, ove quest'ultimo fosse il lavoratore, dalla Direttiva 2000/78/CE del Consiglio del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro;
b) se, nell'ipotesi di risposta affermativa alla questione a), il diritto dell'Unione europea vada interpretato, eventualmente in base anche alla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, nel senso che gravi sul datore di lavoro del caregiver di cui sopra l'obbligo di adottare soluzioni ragionevoli per garantire, altresì in favore del detto caregiver, il rispetto del principio della parità di trattamento nei confronti degli altri lavoratori, sul modello di quanto previsto per i disabili dall'art. 5 della Direttiva 2000/78/CE del Consiglio del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro;
c) se, nell'ipotesi di risposta affermativa alla questione a) e/o alla questione b), il diritto dell'Unione europea vada interpretato, eventualmente in base anche alla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, nel senso che per caregiver rilevante ai fini dell'applicazione della Direttiva 2000/78/CE del Consiglio del 27 novembre 2000 si debba intendere qualunque soggetto, appartenente alla cerchia familiare o convivente di fatto, che si prenda cura in un ambito domestico, pure informalmente, in via gratuita, quantitativamente significativa, esclusiva, continuativa e di lunga durata di una persona che, in ragione della propria grave disabilità, non sia assolutamente autosufficiente nello svolgimento degli atti quotidiani della vita o se il diritto dell'Unione europea vada interpretato nel senso che la definizione di caregiver in questione sia più ampia o ancora più ristretta di quella sopra riportata.

dal testo:

Il fatto. OGGETTO DELLA CONTROVERSIA E FATTI PERTINENTI1. Con ricorso depositato (*Omissis*) presso il Tribunale di Roma, G.L., nella qualità di *caregiver* del figlio minore, nato il (*Omissis*), convivente e gravemente disabile in quanto invalido al 100% (c.d. *caregiver* familiare), ha chiesto l'accertamento del carattere discriminatorio del comportamento tenuto nei suoi riguardi da ATAC spa, suo datore di lavoro, nonché la condanna di controparte ad

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

assegnarla stabilmente ad un turno fisso dalle 8,30 alle 15,00 (o, comunque, compatibile con le esigenze del detto figlio), con l'adozione di un piano di rimozione delle discriminazioni e la condanna al risarcimento del danno.2. Essa ha dedotto la mancata flessibilità degli orari di lavoro dell'Azienda ATAC che, non accogliendo le sue istanze, avanzate appunto come *caregiver* familiare, avrebbe omesso di assegnarla stabilmente ad un turno fisso di mattina per lo svolgimento delle mansioni di operatore di stazione, o anche, con il suo consenso, di mansioni di livello inferiore (*Omissis*);

3. Fra le condotte contestate dalla lavoratrice, particolare rilievo assumono i seguenti fatti:

a) il datore di lavoro avrebbe trattato la ricorrente in maniera differente rispetto ad altri colleghi ritenuti per motivi sanitari non idonei, in via temporanea o definitiva, a rendere con le modalità ordinarie la prestazione lavorativa (*Omissis*);

b) il datore di lavoro avrebbe adottato, per un periodo di tempo irragionevolmente lungo, dei provvedimenti di natura provvisoria e non definitiva (*Omissis*);

c) il datore di lavoro non avrebbe assunto provvedimenti in ordine alla richiesta della ricorrente, (*Omissis*) di essere eventualmente adibita anche a mansioni inferiori al fine di risolvere le menzionate difficoltà di proseguire la vita lavorativa.4. Il Tribunale di Roma (*Omissis*) ha rigettato il ricorso.

5. G.L. ha proposto appello che la Corte d'appello di Roma (*Omissis*) ha rigettato nel merito, sul presupposto che non fosse stata dimostrata l'esistenza di una condotta discriminatoria e che, comunque, il datore di lavoro avrebbe posto in essere "ragionevoli accomodamenti".

(*Omissis*)

7. G.L. ha proposto ricorso per cassazione sulla base di due motivi, con cui ha dedotto la sussistenza dei requisiti di legge per la tutela del suo diritto alla non discriminazione per ragioni di disabilità nei luoghi di lavoro, ha negato che l'ATAC spa avesse posto in essere "ragionevoli accomodamenti" (*Omissis*) ha prospettato che la concessione di provvedimenti provvisori, limitati a pochi mesi per periodi discontinui e privi della forma scritta, non escludesse la discriminazione denunciata e, infine, ha lamentato la violazione delle regole in tema di prova della discriminazione.

(*Omissis*)

I motivi. LE DISPOSIZIONI DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA RILEVANTI NEL GIUDIZIO

11. La controversia riguarda, innanzitutto, la legittimazione del *caregiver* familiare di minore gravemente disabile, che deduca di avere patito una discriminazione indiretta in ambito lavorativo come conseguenza dell'attività di assistenza da lui prestata, ad azionare la tutela antidiscriminatoria che sarebbe riconosciuta al medesimo disabile, ove quest'ultimo fosse il lavoratore, dalla Direttiva 2000/78/CE del Consiglio del 27 novembre 2000. In particolare, viene in rilievo il problema se gravi, sul datore di lavoro del *caregiver* di cui sopra, l'obbligo di adottare soluzioni ragionevoli per garantire, altresì in favore del detto *caregiver*, il rispetto del principio della parità di trattamento nei confronti degli altri lavoratori, sul modello di quanto previsto per i disabili dall'art. 5 della Direttiva 2000/78/CE (*Omissis*). Ulteriore profilo in discussione investe l'individuazione della definizione da accogliere di *caregiver* rilevante per l'applicazione della Direttiva 2000/78/CE (*Omissis*). Le menzionate questioni sono poste alla luce dell'entrata in vigore della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità.12. Nel presente giudizio assume rilievo, in primo luogo, l'art. 2 della Direttiva 2000/78/CE (*Omissis*).13. Ulteriore disposizione rilevante è l'art. 5 della Direttiva 2000/78/CE (*Omissis*).14. Nell'ambito del diritto UE è importante, poi, ai fini della definizione del giudizio, la sentenza della Grande Sezione della CGUE del 17 luglio 2008, Causa C-303/06, Coleman (*Omissis*).LE DISPOSIZIONI DEL DIRITTO NAZIONALE RILEVANTI NEL GIUDIZIO

15. Innanzitutto, viene in rilievo l'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 216 del 2003 (*Omissis*).16. Inoltre, incide sulla presente controversia l'art. 3, comma 3 *bis*, del medesimo d.lgs. n. 216 del 2003 (introdotto dall'art. 9, comma 4 *ter*, del d.l. n. 76 del 2013) (*Omissis*).

MOTIVI DEL RINVIO PREGIUDIZIALE CONCERNENTE L'INTERPRETAZIONE DEGLI ARTT. 2 e 5 DELLA DIRETTIVA 2000/78/CE E SPIEGAZIONE DEL COLLEGAMENTO ESISTENTE TRA QUESTE ULTIME DISPOSIZIONI E LA NORMATIVA NAZIONALE APPLICABILE NEL PROCEDIMENTO PRINCIPALE.18. La ricorrente è la *caregiver* familiare del figlio minore gravemente disabile.19. La figura del *caregiver* familiare solitamente individua in Italia la persona responsabile di un altro soggetto dipendente, anche disabile od anziano, che non sia autosufficiente nello svolgimento degli atti quotidiani della vita, del quale si prende cura in un ambito domestico, organizzando e definendo l'assistenza di cui necessita tale soggetto; in genere, è un familiare di riferimento, il quale svolge una attività, in maniera anche informale, gratuita, continuativa, di lunga durata e quantitativamente significativa.20. La prima definizione normativa di *caregiver* familiare in Italia è stata introdotta dall'art. 1, comma 255, della legge n. 205 del 2017 (*Omissis*).

21. Il *caregiver* familiare di soggetto disabile non gode, però, in quanto tale, nell'ordinamento italiano, di una tutela generale contro le discriminazioni e le molestie subite sul posto di lavoro in ragione dei compiti di cura su di lui gravanti.

22. In realtà, egli beneficia solo di specifici istituti riconosciuti da particolari norme di legge che, peraltro, si limitano spesso ad estendere al detto *caregiver* forme di protezione non sue, ma proprie del disabile che assiste.23. In particolare, il *caregiver* può godere di particolari benefici fiscali e previdenziali, delle risorse di fondi *ad hoc* e di alcuni diritti garantiti dalla legge n. 104 del 1992 (*Omissis*).

(*Omissis*)

26. D'altro canto, la Corte d'appello di Roma ha ritenuto che la *caregiver* avesse, invece, il pieno diritto di avvalersi delle disposizioni nazionali che proteggevano il disabile contro le discriminazioni lavorative, soprattutto degli artt. 2, comma 1, e 3, comma 3 *bis*, del d.lgs. n. 216 del 2003.

27. Ciò ha affermato citando, a supporto della sua tesi, la sentenza della Grande Camera della Corte di giustizia, 17 luglio 2008, causa C-303/06, Coleman, la quale ha esteso la sfera di applicazione soggettiva della direttiva 2000/78/CE, che tutela le persone contro discriminazioni per disabilità sul posto di lavoro, pure ai soggetti strettamente legati a

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

disabili che forniscano a questi ultimi parte essenziale delle cure di cui hanno bisogno.(*Omissis*)

30. Quest'ultima sentenza si riferisce, espressamente, ai soli casi di discriminazione diretta e, quindi, non parrebbe consentire, a prima vista, di estendere l'applicazione della direttiva 2000/78/CE ai *caregiver* di disabili che lamentino una discriminazione indiretta sul luogo di lavoro.

(*Omissis*)

32. Ne deriva, allora, che la sentenza Coleman potrebbe essere interpretata nel senso di escludere il diritto, del *caregiver* di disabile che sia vittima di discriminazione indiretta sul posto di lavoro in ragione dell'attività di cura svolta a vantaggio del disabile medesimo, di pretendere dal datore di lavoro soluzioni ragionevoli per ovviare a tale discriminazione (*Omissis*).

33. Una interpretazione formale della direttiva 2000/78/CE e della sentenza Coleman del 17 luglio 2008 sarebbe suffragata indubbiamente dalla lettera dei relativi testi e dalla considerazione che il diritto dell'Unione, nel caso in questione, potrebbe avere voluto, per ragioni di bilanciamento dei vari interessi coinvolti, sia dei dipendenti sia della parte datoriale, individuare un elenco preciso e ristretto di beneficiari della tutela antidiscriminatoria sul luogo di lavoro (*Omissis*).

(*Omissis*)

35. Sarebbe possibile, però, anche un'interpretazione estensiva della direttiva 2000/78/CE, fondata sulla considerazione degli obiettivi da essa perseguiti, su ragioni logico sistematiche e sull'evoluzione della normativa vigente e delle dinamiche economico-sociali.

36. Tale interpretazione potrebbe fondarsi, in primo luogo, sul fatto che, come rilevato dalla sentenza Coleman del 17 luglio 2008, il principio della parità di trattamento e l'ambito di applicazione *ratione personae* della direttiva 2000/78/CE non devono essere interpretati in senso restrittivo con riferimento ai motivi indicati all'art. 1 della direttiva stessa (punto 46), siccome questa direttiva si applica non in relazione ad una determinata categoria di persone, bensì sulla scorta dei motivi indicati al suo art. 1 (punto 50).

(*Omissis*)

39. I detti obiettivi e, quindi, l'effetto utile della direttiva 2000/78/CE e la tutela che quest'ultima dovrebbe garantire sarebbero, però, compromessi se un lavoratore nella situazione della ricorrente potesse beneficiare solo di una protezione contro le discriminazioni lavorative dirette e non contro quelle indirette, considerato che le discriminazioni dirette sono meno diffuse delle dirette, che emergono principalmente al momento del licenziamento e non durante lo svolgimento del rapporto di lavoro: in questo modo, si posticiperebbe eccessivamente la tutela del lavoratore.

40. In secondo luogo, ragioni logico sistematiche potrebbero suffragare un'interpretazione della direttiva 2000/78/CE estensiva e favorevole al *caregiver* familiare di disabile grave, in quanto la protezione contro la discriminazione diretta e quella contro l'indiretta sarebbero strettamente connesse, non potendovi essere una vera tutela antidiscriminatoria sul luogo di lavoro che non le contrasti sempre entrambe.

(*Omissis*)

42. Infine, dovrebbe tenersi conto dell'evoluzione normativa ed economico sociale degli ultimi anni.

43. Infatti, successivamente alla sentenza Coleman del 17 luglio 2008, è stata adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, con risoluzione 61/106 del 13 dicembre 2006, "La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità" (CDPD), entrata in vigore internazionalmente il 3 maggio 2008, che è stata ratificata anche dall'Unione europea (con decisione del Consiglio 2010/48/CE del 26 novembre 2009), ove è entrata in vigore il 22 gennaio 2011.

(*Omissis*)

47. La Convenzione in esame, quindi, non sembra attribuire rilievo alla distinzione fra discriminazione diretta ed indiretta quanto alla tutela della disabilità (*Omissis*).

48. Va segnalato, al riguardo, che, con pronuncia del 3 ottobre 2022, il Comitato delle Nazioni Unite per i diritti delle persone con disabilità ha riconosciuto, con riferimento all'ordinamento italiano, "le gravi conseguenze sulle persone con disabilità assistite che derivano dal mancato riconoscimento della figura del *caregiver* e di misure di protezione sociale effettive a suo favore (quali l'accesso a incentivi, fondi e al sistema pensionistico, la flessibilità degli orari di lavoro e nelle vicinanze della propria abitazione)".

(*Omissis*)

51. D'altronde, sarebbe forse opportuno che la direttiva 2000/78/CE fosse interpretata in modo da tenere conto dell'evoluzione del contesto economico sociale degli ultimi venti anni, che ha visto imporsi la figura del *caregiver* familiare in presenza di un arretramento delle tutele fornite dallo Stato sociale.

52. Se fosse accolta un'interpretazione estensiva della normativa unionale, con il riconoscimento al *caregiver* familiare di minore disabile del diritto di agire anche contro le discriminazioni indirette patite sul luogo di lavoro in ragione delle cure prestate a tale disabile, sarebbe altresì necessario chiarire se la tutela così riconosciuta comporti la nascita, a carico del datore di lavoro del detto *caregiver*, dell'obbligo di adottare soluzioni ragionevoli per garantire, anche in favore del medesimo *caregiver*, il rispetto del principio della parità di trattamento nei confronti degli altri lavoratori (*Omissis*).

53. Infine, ove al *caregiver* familiare di minore disabile fosse attribuito il diritto di agire anche contro le discriminazioni indirette patite sul luogo di lavoro in ragione delle cure prestate a tale disabile, sarebbe doveroso definire la nozione di *caregiver* rilevante ai fini dell'applicazione della Direttiva 2000/78/CE del Consiglio del 27 novembre 2000.

(*Omissis*)

55. In conclusione, è necessario richiedere alla Corte di giustizia dell'Unione europea, ai sensi dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, di pronunciarsi, in via pregiudiziale, sulle seguenti questioni:

a) se il diritto dell'Unione europea debba interpretarsi, eventualmente in base anche alla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, nel senso che sussista la legittimazione del *caregiver* familiare di minore gravemente disabile, il quale deduca di avere patito una discriminazione indiretta in ambito lavorativo come conseguenza dell'attività di assistenza da lui prestata, ad azionare la tutela antidiscriminatoria che sarebbe riconosciuta al medesimo disabile, ove quest'ultimo fosse il lavoratore, dalla Direttiva 2000/78/CE del Consiglio del 27 novembre 2000,

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro;

b) se, nell'ipotesi di risposta affermativa alla questione a), il diritto dell'Unione europea vada interpretato, eventualmente in base anche alla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, nel senso che gravi sul datore di lavoro del *caregiver* di cui sopra l'obbligo di adottare soluzioni ragionevoli per garantire, altresì in favore del detto *caregiver*, il rispetto del principio della parità di trattamento nei confronti degli altri lavoratori, sul modello di quanto previsto per i disabili dall'art. 5 della Direttiva 2000/78/CE del Consiglio del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro;

c) se, nell'ipotesi di risposta affermativa alla questione a) e/o alla questione b), il diritto dell'Unione europea vada interpretato, eventualmente in base anche alla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, nel senso che per *caregiver* rilevante ai fini dell'applicazione della Direttiva 2000/78/CE del Consiglio del 27 novembre 2000 si debba intendere qualunque soggetto, appartenente alla cerchia familiare o convivente di fatto, che si prenda cura in un ambito domestico, pure informalmente, in via gratuita, quantitativamente significativa, esclusiva, continuativa e di lunga durata di una persona che, in ragione della propria grave disabilità, non sia assolutamente autosufficiente nello svolgimento degli atti quotidiani della vita o se il diritto dell'Unione europea vada interpretato nel senso che la definizione di *caregiver* in questione sia più ampia o ancora più ristretta di quella sopra riportata.(*Omissis*).

Discriminazione indiretta e soluzioni ragionevoli per il *caregiver* della persona con disabilità?

di Giovanna Zampieri*

La Corte di Cassazione rivolge alla Corte di Giustizia tre questioni pregiudiziali relative all'interpretazione della direttiva n. 2000/78/CE per il contrasto alle discriminazioni nel contesto lavorativo. Le domande di rinvio pregiudiziale riguardano la possibilità di estendere in via interpretativa il divieto di discriminazione indiretta e il diritto alle c.d. soluzioni ragionevoli ai *caregiver* delle persone con disabilità e, infine, l'individuazione della nozione di *caregiver* rilevante per il diritto dell'Unione Europea. Dopo un esame dei divieti di discriminazione e della nozione di accomodamenti ragionevoli, il contributo propone una ricostruzione della tutela del *caregiver* della persona con disabilità fondata su disposizioni normative diverse rispetto a quelle di cui alla dir. n. 2000/78/CE.

I. Il caso

Una lavoratrice, madre e *caregiver* di un minore con grado di invalidità pari al 100%, chiede al datore di essere stabilmente assegnata ad un turno di lavoro fisso da svolgersi di mattina (dalle 8:30 alle 15:00), anche con eventuale adibizione a mansioni di livello inferiore, così da poter assistere il figlio nelle ore pomeridiane.

Il datore, al fine di agevolare la situazione della lavoratrice, adotta provvedimenti di carattere provvisorio, privi di forma scritta e senza concedere la modifica definitiva degli orari di lavoro e l'assegnazione al turno richiesto.

La lavoratrice agisce in giudizio per l'accertamento del carattere indirettamente discriminatorio della condotta del datore e la conseguente rimozione della stessa con assegnazione definitiva agli orari di lavoro richiesti.

Dopo il rigetto in primo grado, la Corte d'appello di Roma, oltre a ritenere non dimostrata la sussistenza di una discriminazione indiretta, riconosce che il datore aveva posto in essere i c.d. accomodamenti ragionevoli.

La Corte di Cassazione, chiamata a pronunciarsi sul ricorso proposto dalla lavoratrice contro la decisione dei giudici di secondo grado, sospende il processo e chiede alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea di pronunciarsi in via pregiudiziale, ai sensi dell'art. 267 TFUE, su tre questioni di interpretazione delle disposizioni contenute nella dir. n. 2000/78/CE. Le domande di rinvio pregiudiziale riguardano, nell'ordine, l'applicabilità del divieto di discriminazione indiretta al *caregiver* della persona con disabilità, la sussistenza dell'obbligo del datore di adottare accomodamenti ragionevoli per garantire al *caregiver* il rispetto del principio di parità di trattamento e, infine, la nozione di *caregiver* rilevante ai fini dell'applicazione della dir. n. 2000/78/CE.

II. Le questioni

1. *I divieti di discriminazione di cui alla dir. n. 2000/78/CE.*

L'art. 2, par. 2, dir. n. 2000/78/CE fornisce le nozioni di discriminazione diretta (lett. *a*) e indiretta (lett. *b*) rilevanti per il diritto dell'Unione Europea. Si ha un comportamento direttamente discriminatorio qualora un datore di lavoro, sulla base di uno dei motivi indi-

* **Contributo pubblicato in base a *referee*.**

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

cati all'art. 1 della direttiva stessa, tratti in modo meno favorevole un lavoratore, con la conseguenza che quest'ultimo viene a trovarsi in una posizione di svantaggio rispetto a colui che, pur essendo in una situazione di partenza astrattamente analoga, non è destinatario di detto comportamento.

Il meccanismo di funzionamento della discriminazione diretta è stato chiarito nella sentenza *Coleman* (CORTE GIUST. UE, 17.7.2008, causa C-303/06, *infra*, sez. III), ove la Corte di Giustizia ha spiegato che «il principio della parità di trattamento [...] si applica non in relazione ad una determinata categoria di persone, bensì sulla scorta dei motivi indicati al[l'] articolo 1». Quanto rileva non sono dunque le caratteristiche soggettive delle persone direttamente discriminate ma i motivi alla base del trattamento differenziato che devono necessariamente coincidere con uno dei fattori elencati all'art. 1, dir. n. 2000/78/CE.

L'ambito di applicazione soggettivo del divieto di discriminazione diretta non è pertanto positivamente individuato dall'art. 2, par. 2, lett. *a)*, dir. n. 2000/78/CE ma si ricava *a posteriori* e coincide con il novero dei lavoratori destinatari del trattamento differenziato, a prescindere dalle caratteristiche soggettive di ciascuno di essi. La definizione di discriminazione diretta non ha quindi carattere meramente descrittivo ma prescrive una norma di comportamento per il datore che è tenuto ad agire nel rispetto del principio di uguaglianza formale, facendo astrazione dalle caratteristiche tassativamente indicate dalla legge, in questo caso dall'art. 1, dir. n. 2000/78/CE.

Diversamente avviene nel caso di discriminazione indiretta ove l'art. 2, par. 2, lett. *b)*, dir. n. 2000/78/CE definisce indirettamente discriminatorio un criterio, una disposizione o una prassi che, di per sé, risulti astrattamente neutra ma la cui applicazione, di fatto, ponga le persone – per quanto rileva ai fini del presente commento – «portatrici di un particolare handicap» in una situazione di svantaggio.

La presenza di un criterio, disposizione o prassi neutra esclude, nel caso delle discriminazioni indirette, la rilevanza dei motivi del comportamento del datore: elemento costitutivo della fattispecie sono gli effetti che derivano dall'applicazione del criterio, disposizione o prassi. Non qualsiasi effetto è però rilevante ai fini del diritto antidiscriminatorio, in quanto un criterio, una disposizione o una prassi sono qualificabili come discriminazione indiretta solamente qualora l'effetto derivante dalla loro applicazione consista nel creare una differenziazione tra gruppi di persone dei quali uno – quello nella situazione di svantaggio – sia composto da persone che presentano una caratteristica soggettiva tassativamente individuata dalla legge, in questo caso dall'art. 2, par. 2, lett. *b)*, dir. n. 2000/78/CE. Per individuare l'ambito di applicazione soggettivo della tutela derivante dall'applicazione del divieto di discriminazione indiretta è quindi necessario fare riferimento alle caratteristiche soggettive di coloro i quali vengono a trovarsi nella situazione di svantaggio.

In questo senso si spiega la rilevanza della prova statistica (considerando 15 della dir. n. 2000/78/CE) ai fini dell'accertamento in giudizio sulla sussistenza di una discriminazione indiretta. L'analisi statistica consente di mettere a confronto classi di individui distinte in ragione delle caratteristiche soggettive dei componenti del gruppo, ai quali si applica però un criterio, una disposizione o una prassi analoga. Qualora dalla comparazione emerga una situazione di svantaggio per la maggior parte dei componenti del gruppo che presentano una delle caratteristiche soggettive individuate dalla legge, allora il criterio, la disposizione o la prassi è qualificabile come discriminazione indiretta.

Conseguentemente, al fine di rimuovere tali effetti, al datore viene richiesto di porre in essere un trattamento positivamente differenziato nei confronti di coloro che risultano concretamente svantaggiati dal criterio, disposizione o prassi, in astratto, neutra (BALLESTRERO, 584, *infra*, sez. IV). Il comportamento del datore necessario a rimuovere gli effetti della discriminazione indiretta è quindi applicazione, nel rapporto privato tra datore e lavoratore, del principio di uguaglianza sostanziale: quest'ultimo impone non di elidere, ma di tenere in considerazione le caratteristiche personali in funzione dell'effetto eguagliatore derivante dall'applicazione del trattamento positivamente differenziato.

1.1. *Sull'estensione del divieto di discriminazione indiretta di cui alla dir. n. 2000/78/CE al* caregiver *della persona con disabilità.*

Non è quindi condivisibile la lettura dell'art. 2, par. 2, lett. *b)*, dir. n. 2000/78/CE proposta dalla Corte di Cassazione e volta a sostenere una «interpretazione estensiva della direttiva 2000/78/CE, fondata sulla considerazione degli obiettivi perseguiti, su ragioni logico-sistematiche e sull'evoluzione della normativa vigente e delle dinamiche economico-sociali» (par. 35). I giudici di legittimità ritengono che l'obiettivo della dir. n. 2000/78/CE – consistente nel contrasto alle discriminazioni fondate su uno dei fattori di cui all'art. 1 della direttiva stessa – risulterebbe pregiudicato nel caso in cui al lavoratore *caregiver* non venisse garantita la tutela antidiscriminatoria anche a fronte di discriminazioni indirette. Dal punto di vista logico-sistematico, inoltre, la Corte di Cassazione considera impossibile configurare una «vera tutela antidiscriminatoria» qualora ad un soggetto sia riconosciuta protezione solamente ove si trovi a subire comportamenti direttamente discriminatori, con esclusione di tutela nel caso di discriminazione indiretta. Sotto il profilo dell'evoluzione normativa, il riferimento è alla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità del 13 dicembre 2006 che, nella lettura proposta dai giudici di legittimità, non attribuisce alcun rilievo alla distinzione tra discriminazione diretta e indiretta.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Infine, la Corte di Cassazione evidenzia l'accresciuta importanza della figura del *caregiver* in un contesto economico-sociale caratterizzato dall'arretramento del sistema di assistenza e sicurezza sociale.

La lettura proposta non tiene conto dei diversi meccanismi di funzionamento del divieto di discriminazione diretta e indiretta, come sopra descritti, al punto da non poter parlare di interpretazione estensiva ma, piuttosto, di interpretazione creativa e slegata dal dato testuale delle previsioni di cui alla dir. n. 2000/78/CE. Anche la teoria dell'effetto utile secondo cui, tra le possibili interpretazioni delle disposizioni contenute in una direttiva deve essere preferita quella più idonea al fine di raggiungere gli obiettivi della direttiva stessa, non può spingersi fino al punto di pretermettere il dato letterale.

D'altra parte, affermare che l'obiettivo della dir. n. 2000/78/CE consiste nel contrasto alle discriminazioni fondate sui fattori elencati all'art. 1 è cosa diversa dal sostenere che tutte le previsioni in essa contenute debbano avere un uguale ambito di applicazione per quanto riguarda i destinatari della tutela. Non convince, pertanto, l'argomento logico-sistematico dal momento che la tutela antidiscriminatoria può essere diversamente graduata dal legislatore nelle diverse situazioni in cui viene applicata. Risulta quindi ragionevole un'impostazione che, nel sistema della dir. n. 2000/78/CE, veda affievolirsi il grado di tutela derivante dall'applicazione dei divieti di discriminazione in considerazione dell'allontanamento dal fattore protetto del soggetto che, di volta in volta, si ritiene leso dalle condotte contestate. Pertanto, se colui che personalmente presenta quel fattore protetto è destinatario del massimo grado di tutela, il soggetto ad esso collegato beneficerà della protezione solo in determinati casi – quali quello della discriminazione diretta e delle molestie – ove la lesione al principio di uguaglianza dipende dai motivi determinanti del comportamento differenziato e, quindi, presenta un maggiore grado di pericolosità sociale in quando direttamente volto a colpire il fattore tutelato.

L'argomento fondato sulle previsioni contenute nella Convenzione delle Nazioni Unite sembrerebbe, da un certo punto di vista, quello più facilmente utilizzabile dalla Corte di Giustizia per fondare un *revirement* della decisione resa nel caso *Coleman*. Come ricordato dalla Corte di Cassazione nell'ordinanza annotata, la Corte di Giustizia ha sottolineato in diverse occasioni (CORTE GIUST. UE, 15.7.2021, causa C-795/19, *infra*, sez. III; CORTE GIUST. UE, 21.10.2021, causa C-824/19, *infra*, sez. III; CORTE GIUST. UE, 10.2.2022, causa C-485/20, tutte *infra*, sez. III) che «le disposizioni della citata Convenzione delle Nazioni Unite possono essere invocate al fine di interpretare quelle della direttiva 2000/78, di modo che quest'ultima deve essere oggetto, per quanto possibile, di un'interpretazione conforme a tale convenzione». Tuttavia, la Convenzione contiene norme di carattere programmatico che, per la loro attuazione, richiedono l'intervento dei singoli Stati, i quali possono legittimamente graduare la tutela antidiscriminatoria in situazioni ove la disabilità viene in considerazione in modo differente. Ossia, quale motivo del trattamento differenziato nel caso della discriminazione diretta e quale caratteristica soggettiva della persona svantaggiata, nel caso di discriminazione indiretta. Il riferimento alla «discriminazioni fondate sulla disabilità» di cui all'art. 2 della Convenzione ONU non è quindi un parametro normativo idoneo per ritenere sussistente un contrasto tra le norme di diritto antidiscriminatorio contenute nella dir. n. 2000/78/CE con le disposizioni di diritto sovranazionale e gli obiettivi da quest'ultimo imposti agli Stati firmatari.

Infine, quello che la Corte di Cassazione sembra suggerire alla Corte di Giustizia facendo riferimento al mutamento del contesto economico sociale al fine di giustificare una interpretazione estensiva delle previsioni di cui alla dir. n. 2000/78/CE è una pronuncia *sulle* norme di diritto antidiscriminatorio dell'Unione Europea, ossia un giudizio di carattere politico volto a condurre ad una modifica dell'attuale assetto normativo. I divieti di discriminazione costituiscono una delle tutele che il legislatore – nazionale o europeo – può istituire a protezione di situazioni considerate socialmente particolarmente vulnerabili e tali da giustificare una limitazione delle libertà altrui. I divieti di discriminazione costituiscono, infatti, limiti alla libertà di coloro che agiscono negli ambiti in cui tali divieti si applicano: la loro introduzione deve quindi conseguire ad una valutazione del legislatore che prenda in considerazione tutti gli interessi e i diritti coinvolti al fine di operare un bilanciamento tra gli stessi. In definitiva, ammettere l'estensione della tutela derivante dal divieto di discriminazioni indirette ai *caregivers* comporta l'istituzione di un limite ulteriore alla libertà di iniziativa economica del datore la cui introduzione dovrebbe derivare da una valutazione del legislatore, il cui risultato venga successivamente cristallizzato in una norma di diritto positivo.

2. Sull'estensione dell'art. 5, dir. n. 2000/78/CE al caregiver *della persona con disabilità.*

Con la seconda questione pregiudiziale la Corte di Cassazione si rivolge ai giudici della Corte di Giustizia al fine di comprendere se, in caso di risposta affermativa alla prima domanda proposta, anche la previsione di cui all'art. 5, dir. n. 2000/78/CE debba essere interpretata nel senso di ritenere sussistente in capo al datore l'obbligo di adottare soluzioni ragionevoli per i *caregiver* delle persone con disabilità. Tale questione pregiudiziale non è preceduta da un'argomentazione volta a giustificare una interpretazione estensiva dell'art. 5, dir. n. 2000/78/CE, dal che si potrebbe ritenere che la Corte di Cassazione consideri che dal riconoscimento dell'applicazione della tutela indirettamente

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

discriminatoria ai *caregiver* derivi (quasi) automaticamente il riconoscimento del diritto ai c.d. accomodamenti ragionevoli. Tuttavia, l'obbligo di adottare accomodamenti ragionevoli e il divieto di discriminazione indiretta sono previsioni con contenuto e funzione tra loro diversa e che possono trovare applicazione indipendentemente l'una dall'altra.

Vero è che l'art. 5, dir. n. 2000/78/CE viene richiamato dall'art. 2, par. 2, lett. *b)*, dir. n. 2000/78/CE, il cui punto *ii)* esclude la sussistenza di una discriminazione indiretta qualora l'applicazione di un criterio, disposizione o prassi astrattamente neutra ponga in una situazione di svantaggio «persone portatrici di un particolare handicap [per la quali] il datore di lavoro o qualsiasi persona o organizzazione a cui si applica la presente direttiva sia obbligato dalla legislazione nazionale ad adottare misure adeguate, conformemente ai principi di cui all'art. 5, per ovviare agli svantaggi provocati da tale disposizione, tale criterio o tale prassi».

Il significato prevalentemente attribuito al combinato disposto delle norme di cui al punto *ii)* dell'art. 2, par. 2, lett. *b)*, dir. n. 2000/78/CE e di cui al successivo art. 5, dir. 2000/78/CE è stato quello di ritenere che, lì dove vi sia un trattamento indifferenziato, sorga immediatamente l'obbligo di adottare accomodamenti ragionevoli al fine di annullarne gli effetti.

In questo senso si è recentemente espressa anche la Corte di Cassazione in materia di applicazione di un eguale criterio di computo del periodo di comporto per lavoratori con disabilità e lavoratori non disabili (CASS. CIV., sez. lav., 31.3.2023, n. 9095, *infra*, sez. III). In tale occasione i giudici di legittimità hanno affermato che «la necessaria considerazione dell'interesse protetto dei lavoratori disabili, in bilanciamento con legittima finalità di politica occupazionale, postula [...] l'applicazione del principio dell'individuazione di soluzioni ragionevoli per assicurare il principio di parità di trattamento dei disabili, garantito dall'art. 5 della direttiva 2000/78/CE».

Tuttavia, una simile impostazione rischia di svuotare di contenuto proprio la previsione di cui all'art. 5, dir. n. 2000/78/CE, ossia uno degli strumenti che il legislatore dell'Unione Europea ha previsto al fine di realizzare il principio di parità di trattamento in materia di occupazione. L'art. 5, dir. n. 2000/78/CE opera indipendentemente dalla sussistenza di un comportamento direttamente o indirettamente discriminatorio: essa istituisce un diritto in capo ad una determinata categoria di persone positivamente individuata, ossia «i disabili». L'art. 5, dir. n. 2000/78/CE è inoltre chiaro nel definire i limiti oggettivi del diritto alle soluzioni ragionevoli che consiste in «provvedimenti appropriati, in funzione delle esigenze e delle situazioni concrete [...] a meno che tali provvedimenti richiedano da parte del datore di lavoro un onere finanziario sproporzionato». Le caratteristiche che rendono l'accomodamento ragionevole un istituto che si lega alle peculiarità e ai connotati del caso concreto – nel senso della specifica posizione e del contesto in cui il lavoratore disabile si trova a svolgere la sua prestazione – sono richiamate proprio dai Commenti generali del Comitato sui diritti delle persone con disabilità (CRPD) che lo descrivono come quella misura che trova origine e applicazione in una «particolare situazione» e in un «particolare contesto» e, soprattutto, che deve necessariamente essere oggetto di «negoziazione» con la singola persona a cui la sua adozione deve giovare (*General Comment no. 6 on Equality and Non-discrimination (Article 5)*).

Pertanto, rispetto alle misure volte al perseguimento dell'obiettivo della dir. n. 2000/78/CE consistente nel rispetto del principio di parità di trattamento, il diritto alle soluzioni ragionevoli per i disabili costituisce una norma speciale, non suscettibile di estensione ai casi esclusi dalla formulazione dell'art. 5, dir. n. 2000/78/CE. In particolare, nell'ambito di applicazione del divieto di discriminazione indiretta, l'art. 5, dir. n. 2000/78/CE viene in considerazione come caso specifico di trattamento positivamente differenziato che, se adottato dal datore di lavoro, può giustificare l'applicazione di una disposizione, criterio o prassi neutra e astrattamente discriminatoria ai sensi del punto *ii)* dell'art. 2, par. 2, lett. *b)*, dir. n. 2000/78/CE.

Il rilievo per cui l'obiettivo della dir. n. 2000/78/CE consiste nella lotta alle discriminazioni fondate sulla disabilità non è idoneo a far ritenere infondata la ricostruzione proposta poiché, come si è precisato in relazione al divieto di discriminazione indiretta, questo non implica che tutte le misure la cui *ratio* coincida con il favorire il rispetto del principio di parità di trattamento debbano avere il medesimo campo di applicazione. Né il criterio interpretativo dell'effetto utile può giustificare il superamento del dato testuale o del criterio ermeneutico secondo cui una norma speciale non è suscettibile di interpretazione analogica.

Nello stesso senso si era espressa la Corte di Giustizia nel caso *Coleman* ove aveva affermato, riferendosi all'art. 5, che «la direttiva 2000/78 contiene diverse disposizioni applicabili, come risulta dalla loro stessa formulazione, unicamente alle persone disabili» (par. 39) in quanto «si tratta di disposizioni riguardanti o misure di discriminazione positiva a favore della persona essa stessa disabile, o misure specifiche che sarebbero private di ogni contenuto o che potrebbero rivelarsi sproporzionate se non fossero limitate alle sole persone disabili» (par. 42).

3. *La tutela del caregiver nell'ordinamento italiano alla luce delle recenti modifiche normative.*

Secondo la ricostruzione proposta, né il divieto di discriminazione indiretta né il diritto agli accomodamenti ragionevoli di cui alla dir. n. 2000/78/CE risultano applicabili al *caregiver* della persona con disabilità. Tale conclusione deve però essere letta alla luce del

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

rilievo per cui, all'interno del nostro ordinamento, il *caregiver* non è lasciato privo di protezione.

Il riferimento normativo principale è alla l. n. 104/1992, il cui art. 33 istituisce il diritto del *caregiver* alla fruizione di permessi giornalieri e mensili oltre che il diritto di scelta della sede più vicina al domicilio della persona beneficiaria della relazione di cura e il diritto a non essere trasferiti dalla sede così individuata. La *ratio* sottesa alle previsioni di cui all'art. 33, l. n. 104/1992 è stata chiarita dalla Corte Costituzionale (CORTE COST., 23.9.2016, n. 213, *infra*, sez. III) la quale ha messo in evidenza che «l'interesse primario cui è preposta la norma in questione [...] è quello di assicurare in via prioritaria la continuità nelle cure e nell'assistenza del disabile». Tali disposizioni sono state quindi interpretate dalla dottrina (SAFFIOTTI, 302, *infra*, sez. IV) e dalla giurisprudenza di legittimità (*ex plurimis*: CASS. CIV., sez. lav., 22.1.2020, n. 1394, *infra*, sez. III) come istitutive di una tutela del *caregiver* che si pone in relazione causale diretta con il diritto di inclusione sociale e realizzazione personale della persona con disabilità beneficiaria della relazione di assistenza e cura.

La l. n. 104/1992, più volte oggetto di modifiche normative, è stata recentemente innovata dalle previsioni introdotte con il d. legis. n. 105/2022, emanato in attuazione della direttiva (UE) 2019/1158 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20.6.2019, relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza. In particolare, l'art. 3, comma 1º, lett. *a)*, d. legis. n. 105/2022 ha introdotto, nella l. n. 104/1992, l'art. 2-*bis* a norma del quale «è vietato discriminare o riservare un trattamento meno favorevole ai lavoratori che chiedono o usufruiscono dei benefici di cui all'articolo 33 della presente legge, agli articoli 33 e 42 del decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, all'articolo 18, comma 3-*bis*, della legge 22 maggio 2017, n. 81, e all'articolo 8 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, nonché di ogni altro beneficio concesso ai lavoratori medesimi in relazione alla condizione di disabilità propria o di coloro ai quali viene prestata assistenza e cura».

Attraverso tale disposizione il legislatore ha quindi istituito un diritto a non essere discriminati per i soggetti positivamente individuati attraverso il rinvio alle disposizioni normative che si riferiscono ai titolari dei diritti strumentali al soddisfacimento delle esigenze di cura della persona con disabilità alla quale prestano assistenza. Inoltre, l'art. 2-*bis*, l. n. 104/1992 termina con una clausola aperta che, attraverso il riferimento ai lavoratori titolari di ogni altro beneficio concesso in relazione alla disabilità di coloro a cui prestano assistenza, consente di estendere la tutela antidiscriminatoria anche a soggetti che, seppur non individuabili come *caregiver* attraverso le disposizioni richiamate, comunque siano prestatori di assistenza di una persona con disabilità.

L'art. 2-*bis*, l. n. 104/1992 rinvia inoltre alla disciplina contenuta all'art. 28, d. legis. 1º.9.2011, n. 150, il quale prevede l'applicazione del rito semplificato di cognizione (artt. 281-*decies*, 281-*undecies*, 281-*duodecies*, 281-*terdecies* cod. proc. civ.) ai processi in materia di discriminazione e che, pertanto, trova applicazione anche nei casi di discriminazione dei *caregiver*. Attraverso l'estensione delle norme in materia processuale, il secondo comma dell'art. 2-*bis*, l. n. 104/1992 correda il divieto di discriminazione dei prestatori di assistenza delle persone con disabilità, di cui al primo comma, di strumenti processuali necessari ad azionare la tutela antidiscriminatoria analoghi a quelli utilizzabili negli altri casi di discriminazione disciplinati dall'ordinamento.

In definitiva, il legislatore ha quindi ritenuto opportuno istituire una tutela di tipo antidiscriminatorio anche per i prestatori di assistenza delle persone con disabilità, tutela che però si fonda non sulle disposizioni di cui alla dir. n. 2000/78/CE ma sulle disposizioni introdotte dalla disciplina di attuazione della dir. n. 1158/2019 UE. In quest'ottica risulta pertanto superfluo porsi il problema dell'estensione dei divieti di discriminazione di cui alla dir. n. 2000/78/CE ad una situazione che è già destinataria di una diversa tutela antidiscriminatoria, la quale prende in considerazione la specifica situazione di fatto dalla quale origina la condizione di debolezza sul piano dei rapporti sociali.

Tali rilievi portano ad una considerazione finale in merito alla terza questione pregiudiziale formulata dalla Corte di Cassazione nell'ordinanza annotata: una pronuncia della Corte di Giustizia volta ad individuare la nozione di *caregiver* rilevante ai fini dell'applicazione del diritto dell'Unione Europea avrebbe più coerentemente dovuto essere stata richiesta in relazione all'interpretazione delle disposizioni contenute nella dir. n. 1158/2019 UE ove tale termine è stato utilizzato dal legislatore dell'Unione Europea al fine di istituire una tutela a favore dei prestatori di assistenza.

III. I precedenti

1. *I divieti di discriminazione di cui alla dir. n. 2000/78/CE.*

Sull'applicazione del divieto di discriminazione diretta e sul divieto di molestie di cui alla dir. n. 2000/78/CE ai *caregivers*: CORTE GIUST. UE, 17.7.2008, causa C-303/06, in *Dir. rel. ind.*, 2008, III, 849 ss.

Sull'interpretazione delle disposizioni della dir. n. 2000/78/CE conformemente alle prescrizioni di cui alla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità: CORTE GIUST. UE, 15.7.2021, causa C-795/19, in *Guida al dir.*, 2021, 30; CORTE GIUST. UE, 21.10.2021, causa C-824/19; CORTE GIUST. UE, 10.2.2022, causa C-485/20, in *Foro it.*, 2022, IV, 175.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

2. *Sull'estensione dell'art. 5, dir. n. 2000/78/CE al* caregiver *della persona con disabilità.*

Giurisprudenza in tema di misure che integrano una fattispecie di soluzioni ragionevoli ai sensi dell'art. 5, dir. n. 2000/78/CE: TRIB. PISA, 16.4.2015, in *Jus Lavoro*, 2015 e TRIB. MILANO, sez. lav., 26.9.2018 (sulla redistribuzione dei compiti assegnati); TRIB. FIRENZE, sez. lav., 20.3.2020, in *Dir. rel. ind.*, 2021, I, 190 e TRIB. PAVIA, sez. lav., 29.4.2020 (sulla rimodulazione dell'orario di lavoro); TRIB. NAPOLI, sez. lav., 25.5.2017 (sull'utilizzo di appositi strumenti di lavoro).

In tema di comporto applicabile ai lavoratori con disabilità: CASS. CIV., sez. lav., 31.3.2023, n. 9095, in *Dir. rel. ind.*, 2023, II, 515.

3. *La tutela del* caregiver *nell'ordinamento italiano alla luce delle recenti modifiche normative.*

Sulla *ratio* dei permessi di cui all'art. 33, l. n. 104/1992 a favore dei *caregivers* delle persone con disabilità: CORTE COST., 23.9.2016, n. 213, in *Foro it.*, 2016, XI, I, 3381. In tale occasione, la Corte Costituzionale ha fatto riferimento alle argomentazioni contenute nelle precedenti pronunce aventi ad oggetto le previsioni di cui all'art. 42, d. legis. n. 151/2001: CORTE COST., 8.5.2007, n. 158, in *Foro it.*, 2007, I, 1993; CORTE COST., 30.1.2009, n. 19, in *Dir. rel. ind.*, II, 413.

Con indirizzo costante in tema di licenziamento per scorretto utilizzo dei permessi *ex* art. 33, l. n. 104/1992, la Corte di Cassazione ha ribadito che tali permessi si pongono in relazione causale diretta con le esigenze di cura della persona con disabilità beneficiaria della relazione di assistenza: CASS. CIV., sez. lav., 30.4.2015, n. 8784, in *Foro it.*, 2015, I, 1944; CASS. CIV., sez. lav., 22.3.2016, n. 5574, in *Dir. e giust.*, 2016; CASS. CIV., sez. lav., 6.5.2016, n. 9217, in *Dir. e giust.*, 2016; CASS. CIV., sez. lav., 13.9.2016, n. 17968, in *Mass. Giust. civ.*, 2016; CASS. CIV., sez. lav., 25.3.2019, n. 8310, in *Dir. e giust.*, 2019; CASS. CIV., sez. lav., 22.1.2020, n. 1394, in *Lav. nella giur.*, 2020, 740; CASS. CIV., sez. lav., 26.10.2020, n. 23434, in *Dir. e giust.*, 2020; CASS. CIV., VI sez., 16.6.2021, n. 17102, in *Dir. e giust.*, 2021.

IV. La dottrina

1. *I divieti di discriminazione di cui alla dir. n. 2000/78/CE.*

Sul concetto di uguaglianza e discriminazione: BALLESTRERO, *A proposito di eguaglianza e diritto del lavoro*, in *Dir. lav. e rel. ind.*, 1994, 577; MAZZOTTA, *Eguaglianza, parità, pari opportunità*, in *Dir. lav. e rel. ind.*, 1994, 481.

Sull'interpretazione delle disposizioni della dir. n. 2000/78/CE conformemente alle prescrizioni di cui alla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità: FERRI, *L'Unione europea ratifica la Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità*, 10.2.2011, *www.dirittocomparati.it*; DE AMICIS, *La l. n. 3 marzo 2009, n. 18 di ratifica della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità: i principi e le procedure*, in *Giur. merito*, 2009, 2375; FOGGETTI, *Ratificata la Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità. Con la creazione dell'Osservatorio Nazionale fatto il primo passo per adeguarsi alla disciplina*, in *Guida al dir.*, 2009, XV, 35; KAYESS e FRANCH, *Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, in *Human Rights Law Review*, 2008, I, 21.

Sugli aspetti processuali dei giudizi in materia di comportamenti discriminatori: GUARISO e MILITELLO, *La tutela giurisdizionale*, in *La tutela antidiscriminatoria, Fonti, tutele, interpreti*, a cura di BARBERA-GUARISO, Giappichelli, 2020, 445.

2. *Sull'estensione dell'art. 5, dir. n. 2000/78/CE al* caregiver *della persona con disabilità.*

Sulla nozione di accomodamento (o soluzione) ragionevole: FERRI e LAWSON, *Reasonable accomodation for disabled people in employment. A legal analysis of the situation in EU Member States, Iceland, Liechtestein and Norway*, Pubblication office of the European Union, 2016.

In tema di comporto applicabile ai lavoratori con disabilità: TARQUINI, *Il licenziamento discriminatorio, "soggetto inatteso": alcune riflessioni sul principio paritario e la disciplina limitativa del recesso datoriale*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2023, II.

3. *La tutela del* caregiver *nell'ordinamento italiano alla luce delle recenti modifiche normative.*

Sulle agevolazioni di cui all'art. 33, l. n. 104/1992 per i *caregivers* delle persone con disabilità: CARACCIOLO, *La fruizione illecita dei permessi* ex *l. n. 104/1992*, in *Lav. nella giur.*, 2021, 630; LIMENA, *Il diritto all'inamovibilità del lavoratore che presta assistenza al disabile*, in *Lav. nella giur.*, 2018, 575; SAFFIOTTI, *I diritti di assistenza per i familiari dei disabili*, in *Disabilità e lavoro*, a cura di LA MACCHIA, Ediesse, 2009.

Sull'adozione e attuazione della dir. n. 201/1158 UE: DAGNINO, *Sull'attuazione della direttiva UE 2019/1158*, in *Lav. nella giur.*, 2023, 140; ALESSI, BONARDI, CALAFÀ, D'ONGHIA, *Per una trasposizione responsabile della Direttiva n. 2019/1158, relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza*, in *Riv. giur. lav.*, 2022, 111; VITALETTI, *Equilibrio tra attività professionale e vita familiare. Il decreto legislativo di attuazione della direttiva n. 2019/1158*, in *Riv. giur. lav.*, 2022, 563; ZILLI, *La via italiana per condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili*, in *Dir. lav. e rel. ind.*, 2023, 25.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Lavoro (rapporto)

CASS. CIV., sez. lav., 2.10.2023, n. 27711 – RAIMONDI *Presidente* – RIVERSO *Estensore* – SANLORENZO *P.M.* (concl. conf.) – A.M. (avv.ti Sibona, Guelfo De Guglielmi) – S.F. soc. coop. (avv.ti Musti e Fortunat) – Cassa con rinvio App. Torino, 20.7.2022

LAVORO (RAPPORTO) – RETRIBUZIONE – MINIMI SALARIALI – SALARIO MINIMO COSTITUZIONALE – CRITERI DI DETERMINAZIONE (Cost., artt. 36, 39; dir. UE 19.10.2022, n. 2041; cod. civ., artt. 2070, 2099, comma 2º)

Nell'attuazione dell'art. 36 Cost. il giudice deve fare riferimento, quali parametri di commisurazione, in via preliminare alla retribuzione stabilita dalla contrattazione collettiva nazionale di categoria, dalla quale può motivatamente discostarsi, anche *ex officio*, quando la stessa entri in contrasto con i criteri normativi di proporzionalità e sufficienza della retribuzione dettati dall'art. 36 Cost., e ciò anche se il rinvio alla contrattazione collettiva applicabile al caso concreto sia contemplato in una legge, dovendo il giudice darne una interpretazione costituzionalmente orientata; il giudice può, altresì, servirsi, a fini parametrici, del trattamento retributivo stabilito in altri contratti collettivi di settori affini o per mansioni analoghe e, nell'ambito dei propri poteri *ex* art. 2099, comma 2º, cod. civ., può fare riferimento ad indicatori economici e statistici secondo quanto suggerito dalla Direttiva 2022/2041/UE.

LAVORO (RAPPORTO DI) – RETRIBUZIONE – VIOLAZIONE ART. 36 COST. – ONERI DI ALLEGAZIONE E PROVA (Cost. art. 36; cod. civ. art. 2697)

Il lavoratore che deduca la non conformità all'art. 36 Cost. della retribuzione percepita deve provare il lavoro svolto e l'entità della retribuzione, ma non anche l'insufficienza o la non proporzionalità.

LAVORO (RAPPORTO DI) – RETRIBUZIONE – VIOLAZIONE ART. 36 COST. – CORRISPONDENZA TRA IL CHIESTO E IL PRONUNCIATO – SUSSISTENZA (Cost. art. 36; cod. proc. civ. art. 112)

Nella domanda con cui il lavoratore deduca l'insufficienza della retribuzione percepita e richieda il pagamento di quanto a lui spettante sulla base di un contratto collettivo è implicita la richiesta di adeguamento della retribuzione ai sensi dell'art. 36 Cost.

LAVORO (RAPPORTO DI) – RETRIBUZIONE – VIOLAZIONE ART. 36 COST. – CENSURABILITÀ IN SEDE DI LEGITTIMITÀ – INSUSSISTENZA (Cost. art. 36; cod. proc. civ. art. 360)

La valutazione sull'adeguatezza della retribuzione corrisposta è riservata al giudice di merito e la sua determinazione, se rispettosa dell'art. 36 Cost. e adeguatamente motivata in ordine agli elementi utilizzati, non è censurabile in sede di legittimità neppure sotto il profilo del mancato ricorso ai parametri rinvenibili nella contrattazione collettiva.

dal testo:

Il fatto. Con la sentenza in atti n. 407/2022 la Corte d'appello di Torino in accoglimento dell'appello proposto da S.F. Soc. Coop. (già S.S.F. Soc. Coop) riformava la sentenza di primo grado che, in accoglimento della domanda proposta da M.A., ritenuta la non conformità ai parametri dell'articolo 36 della Costituzione del trattamento retributivo applicato, corrispondente a quello previsto per il livello D della sezione Servizi Fiduciari del CCNL per i dipendenti delle imprese di vigilanza privata e servizi fiduciari del 1/2/2013, aveva accertato il diritto del lavoratore a percepire un trattamento retributivo di base non inferiore a quello previsto per il livello D1 del CCNL dei dipendenti di proprietari di fabbricati ed ha condannato la datrice di lavoro S.F. al pagamento della somma lorda di euro 2.493,13 a titolo di differenze retributive per il periodo giugno 2000 20 Febbraio 2021 oltre accessori e spese di lite.

La Corte d'appello ha rigettato la domanda del lavoratore sostenendo che la Cooperativa S.F. avesse pacificamente applicato ai propri dipendenti il CCNL Vigilanza Privata e Servizi Fiduciari che atteneva al suo settore di operatività ed era stato stipulato da organizzazioni sindacali dei lavoratori maggiormente rappresentative a livello nazionale. Ha quindi affermato che vanno esclusi dalla valutazione di conformità *ex* art. 36 Costituzione quei rapporti di lavoro che sono regolati dai contratti collettivi propri del settore di operatività e sono siglati da organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello nazionale. Inoltre secondo la Corte di appello la retribuzione stabilita dalla norma collettiva acquista, sia pure solo in via generale, una presunzione di adeguatezza ai principi di proporzionalità e sufficienza che investe le disposizioni economiche del contratto collettivo anche negli interni rapporti fra le singole retribuzioni. Risulta così valorizzato il principio dell'autonomia sindacale art. 39, 4 comma della Costituzione alla quale nell'attuale quadro normativo la contrattazione collettiva è demandata in via esclusiva; mentre non era coerente con

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

l'attuale sistema contrattuale rimettere al giudice il potere di sindacare i livelli retributivi al fine di scegliere quello più alto. Infatti il CCNL Servizi Fiduciari atteneva proprio al settore di operatività della società appellante mentre gli altri contratti collettivi citati come parametri di confronto (CCNL Multiservizi, CCNL terziario, CCNL per i dipendenti di proprietà e di fabbricati) riguardavano comunque settori differenti. Inoltre secondo la Corte la valutazione di adeguatezza della retribuzione effettuata dal primo giudice, con esclusivo riferimento alla retribuzione base, non appariva conforme ai principi elaborati dalla giurisprudenza consolidata dovendosi fare riferimento al trattamento economico globale comprensivo della retribuzione per lavoro straordinario come riconosciuto anche dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 470/2002 (Cass. 5934/2004). Ne derivava che la lesione dei criteri di proporzionalità e sufficienza non si potesse scrutinare sulla singola clausola retributiva, ma dovesse tener conto del complessivo assetto della retribuzione vale a dire della sua globalità e non delle singole componenti (Cass. n. 162/2009, Cass. 6962/16, 23696/16). Infine, secondo la Corte d'appello, sotto il profilo della sufficienza della retribuzione ai sensi dell'art. 36 Cost., occorreva rilevare che fosse improprio il riferimento al valore soglia di povertà assoluta indicato dall'ISTAT trattandosi di un valore monetario riguardante la spesa per consumi sostenuta da ciascuna famiglia, determinato in relazione a diverse variabili e che non poteva fornire un criterio utile per l'individuazione della retribuzione sufficiente ai sensi dell'articolo 36 della Costituzione.

Contro la sentenza ha proposto ricorso per cassazione A.M. con cinque motivi di ricorso cui ha resistito con controricorso S.F. Soc. Coop.

Tutte le parti, comprese il pubblico ministero, hanno depositato memoria.

I motivi. (*Omissis*).

1.– Con il primo motivo si deduce violazione e falsa applicazione dell'art. 36 Cost degli artt. 2099, 2727 e 2729 c.c., nonché dell'art. 3, comma 1 l. 142/2001, in relazione all'art. 360, comma 1 n. 3 c.p.c. per aver fatto errata applicazione della presunzione relativa di corrispondenza ai principi costituzionali dei trattamenti economici previsti dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentativi a livello nazionale.

2. Con il secondo motivo si deduce violazione e falsa applicazione dell'art. 36 Cost degli artt. 2099, 2727 e 2729 c.c., nonché dell'art. 3, comma 1 l. 142/2001, in relazione all'art. 360, comma 1 n. 3 c.p.c. per avere la Corte d'appello omesso di rilevare che nel settore merceologico della guardiania non armata erano già stati pacificamente applicati (nell'ambito del medesimo appalto allo stesso lavoratore della cooperativa) tre contratti collettivi firmati dalle stesse organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello nazionale che hanno poi sottoscritto nel 2013 il CCNL Servizi Fiduciari sicché ad essere assistiti dalla presunzione di conformità ai principi costituzionali di cui all'articolo 36 dovevano essere i trattamenti retributivi contemplati dai tre contratti già esistenti ed applicati.

3.– Con il terzo motivo si lamenta la violazione e falsa applicazione degli artt. 36 Cost., 2099 c.c. e 7, comma d.l. n. 248/2007 conv. in l. n. 31/2008, in relazione all'art. 360, 1 comma n. 3 c.p.c. per aver sostenuto che (pur regolando mansioni affini) i CCNL chiamati ad operare come termine di raffronto – ossia il CCNL Multiservizi, il CCNL proprietari di fabbricati ed il CCNL Terziario – non si presterebbero allo scopo rispetto al CCNL Servizi Fiduciari (che attiene proprio al settore di operatività della società appellante") in quanto riguarderebbero "settori ben differenti", e non si presterebbero pertanto ad alcun confronto con il primo ai fini della verifica della conformità all'art. 36 Cost. della retribuzione da questo prevista.

4. Con il quarto motivo si solleva la violazione e falsa applicazione degli artt. 36 Cost. e 2099 c.c. in relazione all'art. 360, 1 comma n. 3 c.p.c. per aver affermato che il ricorrente avesse errato a proporre una valutazione di adeguatezza della retribuzione con esclusivo riferimento alla retribuzione base secondo la valutazione in concreto effettuata dal primo giudice che non appariva conforme ai principi elaborati dalla giurisprudenza consolidata; dovendosi fare riferimento al trattamento economico globale comprensivo della retribuzione per lavoro straordinario come riconosciuto dalla Corte costituzionale con la sentenza numero 470 del 2002 (Cass. 5934/2004).

5. Con il quinto motivo si deduce la violazione e/o falsa applicazione degli artt. 36 Cost. e 2099 c.c. in relazione all'art. 360, 1 comma n. 3 c.p.c. nella parte in cui la sentenza impugnata ha sostenuto che il valore soglia di povertà assoluta calcolato dall'ISTAT non possa costituire un criterio utile per la individuazione della retribuzione sufficiente *ex* art. 36 della Costituzione.

6. I cinque motivi di ricorso, che per la connessione delle censure sollevate possono essere esaminati unitariamente, sono fondati nei termini di seguito indicati.

È pacifico e documentato che il ricorrente abbia agito in giudizio per ottenere il diritto all'adeguamento delle retribuzioni percepite, ritenuta la non conformità ai parametri dell'art. 36 della Costituzione del trattamento retributivo applicato, anche ai sensi dell'art. 3, 1 comma l. 142/2001 e 7 l. n. 31/2008, corrispondente a quello previsto per il livello D della sezione Servizi Fiduciari del CCNL per i dipendenti delle imprese di vigilanza privata e servizi fiduciari dell'1/2/2013; ed aveva chiesto l'accertamento del diritto a percepire un trattamento salariale non inferiore a quello previsto per il corrispondente livello del CCNL proprietari di fabbricati o in subordine del CCNL Multiservizi o del CCNL Terziario. Ha dedotto di svolgere mansioni di operatore fiduciario e di aver lavorato nel periodo indicato nell'ambito del medesimo appalto con differenti e successive imprese appaltatrici per svolgere le medesime mansioni venendo pagato sempre meno per le stesse mansioni svolte, producendo le relative buste paga ed i contratti di assunzione e collettivi.

(*Omissis*).

11.– Anzitutto va ricordato che secondo quanto affermato da questa Corte con la sentenza n. 24449/2016 l'art. 36, 1º co., Cost. garantisce due diritti distinti, che, tuttavia, «nella concreta determinazione della retribuzione, si integrano a vicenda»: quello ad una retribuzione «proporzionata» garantisce ai lavoratori «una ragionevole commisurazione della propria ricompensa alla quantità e alla qualità dell'attività prestata»; mentre quello ad una retribuzione «sufficiente» dà diritto ad «una retribuzione non inferiore agli standards minimi necessari per vivere una vita a misura d'uomo», ovvero ad «una ricompensa complessiva che non ricada

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

sotto il livello minimo, ritenuto, in un determinato momento storico e nelle concrete condizioni di vita esistenti, necessario ad assicurare al lavoratore ed alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa». In altre parole, l'uno stabilisce «un criterio positivo di carattere generale», l'altro «un limite negativo, invalicabile in assoluto».

12. Il giudice, pertanto, non può sottrarsi a nessuna delle due valutazioni che, seppur integrate, costituiscono le direttrici sulla cui base deve determinare la misura della retribuzione minima secondo la Costituzione.

13. Per quanto concerne il valore soglia di povertà assoluta, è noto che esso viene calcolato ogni anno dall'Istat relativamente ad un paniere di beni e servizi essenziali per il sostentamento vitale differenziandolo in ragione dell'età, dell'area geografica di residenza del singolo e dei componenti della famiglia; mentre i concetti di sufficienza e di proporzionalità mirano a garantire al lavoratore una vita non solo non povera ma persino dignitosa; orientando il trattamento economico non solo verso il soddisfacimento di meri bisogni essenziali ma verso qualcosa in più che la recente Direttiva UE sui salari adeguati all'interno dell'Unione n. 2022/2041 individua nel conseguimento anche di beni immateriali (cfr. considerando n. 28: "*oltre alle necessità materiali quali cibo, vestiario e alloggio, si potrebbe tener conto anche della necessità di partecipare ad attività culturali, educative e sociali*").

14. Va da sé poi che nell'ambito dell'operazione di raffronto tra il salario di fatto e quello costituzionale il giudice è tenuto ad effettuare una valutazione coerente e funzionale allo scopo, rispettosa dei criteri giuridici della sufficienza e della proporzionalità; non potendo perciò assumere a riferimento un salario lordo (che non si riferisce ad un importo interamente spendibile da un lavoratore) e confrontarlo con l'indice ISTAT di povertà (che ha riguardo invece alla capacità di acquisto immediata di determinati beni essenziali).

15. Il livello Istat di povertà pur non costituendo un parametro diretto di determinazione della retribuzione sufficiente, può tuttavia aiutare ad individuare, sotto questo profilo, una soglia minima invalicabile. Esso non è di per sé indicativo del raggiungimento del livello del salario minimo costituzionale che, come già rilevato, deve essere proiettato ad una vita libera e dignitosa e non solo non povera, dovendo altresì rispettare l'altro profilo della proporzionalità.

16. In nessun caso la verifica della sufficienza della retribuzione in concreto corrisposta, anche attraverso il livello Istat di povertà assoluta, può esaurire l'oggetto della articolata valutazione demandata al giudice ai sensi dell'art. 36 Cost., come si è invece verificato con il giudizio in oggetto. Essa deve condurre sempre alla determinazione del *quantum* del salario costituzionale (*pars costruens)*, operazione che, come si vedrà, la univoca giurisprudenza di questa Corte e lo stesso ordinamento (in alcune disposizioni di legge) vuole improntata in partenza al confronto parametrico con i livelli retributivi stabiliti dalla contrattazione collettiva (v. Cass. 17/5/2003 n. 7752, Cass. 8/1/2002 n. 132 Cass. 9/3/2005 n. 5139 Cass. 1/2/2006 n. 2245) ritenuti idonei a realizzare, per naturale vocazione, le istanze sottese ai concetti costituzionali di sufficienza e di proporzionalità; fatto salvo, oltre ad eventuali disposizioni di legge, l'intervento correttivo del giudice sulla stessa contrattazione collettiva a tutela della precettività dell'art. 36 Cost.

17. Quanto ai poteri demandati al giudice nella materia, è opportuno rilevare che, in virtù della forza cogente del diritto alla giusta retribuzione, spetta al giudice di merito valutarne la conformità ai criteri indicati dall'art. 36 Cost., mentre il lavoratore che deduca la non conformità della retribuzione corrispostagli dal datore di lavoro all'art. 36 Cost., deve provare solo il lavoro svolto e l'entità della retribuzione, e non anche l'insufficienza o la non proporzionalità che rappresentano i criteri giuridici che il giudice deve utilizzare nell'opera di accertamento.

Al lavoratore spetta soltanto l'onere di dimostrare l'oggetto sul quale tale valutazione deve avvenire, e cioè le prestazioni lavorative in concreto effettuate e l'allegazione di criteri di raffronto, fermo restando il dovere del giudice di enunciare i parametri seguiti, allo scopo di consentire il controllo della congruità della motivazione della sua decisione (Cass. n. 4147/1990; Cass. n. 8097/2002).

Anche quando chiede la disapplicazione di un trattamento retributivo collettivo per ritenuta inosservanza dei minimi costituzionali, il lavoratore è tenuto a fornire utili elementi di giudizio indicando i parametri di raffronto, dovendo in mancanza presumersi adeguata e sufficiente la retribuzione corrisposta nella misura prevista in relazione alle mansioni esercitate dal contratto collettivo del settore (Cass. nn. 11881/1990, 163/1986, 4096/1986, 7563/1987). Inoltre, la violazione dell'art. 36 Cost. è denunciabile anche se la retribuzione in fatto corrisposta è conforme a quella stabilita dal contratto collettivo potendo anche accadere che la prestazione del lavoratore possa presentare caratteristiche peculiari per qualità e quantità che la differenziano da quelle contemplate nella regolamentazione collettiva, sicché non si può assolutamente escludere che sia insufficiente la stessa retribuzione fissata dal contratto collettivo (Cass. n. 2302/1979, sul punto anche Cass. n. 1255 del 1976 e n. 2380 del 1972).

18. Nel caso di specie il lavoratore, oltre a richiamare il valore soglia di povertà, aveva dedotto di aver lavorato nell'ambito del medesimo appalto con differenti e successive aziende appaltatrici per svolgere le medesime mansioni venendo pagato sempre meno in applicazione di differenti CCNL per lo svolgimento delle stesse mansioni, producendo le relative buste paga e le relative tabelle salariali.

La Corte d'appello aveva perciò a disposizione tutti i dati occorrenti per effettuare la dovuta determinazione della retribuzione, nel rispetto dei criteri imposti dall'art. 36 Cost., dovendo solo fornire adeguata motivazione in ordine agli elementi in concreto utilizzati "*potendo all'occorrenza servirsi anche di una ctu contabile*" (v. Cass. n. 12271 del 10/06/2005, Cass. n. 1393 del 18/02/1985).

19. Il compito del giudice non subisce alterazione, rispetto al principio basilare della domanda, neanche quando il lavoratore – che deduca l'insufficienza del salario percepito, descriva il lavoro svolto e produca in giudizio le buste paga – si limiti ad indicare come termine di raffronto quello tra paga oraria percepita e retribuzione protetta a livello costituzionale, atteso che tale indicazione non modifica la natura della domanda svolta in giudizio né l'interesse di cui si chiede protezione, la identificazione dei quali, com'è noto, non richiedono "formule sacramentali".

(*Omissis*)

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

In ogni domanda in cui il lavoratore abbia dedotto l'insufficienza della retribuzione in concreto percepita ed abbia richiesto il pagamento di quanto a lui spettante sulla base di un contratto collettivo è implicita quindi la richiesta di adeguamento della retribuzione ai sensi dell'art. 36 Cost. senza che possa configurarsi una domanda nuova inammissibile (Cass. n. 7157/2003, Cass. n. 6885/1982, Cass. n. 2439/1974).

19.1. Va ora aggiunto che sotto questo profilo del quantum appare altresì priva di fondamento la tesi, affermata come valida in generale dalla Corte di appello di Torino, secondo cui ai fini dell'art. 36 Cost. bisogna prendere a riferimento il trattamento complessivo della retribuzione comprensivo della retribuzione per lavoro straordinario, in quanto riconosciuto dalla Corte Cost. n. 470/2002 e dalla sentenza di questa Corte n. 5934/2004.

In realtà la sentenza della Corte Cost. n. 470/2002 si è occupata del diverso problema del *quantum* della singola componente retributiva: e cioè della questione se, ai sensi dell'art. 36 Cost., il lavoro straordinario debba essere necessariamente compensato con una maggiorazione di paga, per la penosità del lavoro svolto oltre l'orario normale di lavoro. In questo specifico contesto, nel negare tale copertura costituzionale, la Corte Cost. 470/2002 ha riaffermato il principio secondo cui per giudicare della legittimità costituzionale della retribuzione bisogna fare riferimento al trattamento complessivamente percepito e non soffermarsi sull'entità del singolo emolumento; ma la stessa Corte Cost. non ha mai affermato che per giudicare della compatibilità all'art. 36 della Cost. del trattamento complessivo percepito dal lavoratore bisogna tener conto anche del lavoro straordinario. Il che andrebbe escluso in termini generali, sia perché si tratta di un emolumento eventuale e non ordinario del lavoro svolto; sia perché sarebbe incongruo affermarlo quante volte il lavoratore, proprio in ragione della esiguità di base del salario percepito, fosse costretto a svolgere molte ore di lavoro straordinario per raggiungere la soglia minima di conformità richiesta dalla Costituzione.

20. Dalla giurisprudenza che si è via via pronunciata nella materia (v. punti 23 ss.) si desume inoltre che in sede di applicazione dell'art. 36 Cost. il giudice di merito gode, ai sensi dell'art. 2099 c.c., di una ampia discrezionalità nella determinazione della giusta retribuzione potendo discostarsi (in diminuzione ma anche in aumento) dai minimi retributivi della contrattazione collettiva e potendo servirsi di altri criteri di giudizio e parametri differenti da quelli collettivi (sia in concorso, sia in sostituzione), con l'unico obbligo di darne puntuale ed adeguata motivazione rispettosa dell'art. 36 Cost.

21.– Pertanto l'apprezzamento dell'adeguatezza della retribuzione in concreto resta riservato al giudice del merito (v. fra le altre Cass. n. 20216/2021, Cass. n. 19467/2007; Cass. n. 16866/2008 Cass. 14/6/1985 n. 3586, Cass. 24/6/1983 n. 4326, Cass. 12/3/1981 n. 1428, Cass. 3/4/1979 n. 1926) e la sua determinazione, se effettuata nel rispetto dei criteri imposti dall'art. 36 Cost., e con adeguata motivazione, in ordine agli elementi utilizzati, non è censurabile neppure sotto il profilo del mancato ricorso ai parametri rinvenibili nella contrattazione collettiva (v. Cass. n. 19467/2007, n. 2791/1987, Cass. n. 2193/1985).

22. Resta, peraltro, sempre valido il monito formulato dalla giurisprudenza di questa Corte (tra le altre, Cass. 1.2.2006, n. 2245, Cass. 14.1.2021 n. 546) con cui si invita il giudice che si discosti da quanto previsto dai contratti collettivi ad usare la massima prudenza e adeguata motivazione «giacché difficilmente è in grado di apprezzare le esigenze economiche e politiche sottese all'assetto degli interessi concordato dalle parti sociali».

23.1. Tuttavia, nella variegata casistica giurisprudenziale si registrano, alla luce dei fatti concreti, frequenti deviazioni dalla contrattazione collettiva nazionale di categoria, essendo sempre stato inteso, quello del riferimento alle clausole salariali dei contratti collettivi post-corporativi di categoria, come una facoltà piuttosto che un obbligo inderogabile per il giudice di merito, fatto salvo l'onere della motivazione conforme (Cass. n. 5519/2004).

(*Omissis*)

23.2. Inoltre, il giudice può motivatamente utilizzare parametri anche differenti da quelli contrattuali e "*fondare la pronuncia, anziché su tali parametri, sulla natura e sulle caratteristiche della concreta attività svolta, su nozioni di comune esperienza e, in difetto di utili elementi, anche su criteri equitativi*" (Cass. n. 19467/2007, Cass. n. 1987/2791, Cass. n. 1985/2193, Cass. n. 24449/2016).

(*Omissis*)

24. In virtù dell'integrazione del nostro ordinamento a livello europeo ed internazionale, l'attuazione del precetto del giusto salario costituzionale è divenuta un'operazione che il giudice deve effettuare considerando anche le indicazioni sovranazionali e quelle provenienti dall'Unione Europea e dall'ordinamento internazionale.

24.1 La recente Direttiva UE 2022/2041 del 19 ottobre 2022 "*relativa a salari minimi adeguati nell'Unione Europea* termine" – dei cui contenuti il giudice interno deve tenere conto, secondo le ripetute indicazioni della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, anche prima della scadenza del recepimento (*Omissis*) – convalida in più di una disposizione il riferimento in questa materia agli indicatori Istat, sia sul costo della vita sia sulla soglia di povertà, oltre che ad altri strumenti di computo ed indicatori nazionali ed internazionali.

Nel considerando n. 28 la direttiva afferma che allo scopo "*un paniere di beni e servizi a prezzi retali stabilito a livello nazionale può essere utile per determinare il costo della vita al fine di conseguire un tenore di vita dignitoso*"; aggiungendo – quanto al livello di vita da conseguire attraverso un salario minimo adeguato – che "*oltre alle necessità materiali quali cibo, vestiario e alloggio, si potrebbe tener conto anche della necessità di partecipare ad attività culturali, educative e sociali*".

Nello stesso considerando n. 28 si prevede espressamente che, nella individuazione di parametri utili per determinare l'adeguatezza del salario, "*la valutazione potrebbe inoltre basarsi su valori di riferimento associati a indicatori utilizzati a livello nazionale, come il confronto tra il salario minimo netto e la soglia di povertà e il potere d'acquisto dei salari minimi*".

24.2 Nella ricerca demandata al giudice interno dall'art. 36 Cost. possono aiutare inoltre i criteri, menzionati nel considerando n. 28 (e richiamati anche nell'art. 5 della Direttiva), a proposito degli indicatori e valori di riferimento associati per orientare la valutazione degli Stati circa l'adeguatezza dei salari minimi legali: "*Gli Stati membri potrebbero scegliere tra gli indicatori comunemente impiegati a li-*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

vello internazionale e/o gli indicatori utilizzati a livello nazionale. La valutazione potrebbe basarsi su valori di riferimento comunemente impiegati a livello internazionale, quali il rapporto tra il salario minimo lordo e il 60% del salario lordo mediano e il rapporto tra il salario minimo lordo e il 50% del salario lordo medio, valori che attualmente non sono soddisfatti da tutti gli Stati membri, o il rapporto tra il salario minimo netto e il 50% o il 60% del salario netto medio".

25. Nella recente ordinanza n. 17698/2022 questa Corte ha richiamato la previsione del salario minimo legale (suggerito dall'Organizzazione internazionale del lavoro – OIL, come politica per garantire una «giusta retribuzione»), insieme alle norme interne sul salario legale dettate per i soci lavoratori di cooperative attraverso il rinvio alla contrattazione collettiva comparativamente più rappresentativa (art. 3, 1 comma legge 142/2001 e art. 7, 4 comma del d.l. 48/2007, convertito in L. 31/2008).

Da quasi un secolo la convenzione OIL n. 26 del 16 giugno 1928 prevede l'introduzione o la conservazione di meccanismi per la definizione di salari minimi legali "mediante contratto collettivo o in altro modo e laddove i salari siano eccessivamente bassi" (art. 1). Mentre la convenzione OIL n. 131/1970, che l'Italia non ha ratificato, impegna a stabilire un sistema di salari minimi che protegga tutti i gruppi di lavoratori dipendenti (art. 1), aggiungendo che "I salari minimi devono avere forza di legge e non potranno essere abbassati" (art. 2).

Altre disposizioni in materia sono dettate dall'art. 4 della Carta sociale europea e negli artt. 23 e 31 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; ed inoltre dal Pilastro Europeo dei Diritti sociali del novembre 2017, che nel punto 6, lettera a) prefigura la necessità di una retribuzione che offra un tenore di vita dignitoso, mentre la lettera b) impegna all'implementazione di retribuzioni minime adeguate per i bisogni del lavoratore e della famiglia.

La direttiva UE 2022/2041 del 19 ottobre 2022 in materia di adeguatezza dei salari, sopra indicata, vuole conseguire gli obiettivi della dignità del lavoro, l'inclusione sociale e il contrasto alla povertà, dettando il concetto per cui la salvaguardia e l'adeguamento dei salari minimi «contribuiscono a sostenere la domanda interna».

Il primo obiettivo dichiarato della Direttiva è quello della «convergenza sociale verso l'alto» dei salari minimi (art. 1 comma 1); si precisa che i minimi debbono essere "adeguati" per conseguire «condizioni di vita e di lavoro dignitose». La direttiva vuole perciò un miglioramento dei minimi più bassi, perché si avvicinino ai più alti.

26. Come già rilevato, utile allo scopo si rivela l'individuazione percentuale del salario medio e/o mediano, che nel nostro Paese può essere individuato anche attraverso i dati Uniemens censiti dall'INPS (mentre sui c.d. *working poors* v. da ultimo XXII Rapporto INPS, pag. 99 ss. presentato al Parlamento il 13 settembre 2023); suggerimento che il giudice interno può dunque valorizzare ai fini della complessiva valutazione di conformità nei termini equitativi richiesti da questa giurisprudenza *ex* art. 36 Cost., anche ai sensi dell'art. 432 c.p.c.

27. Le censure sollevate col ricorso investono inoltre direttamente il confronto l'art. 36 Cost. e richiedono di individuare quindi il concetto di salario proporzionato e sufficiente. La soluzione delle questioni sollevate sotto questo profilo non richiede di allontanarsi dal collaudato e massiccio orientamento giurisprudenziale elaborato in materia di equità salariale dalla Corte Costituzionale e da questa Corte di legittimità.

28. Secondo quanto affermato in epoca risalente dalla Corte costituzionale quello al salario minimo costituzionale delineato nell'art. 36 integra un *diritto subiettivo perfetto* (sentenza n. 30/1960) che "deve rispondere a due fondamentali e diverse esigenze" indicate dalla norma (Corte cost. sentenza n. 74 del 1966, n. 559 del 1987).

La norma non si limita a stabilire *l'an* del diritto al salario, ma attribuisce a chi lavora il diritto ad un salario con contenuti qualificanti che fanno riferimento *al quantum* del corrispettivo oggetto dell'obbligazione contrattuale; si tratta di indicazioni immediatamente precettive idonee a conformare le clausole relative al corrispettivo del lavoro contenute all'interno di ciascun contratto di lavoro.

Tali indicazioni giuridiche (insieme ad altre norme costituzionali pure riferite o riferibili alla retribuzione, come gli artt. 3, 37, 38, 39, 40 e 41 Cost.) interpellano anzitutto gli agenti negoziali (associazioni sindacali e datoriali) in quanto massima autorità salariale.

Si rivolgono inoltre al legislatore che deve operare politiche di valorizzazione e di sostegno al reddito in funzione della promozione individuale e sociale dei lavoratori e delle indeclinabili esigenze familiari a cui lo stesso reddito deve far fronte.

Il giudice è chiamato ad intervenire in ultima istanza, per assicurare, nell'ambito di ogni singolo rapporto di cui è chiamato a conoscere, la rispondenza dei predetti interventi allo statuto del salario delineato a livello generale nella normativa costituzionale; ed in caso di violazione ripristinare la regola violata dichiarando la nullità della clausola individuale e procedendo alla quantificazione della giusta retribuzione costituzionale (in applicazione delle regole civilistiche dell'art. 2099, 2 comma e dell'art. 1419, 1 comma c.c.).

(*Omissis*)

Pur in mancanza dell'applicazione ai contratti di diritto comune dell'art. 2070 c.c. che vincolerebbe la regolamentazione collettiva all'area professionale di pertinenza, si è infatti ammesso comunque che il lavoratore possa appellarsi ad un contratto collettivo diverso da quello di provenienza, non già per ottenerne l'applicazione bensì come termine di riferimento per la determinazione della giusta retribuzione deducendo la non conformità al precetto costituzionale del trattamento economico previsto nel contratto collettivo applicato al proprio rapporto (Sez. Un. 2665/1997; Cass. nn. 7157/2003, 9964/2003, 26742/2014, 4951/2019).

32. Deve essere ora evidenziato che l'oggetto dell'intervento giudiziale può riguardare non solo il diritto del lavoratore di richiamare in sede di determinazione del salario il CCNL della categoria nazionale di appartenenza, ma anche il diritto di uscire dal salario contrattuale della categoria di pertinenza; atteso che, per la cogenza dell'art. 36 Cost., nessuna tipologia contrattuale può ritenersi sottratta alla verifica giudiziale di conformità ai requisiti sostanziali stabiliti dalla Costituzione che hanno ovviamente un valore gerarchicamente sovraordinato nell'ordinamento.

(*Omissis*)

33. Quello appena richiamato integra un orientamento

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

già consolidato a cui questo Collegio intende dare continuità nella decisione di questa causa, in quanto conforme alle regole ed allo spirito della nostra Costituzione, ed a cui occorre apportare solo alcune limitate precisazioni per fugare taluni dubbi e chiarire il consolidato orientamento di legittimità a fronte della realtà di fatto che si è venuta a determinare negli ultimi tempi nel nostro Paese, e dentro la quale si colloca oggi la questione della sindacabilità del contratto collettivo nazionale di categoria sottoscritto da OO.SS. maggiormente rappresentative, che è oggetto della controversia.

34. Si tratta di una realtà che è già stata posta più volte all'attenzione della magistratura del lavoro, della magistratura amministrativa e persino della magistratura penale, chiamate ad interloquire in diverso modo sulla misura dei salari fissati in sede collettiva, anche ad opera di organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative.

Ciò ha creato una rinnovata attenzione dialettica sul tema anche da parte della dottrina, sollecitata da ultimo dall'intervento della Direttiva già in precedenza richiamata, in materia di salari adeguati all'interno dell'Unione Europea, n. 2022/2041 del 19 ottobre scorso.

35. È noto come diverse questioni vengano dibattute in questo contesto, quali, in sintesi: a. la frammentazione della rappresentanza e la presenza sulla scena negoziale di associazioni collettive (sindacali e datoriali) di discutibile rappresentatività (sottoscrittori di contratti definiti col nome evocativo di "contratti pirata"); b. la frantumazione dei perimetri negoziali e degli ambiti della contrattazione, dei settori e delle categorie; c. la conseguente proliferazione del numero dei CCNL. – Il CNEL ne ha censiti 946 per il settore privato, di cui solo un quinto sarebbero stati stipulati da sindacati più rappresentativi a copertura della maggior parte dei dipendenti; d. la moltiplicazione del fenomeno della disparità di retribuzione a parità di lavoro ed la mortificazione dei salari soprattutto ai livelli più bassi; e. il ritardo abituale dei rinnovi dei contratti collettivi la cui durata impedisce un effettivo adeguamento dei salari ai cambiamenti economici (l'ultimo Report del CNEL denuncia come scaduti 563 contratti del settore privato, pari al 60%); f. una dinamica inflazionistica severa negli ultimi due anni, con la conseguente perdita del potere di acquisto dei salari.

Si parla notoriamente di "lavoro povero", ovvero di "povertà nonostante il lavoro", principalmente dovuto, come si è detto, alla concorrenza salariale "al ribasso" innescata dai fattori suindicati, in particolare dalla molteplicità dei contratti all'interno della stessa contrattazione collettiva; la quale, pur necessaria, quale espressione della libertà sindacale e per la tutela dei diritti collettivi dei lavoratori, può entrare in tensione con il principio dell'art. 36 della Costituzione che essa stessa è chiamata a presidiare per garantire il valore della dignità del lavoro.

36. Nel caso di specie si deduce che in virtù dell'applicazione allo stesso lavoratore ricorrente, da un cambio di appalto all'altro, di CCNL sempre diversi e peggiorativi – sottoscritti anche dalle OO.SS. maggiormente rappresentative – si è prodotto il risultato di una diminuzione della retribuzione pur nell'identità dell'attività di lavoro svolta da esso e dalla stessa datrice di lavoro.

37.– Naturalmente pur in questo contesto va sempre tenuto presente il monito (Cass. 1.2.2006, n. 2245, Cass. 14.1.2021, n. 546) secondo cui il giudice deve sempre approcciarsi alla contrattazione collettiva "con grande prudenza e rispetto", attesa la naturale attitudine degli agenti collettivi alla gestione della materia salariale, un principio garantito dalla Costituzione e anche dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (v. spec. Corte EDU, *Demir e Baykara c. Turchia* [GC], no. 34503/97, 12 novembre 2008).

38. Detto questo, però, deve essere ricordato che nella Costituzione c'è un limite oltre il quale non si può scendere. E questo limite vale per qualsiasi contrattazione collettiva, che non può tradursi, in fattore di compressione del giusto livello di salario e di *dumping* salariale; in particolare, quando la presenza di molteplici contratti collettivi in uno stesso settore, tanto più se sottoscritti da soggetti poco o nulla rappresentativi (si veda ad es. in materia di trattamenti contrattuali collettivi dei c.d. *riders* la circolare del Ministero del lavoro del 19.11.2020) diventa un fattore di destabilizzazione, mettendo in discussione l'attitudine alla parità di salario a parità di lavoro che il rinvio alla determinazione collettiva sottende. Questo limite diventa pertanto cogente quando – come ha avvertito la Corte cost. nella nota sentenza n. 51/2015, dedicata alla disciplina del salario collettivo dei soci di cooperativa – venendo meno alla sua storica funzione, la stessa contrattazione collettiva sottopone la determinazione del salario al meccanismo della concorrenza invece "*di contrastare forme di competizione salariale al ribasso*".

39. Pertanto, pur di fronte alla situazione di crisi in parte nuova che si è venuta determinando, ad avviso di questa Corte, non cambia, e non può cambiare considerata l'inderogabilità dell'art. 36 Cost., la sperimentata regola della presunzione *iuris tantum*, salvo prova contraria, di conformità del trattamento salariale stabilito dalla contrattazione collettiva alla norma costituzionale, dovendosi solo chiarire che essa opera non solo "in mancanza di una specifica contrattazione di categoria", come talvolta si è affermato nella giurisprudenza di merito (richiamando erroneamente la sentenza n. 7528/2010 di questa Corte), ma anche "nonostante" una specifica contrattazione di categoria.

L'orientamento appena ribadito non è in realtà in contraddizione neppure con la citata sentenza n. 7528 del 29/03/2010, in cui il riferimento *alla mancanza di una specifica contrattazione di categoria* come presupposto del potere determinativo del giusto salario *ex* art 36 Cost. da parte del giudice, configura un mero *obiter dictum* nell'economia della decisione (*Omissis*).

40.– Diversa è la fattispecie, di cui si discute invece in questo giudizio, che si presenta allorché il giudice deve sottoporre a valutazione un salario determinato a mezzo di una contrattazione collettiva che il lavoratore deduca essere in contrasto con l'art. 36 della Cost. Ma anche in tale diversa fattispecie non muta la regola di giudizio sempre affermata da questa Corte (*Omissis*), dovendo applicarsi comunque l'orientamento che pur individuando in prima battuta i parametri della giusta retribuzione nel CCNL non esclude di sottoporli a controllo e di doverli disapplicare allorché l'esito del giudizio di conformità all'art. 36 si riveli negativo, secondo il motivato giudizio discrezionale del giudice. (*Omissis*)

42. È opportuno ora evidenziare come si sia sempre escluso che questa operazione di riferimento esterno alla contrattazione, come parametro di orientamento dell'equità giudi-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ziale *ex* art. 2099 c.c., valga a violare l'art. 39 della Costituzione e la procedura *ivi* regolata per attribuire efficacia *erga omnes* della contrattazione collettiva; e neppure il principio di libertà e di autonomia sindacale.

Nessuna lesione al principio di libertà sindacale è predicabile (al contrario di quanto sostenuto in qualche sentenza di merito), nemmeno quando il giudice non applichi un CCNL di categoria sottoscritto dalla associazione maggiormente rappresentative ancorché richiamato in una legge. Posto che qui, nella materia retributiva, non viene in discussione la libertà sindacale nel momento in cui, come si è visto, la stessa norma costituzionale (o anche una norma ordinaria) impone un parametro esterno al rapporto di lavoro ed ad esso eteronomo (anche a soggetti non obbligati all'applicazione del CCNL o anche al di fuori del CCNL altrimenti legittimamente applicato) allo scopo di attuare il principio costituzionale della giusta retribuzione riconosciuto in capo ad ogni lavoratore; anche al fine di un equilibrato contemperamento dei diversi interessi di carattere costituzionale (quand'anche venisse attuato l'art. 39 della Cost.; cfr. Corte Cost. n. 106 del 1962, cit.).

43.– La nostra Costituzione ha accolto infatti una nozione di remunerazione della prestazione di lavoro non come prezzo di mercato, ma come retribuzione sufficiente ossia adeguata ad assicurare un tenore di vita dignitoso, non interamente rimessa all'autodeterminazione delle parti individuali né dei soggetti collettivi. I due requisiti di sufficienza e proporzionalità costituiscono limiti all'autonomia negoziale anche collettiva, così come del resto accade nei commi successivi dell'art. 36 che, come è stato giustamente osservato, non sempre vengono adeguatamente valutati insieme al primo comma laddove appongono ulteriori limiti costituzionali alla durata sia della giornata lavorativa, sia della settimana e dell'anno di lavoro.

(*Omissis*)

44.– Considerata ora la presenza di una disciplina legale del salario minimo nel settore in cui opera la controricorrente che è una cooperativa, deve essere pure avvertito che, nel medesimo settore del lavoro in cooperativa, la normativa (art. 3, comma 1, e art. 6, comma 2, della legge n. 142/2001, modificata dall'art. 1, comma 9, lett. f, della l. n. 30/2003; art. 7, 4º comma d.l. 248/2007, convertito in dalla l. n. 31/2008) generalizza, rendendolo cogente, il meccanismo giurisprudenziale di adeguamento del salario *ex* art. 36 Cost. prevedendo l'obbligo del rispetto di standard minimi inderogabili validi sul territorio nazionale individuati nei *trattamenti complessivi* fissati dai contratti collettivi conclusi dalle associazioni datoriali e sindacali comparativamente più rappresentative nella categoria.

45.– Ma proprio in quanto disposta in attuazione dell'art. 36 della Cost. (secondo l'importante pronuncia della Corte cost. del 2015) neppure tale determinazione per via legale del salario – attraverso la contrattazione collettiva sottoscritta dalle associazioni datoriali e sindacali comparativamente più rappresentative – può portare a violare i contenuti sostanziali precettivi dell'art. 36 Cost. di cui dovrebbe garantire invece l'attuazione.

In altri termini anche i salari dettati dalla contrattazione collettiva applicabile alle cooperative, secondo la legge n. 142/2001 e la legge n. 31/2008, possono essere disapplicati dal giudice ed il trattamento retributivo annullato e sostituito con uno più congruo, che rispetti il minimo costituzionale (in questi termini da ultimo v. le già citate Cass. nn. 17698/2022, 4622/2020, 4621/2020, 9862/2019, 9005/2019, 7047/2019, 5189/2019, 20216/2021).

Lo stesso potrebbe accadere per le retribuzioni stabilite in forza di analoghe norme di rinvio alla contrattazione collettiva previste per i lavoratori degli enti del Terzo settore dall'art. 16, comma 1, d.lgs. n. 117/2017; per il settore del trasporto aereo dall'art. 203, comma 1, d.l. n. 34/2020; per i lavori nei contratti pubblici dal d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, contenente il nuovo Codice dei contratti pubblici, adottato in attuazione dell'art. 1, legge 21 giugno 2022, n. 78 (in particolare all'art. 11 ed all'art. 119.

Si tratta tutte di ipotesi in cui la legge garantisce ai lavoratori, come ai soci di cooperative, un trattamento complessivo non inferiore a quelli minimi stabiliti dal Contratto Collettivo Nazionale del settore stipulato dalle organizzazioni datoriali e sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale (c.d. contratto *leader*).

46. Sostenere che nelle medesime ipotesi la parte retributiva del contratto collettivo di diritto comune, sulla cui scorta viene determinata la retribuzione, si sottragga al sindacato del giudice e si imponga sempre e comunque, anche senza il vaglio di conformità all'art. 36 Cost., a prescindere dall'attuazione dell'art. 39 Cost., non già come paramento esterno di comparazione *ex* art. 36 Cost, ma come disciplina cogente del rapporto di lavoro per la parte retributiva non sindacabile e non assoggettabile a verifica di compatibilità da parte del giudice, esporrebbe tale tesi e le stesse leggi sopra indicate ad una duplice censura di incostituzionalità: sia sotto il profilo della violazione dell'art. 36 Cost., sia sotto il profilo dell'art. 39 (come risulta dalle due già citate sentenze della Corte cost. 51/2015 e 106/1962).

47. Tutto ciò rende pure evidente come l'aporia tra il trattamento retributivo previsto nella contrattazione collettiva e i contenuti precettivi dell'art. 36 Cost. di cui si discorre in questo giudizio possa prodursi anche per il tramite di una legge che rinvii alla contrattazione; e come tale contraddizione non sia del tutto idonea ad essere risolta con il solo sostegno alla contrattazione nazionale maggiormente rappresentativa (come ad es. nella legge 142/2001 e nella l. n. 31/2008); non potendosi mai escludere che il trattamento retributivo erogato in forza della stessa possa attestarsi nel caso concreto al di sotto del minimo costituzionale.

(*Omissis*)

55.– In ragione di quanto fin qui osservato il ricorso deve essere quindi accolto e la decisione deve essere cassata, rimettendosi nuovamente al Giudice del merito, indicato in dispositivo, la valutazione circa la conformità al parametro costituzionale delle singole retribuzioni corrisposte.

(*Omissis*).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

La Cassazione sul lavoro povero «nonostante una specifica contrattazione di categoria»

di Chiara Mazzotta*

La pronuncia della Cassazione n. 27711 del 2023 affronta il tema del lavoro povero e del salario minimo costituzionale, analizzando il tema alla luce dei propri precedenti di legittimità e della normativa sovrannazionale (in particolar modo della recente direttiva europea sul salario minimo legale). Il presente contributo ripercorre l'*iter* argomentativo della sentenza, riepilogando per sommi capi soprattutto i principali orientamenti giurisprudenziali in materia, soffermandosi anche su alcune questioni processuali oggetto della decisione.

I. Il caso

Un lavoratore ha svolto mansioni di operatore fiduciario per circa undici anni a favore di distinte imprese appaltatrici, che si sono succedute nell'ambito del medesimo appalto, e ha percepito retribuzioni sempre più basse, nonostante abbia sempre svolto lo stesso lavoro.

Ritenendo che quanto percepito fosse nettamente inferiore ai parametri di sufficienza e proporzionalità imposti dall'art. 36 Cost., egli si è rivolto al giudice del lavoro per ottenere il pagamento delle differenze retributive.

Dopo aver avuto esiti alterni nelle fasi di merito, la vicenda arriva in Cassazione che, con la pronuncia in commento, affronta approfonditamente il tema del "salario minimo costituzionale" e fornisce una sorta di *vademecum* da seguire per la verifica della conformità della retribuzione di fatto ai parametri costituzionali.

II. Le questioni

1. *Premessa*.

Da tempo il tema del salario minimo legale è all'ordine del giorno e il dibattito si è ulteriormente rinvigorito dopo la pubblicazione della dir. n. 2022/2041.

La questione tocca inevitabilmente grandi temi del diritto del lavoro, su cui si dibatte da tempo, primi tra tutti, ovviamente, la mancata attuazione della seconda parte dell'art. 39 Cost. e il problema dell'efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi.

Nella pratica la questione coinvolge soprattutto quei settori produttivi ad alta intensità di manodopera (quali il facchinaggio, i servizi fiduciari, la vigilanza privata, la pulizia, ecc.).

La sentenza annotata appartiene ad un gruppo di sei sentenze, tutte decise all'udienza del 14.9.2023, assegnate a due diversi relatori e pubblicate in due giorni diversi.

La Cassazione ripercorre il quadro giurisprudenziale in materia, in particolar modo quella di legittimità, e chiarisce cosa debba intendersi per "salario minimo costituzionale" e quali siano i rapporti tra l'art. 36 Cost. e la contrattazione collettiva (anche quella sottoscritta dalle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale) nonché il ruolo (e i poteri) del giudice nella valutazione e determinazione della giusta retribuzione.

La Sezione lavoro della Cassazione chiarisce anche alcuni aspetti processuali di non poco conto, in ordine all'onere di allegazione e prova del lavoratore e al contenuto della domanda di accertamento della violazione dell'art. 36 Cost., nonché in ordine ai poteri d'ufficio del giudice investito della domanda di adeguamento della retribuzione ai canoni costituzionali.

2. *La giurisprudenza di merito precedente*.

Come noto, prima della pronuncia annotata, le domande di adeguamento della retribuzione al salario minimo costituzionale avanzate dai lavoratori hanno avuto risposte variegate da parte dei giudici di merito.

Gli orientamenti della giurisprudenza di merito divergono anzitutto in relazione alla possibilità per il giudice di discostarsi da quanto previsto nella contrattazione collettiva e da quanto deciso dalle parti sociali.

Accanto a chi sostiene che le retribuzioni indicate dai contratti collettivi sottoscritti dalle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale godano di una presunzione assoluta di conformità alla Costituzione, c'è chi ritiene che si tratti di una presunzione *iuris tantum*, con onere a carico del lavoratore di dimostrare la non conformità ai precetti costituzionali (e dunque l'insufficienza e la sproporzione della retribuzione percepita).

Secondo il primo orientamento – invero minoritario – in virtù del principio dell'autonomia collettiva, previsto dall'art. 39 Cost., al giudice sarebbe preclusa la possibilità di valutare la conformità all'art. 36 Cost. delle retribuzioni indicate nei contratti collettivi sottoscritti dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, in

* **Contributo pubblicato in base a *referee*.**

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

quanto la norma costituzionale avrebbe demandato tale facoltà in via esclusiva ai sindacati.

A tale, risalente, orientamento appartiene la sentenza della Corte d'appello di Torino cassata dalla Suprema Corte.

Per un altro (prevalente) orientamento la retribuzione prevista dai contratti collettivi gode di una presunzione relativa di adeguatezza rispetto ai principi di proporzionalità e sufficienza.

Tale presunzione può essere superata con la prova in giudizio (con onere a carico del lavoratore) della inadeguatezza del trattamento economico complessivamente riconosciuto rispetto a quello assunto come parametro di riferimento.

I più grossi problemi (e le più rilevanti differenze) all'interno della giurisprudenza di merito si riscontrano nella determinazione del salario minimo costituzionale.

O meglio, dopo aver individuato il contratto collettivo da utilizzare quale termine di raffronto, non c'è convergenza di opinioni sulle voci retributive da includere per individuare il salario giusto ai sensi dell'art. 36 Cost.

Come noto, infatti, la giurisprudenza non compara semplicemente la retribuzione complessiva prevista dalla contrattazione collettiva con il salario di fatto, ma, nell'individuare il minimo costituzionale, opera una riduzione delle voci.

Secondo l'orientamento maggioritario si devono includere solo la paga base, l'ex indennità di contingenza e la tredicesima mensilità.

Sarebbero invece esclusi la quattordicesima mensilità e gli altri compensi aggiuntivi collegati a caratteristiche particolari della prestazione o alle qualità specifiche del lavoratore (come premi di produzione o speciali indennità); non vi è uniformità sulla inclusione o meno degli scatti di anzianità (che da alcuni vengono esclusi sul presupposto che tale emolumento non sarebbe proporzionato alla quantità e qualità del lavoro prestato, ma alla durata del servizio).

Tale interpretazione della tutela costituzionale è stata più volte criticata dalla dottrina che ha messo in luce come questa posizione poteva avere senso agli albori della contrattazione collettiva, quando i contratti collettivi in sostanza prevedevano solo quelle voci retributive, ma non adesso che la parte economica del contratto collettivo vede molte più voci.

Con la conseguenza che si è creato un enorme divario tra quello che i giudici considerano il minimo costituzionale e l'effettiva retribuzione prevista nella contrattazione collettiva (e dunque decisa dalle parti sociali).

Vedremo nel prosieguo (v. *infra* par. 4) come la sentenza annotata abbia provato a chiarire quali possano essere i termini di raffronto per la determinazione del giusto salario, senza però giungere ad una soluzione univoca.

3. *L'art. 36 come norma precettiva.*

Da tempo dottrina e giurisprudenza concordano nel ritenere l'art. 36 Cost una norma precettiva e, dunque, direttamente applicabile.

Del resto che la norma attribuisce al lavoratore «un diritto subiettivo perfetto, senza rinvio ad una legge ordinaria» lo ha affermato la Corte costituzionale con la nota decisione n. 30/1960 (v. CORTE COST., 4.5.1960, n. 30, *infra*, sez. III).

La sentenza annotata si premura di ricordare che la sufficienza e la proporzionalità sono due distinti diritti, seppur interconnessi, che devono essere entrambi garantiti.

La proporzionalità indica la funzione corrispettiva della retribuzione, in base alla quale il salario deve essere il corrispettivo della quantità e qualità del lavoro prestato; mentre la sufficienza esprime la funzione sociale della retribuzione e mira a garantire al lavoratore (e alla sua famiglia) un'esistenza libera e dignitosa.

Tale precisazione era opportuna perché la giurisprudenza precedente (anche di legittimità) tendeva a dare la preminenza al requisito della proporzionalità e a considerare la sufficienza un criterio sussidiario.

Non solo, la giurisprudenza ha anche più volte utilizzato il criterio della sufficienza per ridurre significativamente le tariffe previste dalla contrattazione collettiva, quasi sempre nei casi di imprese di modeste dimensioni o per condizioni ambientali e territoriali specifiche.

Al contrario, la Cassazione precisa che entrambi gli elementi devono sussistere e il giudice non può limitare la propria analisi alla verifica della sussistenza di uno solo.

Con la conseguenza che una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del lavoro svolto non è (e non potrà mai essere) sufficiente, se non consente al lavoratore e alla sua famiglia di vivere un'esistenza libera e dignitosa.

4. *La determinazione della giusta retribuzione.*

Sotto il profilo della determinazione in concreto della retribuzione minima costituzionale, per lungo tempo la giurisprudenza maggioritaria, pur non riconoscendo al sindacato il ruolo di "autorità salariale" (stante la mancata attuazione dell'art. 39 Cost.), ha utilizzato i minimi retributivi previsti dalla contrattazione collettiva sottoscritta dalle associazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative come parametro esterno di confronto, in considerazione della naturale vocazione del sindacato in materia, da cui consegue che le tabelle della contrattazione collettiva riflettano le dinamiche del mercato del lavoro.

Del resto che l'art. 39 Cost. non «contiene una riserva, normativa o contrattuale, in favore dei sindacati, per il regolamento dei rapporti di lavoro» è stato

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

affermato nella nota sentenza della CORTE COST., 19.12.1962, n. 106.

Con la conseguenza che il giudice può sempre valutare la conformità della retribuzione di fatto ai parametri di sufficienza e proporzionalità e può discostarsi da quanto previsto dalla contrattazione collettiva, con l'unico limite di fornire una congrua motivazione.

E così, attraverso il combinato disposto dell'art. 36 Cost. e dell'art. 2099, comma 2º, cod. civ., la giurisprudenza procede alla rideterminazione della retribuzione con il meccanismo sostitutivo delle clausole nulle di cui all'art. 1419, comma 2º, cod. civ.

Va da sé che la giurisprudenza di legittimità abbia sempre ricordato al giudice di «usare tale discrezionalità con la massima prudenza, e comunque con adeguata motivazione, giacché difficilmente è in grado di apprezzare le esigenze economiche e politiche sottese all'assetto degli interessi concordato dalle parti sociali» (CASS. CIV., 1º.2.2006, n. 2245, *infra*, sez. III).

Le tabelle retributive dei contratti collettivi sottoscritti dalle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sono state per lungo tempo considerate attuative dei principi di proporzionalità e sufficienza e sono state utilizzate come parametro esterno, al fine di individuare un criterio di calcolo della retribuzione rispettoso dei principi costituzionali.

Ciò ovviamente nel caso in cui l'applicazione della contrattazione di settore non fosse obbligata dall'affiliazione sindacale datoriale o dall'adesione espressa o tacita ad essa.

È pacifico infatti che il contratto collettivo non si applica al rapporto di lavoro in base all'oggetto dell'attività economica, ma solo in base all'affiliazione sindacale (sul punto v. la nota pronuncia della CASS. CIV., sez. un., 26.3.1997, n. 2665, *infra*, sez. III, che ha affermato, appunto, che il primo comma dell'art. 2070 cod. civ. non opera per la contrattazione collettiva di diritto comune, che obbliga solo gli iscritti o coloro che vi abbiano prestato adesione).

Con la conseguenza che, come noto, «nell'ipotesi di contratto di lavoro regolato dal contratto collettivo di diritto comune proprio di un settore non corrispondente a quello dell'attività svolta dell'imprenditore, il lavoratore non può aspirare all'applicazione di un contratto collettivo diverso, se il datore di lavoro non vi è obbligato per appartenenza sindacale, ma solo eventualmente richiamare tale disciplina come termine di riferimento per la determinazione della retribuzione *ex* art. 36 Cost., deducendo la non conformità al precetto costituzionale del trattamento economico previsto nel contratto applicato» (CASS. CIV., n. 2665/1997).

Altrettanto noto è che la Corte costituzionale ha avallato tale orientamento e, con la nota sentenza n. 51/2015, ha escluso che l'utilizzo delle tabelle come parametro esterno di comparazione possa costituire una violazione dell'art. 39 Cost.

La Corte di cassazione con la sentenza in commento ha confermato che il sindacato, pur rivestendo particolare autorevolezza per sua natura, non sia in ogni caso "l'autorità salariale" e che «l'apprezzamento dell'adeguatezza della retribuzione in concreto resta riservato al giudice del merito» (p. 21), in virtù della preminenza dell'art. 36 Cost. tra le fonti del diritto e dei poteri attribuiti al giudice dall'art. 2099 cod. civ.

Tali premesse servono alla Corte per affermare che, stante la preminenza della Costituzione nella gerarchia delle fonti, nessuna norma (né di legge né contrattuale) può essere in contrasto coi precetti costituzionali e che il giudice è tenuto a verificare il rispetto di entrambi i principi contenuti nell'art. 36.

In altri termini la Corte ha affermato a chiare lettere, da una parte, che anche i contratti collettivi sottoscritti dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale devono superare il vaglio di conformità all'art. 36 Cost.

Con la conseguenza che un lavoratore può lamentare la violazione dell'art. 36 anche se, di fatto, gli è stata corrisposta la retribuzione prevista dalla contrattazione collettiva sottoscritta dalle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative, «potendo anche accadere che la prestazione del lavoratore possa presentare caratteristiche peculiari per qualità e quantità che la differenziano da quelle contemplate nella regolamentazione collettiva, sicché non si può assolutamente escludere che sia insufficiente la stessa retribuzione fissata dal contratto collettivo».

Dall'altra che anche l'art. 7, comma 4º, d.l. n. 248/2007 per i soci lavoratori delle cooperative (e qualsiasi altra norma di legge che rinvii alla contrattazione collettiva quale parametro esterno per la retribuzione) deve superare il vaglio di costituzionalità.

Come è stato autorevolmente affermato da CORTE COST., 26.3.2015, n. 51, infatti, tale disposizione non ha inteso recepire normativamente i contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, con ciò attribuendogli efficacia *erga omnes*, perché ciò costituirebbe una evidente violazione dell'art. 39 Cost.

Al contrario il richiamo ai trattamenti economici complessivi in essa contenuto deve essere inteso come rinvio a meri parametri esterni di commisurazione.

E tale precisazione era oltremodo opportuna, dal momento che ancora alcuni giudici di merito (ivi compresa la Corte d'appello di Torino con la pronuncia portata all'attenzione della Cassazione) ritengono che le tariffe previste dai contratti collettivi sottoscritti dalle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative godano di una presunzione assoluta di conformità alla Costituzione.

Chiariti i punti fondamentali la Corte ha affrontato il nodo della determinazione del salario minimo costituzionale e dei parametri da utilizzare, chiarendo, per quanto possibile, la via da seguire, ma senza dare una soluzione univoca (che non avrebbe potuto dare per-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ché ciò presupporrebbe un contemperamento di interessi che solo il legislatore può prevedere).

Anzitutto ha specificato che per fare «una valutazione coerente e funzionale allo scopo» il giudice deve utilizzare per la comparazione il salario di fatto netto percepito dal lavoratore, senza includere gli straordinari (che sono un emolumento del tutto eventuale).

Se lo scopo della norma costituzionale è quello di garantire al lavoratore (e alla sua famiglia) un'esistenza libera e dignitosa, infatti, occorre concentrarsi sul potere di spesa del lavoratore e non sul costo per il datore di lavoro.

Del resto, precisa giustamente la Corte, «i concetti di sufficienza e di proporzionalità mirano a garantire al lavoratore una vita non solo non povera ma persino dignitosa» (p. 13), una retribuzione volta non solo al soddisfacimento dei bisogni primari, ma anche alla realizzazione della persona nella società.

Ciò anche alla luce delle indicazioni che ci giungono dalla normativa e dalla giurisprudenza europea, utilizzate per interpretare le norme interne.

Inevitabile è il richiamo alla direttiva n. 2041/2022, in cui si dice chiaramente che per conseguire una crescita equa, inclusiva e sostenibile occorre garantire salari minimi adeguati ed equi, che garantiscano ai lavoratori una vita dignitosa sulla base di un lavoro a tempo pieno.

E che al tal fine è necessario contrastare la tendenza degli ultimi anni dei salari al ribasso, dovuta prevalentemente all'aumento delle forme di lavoro precario e atipiche e alla proliferazione indiscriminata di una pluralità di contratti collettivi sottoscritti spesso da associazioni sindacali di dubbia (per non dire assente) rappresentatività.

Per la direttiva i salari minimi adeguati dovrebbero tenere conto, oltre alle necessità primarie materiali (quali cibo, vestiario, alloggio) anche della necessità di partecipare ad attività culturali, educative e sociali.

Ed è la stessa direttiva a dire che, come valori di riferimento, si dovrebbero utilizzare indicatori separati dai meccanismi di sostegno del reddito.

La sentenza in commento aderisce alle indicazioni e agli obiettivi della direttiva e arriva alla conclusione che non possano essere utilizzati, quali parametri di confronto, tutti quegli indici o quelle forme di sostentamento del reddito (quali ad es., il valore soglia di povertà assoluta calcolato dall'ISTAT, l'importo della Naspi o della CIG), che sono forme di sostentamento volte a garantire il solo soddisfacimento dei bisogni primari e nulla più.

La norma costituzionale, però, tutela qualcosa di più del soddisfacimento dei bisogni primari e vorrebbe garantire anche una vita dignitosa.

Sul punto la dottrina ha sottolineato come le forme di sostentamento del reddito mirano a garantire la sussistenza di chi è inoccupato, mentre il salario minimo costituzionale riguarda chi un lavoro ce l'ha.

È stato così messo in evidenza che vi è una profonda differenza tra il salario sociale di sussistenza e il salario economico: nel primo caso si tratta di attribuire un valore alla vita delle persone, mentre nel secondo di attribuire un valore alla forza-lavoro.

«Qui c'è il contratto di lavoro, c'è una determinazione oggettiva dello scambio fra (tempo) lavoro e salario, dell'utilità organizzativa del datore di lavoro, ecc. Allora, la soglia di sussistenza minima salariale è cosa completamente diversa dalla sussistenza minima sociale; in questo secondo caso si tratta della sussistenza in quanto "persona" mentre per il salario è la sussistenza in quanto persona-lavoratore» (BAVARO, ORLANDINI, *infra*, sez. IV).

La decisione aderendo a tale opinione conclude che tali parametri possono quindi indicare una soglia minima inderogabile, ma non indicare una retribuzione sufficiente e proporzionata.

In altri termini, nel caso in cui il salario netto di fatto sia inferiore a tali indici è certo che vi è stata la violazione dell'art. 36 Cost., ma il rispetto di tali indici non implica, di per sé, che la retribuzione corrisposta sia sufficiente e proporzionata.

Insomma, la Cassazione chiarisce che il giudice è libero di utilizzare per il confronto i minimi retributivi previsti dalla contrattazione collettiva sottoscritta dalle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative così come parametri diversi, quali ad es. quelli indicati nella direttiva al considerando n. 28, su dati di comuna esperienza o su criteri equitativi, con l'unico limite di fornire un'adeguata motivazione.

5. *Le questioni processuali*.

La decisione annotata precisa anche alcuni rilevanti aspetti processuali, in merito al contenuto della domanda di adeguamento della retribuzione al minimo costituzionale.

La prima, non per ordine di importanza, è che, qualora un lavoratore lamenti la non conformità all'art. 36 Cost. di quanto percepito, deve allegare e provare solo le concrete modalità di svolgimento del rapporto (mansioni, orario, ecc.) e l'importo della retribuzione, ma «non anche l'insufficienza o la non proporzionalità che rappresentano criteri giuridici che il giudice deve utilizzare nell'opera di accertamento».

Chi lamenta la violazione dell'art. 36, poi, deve indicare utili elementi di raffronto, altrimenti la retribuzione percepita deve presumersi adeguata e sufficiente.

Ai fini della procedibilità della domanda e dell'adempimento dell'onere della prova, però, basta che il lavoratore deduca l'insufficienza del salario percepito, produca le buste paga e descriva il lavoro svolto e «si limiti ad indicare come termine di raffronto quello tra paga oraria percepita e retribuzione protetta a livello costituzionale».

Con la decisione in commento, pertanto, la Cassazione supera quella giurisprudenza che riteneva che

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

fosse onere del lavoratore provare l'insufficienza e la sproporzione del salario percepito.

La Corte ha affermato a chiare lettere che ogni volta in cui un lavoratore deduca l'insufficienza della retribuzione percepita e chieda il pagamento di quanto previsto da un ccnl è implicita la domanda di adeguamento ai parametri dell'art. 36 Cost.

Ne consegue, da una parte, che una domanda in tal senso, pur se esplicitata nel corso del giudizio, non può configurarsi come domanda nuova o inammissibile; dall'altra che in tali ipotesi il giudice debba d'ufficio verificare l'adeguatezza del salario percepito ai parametri costituzionali.

E, dunque, una sentenza che dovesse d'ufficio dichiarare la violazione dell'art. 36 Cost. non potrebbe essere tacciata di essere andata oltre il principio della domanda o di aver violato l'art. 112 cod. proc. civ.

Sotto altro profilo la Corte ha precisato che l'apprezzamento dell'adeguatezza della retribuzione in concreto resta riservato al giudice di merito.

Con la conseguenza che, se rispettosa dell'art. 36 Cost. e adeguatamente motivata, la determinazione della retribuzione non è censurabile in sede di legittimità neanche sotto il profilo del mancato rispetto dei parametri della contrattazione collettiva.

6. *Conclusioni*.

In conclusione, ancora una volta la giurisprudenza si è fatta carico di sopperire all'inerzia del legislatore e, in assenza di un salario minimo legale e dell'attuazione dell'art. 39, seconda parte, Cost., ha cercato di rispondere alle richieste di tutela degli ultimi, di quelli che neanche la contrattazione collettiva è stata (ed è) in grado di tutelare.

Con tutti i ben noti problemi che comporta una soluzione giurisprudenziale di questo tipo, legata all'iniziativa del singolo lavoratore e alla discrezionalità del singolo giudice.

L'intervento del legislatore sul tema del salario minimo legale è dunque quantomai urgente, affinché trovino presto tutela tutti quei lavoratori poveri, per usare le parole della Corte, «"nonostante" una specifica contrattazione di categoria».

III. I precedenti

1. *Premessa*.

Le altre cinque decisioni sono: CASS. CIV., 2.10.2023, n. 27769, CASS. CIV., 2.10.2023, n. 27713, CASS. CIV., 2.10.2023, n. 28320, CASS. CIV., 2.10.2023, n. 28321, CASS. CIV., 2.10.2023, n. 28323, tutte in *www.altalex.com*, 20.10.2023, con nota di MISCIONE.

2. *La giurisprudenza di merito precedente*.

Sulla presunzione assoluta di conformità all'art. 36 Cost. delle retribuzioni previste nei contratti collettivi sottoscritti dalle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative v., oltre ad APP. TORINO, 20.7.2022, n. 407, cassata dalla sentenza in commento, APP. TORINO, 15.2.2022, n. 671/2021, in *bdp.giustizia.it*, T.A.R. LOMBARDIA, MILANO, 4.9.2023, n. 272, in *bollettinoadapt.it*, 25.9.2023, n. 32 relativa a una controversia in cui l'Ispettorato Territoriale del lavoro aveva imposto ad una cooperativa di applicare ai propri soci lavoratori la retribuzione prevista da un contratto collettivo diverso (Multiservizi) da quello applicato (Servizi fiduciari), per violazione dell'art. 36 Cost.

Sulla presunzione relativa di conformità all'art. 36 Cost. delle retribuzioni previste nei contratti collettivi sottoscritti dalle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative v. ad es. APP. MILANO, 29.6.2022, n. 579, in *www.rivistalabor.it* 30.1.2023; APP. FIRENZE, 22.12.2023, n. 728, in *www.lavorosi.it*, 28.2.2024; TRIB. MILANO, 7.6.2022, n. 916.

Sulle voci retributive che la giurisprudenza include nel salario minimo costituzionale v. CASS. CIV., sez. un., 29.7.2002, n. 11199, in *Mass. Giust. civ.*, 2002, 1390.

Per l'esclusione degli scatti di anzianità e di tutte le voci tipicamente contrattuali v. TRIB. ROMA, 6.3.2020, n. 2369, in *www.dejure.it*, TRIB. GENOVA, 12.11.2015, n. 1023, in *www.dejure.it*.

Per l'inclusione degli scatti di anzianità v. TRIB. MODENA, 16.4.2019, n. 71, in *www.dejure.it*.

Per l'esclusione degli emolumenti collegati a particolari caratteristiche della prestazione ovvero a particolari qualità personali del dipendente v. TRIB. BARI, 15.3.2021, n. 810, in *www.dejure.it*.

Per l'inclusione della tredicesima v. TRIB. ROMA, 2.3.2020, n. 2142, in *www.dejure.it* e APP. CATANIA, 30.9.2015, 852, in *www.dejure.it*.

Per l'inclusione della quattordicesima v. TRIB. ROMA, 6.3.2020, n. 2337, in *www.dejure.it*.

Per l'esclusione della quattordicesima v. TRIB. GENOVA, 12.11.2015, n. 1023, cit.; TRIB. ROMA, 13.3.2019, n. 805, in *www.dejure.it*; TRIB. PIACENZA, 13.3.2018, n. 66, in *www.dejure.it*.

3. *L'art. 36 come norma precettiva*.

Per l'efficacia immediata e diretta dell'art. 36 Cost. v. CORTE COST., 4.5.1960, n. 30, in *www.giurcost.org*.

Per l'uso sostanzialmente indistinto dei criteri di proporzionalità e sufficienza da parte della giurisprudenza v. ad es. CASS. CIV., 12.12.1983, n. 7324, in *Mass. Giust. civ.*, 1983, fasc. 11.

4. *La determinazione della giusta retribuzione*.

Per l'utilizzo delle tabelle salariali previste dalla contrattazione collettiva come parametro esterno di confronto v. ad es. CASS. CIV., 1º.2.2006, n. 2245, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2006, 557, con nota di BIANCHI, CASS.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

CIV., 17.5.2003, n. 7752, in *Orient. giur. lav.*, 2003, I, 787; CORTE COST., 25.3.2015, n. 51, in *Dir. lav. e rel. ind.*, 2015, 823, con nota di SCHIUMA.

Per l'applicazione della contrattazione collettiva solo in base all'affiliazione sindacale v. CASS. CIV., sez. un., 26.3.1997, n. 2665, in *Giust. civ.*, 1997, I, 1199, con nota di PERA.

5. *Le questioni processuali.*

Nel senso che sia onere del lavoratore provare l'insufficienza della retribuzione percepita v. ad es. CASS. CIV. n. 11437/2006, cit. e CASS. CIV., 5.5.2001, n. 6332, in *Mass. giust. civ.*, 2001, 932.

6. *Conclusioni.*

IV. La dottrina

1. *Premessa.*

Sulla decisione in commento si v. ALBI, *Fra adeguatezza retributiva e salario minimo: è il lungo addio al contratto collettivo?*, in *Arg. dir. lav.*, 2024, 2 e D'ORIANO, *La Cassazione sul salario minimo costituzionale: squarciato il velo sul lavoro "povero"*, in *Lav. nella giur.*, 2023, 1042 ss.

2. *La giurisprudenza di merito precedente.*

3. *L'art. 36 come norma precettiva.*

Per l'art. 36 Cost come norma precettiva v. RICCI, *La retribuzione costituzionalmente adeguata e il dibattito sul diritto al salario minimo*, in *Lav. e dir.*, 2011, 637.

Per l'uso indistinto da parte della giurisprudenza dei criteri di sufficienza e proporzionalità v. L. ZOPPOLI, *L'articolo 36 della costituzione e l'obbligazione retributiva*, in *La retribuzione: struttura e regime giuridico*, a cura di CARUSO, ZOLI e L. ZOPPOLI, Jovene, 1994, II, 133.

Per la funzione sociale della retribuzione v. CATAUDELLA, *La retribuzione nel tempo della crisi tra principi costituzionali ed esigenze del mercato*, Giappichelli, 2015.

Per la differenza tra salario sociale di sussistenza e salario economico v. BAVARO - ORLANDINI, *Le questioni salariali nel diritto italiano, oggi*, in *Riv. it. dir. lav.*, fasc. 3, 1.9.2021, 285.

4. *La determinazione della giusta retribuzione.*

Per l'assenza di una riserva di legge a favore dei sindacati in materia retributiva v. IMBERTI, *Art. 36 Costituzione: in assenza di interventi legislativi chi è l'autorità salariale?*, in *LavoroDirittiEuropa*, 2019, 3.

Per un quadro complessivo dei più recenti orientamenti giurisprudenziali e dottrinali sul salario minimo costituzionale v. ALBI (a cura di), *Salario minimo e salario giusto*, Giappichelli, 2023.

5. *Le questioni processuali.*

6. *Conclusioni.*

Partiti politici

CASS CIV., I sez., ord. 8.2.2024, n. 3575 – GENOVESE Presidente – IOFRIDA Relatore – MoVimento 5 Stelle (avv. Nervi) – B.B., L.E., C.A., P.I., M.A. (avv. Borrè) – Conferma App. Roma, 28.2.2023

PARTITI POLITICI – ASSOCIAZIONI NON RICONOSCIUTE – ASSEMBLEA DEGLI ASSOCIATI – MODIFICHE STATUTARIE – DELIBERAZIONE – IMPOSSIBILITÀ DI PARTECIPAZIONE ALL'ASSEMBLEA – ACCETTAZIONE TACITA O RINUNCIA A CONTESTARE LE MODIFICHE STATUTARIE – ESCLUSIONE (Cost., artt. 18, 49; cod. civ., artt. 21, 23, 24, 36)

L'impossibilità per l'associato di partecipare ai lavori assembleari non costituisce tacita accettazione o rinuncia a contrastare gli effetti delle modifiche statutarie.

dal testo:

Il fatto. La Corte d'appello di Roma, Sezione specializzata in materia di Impresa, con sentenza n. 1483/2023, ha riformato la decisione di primo grado che – in giudizio promosso da Be.Br., Ca.An., Le.Er., Ma.Al., Pa.Iv., nei confronti del "MoVimento 5 Stelle", per sentire accertare e dichiarare "l'inesistenza giuridica o, in subordine la nullità, ovvero in ulteriore subordine annullare, la votazione svoltasi tra il 27 settembre 2016 ed il 26 ottobre 2016, ovvero la delibera, se qualificata tale dal Tribunale, per l'approvazione del nuovo regolamento e per le modifiche dello statuto dell'associazione, dichiarando per l'effetto altresì nullo o comunque annullando, dichiarandoli di nessun effetto, il regolamento *de quo* e le modifiche dello statuto denominato 'Non Statuto', o, in subordine, dichiarando nulli o annullando e dichiarandoli comunque di nessun effetto gli artt. 2, 3, 4, 5 e 6 del regolamento nelle parti oggetto di impugnazione" – aveva respinto tutte le domande attoree.

In particolare, i giudici di appello (che così riportavano le domande degli attori: "1. che avevano impugnato il Regolamento e la modifica del Non Statuto, di cui alla procla-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

mazione pubblicata sul Portale dell'Associazione in data 28.10.2016, per sentire il riconoscimento della loro nullità, annullamento; 2. che le modalità utilizzate per procedere all'approvazione del Regolamento integrativo dello Statuto (e per la modifica degli artt. 5 e 8 del Non Statuto) non avevano ottenuto la unanimità dei consensi; 3. che era stato violato, altresì, l'art. 21, comma 2, cod. civ., secondo il quale, per procedere alla modifica dello Statuto, occorreva una delibera assembleare; 4. che aveva partecipato solo il 67% degli iscritti alla votazione; 5. che la votazione per referendum non era sufficiente per soddisfare il requisito assembleare necessario per ottenere una delibera rituale; 6. che le modalità utilizzate escludevano qualsiasi possibilità di formazione di una effettiva volontà interattiva tra gli iscritti; 7. che la deliberazione assembleare avrebbe dovuto essere espressione della volontà unitaria dell'associazione; 8. che la votazione, per stessa ammissione di Be. Gi.Pi. in data 28.10.2016, non aveva ottenuto il quorum partecipativo dei tre quarti degli associati; 9. che l'approvazione del Regolamento non aveva ottenuto il quorum favorevole del 50% degli aventi diritto; 10. che erano stati arbitrariamente esclusi gli associati iscritti tra il 1.1.2016 ed il 25.9.2016 in virtù di una decisione di Be. Gi.Pi.; 11. che la convocazione avrebbe dovuto essere personale e con modalità tali da assicurarne la effettiva ricezione agli associati, ai sensi dell'art. 8, disp. att. cod. civ.; 12. che non era stato consentito ai partecipanti di verificare l'effettivo adempimento delle prestazioni di cui al citato articolo; 13. che l'avviso non era pervenuto a Le.Er. Le.Er. poiché l'account per l'accesso al portale era stato disabilitato, per come comunicato il 27.7.2016 con raccomandata; 14. che le modalità di svolgimento della votazione e la contestualità dei quesiti non avevano consentito di individuare il testo del regolamento che avrebbe dovuto integrare lo statuto, con la conseguenza che l'approvazione era avvenuta come se fosse stata votata una norma in bianco; 15. che l'indeterminabilità dell'oggetto comportava l'annullamento della votazione; 16. che si contestava quanto stabilito dall'art. 2, commi 6, 7, 8 del Regolamento per violazione del principio 'uno vale uno'; 17. che era nulla la previsione che consentiva di modificare lo Statuto senza *quorum* qualificato; 18. che la previsione di cui al primo comma, lett. c) dell'art. 3 del Regolamento era nulla per violazione dell'art. 20, comma 2, cod. civ. per avere innalzato il quorum necessario per richiedere la indizione di una assemblea a danno delle minoranze e dei singoli associati; 19. che era nullo il secondo comma dell'art. 3 del Regolamento nella parte in cui prevedeva il termine di 24 ore per il preavviso di convocazione a mezzo posta elettronica ordinaria in quanto non garantiva l'effettiva informazione del socio né la verifica dell'avviso a tutti gli associati; 20. che la votazione online, oltre a presentare criticità di sicurezza, non aveva le caratteristiche proprie della seduta e della delibera assembleare; 21. che era nulla la disposizione dell'ultimo comma dell'art. 3 che attribuiva ad un organismo tecnico indipendente la verifica dell'abilitazione al voto dei votanti ed il conteggio dei voti; 22. che l'art. 4 era nullo per la previsione di sanzioni disciplinari generiche ed indeterminate; 23. che l'art. 4 era nullo per la previsione di contestazione disciplinare a mezzo email in quanto non assicurava l'effettiva ricezione; 24. che era nulla la previsione di non appellabilità della decisione dei probiviri; 25. che era nullo l'art. 5 che limitava la scelta e la candidabilità alla carica di probiviri ai soli componenti i gruppi parlamentari del MoVimento 5 Stelle indicati dal Capo politico; 26. che la nullità dello stesso articolo 5 derivava anche dall'attribuzione di una funzione giudicatrice a soggetti che facevano parte di un distinto ente, cioè il gruppo parlamentare M5S, emanazione di una distinta associazione; 27. che l'art. 6 era da considerarsi nullo per le modalità di composizione del comitato di appello"), in riforma dell'impugnata sentenza, hanno accertato e dichiarato "l'invalidità del Regolamento del 'MoVimento 5 Stelle' pubblicato sul blog Be.Gi.Pi.it il 23.12.2014" e, per l'effetto, l'invalidità della delibera dell'assemblea del 'MoVimento 5 Stelle' conclusa il 26.10.2016.

Il Tribunale aveva respinto le domande attoree, essenzialmente essendosi rilevato che: a) "tutte le contestazioni sollevate dagli attori come nullità e/o annullamento per contrarietà a determinati principi generali appaiono infondati nella misura in cui ogni associato ha consentito, accettandola, alla regola pattizia derogatrice. Quest'ultima può derivare anche da un comportamento illegittimo, ma la assenza di impugnazione dell'atto che l'ha introdotta, consente alla regola così introdotta di rimanere in vita, costringendo gli associati ad adeguarsi ad esse, intendendosi esservi stata una accettazione implicita quantomeno da parte di tutti coloro che non hanno impugnato. Ciò vale per il Regolamento del 2014 del MoVimento che non risulta impugnato nel presente giudizio né risulta fornito alcun riscontro in ordine alla sua illegittimità né risulta alcuna statuizione della sua illegittimità"; b) la legittimità delle votazioni derivava dall'essere state le stesse eseguite in conformità al predetto Regolamento del 2014, (il quale già prevedeva: – "alle votazioni in rete sono ammessi gli iscritti dalla data indicata nel sito del MoVimento 5 Stelle, aggiornata almeno una volta l'anno"; – "le decisioni sono assunte a maggioranza dei votanti"; – "le votazioni sono valide indipendentemente dal numero dei votanti, salvo che per le votazioni su modifiche al regolamento od al programma, argomenti per i quali è richiesta la partecipazione al voto di almeno un terzo degli iscritti"; – "Nel caso partecipi alla votazione un numero inferiore di iscritti, la votazione può essere ripetuta, a richiesta del capo politico del MoVimento 5 Stelle o di almeno il 20% degli iscritti, mediante la procedura prevista nel link"; – "L'assemblea viene indetta con avviso sul portale del MoVimento 5 Stelle e con e-mail inviata agli iscritti interessati dalla votazione, con preavviso di almeno 24 ore per le votazioni sulla scelta dei candidati e sulle modifiche al regolamento"; – "La verifica dell'abilitazione al voto dei votanti ed il conteggio dei voti vengono effettuate in via automatica dal sistema informatico. La regolarità di funzionamento del sistema sarà verificata e certificata da un organismo tecnico indipendente, nominato con cadenza triennale dal consiglio direttivo dell'associazione" – "Gli iscritti al MoVimento 5 Stelle sono passibili di espulsione: a) per il venire meno dei requisiti di iscrizione stabiliti dal 'non statuto'; b) per violazione dei doveri previsti dall'articolo 1 del presente regolamento; c) se eletti ad una carica elettiva, anche per violazione degli obblighi assunti all'atto di accettazione della candidatura"; – "dispone la sospensione dell'iscritto, dandone comunicazione al gestore del sito, il quale provvede alla disabilitazione dell'utenza di accesso"; – "contesta all'inte-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ressato la violazione con comunicazione a mezzo e-mail, assegnandogli un termine di dieci giorni per la presentazione di eventuali controdeduzioni"; – "Entro i dieci giorni successivi, l'interessato può proporre ricorso contro l'espulsione, a mezzo email da inviare al link www.Be.Gi.Pi..it/movimento/regolamento/9.html. Il ricorso viene esaminato dal comitato d'appello entro il mese successivo. Il comitato d'appello ha facoltà di acquisire informazioni o chiarimenti, nel rispetto del contraddittorio. Se il comitato d'appello ritiene sussistente la violazione contestata, conferma l'espulsione in via definitiva. Se il comitato d'appello ritiene insussistente la violazione contestata, esprime il proprio parere motivato al capo politico del MoVimento 5 Stelle, che, se rimane in disaccordo rimette la decisione sull'espulsione all'assemblea mediante votazione in rete di tutti gli iscritti, la quale si pronuncia in via definitiva sull'espulsione. In ogni caso di espulsione, il gestore del sito provvede alla cancellazione dell'espulso dall'elenco degli iscritti"), regolamento che "nessuno degli attori aveva contestato o impugnato", né essendone stata "allegata nessuna statuizione di illegittimità", e non potendo essere esaminate altre contestazioni attinenti al merito dell'accordo tra soci (in quanto, in ragione della centralità dell'accordo tra gli associati, la valutazione del tribunale non poteva che limitarsi a profili di illegittimità che hanno come parametro di riferimento sempre lo statuto, il regolamento e la legge: "Ogni associazione, infatti, in virtù delle regole che si è data (e che sono state accettate dagli associati) può anche limitare, nell'ambito dei diritti disponibili ovviamente, le facoltà e gli oneri dei soci, attribuendo loro posizioni disomogenee. Ciò vale nella misura in cui viene accettato da ogni socio e nella misura in cui quanto deciso segua le regole che gli stessi associati si sono date. Quindi, tutte le contestazioni sollevate dagli attori come nullità e/o annullamento per contrarietà a determinati principi generali appaiono infondati nella misura in cui ogni associato ha consentito, accettandola, alla regola pattizia derogatrice"); c) quanto all'attore Le.Er. ed alla questione della sua esclusione dalla votazione, "posizione" perfettamente conosciuta dallo stesso, egli "avrebbe dovuto far valere tale posizione al momento della sua sospensione ed al momento della disattivazione del suo account" e "in assenza di una pronuncia su detto profilo, appare infondata ogni contestazione nel presente giudizio poiché la mancata comunicazione e disattivazione dell'account non sono compresi nel presente giudizio", disattivazione espressamente prevista nel regolamento del 2014; d) le residue contestazioni sulle modalità di convocazione (secondo regole accettate dai soci al momento della loro adesione all'associazione e come tali sottratte al controllo del giudice), sull'indeterminatezza dell'oggetto, sulla indicazione di un organo di controllo esterno erano infondate o generiche.

La Corte d'appello, in particolare, ha osservato che, premessa la definitività della statuizione del Tribunale sulla riconducibilità della parte originariamente convenuta ad una associazione non riconosciuta (a confutazione della tesi del convenuto, che sosteneva essere una "non associazione dotata di un Non statuto"), era, anzitutto, fondata la doglianza riguardante la posizione del Le.Er., al quale era stato disabilitato l'utilizzo dell'account (con conseguente impossibilità di essere destinatario della convocazione, con le modalità telematiche adottate, e di poter esercitare il diritto di partecipare alla votazione), sin dal 10/12/2014 (prima del regolamento 23.12.14 con il quale, all'art. 4, è disciplinato il procedimento di espulsione e/o cessazione dal rapporto associativo), senza un previo provvedimento di natura sanzionatoria o sospensiva rispetto al rapporto associativo (essendovi stata solo una lettera del 9 dicembre 2014, a firma del Gi.Pi.), mera comunicazione di risposta alle doglianze del Le.Er. in ordine al "distacco" del suo account, rapporto che pertanto non si era mai interrotto, in difetto anche di una condotta inequivoca di acquiescenza dell'associato, con conseguente nullità, nei suoi riguardi, della delibera finale per il mutamento, nel 2016, del regolamento previgente e legittimazione attiva anche degli altri attori a far valere l'invalidità della deliberazione del 2016 in ragione dell'assenza di uno degli aventi diritto.

Quanto al merito della delibera del 2016, oggetto di impugnativa da parte degli altri associati, si erano succeduti nel tempo diversi statuti con differenti discipline sulle modalità di partecipazione degli associati (e quindi i precedenti giudiziari, relativi ad altri provvedimenti di espulsione intervenuti prima o dopo la modifica del 2016, pure invocati non erano del tutto conferenti): a) il primo statuto, dell'ottobre 2009, al quale ha fatto seguito l'atto costitutivo dell'associazione in data 14.12.12, ove all'art. 4 di detto ultimo atto "viene indicata la rete internet come 'modello di consultazione e partecipazione democratica alla vita politica' e come siano indicati gli organi dell'associazione quali l'assemblea, il consiglio direttivo ed il presidente. L'art. 8, poi, rimanda pienamente allo statuto (c.d. non statuto)"; b) ad esso ha fatto seguito lo statuto aggiornato al 2012 "che, all'art. 3, richiama la rete internet come modello di partecipazione, riprendendo testualmente quanto previsto all'art. 4 dell'atto costitutivo, prevede all'art. 8 la cessazione della qualità di socio lì ove quest'ultimo perda i requisiti per l'iscrizione, all'art. 9 il diritto del socio a partecipare alla vita associativa e ad essere informato delle iniziative mediante il sito dedicato, all'art. 11 gli organi associativi (assemblea, consiglio direttivo e presidente) e, soprattutto, all'art. 12 viene disciplinata l'attività dell'assemblea", prevedendosi, in caso di modifiche allo statuto, il vaglio del consiglio direttivo così come la possibilità di convocare detta assemblea per le modifiche dello statuto, con apposito quorum (3/4 di presenti tra gli associati, voto favorevole della maggioranza dei presenti); c) nel 2014, è stato pubblicato (non previamente approvato in assemblea) sul sito il "regolamento", "nel quale, all'art. 1, è prevista la partecipazione in rete e il voto per decisioni di indirizzo politico con previsione della necessità di una scelta condivisa; all'art. 2 si prevede la votazione in rete anche per le modifiche del regolamento (v. lett. c) e con la previsione che è necessaria la partecipazione di almeno 1/3 degli iscritti, con ripetizione in caso di numero inferiore e con la validità della seconda votazione a prescindere" in caso di delibera dell'assemblea per le ipotesi della lettera c) è espressamente prevista la vincolatività per il capo politico. E all'art. 3, poi, che viene prevista, in sede di assemblea, la votazione in rete, che – pertanto – per la prima volta è prevista in modo specifico quale modalità di svolgimento dell'assemblea, organo dell'associazione; d) sono state, quindi, introdotte nel 2016, a seguito delle espressioni di voto avvenute, in rete, modifiche a questo regolamento del 2014, modifiche oggetto di impugnazione nel presente giudizio.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Ad avviso della Corte, tuttavia, non potendosi condividere la valutazione contraria espressa dal Tribunale, rientrava nell'oggetto dell'impugnativa, sia il Regolamento del 2014 (quello pubblicato on line il 23/12/2014), pacificamente mai deliberato, neppure con votazione in rete, ma semplicemente pubblicato nell'apposito sito, sia quello del 2016 (ciò considerato il complesso dell'atto di citazione e specificamente "il punto 5 di pag. 5", "(ove gli attori lamentano il contrasto con lo statuto e la omessa modalità di approvazione del regolamento 2014 mediante assemblea)", nonché l'allegazione a pag. 13, "ove si 'impugna' il regolamento e la sua modifica successiva"), nonché la indicazione contenuta a pag. 40 ("ove si indica chiaramente l'illegittimità del procedimento di approvazione del regolamento 2014 contenente anche le modifiche statutarie nonché del regolamento 2016"), cosicché "il regolamento 2014 era oggetto di '*causa petendi*' e '*petitum*' sia direttamente (anche in forza della impugnazione di singoli articoli di quel regolamento 2014, non mutati nel 2016), sia in via incidentale al fine di vedere accertata la illegittimità del regolamento 2016"; il regolamento del 2014 (sulla base del quale la votazione del 2016 era stata effettuata in rete), circostanza questa pacifica, non era mai stato deliberato, neppure con votazione in rete, ma soltanto pubblicato sull'apposito sito e non formava oggetto di discussione l'utilizzo in sé dello strumento della rete quale modalità di votazione ma "la fonte normativa (in questo caso contrattuale)" che aveva previsto tale modalità.

E non vi era stata, ad avviso sempre della Corte territoriale, una condotta di accettazione del regolamento pubblicato a dicembre 2014 (come eccepito dal convenuto "MoVimento"), considerando che, a quella data, il Le.Er. e il Ca.An. non avevano partecipato alle votazioni perché disabilitati nell'account, mentre, per gli associati Be.Br., Pa.Iv. e Ma.Al., non emergeva alcune condotta successiva alla pubblicazione del citato regolamento del 2014 integrante la volontà di avvalersi degli effetti negoziali contenuti nelle modifiche contenute nello stesso e a darvi esecuzione, non essendo sufficiente la mera inerzia. E soltanto con il regolamento del dicembre 2014 "era stata disciplinata la modalità 'on line' (v. art. 4 dell'atto costitutivo 14.12.12 in cui si parla, appunto, di rete internet come modello di consultazione e partecipazione democratica alla vita politica, tenuto distinto dalla disciplina degli organi tra i quali l'assemblea"), in quanto "il sistema della consultazione in rete era stato già previsto nello statuto, ma riguardava – in sostanza– l'espressione dell'orientamento politico da assumere da parte del gruppo associativo; era invece prevista, quale organo, l'assemblea secondo la modalità 'tradizionale'". Ora, poiché alla associazione appellata si dovevano applicare le norme codicistiche dell'associazione non riconosciuta e il regolamento 2014 era servito "ad integrare e, in certi passaggi, anche a modificare quanto previsto nello statuto e nell'atto costitutivo dell'associazione, – disciplinando organi e modalità di funzionamento del Movimento – era necessaria la sua condivisione da parte degli iscritti, in quanto insieme delle regole associative fondamentali, mediante espressione del voto assembleare, che, in mancanza di disciplina statutaria circa il procedimento di modifica, va attuato secondo le regole ordinarie previste per le associazioni dall'art. 21 comma 2 del codice civile", ne derivava l'annullabilità del citato regolamento 2014 e, per l'effetto, della successiva deliberazione intervenuta nel 2016 per la modifica di detto regolamento, con la conseguente riforma della sentenza impugnata, con accoglimento dell'originaria domanda.

Avverso la suddetta pronuncia, il MoVimento 5 Stelle propone ricorso per cassazione, notificato il 2/5/2023, affidato a cinque motivi, nei confronti di Be.Br., Ca.An., Le.Er., Ma.Al., Pa.Iv. (che resistono con controricorso). La ricorrente ha depositato memoria.

I motivi. 1. L'associazione ricorrente lamenta: a) con il primo motivo, la violazione e/o falsa applicazione, *ex* art. 360 n. 4 c.p.c., degli artt. 99 e 112 c.p.c., per avere la Corte d'appello erroneamente ritenuto che l'espulsione di Le.Er. fosse ricompresa nel *petitum* e nella *causa petendi* del presente giudizio; b) con il secondo motivo, in via gradata rispetto al primo, *ex* art. 360 n. 3 c.p.c., la violazione e/o falsa applicazione dell'art. 11 disp. prel. c.c. (principio del c.d. *tempus regit actum*), per avere la Corte d'appello di Roma erroneamente ritenuto che l'espulsione del Le.Er. fosse disciplinata, anziché dall'art. 5 del "Non Statuto", dall'art. 54 del Regolamento del 23/12/2014, *ratione temporis* inapplicabile; c) con il terzo motivo, in via di ulteriore subordine rispetto al secondo motivo e, quindi, rispetto al primo motivo, *ex* art. 360, comma 1, n. 4, c.p.c., la violazione e/o falsa applicazione degli artt. 111, comma 6, cost. e 132 c.p.c., per avere la Corte d'Appello di Roma (erroneamente) individuato, con motivazione connotata da contrasto irriducibile tra affermazioni inconciliabili, conseguenze invalidatorie derivanti dalla (presunta) assenza di convocazione di Le.Er.; d) con il quarto motivo di ricorso, *ex* art. 360, comma 1, n. 4, c.p.c., la violazione e/o falsa applicazione degli artt. 99 e 112 c.p.c., per avere la Corte d'Appello di Roma erroneamente ritenuto che il Regolamento del 23 dicembre 2014 abbia formato oggetto d'impugnativa e, conseguentemente, rientri nel *petitum* e nella *causa petendi* del presente giudizio; e) con il quinto motivo di ricorso, in via gradata rispetto al quarto motivo, sia, *ex* art. 360, comma 1, n. 3, c.c., la violazione e/o falsa applicazione dell'art. 1325, n. 1, c.c., per avere la Corte d'Appello di Roma erroneamente ritenuto che il Regolamento del 23 dicembre 2014 non sia stato accettato *per facta concludentia* dagli associati (fra i quali gli odierni Resistenti), sia, *ex* art. 360, comma 1, n. 4, c.p.c. violazione e/o falsa applicazione degli artt. 111, comma 6, cost. e 132 c.p.c. per vizio di motivazione apparente.

2. I controricorrenti hanno eccepito l'inammissibilità del ricorso, in quanto proposto, nel 2023, in forza di procura speciale rilasciata il 2 maggio 2023 da soggetto, Gi.Pi., che "dal 23 settembre 2017 è privo di poteri di rappresentanza processuale" dell'associazione, essendogli succeduto nella carica di Capo Politico dell'associazione non riconosciuta Lu.Di., come attestato nella comparsa di costituzione e risposta depositata, in altri giudizi, svoltisi dinnanzi al Tribunale ed alla Corte d'appello di Genova, dai difensori dello stesso Gi.Pi. "quale presidente dell'altro MoVimento 5 Stelle – quello con sede in Genova, fondato nel dicembre 2012".

L'eccezione è inammissibile/infondata.

Gli stessi controricorrenti, nella premessa del loro controricorso, hanno affermato che esistono attualmente "tre distinte ma omonime associazioni denominate MoVimento 5 stelle": a) l'associazione costituita il 4/10/2009, da Gi.Ro. (poi deceduto) e da – detto "Be." – Gi.Pi.; b) l'associazione

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

costituita da "Gi.Pi., En.Ma. e En.Gr. nel dicembre 2012"; c) quella, sempre omonima, costituita da Lu.Di. e Gi.Ro. nel dicembre 2017, ed attualmente rappresentata da Gi.Co.

La procura speciale per il presente giudizio di cassazione risulta rilasciata dal Gi.Pi. nella qualità di legale rappresentante "dell'associazione non riconosciuta MoVimento 5 stelle operante dal 5 ottobre 2009".

La ricorrente, in memoria, deduce, in replica a tale eccezione, che, sulla base delle stesse prospettazioni difensive degli attuali controricorrenti, l'eccezione sollevata è infondata, in quanto il presente procedimento (introdotto in primo grado con citazione del gennaio 2017) si riferisce alla "prima associazione" (avendo, nell'atto di citazione introduttivo del giudizio, gli attori Be.Br., Ca.An., Le.Er., Ma.Al. e Pa.Iv. fatto espresso richiamo alla loro iscrizione, nel gennaio 2010 e nel luglio 2012, alla "prima associazione"), quella costituita il 4 ottobre 2009, precisamente menzionata nella procura alle liti *ex* art. 365 c.p.c. di cui sopra, la quale è stata pertanto conferita dall'unico soggetto (i.e., il Sig. Gi.Pi.) munito dei poteri di rappresentanza processuale. Né potrebbe valere il richiamo alla comparsa di costituzione e risposta depositata in altro giudizio, dinanzi alla Corte d'appello di Genova, in quanto tale atto difensivo sarebbe stato depositato "non già in nome del MoVimento 5 Stelle odierno ricorrente (associazione, come detto, operante dal 4 ottobre 2009), bensì dell'omonima associazione costituita in Genova in data 14 dicembre 2012 (!)".

La ricorrente rileva che tale difetto di procura (a partire dal 23 settembre 2017 "*id est*, in un momento in cui le parti del presente giudizio dovevano ancora scambiarsi le memorie *ex* art. 183, co. 6, n. 1, c.p.c. nel giudizio di primo grado") non sia stato né rilevato *ex officio*, *ex* art. 182 c.p.c., né in alcun modo eccepito dagli odierni controricorrenti (attori in primo grado), neppure essendo mai stato il Lu.Di. evocato nei giudizi che ci occupano quale legale rappresentante del "MoVimento 5 Stelle".

Orbene l'onere della prova della estinzione, prima del presente giudizio di legittimità (essendo stata rilasciata nel merito una procura a sé stante, all'inizio del 2017, allorché pacificamente il Gi.Pi. era legale rappresentante), del potere di rappresentanza del legale rappresentante dell'associazione non riconosciuta in capo al Gi.Pi. (dal 2009), conferente la procura speciale per il presente giudizio di cassazione, ricadeva sui controricorrenti, i quali si sono limitati a fare rinvio ad atto difensivo dell'associazione, riprodotto peraltro solo per estratto, depositato dalla ricorrente (l'Associazione MoVimento 5 Stelle costituita in Genova in data 4 dicembre 2012) in altro giudizio (dinanzi alla Corte d'appello di Genova ed ad affermare, anzi, che esisterebbero almeno tre "distinte" associazioni non riconosciute denominate MoVimento 5 Stelle, salvo poi sostenere che il legale rappresentante dell'associazione dal settembre 2017 era il Lu.Di.

Peraltro, la prospettata esistenza di tre distinte ed autonome associazioni non riconosciute denominate MoVimento 5 Stelle (l'originario MoVimento 5 Stelle del 2009; l'associazione MoVimento 5 Stelle del 2012; l'associazione MoVimento 5 Stelle costituita nel dicembre 2017) non emerge dalla sentenza impugnata, in quanto, anche in primo grado, si è discusso sempre di un'unica associazione, qualificata come non riconosciuta, e quindi non soggetta a pubblicità legale, i cui Statuti ("Non Statuto", così autoqualificato) e Regolamenti sono mutati nel corso degli anni.

L'eccezione involge quindi accertamenti fattuali nuovi, non esaminabili da questo giudice di legittimità.

Questa Corte (Cass. Sez. Un. 20596/2007) ha chiarito che "In tema di rappresentanza processuale delle persone giuridiche, la persona fisica che ha conferito il mandato al difensore non ha l'onere di dimostrare tale sua qualità, neppure nel caso in cui l'ente si sia costituito in giudizio per mezzo di persona diversa dal legale rappresentante e l'organo che ha conferito il potere di rappresentanza processuale derivi tale potestà dall'atto costitutivo o dallo statuto, poiché i terzi hanno la possibilità di verificare il potere rappresentativo consultando gli atti soggetti a pubblicità legale e, quindi, spetta a loro fornire la prova negativa. Solo nel caso in cui il potere rappresentativo abbia origine da un atto della persona giuridica non soggetto a pubblicità legale, incombe a chi agisce l'onere di riscontrare l'esistenza di tale potere a condizione, però, che la contestazione della relativa qualità ad opera della controparte sia tempestiva, non essendo il giudice tenuto a svolgere di sua iniziativa accertamenti in ordine all'effettiva esistenza della qualità spesa dal rappresentante, dovendo egli solo verificare se il soggetto che ha dichiarato di agire in nome e per conto della persona giuridica abbia anche asserito di farlo in una veste astrattamente idonea ad abilitarlo alla rappresentanza processuale della persona giuridica stessa" (nella specie, le Sezioni unite, con riferimento ad un ricorso per regolamento di competenza, hanno disatteso l'eccezione di inammissibilità avanzata dai controricorrenti relativa alla invalidità della procura rilasciata dalla società ricorrente per assunto difetto di legittimazione alla rappresentanza processuale della persona fisica che l'aveva conferita, siccome rimasta priva di prova e risultata comunque formulata solo con la memoria di cui all'art. 47 cod. proc. civ., depositata, però, tardivamente).

Nella specie, si tratta di associazione non riconosciuta i cui atti non sono soggetti a pubblicità legale.

Inoltre, l'eccezione viene sollevata in relazione alla procura speciale conferita dal Gi.Pi. nel 2023 per il presente giudizio di legittimità ma la procura speciale risulta rilasciata, a voler seguire la nuova (per quanto emerge dalla sentenza impugnata) prospettazione dei controricorrenti (circa la contemporanea esistenza di più associazioni denominate MoVimento 5 stelle), in relazione alla originaria associazione "operante dal 4 ottobre 2009".

4. La prima censura è inammissibile.

Lamenta la ricorrente, invocando un vizio di ultrapetizione della sentenza impugnata, che la questione della disabilitazione dell'account dell'associato Le.Er., sin dal 10/12/2014, della "conseguente sospensione/espulsione", in applicazione del "Non Statuto" all'epoca vigente (che contemplava per l'adesione all'associazione la semplice registrazione sul sito Internet, cosicché la sospensione/espulsione dell'associato poteva "per ragioni di simmetria" conseguire alla disattivazione dell'account), non aveva formato oggetto di contestazione nel presente giudizio, essendosi gli attori (ed il Le.Er. in particolare) limitati a dedurre la violazione dell'art. 8 disp.att.c.c. primo comma (secondo cui la convocazione dell'assemblea dell'associazione non riconosciuta, *ex* art. 20 c.c., norma dettata per le associazioni, ma applicabile alle associazioni non riconosciute, nella prospettazione attorea,

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

deve farsi nelle forme stabilite dallo Statuto ovvero, se questo nulla dispone mediante, avviso personale) e ad allegare che il Le.Er. non era stato convocato per le votazioni di approvazione del Regolamento 2016, di modifica del "Non Statuto", senza alcuna impugnazione della suddetta sanzione disciplinare, vale a dire l'esclusione, della quale "giammai l'attore aveva contestato l'esistenza, la legittimità o l'efficacia", sicché la contestazione, comunque assente, sarebbe stata comunque tardiva.

La questione dell'esclusione del Le.Er. quindi, ad avviso della ricorrente, non rientrava nell'oggetto del contendere.

Orbene, la censura non coglie la *ratio decidendi* della decisione d'appello.

La Corte d'appello ha accolto il motivo di gravame degli associati, rilevando che, vertendosi in tema di associazioni non riconosciute, stante il giudicato interno sulla statuizione di primo grado, in assenza di una previsione statutaria disciplinante, all'epoca, l'esclusione del socio (e non potendosi applicare, la disciplina del regolamento pubblicato il 23.12.2014, in quanto successiva al fatto materiale della disabilitazione dell'account avvenuta sempre a dicembre 2014 ma due settimane prima), la cessazione dell'appartenenza al sodalizio poteva avvenire – *ex* art. 24 c.c. – esclusivamente per recesso dell'associato o per delibera dell'assemblea e che, non ricorrendo alcuna delle due ipotesi, né potendo la lettera inviata al Le.Er. da delegato del Presidente integrare un provvedimento disciplinare, tantomeno di espulsione (trattandosi semplicemente di un invito "ad uniformarsi alle regole comportamentali e procedurali osservate da quanti si rispecchino nelle attività del MoVimento 5 Stelle"), l'associato aveva diritto di partecipare alle attività e alle deliberazioni del sodalizio, cosicché la sua esclusione dal procedimento di votazione rendeva illegittimo il deliberato per assenza di un avente diritto.

Le associazioni non riconosciute ai sensi dell'art. 36 c.c. sono regolate, quanto all'ordinamento interno ed all'amministrazione, anzitutto dagli accordi degli associati, lo statuto e l'atto costitutivo, espressione di autonomia negoziale (Cass. 8372/2010) e, in difetto di disciplina negoziale, dalle norme sulle associazioni riconosciute, ritenute applicabili, salvo per quelle disposizioni che presuppongono il riconoscimento dell'ente.

Si è pertanto affermato che "nonostante la disposizione contenuta nell'art. 36 cod. civ. secondo cui le associazioni non riconosciute sono regolate dagli accordi degli associati, queste si modellano, in virtù; di un principio generale e costante, secondo una struttura organizzativa che non sembra poter prescindere dalla esistenza, accanto agli organi esecutivo e rappresentativo, di un organo deliberante (assemblea) formato da tutti i membri od associati" (Cass., n. 2714/1975; Cass., n. 5791/1981; Cass., n. 25210/2013).

Va evidenziato quindi il ruolo decisivo dell'assemblea in ambito associativo, in sintonia con l'affermarsi della teoria fondata sulla soggettività di tali enti anche nei rapporti di natura patrimoniale (Cass., n. 1476/2007).

Questa Corte ha poi chiarito (Cass. 8239/2000) che "I cosiddetti enti non riconosciuti, quelli, cioè, sprovvisti della personalità giuridica – che ha l'effetto di conferire, in relazione alla disciplina della responsabilità, l'autonomia patrimoniale perfetta –, sono comunque dotati di soggettività giuridica, costituendo soggetti autonomi vuoi sul piano sostanziale, vuoi su quello processuale, con conseguente legittimazione a stare in giudizio, senza che debbano essere rappresentati dai propri associati (o soci, nel caso di società di persone). Tale impostazione deriva da una interpretazione sistematica del diritto civile, che tiene conto, per un verso, dell'art. 2 della Costituzione, che garantisce i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, per l'altro, dello stesso dato codicistico, avuto riguardo alla nuova formulazione, risultante dalla legge n. 52 del 1985, dell'art. 2659 cod. civ., che comprende anche le associazioni non riconosciute – e le società semplici – tra i soggetti intestatari di beni immobili presso le conservatorie, nonché alla lettura estensiva, per la tutela dei componenti di qualsiasi formazione, dell'art. 24, terzo comma, dello stesso codice, in tema di esclusione degli associati solo per 'gravi motivi'" (conf. Cass. Cass. 10753/2002).

Ne deriva che l'esclusione degli associati è regolata dall'art. 24 c.c., dettato per le assicurazioni riconosciute, ma applicabile anche a quelle prive di tale requisito formale (Cass. n. 22986/2019; Cass. n. 18186/2004), secondo cui l'esclusione di un associato può essere deliberata solo per gravi motivi, che devono consistere in inadempimenti rilevanti all'accordo associativo e devono essere previsti, in modo sufficientemente specifico, nello statuto, con facoltà per il medesimo di ricorrere all'autorità giudiziaria entro sei mesi dal giorno in cui gli è stata notificata la deliberazione.

Vero anche che non vi sono rigide prescrizioni di legge sul procedimento di esclusione, "essendo i rapporti tra gli associati retti dal principio dell'autonomia (art. 36 c.c.), in ogni aspetto che non sia diversamente regolato per superiori ragioni di ordine sovraindividuale dal legislatore, gli associati sono liberi di regolamentare come ritengano i reciproci rapporti" e ciò risponde all'esigenza che nelle associazioni trovi tutela la piena autonomia normativa nella predisposizione del loro ordinamento interno, cosicché sarà "ben possibile che particolari modalità procedimentali siano prescritte dallo statuto – quale *lex specialis*, applicabile al consesso collettivo, sulla base dell'accordo inizialmente concluso tra i soggetti fondatori, e suscettibile di estensione ai successivi aderenti, nel prosieguo della vita associativa, in virtù; della loro domanda di adesione accolta dagli organi sociali – il quale è, del pari, libero di prescrivere anche la necessità della audizione dell'associato, nonché le particolari ed ancor più; dettagliate modalità della sua difesa" ma, in mancanza, "l'esigenza di una previa convocazione o contestazione degli addebiti non può ritenersi imposta né da una regola di specie, come visto assente, né da un principio generale dell'ordinamento giuridico" (in motivazione Cass. 25319/2021, ove si è confermato il principio, enunciato da alcuni precedenti di questa Corte con riguardo a situazioni di esclusione del socio – Cass. n. 6394/1996, sulla società di persone; Cass. n. 7308/1994, in tema di società cooperative –, secondo cui "ai fini della validità della delibera di esclusione non è necessaria la preventiva contestazione dell'addebito, dato che tale contestazione non è prevista da alcuna disposizione di legge e salvo che sia lo statuto a prevederlo").

Invero, "l'adesione ad un'associazione non riconosciuta, presupponendo l'accordo delle parti anche in ordine allo scopo dell'associazione stesso ed alle regole del suo ordinamento interno, comporta l'assoggettamento dell'aderente a

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

siffatte regole nel loro complesso, senza necessità di specifica accettazione ed anche se implichino oneri economici (quale, ad esempio, quello concernente il versamento di contributi associativi) o deroghe al disposto dell'art. 24 c.c., che è norma liberamente derogabile dall'autonomia privata con il solo limite derivante dal principio costituzionale della libertà di associazione, che implica la nullità di clausole che escludano o rendano oltremodo oneroso il recesso" (Cass. 23098/2015).

Nella specie, essendosi accertato che la lettera del 9/12/2014 non integrava una comunicazione di esclusione del Le.Er., attuata solo attraverso la materiale disattivazione dell'account, il rapporto associativo non si era mai interrotto, non ponendosi quindi neppure una questione di impugnazione del provvedimento nel termine semestrale previsto dall'art. 24 c.c., cosicché ricorreva il vizio di annullabilità della delibera del 2016, in quanto adottata senza la rituale convocazione e partecipazione di tutti gli aventi diritto al voto.

Sempre attraverso una valutazione fattuale la Corte d'appello ha altresì ritenuto che non ricorresse una condotta configurabile come acquiescenza da parte dell'associato ed essa costituisce una *quaestio facti* riservata al Giudice di merito.

Questa Corte (Cass. 8456/2014) ha affermato che "Dal combinato disposto degli artt. 23, primo comma, e 24, terzo comma, cod. civ., dettati in tema di associazioni riconosciute ed applicabili anche alle associazioni non riconosciute, si evince che i vizi delle delibere assembleari, si traducano essi in ragioni di nullità ovvero di annullabilità, possono essere fatti valere con azione giudiziaria, non soggetta a termini di decadenza, da qualunque associato, oltre che dagli organi dell'ente e dal P.M., solo con riguardo alle decisioni che abbiano contenuto diverso dall'esclusione del singolo associato, mentre, per queste ultime, l'azione medesima è esperibile esclusivamente dall'interessato, nel termine di decadenza di sei mesi dalla loro notificazione ovvero dalla conoscenza dell'esclusione".

Nella specie, si è pertanto correttamente ritenuta fondata la doglianza di nullità della votazione del 2016 avanzata dagli attori per esclusione dal voto dell'associato Le.Er.

5. La seconda censura, con la quale si lamenta che la Corte d'appello abbia erroneamente ritenuto, con violazione del "principio *tempus regit actum*" e dell'art. 11 disp. prel. c.c., che l'espulsione del Le.Er. fosse disciplinata dall'art. 4 del Regolamento del dicembre 2014, anziché dall'art. 5 del "Non Statuto" (secondo cui, essendo prevista per l'adesione la semplice registrazione sul sito, per l'espulsione valeva la misura speculare della disattivazione dell'account), è inammissibile.

Anche tale doglianza, invero, non coglie la *ratio decidendi*, in quanto la Corte d'appello ha affermato che non si poteva applicare la disciplina del regolamento pubblicato il 23.12.2014, in quanto successiva al fatto materiale della disabilitazione dell'account avvenuta due settimane prima.

Inoltre, l'assunto della ricorrente secondo cui, applicato il "Non Statuto" all'epoca vigente, la previsione statutaria che recita "l'adesione al MoVimento 5 Stelle non prevede formalità maggiori rispetto alla registrazione ad un normale sito internet" avrebbe come corollario che con tale clausola lo Statuto disciplini simmetricamente anche l'espulsione, dovendosi ritenere – implicitamente – previsto che l'espulsione avvenga con la mera materiale disabilitazione dell'account di accesso alla piattaforma operativa da parte di un soggetto terzo all'associazione, "il Gestore" della piattaforma, cosicché il Le.Er. aveva incontestabilmente perduto la qualità di associato dal 10/12/2014 per effetto della disabilitazione dell'account (e la sua mancata successiva convocazione era del tutto legittima), risulta del tutto apodittico.

6. La terza censura, con la quale si contesta il vizio di motivazione irriducibilmente contraddittoria, per avere la Corte d'appello tratto dalla assenza di convocazione del Le.Er. l'invalidità della delibera finale, impugnata, di approvazione nel 2016 delle modifiche al regolamento previgente, è infondata.

Nella specie, la Corte d'appello ha accertato la nullità della delibera suddetta del 2016 nei confronti del Le.Er. ed ha affermato che, pur non essendo applicabile un precedente indicato dalle parti appellanti relativo all'art. 2479-*ter* c.c. (attinente alla distinzione, rispetto alla doglianza circa la mancata informazione del socio, tra vizi di nullità e vizi c.d. di annullabilità della delibera assembleare, con previsione di differenti termini di impugnazione), disposizione detta per le società di capitali, gli altri attori erano altresì legittimati a far valere l'invalidità della deliberazione del 2016 proprio in ragione dell'assenza di uno degli aventi diritto.

Non ricorre il vizio di motivazione apparente (Cass. Sez. Un. 22232/2016).

7. Il quarto motivo, che denuncia vizio di ultrapetizione, per avere la Corte d'Appello di Roma erroneamente ritenuto che il Regolamento del 23 dicembre 2014 avesse formato oggetto d'impugnativa degli attori associati, per sua nullità/annullabilità, e, conseguentemente, rientrasse nel *petitum* e nella *causa petendi* del presente giudizio, è infondato.

La Corte d'appello, non condividendo la conclusione contraria cui era giunto il Tribunale, ha ritenuto che rientrasse nell'oggetto del contendere anche la legittimità o meno del procedimento di approvazione del regolamento 2014, con il quale si erano approvate, senza alcuna delibera da parte dell'assemblea (essendo stato semplicemente pubblicato sul sito "Gi.Pi...it" il 23.12.2014 dal gestore del sito stesso), anche modifiche all'originario "Non Statuto", sia direttamente, "anche in forza dell'impugnazione di singoli articoli di quel regolamento", non modificati nel 2016 (con richiamo alle pagg. 5, 13, 40 dell'atto di citazione introduttivo del giudizio), sia in via incidentale, al fine di dimostrare l'illegittimità del regolamento del 2016.

La Corte d'appello ha dunque motivatamente dato rilievo, nell'individuare quale fosse l'oggetto del giudizio, al tenore complessivo dell'atto di citazione e non alle sole conclusioni ivi formulate (sulle quali invece la ricorrente si incentra nella doglianza).

Come chiarito da questa Corte, con il vizio di ultrapetizione o non corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, ai sensi dell'art. 112 c.p.c., non si può introdurre un'interpretazione alternativa della domanda, essendo a tal fine necessario proporre una specifica censura di vizio motivazionale.

Si è infatti affermato che "in sede di legittimità occorre tenere distinta l'ipotesi in cui si lamenti l'omesso esame di una domanda, o la pronuncia su domanda non proposta dal

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

caso in cui si censuri l'interpretazione data dal giudice di merito alla domanda stessa:

solo nel primo caso si verte propriamente in tema di violazione dell'art. 112 cod. proc. civ. per mancanza della necessaria corrispondenza tra chiesto e pronunciato, prospettandosi che il giudice di merito sia incorso in un *error in procedendo*, in relazione al quale la Corte di Cassazione ha il potere – dovere di procedere all'esame diretto degli atti giudiziari onde acquisire gli elementi di giudizio necessari ai fini della pronuncia richiestale. Nel caso in cui venga invece in contestazione l'interpretazione del contenuto o dell'ampiezza della domanda, tali attività integrano un tipico accertamento in fatto, insindacabile in cassazione salvo che sotto il profilo della correttezza della motivazione della decisione impugnata sul punto" (Cass. 12259/2002; Cass. 16596/2005; Cass. 7932/2012; Cass. 2630/2014; Cass. 30684/2017). Si è quindi precisato che "l'interpretazione della domanda spetta al giudice del merito, per cui, ove questi abbia espressamente ritenuto che una certa domanda era stata avanzata ed era compresa nel '*thema decidendum*', tale statuizione, ancorché erronea, non può essere direttamente censurata per ultrapetizione, atteso che, avendo comunque il giudice svolto una motivazione sul punto, dimostrando come una certa questione debba ritenersi ricompresa tra quelle da decidere, il difetto di ultrapetizione non è logicamente verificabile prima di avere accertato che quella medesima motivazione sia erronea. In tal caso, il dedotto errore del giudice non si configura come '*error in procedendo*', ma attiene al momento logico relativo all'accertamento in concreto della volontà della parte" (Cass. 20718/2018).

Nella specie, invece, viene proposto soltanto un vizio da *error in procedendo* o di violazione di legge.

8. Con il quinto motivo, la ricorrente lamenta sia la violazione e/o falsa applicazione dell'art. 1325, n. 1, c.c., per avere la Corte d'Appello di Roma erroneamente ritenuto che il Regolamento del 23 dicembre 2014 non fosse stato accettato *per facta concludentia* dagli associati (fra i quali gli odierni controricorrenti), sia un vizio di motivazione apparente.

La doglianza è inammissibile.

La Corte d'appello ha anzitutto accertato l'assenza di una condotta di accettazione del regolamento pubblicato a dicembre 2014 (come eccepito dal convenuto "MoVimento"), considerando che, a quella data, il Le.Er. e il Ca.An. non avevano partecipato alle votazioni perché disabilitati nell'account, mentre, per gli associati Be.Br., Pa.Iv. e Ma.Al., non emergeva alcune condotta successiva alla pubblicazione del citato regolamento del 2014 integrante la volontà di avvalersi degli effetti negoziali contenuti nelle modifiche contenute nello stesso e a darvi esecuzione, non essendo sufficiente la mera inerzia.

E la Corte territoriale ha rilevato che soltanto con il regolamento del dicembre 2014 "era stata disciplinata la modalità 'on line' (v. art. 4 dell'atto costitutivo 14.12.12 in cui si parla, appunto, di rete internet come modello di consultazione e partecipazione democratica alla vita politica, tenuto distinto dalla disciplina degli organi tra i quali l'assemblea"), in quanto "il sistema della consultazione in rete era stato già previsto nello statuto, ma riguardava – in sostanza– l'espressione dell'orientamento politico da assumere da parte del gruppo associativo; era invece prevista, quale organo, l'assemblea secondo la modalità 'tradizionale'".

Ora, poiché alla associazione appellata si dovevano applicare le norme codicistiche dell'associazione non riconosciuta e il regolamento 2014 era servito "ad integrare e, in certi passaggi, anche a modificare quanto previsto nello statuto e nell'atto costitutivo dell'associazione, – disciplinando organi e modalità di funzionamento del Movimento – era necessaria la sua condivisione da parte degli iscritti, in quanto insieme delle regole associative fondamentali, mediante espressione del voto assembleare, che, in mancanza di disciplina statutaria circa il procedimento di modifica, va attuato secondo le regole ordinarie previste per le associazioni dall'art. 21 comma 2 del codice civile", ne derivava l'annullabilità del citato regolamento 2014 e, per l'effetto, della successiva deliberazione intervenuta nel 2016 per la modifica di detto regolamento.

La ricorrente afferma che il Le.Er. era stato legittimamente escluso dal 10/12/2014, il Ca.An. si era attenuto alle nuove prescrizioni del Regolamento del 2014 (inoltrando a seguito di sua espulsione richiesta di chiarimenti e proponendo ricorso al Comitato d'Appello), così accettandolo *per facta concludentia*, mentre gli altri attori avevano partecipato alle consultazioni svoltesi successivamente.

Questa Corte ha tuttavia chiarito (Cass. 1498/1978; Cass. 8456/2014) che "dal combinato disposto dell'art. 23 cod. civ., comma 1 e art. 24 cod. civ., comma 3, dettati in tema di associazioni riconosciute ed applicabili anche alle associazioni non riconosciute, si evince che i vizi delle delibere assembleari, si traducano essi in ragioni di nullità ovvero di annullabilità, possono essere fatti valere con azione giudiziaria, non soggetta a termini di decadenza, da qualunque associato, oltre che dagli organi dell'ente e dal pubblico ministero, solo con riguardo alle decisioni che abbiano contenuto diverso dall'esclusione del singolo associato", per le quali opera l'art. 24 c.c.

Nella specie il Regolamento del dicembre 2014 non era stato neppure deliberato dall'assemblea, sia pure con votazione in rete (come accertato nel merito), ma soltanto pubblicato sul sito.

Questa Corte ha affermato il ruolo cardine dell'assemblea anche nelle associazioni non riconosciute, come descritto in relazione al primo motivo.

Non si può affermare che l'associato, che non aveva votato alcuna delibera (quanto alle modifiche del Regolamento del dicembre del 2014 soltanto pubblicate sul sito), non potesse impugnare per invalidità tali modifiche e, di riflesso, quelle adottare nel 2016, in difetto di un comportamento di tacita accettazione, che deve essere inequivocamente rivelatore di un determinato volere con un preciso contenuto sostanziale (cfr. Cass. 7884/1991; Cass. /1994/4814; Cass. 13592/2000, in tema di delibere condominiali) e, nella specie, del proposito di non contrastare gli effetti delle modifiche statutarie così da risultare sicuramente incompatibile con la volontà di avvalersi del diritto di impugnarle.

Peraltro, la Corte d'appello, dopo avere chiarito che il sistema della consultazione in rete era già stato previsto dal primo "Non Statuto" e dall'atto costitutivo dell'associazione del 2012 ma riguardava soltanto "l'espressione dell'orientamento politico del gruppo associativo", essendo previsto come organo deliberante, secondo il modello tradiziona-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

le delle associazioni, l'assemblea, e che solo con le modifiche del dicembre 2014 si era indicata la votazione on-line come sistema di funzionamento dell'assemblea, ha accertato che le partecipazioni alle votazioni on-line, secondo le modalità prescritte dal Regolamento del dicembre 2014, pubblicato sul sito, successive a tale data, non hanno riguardato tutti gli attori (il Le.Er. e il Ca.An. non avendo potuto partecipare perché disabilitati nell'account) o non sono indici rivelatori di inequivoche accettazioni delle modifiche stesse.

Trattasi di motivazione esente da errori in diritto o carenze motivazionali.

P.Q.M.

La Corte respinge il ricorso.

L'art. 21, comma 2, cod. civ. annienta il Regolamento del MoVimento 5 Stelle

di Mario Renna*

La Corte di cassazione offre importanti chiarimenti sul ruolo dell'assemblea del partito. Con riferimento alle modifiche statutarie, in difetto di specifiche previsioni frutto dell'autonomia privata collettiva, troverà applicazione l'art. 21, comma 2, cod. civ.

I. Il caso

La Corte d'Appello di Roma, attraverso la sentenza n. 1483/2023, ribaltava la decisione del giudice capitolino di prime cure del 2020, dichiarando l'invalidità del Regolamento del 2014 del MoVimento 5 Stelle – posto a valle dello statuto (c.d. "non statuto") del 2009, poi aggiornato al 2012 – e della delibera di modificazione statutaria del 26 ottobre 2016. Ferma la natura associativa del soggetto resistente, il Regolamento del 2014 è risultato solo pubblicato *on line* in data 23.12.2014 e mai approvato; venivano, peraltro, disabilitati nell'*account*, con contestuale preclusione dell'esercizio dei diritti associativi, a far data dal 10.12.2014, due dei ricorrenti. Il mancato rispetto dell'art. 21, comma 2º, cod. civ., in difetto di un distinto procedimento statutario, unitamente alla mancata condivisione – e, quindi, alla susseguente accettazione – da parte degli iscritti delle regole associative, determinava il soccombere del MoVimento 5 Stelle. Per i giudici di legittimità, la ricostruzione della Corte d'Appello è esente da errori di diritto o da carenze motivazionali e, come tale, merita di essere confermata negli esiti.

II. Le questioni

1. *Modifiche statutarie: volontà assembleare, codice civile e autonomia privata.*

Dalla lettura dell'ordinanza – e, specialmente, dall'esame delle valutazioni attinenti al quinto motivo di ricorso – emerge la centralità della dinamica e dell'organo assembleare nella costituzione del rapporto metaindividuale, nell'atteggiarsi dell'ente e nella protezione della partecipazione associativa. Un profilo tangente concerne l'esclusione del socio, che poggia, in difetto di apposite prescrizioni statutarie e regolamentari interne, sul dettato dell'art. 24, comma 3º, cod. civ.: la disattivazione/disabilitazione dell'*account*, qualora non costituisca l'esito di un disciplinato procedimento espulsivo, finisce arbitrariamente per privare l'associato del diritto a partecipare ai lavori assembleari e ad esprimere la propria opinione sui temi all'ordine del giorno: peraltro, ciò osta ad una accettazione *facta concludentia* dei provvedimenti "assunti" (come, invece, prospettato dal ricorrente). La mancata procedimentalizzazione dell'esclusione permette di invocare l'applicazione dell'art. 24, comma 3º, cod. civ., ove si correla l'esclusione di matrice assembleare al ricorrere di «gravi motivi»: come chiariscono i giudici, la mancata interruzione del rapporto associativo, ha finito per rendere "illegittimo il deliberato per assenza di un avente diritto".

L'ordinanza insiste sul ruolo dell'assemblea nel contesto associativo, valorizzando il peso dell'autonomia privata collettiva, ricavabile dall'art. 36 cod. civ. La primazia assembleare risulta, invece, messa in discussione qualora si intenda riconoscere validità – ed efficacia – a regolamenti e ad atti volti a incidere sul funzionamento dell'ente prescindendo da un preventivo vaglio dell'organo deliberante. La pubblicazione telematica del Regolamento il 23.12.2014 non poteva, in alcun modo, surrogare l'atto deliberativo assembleare, pur declinato in forma di votazione virtuale (sulla imposizione *ex uno latere* del Regolamento pubblicato il 23.12.2014, cfr. IORIO, *Il nuovo statuto*, 9, *infra*, sez. IV).

L'interpretazione dei giudici, tesa a valorizzare l'applicazione delle norme previste per le associazioni riconosciute che non presuppongano il riconoscimento dell'ente, tra cui rientra l'art. 21, comma 2º, cod. civ.,

* **Contributo pubblicato in base a *referee*.**

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

merita di essere condivisa anche là dove è chiarito che dalla mancata partecipazione alla fase deliberativa non possa essere evinta una accettazione tacita delle modifiche intercorse. Solo l'inequivoca volontà di accettare il "preciso contenuto sostanziale" dei provvedimenti adottati e di non contrastarne gli effetti avrebbe rivelato una rinuncia ad avvalersi del diritto ad impugnare le modifiche statutarie (dà conto del regolamento del Movimento 5 Stelle del dicembre 2014, aggiornato nel 2016, e approvato con un *quorum* inferiore a quello previsto dall'art. 21, comma 2º, cod. civ. C. PERLINGIERI, 882, nt. 25, *infra*, sez. IV).

L'art. 21, comma 2º, cod. civ. costituisce una *previsione suppletiva* (PERSICO, 882, *infra*, sez. IV) – che compendia un apposito *quorum* costitutivo e una peculiare maggioranza rafforzata per la modificazione dell'atto costitutivo e dello statuto – comunque dotata di chiara *attitudine performativa*: la presenza di tre quarti degli associati e il voto favorevole della maggioranza dei presenti condizionano la validità, e quindi incidono sull'efficacia, della deliberazione finale. La norma disvela il ruolo apicale dell'assemblea e l'affermarsi di un procedimento decisionale conforme al principio di maggioranza (GALGANO, *Associazioni non riconosciute*, 37 ss., *infra*, sez. IV; ID., *Le associazioni*, 233, *infra*, sez. IV; tuttavia, per RUBINO, 35, nt. 12, *infra*, sez. IV, nel silenzio dello statuto, non potrà essere invocata la maggioranza rafforzata in questione. Con riguardo alle associazioni non riconosciute, spiega l'A., la deliberazione "a maggioranza" trae la sua legittimazione da usi interpretativi o integrativi coerenti con i principi generali e la realtà pratica del fenomeno associativo. Il principio maggioritario risulta *normale* nelle associazioni non riconosciute: 113). L'assemblea è, ancora, la "vivente incarnazione dell'associazione (che) concentra in sé l'*imperium*, l'alta sovranità corporativa, e l'attua in forma diretta e plenaria colle sue deliberazioni" (così, FERRARA, 237, *infra*, sez. IV) e, al contempo, rappresenta il luogo di esercizio dell'*insopprimibile* diritto di intervento, discussione e voto da parte degli associati (RUBINO, 106-108; e, rileggendo le tesi dell'A., in sostanziale continuità, ALPINI, 97, *infra*, sez. IV).

L'art. 21 cod. civ., complessivamente, consente di richiamare l'attenzione sulla democraticità interna e sulla partecipazione associativa (VECCHIO, 182, *infra*, sez. IV; URCIUOLI, 91, *infra*, sez. IV): rimane opportuno, comunque, tenere sempre ben distinto il piano costituzionale (artt. 18 e 49) dalla libertà di autoregolazione del partito (RESCIGNO, 253, *infra*, sez. IV; ora, AR. FUSARO, 145 ss. *infra*, sez. IV). La partecipazione, elemento qualificante la fattispecie associativa (D'AMBROSIO, 33, 53,60, *infra*, sez. IV; CARAPEZZA FIGLIA, 101 ss., *infra*, sez. IV), necessita di essere accentuata anche con riguardo alle comunità politiche che hanno conosciuto e conoscono una mediazione tecnologica nella definizione dei processi deliberativi, nella composizione dei conflitti intersoggettivi e nell'affermazione dell'identità dell'ente (BASILE, *Le persone giuridiche*, 301 ss., *infra*, sez. IV; MONTANI, 106, *infra*, sez. IV). La partecipazione, pur modulabile nelle forme e nelle modalità convenute dagli associati (si pensi alle soluzioni referendarie: QUARTA, 925, *infra*, sez. IV; RUSSO, 173, *infra*, sez. IV), non può essere annientata, pena la fuoriuscita del soggetto collettivo organizzato dallo schema associativo (P. PERLINGIERI, *Presentazione*, 7, *infra*, sez. IV, chiarisce che "l'agone politico non può svolgersi con strumenti autoritativi"). L'ordinanza in rassegna, richiamando la connessione disciplinare tra l'associazione riconosciuta e il partito politico, quale associazione non riconosciuta, rinsalda le delibere concernenti le modifiche statutarie alla preventiva informazione degli associati e alla successiva approvazione maturata in seno all'organo deputato. L'irrilevanza effettuale dei provvedimenti privi del consenso assembleare è funzionale sia alla protezione dell'ente complessivamente inteso, sia alla salvaguardia dei diritti degli associati (IORIO, *Profili civilistici*, 58, 67, *infra*, sez. IV).

È in questo senso, allora, che merita di essere apprezzato il ragionamento e l'esito cui pervengono dei giudici di legittimità: si tratta di non dissociare il diritto privato dalla tutela del corpo associativo (DE GIORGI, 339-340, *infra*, sez. IV; efficacemente BASILE, *Le persone giuridiche*, 310, secondo il quale "le norme sulla partecipazione alla assemblea e sulle procedure decisionali – come la disciplina del funzionamento di ogni collegio – tendono a garantire che le delibere non deviino dalla loro funzionalizzazione agli interessi di cui il gruppo è portatore") e dalla protezione dei diritti individuali degli associati "coessenziali alla partecipazione" (così: DI RAIMO, 177, *infra*, sez. IV). Pertanto, l'aver negato ogni equazione tra l'informale pubblicità regolamentare e l'approvazione *facta concludentia*, con conseguente neutralizzazione della titolarità ad impugnare le modifiche statutarie, appare una soluzione conforme al principio di legalità che evita l'affermarsi di sfere di immunità ma non certifica il controllo giurisdizionale sul merito politico (GALGANO, *Principio di legalità*, 378 ss., *infra*, sez. IV; P. PERLINGIERI, *Conclusioni*, 228, *infra*, sez. IV, osserva come i partiti, svolgendo una funzione di rilevanza generale, debbano conformarsi all'ordinamento giuridico). Ancor'oggi, non è opportuno far leva sull'art. 49 Cost. per patrocinare una costruzione pubblicista del partito politico (RESCIGNO, *Sindacati*, 139 ss., *infra*, sez. IV), in modo da comprimere l'ampiezza dell'autonomia privata, imprescindibile "per la costruzione della democrazia pluralista" – BARBA, 295, *infra*, sez. IV, osserva che "solo l'autonomia privata giustifica il valore giuridico che il fatto associativo assume attraverso la sua sussunzione in una fattispecie legale" (293) –, quanto, più correttamente, ricondurre "a tutte le logiche conseguenze – a tutte le conseguenze implicite nel sistema del diritto comune – la loro condizione di libere associazioni private" (così, GALGANO, *Partiti e sindacati*, 511, *infra*,

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

sez. IV. Per una rilettura del pensiero dell'A., v. FEMIA, 25 ss., *infra*, sez. IV).

III. I precedenti

1. *Modifiche statutarie: volontà assembleare, codice civile e autonomia privata.*

Il MoVimento 5 Stelle è stato al centro di altre controversie attinenti ai procedimenti di selezione dei candidati e di formazione delle liste elettorali (TRIB. GENOVA, 10.4.2017, in *Giur. it.*, 2017, 1886 ss., con nota di MIGNONE; TRIB. ROMA, 19.2.2018, in questa ***Rivista***, 2018, I, 864 ss., con nota di IORIO), nonché all'impugnazione di provvedimenti concernenti l'esclusione degli associati (cfr. BASILE, *Il "Movimento 5 Stelle"*, *infra*, sez. IV).

Si rivela interessante, e a sostegno dell'argomentazione dei giudici di legittimità confluita nell'ordinanza in commento, quanto precisato dal TRIB. NAPOLI, 14.7.2016 (in questa ***Rivista***, 2016, I, 1337 ss., con nota di DE GIORGI) e dal TRIB. ROMA, 12.4.2016 (in *civiumlibertas.blogspot.com*).

Per il Tribunale partenopeo, il Regolamento del 23.12.2014 non era in grado di incidere sull'esclusione degli associati, legalmente rimessa alla competenza assembleare (*ex* art. 24, comma 3, cod. civ.), "in mancanza di una disposizione in tal senso dello statuto". Peraltro, "né quel Regolamento (poteva) essere inteso come fonte idonea a modificare le norme dello statuto, in quanto le modificazioni dello statuto sono soggette ad un procedimento assembleare 'rinforzato', ai sensi del secondo comma dell'art. 21 c.c.". Il procedimento di esclusione, in difetto di puntuali previsioni statutarie, poggia sulla volontà assembleare, essendo applicabile quanto divisato dall'art. 24, comma 3º, cod. civ.: la mancata declinazione, in sede regolatoria, dell'autonomia privata collettiva *legittima* l'applicazione della regola comune, ritenuta capace di assicurare effettiva protezione agli associati.

Per la Corte romana, il Regolamento del 23.12.2014 consente di inquadrare dogmaticamente la comunità virtuale – e organizzata – del MoVimento 5 Stelle all'interno della fattispecie associativa: la formalizzazione dell'organizzazione interna determina l'inclusione all'interno del "*genus* delle associazioni non riconosciute" (v., anche, TRIB. ROMA, 5.2.2018, in *civiumlibertas.blogspot.com*; e TRIB. PALERMO, 11.9.2017, in *lacostituzione.info/index.php/2017/09/19/regionarie-5stelle-cosi-lo-stop-del-tribunale-di-palermo/*).

L'effettiva partecipazione degli associati ai lavori assembleari e, quindi, la salvaguardia dei diritti partecipativi e deliberativi è stata confermata da una recente decisione del TRIB. NAPOLI, 3.2.2022, (in questa ***Rivista***, 2022, I, 1273 ss., con nota di LAUDONIO), avente ad oggetto l'ambito applicativo dell'art. 23 cod. civ. La controversia originava dall'esclusione dalla partecipazione assembleare – e dal relativo voto – disposta nei confronti degli iscritti da meno di 6 mesi e dalla carenza della relativa puntualizzazione procedurale da parte del Comitato di Garanzia su proposta del Comitato direttivo in conformità dello statuto (PIGNATELLI, 283 ss., *infra*, sez. IV): ciò ha determinato l'alterazione del *quorum assembleare* "nella deliberazione di modifica del proprio statuto", per via della irregolare costituzione dell'assise. Secondo i giudici, "la persistente efficacia della delibera che ha illegittimamente modificato l'ordinamento dell'associazione così come la permanenza in carica di un organo invalidamente nominato risultano dei pregiudizi molto rilevanti per la stabilità della stessa organizzazione associativa". È condivisibile il rilievo della confluenza, ovvero della necessaria convergenza, tra interessi associativi e regolare funzionamento dell'ente precostituito: la legittimazione all'impugnazione delle deliberazioni associative in contrasto con le prescrizioni statutarie non si radica sull'"interesse del singolo associato", ovvero non è connessa al "particolare pregiudizio conseguente all'adozione della delibera". La norma, invero, tutela "l'interesse della associazione al suo regolare funzionamento. Laddove vi siano violazioni dello statuto ciascun partecipante all'ente avrà il diritto di reagire alle delibere che ne sono il frutto in quanto ciò rappresenta, appunto, l'interesse della stessa associazione".

Di poco successiva è l'ordinanza del TRIB. NAPOLI, 14.6.2022 (in questa ***Rivista***, 2022, I, 1273 ss., con nota di LAUDONIO) che riconosce ammissibilità sistematica alla previsione statutaria escludente dal voto gli iscritti da meno di 6 mesi. Trattasi di una legittima manifestazione dell'autonomia privata collettiva che "bilancia la facilità di accesso all'associazione, con riferimento ai requisiti minimi e alla snellezza della procedura per l'ammissione dei nuovi associati, ed è volta ad evitare strumentalizzazioni"; quindi, come efficacemente chiarito, "tale previsione non vuole derogare alla regola del voto capitario (ad ogni testa deve corrispondere un voto), ma solo ridurre il periodo minimo necessario per avere diritto al voto. Al contrario, infatti, la norma si limita ad escludere, per quanto possibile, l'iscrizione *in extremis* di nuovi associati per evitare un aggiramento de facto di tale regola". Questa decisione, congiuntamente al provvedimento in rassegna, può essere apprezzata specialmente con riguardo alla seguente statuizione: "in mancanza di norme imperative che impongano specifiche e rigide regole per la 'discussione' assembleare, imponendone la contestualità, ed in ragione del principio di libertà delle forme e della libertà data alle associazioni di dettare la propria disciplina interna, nulla osta ad una regolamentazione che plasmi il metodo e la discussione assembleare alla luce delle peculiarità proprie dell'associazione e del suo connaturale modo di operare, fin dalla genesi, attraverso la rete ed i moderni *social*".

Raccordando le summenzionate decisioni a quanto chiarito dalla Corte di cassazione, può rilevarsi come

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

l'organo assembleare, in difetto di una apposita previsione statutaria – che, ad esempio, individui il criterio della maggioranza semplice per la valida costituzione del consesso chiamato a modificare lo statuto o che indichi il *referendum* extrassembleare quale procedimento di formazione della volontà organica (TRIB. ROMA, 24.7.1967, in *Giur. it.*, 1968, I, II, 465 ss., con nota di BRANCA) –, *debba* esprimersi rispettando le soglie parametriche espresse dall'art. 21, comma 2º, cod. civ. Rimane comunque necessario assicurare l'esercizio di una funzione deliberante strumentale al perseguimento delle finalità istitutive (v. CASS. CIV., 8.4.2010, n. 8372, in *dejure.it*; e, prima, CASS. CIV., 3.11.1981, n. 5791, in *Dir. fall.*, 1982, II, 356 ss.). Una tale opzione ermeneutica, fondata sulla *funzionale applicazione* della disciplina legislativa, rinsalda il legame indissolubile tra l'autonomia privata collettiva e la partecipazione associativa (TRIB. CIVITAVECCHIA, 11.03.2020, n. 307, in *dejure.it*) e consente di arginare derive autoritarie e arbitrarie correzioni giudiziali della vita associativa, valorizzando "la volontà posta alla base della formazione della deliberazione stessa" (CASS. CIV., 17.6.2014, n. 13774, in *dejure.it*; nonché, TRIB. ROMA, 25.9.2006, *ivi*).

IV. La dottrina

1. *Modifiche statutarie: volontà assembleare, codice civile e autonomia privata.*

Con riguardo al rapporto tra art. 21, comma 2º, cod. civ. e associazioni non riconosciute, cfr. FERRARA, *Le persone giuridiche*, nel *Trattato Vassalli*, II, 1, Utet, 1956, 273 ss.; RUBINO, *Le associazioni non riconosciute*, Giuffrè, 1952, 35, nt. 12, 110-113 e, a partire dal pensiero di questo A., rileva la strumentalità dell'interesse collettivo sociale rispetto all'interesse partecipativo ALPINI, *La tutela dell'associato escluso fra «esigenze pratiche» e «principi generali»*, in *Domenico Rubino*, II, *Singole fattispecie negoziali*, a cura di P. PERLINGIERI e POLIDORI, Esi, 2009, 97.

Sulla centralità dell'assemblea, sia in senso strutturale che funzionale, cfr. BASILE, *Le persone giuridiche*, I, *Componenti e attività*, nel *Trattato Iudica-Zatti*, Giuffrè, 2020, 301 ss., 310; e MONTANI, nel *Commentario Schlesinger*, Giuffrè, 2016, *sub* art. 36, 106.

Sull'espressione extrassembleare della volontà associativa, v. RUSSO, nel *Commentario Gabrielli*, Utet, 2014, *sub* art. 21, 173.

Sulla natura suppletiva dell'art. 21 cod. civ., PERSICO, voce «Associazioni non riconosciute», in *Enc. del dir.*, II, Giuffrè, 1958, 882. Sull'applicazione diretta dell'art. 21, comma 2, cod. civ., alle associazioni non riconosciute, cfr. GALGANO, *Le associazioni, le fondazioni, i comitati*, Cedam, 1987, 233, il quale riporta il testo di APP. GENOVA, 12.6.1982. E, con riguardo al principio di maggioranza, ID., *Associazioni non riconosciute. Comitati*, nel *Commentario Scialoja-Branca*, Zanichelli-Foro it., 1976, 37 ss.

Sulla procedura di modifica statutaria, quale espressione del metodo democratico, v. VECCHIO, *I partiti. Autonomia associativa e regime europeo di democraticità nella partecipazione politica*, nel *Trattato di Diritto Civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, Esi, 2016, 182. Cfr., anche, IORIO, *Profili civilistici dei partiti politici. Statuti, prassi, tecniche legislative*, Esi, 2018, 58, 67, con riferimento alla realizzazione delle finalità istitutive da parte dell'assemblea.

Sull'applicazione del principio di legalità con riguardo ai partiti politici, cfr. GALGANO, *Principio di legalità e giurisdizione civile nelle controversie interne ai partiti politici*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1984, 378 ss.; e, prima, ID., *Partiti e sindacati nel diritto comune delle associazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, II, 507 ss. Offre una problematica rivisitazione delle tesi espresse dall'A. FEMIA, *Politica e libertà di contratto. I partiti politici nel pensiero di Francesco Galgano*, in AA.VV., *Partiti politici e ordinamento giuridico in ricordo di Francesco Galgano*, Esi, 2015, 25 ss. Più recentemente, DE GIORGI, *Partiti politici (diritto privato)*, in EAD., *Enti del primo libro e del Terzo settore. Ventun scritti fra due secoli*, Pacini Giuridica, 2021, 339-340.

Sull'autonomia privata collettiva espressa mediante i partiti politici e sulla separazione della visione privatistica dalla costruzione pubblicistica del fenomeno politico, v. RESCIGNO, *Profili privatistici del finanziamento della politica*, in *Quad. cost.*, 1999, 247-253; e, prima, ID., *Sindacati e partiti nel diritto privato*, in ID., *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Cedam, 1987, 139 ss. Sul valore fondante dell'autonomia privata con riguardo alle associazioni non riconosciute, BARBA, *Soggettività giuridica implicita e associazione non riconosciuta*, in *Jus civile*, 2023, 293.

Per un approfondimento sui casi giudiziari che hanno interessato il MoVimento 5 Stelle, cfr. BASILE, *Il "Movimento 5 Stelle"*, in questa ***Rivista***, 2017, II, 249 ss.; e, per un'analisi sistematica, IORIO, *Il nuovo statuto del MoVimento 5 Stelle. I chiaroscuri della democrazia digitale*, Esi, 2022. Per ulteriori riferimenti al soggetto politico, al principio di democraticità nei rapporti interni e all'*e-democracy*, cfr. AR. FUSARO, *Su partecipazione e democraticità negli enti del primo libro*, in questa ***Rivista***, 2023, II, 145 ss.; ROSSI, *Delibere di esclusione dei soci tra libertà, inderogabilità e promozione della partecipazione democratica*, in *Rass. dir. civ.*, 2023, 948 ss.; e, in precedenza, C. PERLINGIERI, *Nuove forme di partecipazione politica e «metodo democratico»*, *ivi*, 2018, 873 ss.; e QUARTA, *Il partito politico tra istituzione, contratto associativo e comunità*, *ivi*, 2018, 901 ss.

Sull'incidenza del principio democratico nei confronti delle organizzazioni politiche, cfr. P. PERLINGIERI, *Conclusioni*, in AA.VV., *Partiti politici e ordinamento giuridico in ricordo di Francesco Galgano*, cit., 228; e, in precedenza, ID., *Presentazione*, in ID. (a cura di), *Parte-*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

cipazione associativa e partito politico, Esi, 1993, 7. In tema, URCIUOLI, *La tutela del singolo nei partiti politici*, Esi, 1990, 86 ss., 91.

Sulla partecipazione associativa, sulla dinamica personalista e sui rilievi procedimentali, cfr. DI RAIMO, *Poteri della maggioranza, diritti individuali e modifiche statutarie nelle associazioni non riconosciute*, in *Partecipazione associativa e partito politico*, a cura di P. PERLINGIERI, cit., 175-177; e, successivamente, D'AMBROSIO, *Partecipazione e attività contributo allo studio delle associazioni*, Esi, 2012, 33, 53, 60, e CARAPEZZA FIGLIA, *Democraticità e partecipazione associativa nei partiti politici*, in *Partiti politici e sistema ordinamentale*, a cura di CARAPEZZA FIGLIA, FREZZA e RIVOSECCHI, Esi, 2018, 101 ss.

Personalità (diritti della)

CORTE GIUST. UE, grande sez., 30.1.2024, causa C-118/22 – LENAERTS *Presidente* – GRATSIAS *Relatore* – NG (avv. Kuyumdzhiev) – Direktor na Glavna direktsia «Natsionalna politsia» pri Ministerstvo na vatreshnite raboti, Sofia (avv.ti Georgieva, Mitova, Petranova) – domanda di pronuncia pregiudiziale proposta da Varhoven administrativen sad, 10.1.2022

PERSONALITÀ (DIRITTI DELLA) – DATI PERSONALI – DATI BIOMETRICI E GENETICI – CONSERVAZIONE – FINALITÀ DI PREVENZIONE, INDAGINE, ACCERTAMENTO E PERSEGUIMENTO DI REATI O ESECUZIONE DI SANZIONI PENALI – OBBLIGHI DI ESAME PERIODICO DA PARTE DEL TITOLARE DEL TRATTAMENTO – DIRITTI DELL'INTERESSATO ALLA CANCELLAZIONE O ALLA LIMITAZIONE (dir. UE 27.4.2016 n. 680, artt. 4, par. 1, lett. *c)* ed *e)*, 5, 10, 13, par. 2, lett. *b)*, 16, parr. 2 e 3; Carta dir. UE, artt. 7, 8)

L'articolo 4, paragrafo 1, lettere c) ed e), della direttiva (UE) 2016/680 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio, in combinato disposto con gli articoli 5 e 10, con l'articolo 13, paragrafo 2, lettera b), e con l'articolo 16, paragrafi 2 e 3, di tale direttiva, e alla luce degli articoli 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, deve essere interpretato nel senso che: osta a una normativa nazionale che prevede la conservazione da parte delle autorità di polizia a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, di dati personali, in particolare di dati biometrici e genetici, riguardanti persone che hanno subito una condanna penale definitiva per un reato doloso perseguibile d'ufficio, fino al decesso della persona interessata, anche in caso di riabilitazione di quest'ultima, senza porre a carico del titolare del trattamento l'obbligo di esaminare periodicamente se tale conservazione sia ancora necessaria, né riconoscere a detta persona il diritto alla cancellazione di tali dati, dal momento che la loro conservazione non è più necessaria rispetto alle finalità per le quali sono stati trattati, o, eventualmente, il diritto alla limitazione del loro trattamento.

dal testo:

Il fatto. 1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'articolo 5 della direttiva (UE) 2016/680 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio (GU 2016, L 119, pag. 89), in combinato disposto con l'articolo 13, paragrafo 2, lettera b), e paragrafo 3, di tale direttiva.

2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra NG e il Direktor na Glavna direktsia «Natsionalna politsia» pri Ministerstvo na vatreshnite raboti – Sofia (direttore della direzione generale «Polizia nazionale» presso il Ministero dell'Interno, Bulgaria; in prosieguo: il «DGPN») in merito al rigetto, da parte di quest'ultimo, della domanda di NG di cancellazione del suo nominativo dal registro nazionale in cui le autorità di polizia bulgare iscrivono le persone indagate per un reato doloso perseguibile d'ufficio (in prosieguo: il «registro di polizia»), richiesta basata sulla riabilitazione di cui tale persona ha beneficiato dopo aver subito una condanna penale definitiva.

(*Omissis*)

Procedimento principale e questione pregiudiziale

21 NG è stato iscritto nel registro di polizia, conformemente all'articolo 68 della legge relativa al Ministero dell'Interno, nell'ambito di indagini preliminari per il reato di falsa testimonianza, previsto dall'articolo 290, paragrafo 1, del codice penale. A seguito di tali indagini, nei confronti di NG è stata formulata l'imputazione e, con sentenza del 28 giugno 2016, confermata in appello il 2 dicembre 2016, egli è stato riconosciuto colpevole di tale reato e condannato a

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

una pena detentiva di un anno con sospensione condizionale. Dopo aver scontato tale pena, NG ha beneficiato, in applicazione dell'articolo 82, paragrafo 1, in combinato disposto con l'articolo 88a del codice penale, di una riabilitazione, intervenuta il 14 marzo 2020.

22 Il 15 luglio 2020, sulla base di tale riabilitazione, NG ha presentato presso l'amministrazione territoriale competente del Ministero dell'Interno una domanda di cancellazione della sua iscrizione nel registro di polizia.

23 Con decisione del 2 settembre 2020, il DGPN ha respinto tale domanda, considerando che una condanna penale definitiva non rientra tra i motivi di cancellazione dell'iscrizione nel registro di polizia, tassativamente elencati all'articolo 68, paragrafo 6, della legge relativa al Ministero dell'Interno, nemmeno in caso di riabilitazione.

24 Con decisione del 2 febbraio 2021, l'Administrativen sad Sofia grad (Tribunale amministrativo della città di Sofia, Bulgaria) ha respinto il ricorso proposto da NG avverso tale decisione del DGPN per motivi sostanzialmente analoghi a quelli dedotti da quest'ultimo.

25 NG ha impugnato tale sentenza dinanzi al giudice del rinvio, il Varhoven administrativen sad (Corte suprema amministrativa, Bulgaria). Il principale motivo di impugnazione verte sulla violazione del principio, desumibile dagli articoli 5, 13 e 14 della direttiva 2016/680, secondo cui il trattamento di dati personali risultante dalla loro conservazione non può avere durata illimitata. Orbene, secondo NG, in sostanza, ciò di fatto si verificherebbe se, in assenza di un motivo di cancellazione dell'iscrizione nel registro di polizia corrispondente all'ipotesi di una riabilitazione, l'interessato non possa mai ottenere la cancellazione dei dati personali raccolti in relazione al reato per il quale è stato definitivamente condannato, dopo aver scontato la sua pena e aver beneficiato di una siffatta riabilitazione.

26 A tal proposito, in primo luogo, il giudice del rinvio osserva che l'iscrizione nel registro di polizia costituisce un trattamento di dati personali effettuato per le finalità di cui all'articolo 1, paragrafo 1, della direttiva 2016/680, e rientra pertanto nell'ambito di applicazione di tale direttiva.

27 In secondo luogo, esso indica che la riabilitazione non rientra tra i motivi di cancellazione dell'iscrizione nel registro di polizia, elencati tassativamente all'articolo 68, paragrafo 6, della legge relativa al Ministero dell'Interno, e che nessun altro di tali motivi può applicarsi in un caso del genere, cosicché è impossibile, per l'interessato, ottenere la cancellazione della sua iscrizione in tale registro in tale ipotesi.

28 In terzo luogo, il giudice del rinvio rileva che il considerando 26 della direttiva 2016/680 fa riferimento a garanzie affinché la raccolta dei dati personali non sia eccessiva e i dati siano conservati per un arco di tempo non superiore al conseguimento delle finalità per le quali sono trattati, e stabilisce che il titolare del trattamento deve stabilire termini per la loro cancellazione o per la verifica periodica. Inoltre, esso ha dedotto dal considerando 34 di tale direttiva che il trattamento per le finalità di cui all'articolo 1, paragrafo 1, della stessa dovrebbe includere operazioni di limitazione, cancellazione o distruzione di tali dati. A suo avviso, tali principi si riflettono nell'articolo 5 e nell'articolo 13, paragrafi 2 e 3, di detta direttiva.

29 A tal proposito, il giudice del rinvio nutre dubbi quanto alla questione se gli obiettivi di cui al punto precedente ostino a una normativa nazionale che comporti, per le autorità competenti, un «diritto praticamente illimitato» di trattare i dati per le finalità di cui all'articolo 1, paragrafo 1, della direttiva 2016/680 e, per l'interessato, la perdita del diritto di limitare il trattamento o di ottenere la cancellazione dei propri dati.

30 Di conseguenza, il Varhoven administrativen sad (Corte suprema amministrativa) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se l'interpretazione dell'articolo 5 della [direttiva 2016/680], in combinato disposto con l'articolo 13, paragrafo 2, lettera b), e [paragrafo 3], di tale direttiva, ammetta misure legislative nazionali che comportano un diritto praticamente illimitato al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali e/o lo svuotamento del diritto dell'interessato ad ottenere la limitazione del trattamento, la cancellazione o la distruzione dei propri dati».

I motivi. Sulla questione pregiudiziale

31 Secondo una giurisprudenza costante, nell'ambito della procedura di cooperazione tra i giudici nazionali e la Corte istituita all'articolo 267 TFUE, spetta a quest'ultima fornire al giudice nazionale una risposta utile che gli consenta di dirimere la controversia di cui è investito. In tale prospettiva, spetta alla Corte, se necessario, riformulare le questioni che le sono sottoposte. Inoltre, la Corte può essere condotta a prendere in considerazione norme del diritto dell'Unione alle quali il giudice nazionale non ha fatto riferimento nella formulazione della sua questione (sentenza del 15 luglio 2021, Ministrstvo za obrambo, C-742/19, EU:C:2021:597, punto 31 e giurisprudenza citata).

32 Nel caso di specie, la questione del giudice del rinvio trae origine dal fatto che, come risulta dalla domanda di pronuncia pregiudiziale e dalle indicazioni fornite dal governo bulgaro all'udienza dinanzi alla Corte, nessuno dei motivi che giustificano la cancellazione dei dati personali contenuti nel registro di polizia, tassativamente elencati dalla legge relativa al Ministero dell'Interno, è applicabile alla situazione di cui trattasi nel procedimento principale, in cui una persona è stata definitivamente condannata, e ciò persino dopo la sua riabilitazione, cosicché tali dati sono conservati in tale registro e possono essere trattati dalle autorità che vi hanno accesso senza alcuna limitazione di durata diversa dal verificarsi del decesso di detta persona.

33 A tal riguardo, anzitutto, dalla decisione di rinvio, in particolare dalle considerazioni riassunte al punto 27 della presente sentenza, e dai termini della stessa questione pregiudiziale risulta che il giudice del rinvio si interroga, in particolare, sulla compatibilità della normativa nazionale di cui trattasi nel procedimento principale con il principio di proporzionalità. Orbene, come evidenziato dal considerando 104 della direttiva 2016/680, le limitazioni apportate da tale direttiva al diritto alla protezione dei dati personali, previsto all'articolo 8 della Carta, nonché ai diritti al rispetto della vita privata e familiare e a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, tutelati rispettivamente dagli articoli 7 e 47 di tale Carta, devono essere interpretate conformemente

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ai requisiti di cui all'articolo 52, paragrafo 1, di quest'ultima, i quali includono il rispetto di tale principio.

34 Inoltre, nel formulare la sua questione, il giudice del rinvio fa giustamente riferimento all'articolo 5 di detta direttiva, relativo ai termini adeguati per la cancellazione dei dati personali o per l'esame periodico della necessità di conservare tali dati. Poiché detto articolo 5 è strettamente collegato sia all'articolo 4, paragrafo 1, lettere c) ed e), della medesima direttiva, sia all'articolo 16, paragrafi 2 e 3, di quest'ultima, occorre intendere la questione pregiudiziale come riguardante anche queste due disposizioni.

35 Analogamente, poiché la normativa nazionale di cui trattasi nel procedimento principale prevede la conservazione, segnatamente, di dati biometrici e genetici, che rientrano nelle categorie particolari di dati personali il cui trattamento è specificamente disciplinato dall'articolo 10 della direttiva 2016/680, si deve ritenere che la questione sollevata riguardi anche l'interpretazione di tale disposizione.

36 Infine, la rilevanza di un'interpretazione dell'articolo 13 della direttiva 2016/680 risulta chiaramente dalla domanda di pronuncia pregiudiziale solo per quanto riguarda il suo paragrafo 2, lettera b). È vero che, come rilevato dal giudice del rinvio, il suo paragrafo 3 riflette anche i principi enunciati, in particolare, al considerando 26 di tale direttiva. Tuttavia, dal fascicolo sottoposto alla Corte non risulta che nel procedimento principale sia anche in discussione una misura legislativa volta a ritardare o a limitare la fornitura di informazioni all'interessato, ai sensi di tale paragrafo 3.

37 Alla luce di quanto precede, si deve ritenere che, con la sua questione, il giudice del rinvio chieda, in sostanza, se l'articolo 4, paragrafo 1, lettere c) ed e), della direttiva 2016/680, in combinato disposto con gli articoli 5 e 10, l'articolo 13, paragrafo 2, lettera b), e l'articolo 16, paragrafi 2 e 3, di quest'ultima, e alla luce degli articoli 7 e 8 della Carta, debba essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale che prevede la conservazione, dalle autorità di polizia, a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, di dati personali, in particolare di dati biometrici e genetici, riguardanti persone che hanno subito una condanna penale definitiva per un reato doloso perseguibile d'ufficio, fino al decesso dell'interessato, anche in caso di sua riabilitazione, senza peraltro riconoscergli il diritto alla cancellazione di tali dati o, se del caso, alla limitazione del loro trattamento.

38 In via preliminare, occorre rilevare che la questione sollevata riguarda il trattamento di dati personali per finalità che, ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1, della direttiva 2016/680, rientrano nell'ambito di applicazione di tale direttiva. Risulta, tuttavia, dall'articolo 27 della legge relativa al Ministero dell'Interno, citato nella decisione di rinvio, che i dati conservati nel registro di polizia possono anche essere oggetto di trattamenti nell'ambito della protezione della sicurezza nazionale, ai quali, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 3, lettera a), di tale direttiva, letto alla luce del suo considerando 14, quest'ultima non si applica. Spetterà dunque al giudice del rinvio assicurarsi che la conservazione dei dati del ricorrente nel procedimento principale non risponda a finalità relative alla protezione della sicurezza nazionale, considerando che tale articolo 2, paragrafo 3, lettera a), riguarda un'eccezione all'applicazione del diritto dell'Unione che dev'essere interpretata restrittivamente [v., per analogia, sentenza del 22 giugno 2021, Latvijas Republikas Saeima (Punti di penalità), C-439/19, EU:C:2021:504, punto 62 e giurisprudenza citata].

39 In primo luogo, occorre ricordare che i diritti fondamentali al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati personali, garantiti agli articoli 7 e 8 della Carta, non sono prerogative assolute, ma vanno considerati alla luce della loro funzione sociale e bilanciati con altri diritti fondamentali. Ogni limitazione all'esercizio di tali diritti fondamentali, conformemente all'articolo 52, paragrafo 1, della Carta, deve essere prevista dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti fondamentali nonché il principio di proporzionalità. In virtù di tale principio, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui. Esse devono operare nei limiti dello stretto necessario e la normativa che comporta le limitazioni controverse deve prevedere norme chiare e precise che ne disciplinano la portata e l'applicazione [v., in tal senso, sentenza del 22 giugno 2021, Latvijas Republikas Saeima (Punti di penalità), C-439/19, EU:C:2021:504, punto 105 e giurisprudenza citata].

40 Come sottolineato, in sostanza, nel considerando 26 della direttiva 2016/680, tali requisiti non sono soddisfatti quando l'obiettivo di interesse generale perseguito sia ragionevolmente conseguibile in modo altrettanto efficace con altri mezzi, meno pregiudizievoli per i diritti fondamentali degli interessati [v., per analogia, sentenza del 22 giugno 2021, Latvijas Republikas Saeima (Punti di penalità), C-439/19, EU:C:2021:504, punto 110 e giurisprudenza citata].

41 In secondo luogo, anzitutto, ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, lettera c), di detta direttiva, gli Stati membri devono prevedere che i dati personali siano adeguati, pertinenti e non eccessivi rispetto alle finalità per le quali sono trattati. Tale disposizione richiede quindi il rispetto, da parte degli Stati membri, del principio di «minimizzazione dei dati», che dà espressione al principio di proporzionalità [v., in tal senso, sentenza del 22 giugno 2021, Latvijas Republikas Saeima (Punti di penalità), C-439/19, EU:C:2021:504, punto 98 e giurisprudenza citata].

42 Ne consegue che, in particolare, la raccolta di dati personali nell'ambito di un procedimento penale e la loro conservazione da parte delle autorità di polizia per le finalità di cui all'articolo 1, paragrafo 1, di tale direttiva devono, come qualsiasi trattamento rientrante nel campo di applicazione di quest'ultima, rispettare tali requisiti. Una siffatta conservazione costituisce inoltre un'ingerenza nei diritti fondamentali al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati personali, a prescindere dalla circostanza che le informazioni conservate costituiscano o meno dati sensibili, gli interessati abbiano o meno subito eventuali pregiudizi a causa di tale ingerenza o che i dati conservati siano o meno utilizzati in seguito (v., per analogia, sentenza del 5 aprile 2022, Commissioner of An Garda Síochána e a., C-140/20, EU:C:2022:258, punto 44 e giurisprudenza citata).

43 Inoltre, per quanto riguarda, più precisamente, la proporzionalità del periodo di conservazione di detti dati, gli Stati membri devono, in forza dell'articolo 4, paragrafo 1, lettera e), della direttiva 2016/680, prevedere che tali dati

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

siano conservati in una forma che consenta l'identificazione degli interessati per un arco di tempo non superiore a quello necessario al conseguimento delle finalità per le quali sono trattati.

44 In tale contesto, l'articolo 5 di tale direttiva impone agli Stati membri di prevedere la fissazione di adeguati termini per la cancellazione dei dati personali o per l'esame periodico della necessità di conservarli, nonché misure procedurali che garantiscano il rispetto di tali termini.

45 Come enunciato al considerando 26 della direttiva 2016/680, tale disposizione mira a garantire che, conformemente ai requisiti di cui all'articolo 4, paragrafo 1, lettera e), di tale direttiva, i dati personali non siano conservati più a lungo di quanto necessario. Certamente, essa lascia agli Stati membri il compito di fissare termini adeguati per la durata del periodo di conservazione e di decidere se tali termini riguardino la cancellazione di detti dati o l'esame periodico della necessità di conservarli, purché il rispetto di tali termini sia garantito da norme procedurali adeguate. Tuttavia, il carattere «adeguato» di tali termini richiede in ogni caso che, conformemente all'articolo 4, paragrafo 1, lettere c) ed e), di detta direttiva, letto alla luce dell'articolo 52, paragrafo 1, della Carta, detti termini consentano, se del caso, la cancellazione dei dati di cui trattasi nell'ipotesi in cui la loro conservazione non sia più necessaria rispetto alle finalità che hanno giustificato il trattamento.

46 È segnatamente al fine di consentire agli interessati di verificare tale carattere «adeguato» e, se del caso, di chiedere una siffatta cancellazione che l'articolo 13, paragrafo 2, lettera b), e l'articolo 14, lettera d), della direttiva 2016/680 prevedono che, in linea di principio, questi ultimi possano essere informati, ove possibile, del periodo di conservazione dei dati personali che li riguardano o, qualora ciò non sia possibile, dei criteri utilizzati per determinare tale periodo.

47 Inoltre, l'articolo 10 della direttiva 2016/680 costituisce una disposizione specifica che disciplina il trattamento di categorie particolari di dati personali, in particolare i dati biometrici e genetici. Tale disposizione mira a garantire una maggiore protezione dell'interessato, in quanto i dati di cui trattasi, a causa della loro particolare sensibilità e del contesto nel quale sono trattati, possono comportare, come risulta dal considerando 37 di detta direttiva, rischi significativi per le libertà e i diritti fondamentali, quali il diritto al rispetto della vita privata e il diritto alla protezione dei dati personali, garantiti dagli articoli 7 e 8 della Carta [sentenza del 26 gennaio 2023, Ministerstvo na vatreshnite raboti (Registrazione di dati biometrici e genetici da parte della polizia), C-205/21, EU:C:2023:49, punto 116 e giurisprudenza citata].

48 Più in particolare, tale articolo 10 enuncia il requisito secondo cui il trattamento dei dati sensibili è autorizzato «solo se strettamente necessario», che definisce una condizione rafforzata di liceità del trattamento di tali dati e implica, segnatamente, un controllo particolarmente rigoroso del rispetto del principio della «minimizzazione dei dati», quale derivante dall'articolo 4, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 2016/680, del quale tale requisito costituisce un'applicazione specifica a detti dati sensibili [v., in tal senso, sentenza del 26 gennaio 2023, Ministerstvo na vatreshnite raboti (Registrazione di dati biometrici e genetici da parte della polizia), C-205/21, EU:C:2023:49, punti 117, 122 e 125].

49 Infine, l'articolo 16, paragrafo 2, della direttiva 2016/680 stabilisce un diritto alla cancellazione dei dati personali qualora il trattamento violi le disposizioni adottate a norma degli articoli 4, 8 o 10 di tale direttiva o qualora tali dati debbano essere cancellati per conformarsi a un obbligo legale al quale è soggetto il responsabile del trattamento.

50 Da tale articolo 16, paragrafo 2, si evince che detto diritto alla cancellazione può essere esercitato, in particolare, quando la conservazione dei dati personali in questione non è o non è più necessaria rispetto alle finalità del loro trattamento, in contrasto con le disposizioni della normativa nazionale di attuazione dell'articolo 4, paragrafo 1, lettere c) ed e), di detta direttiva ed eventualmente dell'articolo 10 della stessa, o quando la cancellazione è necessaria per rispettare il termine stabilito a tal fine dalla normativa nazionale ai sensi dell'articolo 5 della medesima direttiva.

51 Tuttavia, in applicazione dell'articolo 16, paragrafo 3, della direttiva 2016/680, il diritto nazionale deve prevedere che il titolare del trattamento limiti il trattamento di tali dati invece di procedere alla loro cancellazione qualora, conformemente alla lettera a) di tale disposizione, l'interessato contesti l'esattezza dei dati personali e la loro esattezza o inesattezza non possa essere accertata, o qualora, conformemente alla sua lettera b), i dati personali debbano essere conservati a fini probatori.

52 Da quanto precede risulta che le disposizioni della direttiva 2016/680 esaminate ai punti da 41 a 51 della presente sentenza definiscono un quadro generale che consente di garantire, tra l'altro, che la conservazione dei dati personali e, più in particolare, la durata della stessa, sia limitata a quanto necessario alla luce delle finalità per le quali tali dati sono conservati, lasciando agli Stati membri il compito di determinare, nel rispetto di tale quadro generale, le situazioni specifiche in cui la tutela dei diritti fondamentali dell'interessato richiede la cancellazione di tali dati e il momento in cui tale cancellazione deve avvenire. Per contro, come rilevato, in sostanza, dall'avvocato generale al paragrafo 28 delle sue conclusioni, tali disposizioni non esigono che gli Stati membri definiscano limiti temporali assoluti per la conservazione dei dati personali, al di là dei quali questi ultimi dovrebbero essere automaticamente cancellati.

53 Nel caso di specie, dal fascicolo di cui dispone la Corte risulta che i dati personali contenuti nel registro di polizia in forza dell'articolo 68 della legge relativa al Ministero dell'Interno sono conservati unicamente a fini di indagine operativa e, più in particolare, al fine di essere confrontati con altri dati raccolti nel corso di indagini relative ad altri reati.

54 A tal riguardo, in primo luogo, occorre sottolineare che la conservazione, in un registro di polizia, di dati relativi a persone che hanno subito una condanna penale definitiva può rivelarsi necessaria ai fini indicati al punto precedente, anche dopo che tale condanna sia stata cancellata dal casellario giudiziale e che, di conseguenza, gli effetti che la normativa nazionale riconduce a tale condanna siano estinti. Infatti, tali persone possono essere coinvolte nell'ambito di reati diversi da quelli per i quali sono state condannate o, al contrario, essere discolpate attraverso il confronto dei dati conservati da tali autorità con quelli raccolti nel corso dei procedimenti relativi a tali altri reati.

55 Una siffatta conservazione può contribuire infatti all'obiettivo d'interesse generale enunciato al considerando

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

27 della direttiva 2016/680, secondo cui, nell'interesse della prevenzione, dell'indagine e del perseguimento di reati, è necessario che le autorità competenti trattino i dati personali raccolti a fini di prevenzione, indagine, accertamento o perseguimento di specifici reati al di là di tale contesto per sviluppare conoscenze delle attività criminali e mettere in collegamento i diversi reati accertati [v., in tal senso, sentenza del 26 gennaio 2023, Ministerstvo na vatreshnite raboti (Registrazione di dati biometrici e genetici da parte della polizia), C-205/21, EU:C:2023:49, punto 98].

56 In secondo luogo, dal fascicolo di cui dispone la Corte risulta che sono conservati nel registro di polizia i dati relativi all'interessato oggetto della normativa bulgara in materia di documenti d'identità, il rilevamento delle sue impronte digitali, la sua fotografia nonché un prelievo per la profilazione del DNA, ai quali, come confermato dal governo bulgaro in udienza, si aggiungono i dati relativi ai reati commessi dall'interessato e alle relative condanne da questi subite. Orbene, tali diverse categorie di dati possono rivelarsi indispensabili per verificare se l'interessato sia coinvolto in reati diversi da quelli per i quali è stato condannato con sentenza definitiva. Di conseguenza, esse possono essere considerate, in linea di principio, adeguate e pertinenti rispetto alle finalità per le quali sono trattate, ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 2016/680.

57 In terzo luogo, la proporzionalità di una tale conservazione rispetto alle sue finalità deve essere valutata anche alla luce delle misure tecniche e organizzative adeguate previste dal diritto nazionale, volte a garantire la riservatezza e la sicurezza dei dati conservati in relazione ai trattamenti contrari ai requisiti della direttiva 2016/680, conformemente agli articoli 20 e 29 di tale direttiva, e in particolare delle misure di cui all'articolo 20, paragrafo 2, di quest'ultima, assicurando che siano trattati solo i dati personali necessari per ciascuna finalità specifica del trattamento.

58 In quarto luogo, per quanto riguarda il periodo di conservazione dei dati personali di cui trattasi nel procedimento principale, risulta, nel caso di specie, dalla domanda di pronuncia pregiudiziale che solo nell'ipotesi di una condanna definitiva dell'interessato per un reato doloso perseguibile d'ufficio la conservazione di detti dati è mantenuta fino al decesso di quest'ultimo, mentre negli altri casi la normativa nazionale prevede la cancellazione delle iscrizioni delle persone formalmente accusate per un siffatto reato.

59 Al riguardo, si deve tuttavia constatare che la nozione di «reato doloso perseguibile d'ufficio» riveste un carattere particolarmente generale e può applicarsi a un gran numero di reati, indipendentemente dalla loro natura e dalla loro gravità [v., in tal senso, sentenza del 26 gennaio 2023, Ministerstvo na vatreshnite raboti (Registrazione di dati biometrici e genetici da parte della polizia), C-205/21, EU:C:2023:49, punto 129].

60 Orbene, come parimenti rilevato, in sostanza, dall'avvocato generale ai paragrafi 73 e 74 delle sue conclusioni, le persone definitivamente condannate per un reato rientrante in tale nozione non presentano tutte lo stesso grado di rischio di essere coinvolte in altri reati, tale da giustificare un periodo uniforme di conservazione dei dati che le riguardano. Infatti, in taluni casi, alla luce di fattori quali la natura e la gravità del reato commesso o l'assenza di recidiva, il rischio rappresentato dalla persona condannata non giustificherà necessariamente la conservazione, fino al suo decesso, dei dati che la riguardano nel registro nazionale di polizia previsto a tal fine. In tali fattispecie non vi sarà più alcun rapporto necessario tra i dati conservati e l'obiettivo perseguito [v., per analogia, parere 1/15 (Accordo PNR UE-Canada), del 26 luglio 2017, EU:C:2017:592, punto 205]. Pertanto, la loro conservazione non sarà conforme al principio di minimizzazione dei dati, enunciato all'articolo 4, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 2016/680 ed eccederà il periodo di tempo necessario al conseguimento delle finalità per le quali sono trattati, in contrasto con l'articolo 4, paragrafo 1, lettera e), di tale direttiva.

61 Occorre precisare al riguardo che, certamente, come sottolineato, in sostanza, dall'avvocato generale al paragrafo 70 delle sue conclusioni, la riabilitazione di una tale persona, che comporta la cancellazione della sua condanna dal casellario giudiziale, come quella intervenuta nel procedimento principale, non può di per sé escludere la necessità della conservazione dei suoi dati nel registro di polizia, poiché quest'ultima risponde a finalità diverse a quella dell'elenco dei suoi precedenti penali in detto casellario giudiziale. Tuttavia, qualora, come nel caso di specie, in forza delle disposizioni applicabili del diritto penale nazionale, una siffatta riabilitazione sia subordinata alla mancata commissione di un nuovo reato doloso perseguibile d'ufficio durante un determinato periodo di tempo dopo che la pena è stata scontata, essa può costituire l'indizio di un rischio meno elevato rappresentato dalla persona interessata alla luce degli obiettivi di lotta contro la criminalità o di mantenimento dell'ordine pubblico e, quindi, un elemento idoneo a ridurre la durata necessaria di tale conservazione.

62 In quinto luogo, il principio di proporzionalità, enunciato all'articolo 52, paragrafo 1, della Carta, implica, in particolare, una ponderazione dell'importanza dell'obiettivo perseguito e della gravità della limitazione apportata all'esercizio dei diritti fondamentali in questione (v., in tal senso, sentenza del 22 novembre 2022, Luxembourg Business Registers, C-37/20 e C-601/20, EU:C:2022:912, punto 66).

63 Nel caso di specie, come ricordato al punto 35 della presente sentenza, la conservazione dei dati personali nel registro di polizia di cui trattasi include dati biometrici e genetici. Si deve quindi sottolineare che, alla luce dei rischi significativi rappresentati dal trattamento di tali dati sensibili per i diritti e le libertà degli interessati, in particolare nel contesto dei compiti delle autorità competenti ai fini enunciati all'articolo 1, paragrafo 1, della direttiva 2016/680, la particolare rilevanza dell'obiettivo perseguito deve essere valutata alla luce di una serie di elementi pertinenti. Tali elementi di valutazione comprendono, in particolare, il fatto che il trattamento persegua un obiettivo concreto connesso alla prevenzione di reati o di minacce alla pubblica sicurezza che presentino un certo livello di gravità, alla repressione di simili reati o alla protezione contro simili minacce, nonché le circostanze specifiche in cui tale trattamento è effettuato [sentenza del 26 gennaio 2023, Ministerstvo na vatreshnite raboti (Registrazione di dati biometrici e genetici da parte della polizia), C-205/21, EU:C:2023:49, punto 127].

64 In tale contesto, la Corte ha affermato che una normativa nazionale che prevede la raccolta sistematica dei dati biometrici e genetici di qualsiasi persona formalmente accusata di un reato doloso perseguibile d'ufficio è contraria, in

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

linea di principio, al requisito della stretta necessità, sancito all'articolo 10 della direttiva 2016/680 e ricordato al punto 48 della presente sentenza. Una simile normativa può infatti condurre, in modo indifferenziato e generalizzato, alla raccolta dei dati biometrici e genetici della maggior parte delle persone formalmente accusate [v., in tal senso, sentenza del 26 gennaio 2023, Ministerstvo na vatreshnite raboti (Registrazione di dati biometrici e genetici da parte della polizia), C-205/21, EU:C:2023:49, punti 128 e 129].

65 La Corte europea dei diritti dell'uomo, dal canto suo, ha dichiarato che il carattere generale e indifferenziato con cui opera il meccanismo di conservazione delle impronte digitali, dei campioni biologici e dei profili di DNA di individui sospettati della commissione di reati, ma non condannati, come previsto dalla normativa nazionale controversa nella causa di cui tale organo giurisdizionale era investito, non garantiva un corretto bilanciamento dei concorrenti interessi pubblici e privati in gioco e che, di conseguenza, la conservazione di tali dati costituiva un'ingerenza sproporzionata nel diritto dei ricorrenti al rispetto della loro vita privata e non poteva essere considerata necessaria in una società democratica. Una simile ingerenza costituiva pertanto una violazione dell'articolo 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 (Corte EDU, 4 dicembre 2008, S. e Marper c. Regno Unito, CE:ECHR:2008:1204JUD003056204, §§ 125 e 126).

66 È vero che la conservazione dei dati biometrici e genetici di persone che hanno già subito una condanna penale definitiva, anche fino al decesso di tali persone, può rivestire un carattere di necessità assoluta, ai sensi dell'articolo 10 della direttiva 2016/680, in particolare per consentire di verificare il loro eventuale coinvolgimento in altri reati e, quindi, di perseguire e condannare gli autori di tali reati. Occorre infatti tenere conto dell'importanza propria di questo tipo di dati per le indagini penali, incluse quelle condotte molti anni dopo i fatti, in particolare quando detti reati costituiscono crimini gravi (v., in tal senso, Corte EDU, 13 febbraio 2020, Gaughran c. Royaume-Uni, CE:ECHR:2020:0213JUD004524515, § 93).

67 Tuttavia, la conservazione di dati biometrici e genetici può essere considerata rispondente al requisito secondo cui essa deve essere autorizzata solo «se strettamente necessario», ai sensi dell'articolo 10 della direttiva 2016/680, soltanto se prende in considerazione la natura e la gravità del reato punito con condanna penale definitiva, o altre circostanze quali il contesto particolare in cui tale reato è stato commesso, il suo eventuale collegamento con altri procedimenti in corso o ancora i precedenti o il profilo della persona condannata. Pertanto, laddove la normativa nazionale preveda, come quella controversa nel procedimento principale, che i dati biometrici e genetici degli interessati inseriti nel registro di polizia siano conservati fino al decesso degli stessi in caso di loro condanna penale definitiva, l'ambito di applicazione di tale conservazione è, come rilevato ai precedenti punti 59 e 60, eccessivamente ampio rispetto alle finalità per le quali tali dati sono trattati.

68 In sesto luogo, per quanto riguarda, da un lato, l'obbligo degli Stati membri di prevedere la fissazione di termini adeguati, sancito dall'articolo 5 della direttiva 2016/680, si deve osservare che, per i motivi esposti ai punti 59, 60 e 67 della presente sentenza e tenuto conto dei requisiti di cui all'articolo 4, paragrafo 1, lettere c) ed e), e all'articolo 10 di tale direttiva, un termine può essere considerato «adeguato», ai sensi dello stesso articolo 5, in particolare per quanto riguarda la conservazione dei dati biometrici e genetici di ogni persona condannata con sentenza definitiva per un reato doloso perseguibile d'ufficio, solo se tiene conto delle circostanze pertinenti che rendono necessario un tale periodo di conservazione, come quelle menzionate al punto 67 della presente sentenza.

69 Di conseguenza, anche se il riferimento, nella normativa nazionale, al verificarsi del decesso dell'interessato può costituire un «termine» per la cancellazione dei dati conservati, ai sensi di detto articolo 5, un siffatto termine può essere considerato «adeguato» solo in circostanze particolari che lo giustifichino debitamente. Orbene, tale ipotesi manifestamente non ricorre quando esso è applicabile in modo generale e indifferenziato a qualsiasi persona condannata definitivamente.

70 Certamente, come rilevato al punto 45 della presente sentenza, l'articolo 5 della direttiva 2016/680 lascia agli Stati membri il compito di decidere se debbano essere fissati termini per la cancellazione di tali dati o per l'esame periodico della necessità di conservarli. Tuttavia, dal medesimo punto risulta altresì che l'«adeguatezza» dei termini per un siffatto esame periodico richiede che essi consentano, conformemente all'articolo 4, paragrafo 1, lettere c) ed e), di tale direttiva, letto alla luce dell'articolo 52, paragrafo 1, della Carta, di ottenere la cancellazione dei dati di cui trattasi, nel caso in cui la loro conservazione non sia più necessaria. Orbene, per i motivi ricordati al punto precedente della presente sentenza, un siffatto requisito non è soddisfatto quando, come nel caso di specie, l'unico caso in cui la normativa nazionale prevede una siffatta cancellazione, per quanto riguarda una persona condannata in via definitiva per un reato doloso perseguibile d'ufficio, è il verificarsi del suo decesso.

71 Per quanto riguarda, dall'altro lato, le garanzie previste dall'articolo 16, paragrafi 2 e 3, di tale direttiva, in merito alle condizioni relative ai diritti alla cancellazione e alla limitazione del trattamento, dai punti 50 e 51 della presente sentenza emerge che tali disposizioni ostano anche a una normativa nazionale che non consente a una persona condannata in via definitiva per un reato doloso perseguibile d'ufficio di esercitare tali diritti.

72 Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, occorre rispondere alla questione sollevata che l'articolo 4, paragrafo 1, lettere c) ed e), della direttiva 2016/680, in combinato disposto con gli articoli 5 e 10, con l'articolo 13, paragrafo 2, lettera b), e con l'articolo 16, paragrafi 2 e 3, di quest'ultima, e alla luce degli articoli 7 e 8 della Carta, deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale che prevede la conservazione da parte delle autorità di polizia a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, di dati personali, in particolare di dati biometrici e genetici, riguardanti persone che hanno subito una condanna penale definitiva per un reato doloso perseguibile d'ufficio, fino al decesso della persona interessata, anche in caso di riabilitazione di quest'ultima, senza porre a carico del titolare del trattamento l'obbligo di esaminare periodica-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

mente se tale conservazione sia ancora necessaria, né riconoscere a detta persona il diritto alla cancellazione di tali dati, dal momento che la loro conservazione non è più necessaria rispetto alle finalità per le quali sono stati trattati, o, eventualmente, il diritto alla limitazione del loro trattamento.

(*Omissis*)

Per questi motivi, la Corte (Grande Sezione) dichiara:

L'articolo 4, paragrafo 1, lettere c) ed e), della direttiva (UE) 2016/680 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio, in combinato disposto con gli articoli 5 e 10, con l'articolo 13, paragrafo 2, lettera b), e con l'articolo 16, paragrafi 2 e 3, di tale direttiva, e alla luce degli articoli 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea deve essere interpretato nel senso che:

osta a una normativa nazionale che prevede la conservazione da parte delle autorità di polizia a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, di dati personali, in particolare di dati biometrici e genetici, riguardanti persone che hanno subito una condanna penale definitiva per un reato doloso perseguibile d'ufficio, fino al decesso della persona interessata, anche in caso di riabilitazione di quest'ultima, senza porre a carico del titolare del trattamento l'obbligo di esaminare periodicamente se tale conservazione sia ancora necessaria, né riconoscere a detta persona il diritto alla cancellazione di tali dati, dal momento che la loro conservazione non è più necessaria rispetto alle finalità per le quali sono stati trattati, o, eventualmente, il diritto alla limitazione del loro trattamento.

Sulla conservazione sistematica e generalizzata di dati genetici e biometrici per finalità di polizia

di Erika Grillo*

La Corte di giustizia dell'Unione europea, con la pronuncia C-118/22, è stata chiamata a pronunciarsi in merito alla compatibilità della normativa nazionale bulgara con quanto disposto dalla Direttiva 2016/680, dedicata al trattamento, da parte delle autorità competenti (quali le autorità di polizia), di dati personali degli individui a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali. In particolare, il caso di specie attiene alla conservazione da parte delle suddette autorità della particolare categoria di dati di tipo genetico e biometrico. Il presente contributo, chiarito il quadro normativo di riferimento e messe in luce le peculiarità dei dati genetici e biometrici, considera il delicato equilibrio tra trattamento di tali dati e perseguimento delle finalità di interesse generale, alla luce del principio di proporzionalità e di necessità.

I. Il caso

Con la sentenza in commento, il 30.1.2024 la Grande Sezione della CGUE si è pronunciata sulla domanda di rinvio pregiudiziale proposta dalla Corte suprema amministrativa bulgara, ai fini dell'interpretazione della dir. 2016/680, relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti ai fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati, con particolare riferimento ai profili di minimizzazione e necessità del trattamento, di limitazione della conservazione dei dati personali trattati dalle suddette autorità, nonché al diritto di cancellazione spettante al soggetto interessato.

La vicenda prende le mosse dalla richiesta con cui NG, condannato per il reato di falsa testimonianza (di cui all'art. 290, par. 1, del codice penale bulgaro), chiedeva all'amministrazione territoriale competente del Ministero dell'Interno (direttore della direzione generale «Polizia nazionale» presso il Ministero dell'Interno, Bulgaria; in prosieguo, il DGPN) la cancellazione del suo nominativo dal registro di polizia, avendo scontato la pena detentiva inflittagli e, in seguito, beneficiato della riabilitazione. In considerazione del rigetto di tale richiesta di cancellazione, l'interessato proponeva ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo della città di Sofia il quale, sulla base delle medesime argomentazioni sostenute dal DGPN, non accoglieva la domanda.

Pertanto, il ricorrente adiva la Corte suprema amministrativa lamentando, in particolare, la violazione del principio per cui il trattamento dei dati personali, derivante dalla loro conservazione, non può avere durata illimitata; circostanza che, di fatto, accade in base a quanto previsto dalla normativa bulgara (in specie,

* **Contributo pubblicato in base a *referee*.**

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

dall'art. 68, par. 6, Legge relativa al Ministero dell'Interno) che non ammette la fattispecie di riabilitazione del soggetto interessato tra le ipotesi tassative che comportano la cancellazione dell'iscrizione dal registro delle persone accusate di un reato doloso perseguibile d'ufficio.

Nella vicenda in esame, secondo quanto previsto dalla legge bulgara, i dati personali del soggetto interessato continuavano ad essere conservati nel registro di polizia e trattati dalle autorità che vi potevano avere accesso, senza alcuna limitazione di durata diversa dal verificarsi del decesso di detta persona.

Il giudice del rinvio correttamente rilevava come tale normativa comportasse, dall'un lato, per le autorità competenti, un "*diritto praticamente illimitato*" di trattare i dati per le finalità di cui alla dir. 2016/680 e, dall'altro lato, per l'interessato, la perdita del diritto di limitare il trattamento o di ottenere la cancellazione dei propri dati, nonostante l'ottenuta riabilitazione.

II. Le questioni

1. *Premessa: uno sguardo al quadro normativo di riferimento.*

Prima di analizzare le questioni di rilievo della pronuncia in commento, appare utile ricordare quale sia il substrato normativo di rilievo nel caso in esame; una normativa – o meglio, una parte del c.d. "*pacchetto privacy*" – probabilmente lasciata all'ombra del noto reg. 2016/679 (d'ora innanzi, anche, GDPR).

La limitatezza di queste pagine non permette di dar conto dei numerosi interventi normativi che hanno preceduto l'adozione della dir. 2016/680 (nota anche come Direttiva *LED – Law Enforcement Directive*) del Parlamento europeo e del Consiglio del 27.4.2016, relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la Decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio (RUGANI, 75, *infra*, sez. IV).

Appare in questa sede utile un – sia pur accennato – confronto tra GDPR e Direttiva *LED*. Tanto il primo quanto la seconda hanno ad oggetto la disciplina della protezione dei trattamenti dei dati personali e la loro libera circolazione nel territorio dell'Unione; nondimeno, essi presuppongono basi normative differenti, che hanno giustificato l'adozione di fonti normative diverse.

Mentre il GDPR trova quale fondamento l'art. 8 della Carta dir. UE ("*protezione dei dati di carattere personale*"), nonché il disposto di cui all'art. 16 TFUE, la Direttiva *LED* deve tener conto della Dichiarazione 21 dell'Allegato 1 dell'Atto finale della Conferenza Intergovernativa che il 13.12.2007 ha adottato il Trattato di Lisbona. In questa Dichiarazione è stato riconosciuto che, nell'ambito delle attività di polizia e giustizia, la tutela dei diritti e la cooperazione che l'art. 16 del TFUE impone rispetto ai trattamenti di dati personali può richiedere regole giuridiche e discipline normative specifiche, in ragione delle caratteristiche proprie di questi ambiti di attività.

Lo stesso Considerando 10 della Direttiva chiarisce come siano "*necessarie, in considerazione della specificità dei settori in questione, norme specifiche sulla protezione dei dati personali e sulla libera circolazione di dati personali nei settori della cooperazione giudiziaria in materia penale e della cooperazione di polizia*" (PIZZETTI, 5, *infra*, sez. IV).

Pertanto, la materia della protezione dei dati nel settore della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale, alla luce della sua peculiarità e finalità, ha giustificato l'adozione di regole specifiche che differiscono rispetto alla disciplina generale sulla *data protection;* tale comprensibile scelta porta con sé, però, una inevitabile frammentazione e il rischio di una conseguente incertezza sulla corretta normativa da applicare in materia (DE HERT - PAPAKONSTATINOU, *infra*, sez. IV). Inoltre, alcuni elementi della Direttiva – quali, ad esempio, la definizione troppo ampia della nozione di "*autorità competente*", nonché l'espressione "*sicurezza pubblica*" – rendono non sempre netto il confine tra l'ambito applicativo della stessa e il GDPR.

Se poi si considera lo strumento normativo scelto dal Legislatore europeo appare evidente un'altra criticità: optando per una Direttiva, si è lasciato un margine di discrezionalità nella predisposizione, da parte di ciascun Stato membro, delle rispettive normative di attuazione, diversamente dai noti effetti derivanti da un Regolamento, con il rischio di dare vita ad un disorganico apparato normativo e di penalizzare i diritti fondamentali dell'individuo.

In ogni caso, la Direttiva in esame appare, sotto diversi aspetti, notevolmente simile al GDPR. Il discrimine tra i rispettivi ambiti di applicazione è stato affidato a due criteri: dall'un lato, un criterio soggettivo e, dall'altro lato, un criterio teleologico-funzionale. Anzitutto, ciò che rileva, ai fini dell'applicazione della Direttiva, è il soggetto deputato al trattamento dei dati personali, ovverosia, per espressa previsione, l'autorità competente, vale a dire qualsiasi autorità pubblica o organismo o entità incaricato dallo Stato ad esercitare un pubblico servizio o pubblico potere. In secondo luogo, la Direttiva si incentra sul trattamento dei dati personali effettuato dalle predette autorità per specifiche finalità, vale a dire ai fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati, esecuzione di sanzioni penali, salvaguardia e prevenzione di minacce alla sicurezza pubblica.

La disciplina dei trattamenti svolti per fini di giustizia può, pertanto, essere suddivisa in due sotto-sistemi: l'attività giudiziaria di natura penale (al pari dell'attività di polizia) è disciplinata dalla Direttiva *LED*; l'attività giudiziaria svolta da ogni altra giurisdizione, di-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

versamente, è soggetta alla regolamentazione prevista dal GDPR, come chiarito anche dal Considerando 11 della Direttiva, secondo cui "*il regolamento (UE) 2016/679 si applica nei casi in cui un organismo o un'entità raccolgano dati personali per finalità diverse*" rispetto a quelle di cui alla Direttiva medesima (RESTA, 39, *infra*, sez. IV).

2. *Dati genetici e biometrici nel contesto del GDPR e della Direttiva 680/2016.*

Nel caso sottoposto all'attenzione della CGUE, i giudici sono stati chiamati a vagliare la compatibilità delle disposizioni legislative e regolamentari di diritto interno bulgaro con i principi di cui alla Direttiva *LED*; nel caso di specie, il trattamento di dati in questione si sostanziava nella conservazione di dati genetici e biometrici del ricorrente, tipologia di dati rientrante nella categoria di dati personali di tipo "*particolare*".

Prima di indagare il rapporto tra trattamento di una siffatta tipologia di dati personali e principio di minimizzazione e proporzionalità, nonché i conseguenti risvolti sul piano della tutela dei diritti fondamentali dell'individuo, si rende utile qualche cenno sulle definizioni, non sempre univoche, di "*dati genetici e biometrici*".

La dir. 95/46/CE, (la c.d. "*direttiva madre*", relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati) non riconosceva la specificità dei dati genetici e biometrici e li riconduceva all'interno della generale categoria dei dati personali, ricomprendente "*qualsiasi informazione concernente una persona fisica identificata o identificabile («persona interessata»); si considera identificabile la persona che può essere identificata, direttamente o indirettamente, in particolare mediante riferimento ad un numero di identificazione o ad uno o più elementi specifici caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, psichica, economica, culturale o sociale*" (art. 2, lett. *a)*, dir. 95/46/CE) (CHIEFFI, 215, *infra*, sez. IV).

La Direttiva *LED*, ora, all'art. 3 specifica che per dati biometrici s'intendono "*i dati personali ottenuti da un trattamento tecnico specifico relativi alle caratteristiche fisiche, fisiologiche o comportamentali di una persona fisica che ne consentono o confermano l'identificazione univoca, quali l'immagine facciale o i dati dattiloscopici*"; la medesima definizione è accolta altresì dal GDPR, all'art. 4, par. 1, n. 14.

All'interno della categoria si annoverano l'impronta digitale, il timbro della voce, la struttura del volto e dell'iride, la topografia della mano. I dati biometrici sono strettamente ed intimamente collegati alle caratteristiche peculiari di una persona e, di conseguenza, forniscono informazioni in merito ad una persona fisica identificata o identificabile (GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *infra*, sez. III).

Trattasi di dati quantitativamente misurabili, oltre che univoci (poiché ogni individuo possiede dati biometrici unici), universali (poiché presenti in ogni individuo) e permanenti (tendenzialmente, infatti, essi sono dotati di una certa stabilità temporale, salvo casi eccezionali quali decadimenti per cause naturali, alterazioni accidentali o lesioni che possono incidere sull'operatività dei sistemi biometrici).

I dati biometrici possono essere classificati essenzialmente in due macro categorie: i dati attinenti alle caratteristiche fisiche e fisiologiche di una persona e i dati che concernono i fattori psicologici o comportamentali, come la verifica della firma manoscritta, l'analisi della battitura su tastiera, l'analisi dell'andatura, il modo di camminare o di muoversi, schemi che indicano percorsi mentali subconsci come il fatto di mentire (GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29, *infra*, sez. III).

In ogni caso, sotto il profilo regolamentare non vengono riconosciuti come dati sensibili i dati biometrici *tout court*, ma solo quelli volti a identificare in modo univoco una persona fisica (JASSERAND, 307; DUCATO, 1311, RICCIO-SCORZA-BELISARIO, tutti *infra*, sez. IV).

I dati genetici, invece, a mente dell'art. 3, n. 12) della Direttiva *LED* (e negli stessi termini si esprime il disposto di cui all'art. 4, par. 1, n. 13), GDPR) sono definiti come "*dati personali relativi alle caratteristiche genetiche ereditarie o acquisite di una persona fisica che forniscono informazioni univoche sulla fisiologia o sulla salute di detta persona fisica, e che risultano in particolare dall'analisi di un campione biologico della persona fisica in questione*" (CALIFANO, CAPITTA, *infra*, sez. IV).

Nel contesto del GDPR, l'art. 9 ("*trattamento di categorie di dati personali*") vieta esplicitamente le operazioni di trattamento aventi ad oggetto, tra gli altri, "*dati genetici, dati biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica*", salvo poi, ai successivi paragrafi, elencare specifiche fattispecie che esulano dall'applicazione del predetto divieto e che, pertanto, ammettono il trattamento di tali dati particolari; è il caso, come noto, del consenso dell'avente diritto, cui la normativa attribuisce l'effetto di far venir meno l'antigiuridicità che altrimenti presenterebbe una attività di trattamento relativa ai citati dati sensibili.

Nelle operazioni di trattamento dei dati genetici e biometrici, secondo l'impianto del GDPR, è doveroso che il titolare del trattamento garantisca l'applicazione dei principi di necessità, proporzionalità e minimizzazione dei dati, esplicitamente previsti dall'art. 5 del GDPR e valuti quali sono le misure tecniche e di sicurezza da applicare, affinché sia garantita una adeguata protezione dei dati così trattati. Si tratta di una valutazione che compete al titolare del trattamento, tenuto al rispetto del principio di *accountability*: questi deve essere il grado di proteggere i dati trattati dal momento della progettazione del trattamento (princi-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

pio c.d. *privacy by design*), così come esplicitamente disposto dall'art. 25 del GDPR.

Fermo restando l'imprescindibile rispetto dei citati principi e delle misure di sicurezza da adottare, in termini parzialmente differenti si esprime l'art. 10 della Direttiva *LED*, a mente del quale il trattamento di dati genetici e biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica non è, di regola, vietato, ma "*autorizzato solo se strettamente necessario, soggetto a garanzie adeguate per i diritti e le libertà dell'interessato e soltanto: a) se autorizzato dal diritto dell'Unione o dello Stato membro; b) per salvaguardare un interesse vitale dell'interessato o di un'altra persona fisica; o c) se il suddetto trattamento riguarda dati resi manifestamente pubblici dall'interessato*".

Il Legislatore europeo, alla luce del fatto che i dati di cui trattasi, in ragione della loro particolare sensibilità e del contesto nel quale possono essere trattati, possono comportare rischi significativi per le libertà ed i diritti fondamentali degli individui, quali il diritto al rispetto della vita privata ed il diritto la protezione dei dati personali, garantiti dagli artt. 7 e 8 della Carta dir. UE, ha inteso accordare un livello di protezione maggiore nei confronti dell'interessato dal trattamento di una tale tipologia di dati.

Nello specificare che siffatto trattamento è autorizzato "*solo se strettamente necessario*", l'art. 10 della Direttiva definisce una condizione rafforzata di liceità del trattamento di tali dati e implica, segnatamente, un controllo particolarmente rigoroso del rispetto del principio di minimizzazione dei dati. In particolare, come si vedrà di seguito, deve essere garantito che la raccolta di dati personali non sia eccessiva, che questi vengano conservati per un periodo di tempo non superiore al conseguimento delle finalità per le quali sono trattati e solo se dette finalità non siano conseguibili ragionevolmente con mezzi diversi. Inoltre, il titolare del trattamento deve stabilire un termine per la cancellazione o per la verifica periodica della necessità di conservare i dati.

3. *Il principio di proporzionalità del trattamento dei dati personali. Rapporto con i diritti fondamentali.*

Nel caso di specie, la Corte di giustizia s'interroga sul rapporto tra conseguimento delle finalità di cui alla Direttiva *LED* e trattamento di dati personali, avente ad oggetto, in particolare, dati genetici e biometrici. Osserva la Corte che, sulla base della normativa interna bulgara, l'interessato viene in concreto privato di qualsivoglia possibilità di ottenere la cancellazione del proprio nominativo dal registro di polizia, nonostante l'ottenuta riabilitazione, con ciò comportando la possibilità per le autorità competenti di poter accedere a dati quali impronte digitali, fotografie e prelievi a fini di profilazione di DNA (art. 68, legge relativa al Ministero dell'Interno, DV n. 53, del 27.6.2014).

Anzitutto, in ossequio al principio di minimizzazione, i dati personali raccolti devono essere adeguati, pertinenti e non eccessivi rispetto alle finalità per i quali sono trattati. Trattasi di un principio che dà espressione al principio di proporzionalità, di cui all'art. 52, par. 1, della Carta dir. UE, richiamato altresì esplicitamente dal Considerando 104 della Direttiva *LED*.

I diritti alla protezione dei dati personali, al rispetto alla vita privata e familiare, ad un ricorso effettivo e a un giudice imparziale possono, nondimeno, subire eventuali limitazioni "*laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui*". I diritti fondamentali al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati personali, pertanto, non sono prerogative assolute, dovendo essere considerati alla luce della loro funzione sociale, nonché soggetti a giudizio di bilanciamento con altri diritti fondamentali (CORTE GIUST. UE, 26.1.2023, n. 205/2, *infra*, sez. III). Tali limitazioni, in ogni caso, devono operare nei limiti dello stretto necessario ed essere previste da norme chiare e precise che ne disciplinano la portata e l'applicazione (CORTE GIUST. UE, 22.6.2021, C-439/19, *infra*, sez. III).

La Corte, inoltre, mette in luce come la conservazione dei dati raccolti nell'ambito di un procedimento penale costituisce un'ingerenza nei diritti fondamentali al rispetto alla vita privata e alla protezione dei dati personali anche a prescindere dal fatto che le informazioni conservate costituiscano dati sensibili (in specie, genetici e/o biometrici), dal fatto che gli interessati abbiano o non abbiano effettivamente subito pregiudizi in conseguenza a tale ingerenza o che i dati conservati siano o non siano stati utilizzati.

Con riferimento ai trattamenti che hanno ad oggetto particolari categorie di dati, precisa la Corte, si rende necessario un controllo particolarmente rigoroso del rispetto del principio di minimizzazione dei dati rispetto al grado già dovuto nell'ambito di trattamenti aventi ad oggetto categorie di dati personali non sensibili.

Il principio di proporzionalità, inoltre, informa anche il piano della durata del trattamento posto in essere: i dati devono essere conservati in una forma che consente l'identificazione degli interessati per un arco di tempo non superiore a quello necessario per il conseguimento delle finalità per le quali sono trattati. In tal ottica, la Direttiva *LED* impone agli Stati membri di prevedere la fissazione di "*adeguati termini per la cancellazione dei dati personali o per l'esame periodico della necessità di conservarli, nonché misure procedurali che garantiscano il rispetto di tali termini*" (art. 5).

Nondimeno, non viene offerta – comprensibilmente, data l'eterogeneità delle ipotesi che possono rilevare – alcuna definizione del significato di "*adeguato*" o meno. È segnatamente al fine di consentire agli interessati di verificare tale carattere "*adeguato*" e, se del caso, di esercitare il diritto alla cancellazione, che l'art. 13, par.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

2, lett. *b)* della Direttiva, unitamente all'art. 14, lett. *d)*, prevede la possibilità, per gli interessati, di essere informati circa il periodo di conservazione dei dati personali che li riguardano o, in alternativa, dei criteri posti alla base della determinazione di detto periodo.

Nella stessa ottica, è riconosciuto il diritto alla cancellazione dei dati trattati per le finalità di cui alla Direttiva, in particolare nelle ipotesi in cui la conservazione dei dati personali non è, o non è più, necessaria rispetto alle finalità del loro trattamento, nonché ipotesi in cui il trattamento in parola può subire delle limitazioni, ad istanza dell'interessato.

In ogni caso, l'impianto normativo della Direttiva non prevede specifiche ipotesi in cui la tutela dell'interessato richieda la cancellazione dei dati oggetto di un determinato trattamento: sono gli Stati membri a dover prevedere le suddette fattispecie, senza, però, per gli stessi, un obbligo di definire limiti temporali assoluti per la conservazione dei dati, al di là dei quali quest'ultimi dovrebbero essere cancellati.

4. *(segue) Il principio di proporzionalità del periodo di conservazione dei dati personali: quali finalità di interesse generale rilevano?*

Nel caso sottoposto all'attenzione della Corte, i dati personali del ricorrente, conservati nel registro di polizia sulla base di quanto previsto dalla normativa bulgara, venivano conservati per finalità di indagine operativa e di confronto con ulteriori dati nel corso di indagini relative a reati diversi.

La Corte sottolinea come tale conservazione può rivelarsi assolutamente necessaria, e ciò anche successivamente alla cancellazione della condanna del soggetto interessato dal casellario giudiziale. Tale necessità troverebbe fondamento nell'esigenza di poter confrontare i dati precedentemente raccolti con dati diversi, in particolare per verificare l'eventuale coinvolgimento di quegli stessi soggetti nell'esecuzione di altri reati, così come per verificare circostanze che potrebbero condurre ad una assoluzione rispetto a fatti in precedenza commessi.

L'esigenza del confronto, pertanto, contribuisce all'obiettivo di interesse generale secondo cui, in un'ottica generale di prevenzione, indagine e perseguimento di reati, è necessario che le autorità competenti trattino i dati personali già raccolti a fini di prevenzione, indagine, accertamento o perseguimento di specifici reati al di là del contesto nel quale sono stati trattati, così da sviluppare maggiori conoscenze sulle attività criminali e mettere in collegamento tra loro diversi reati.

È alla luce di queste finalità che la Corte, nel caso di specie, ha riconosciuto la sussistenza del carattere di adeguatezza e di pertinenza dei dati che le autorità bulgare avevano raccolto e conservato, vale a dire il rilevamento delle impronte digitali dell'interessato, la fotografia di quest'ultimo e un prelievo per la profilazione del DNA.

Ciò che la Corte censura nel caso di specie è un diverso profilo.

Preliminarmente, la Corte rileva che, secondo la normativa bulgara, solo nell'ipotesi di condanna definitiva dell'interessato per un reato doloso perseguibile d'ufficio la conservazione dei dati personali raccolti è mantenuta sino al decesso dell'interessato stesso; diversamente, sono previste fattispecie di cancellazione nell'ipotesi in cui ad essere iscritto sia il nominativo di un soggetto unicamente accusato, ma non condannato, di un siffatto reato (EL SABI; MILIZIA, entrambe *infra*, sez. IV).

In secondo luogo, la nozione di "*reato doloso perseguibile d'ufficio*" presenta un carattere particolarmente generale e può includere, all'interno del suo significato, un gran numero di reati, a prescindere dalla loro gravità e dalla loro natura. L'avvocato generale Priit Pikamae, nelle sue conclusioni, rileva come le persone condannate per un determinato reato non presentano tutte lo stesso grado di rischio di essere coinvolte in ulteriori reati, tale da giustificare un periodo uniforme di conservazione dei dati che le riguardano. Fattori quali la natura della fattispecie realizzata, la gravità o l'assenza della circostanza aggravante della recidiva, infatti, determineranno una valutazione del rischio che potrà condurre a non ritenere affatto necessaria la conservazione dei dati del soggetto coinvolto sino al suo decesso.

In altri termini, vi possono essere casi in cui, alla luce del principio di minimizzazione dei dati, difetta il requisito della necessità tra conservazione dei dati raccolti nell'ambito del procedimento penale (e mantenuti nel registro di polizia) e obiettivo di interesse generale perseguito.

5. *Conclusioni*.

Nel caso di specie, la Corte giunge alla conclusione che la riabilitazione (ottenuta dal ricorrente e posta alla base dell'istanza di cancellazione del suo nominativo dal registro di polizia), non è di per sé sola sufficiente ad escludere la necessità della conservazione dei dati nel registro di polizia; tuttavia, la Corte specifica altresì che qualora la riabilitazione sia subordinata alla mancata commissione di un nuovo reato doloso perseguibile d'ufficio durante un periodo di tempo successivo all'espiazione della pena, essa può costituire un valido indizio per determinare una valutazione di minor rischio alla commissione di ulteriori reati da parte della persona interessata. In questo modo, si garantisce un'adeguata ponderazione tra la concreta e personale situazione del soggetto interessato ed il perseguimento delle finalità di lotta alla criminalità e mantenimento dell'ordine pubblico.

Pertanto, l'affievolito rischio di commissione di reati da parte dell'interessato rappresenta un elemento ido-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

neo a ridurre la durata necessaria della conservazione dei suoi dati personali.

Nel caso di specie, inoltre, la conservazione dei dati personali dell'interessato include dati biometrici e genetici. In considerazione dei rischi significativi che il trattamento di tali dati sensibili comporta per i diritti e le libertà degli individui, la particolare rilevanza dell'obiettivo perseguito – e quindi la pregnanza con cui opera il principio di proporzionalità e minimizzazione del trattamento e del periodo di conservazione dei dati – deve essere valutata alla luce di una serie peculiare di elementi; tra gli elementi di valutazione la Corte ricorda, in particolare, il fatto che il trattamento persegua un obiettivo concreto connesso alla prevenzione di reati o di minacce alla pubblica sicurezza di rilevante entità, connesso alla repressione di simili reati di quello già commesso o di prevenzione contro simili minacce, nonché le circostanze specifiche in cui il trattamento viene effettuato.

In definitiva, la rilevanza delle peculiarità delle attività di trattamento realizzate nel singolo caso concreto e la loro necessaria comparazione con le esigenze di interesse pubblico di volta in volta rilevanti, conducono all'affermazione per cui è illegittima, di regola, la raccolta sistematica di dati biometrici e genetici di una persona formalmente accusata di un reato perseguibile d'ufficio. Il carattere della sistematicità di tale trattamento è, infatti, contrario al requisito della stretta necessità di cui all'art. 10 della Direttiva LED, traducendosi in una raccolta di tipo indifferenziato e generalizzato.

La stessa Corte europea dei diritti dell'uomo, con riferimento ad un analogo caso in cui i dati genetici e biometrici conservati appartenevano non già a soggetti condannati ma solo indagati, ha statuito come una tale conservazione di dati biometrici e genetici costituisse un'ingerenza sproporzionata nel diritto del soggetto interessato al rispetto alla sua vita privata e non poteva essere considerata necessaria, traducendosi, di conseguenza, in una violazione dell'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali (CORTE EUR. DIR. UOMO, 4.12.2008; CORTE GIUST. UE, 26.1.2023, n. 205/21, entrambe *infra*, sez. III).

Con riferimento a dati personali sensibili appartenenti a soggetti già condannati, la conservazione degli stessi, anche sino al decesso della persona interessata, può rivestire il carattere di assoluta necessità, ma unicamente nella misura in cui siano presi in considerazione anche elementi quali *a)* la natura e la gravità del reato punito con la condanna penale definitiva, o *b)* circostanze quali il contesto particolare in cui tale reato è stato commesso, o *c)* l'eventuale collegamento del reato commesso con altri procedimenti in corso, o *d)* gli eventuali precedenti o il profilo della persona condannata.

Del tutto illegittima, invece, la raccolta sistematica e generalizzata.

Infine, l'annotata sentenza ha offerto alla Corte la possibilità di ricordare la necessità, per gli Stati membri, di fissare termini per la cancellazione o per l'esame periodico della necessità della conservazione dei dati genetici e biometrici.

La Corte specifica che un termine può dirsi "*adeguato*" quando consente di ottenere la cancellazione dei dati nel caso in cui la conservazione degli stessi non sia più necessaria: nel caso di specie, la normativa bulgara appare illegittima poiché l'unico caso in cui la stessa permette siffatta cancellazione, nei riguardi di una persona condannata in via definitiva per un reato doloso perseguibile d'ufficio, è il verificarsi del suo decesso, così determinando, in concreto, la perdita dei diritti alla cancellazione e alla limitazione del trattamento dei propri dati, di cui alla Direttiva 680/2016 (CORTE GIUST. UE, 16.11.2023, n. 333/22, *infra*, sez. III).

III. I precedenti

Sul tema delle definizioni di dati genetici e biometrici, si veda l'intervento del GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Linee-Guida in materia di riconoscimento biometrico e firma grafometrica*; Allegato A al Provvedimento del Garante 12.11.2014, nella cui Premessa viene esplicitata l'inesistenza "*allo stato,* [di] *una definizione normativa concernente i 'dati biometrici'*".

Sul punto, si è sempre registrata una certa incertezza definitoria: differenti definizioni sono state fornite dal Comitato nazionale per la bioetica nel 2010, il Gruppo di lavoro WP29 e dalla stessa Autorità Garante per la protezione dei dati personali nel 2014. Secondo il Comitato Nazionale per la Bioetica, la biometria e, quindi, i dati biometrici sono considerati una nuova tecnica "*di identificazione o 'misurazione' dell'essere umano attraverso la rilevazione di determinate caratteristiche fisiche e comportamentali che vengono tradotte in sequenze matematiche e conservate in banche dati elettroniche*".

L'Autorità Garante, nelle Linee guida in materia di riconoscimento biometrico e firma grafometrica, ha ripreso la descrizione di dati biometrici fornita dal GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29, Parere 3/2012 sugli sviluppi nelle tecnologie biometriche, WP139, adottato il 27.4.2012, identificando i dati biometrici come quelli ricavati da "*proprietà biologiche, aspetti comportamentali, caratteristiche fisiologiche, tratti biologici o azioni ripetibili laddove tali caratteristiche o azioni sono tanto proprie di un certo individuo quanto misurabili, anche se i metodi usati nella pratica per misurarli tecnicamente comportano un certo grado di probabilità*".

Passando a considerare i dati genetici, anzitutto, per il Considerando 34, GDPR, "*è opportuno che per dati genetici si intendano i dati personali relativi alle caratteristiche genetiche, ereditarie o acquisite, di una persona fisica, che risultino dall'analisi di un campione biologico della persona fisica in questione, in particolare dall'analisi dei cromosomi,*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

dell'acido desossiribonucleico (DNA) o dell'acido ribonucleico (RNA), ovvero dall'analisi di un altro elemento che consenta di ottenere informazioni equivalenti".

Nel contesto italiano è stata fornita, nel febbraio 2007, una prima definizione di dati genetici da parte dell'Autorità Garante per la protezione dei dati personali, secondo cui è dato genetico «*il dato che, indipendentemente dalla tipologia, riguarda la costituzione genotipica di un individuo, ovvero i caratteri genetici trasmissibili nell'ambito di un gruppo di individui legati da vincoli di parentela*». Si veda, *Autorizzazione al trattamento dei dati genetici*, 22.2.2007, doc. web n. 1389918, reperibile su *www.gpdp.it* e pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 65 del 19.3.2007.

Volgendo lo sguardo al contesto europeo e internazionale, già nel 1997 il Consiglio d'Europa, con la Raccomandazione n. R (97) 5 e l'UNESCO nel 2003, con la Dichiarazione internazionale sui dati genetici umani, hanno reso una definizione di dato genetico: il primo, ha definito dati genetici "*tutti i dati, di qualunque tipo, che riguardano i caratteri ereditari di un individuo o che sono in rapporto con quei caratteri che formano il patrimonio di un gruppo di individui affini*" mentre il secondo li ha definiti come "*le informazioni sulle caratteristiche ereditarie degli individui ottenute dall'analisi degli acidi nucleici o da altre analisi scientifiche*".

I dati genetici vengono considerati come una specificazione dei dati sanitari; essi sono estratti da campioni biologici della persona e recano caratteristiche genetiche, ereditarie o acquisite. È utile, a riguardo, richiamare l'Autorizzazione generale al trattamento dei dati genetici n. 8/2016 (doc. web. 5803688) che, tra le varie denominazioni, specifica che i dati genetici non possono essere comunicati e i campioni biologici non possono essere messi a disposizione di terzi, salvo che sia indispensabile per il perseguimento delle finalità indicate dalla citata autorizzazione. Gli stessi dati, al contrario, qualora raccolti per scopi di ricerca scientifica e statistica, possono essere comunicati o trasferiti ad enti e istituti di ricerca, ad associazioni e altri organismi pubblici e privati aventi finalità di ricerca, esclusivamente nell'ambito di progetti congiunti.

La definizione di dato genetico di cui all'art. 4, par. 1, n. 13), GDPR è stata in seguito riprodotta nell'art. 4, par. 1, lett. *a)*, del Provvedimento del Garante del 5.6.2019.

Secondo la disciplina di cui all'art. 9 GDPR, non sono consentite attività di trattamento di dati genetici e biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica; il consenso dell'avente diritto, di cui al par. 2 della medesima disposizione e costituente presupposto per la legittimazione di un siffatto trattamento dii dati, era codificato altresì nell'art. 7 della dir. 95/46/CE (la "*direttiva madre*" in tema di *privacy*), che definiva il consenso quale "*qualsiasi manifestazione di volontà libera, specifica ed informata con la quale la persona interessata accetta che i dati personali che la riguardano siano oggetto di un trattamento*".

Secondo la previgente normativa, per il trattamento di categorie particolari di dati personali era necessario il requisito del consenso scritto da parte del titolare del trattamento; si v. GDPD, *Guida all'applicazione del Regolamento UE 2016/679*, su www.gdpd.it, doc. web n. 6807118.

La nuova formulazione del Regolamento prevede che il consenso sia libero, specifico, informato ed inequivocabile, non essendo ammesso il consenso tacito o presunto. Scompare la necessità del requisito della forma scritta, anche se tale forma rappresenta, in ogni caso, una modalità idonea a configurare l'inequivocabilità del consenso ed il suo essere "esplicito".

Con riferimento al trattamento dei dati personali per le finalità di cui alla Direttiva *LED*, si ricordi anche il Considerando n. 53 della Direttiva medesima, a mente del quale "*La tutela dei diritti e delle libertà delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali richiede l'adozione di misure tecniche e organizzative adeguate per garantire il rispetto delle disposizioni della presente direttiva. L'attuazione di tali misure non dovrebbe dipendere unicamente da considerazioni economiche. Al fine di poter dimostrare la conformità con la presente direttiva, il titolare del trattamento dovrebbe adottare politiche interne e attuare misure che aderiscano in particolare ai principi della protezione dei dati fin dalla progettazione e della protezione dei dati per impostazione predefinita. Se il titolare del trattamento ha effettuato una valutazione d'impatto sulla protezione dei dati ai sensi della presente direttiva, è opportuno prenderne in considerazione i risultati in fase di sviluppo delle misure e delle procedure suddette. Le misure potrebbero consistere, tra l'altro, nell'utilizzo della pseudonimizzazione il più presto possibile. L'utilizzo della pseudonimizzazione ai fini della presente direttiva può essere strumentale per agevolare, in particolare, la libera circolazione dei dati personali all'interno dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*".

Sul bilanciamento tra trattamento dei dati personali e diritti fondamentali degli individui, si veda CORTE GIUST. UE, sez. V, 26.1.2023, n. 205/2, V.S. c. Ministerstvo na vatreshnite raboti, secondo cui "*l'articolo 6, lettera a), della Direttiva 2016/680 nonché gli articoli 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una normativa nazionale che prevede che, in caso di rifiuto della persona formalmente accusata di un reato doloso perseguibile d'ufficio di cooperare spontaneamente alla raccolta dei dati biometrici e genetici che la riguardano, ai fini della loro registrazione, il giudice penale competente è tenuto ad autorizzare una misura di esecuzione coercitiva di tale raccolta, senza avere il potere di valutare se sussistano fondati motivi per ritenere che l'interessato abbia commesso il reato di cui è formalmente accusato, purché il diritto nazionale garantisca successivamente il controllo giurisdizionale effettivo delle condizioni di tale messa in stato di accusa formale, da cui risulta l'autorizzazione a procedere a detta raccolta*".

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Sui limiti che possono essere introdotti all'esercizio dei diritti fondamentali al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati personali, di cui agli artt. 7 e 8 della Carta dir. UE e, in particolare, sulla necessità che dette limitazioni siano previste da norme chiare, specifiche e precise, si veda altresì la sentenza CORTE GIUST. UE del 22.6.2021, Latvijas Republikas Saeima, C-439/19, punto 105.

Sulla necessità del rapporto tra conservazione di dati personali e perseguimento di obiettivi di natura generale, si veda altresì il parere 1/15, Accordo PNR UE-Canada, del 26.7.2017, punto 205, citato direttamente dalla sentenza annotata; si veda, per analogia, la sentenza del 21.12.2016, Tele2 Sverige e Watson e a., C-203/15 e C-698/15, EU:C:2016:970, punto 119.

Con riferimento al principio di necessità e proporzionalità del trattamento rispetto al perseguimento di finalità di interesse pubblico, esemplificativo è quanto stabilito dalla CORTE EUR. DIR. UOMO nel caso S. e Marper c. Regno Unito del 4.12.2008, riguardante la materia delle banche dati di DNA a scopo investigativo penale. Nel caso in questione, i ricorrenti lamentavano, sotto il profilo degli articoli 8 e 14 della Convenzione, che le autorità avessero conservato le loro impronte digitali, i campioni biologici contenenti delle loro cellule ed i loro profili genetici anche successivamente alla conclusione, per assoluzione e per non luogo a procedere, di azioni penali promosse a loro carico. La Corte di Strasburgo ha ritenuto che la normativa del Regno Unito che prevedeva la conservazione illimitata dei profili genetici dei soggetti indagati violasse il diritto al rispetto della vita privata riconosciuto dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Ciò in quanto "*il carattere generale ed indifferenziato con cui opera il meccanismo di conservazione…dei profili di DNA di individui sospettati della commissione di determinati reati che però non sono poi condannati…non garantisce un corretto bilanciamento dei concorrenti interessi pubblici e privati in gioco…Ne segue che [tale] conservazione dei dati personali…costituisce una ingerenza sproporzionata nel diritto dei ricorrenti al rispetto della vita privata; tale ingerenza non può essere considerata come necessaria in una società democratica*".

Sul carattere di stretta necessità del trattamento, si veda altresì CORTE GIUST. UE, sez. V, 26.1.2023, n. 205/21, V.S. c. Ministerstvo na vatreshnite raboti, secondo cui "*l'articolo 10 della Direttiva 2016/680, in combinato disposto con l'articolo 4, paragrafo 1, lettere da a) a c), nonché con l'articolo 8, paragrafi 1 e 2, di tale direttiva, deve essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale che prevede la raccolta sistematica di dati biometrici e genetici di qualsiasi persona formalmente accusata di un reato doloso perseguibile d'ufficio, ai fini della loro registrazione, senza prevedere l'obbligo, per l'autorità competente, di verificare e di dimostrare, da un lato, che tale raccolta è strettamente necessaria per il raggiungimento dei concreti obiettivi perseguiti e, dall'altro, che tali obiettivi non possono essere raggiunti mediante misure che costituiscono un'ingerenza meno grave nei diritti e nelle libertà della persona interessata*".

Sull'esercizio dei diritti di cui alla dir. 680/2016, si veda CORTE GIUST. UE, sez. V, 16.11.2023, n. 333/22, Ligue des droits humains ASBL c. Organe de contrôle de l'information policière, in cui la Corte ha affermato che "*ai sensi dell'articolo 17, paragrafo 1, della direttiva 2016/680, «[n]ei casi di cui all'articolo 13, paragrafo 3, all'articolo 15, paragrafo 3, e all'articolo 16, paragrafo 4», di tale direttiva, gli Stati membri hanno l'obbligo di adottare misure «che dispongano che i diritti dell'interessato possano essere esercitati anche tramite l'autorità di controllo competente». Come si evince dall'impiego della congiunzione «anche», l'esercizio indiretto dei diritti dell'interessato tramite l'autorità di controllo competente, previsto da tale disposizione, costituisce una garanzia supplementare offerta a tale interessato che i suoi dati personali sono trattati in modo lecito, qualora disposizioni legislative nazionali limitino l'esercizio diretto presso il titolare del trattamento del diritto di ricevere ulteriori informazioni, di cui all'articolo 13, paragrafo 2, della direttiva 2016/680, del diritto di accesso a tali dati, enunciato all'articolo 14 di tale direttiva o del diritto di ottenerne la rettifica, la cancellazione o la limitazione del trattamento alle condizioni di cui all'articolo 16, paragrafi da 1 a 3, di detta direttiva*".

IV. La dottrina

Si occupa, in maniera approfondita, dell'evoluzione della normativa antecedente all'adozione della Direttiva 680/2016 in seno all'Unione europea RUGANI, *La protezione dei dati nel settore della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale alla luce della Direttiva (UE) 2016/680: frammentazione ed incertezze applicative*, in *Riv. online "Freedom, Security & Justice: European Legal Studies"*, 1/2019, 75 ss.

Alla stessa materia si interessa PIZZETTI, *Protezione dei dati personali in Italia tra GDPR e codice novellato*, Giappichelli, 2021, 5 ss., con particolare riferimento alle normative nazionali di attuazione, tra cui quella italiana.

Sul tema, si veda altresì DE HERT – PAPAKONSTATINOU, *The data protection regime applying to the inter-agency cooperation and future architecture of the EU criminal justice and law enforcement area, Study for the LIBE Committee*, Bruxelles, 2014, PE 510.001, nonché RESTA, *La Direttiva sulla protezione dei dati personali in ambito giudiziario penale e di polizia, le intercettazioni e la tutela dei terzi*, in *Giustizia Insieme*, 39 ss.

In materia di tutela dei diritti fondamentali, protezione di dati sensibili, regolamentazione all'accesso di dati sensibili, trasferimento degli stessi a Paesi terzi, nonché di conseguenze di tipo sanzionatorio derivanti dalla violazione della riservatezza dei dati sensibili, si veda il contributo di CHIEFFI, *La tutela della riservatezza dei dati sensibili: le nuove frontiere europee*, in *Innovazione tecnologica e valore della persona. Il diritto alla prote-*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

zione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679, a cura di CALIFANO-COLAPIETRO, Editoriale scientifica, 2018, 215.

Approfondiscono la tematica relativa ai molteplici interventi volti alla definizione delle categorie di "dato genetico" e di "dato biometrico" IANNUZZI-FILOSA, *Il trattamento dei dati genetici e biometrici*, in *dirittifondamentali.it*, fasc. 2/2019.

Sotto il profilo regolamentare, in ogni caso, non vengono riconosciuti come dati sensibili i dati biometrici *tout court*, ma solo quelli volti a identificare in modo univoco una persona fisica: per maggiori approfondimenti sul tema, si vedano altresì JASSERAND, *Legal Nature of Biometric Data: From 'Generic' Personal Data to Sensitive Data*, in *European Data Protection Law Review*, Vol. 2 (2016), issue 3, University of Groningen Faculty of Law Research Paper No. 24/2018, 307-311; DUCATO, *I dati biometrici*, in "*I dati personali nel diritto europeo*", a cura di CUFFARO, D'ORAZIO e RICCIUTO, Giappichelli, 2019, 1311.

Il Considerando 51 GDPR, precisa, inoltre, che il trattamento di fotografie non costituisce sistematicamente un trattamento di categorie particolari di dati personali, poiché esse rientrano nella definizione di dati biometrici unicamente quando sono trattate attraverso un dispositivo tecnico specifico che ne consente l'identificazione univoca o l'autenticazione di una persona fisica. Diversamente, si tratterà di dati rientranti nella categoria dei dati comuni.

Sul tema, altresì RICCIO - SCORZA - BELISARIO (a cura di), *GDPR e normativa privacy. Commentario*, Wolters Kluwer, 2018.

Si occupa del tema relativo alla tutela dei dati genetici CALIFANO, *Il trattamento dei dati genetici: finalità di ricerca, esigenze di sicurezza e diritto alla protezione dei dati personali*, in *Cultura giuridica e diritto vivente*, vol. 4/2017. Si veda, altresì, CAPITTA, *Conservazione dei DNA profiles e tutela europea dei diritti dell'uomo*, in *Arch. pen.*, 2013, n. 1.

Offre un contributo in materia di dati genetici quali oggetto di trattamenti suscettibili di definire nuovi modelli di sorveglianza, MOLLO, *Il trattamento dei dati biometrici nel quadro della strategia europea dei dati, fra rischi di mass surveillance e tutela dei diritti fondamentali*, in *Nuovi Autoritarismi e Democrazie: Diritto, Istituzioni, Società*, n. 2/2023, 1103 ss.

Si dedicano, tra gli altri, al principio di proporzionalità e al rischio di pregiudizi ai diritti e alle libertà dell'individuo, EL SABI, *La tutela della privacy nel trattamento dei dati biometrici e Genetici per scopi di pubblica sicurezza. Spunti di diritto comparato*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica (III)*, fasc. 4, 1º.8.2023, 789 ss.; MILIZIA, *La raccolta dei dati biometrici e genetici di una persona accusata di reato è una violazione della privacy*, in *Dir. e giust.*, fasc. 14, 2023, 38 ss.

Di notevole interesse, il contributo di CARAVITA DI TORITTO, *La proporzionalità multilivello nel mercato "presidiato" dei dati personali*, in *MediaLaws*, 3/2021, 157 ss.: l'Autore, ripercorsi i tratti teorici e applicativi del principio di proporzionalità, offre un'interessante analisi che ha ad oggetto il mercato dei dati personali, considerato l'emblema del conflitto sussistente tra tensione all'iperefficientismo economico e tutela della sfera personale dell'individuo.

Sul tema, si segnala GALGANI, *Giudizio penale, habeas data e garanzie fondamentali*, in *Arch. pen.*, 2019, n. 1; l'Autrice, muovendo dai contenuti della Direttiva 2016/680, in un raffronto costante con la disciplina di attuazione interna all'ordinamento italiano, si appunta su talune tematiche centrali quali il rispetto del principio di proporzionalità, della presunzione di non colpevolezza e dei canoni decisori classici a fronte dell'impiego delle nuove tecnologie e dei sistemi di IA nell'ambito della giustizia penale.

Società

CASS. CIV., I sez., 29.1.2024, n. 2629 – DI MARZIO *Presidente* – NAZZICONE *Estensore* – *P.M.* (concl. diff.) – F. A. (avv. Tului) – S.I.M.A. s.p.a. (avv.ti Stella Richter, Racugno, Cagetti) – Cassa con rinvio App. Cagliari, 26.6.2020

SOCIETÀ – SOCIETÀ PER AZIONI – SOCIO – DIRITTO DI RECESSO – STATUTO – CLAUSOLE STATUTARIE – RECESSO AD NUTUM DEL SOCIO – LICEITÀ – CONDIZIONI (cod. civ., art. 2437)

Nell'ambito delle società per azioni, che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, è lecita la clausola statutaria che, ai sensi dell'art. 2437, comma 4º, cod. civ., preveda, quale ulteriore causa di recesso, la facoltà dei soci di recedere dalla società *ad nutum* con un termine congruo di preavviso.

dal testo:

Il fatto. Con lodo emesso il 30 aprile 2018, il collegio arbitrale respinse le domande proposte da A.F., volte all'accertamento del suo legittimo recesso dalla S.I.M.A. s.p.a. ed alla liquidazione della quota, dal medesimo quantificata nel valore di Euro 166.691,39, oltre agli interessi dovuti e al risarcimento del danno.

Con sentenza del 25 giugno 2019, la Corte d'appello di Cagliari ha respinto l'impugnazione del socio. Premesso il

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

contenuto della clausola di cui all'art. 11 dello statuto della società – secondo cui "*Anche al di fuori dei casi di cui sopra i soci possono comunque recedere con un preavviso di almeno centottanta giorni: in tal caso, il recesso produrrà effetti dallo scadere dei centottanta giorni*" – la corte territoriale ha ritenuto che non sia lecita, ma sia affetta da nullità, ai sensi degli artt. 1418 e 1419 c.c., la clausola statutaria la quale, introdotta *ex* art. 2437, comma 4, c.c., preveda il diritto di recedere dei soci *ad nutum* nelle s.p.a. costituite a tempo determinato. Ciò in quanto il terzo comma dell'art. 2437 c.c. contempla il recesso anche senza giusta causa e con preavviso solo nelle società costituite a tempo indeterminato, mentre lo stesso non dispone per quelle a tempo determinato. Secondo la *ratio* della riforma del 2003, il recesso è essenzialmente una tutela per il socio dissenziente, dunque esclusivamente come reazione di questi a ragioni ricollegabili alla vita societaria tali da giustificare la sua uscita e il terzo comma dell'art. 2437 c.c. ha natura eccezionale, quanto alla previsione di un recesso *ad nutum*. La conclusione è indotta dalla tutela sia del capitale sociale, sia dei terzi, dovendosi rinvenire un principio di ordine pubblico, il quale esclude la liceità di un recesso *ad nutum* dalla società quando il contratto sia a tempo determinato, con conseguente dichiarazione di nullità della clausola di cui all'art. 11 dello statuto di S.I.M.A. s.p.a.

Ha disatteso anche il secondo motivo proposto dal socio, concernente l'equiparazione del termine di durata particolarmente lungo ad una durata indeterminata: sia perché nuova ed inammissibile *ex* art. 345 c.p.c., sia perché infondata, dal momento che il termine è stato fissato al 2050 e comunque non può estendersi alle società di capitali il diverso principio posto per le società di persone; quanto all'argomento, contenuto solo nella memoria di replica, secondo cui la società è stata costituita nel 1967 e dunque oltrepasserebbe ogni orizzonte temporale previsionale di un soggetto collettivo, si tratta di deduzione tardiva ed, in ogni caso, infondata, comportando la sua applicazione un'eccessiva aleatorietà.

Avverso questa decisione ha proposto ricorso per cassazione il soccombente, sulla base di tre motivi. Si è difesa con controricorso la S.I.M.A. s.p.a. Le parti hanno depositato la memoria di cui all'art. 380-*bis*.1 c.p.c.

Con ordinanza interlocutoria del 12 giugno 2023, n. 16560, il Collegio ha rimesso la causa alla pubblica udienza, considerando che la questione posta non vede precedenti pronunce presso la S.C.

Il Procuratore generale ha chiesto il rigetto del ricorso.

Il ricorrente e la società hanno depositato la memoria *ex* art. 378 c.p.c.

I motivi. Con il primo motivo, il ricorrente deduce la violazione dell'art. 2437, comma 4, c.c., in quanto la clausola statutaria (riportata per intero nel motivo), dopo avere previsto i casi di legge e le ulteriori ipotesi concernenti alcune specifiche deliberazioni cui il socio non abbia concorso, nonché richiamato le norme in tema di gruppi, ha espressamente stabilito: "Anche al di fuori dei casi di cui sopra i soci possono comunque recedere con un preavviso di almeno centottanta giorni: in tal caso, il recesso produrrà effetti dallo scadere dei centottanta giorni". Secondo il ricorrente, non si tratta affatto di una clausola nulla, non incorrendo essa in nessuna illiceità, né è vero che il recesso statutario possa prevedersi solo, come opina la corte territoriale, in relazione a situazioni di dissenso del socio dalle scelte assembleari, trattandosi di interpretazione arbitraria della disposizione, al contrario lasciando questa ampia discrezionalità alle previsioni statutarie.

Con il secondo motivo, il ricorrente deduce la violazione o la falsa applicazione degli artt. 1418 e 2437 c.c., per avere in tal modo la corte territoriale vanificato il principio di tassatività delle ragioni di nullità degli atti privati, mentre la predetta clausola statutaria, regolarmente inserita nello statuto ed iscritta nel registro delle imprese, ne garantisce la pubblicità, sia per gli altri soci che tale clausola hanno espressamente deciso ed approvato, sia per i terzi creditori, in grado di valutare anche a tale riguardo il proprio interesse e la propria convenienza a contrarre con la società. A fronte di un'espressa previsione statutaria del recesso *ad nutum*, ed in mancanza di qualsiasi norma che ne sanzioni la nullità, non è possibile all'interprete trarla da pretesi ragionamenti sistematici di tutela di soci e creditori, come ha fatto la corte territoriale, che ha inteso così concedere una sorta di "supertutela" ai creditori ed ai terzi, rispetto al diritto del socio di recedere. Tantomeno esiste un principio ordine pubblico economico che neghi efficacia a quella clausola, voluta dai soci, sia perché non necessita di tutela la società, la quale ha previsto essa stessa il recesso nel suo statuto, sia perché i terzi, ovvero le imprese, i finanziatori e i consumatori, sono ampiamente tutelati dalla conoscenza dello statuto in quanto iscritto nel registro delle imprese, dunque consapevoli del diritto riconosciuto ai soci, diritto del resto ritenuto pozione dal legislatore nelle società a durata indeterminata.

Con il terzo motivo, deduce la violazione o falsa applicazione degli artt. 12 preleggi e 1362, 1367, 2437, comma 4, c.c., per avere in tal modo la corte d'appello disatteso i criteri dell'interpretazione letterale e conservativa dello statuto, essendo stata tale clausola espressamente voluta dai soci proprio in ragione dell'oggetto della società, concernente la vendita di prodotti farmaceutici e l'offerta di servizi ai soci farmacisti, donde l'esigenza di assicurare loro la facoltà di uscita dalla società in ogni momento, quale contrappeso per i soci di minoranza, rispetto alla partecipazione nettamente prevalente del socio "forte" e titolare del 54,50% del capitale sociale. Dunque, il mero richiamo ad una generica "*ratio* della riforma", contenuto nella sentenza impugnata, non avrebbe potuto condurre a privare la clausola di effetti. Né la tutela dei creditori e dei terzi ha maggiore o minore valenza, a seconda che la società sia a tempo determinato o indeterminato, tale da indurre la nullità della clausola nel primo caso e la validità e compatibilità con l'ordine pubblico economico nel secondo: la ritenuta nullità finisce per ledere il diritto del socio, il quale proprio su tale clausola ha fatto affidamento al momento dell'adesione al contratto sociale.

I motivi, che possono essere trattati congiuntamente in quanto pongono la medesima questione di sostanza, sono fondati.

2. – Il sistema normativo del recesso nelle società per azioni. Considerando le principali fattispecie di diritto di recesso contemplate nel diritto delle società azionarie, risulta che esse sono state previste dal legislatore:

– a tutela del socio assente, dissenziente o astenuto, il primo e il secondo comma dell'art. 2437 c.c. attribuiscono

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

il diritto di recesso ai soci che non abbiano concorso con il loro voto alla deliberazione: qui, l'exit serve a tutelare il mancato consenso, quale contrappeso al ridotto potere del socio di minoranza di influire sulle scelte societarie, destinate ad avere un particolare impatto sulla vita sociale (modifica dell'oggetto sociale, trasformazione, trasferimento della sede all'estero, revoca dello stato di liquidazione, eliminazione di cause di recesso e modifica dei criteri di liquidazione delle azioni, modifiche dei diritti di voto o di partecipazione), peraltro ammettendone la deroga, con l'esclusione della facoltà di recedere, in talune ipotesi (proroga del termine, vincoli alla circolazione delle azioni);

– a tutela dei rapporti di gruppo: il quinto comma dell'art. 2437 c.c. opera rinvio alle disposizioni dettate in tema di recesso per le società soggette all'attività di direzione e coordinamento, ossia all'art. 2497-*quater* c.c., che attribuisce la facoltà di recesso al socio della società eterodiretta in talune evenienze (società capogruppo che si trasformi mutando lo scopo sociale, modifica dell'oggetto sociale alterando in modo sensibile e diretto le condizioni economiche e patrimoniali della eterodiretta; disposta condanna giudiziale *ex* art. 2497 c.c.; inizio e cessazione dell'attività di direzione e coordinamento, per le non quotate, se ne deriva un'alterazione delle condizioni di rischio dell'investimento e non venga promossa un'opa);

– a tutela della libertà del socio da vincoli perpetui: il terzo comma dell'art. 2437 c.c. prevede, per le società non quotate costituite a tempo indeterminato, il diritto di recesso con preavviso di almeno centottanta giorni (mentre per le quotate, dove la scelta di disinvestimento è agevole, il legislatore non ha previsto analoga facoltà di recesso);

– a tutela della libertà del socio: nelle società chiuse, lo statuto può prevedere "ulteriori cause di recesso", che è la disposizione da interpretare.

3. – Insufficienza dell'interpretazione letterale. Giova rilevare che, in merito a quest'ultima disposizione, la sola lettera non è dirimente, in quanto la previsione secondo cui "(l)o statuto delle società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio può prevedere ulteriori cause di recesso" non depone in modo univoco nel senso che tali ulteriori cause debbano essere anche singole e specifiche, né che debbano tendere esclusivamente a tutelare il dissenso.

Allo stesso modo, neppure è sufficiente il richiamo alla legge delega del 3 ottobre 2001, n. 366, Delega al Governo per la riforma del diritto societario, laddove all'art. 4, comma 9, lett. d), in tema di disciplina delle modificazioni statutarie, ha disposto di "rivedere la disciplina del recesso, prevedendo che lo statuto possa introdurre ulteriori fattispecie di recesso a tutela del socio dissenziente, anche per il caso di proroga della durata della società; individuare in proposito criteri di calcolo del valore di rimborso adeguati alla tutela del recedente, salvaguardando in ogni caso l'integrità del capitale sociale e gli interessi dei creditori sociali".

Vale, invero, il principio generale di esordio del medesimo art. 4, comma 1, in tema di s.p.a., secondo cui "La disciplina della società per azioni e modellata sui principi della rilevanza centrale dell'azione, della circolazione della partecipazione sociale e della possibilità di ricorso al mercato del capitale di rischio. Essa, garantendo comunque un equilibrio nella tutela degli interessi dei soci, dei creditori, degli investitori, dei risparmiatori e dei terzi, prevederà un modello di base unitario e le ipotesi nelle quali le società saranno soggette a regole caratterizzate da un maggiore grado di imperatività in considerazione del ricorso al mercato del capitale di rischio"; nonché l'osservazione secondo cui quell'espressione restrittiva, che ancora l'exit al dissenso, e relativa al recesso in quanto esso possa derivare da una modifica dello statuto, ma non impedisce di prevedere, come il legislatore delegato ha fatto, ipotesi di recesso non derivanti da singole deliberazioni statutarie, ma da un più generico "dissenso" con l'intrapresa comune.

Onde non basta la menzione, nella legge delega, della tutela del socio dissenziente per ritenere cogente la previsione di ipotesi di recesso ulteriori, solo ove legate a quel dissenso da scelte imprenditoriali della maggioranza, esplicitate cioè nelle ipotesi statutariamente previste, dovendo ritenersi lecita, invece, anche la clausola statutaria che tuteli altre ragioni a base del recesso, quale la divergenza degli interessi e dei comuni intendimenti tra i soci.

4. – La *ratio* del sistema del recesso nelle s.p.a.

4.1. – La tesi accolta. È opinione condivisa fra gli interpreti che la riforma del diritto societario del 2003 abbia superato i due principi che in precedenza connotavano l'art. 2437 c.c.: ossia, da un lato, la tassatività delle cause di recesso e, dall'altro lato, la preferenza per l'interesse all'integrità del patrimonio sociale ed alla prosecuzione dell'impresa, con la conseguente liquidazione "punitiva" per il socio uscente.

Con la riforma del 2003, tale prospettiva è mutata.

Il termine *exit*, mutuato dal linguaggio economico, accomuna il recesso e l'alienazione delle partecipazioni sociali, i quali, pur in sé assai diversi, appunto sul piano economico hanno una certa somiglianza.

Se l'intento centrale della riforma del diritto societario del 2003 fu quello di favorire la competitività delle imprese tramite l'accesso delle società al mercato dei capitali, uno dei mezzi per conseguire tale intento fu l'ampliamento delle ipotesi di recesso, essendo un dato acquisito che la propensione all'investimento tanto più aumenta, quanto più l'investitore sia certo della possibilità di un rapido disinvestimento. Accanto alla limitazione della responsabilità dei soci al solo conferimento, proprio la possibilità di un agevole disinvestimento costituisce, infatti, come è stato convincentemente rilevato dalla dottrina, uno dei caratteri di *favor* per le società di capitali.

In particolare, la riforma delle società di capitali del 2003 ha notevolmente ampliato le ipotesi in cui il recesso è consentito.

Da un lato, sono stati arricchiti i casi legali di recesso; ma, dall'altro lato, ancor più di rilievo sul piano sistematico si palesa il fatto che il legislatore abbia assicurato al socio, al momento dell'ingresso in società, che le possibilità di *exit* non possano essere ridotte *durante societate*, senza che allo stesso sia consentito di uscire dalla società ad un prezzo tendenzialmente corrispondente al valore di mercato delle azioni o della quota (cfr. lett. e ed f dell'art. 2437, comma 1, c.c.).

Un portato di rilievo della nuova disciplina dell'istituto dopo la riforma sta appunto nell'aver superato l'idea di un recesso fondato esclusivamente sulla reazione del socio avverso alcune deliberazioni decise dalla maggioranza; invece, l'istituto tende ora ad assecondare la scelta dell'investitore,

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

che decida di vendere i propri titoli per ragioni anche diverse ed indipendenti dalle altrui decisioni non condivise.

Naturalmente, questo connota il recesso come finalizzato non soltanto all'uscita dalla società, ma anche ad ottenere al suo interno un maggior ascolto del socio, pure di minoranza.

Si ricordano, inoltre, le seguenti fattispecie: il recesso parziale, nel quale è permesso al socio di recedere per tutte o per una parte delle azioni, dunque con la più ampia gamma di possibili opzioni circa un eventuale disinvestimento, consentendogli di mantenere in società almeno una parte del patrimonio conferito; il recesso dei soci assenti ed astenuti; il recesso nei gruppi *ex* art. 2497-*quater*, comma 1, lett. a) e c), c.c., e dove già il dato testuale palesa il riferimento alla modificazione delle condizioni di rischio dell'investimento; il recesso, anche parziale, dalle società costituite a tempo indeterminato, permettendosi al socio di mutare la destinazione del suo investimento per una scelta che può ben essere del tutto indipendente da eventuali deliberazioni dell'ente collettivo da lui avversate.

Il legislatore ha, quindi, tenuto in considerazione primaria le esigenze del socio – investitore e non più solo quelle del socio interessato alla gestione della società, per il quale il recesso costituirebbe la massima espressione del suo dissenso da una scelta della maggioranza.

Tutto ciò palesa che la logica sottesa dal complessivo sistema normativo in tema di recesso dalle società azionarie è tutt'altra rispetto al mero dissenso da scelte della vita societaria ed assembleare; ed, anzi, tale logica e più frequentemente indipendente dalla tutela del socio dissenziente rispetto a specifiche decisioni societarie, onde costituisce piuttosto una tutela della scelta di disinvestire dall'impresa economica, quanto egli reputi non più conveniente tale partecipazione (dell'alterazione delle condizioni di rischio del proprio investimento espressamente l'art. 2497-*quater* c.c., per ben due volte, fa menzione).

Ciò induce a ritenere non più sostenibile che il recesso societario sia un istituto avente carattere eccezionale.

Altro è il tema della estensibilità del recesso legale *ad nutum*, previsto per le s.p.a. a tempo indeterminato dall'art. 2437, comma 3, c.c., e quello della clausola relativa: dove questa Corte ha stabilito che non siano assimilabili durata indeterminata e durata lunga, non essendo alla seconda vicenda estensibile la fattispecie normativa dettata per la prima (cfr. Cass., sez. I, 5 settembre 2022, n. 26060; Cass., sez. I, 21 febbraio 2020, n. 4716; Cass., sez. I, 29 marzo 2019, n. 8962). Il fondamento di tale orientamento sta, invero, quanto alla vita dei soci, nella condivisa "necessità di assicurare carattere di certezza e univocità alle informazioni desumibili dalla consultazione degli atti iscritti nel registro delle imprese, senza imporre ai terzi un'attività di valutazione e interpretazione delle stesse connotata da un margine di opinabilità e, dunque, dall'esito non concludente, ed esporli ai rischi connessi alla indeterminatezza dei relativi dati"; e, quanto al criterio, da taluno proposto, della durata del progetto imprenditoriale, nella "tendenziale difficoltà di individuare l'arco temporale entro il quale l'oggetto sociale può plausibilmente essere conseguito, laddove non consistente in attività suscettibile di ripetizione potenzialmente all'infinito, e, dunque, all'opinabilità e alla conseguente incertezza che il ricorso a un siffatto criterio" (così Cass. n. 26060/2022, cit.).

Diverso è anche il caso, in cui una deliberazione assembleare di società per azioni non quotata abbia ridotto il tempo di durata della società statutariamente previsto, e che – in quella vicenda di specie – la corte territoriale aveva ritenuto assimilabile alla durata indeterminata: dove era "in discussione l'applicabilità dell'art. 2437 c.c., che va esclusa perché la fattispecie in esame non è sussumibile nelle ipotesi ivi contemplate: il recesso non è stato esercitato in ragione della proroga della durata della società, né perché la società aveva una durata a tempo indeterminato, essendo stata, anzi, ridotta la durata in questione", ritenendosi dunque la norma menzionata come di stretta interpretazione (Cass. 24 febbraio 2022, n. 6280, non massimata; la sentenza afferma altresì, condivisibilmente, che la legge "ha espressamente previsto che la facoltà di introdurre "ulteriori" clausole di recesso sia veicolata all'interno dello Statuto, nel chiaro obiettivo di coniugare la maggiore autonomia privata normativamente riconosciuta alle società che non fanno ricorso al capitale di rischio con le esigenze di trasparenza e di conoscibilità anche da parte dei terzi delle ulteriori ipotesi di fuoriuscita del socio, potenzialmente atte ad incidere sull'assetto patrimoniale della società").

Ragionamenti, dunque, estranei alla questione ora all'esame, in cui al creditore non si richiede nessuna previa valutazione circa l'esistenza del diritto di recesso in quanto ancorata alla "vita del socio" o ad un "progetto imprenditoriale" più o meno specifico.

Ed invero, nell'intento di favorire l'accesso della società ai finanziamenti, il legislatore ha assicurato ai potenziali investitori la possibilità di uscire dalla società stessa con facilita e senza dover temere "sorprese".

Nel ripercorrere le fattispecie dell'art. 2437 c.c., sopra ricordate, si nota che il legislatore, accanto alle ipotesi tipiche di attribuzione della facoltà di recesso di cui al primo, secondo e quinto comma, si è preoccupato – piuttosto – di slegare il socio dai vincoli e di preservarne l'autonomia negoziale, con il prevedere ad esempio il diritto di recesso nelle società contratte a tempo indeterminato.

Una logica non diversa, nella medesima prospettiva di autonomia negoziale dei soci e della società, connota il quarto comma della disposizione.

Come il legislatore, attuando la legge delega, ha mirato più in generale ad ampliare l'autonomia statutaria, così specificamente in materia di recesso, accanto all'aumento delle ipotesi legali inderogabili perché caratterizzate da esigenze di ordine pubblico, ha anche previsto la novità, consistente nel fatto che lo statuto possa prendere in considerazione ulteriori cause di recesso o non prevederne altre, pur indicate dalla legge, ma considerate derogabili.

La riforma del 2003 ha, quindi, a fronte dell'aumento dell'autonomia statutaria delle società e del rafforzamento dei poteri anche degli amministratori, attribuito alle minoranze tutela risarcitoria o, nella specie, un diritto di recesso di maggiore ampiezza. Dunque, come si rileva da molti, il recesso costituisce anche uno strumento di organizzazione dei rapporti endosocietari, spettando non più soltanto in presenza di decisioni assembleari non assentite dal socio, ma potendo le società che non fanno ricorso al mercato dei capitali di rischio liberamente introdurre ulteriori cause di recesso per via statutaria, onde esso funge anche da strumento di negoziazione.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Sebbene, poi, proprio il procedimento di liquidazione previsto per legge, con il consegnare ai soci il valore tendenziale di mercato delle azioni, non escluda affatto che essi debbano accontentarsi di una perdita di valore del loro investimento e patirne un pregiudizio.

Per la maggioranza, vale la considerazione che, ove fosse non conveniente operare alla fine il rimborso della partecipazione al socio recedente, la società potrà decidere lo scioglimento.

Gli interessi che si fronteggiano in materia, pertanto, sono, da un lato, l'interesse della società a mantenere il conferimento conseguito, e, dall'altro lato, l'interesse del socio ad uscire dalla compagine societaria, una volta che abbia maturato tale intenzione.

Tuttavia, se è vero che il legislatore ha "bilanciato" egli stesso tali interessi – laddove ha attribuito al socio, con norme a volte derogabili ed a volte no, la facoltà di recedere a fronte di situazioni date (assunzione di deliberazioni non condivise, vicende di potere o di abuso nel gruppo con alterazione notevole delle condizioni economiche e patrimoniali dell'investimento) – e pur vero che egli ha, poi, espressamente riconosciuto all'autonomia statutaria la possibilità di contemplare "ulteriori cause di recesso", con il solo limite che non si tratti di società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio.

È allora ragionevole ritenere che, anche in tal caso, il "bilanciamento" degli interessi sia stato compiuto dal legislatore, proprio rimettendo alla libertà statutaria la scelta di contemplare altre vicende, ivi compreso il caso che i soci, nell'esercizio della loro autonomia negoziale privata, abbiano ritenuto conforme al proprio programma imprenditoriale consentire a ciascuno, od anche solo a taluno di essi, di uscire dalla compagine societaria, e ciò non, necessariamente, soltanto in presenza dell'assunzione di deliberazioni assembleari, ma anche, come nella specie, semplicemente per volere del socio.

Mentre nel recesso per giusta causa l'accento è posto nella permanenza del c.d. rapporto fiduciario fra i soci, il recesso *ad nutum* non coinvolge necessariamente il rapporto fiduciario, potendo discendere anche semplicemente da una diversa valutazione circa le prospettive e scelte imprenditoriali.

Va pur detto che, peraltro, nel recesso *ad nutum* resta possibile – su eccezione della controparte – un controllo generale di buona fede, non diversamente che in tutti i negozi, ai sensi degli artt. 1175 e 1375 c.c., trattandosi di clausole generali che regolano i rapporti interprivati (sulla sussistenza del controllo giudiziale alla stregua di tale clausole, si vedano, ad es.: Cass., sez. I, 21 settembre 2023, n. 27014; Cass., sez. I, 21 febbraio 2023, n. 5396; Cass., sez. I, 22 dicembre 2020, n. 29317 e Cass., sez. I, 24 agosto 2016, n. 17291, in materia di apertura di credito in conto corrente a tempo indeterminato; Cass., sez. III, 29 settembre 2022, n. 28395, sul contratto preliminare di vendita di quote societarie; Cass., sez. III, 3 giugno 2020, n. 10549 e Cass., sez. I, 12 ottobre 2018, n. 25606, in tema di recesso da parte della società concedente nella concessione di vendita di autoveicoli; Cass., sez. II, 29 maggio 2020, n. 10324); in particolare, questa Corte ha già avuto occasione di richiamare l'applicazione della clausola generale di buona fede all'esercizio del diritto di recesso nelle società (Cass., sez. I, 12 novembre 2018, n. 28987, in tema di recesso del socio di s.r.l.).

4.2. – Risposta alle critiche. La principale critica a tale orientamento attiene al rischio di c.d. depatrimonializzazione della società insito nel recesso del socio.

È vero che, nel tempo trascorso dalla riforma del 2003 ad oggi, molte cose sono cambiate nel diritto delle società, per tutte con il nuovo art. 2086 c.c. in tema di assetti dell'impresa ed in generale con la riforma della crisi e dell'insolvenza – protesi alla tutela dell'organizzazione e dell'impresa, la c.d. continuità aziendale, richiamata anche dal P.G. con la Direttiva UE n. 2019/1023, c.d. *Insolvency* – nonché con gli istituti numerosi (fra gli altri, il bilancio non finanziario, la responsabilità sociale delle imprese oggi declinata come "sostenibilità", l'impresa benefit, l'impresa sociale, ed altri), i quali connotano, come è stato scritto dalla dottrina, una diversa nozione di *stakeholderism*, imponendo all'attenzione interessi ampi ed esterni all'impresa, ivi compresa la tutela dei beni comuni quali l'ambiente, la salute collettiva e i diritti umani; ciò non induce certamente, si noti, a sconfessare la primarietà dello scopo di lucro, ma piuttosto a sollecitare una selezione delle scelte strategiche aziendali che, pur nel legittimo perseguimento dei quello, comportino però il minor pregiudizio per i menzionati interessi.

Per quanto riguarda la questione all'esame, tuttavia, tali evoluzioni proprie degli ultimi vent'anni non hanno mutato la *ratio* dell'istituto del recesso nelle s.p.a.

A tale riguardo, occorre considerare un duplice rilievo: da un lato, il fatto che il capitale sociale (pur dovendosene confermare un valore non soltanto organizzativo, ma anche di garanzia patrimoniale minima) svolge comunque un ruolo meno decisivo rispetto al passato, attesi i molteplici indici normativi in tal senso, quali il ridotto capitale minimo di s.p.a. e s.r.l., il versamento di solo il 25% dei conferimenti in danaro alla sottoscrizione dell'atto costitutivo, o alle figure della s.r.l. a capitale ridotto o start-up innovativa, oltre alle svariate deroghe agli artt. 2446 e 2447 c.c.; dall'altro lato, il procedimento stabilito per la liquidazione della partecipazione sociale a seguito del recesso, posto che l'art. 2437-*quater* c.c. prevede, in prima battuta, l'offerta in opzione delle azioni agli altri soci, e, quindi, in successione, il collocamento presso terzi e l'acquisto di azioni proprie mediante le riserve disponibili, mentre, solo all'esito, sarà convocata l'assemblea straordinaria per deliberare la riduzione del capitale sociale o lo scioglimento della società.

Quindi, il meccanismo complessivamente disegnato garantisce, all'esito dell'esercizio del diritto di recesso, che la società pervenga solo come *extrema ratio* alla riduzione del capitale sociale, quando si siano sperimentate diverse opzioni alternative: in tal modo, rimanendo coerente con le più recenti tendenze in ambito di conservazione del valore organizzativo dell'impresa.

Del resto, l'esigenza di un più agevole reperimento di capitali da parte della società – che appunto il recesso ampliato del socio mira a propiziare, posto che quanto più è facile recedere con corresponsione dell'effettivo valore della quota, tanto più i terzi sono indotti a sottoscrivere o variamente finanziare la società – è coerente con l'enfatizzazione del valore dell'organizzazione come tale.

Resta fermo che le scelte statutarie potranno ricercare l'equilibrio tra queste esigenze e la preservazione del capitale

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

sociale, ad esempio prevedendo un termine di preavviso anche superiore ai centottanta giorni ed il suo possibile allungamento statutario fino ad un anno, o un termine iniziale di preclusione dell'esercizio del diritto di recesso, sulla falsariga di quanto dispone l'art. 2328, comma 2, n. 13, c.c.

5. – Il caso di specie. Quanto esposto assume ulteriori sfumature e conferme nel caso di specie.

Come si deduce nel ricorso e come narra la sentenza impugnata, la clausola fu prevista dai soci ed inserita nello statuto con specifico riguardo all'oggetto ed alla composizione della compagine sociale, dal momento che la società, che vede, da un lato, una partecipazione di assoluta maggioranza e, dall'altro, le partecipazioni di minima entità, si occupa della vendita di prodotti farmaceutici e di offerta di servizi ai soci farmacisti, cui quindi lo statuto ha reputato – nell'esercizio dell'autonomia negoziale – di attribuire il diritto di recesso, ove la partecipazione nella comune intrapresa ed il perseguimento di quei vantaggi si rivelasse non più conveniente per gli interessi del socio stesso. Atteso tale specifico oggetto societario, entra in considerazione, nella specie, la funzione del recesso *ad nutum*: quella, perseguita dai soci fondatori e condivisa dai successivi aderenti, di assicurare ai soci la facoltà di uscita dalla società, ove non più rispondente ai propri interessi.

Donde risulta particolarmente lesiva della posizione del socio, senza che possa giustificarlo nessun interesse preteso superiore, l'operata declaratoria di nullità della clausola statutaria, statuizione la quale irragionevolmente finisce per arrecare nel pregiudizio proprio all'affidamento nell'agevole uscita dalla società, implicito presupposto, insieme agli altri caratteri dell'impresa comune, per l'adesione iniziale del socio al contratto sociale.

6. – Conclusioni e principio di diritto. Alla luce di quanto esposto, la sentenza impugnata va cassata, con rinvio alla Corte d'appello di Cagliari, in diversa composizione, perché decida la controversia sulla base del seguente principio di diritto: "È lecita la clausola statutaria di una società per azioni che non fa ricorso al mercato del capitale di rischio, la quale, ai sensi dell'art. 2437, comma 4, c.c., preveda, quale ulteriore causa di recesso, la facoltà dei soci di recedere dalla società ad nutum con un termine congruo di preavviso".

Alla corte del merito si demanda anche la liquidazione delle spese di legittimità.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso, cassa la sentenza impugnata e rinvia la causa innanzi alla Corte d'appello di Cagliari, in diversa composizione, anche per la liquidazione delle spese di legittimità. (*Omissis*)

L'autonomia statutaria e la disponibilità convenzionale del recesso *ad nutum* nelle società per azioni

di Filippo Lazzara*

La Corte di Cassazione affronta, e per la prima volta risolve in positivo, la questione relativa all'ammissibilità di una clausola statutaria che preveda il diritto di recesso *ad nutum* in una società per azioni, chiusa ed a tempo. Tanto in dottrina, quanto in giurisprudenza, si registrano due orientamenti contrapposti, uno restrittivo ed uno estensivo, sulla portata applicativa da attribuire al recesso incondizionato nelle s.p.a. Dall'analisi dei contenuti di tali soluzioni ermeneutiche si evince come, a seconda dell'approccio adottato, si addiviene a soluzioni diametralmente opposte circa l'ammissibilità o meno della clausola statutaria concedente il recesso senza causa. Disattendendo la tesi restrittiva, la pronuncia della Cassazione n. 2629 del 2024 sembra voler innescare un mutamento sostanziale rispetto agli approcci più tradizionali della giurisprudenza di legittimità.

I. Il caso

La vicenda ha ad oggetto la legittimità di una clausola statutaria che attribuisce il diritto di recesso *ad nutum* ai soci di una società per azioni chiusa e costituita a tempo determinato.

Nel caso di specie, lo statuto stabiliva espressamente che: "*anche al di fuori dei casi di cui sopra i soci possono comunque recedere con un preavviso di almeno centottanta giorni: in tal caso, il recesso produrrà effetti dallo scadere dei centottanta giorni*".

Per esercitare tale diritto, un socio, sulla base di una clausola compromissoria statutaria, adiva il collegio arbitrale per veder dichiarata la legittimità del suo recesso *ex* art. 2437, 4º comma, cod. civ. e, conseguentemente, la liquidazione delle proprie partecipazioni.

Tale richiesta veniva respinta tanto dagli arbitri quanto dalla Corte d'Appello di Cagliari la quale, nello specifico, ha ritenuto nulla la clausola statutaria di recesso *ad nutum* nelle società per azioni a tempo perché contraria ad un principio d'ordine pubblico, desumibile dalle esigenze di tutela del capitale sociale e dei terzi interessati.

La Corte sarda ha altresì ritenuto infondata, oltre

* **Contributo pubblicato in base a *referee*.**

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

che inammissibile, l'ulteriore domanda con la quale il socio prospettava l'equiparazione del termine di durata eccessivamente lungo a quello indeterminato, con la conseguente applicazione analogica dell'art. 2437, 3º comma, cod. civ. (la società risulta costituita nel 1967, con termine finale al 2050).

La Suprema Corte ha completamente ribaltato le due decisioni, stabilendo la piena legittimità della clausola statutaria.

II. Le questioni

1. *Premessa*.

Nell'impianto codicistico del '42, l'istituto del recesso societario aveva un ruolo estremamente marginale.

Il legislatore considerava ammissibili i soli casi tassativamente previsti dalla legge senza, di fatto, lasciare spazio alcuno all'autonomia statutaria di prevedere ulteriori ipotesi convenzionalmente (GUIZZI, TOFFOLETTO, 3, *infra*, sez. IV).

Il fenomeno ha trovato una rinnovata linfa vitale con la riforma Vietti del 2003 (d.legis. 17.1.2003, n. 6), la quale ha messo in atto un vero e proprio processo di "liberalizzazione" del recesso nelle società di capitali.

La riforma delle norme relative al funzionamento dell'istituto è stata una delle questioni più dibattute in dottrina (*infra*, sez. IV) e, anche a margine della pronuncia in commento, appare ancora un tema di primaria rilevanza.

La decisione della Corte, infatti, è solo l'ultima di un filone giurisprudenziale, ormai ventennale, sull'ammissibilità del recesso *ad nutum* nelle società per azioni con un termine di durata e che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio (*infra*, sez. III).

Tuttavia, si tratta della prima volta in cui la Cassazione ha ammesso espressamente la validità di una clausola statutaria che riconosca il diritto di recesso *ad nutum*, anche ai soci di società chiuse ed a tempo.

Nell'elaborare la decisione, la Corte ha ritenuto opportuno, dapprima, ripercorrere nel dettaglio le principali caratteristiche dell'istituto attraverso una ricognizione delle fattispecie legali di recesso, e poi dedurre dalle stesse la *ratio* della disciplina, insistendo sull'importanza dello strumento nell'ottica di incentivare gli investimenti e di favorire il dialogo endosocietario.

Tutto ciò al fine di dimostrare che, nell'attuale sistema, l'istituto non può più esser considerato un'eccezione.

I Giudici, di seguito, hanno affrontato il tema degli spazi riconosciuti all'autonomia statutaria delle società (art. 2437, comma 4º, cod. civ.), nella regolamentazione di fattispecie convenzionali di recesso e, in particolare, di quello *ad libitum*.

È così che, privilegiando l'interesse del socio dissenziente e/o investitore, a discapito di quello della società, si è ritenuta ammissibile l'estensione per via statutaria dell'ipotesi di recesso *ad nutum*, di cui all'art. 2437, comma 3º, cod. civ., anche per le società costituite a tempo determinato, con una sola precisazione: tali previsioni saranno comunque suscettibili di un controllo generale di buona fede (artt. 1175 e 1375 cod. civ.).

Seguendo il tracciato adottato dalla Corte, nel prosieguo della trattazione ci si soffermerà, in primo luogo, sugli orientamenti esistenti in dottrina e giurisprudenza circa la portata applicativa-sistematica da attribuire al recesso senza causa nell'ambito del diritto societario.

Sulla base di tali rilievi, si cercherà poi di comprendere fin dove può spingersi l'autonomia dei privati nel regolamentare statutariamente le ipotesi di *exit* nelle società per azioni. Da qui, si distingueranno le due soluzioni, rispettivamente a favore e contro, l'ammissibilità di clausole statutarie che prevedano il diritto di recesso *ad nutum* nelle s.p.a. chiuse e costituite a tempo determinato.

2. *Il recesso* ad nutum *nelle società per azioni*.

La riforma del 2003 ha regolamentato autonomamente il recesso nelle società per azioni da quello nelle società a responsabilità limitata (rispettivamente agli artt. 2437 e 2473 cod. civ.). A ben vedere, diversamente da quanto prevedeva la normativa previgente, il legislatore ha voluto tenere distinte le due ipotesi, disciplinando l'istituto separatamente per i due tipi societari che, oggi, possono ritenersi indipendenti l'un l'altro (MANZONI, 1045, *infra*, sez. IV).

Infatti, con la novella, le società a responsabilità limitata hanno assunto la funzione di modello transitorio ed intermedio tra le società di persone e le società per azioni (CAGNASSO, 1121, *infra*, sez. IV).

Con specifico riferimento alla disciplina del recesso, si è pronunciata anche la giurisprudenza di legittimità ritenendo che le due ipotesi debbano essere trattate in maniera differenziata, in quanto diversi sono gli interessi sottesi ai due modelli societari: *(i)* nelle s.p.a., il profilo capitalistico, con l'interesse della maggioranza dei soci al vincolo associativo e *(ii)* nelle s.r.l., il profilo personalistico, assieme alla tutela dell'investimento del singolo socio (CASS. CIV., 12.11.2018, n. 28987, *contra* CASS. CIV., 22.4.2013, n. 9662, entrambe *infra*, sez. III).

Tale premessa si rende necessaria nell'ottica di evitare improprie sovrapposizioni tra i due modelli societari. È per questo che, nel prosieguo, ci si focalizzerà esclusivamente sul tema oggetto della pronuncia in commento: il recesso *ad nutum* e la sua prevedibilità in via statutaria, nelle società per azioni chiuse ed a tempo.

Da un punto di vista di teoria generale, il recesso è la "determinazione unilaterale" di un contraente di sciogliersi da un vincolo contrattuale (E. DEL PRATO, *Le Basi*, 193, *infra*, sez. IV); nel caso del diritto societario, *mutatis mutandis*, si tratta del diritto del socio di disassociarsi dall'organizzazione e, dunque, di un recesso

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

nella sua funzione tipica di *ius poenitendi* (DE NOVA, 674, *infra*, sez. IV).

Nella prospettiva specificamente imprenditoriale, l'istituto è considerato quale strumento di *voice* e di *exit* (HIRSCHMAN; DI CATALDO, *Il recesso del socio*, 217, *infra*, sez. IV); nel primo senso s'intende il recesso nell'ottica di far valere il dissenso del socio nell'ambito di una dialettica endosocietaria; nel secondo caso, invece, si tratta del potere del socio di obiettare alle scelte del gruppo, abbandonando definitivamente la società (DELLI PRISCOLI, 10, *infra*, sez. IV).

Tale duplice valenza è perfettamente chiara ai giudici di legittimità che, proprio nella decisione in commento, riconoscono apertamente come il recesso sia finalizzato "*non soltanto all'uscita dalla società, ma anche ad ottenere al suo interno un maggior ascolto del socio, pure di minoranza*".

Per quanto riguarda in particolare il recesso *ad nutum*, appare opportuno partire dal dato testuale dell'art. 2437, 3º comma, cod. civ., il quale riconosce espressamente il recesso senza causa per il socio di società per azioni costituita *sine die*, salvo l'obbligo di preavviso di 180 giorni, dilazionabile ulteriormente dallo statuto (pur sempre non eccedendo l'anno).

Sebbene non sia ancora chiaro se si tratti di un'ipotesi inderogabile o meno di recesso (SCARCHILLO, 369; BARTOLACELLI, 1162, nt. 77, e, in giurisprudenza, CASS. CIV., 21.2.2020, n. 4716; TRIB. VARESE, 26.11.2004, *infra*, sez. III e IV), la soluzione normativa si giustifica indubbiamente in ragione del disvalore dell'ordinamento nei confronti dei vincoli obbligatori perpetui (DE NOVA, *Il recesso*, 674, DELLI PRISCOLI, 3, *infra*, sez. IV, in giurisprudenza v. CASS. CIV., 30.7.1984, n. 4530 e CASS. CIV., 22.3.2010, n. 6898, *infra*, sez. III).

Ebbene, la validità di clausole statutarie che, nelle s.p.a. a tempo, rimettano la possibilità di recesso alla mera discrezionalità del socio, sconnessa dall'avveramento di circostanze relative alla vita societaria, dipende, a ben vedere, proprio da una valutazione sistematica dell'art. 2437, 3º comma, cod. civ., (I. FERRI, 915, *infra*, sez. IV).

A tal proposito, all'indomani della riforma, e tutt'ora oggi, in dottrina ed in giurisprudenza si sono contrapposti due orientamenti che, muovendo entrambi da un'esegesi logico sistematica del dato normativo, approdano a soluzioni diametralmente opposte sulla portata applicativa da attribuire alle ipotesi di *exit* senza causa.

Le principali riflessioni sul punto si rinvengono, da un lato, relativamente all'applicabilità in via analogica dell'art. 2437, 3º comma, cod. civ. anche alle società per azioni con un termine di durata eccessivamente lungo (GRANELLI, 862; MORANO, 303; BARTOLACELLI, 1162, CALANDRA BONAURA, 304, tutti *infra*, sez. IV), dall'altro, come per il caso di specie, sulla disponibilità dell'autonomia statutaria di disporre clausole *ad hoc* di recesso senza causa nelle società a tempo (CALLEGARI, 886; *contra* M. STELLA RICHTER, *Diritto*, 389, *infra*, sez. IV).

Invero, guardando alla giurisprudenza, la casistica più significativa è quella relativa alla prima questione, denotando, come prevedibile, maggiore velleità al conflitto giuridico, per quelle ipotesi in cui venga negata al socio la possibilità di recedere (*infra*, sez. III).

Apparentemente in continuità con l'atavica contrapposizione tra tesi istituzionalista e contrattualista, dall'analisi dei due diversi orientamenti si potranno individuare i presupposti sistematici che portano ad ammettere, o a negare, l'ammissibilità delle clausole statutarie di recesso incondizionato.

La tesi maggioritaria in dottrina, che definiremo "restrittiva", in linea di continuità con l'orientamento *ante* riforma, è ferma nel ritenere necessaria una lettura restrittiva delle norme in tema di recesso *ad nutum* (DELLI PRISCOLI, 54).

In tal senso, il recesso senza causa troverebbe la sua *ratio* e, di riflesso la sua operatività, solo nell'indeterminatezza della durata del vincolo (CALANDRA BONAURA, 304).

Tale soluzione viene giustificata a partire dalle caratteristiche specifiche delle società per azioni e del pericolo di instabilità che alle stesse possa derivare dalla previsione di clausole che rimettano alla volontà incondizionata del socio il diritto di *exit* (CERA, 632, e, in giurisprudenza, CASS. CIV., 24.2.2022, n. 6280, *infra*, sez. III e IV).

Al centro di tali modelli societari vi è il patrimonio sociale, la cui integrità deve essere salvaguardata dalla possibilità di recedere *ad libitum* dei soci di s.p.a. a tempo; tale rischio, infatti, finirebbe per mettere in pericolo il principio della fissità del capitale sociale.

Inoltre, considerata la rilevanza per la generalità dei consociati di tale modello societario, il c.d. rilievo reale dell'ente (E. DEL PRATO, *L'ente*, 171, *infra*, sez. IV), non si tratta solamente di tutelare il patrimonio sociale, ma anche le connesse ragioni dei creditori sociali e dei terzi in generale.

In questo senso, rimettere alla discrezionalità del socio la possibilità di recedere dall'organizzazione può provocare effetti riflessi pregiudizievoli anche per le ragioni dei terzi, tra le quali spiccano quelli dei cd. *stakheolders*, tenuto conto dell'importanza che questi ultimi hanno assunto nell'attuale contesto normativo (CAGETTI, 884, *infra*, sez. IV; in giurisprudenza, in aperto contrasto con la pronuncia in commento, CASS. CIV., n. 6280/2022).

Dunque, l'interpretazione restrittiva del terzo comma dell'art. 2437 cod. civ. sarebbe l'unica in grado di preservare le esigenze di tutela della patrimonializzazione societaria contro il rischio correlato ad una compagine sociale mobile (M. STELLA RICHTER Jr-PONTECORVI, *infra*, sez. IV).

Sostiene tali argomentazioni anche una parte della

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

giurisprudenza che, interpretando restrittivamente il dato normativo, ritiene le società per azioni chiuse costituite *sine die* non equiparabili a quelle con un termine di durata molto lungo (un centinaio di anni o più), con la conseguente valutazione di eccezionalità delle norme sul recesso *ad nutum*.

Sul punto, occorre rilevare come, a ben vedere, la maggior parte delle pronunce si limitano a ritenere non applicabile analogicamente alle società di capitali, la previsione di cui all'art. 2285 cod. civ., dettata in tema di società di persone (v., da ultimo, CASS. CIV., 5.9.2022, n. 26060; CASS. CIV., n. 4716/2020; CASS. CIV., 29.3.2019, n. 8962, tutte *infra*, sez. III).

Tuttavia, si deve registrate l'esistenza di un diverso orientamento che valorizzando la *ratio* sottesa alla riforma, addiviene a conclusioni opposte a quelle appena menzionate (GRANELLI, 862; MORANO, 303; VENTORUZZO, 323; CALLEGARI, 886, tutti *infra*, sez. IV).

Ponendoci in questa prospettiva, l'abbandono della logica istituzionalistica adottata dal Codice del '42 e la "rinascita" del recesso nelle società di capitali (VASTA, *Il diritto*, 878, *infra*, sez. IV), hanno spinto una parte della dottrina, seppur minoritaria, ad enfatizzare il ruolo dell'istituto nel rinnovato contesto ordinamentale.

Questa seconda tesi "estensiva" ritiene che l'espresso riconoscimento normativo (art. 2437, 3º comma, cod. civ.) avvalori l'esistenza di una nuova tendenza nell'ordinamento, favorevole ad un'interpretazione, per l'appunto, estensiva della portata applicativa della norma.

Tale apertura del sistema, viene riconosciuta in considerazione dei nuovi spazi attribuiti all'autonomia privata non solo nella regolamentazione convenzionale del recesso (GRANELLI, 862), ma anche, e soprattutto, con riferimento alla funzione economica del recesso stesso.

In quest'ultimo senso, nell'ottica di rendere più appetibili gli investimenti nelle società nostrane, la riforma ha sviluppato nuove forme di *exit* che facilitino il disinvestimento sulla base del sillogismo, a mente del quale "*la garanzia del disinvestimento si traduce così in garanzia dell'investimento; si investe perché si è certi di poter disinvestire nel caso in cui lo si ritenga utile e necessario*" (LIBONATI, 177, *infra*, sez. IV).

Tale tesi, valorizzata in positivo dalla stessa Corte con riferimento alle "esigenze del socio-investitore", funzionalizza il recesso all'attrazione di nuovi finanziamenti, nell'ottica di accrescere la competitività e di sostenere la concorrenza delle imprese nazionali nel mercato globale (GRANELLI, 862, DELLI PRISCOLI, 24-25, e, in giurisprudenza, APP. MILANO, 21.4.2007, *infra*, sez. III).

Pertanto, accanto alla tradizionale funzione giuridica di tutela del dissenso del socio, tale soluzione ermeneutica pone al centro dell'analisi anche lo scopo economico-finanziario dell'istituto.

A tal proposito, quasi a far da specchio rispetto alla tesi restrittiva, ed alla relativa valorizzazione del patrimonio societario, la tesi estensiva mette anche in luce la perdita di centralità del ruolo del capitale sociale, a discapito degli interessi dei singoli soci investitori.

Sulla base di tali presupposti argomentativi, dunque, si forma il convincimento della Suprema Corte nella sentenza in commento, la quale, infatti, ritiene che non sia "*più sostenibile che il recesso societario sia un istituto avente carattere eccezionale*".

La Cassazione, inoltre, si discosta apertamente dagli *iter* motivazionali adottati dalle diverse pronunce che applicano la tesi restrittiva, ritenendo che, nel caso di specie, non si tratterebbe di valutare l'ammissibilità di un'interpretazione analogica delle norme in tema di recesso, ma di comprendere fin dove può spingersi l'autonomia statutaria nella regolamentazione del recesso dei soci (per tutte, v. CASS. CIV., n. 6280/2022).

Proprio per questo, appurata l'esistenza di due visioni contrastanti circa la portata applicativa e sistematica da attribuire al recesso *ad nutum*, è ora necessario porsi nella prospettiva di comprendere quali spazi residuino per l'autonomia negoziale nel prevedere "ulteriori ipotesi di recesso" in via statutaria (art. 2437, 4º comma, cod. civ.).

3. *L'autonomia statutaria e la regolamentazione del recesso* ad nutum.

Il tema in analisi, come osservato dalla dottrina, coinvolge inevitabilmente la questione relativa alla sussistenza di "*limiti non scritti all'autonomia privata*" (ANGELICI, 136; TOFFOLETTO, 347; G. TRIMARCHI, 23, *infra*, sez. IV).

Ad ogni modo, gli approcci teorici, e le conclusioni pratiche, raggiunti dalle due tesi analizzate nel precedente paragrafo, fungono da "presupposti impliciti" della l'ammissibilità di clausole statutarie che prevedano il diritto di recedere senza causa, nelle s.p.a. chiuse ed a tempo (G. FERRI jr, *infra*, sez. IV).

È così che la ricerca di un "punto di equilibrio" – tra le esigenze del singolo socio al disinvestimento e quelle della società alla stabilità della compagine sociale ed all'integrità del patrimonio – sconta un'inclinazione decisiva, a seconda dell'orientamento teorico presupposto, cui si aderisce (ANGELICI, 129, *infra*, sez. IV).

Dunque, muovendo a partire dalle premesse logico-sistematiche della tesi restrittiva, si devono considerare sostanzialmente illegittime le clausole statutarie che prevedano, nelle società per azioni a tempo, l'opportunità per i soci di recedere incondizionatamente (DI CATALDO, *Il recesso del* socio, 230; SCARCHILLO, 369; BARTOLACELLI, 1162; CAPPIELLO, 846; GALLETTI, 1525, tutti *infra*, sez. IV).

In questo senso, nell'ottica di riservare alla società la possibilità di sindacare la validità dell'*exit*, la clausola statutaria di recesso è nulla se non prevede una causa oggettiva o soggettiva, cui rapportare l'esercizio del diritto.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Allo stesso modo, la dottrina ritiene tali clausole potenzialmente dannose per la stabilità dell'organizzazione e, soprattutto, per l'imprevedibilità, la non controllabilità nonché la soggezione che ne deriverebbe per la società stessa, a fronte dell'esercizio di tale diritto, rendendo estremamente complessa qualsiasi tipo di pianificazione finanziaria a lungo termine (BARTOLACELLI, 1164).

Si arriva così a ritenere sussistente un vero e proprio interesse pubblico alla conservazione della società che, limitando l'autonomia negoziale, comporterebbe la nullità di tutte quelle clausole che lo mettono a repentaglio, *ex* art. 1418, 1º comma, cod. civ. (BARTOLACELLI, 1166).

Tali argomentazioni sono ben note alla Cassazione che, non a caso, vi dedica un intero paragrafo della sentenza, titolandolo emblematicamente "risposta alle critiche".

Si aggiunge a tali riflessioni la posizione di quella attenta dottrina che, proprio nell'analizzare la sentenza in commento, ha rilevato come la soluzione ermeneutica adottata dalla Corte finisca col "*far dipendere dalla volontà del singolo socio la destinazione del patrimonio netto*" (G. FERRI jr). Ciò con riferimento al fatto che, dal punto di vista procedimentale, per liquidare la quota al socio uscente, potrebbe rendersi necessaria la riduzione del capitale sociale; questo infatti dovrà essere destinato al rimborso delle partecipazioni del socio recedente, in mancanza dell'esercizio del diritto d'opzione da parte dei soci e/o del proficuo collocamento delle stesse presso terzi (art. 2437-*quater* cod. civ.).

In questo senso, le conseguenze pratiche di una simile impostazione sarebbero in aperto contrasto con le regole generali che attribuiscono solo alla maggioranza la possibilità di disporre del patrimonio sociale netto; con l'ulteriore corollario che, non l'autonomia privata, ma solo una norma di legge potrebbe validamente derogare a tali regole.

Per altro, in quest'ultima prospettiva, l'autonomia statutaria non verrebbe ad essere del tutto annichilita nella misura in cui, *ex* art. 2328, 2º comma, n. 13, cod. civ., è sempre consentita la possibilità di prevedere statutariamente una durata indeterminata per la società; con l'ulteriore effetto che, in quei casi, sarà sempre ammesso il recesso *ad nutum*, ai sensi dell'art. 2437, 3º comma, cod. civ.

Diversamente, aderendo all'orientamento estensivo, favorevole ad un'applicazione analogica delle norme in tema di recesso, simili clausole statutarie sarebbero da considerare del tutto valide ed ammissibili, in ragione della preminenza degli interessi del "socio-investitore", accompagnata dal correttivo del controllo di buona fede (ANGELICI, 141, *infra*, sez. IV).

L'esegesi delle norme in tema di recesso societario, da questa prospettiva, è funzionale al riconoscimento di maggiori spazi all'autonomia statutaria.

Nell'ottica di valorizzare la funzione di *voice* del recesso e della dialettica endosocietaria, si afferma come non possano configurarsi limiti all'autonomia privata che non siano quelli espressamente previsti dalla legge. In tal senso, la volontà dei soci di prevedere una clausola statutaria di recesso *ad libitum* non sarebbe in contrasto con la normativa attuale (GRANELLI, 862; G. TRIMARCHI, 136).

Non si può fare a meno di evidenziare come anche il Consiglio Notarile di Milano, subito dopo l'entrata in vigore del testo riformato, si sia allineato a questo orientamento, sostenendo che "*l'atto costitutivo di s.r.l. e lo statuto di s.p.a. possono legittimamente prevedere il diritto di recesso, oltre che nelle ipotesi previste dalla legge:* [...]*(iii) al mero volere del socio recedente (c.d recesso* 'ad nutum'*); salva la necessità, in quest'ultimo caso, del preavviso di almeno 180 giorni, previsto dagli artt. 2437, comma 3, e 2473, comma 2, cod. civ*".

Le condizioni di *exit*, dunque, verrebbero rimesse alla libera iniziativa dei soci, così che "*le norme in tema di recesso più che favorire lo stesso tendono ad attribuire all'autonomia privata il potere di determinarne la portata*" (DELLI PRISCOLI, 23).

In questi termini, la dottrina si è anche espressa con riferimento alla sentenza in commento, rilevando come, al momento della stesura dello statuto è difficile ipotizzare "l'eventualità di un interesse dell'impresa", contrapposto e prevalente rispetto a quello dei soci (ANGELICI, 142).

L'unico correttivo a tale potere dell'autonomia privata viene ricondotto alla possibilità di un controllo di buona fede e correttezza del *quomodo* del diritto recesso *ad nutum* statutariamente previsto (artt. 1175 e 1375 cod. civ.).

Al centro di tale controllo giudiziale, dunque, non vi è la validità di tali clausole, ma le concrete modalità applicative dell'*exit*. Sul punto, la giurisprudenza di legittimità è ferma nel ritenere la possibilità di un controllo alla stregua delle clausole generali dell'ordinamento nelle ipotesi di recesso *ad nutum* (CASS. CIV., 18.9.2009, n. 20106, *infra*, sez. III).

Sulla base di tale premessa, si ritiene che l'abuso del diritto di recesso possa giustificarne l'illegittimità, tutte quelle volte in cui venga utilizzato "*fraudolentemente, ovvero in modo del tutto ingiustificato, ossia esclusivamente allo scopo di ledere gli interessi della società o dei soci di minoranza e, pertanto, in violazione dei normali principi di correttezza, buona fede e lealtà in materia contrattuale*" (MORANO, 303).

Le principali critiche a tale soluzione possono riscontarsi nella difficoltà di individuare *ex ante* quali siano quei comportamenti che possano concretizzare un abuso del diritto di recesso. Una diversa prospettiva, che in parte contribuirebbe a favorire un controllo sulla sola clausola in sé, potrebbe essere quella della meritevolezza di tutela della clausola statutaria ai sensi dell'art. 1322 cod. civ. (SANFILIPPO, 159, *infra*, sez. IV).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Provando a tirare le fila del discorso, emerge che, in mancanza di un dato normativo dirimente che chiarisca quali siano, e se vi siano, limiti dell'autonomia negoziale, non si può fare a meno di constatare una estrema polarizzazione delle soluzioni ermeneutiche prospettate tanto in dottrina, quanto in giurisprudenza (sebbene, sul dato letterale si v. M. STELLA RICHTER, *La Società*, 389; GALLETTI, 1525; CAPPIELLO, 846).

In tal senso, sulla base di un ragionamento puramente deduttivo, a seconda delle premesse adottate (*rectius* "presupposti impliciti") si addiviene a soluzioni radicalmente opposte.

Invero, tale circostanza potrebbe non dirsi critica se non fosse che tali diversi approcci teorici si sono tradotti in venti anni di decisioni più o meno divergenti da parte della giurisprudenza.

Se è vero che la regolamentazione del recesso costituisce, per espressa ammissione del legislatore del '42, "*una selva inestricabile per l'interprete che si avventuri per i suoi meandri malcerti*", non si può fare a meno di individuare quelle che possano essere le soluzioni maggiormente coerenti con l'attuale sistema normativo ed i suoi interessi sottesi (il virgolettato è dalla Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Codice Civile del 1942, Libro V, 223).

L'incertezza delle posizioni assunte dalla giurisprudenza, troppo spesso contrastanti ed ondivaghe, finiscono col danneggiare tanto gli interessi della società, fatti propri dalla tesi restrittiva, quanto quelli del socio e degli investitori, dell'orientamento estensivo, e, in ultima analisi, quelli del mercato in generale.

Anche per questo, allo stato attuale, la tenuta della soluzione da ultimo adottata dalla Corte appare quantomeno precaria, considerato che è la prima volta che i giudici di legittimità propendono espressamente per la tesi estensiva.

In conclusione, nel constatare l'impossibilità di addivenire in tempi rapidi ad una soluzione a livello legislativo, si auspica un intervento decisivo da parte della Sezioni Unite che determini definitivamente la portata applicativa del recesso *ad nutum* nelle s.p.a., nell'ottica di uniformare la risposta giurisprudenziale.

III. I precedenti.

1. *Premessa.*

In primo luogo, può esser utile richiamare la sentenza d'appello impugnata da cui origina la decisione in commento: APP. CAGLIARI, 26.6.2020, n. 352, in *Riv. dir. soc.*, 2021, 3, con nota di VASTA, *Il recesso* ad nutum *di s.p.a. a tempo determinato.*

La maggior parte delle pronunce sul tema dell'ammissibilità o meno del recesso *ad nutum* in s.p.a. a tempo, si riferisce all'ipotesi in cui la società stessa sia stata costituita con un termine eccessivamente lungo di durata e, dunque, della sua equiparabilità al tempo indeterminato (ai fini dell'applicabilità del art. 2437, 3º comma, cod. civ.).

Prendendo in riferimento solo le pronunce relative a s.p.a, sono contrarie all'equiparabilità, da ultimo, CASS. CIV., 24.2.2022, n. 6280, in *Giur. comm.*, 2023, 1045, con nota di MANZONI, *Riduzione della durata della società per azioni e recesso*; CASS. CIV., 5.9.2022, n. 26060, in *Foro it.*, 2022, I, 2990 ss.; CASS. CIV., 21.2.2020, n. 4716, in *Giur. comm.*, 2021, 305 con nota di VASTA, *Cent'anni di solitudine (senza recesso* ad nutum*)*; *contra* TRIB. MILANO, 30.6.2018, in *Società*, 2022, 1121 con nota di CAGNASSO, *La S.p.a. con durata superiore al millennio è a tempo indeterminato!*; TRIB. MILANO, 30.6.2018, in *Giur. delle Imprese;* APP. MILANO, 21.4.2007, in *Società*, 2008, 1121 ss.

A margine delle due soluzioni, si segnala quell'orientamento che commisura l'ammissibilità del recesso alla durata del progetto imprenditoriale, v. CASS. CIV., 29.3.2019, n. 8962, in *Società*, 2019, 633-638 con nota di BUSANI, *Recesso ammissibile solo se la durata della società non è correlata alla durata del suo progetto imprenditoriale.*

2. *Il recesso* ad nutum *nelle società per azioni.*

Per la differenziazione tra gli interessi sottesi ai due modelli di società di capitali v. CASS. CIV., 12.11.2018, n. 28987, in *Società*, 2019, 7, 873, con nota di CAROTENUTO; in senso opposto, riscontra interessi omogenei tra i due tipi CASS. CIV., 22.4.2013, n. 9662, in *Giur. it.*, 2013, 685.

Sebbene in un *obiter dictum* CASS. CIV., 21.2.2020, n. 4716, cit. ritiene che la previsione di cui all'art. 2437, 3º comma, cod. civ. sia derogabile da parte dello statuto. A favore della tesi dell'inderogabilità si era orientata la primissima pronuncia all'indomani della riforma TRIB. VARESE, 26.11.2004, in *Giur. comm.*, 2005, 473 con nota di DE BIASI.

Le pronunce citate per avvalorare il disvalore dell'ordinamento ai vincoli perpetui sono CASS. CIV., 22.3.2010, n. 6898, in *Società*, 2010, 1053 e CASS. CIV., 30.7.1984, n. 4530, in *Giust. civ.*, 1985, 2014 ss.

Sull'importanza del recesso nell'ottica di incentivo all'investimento APP. MILANO, 21.4.2007, in *Le Società*, 2008, 9, con nota di CARDARELLI.

Una pronuncia isolata ha ritenuto parzialmente estensibile l'art. 2258 cod. civ. anche alle s.p.a.: APP. BOLOGNA, 28.9.2017, in *ilcaso.it.*

3. *L'autonomia statutaria e la regolamentazione del recesso* ad nutum.

L'unica pronuncia che ammette espressamente la validità di una clausola statutaria di recesso *ad nutum* in s.p.a. chiuse e a tempo è COLL. ARB., 22.5.2014, in *Giur. comm.*, 2015, 884, con nota di CAGETTI, *Sulla (controversa) ammissibilità del recesso convenzionale ad nutum nella s.p.a. con termine di durata.*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Sul controllo di buona fede nell'esercizio del diritto di recesso *ad nutum* v. CASS. CIV., 18.9.2009, n. 20106, in *Giur. comm.*, 2011, 295 con nota di E. BARCELLONA, *Buona fede e abuso del diritto di recesso ad nutum tra autonomia privata e sindacato giurisdizionale*.

IV. La dottrina

1. *Premessa.*

Per una ricostruzione storica delle vicende relative all'istituto del recesso societario dal Codice del Commercio del 1882 sino ai giorni nostri si v. GUIZZI, TOFFOLETTO, *Il diritto dell'impresa nell'emergenza: da eccezione a regola?*, in *Osservatorio dir. civ. e comm.*, 2022, 1, 3 ss.

In dottrina, con riferimento al sistema previgente, v. G. GRIPPO, *Il recesso del socio*, in *Trattato delle società per azioni*, vol. 6, diretto da G.E. COLOMBO e G.B. PORTALE, Utet, 1993, 137 ss. Una voce isolata ammetteva, anche allora, la possibilità di clausole convenzionali di recesso, v. TANTINI, *Le modificazioni dell'atto costitutivo nella società per azioni*, Cedam, 1973, 164.

L'esigenza di tutela delle minoranze nell'ambito societario è presente in dottrina da quasi un secolo, v. G. FERRI, *La tutela delle minoranze nella società per azioni*, in *Dir. prat. comm.*, 1932, 1, 18 ss.

Sulla portata innovativa della riforma si v., per tutti, ALPA, *La riforma del diritto societario. Percorsi di lettura*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 217-240; in particolare, sul recesso M. STELLA RICHTER, *Diritto di recesso ed autonomia statutaria*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, 389-416.

2. *Il recesso* ad nutum *nelle società per azioni.*

Per una disamina ampia sul recesso nelle s.r.l., cfr. LORENZO, *sub art. 2473 cod. civ.*, in *Società a Responsabilità Limitata*, SANTINI et al., nel *Commentario del codice civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di DE NOVA, Zanichelli, 2022, 495-513.

Per la distinzione tra s.p.a. e s.r.l. MANZONI, *Riduzione della durata della società per azioni e recesso*, in *Giur. comm.*, 2023, II, 1045; CAGNASSO, *La s.p.a. con durata superiore al millennio è a tempo indeterminato* in *Società*, 2022, 10, 1121.

Sul recesso in generale E. DEL PRATO, *Le basi del Diritto civile*, Giappichelli, 5a ed., 2023, 193; DE NOVA, *Il recesso*, nel *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, Utet, 4a ed., 10, 2018, 674.

L'inquadramento delle funzioni di *voice* ed *exit* è di HIRSCHMAN, *Exit, voice and loyalty*, Harvard University Press, 1970; cfr. DI CATALDO, *Il recesso di socio di società per azioni*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da ABADESSA e PORTALE, Utet, 2007, vol. 3, 217.

Ricostruisce nel dettaglio anche gli orientamenti previgenti alla riforma DELLI PRISCOLI, *Delle modificazioni dello statuto. Diritto di Recesso*, nel *Commentario Schlesinger*, Giuffrè, 2013, 3-111, *sub* art. 2437, in spec. 54-55.

Per ulteriori riferimenti sull'istituto del recesso societario nelle s.p.a. v. SCARCHILLO, *sub art. 2437 cod. civ.*, nel *Commentario al Codice civile*, a cura di CENDON, Giuffrè, 2010, 369-399.

Sull'inderogabilità della previsione di cui all'art. 2437, comma 3º, cod. civ. v. BARTOLACELLI, *Profili del recesso* ad nutum *nelle società per azioni*, in *Contr. e impr.*, 2004, 1162, spec. nt. 77; *contra* CAPPIELLO, *Commento all'art. 2437*, in AA.VV., *Codice commentato delle nuove società*, Ipsoa, 2004, 846.

La necessità di una lettura sistematica del dato normativo sul recesso *ad nutum* è sollevata, in particolare, da I. FERRI, *Il recesso nella nuova disciplina delle società di capitali. Brevi considerazioni*, in *Riv. notar.*, 2004, 915-936.

Per inciso, si segnala che la stessa previsione legislativa di una forma di recesso *ad nutum* nelle società di capitali non era stata accolta con favore da parte della dottrina. Lo ha ribadito, di recente, M. STELLA RICHTER, *La società a tempo indeterminato*, in *Giur. comm.*, 2023, I, 914.

A favore dell'applicazione analogica dell'art. 2437, 3º comma, cod. civ. anche per le società costituite con un termine eccessivamente lungo VENTORUZZO, *I criteri di valutazione delle azioni in caso di recesso del socio*, in *Riv. soc.*, 2005, 328; in particolar modo quando la società sia composta da persone fisiche MORANO Analisi delle clausole statutarie in tema di recesso alla luce della riforma della disciplina delle società di capitali, in *Riv. notar.*, 2003, 303; *contra* CALANDRA BONAURA, *Il recesso del socio di società di capitali*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 304; M. STELLA RICHTER Jr, PONTECORVI, *Recesso ed esclusione dalle società di capitali*, Editoriale Scientifica, 2022; CERA, *Note minime, e critiche, sul recesso ad nutum del socio di s.p.a. a tempo indeterminato*, in *Giur. comm.*, 2015, I, 632. In quest'ultimo senso si registra anche la massima del Consiglio Notarile di Roma, massima luglio 2016, secondo cui "*La previsione di una durata delle società di capitali eccedente l'aspettativa di vita di un socio (persona fisica) non legittima l'esercizio libero del recesso, come consentito nel caso di società contratta a tempo indeterminato*". Di avviso diametralmente opposto il Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie che, nella massima I.H. 3 pubb. 1º-9/04, stabilisce che: "*l'introduzione di un termine di durata in una società a tempo indeterminato, avendo come effetto l'eliminazione di una causa di recesso, attribuisce ai soli so-ci che non hanno consentito alla adozione di tale delibera il diritto di recesso*".

Analizza la questione in termini critici GRANELLI, *Il recesso dalle società lucrative di capitali a dieci anni dalla riforma*, in *Giur. comm.*, 2013, I, 862.

BUTTURINI, *Gli ultimi sviluppi dottrinali e giurisprudenziali in tema di termine lungo e recesso* ad nutum *da*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

società di capitali, in *Contr. e impr.*, 2023, 753, ripercorre i più recenti sviluppi giurisprudenziali sul punto e richiama la possibile applicazione del criterio di ragionevolezza. Dello stesso A., v. gli ulteriori contributi pubblicati sempre su *Contr. e impr.*

DELLI PRISCOLI, *op. cit.*, 57, qualifica le norme sul recesso non come eccezionali, ma speciali.

Per l'ammissibilità di clausole statutarie di recesso incondizionato, anche nelle società a tempo v. CALLEGARI, *Commento all'art. 2437 bis*, in *La riforma delle società*, a cura di SANDULLI e SANTORO, Giappichelli, 2003, 886.

Afferma l'esistenza di un rilievo reale dell'ente E. DEL PRATO, *L'ente privato come atto*, Giappichelli, 2015, 161 ss., spec. 171.

Sulla "rinascita" del recesso in seguito alla riforma del 2003 v. VASTA, *Il diritto di recesso ad nutum da s.p.a. non quotata a tempo indeterminato*, in *Giur. comm.*, 2016, II, 878.

Sul valore del disinvestimento, cfr. LIBONATI, *Titoli di credito e strumenti finanziari*, Giuffrè, 1999, 177 e G. FERRI jr, *Investimento e conferimento*, Giuffrè, 2001.

3. *L'autonomia statutaria e la regolamentazione del recesso* ad nutum.

I primi autorevoli commenti alla sentenza sono di G. FERRI jr., *Recesso senza causa e autonomia statutaria*, in corso di pubblicazione su *Riv. notar.*, consultato per cortesia dell'Autore e ANGELICI, *Orientamenti e questioni in tema di diritto di recesso*, in *Riv. dir. comm.*, 2024, 1, 126.

Sul ruolo dell'autonomia statutaria v. TOFFOLETTO, *L'autonomia privata e i suoi limiti nel recesso del socio di società di capitali*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, 347; G. TRIMARCHI, *Autonomia privata e recesso dalle società di capitali* in *Notariato*, 2017, 23-141.

Per l'inammissibilità delle clausole di recesso *ad nutum* nelle s.p.a. a tempo, oltre ai già citati si v. GALLETTI, *Commento all'art. 2437*, in *Il nuovo diritto delle società*, II, a cura di MAFFEI ALBERTI, Cedam, 2005, 1525.

DI CATALDO, *Il recesso di socio di società per azioni*, cit., era dello stesso avviso, tuttavia, lo stesso A., pur non affrontando direttamente il tema del recesso *ad nutum*, sembrerebbe ammettere la clausola statutaria di recesso per giusta causa v. ID., *Il recesso del socio di società di capitali. È legittima una clausola statutaria di recesso per giusta causa?*, in *Giur. comm.*, 2015, I, 605 ss.

La massima del Consiglio Notarile di Milano è la n. 74 del novembre 2005.

In merito al possibile controllo di meritevolezza, cfr. SANFILIPPO, *Il controllo di meritevolezza sugli statuti di società: per un'applicazione alla funzione amministrativa della s.p.a.*, in *Società, banche e crisi d'impresa. Liber Amicorum Pietro Abbadessa*, Utet, 2014, vol. I, 561 ss., e in *Giur. comm.*, 2015, I, 159 ss.

Valorizzano il dato testuale, sulla base della diversa terminologia adottata dall'art. 2473 cod. civ., per escludere l'ammissibilità del recesso *ad nutum* convenzionale M. STELLA RICHTER, *La società*, cit.; GALLETTI, *op. cit.*; CAPPIELLO, *op. cit.*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Il riconoscimento in Italia delle adozioni pronunciate all'estero: la Cassazione fa chiarezza sulle norme applicabili e sui contorni dell'ordine pubblico

di Pietro Franzina*

SOMMARIO: 1. Il caso: Cass. civ., 19.12.2023, n. 35437. – 2. Due questioni e un *obiter dictum*. – 3. L'articolazione dei due regimi di riconoscimento: i caratteri dell'adozione «internazionale». – 4. La riconoscibilità delle sentenze di adozione secondo le norme generali. – 5. L'ordine pubblico, tra salvaguardia dei modelli familiari e continuità degli status attraverso le frontiere. – 6. La funzione positiva dell'ordine pubblico: verso il metodo del riconoscimento delle soluzioni?

1. Il caso: Cass. civ., 19.12.2023, n. 35437.

Due italiani, da tempo residenti negli Stati Uniti, adottavano in forza di un provvedimento pronunciato in Texas una bambina statunitense, anch'essa residente negli Stati Uniti. Pur intenzionati a non lasciare il paese, chiedevano che il provvedimento venisse trascritto in Italia, confidando che lo stesso fosse efficace nell'ordinamento italiano in base alla l. 31.5.1995, n. 218, di diritto internazionale privato. Gli articoli 64 e seguenti di tale legge prevedono, infatti, che, al ricorrere di certe condizioni (che gli adottanti reputavano soddisfatte), le decisioni straniere producono effetto in Italia senza che si renda necessario il ricorso ad alcun procedimento.

L'ufficiale di stato civile respingeva la richiesta. Convinto che nella specie operasse la l. 4.5.1983, n. 184, sull'adozione, rilevava il mancato rispetto dei requisiti ivi stabiliti per l'adozione «internazionale», dato che i ricorrenti non avevano ottenuto l'idoneità all'adozione ai sensi dell'art. 29-*bis* né avevano, in generale, seguito il percorso tracciato dalla legge per quel genere di adozioni.

Gli adottanti chiedevano allora alla Corte d'appello di Milano, *ex* art. 67, l. n. 218/1995, di accertare la riconoscibilità della decisione texana. I giudici milanesi rigettavano il ricorso, ritenendo anche per parte loro che la coppia, in quanto formata da cittadini italiani, avrebbe dovuto intraprendere la via indicata dalla l. n. 184/1983, e in particolare conformarsi al suo art. 36, comma 4º, secondo cui l'adozione pronunciata in uno Stato straniero «a istanza di cittadini italiani, che dimostrino al momento della pronuncia di aver soggiornato continuativamente nello stesso e di avervi avuto la residenza da almeno due anni», è efficace in Italia solo in forza di un provvedimento italiano che ne disponga il riconoscimento, da richiedersi al tribunale per i minorenni (non dunque in modo automatico, come sotto la l. n. 218/1995).

Con la sentenza in commento la prima sezione della Suprema Corte ha cassato il decreto milanese e, statuendo sul merito, ha accolto il ricorso iniziale degli adottanti, dichiarando riunite le condizioni per il riconoscimento automatico della decisione texana.

2. Due questioni e un *obiter dictum*.

La pronuncia ruota attorno a due questioni di fondo. La Cassazione si è dapprima domandata in base a quali norme dovesse essere accertata l'efficacia della sentenza texana. Sul punto, ha reputato erroneo il richiamo alla l. n. 184/1983, considerando operanti le regole generali della l. n. 218/1995. Si è quindi interrogata sulla sussistenza delle condizioni per il riconoscimento fissate dalla legge indicata da ultimo: un tema non toccato dalla Corte d'appello, per aver questa ritenuto applicabile la l. n. 184/1983. Nell'affrontare il problema, la Corte si è peraltro soffermata su una sola di tali condizioni, quella della non contrarietà all'ordine pubblico. Si è chiesta, a questo titolo, se la riconoscibilità del provvedimento non fosse preclusa dall'assenza di un vincolo coniugale fra gli adottanti, conscia che, ai sensi dell'art. 6 della l. n. 184/1983, un'adozione con effetti equivalenti a quella texana, ossia un'adozione piena, presuppone che gli adottanti siano uniti in matrimonio da almeno tre anni. Per il Collegio, l'assenza di coniugio non vale di per sé ad escludere la riconoscibilità della sentenza.

---

* **Contributo pubblicato in base a *referee*.**

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Pur avendo già raggiunto per altra via la risposta appena riferita, la Corte ha affermato che, in generale, quando si parla dell'efficacia delle decisioni straniere, l'ordine pubblico non serve solo a difendere la coerenza interna del foro, ma può assolvere anche una funzione «positiva», promuovendo «l'ingresso di nuove relazioni genitoriali» anche estranee al tradizionale modello di filiazione.

Se la risposta alla prima questione appare pienamente condivisibile, la seconda – benché persuasiva nell'esito – poggia su un ragionamento non limpido, perché parziale: la Corte, concentrando tutta l'attenzione sul problema dell'ordine pubblico (convincentemente risolto), ha di fatto omesso di trattare le altre condizioni da cui dipendeva, nella specie, il riconoscimento dell'adozione texana.

Con l'*obiter*, infine, la Corte ha ribadito un'indicazione di principio – quella sulla funzione positiva dell'ordine pubblico – che, per quanto condivisibile in sé, resta declinata in termini troppo generali per convertirsi in regola operativa ed esprimere dunque pienamente il suo potenziale. Le soluzioni tecniche con cui altri paesi rispondono alle preoccupazioni espresse dalla Cassazione potrebbero peraltro fornire, come si dirà, degli spunti utili a questo fine.

3. L'articolazione dei due regimi di riconoscimento: i caratteri dell'adozione «internazionale».

La Cassazione ha rimproverato alla Corte d'appello milanese di essersi accostata al riconoscimento della decisione texana nell'ottica delle norme sull'adozione «internazionale» di cui alla l. n. 184/1983, mentre nella specie veniva in gioco un'adozione c.d. estera, soggetta alla l. n. 218/1995.

L'art. 41, l. n. 218/1995 indica che, per regola, i «provvedimenti stranieri in materia di adozione sono riconoscibili in Italia ai sensi degli articoli 64, 65 e 66» della stessa legge, salvo precisare che «[r]estano ferme le disposizioni delle leggi speciali in materia di adozione dei minori», come l'art. 36, l. n. 184/1983. Per stabilire se operino le regole generali o quelle speciali occorre dunque stabilire quale sia l'esatta portata di queste ultime.

La questione ha ricevuto risposte divergenti[1]. La sentenza in commento fa leva su un criterio già affacciato nella giurisprudenza di legittimità, salvo proporne una formulazione particolarmente semplice e lineare, nella quale cessa di avere rilievo un elemento – la cittadinanza italiana degli adottanti – che i precedenti della Corte sembravano invece indicare come decisivo.

Le regole speciali, spiega la Suprema Corte, valgono solo in caso di adozione «internazionale». Il concetto ricalca quello che impiega la convenzione dell'Aja del 29.5.1993, relativa appunto all'adozione internazionale e in vigore per l'Italia e un altro centinaio di paesi[2], per definire il proprio ambito di applicazione. La convenzione, come si legge nell'art. 2, si applica all'adozione di un minore, residente abitualmente in uno Stato contraente (lo Stato d'origine), che sia stato o debba essere trasferito in un altro Stato contraente (lo Stato di accoglienza). Non importa, a questo fine, che il trasferimento avvenga a seguito di un'adozione pronunciata nello Stato d'origine a favore di una persona o di una coppia la cui residenza abituale sia nello Stato di accoglienza, o in vista di un'adozione nello Stato di accoglienza o in quello di origine.

In breve, per la Cassazione, un'adozione è internazionale quando comporti lo «sradicamento» del minore dallo Stato in cui risiede abitualmente, cioè quando sia correlata a un trasferimento della residenza abituale del minore da un paese a un altro. Spetta così alle norme generali regolare l'efficacia in Italia di un'adozione straniera che non cristallizzi, né annunci, un simile trasferimento.

Se è questo il discrimine, non importa sapere, per stabilire se il riconoscimento dipenda dalle norme speciali o da quelle generali, se gli adottanti possiedano, o meno, la cittadinanza italiana.

La giurisprudenza precedente sembrava accreditare una lettura diversa, influenzata, in particolare, dai riferimenti fatti alla cittadinanza italiana degli adottanti nell'art. 29-*bis* e nell'art. 36, comma 4º, l. n. 184/1983. È a tale diversa lettura che la stessa Corte milanese si era allineata nel decreto oggetto del ricorso.

L'evoluzione della giurisprudenza di legittimità può riassumersi come segue.

Per vagliare l'efficacia in Italia di adozioni straniere la Cassazione si è pressoché sistematicamente richiamata, fino al 2017, alle regole speciali della l. n. 184/1983, tanto da affermare che il riconoscimento delle decisioni straniere di adozioni fosse possibile «esclusivamente» in base agli articoli da 29 a 36 della legge[3], relativi – come detto – alle adozioni internazionali.

La rigidità di questa asserzione è stata messa in discussione dalla Corte costituzionale in una sentenza relativa alla legittimità degli artt. 35 e 36, l. n. 184/1983, originata da un caso riguardante il riconoscimento di un'a-

---

[1] V. in argomento, fra gli altri, Marzialetti, *Le sentenze straniere di stepchild adoption omogenitoriale. Il discrimine tra automaticità del riconoscimento e giudizio di delibazione*, in questa ***Rivista***, 2016, I, 1177 ss., e Lopes Pegna, *Effetti in Italia dell'adozione co-parentale pronunciata all'estero: vecchie e nuove questioni*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2016, 725 ss. Più di recente, v. Sesta, *Adozione consensuale estera e ordine pubblico: una decisione che non persuade*, in *Fam. e dir.*, 2021, 992 ss., e Parenzo, *Adozioni internazionali e adozioni straniere: casi di confine in tema di riconoscimento dei provvedimenti stranieri di adozione*, in *Familia*, 2023, 807 ss.

[2] Il testo della convenzione, assieme ad informazioni sullo stato delle ratifiche e delle adesioni, si trova nel sito della Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato: *http://hcch.net*.

[3] Cass. civ., 22.9.2017, n. 22220, ord. Per Cass. civ., 12.12.2017, n. 29668, ord. la disciplina di riconoscimento speciale della l. n. 184/1983 riveste un carattere «tendenzialmente esaustivo».

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

dozione statunitense. La Corte dichiarò allora inammissibile la questione di costituzionalità, ma lo fece lamentando che il giudice *a quo* non avesse adeguatamente distinto il regime generale applicabile alle adozioni estere da quello dettato per le adozioni internazionali dalla l. n. 184/1983; un'omissione, questa, che impediva, per la Corte, di apprezzare la rilevanza della questione[4].

La Cassazione, a quel punto, ha rimeditato il suo approccio, sottolineando a sua volta la necessità di distinguere i casi rientranti, rispettivamente, nel regime speciale e in quello generale. In una pronuncia del 2018, relativa a una sentenza francese con cui era stata dichiarata l'adozione piena e incrociata dei figli biologici di due cittadine francesi, la Corte ha affermato che soggiacciono alla disciplina speciale due ipotesi: non solo quella della vera e propria adozione «internazionale», che ricorre quando vi sia «diversità dello Stato di residenza degli aspiranti genitori adottivi, rispetto a quello del minore in stato di abbandono», ma anche quella dall'adozione «interna al paese estero in cui è pronunciata», a patto che sia «caratterizzata dalla comune residenza, in uno Stato estero, da almeno due anni, dei cittadini italiani che sono aspiranti genitori adottivi e del minore, che risulta in stato di abbandono»[5]. Il Collegio ha ritenuto che in quel frangente non ricorresse alcuna delle situazioni descritte. Le adottanti, come detto, erano cittadine francesi (anche se una possedeva altresì la cittadinanza italiana) e, per quanto risiedessero «anche in Italia», la Corte si è preoccupata di precisare che le stesse avevano comunque «mantenuto» una residenza in Francia (pare di capire, una residenza di tipo anagrafico, cioè formale)[6]. Tanto è bastato allora per convincere la Corte che il caso si collocasse al di fuori della sfera delle regole speciali.

Muovendosi nel solco di questa pronuncia, le sezioni unite hanno ribadito, nel 2021, che non tutti i provvedimenti esteri di adozione rientrano nella nozione di «adozione internazionale» ai fini della l. n. 184/1983[7], salvo aggiungere – ecco il problema – una (troppo) sintetica indicazione delle situazioni che debbono ritenersi soggette al regime speciale ivi previsto: tale regime, si legge nell'arresto del 2021, opera allorché «i richiedenti risiedano entrambi in Italia, o siano cittadini italiani risiedenti all'estero».

La sentenza oggetto del presente commento ha di fatto sciolto, e corretto, quest'ultima indicazione. La sentenza texana era stata pronunciata a favore di due cittadini italiani residenti all'estero, ma la prima sezione ha escluso che ciò valesse ad attrarla nella sfera della l. n. 184/1983. Il solo dato che conta è se l'adozione implichi, o meno, lo sradicamento del minore dal suo ambiente: se questa implicazione è assente, allora l'adozione non può dirsi internazionale e soggiace alle regole generali della l. n. 218/1995 anche se pronunciata a favore di cittadini italiani.

La puntualizzazione appare opportuna. Da un lato, perché le ragioni a cui in passato la Cassazione ha sembrato alludere per assegnare un rilievo decisivo alla cittadinanza degli adottanti sono tutt'altro che convincenti; dall'altro, perché l'opposta tesi sostenuta dalla prima sezione, secondo cui il dato decisivo è il mutamento della residenza del minore, poggia invece su considerazioni del tutto condivisibili.

Si torni alla citata pronuncia delle sezioni unite del 2021. Per affermare l'applicabilità della normativa speciale a tutte le adozioni richieste da persone residenti in Italia o da cittadini italiani, le sezioni unite si erano allora richiamate all'art. 29-*bis*, l. n. 184/1983. Vi si legge che le «persone residenti in Italia» che intendano adottare un minore (si noti: un minore straniero residente all'estero) devono presentare dichiarazione di disponibilità al tribunale per i minorenni del distretto di residenza e chiedere che lo stesso dichiari la loro idoneità all'adozione, e che nel caso di «cittadini italiani residenti in uno Stato straniero», la competenza spetta, invece, al tribunale per i minorenni del distretto di ultima residenza o, in mancanza, a quello di Roma. In pratica, le sezioni unite hanno ritenuto di definire i contorni del concetto di «adozione internazionale» prendendo le mosse da una disposizione che, di per sé, ha solo la funzione di indicare i passi da compiere per giungere in Italia a una tale adozione e individuare le autorità italiane competenti.

Un approccio criticabile. Affidandosi a una norma che regola il procedimento di adozione, le sezioni unite non hanno considerato che la necessità pratica di distinguere le adozioni internazionali dalle altre non sorge solo quando si tratta, per l'appunto, di avviare un procedimento adottivo in Italia, ma anche quando ci si interroga sull'efficacia di una pronuncia straniera e ci si chiede se vengano in gioco, per valutarla, le norme generali o quelle relative, per l'appunto, all'adozione internazionale.

Per sapere se una decisione straniera sia correlata, o meno, a una adozione internazionale e sia sottoposta come tale alle regole specificamente dedicate a questo genere di adozioni, bisogna dunque servirsi di un criterio diverso, più generale. Secondo la prima sezione della Corte, quel criterio consiste, come detto, nello sradicamento del minore dal suo ambiente: valgono le norme della l. n. 184/1983 quando si discorre di un

---

[4] V. sulla pronuncia, per tutti, Marongiu Buonaiuti, *Il riconoscimento delle adozioni da parte di coppie di persone dello stesso sesso: la Corte Costituzionale risponde al Tribunale per i minorenni di Bologna*, in *Ordine int. e dir. umani*, 2016, 453 ss.

[5] Cass. civ., 31.5.2018, n. 14007, ord., in *Foro it.*, 2018, 1, 2717.

[6] Cass. civ., 31.5.2018, n. 14007, cit. In senso analogo, Cass. civ., 26.11.2020, n. 26882, ord., in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2021, 363 ss.

[7] Cass. civ., sez. un., 31.3.2021, n. 9006, in questa ***Rivista***, 2016, I, 797 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

provvedimento straniero che comporti (o abbia comportato) un simile mutamento.

La soluzione accolta nella pronuncia qui analizzata è quella che meglio si concilia con lo scopo pratico delle norme speciali. Al fenomeno dell'adozione internazionale, nel senso illustrato, si ricollegano in effetti delle esigenze specifiche, diverse da quelle che sorgono quando non sussiste il particolare elemento transfrontaliero appena evocato. Quando l'adozione riveste un carattere «interno» il rischio che l'adozione possa servire a coprire delle pratiche di sottrazione o di traffico di minori, non è solo più remoto, ma è anche, in linea di principio, contrastabile con i mezzi di cui lo stesso Stato interessato normalmente dispone. Viceversa, è quando l'adozione fa attraversare al minore i confini del paese in cui risiede che si giustifica una disciplina particolare, che organizzi la cooperazione fra Stati stranieri e permetta, nel foro, un sindacato particolarmente incisivo delle circostanze della specie.

In fondo è questo anche il motivo per cui il legislatore ha ritenuto che il riconoscimento delle decisioni straniere implicanti un mutamento di residenza abituale del minore, anziché essere automatico, debba passare per un vaglio condotto dai giudici italiani secondo i parametri della stessa l. n. 184/1983, compresa la verifica, ai sensi dell'art. 35, comma 3º, che l'adozione «non sia contraria ai principi fondamentali che regolano nello Stato il diritto di famiglia e dei minori».

La posizione centrale occupata dal concetto di sradicamento nel titolo II della l. n. 184/1983, relativo appunto alla adozione internazionale, è confermata, a guardar bene, da vari indizi testuali. Il titolo comprende due capi, dedicati rispettivamente all'adozione dei minori «stranieri» e alle ipotesi di «espatrio di minori a scopo di adozione». Nel primo si ragiona dell'adozione di un minore «residente all'estero» (l'art. 29-*bis*, comma 1º) che si preveda debba fare «ingresso» in Italia o fissarvi la sua «residenza permanente» (art. 32, comma 1º), mentre nel secondo si parla, essenzialmente, di un minore domiciliato o dimorante in Italia destinato a lasciare, per effetto dell'adozione, il territorio italiano (art. 40, comma 1º).

Non è poi irrilevante, nella ricostruzione delle disposizioni in esame, che la l. n. 184/1983 sia stata interessata da un'estesa riscrittura ad opera della l. 31.12.1998, n. 476, esecutiva della convenzione dell'Aja del 1993; e ciò non solo al fine di attuare sul piano interno gli obblighi internazionali assunti dall'Italia, ma anche per allineare ai «principi» e alle «direttive» del regime convenzionale il trattamento di casi che esulano come tali dalla convenzione. È dunque ragionevole servirsi del concetto convenzionale di adozione internazionale anche in rapporto alle disposizioni della l. n. 183/1984 che si riferiscono al fenomeno[8].

A ulteriore sostegno della tesi accolta dalla Corte vale il rilievo per cui equiparare il riconoscimento di una «pura» adozione estera a quello di un'adozione pronunciata (sempre all'estero ma) in funzione di un trasferimento del minore equivarrebbe a limitare, senza un'idonea giustificazione, la portata pratica di quello che il legislatore, con la l. n. 218/1995, ha indicato essere un principio generale del sistema italiano di diritto internazionale privato: il principio del riconoscimento automatico delle sentenze straniere. Se si tratta di un principio, allora il suo impiego non può essere escluso al di fuori dei casi in cui vi sia una precisa ragione per derogarvi.

Non è forse inutile aggiungere, ancorché l'osservazione abbia un rilievo solo incidentale, che il criterio delineato dalla Cassazione corrisponde al concetto di adozione internazionale accolto in diversi altri paesi, per estensione (e generalizzazione) della convenzione dell'Aja del 1993. In Francia, per esempio, la riforma dell'adozione del 2022 ha fornito l'occasione per introdurre un'esplicita definizione del concetto di adozione internazionale. Ai sensi del nuovo art. 370-2-1 del *code civil*, l'adozione può dirsi internazionale in due casi: quando il minore, che abbia la residenza abituale in uno Stato straniero, «a été, est ou doit être déplacé, dans le cadre de son adoption, vers la France», Stato di residenza abituale degli adottanti; e quando, trattandosi di minore con residenza abituale in Francia, quest'ultimo, allo stesso modo, sia stato, sia o debba essere trasferito verso lo Stato straniero «où résident habituellement les adoptants»[9]. Una definizione analoga compare dal 2007 nella legislazione spagnola[10].

4. La riconoscibilità delle sentenze di adozione secondo le norme generali.

Chiarita l'applicabilità del regime generale sul riconoscimento delle decisioni straniere, ci si sarebbe aspettati che la Corte, al fine di decidere nel merito il ricorso iniziale degli adottanti, identificasse all'inter-

[8] L'adozione a cui si applica la convenzione, che il testo francese chiama «internationale», viene più efficacemente designata nella versione inglese come adozione «intercountry». A differenza del primo aggettivo, che di per sé parrebbe poter abbracciare qualsiasi adozione caratterizzata, genericamente, da elementi di internazionalità, l'espressione «intercountry» presenta una connotazione territoriale ed evoca in tal modo un'adozione implicante un passaggio da un ambiente a un altro.

[9] La disposizione, come modificata dalla legge n. 2022-219 del 21.2.2022, può leggersi nella banca dati *Légifrance*: *https://www.legifrance.gouv.fr*.

[10] Ai sensi dell'art. 1 della legge n. 54/2007 del 28 dicembre 2007 sull'adozione internazionale, reperibile nel sito del *Boletín Oficial del Estado* (*http://boe.es*), «se entiende por adopción internacional aquella en la que un menor considerado adoptable por la autoridad extranjera competente y con residencia habitual en el extranjero, es o va a ser desplazado a España por adoptantes con residencia habitual en España, bien después de su adopción en el Estado de origen, bien con la finalidad de constituir tal adopción en España».

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

no di quel regime le norme pertinenti e verificasse se le condizioni ivi previste fossero soddisfatte, o meno.

La Corte, invece, si è concentrata su una sola condizione, del resto comune alle varie norme che compongono il regime anzidetto, ossia gli artt. 64, 65 e 66, l. n. 218/1995: la condizione per cui la decisione non deve produrre effetti incompatibili con l'ordine pubblico italiano.

Prima di esaminare i rilievi svolti dalla prima sezione in merito all'ordine pubblico, conviene dar conto delle questioni, logicamente precedenti, che la motivazione ha invece lasciato in ombra.

L'art. 41, l. n. 218/1995, come osservato, stabilisce che il riconoscimento delle decisioni straniere in materia di adozione soggiace agli articoli 64, 65 e 66. Le tre disposizioni si riferiscono a scenari distinti e fissano condizioni in parte diverse: l'art. 64 tratta del riconoscimento delle «sentenze» straniere e opera rispetto alle pronunce in cui si sostanzia l'esercizio di un'attività giurisdizionale di cognizione; l'art. 66 vale per le decisioni straniere aventi i caratteri della giurisdizione volontaria; l'art. 65, infine, si applica ai provvedimenti relativi alla capacità delle persone, «all'esistenza di rapporti di famiglia» o ai diritti della personalità [11].

La giurisprudenza di legittimità ha da tempo chiarito che l'art. 65 non pretende di applicarsi in via esclusiva ai provvedimenti ora menzionati [12]. Ciò significa che una decisione relativa alla «esistenza di rapporti di famiglia», resa in un procedimento contenzioso, è efficace in Italia allorché soddisfi, indifferentemente, le condizioni dell'art. 64 o quelle dell'art. 65.

Il triplice richiamo dell'art. 41 implica che, al cospetto di decisione in materia di adozioni, occorre cominciare col determinarne la natura. La qualificazione andrà compiuta *lege fori*, servendosi cioè dei parametri dai quali dipende in Italia la distinzione dei procedimenti di cognizione da quelli volontari, con l'accortezza che quei parametri vanno intesi con flessibilità e, come si dice, apertura internazionalistica, trattandosi pur sempre di ricondurre alle categorie italiane delle situazioni che ripetono la loro fisionomia da norme straniere, potenzialmente assai diverse da quelle interne. Una volta qualificata la decisione, si applicherà, a seconda della natura del provvedimento, l'art. 64 o l'art. 66. Opererà, in aggiunta, l'art. 65, ogniqualvolta si tratti di un provvedimento avente ad oggetto «l'esistenza» del rapporto adottivo, come nel caso, evidentemente, di una decisione costitutiva del rapporto stesso.

Nella sentenza in commento la Corte non ha ritenuto di dover determinare la natura della decisione texana. Nel testo si dà conto delle difese degli adottanti con riguardo all'art. 65 e si affronta una questione particolare (su cui si tornerà in seguito) egualmente relativa a tale disposizione. Non si fa parola, invece, dell'art. 64 e dell'art. 66. Non è chiaro, però, se questo silenzio vada inteso nel senso che la Corte ne ha escluso la pertinenza.

La sussunzione del caso sotto l'una o l'altra norma rivestiva nondimeno una sicura importanza pratica. Gli articoli 64, 65 e 66 subordinano tutti il riconoscimento alla circostanza che la pronuncia provenga da un paese con cui la situazione oggetto della decisione presenti un particolare collegamento. Tale requisito, però, varia a seconda della disposizione considerata.

Agli effetti dell'art. 64, la sentenza deve provenire da uno Stato i cui giudici possano dirsi competenti secondo i principi della competenza giurisdizionale propri dell'ordinamento italiano: lo esige l'art. 64, lett. *a*), alludendo al requisito a cui si è soliti riferirsi parlando della «competenza internazionale» del giudice dello Stato d'origine. Per l'art. 65, invece, il provvedimento dev'essere stato pronunciato dalle autorità dello Stato la cui legge è richiamata dalle norme italiane sui conflitti di leggi, o essere ivi efficace. Per le decisioni di natura volontaria, infine, l'art. 66 esige in via alternativa il rispetto delle condizioni dell'art. 65 o, come l'art. 64, la competenza del giudice d'origine secondo i criteri italiani.

Ebbene, la sentenza texana, per quanto riguarda la provenienza, risultava riconoscibile in forza dei criteri dell'art. 64, ma non in forza dei criteri dell'art. 65.

Si consideri l'art. 64. I principi italiani sulla giurisdizione che fungono qui da parametro si desumono dall'art. 40, l. n. 218/1995. La norma eleva a titolo di giurisdizione in materia di adozione tanto la cittadinanza quanto la residenza dell'uno o l'altro degli adottanti. Il giudice statunitense poteva dunque reputarsi munito di competenza internazionale già in virtù della residenza degli adottanti negli Stati Uniti.

Nella prospettiva dell'art. 65, come detto, bisogna individuare la legge regolatrice della situazione oggetto del provvedimento: questo sarà riconoscibile solo se reso dalle autorità dello Stato la cui legge risulti richiamata a questo fine. Viene in gioco a questo fine l'art. 38, l. n. 218/1995. I presupposti e la costituzione dell'adozione, vi si dice, «sono regolati dal diritto nazionale dell'adottante o degli adottanti se comune». Solo in mancanza di una cittadinanza comune viene richiamata la legge dello Stato di comune residenza degli adottanti. Nel caso in discussione gli adottanti erano italiani, per cui doveva reputarsi richiamata, agli effetti dell'art. 65, la legge italiana. Anche la Suprema Corte ha registrato questo dato nella motivazione, ma non ne ha tratto la conclusione che ci si poteva attendere, ossia che una delle condizioni poste dall'art. 65, quella

[11] Sulla disciplina recata dalle tre norme v. in generale, per tutti, D'Alessandro, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, Giappichelli, 2007, 14 ss.

[12] Cass. civ., 28.5.2004, n. 10378, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2005, 129 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

relativa alla provenienza della decisione, faceva difetto.

La vicenda all'origine della pronuncia, in realtà, presentava una particolarità. La Corte ne ha trattato in un passaggio della motivazione che non brilla per chiarezza.

Gli adottanti, oltre ad essere italiani, erano anche cittadini statunitensi per naturalizzazione. Si poneva quindi il problema di capire se nella specie l'art. 38 designasse (agli effetti dell'art. 65) l'Italia o gli Stati Uniti. Al quesito risponde l'art. 19, comma 2º, l. n. 218/1995: la legge applicabile al pluricittadino è quella dello Stato con cui questi ha il collegamento più stretto, salvo non si tratti di persona che, fra le varie cittadinanze, possiede anche quella italiana, poiché in tal caso il soggetto, ai fini dei conflitti di leggi, deve comunque essere considerato italiano, e solo italiano, a nulla rilevando che possa intrattenere una relazione più intensa con uno Stato diverso dall'Italia.

Così, anche tenendo conto della cittadinanza statunitense degli adottanti, l'art. 38, combinandosi con l'art. 19, comma 2º, portava ad assoggettare l'adozione alla legge italiana, precludendo la riconoscibilità ai sensi dell'art. 65.

Il Supremo Collegio ha ritenuto di poter liquidare l'ostacolo affermando che «la contemporanea sussistenza della cittadinanza italiana, oltre a quella statunitense, non può essere considerata motivo per una disciplina deteriore dei richiedenti, rispetto ad un provvedimento che venisse domandato da una coppia di cittadinanza non italiana».

Non è chiaro come vada inteso questo rilievo. Viene da pensare che esso condensi un ragionamento che, se sciolto, si articolerebbe nei due passaggi che seguono. Primo: gli adottanti, cittadini italiani e statunitensi, intrattengono con gli Stati Uniti, non con l'Italia, i legami più stretti (perché vi abitano, vi lavorano, etc.), il che, di per sé, porta a qualificarli, ai fini dell'art. 38, come cittadini statunitensi, con conseguente riconoscibilità dell'adozione, ai sensi dell'art. 65. Secondo: l'esito ora riferito non è messo in discussione dalla seconda parte del predetto art. 19, comma 2º, che sancisce il primato di principio della cittadinanza italiana; quella parte della norma deve infatti ritenersi inoperante perché, nella specie, condannerebbe la sentenza texana a non produrre effetto in Italia, collocando gli adottanti, in quanto cittadini italiani, in una condizione deteriore rispetto a quella in cui si troverebbero se fossero solo cittadini americani.

Se è questo il senso della frase, la soluzione appare discutibile. Se si sospetta che l'art. 19, comma 2º, nella parte in cui dichiara la sistematica preminenza della cittadinanza italiana, produca una discriminazione, allora è ineludibile l'individuazione di un preciso parametro che qualifichi la disparità di trattamento come ingiustificata. Se quel parametro è dato dall'art. 3 Cost., e si ritiene che la discriminazione sia vietata da tale norma (valga qui l'ipotetica, non essendo possibile approfondire in questa sede il merito della questione), allora spetta alla Corte costituzionale stabilire il destino dello stesso art. 19, comma 2º. Non si vede, in effetti, come tale disposizione, in sé chiarissima e applicabile *de plano* alla fattispecie, possa essere disapplicata in ragione del suo (asserito) carattere discriminatorio [13]. La Cassazione è certo libera di proporre di quella e di altre disposizioni un'interpretazione costituzionalmente orientata, ma questo si traduce, al più, nel preferire una delle varie letture possibili della disposizione rispetto a un'altra, senza poter sfociare nella pura e semplice obliterazione della norma stessa.

Il punto, comunque, è un altro. Non era affatto necessario sforzarsi di rimodulare nella specie il funzionamento dell'art. 65 della l. n. 218/1995, men che meno attraverso una forzatura dell'art. 19, comma 2º. Se è vero, come si è ricordato, che tale disposizione non è di applicazione esclusiva rispetto alle decisioni che ne formano l'oggetto, la Suprema Corte, dopo aver preso atto che la decisione texana non era riconoscibile in virtù dell'art. 65, avrebbe dovuto semplicemente volgere lo sguardo verso l'art. 64 o l'art. 66, e accertarsi se la decisione non riunisse le condizioni previste da quelle norme.

Nella specie è da ritenere che operasse l'art. 64. Il legislatore italiano, nel regolare l'adozione sul piano interno, ha infatti «voluto dare sia alla fase *destruens* dei rapporti con la famiglia d'origine sia alla fase *construens* del nuovo status di figlio adottivo, una disciplina processuale che consegna i due procedimenti nell'àmbito della cognizione piena e quindi a giudizi che, pur seguendo le forme camerali ..., culminano in provvedimenti aventi forma di sentenza e sono impugnabili nelle forme ordinarie» [14]. E siccome, come si è visto, la competenza internazionale del giudice statunitense risultava pacificamente sussistente, la Corte avrebbe potuto limitarsi a rilevare che, con riguardo alla provenienza, la decisione texana appariva riconoscibile in forza dell'art. 64.

5. L'ordine pubblico, tra salvaguardia dei modelli familiari e continuità degli status attraverso le frontiere.

L'ordine pubblico c.d. internazionale, quello che opera nel diritto internazionale privato come limite al funzionamento delle norme sui conflitti di leggi e nel quadro delle norme sul riconoscimento degli atti e

[13] Diverso è il caso (estraneo alla specie) che si verifica allorché una norma interna produca effetti contrastanti con il diritto dell'Unione, imponendosi in tal caso la disapplicazione della norma in questione.

[14] Tommaseo, *La disciplina processuale dell'adozione di minori*, in *Fam. e dir.*, 2008, 119 s.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

delle decisioni straniere, abbraccia i principi che l'ordinamento del foro qualifica, in un dato momento storico, come assolutamente irrinunciabili [15]. Le norme di diritto internazionale privato «aprono» l'ordinamento del giudice ai valori stranieri, ma tale apertura non può giungere a mettere in forse i cardini etico-giuridici del sistema del foro.

La giurisprudenza di legittimità è costante nell'esigere un impiego cauto dell'eccezione di ordine pubblico. Come ricordano molte pronunce, si tratta di uno strumento eccezionale, invocabile solo quando l'applicazione del diritto straniero o il riconoscimento di una pronuncia straniera darebbero luogo, nel caso concreto, a effetti confliggenti con i valori consacrati, in particolare, nella Costituzione e nelle convenzioni internazionali sui diritti umani [16]. Ciò vale in tutti i settori, compreso il diritto della famiglia e dei minori [17].

Inteso in questi termini, il limite dell'ordine pubblico implica una verifica che differisce in modo netto dal sindacato che la l. n. 184/1983 demanda al giudice, come si è osservato, quando si discute di una sentenza correlata a un'adozione internazionale. Esigendo la verifica della non contrarietà della pronuncia straniera «ai principi fondamentali che regolano nello Stato il diritto di famiglia e dei minori», l'art. 35, comma 3º, l. n. 184/1983 eleva di fatto a parametri di riconoscibilità, per le sentenze soggette a quel regime, gli stessi principi ispiratori della legge sull'adozione, ossia le scelte di fondo che contraddistinguono il modello italiano di adozione; e ciò anche quando quelle scelte non svelino alcun principio irrinunciabile dell'ordinamento.

Non sorprende che la prima sezione abbia ritenuto di non scorgere un principio irrinunciabile dell'ordinamento italiano nella regola che riserva l'adozione piena alle coppie coniugate.

La giurisprudenza della Corte riguardante l'adozione di minori da parte di coppie formate da persone dello stesso sesso (unite, al più, da un vincolo matrimoniale a cui l'ordinamento italiano non è disposto in linea di principio a dare ingresso, almeno non come tale), rendeva prevedibile un esito siffatto [18]. Nella sentenza del 2018 ricordata in precedenza, la Corte aveva dichiarato efficace in Italia, ai sensi delle norme generali, l'adozione c.d. incrociata dei figli minori di due cittadine francesi coniugate [19]; nel 2021, con la sentenza di cui si è parlato sopra, le sezioni unite hanno ritenuto riconoscibile in Italia un'adozione pronunciata negli Stati Uniti a favore di una coppia di due uomini. In quest'ultima pronuncia la Corte, richiamando il rifiuto da essa opposto nel 2019 alla possibilità di far valere in Italia, come tale, un rapporto di filiazione derivante dal ricorso alla gestazione per altri [20], ha rilevato che l'ordine pubblico è d'ostacolo al riconoscimento di status genitoriali definiti da provvedimenti a favore di coppie omoaffettive solamente nel caso in cui si sia fatto ricorso, per l'appunto, alla gestazione per altri, limite peraltro comune anche alle coppie eterosessuali [21]. In questo campo, il compito primario dell'ordine pubblico, ha sottolineato la Corte, è quello di garantire i diritti del minore, non quello di tutelare i modelli familiari contemplati dalle norme del foro. In quei diritti è inclusa la garanzia della stabilità delle relazioni familiari del minore, non solo nel tempo ma anche nello spazio. Da qui l'esigenza, ormai sorretta da numerosi riscontri, anche ricavabili Dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, di assicurare la continuità degli status del minore attraverso le frontiere, potendosi ammettere una soluzione di quella continuità solo in nome di valori assolutamente irrinunciabili [22].

In breve, il nuovo arresto non sembra proporre su questo particolare terreno degli spunti nuovi. Le sezioni unite, nella citata sentenza del 2021, avevano già rimarcato l'esistenza di principi di derivazione costituzionale e convenzionale che occupano una posizione di preminenza sulle condizioni poste dalla l. n. 184/1983 per l'accesso all'adozione legittimante. Il riferimento è, in particolare, al principio che impone di conformare al preminente interesse del minore le determinazioni che incidono sul suo diritto all'identità, alla stabilità affettiva, relazionale e familiare, sancito all'art. 3 della

---

[15] Sui caratteri dell'ordine pubblico internazionale, v. di recente per tutti, F. Salerno, *Lezioni di diritto internazionale privato*, 2ª ed., Wolters Kluwer, 2022, 100 ss.

[16] Franzina, *Introduzione al diritto internazionale privato*, 2ª ed., Giappichelli, 2023, 203 s.

[17] Sull'argomento, fra i molti contributi, v. in generale Feraci, *La nozione di ordine pubblico alla luce della sentenza della Corte di cassazione (sez. un. civ.), n. 12193/2019: tra "costituzionalizzazione attenuata" e bilanciamento con il principio del superiore interesse del minore*, in *Riv. dir. int.*, 2019, 1137 ss., e Calderai, *Ordine pubblico internazionale e "Drittwirkung" dei diritti dell'infanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 478 ss.

[18] Su tale giurisprudenza, v. in particolare Ferrando, *Riconoscimento dello status di figlio: ordine pubblico e interesse del minore*, in *Corr. giur.*, 2017, 946 ss.; Tuo, *Riconoscimento di status familiari e ordine pubblico: il difficile bilanciamento tra tutela dell'identità nazionale e protezione del preminente interesse del minore*, ivi, 952 ss.; Puma, *Il riconoscimento del provvedimento straniero di adozione omoaffettiva nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. int.*, 2021, 841 ss.; Montaruli, *La questione del riconoscimento dell'adozione all'estero in favore di una coppia "same sex": la prevalenza dell'interesse del minore secondo la convenzione Aja 1993*, in *Dir. fam. e pers.*, 2022, 331 ss.; Ragni, *Riconoscimento in Italia di adozioni omoparentali e ordine pubblico internazionale*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2022, 43 ss. V. inoltre Tormen, *Via libera alla trascrizione dell'adozione per le coppie omoaffettive*, in questa ***Rivista***, 2021, I, 807 ss., e Casaburi, *Le altalenanti sorti della genitorialità, non solo omoaffettiva, nella giurisprudenza dell'ultimo biennio*, in *Foro it.*, 2021, 1, 2104 ss.

[19] Cass. civ., 31.5.2018, n. 14007, cit.

[20] Cass. civ., sez. un., 8.5.2019, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2020, 369 ss.

[21] Cass. civ., sez. un., 31.3.2021, n. 9006, cit.

[22] Sull'intera tematica, v. per tutti Salerno, *The Identity and Continuity of Personal Status in Contemporary Private International Law*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 2019, vol. 395, 9 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 20.11.1989, nonché al principio della parità di trattamento tra tutti i figli, nati all'interno e fuori del matrimonio o adottivi, desumibile dagli articoli 3 e 31 della Costituzione, e inverato dalla riforma della filiazione [23].

Il richiamo a questi valori nella sentenza in commento consolida dunque un indirizzo radicato, senza modificarne i termini.

Si tratta, per inciso, di una declinazione dell'ordine pubblico che incontra significativi riscontri sul piano internazionale e comparativo, soprattutto sulla spinta della posizione preminente accordata all'interesse del minore proprio nella convenzione del 1989. La fortuna di questo approccio trova riscontro, da ultimo, nella risoluzione adottata dall'Institut de Droit International, nel 2021, sui rapporti fra diritti umani e diritto internazionale privato. L'art. 14 della risoluzione afferma che nel riconoscimento di un vincolo di filiazione costituitosi all'estero «the best interests of the child should be taken into particular account in the assessment of the public policy of the State where recognition is sought» [24].

6. La funzione positiva dell'ordine pubblico: verso il metodo del riconoscimento delle soluzioni?

La sentenza della prima sezione comprende un passaggio, non breve, in cui la Suprema Corte svolge delle osservazioni generali sul concetto di ordine pubblico. Si tratta di osservazioni non strettamente necessarie ai fini della decisione, perché le considerazioni di cui si è dato conto nel paragrafo precedente erano già senz'altro sufficienti ad escludere che contro il riconoscimento dell'adozione texana potesse invocarsi l'eccezione di ordine pubblico. Si tratta, in questo senso, di un *obiter dictum*, perlomeno se può considerarsi tale un'affermazione che, senza costituire propriamente una digressione, integra una riflessione il cui respiro va ben oltre quanto occorrente per le specifiche esigenze del giudizio.

Si tratta del passaggio in cui viene sviluppata l'idea, già affacciata dalle sezioni unite in una pronuncia del 2022, secondo la quale, in tema di riconoscimento delle sentenze straniere, l'ordine pubblico internazionale, accanto alla sua tradizionale funzione preclusiva, «quale meccanismo di salvaguardia dell'armonia interna dell'ordinamento giuridico statale di fronte all'ingresso di valori incompatibili con i suoi principi ispiratori», assolve una «funzione positiva, volta a favorire la diffusione dei valori tutelati, in connessione con quelli riconosciuti a livello internazionale e sovranazionale». È in questo senso, spiega la Corte, che il principio del *best interest of the child*, concorrendo a formare l'ordine pubblico, finisce col «promuovere l'ingresso di nuove relazioni genitoriali, così mitigando l'aspirazione identitaria connessa al tradizionale modello di filiazione, in nome di un valore uniforme rappresentato dal miglior interesse del bambino» [25].

L'idea di un ordine pubblico che non sia solo freno, ma anche, se del caso, fattore propulsivo, non è in sé nuova [26]. In nome dei suoi valori fondamentali, l'ordinamento del foro può doversi chiudere in certi casi alle interferenze esterne ma anche aprirsi, in altre circostanze, alle situazioni createsi altrove. Non è però chiaro quale sia, per la Corte, il portato pratico dell'affermazione appena ricordata.

Si potrebbe pensare, e il dato non sarebbe privo di rilievo, che il bisogno di continuità degli status di cui parla la Suprema Corte sia una ragione aggiuntiva per ridurre al minimo le *chances* che la difesa dell'identità dell'ordinamento del foro impedisca il genere di aperture che il diritto internazionale privato ha il compito di propiziare. Letta in questi termini, però, l'asserzione del carattere anche positivo dell'ordine pubblico servirebbe solo a ribadire, sia pure con un linguaggio nuovo, un insegnamento antico e mai messo in discussione: il limite dell'ordine pubblico va usato con speciale cautela, e tale cautela è tanto più giustificata quando le norme o le decisioni straniere che rischiano di non avere ingresso in Italia sono norme e decisioni che produrrebbero (magari secondo modalità diverse da quelle impiegate in Italia) dei risultati pratici che l'ordinamento italiano si preoccupa invece di favorire.

È lecito domandarsi, tuttavia, se le parole della Corte non segnalino qualcosa di diverso, e di più pregnante.

Affermando che l'ordine pubblico assolve anche una funzione positiva, la Cassazione parrebbe incorrere in un ossimoro. L'espressione ordine pubblico è infatti tradizionalmente associata ad un *limite* al normale funzionamento delle norme di diritto internazionale privato, volto a scongiurare il pericolo che tramite quelle norme abbiano seguito nel foro delle determinazioni che il foro ripugna. Senonché, non essendoci nulla di

---

[23] Quanto al ruolo svolto in questo campo dalla convenzione del 1989 v. in generale Iovane, *"The best interest of the child": il cammino dei diritti del minore a trent'anni dalla ratifica della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo. Una prospettiva giusprivatistica*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2022, 445 ss.

[24] La risoluzione, elaborata sotto la guida di Fausto Pocar, può leggersi nel sito dell'Institut de droit international: *https://www.idi-iil.org*. Su tale previsione, v. per tutti Feraci, *Art. 14 della risoluzione dell'Institut de Droit International su "Human Rights and Private International Law": la circolazione transfrontaliera del rapporto di filiazione*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2022, 585 ss.

[25] Cass. civ., sez. un., 30.12.2022, n. 38162, in *Foro it.*, 2023, 1, 83.

[26] V. in argomento, fra gli altri: Salerno, *I diritti fondamentali della persona straniera nel diritto internazionale privato: una proposta metodologica*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2014, 786 s.; Angelini, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della maternita' surrogata*, Editoriale Scientifica, 2020, 227; Campiglio, *Della tirannia del* best interest of the child. *Nuove forme di genitorialità e ordine pubblico internazionale*, in questa ***Rivista***, 2021, II, specie 1426 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

«positivo» in un limite (un limite nega, esclude, comprime), è da chiedersi se la Corte non abbia piuttosto voluto dire che, in nome dei valori fondamentali del foro, è lecito, in qualche caso, sottoporre le norme di diritto internazionale privato ad una sollecitazione contraria, tesa cioè a provocarne una *espansione*.

In effetti, non vi è nulla di irragionevole, almeno sul piano del principio, nel rilevare che le norme di diritto internazionale privato potrebbero aver bisogno di essere corrette non solo quando propiziano l'ingresso nel foro di valori stranieri che offenderebbero l'armonia interna, ma anche quando, all'opposto, impedirebbero agli interessati di spendere nel foro delle posizioni giuridiche di cui il foro stesso, invece, in nome dei *suoi* principi, esige la spendibilità anche in ambito interno. In altri termini, i valori del foro hanno, in astratto, una vocazione a intervenire sul normale gioco delle norme di diritto internazionale privato non solo per restringerne o escluderne gli effetti, ma anche per sancirne eccezionalmente un ampliamento (ad esempio offrendo agli interessati la possibilità di avvalersi di una sentenza straniera ancorché le normali condizioni per il suo riconoscimento non siano soddisfatte, tutte le volte in cui il diniego di efficacia si tradurrebbe in una lesione che il foro indica di non tollerare).

Se l'*obiter* della Corte allude davvero all'eventualità che l'ordine pubblico venga impiegato anche nel senso espansivo ora appena descritto, allora resta da capire in che modo e con quali cautele ciò possa avvenire. Viene da pensare che si tratterebbe, analogamente a quanto accade rispetto al «limite» dell'ordine pubblico, di apportare dei correttivi eccezionali alle norme di diritto internazionale privato, fondati su una valutazione in concreto degli inconvenienti a cui queste altrimenti porterebbero e circoscritti a quanto necessario per scongiurare la lesione di valori fondamentali.

Come mettere in pratica, però, questo genere di interventi, se il solo correttivo esplicitamente contemplato in relazione alle norme di diritto internazionale privato è quello che autorizza, come detto, di limitarne l'operare?

Il tema è ampio e complesso, e non può essere adeguatamente trattato in questa sede. Basti dire che, in assenza di interventi legislativi specificamente rivolti a questo scopo, i valori che compongono l'ordine pubblico italiano potrebbero assolvere una funzione autenticamente positiva piegando l'interpretazione delle norme interessate, o addirittura operando quali parametri di legittimità nel quadro di un ipotetico sindacato di costituzionalità delle stesse (mediato, se del caso, dal riferimento alle pertinenti norme convenzionali volte alla tutela dei diritti fondamentali). In pratica, per realizzare tramite una norma di diritto internazionale privato un'apertura più ampia di quanto la stessa parrebbe essere capace di produrre, occorre poter dire che tale norma va interpretata nel senso che in certi casi talune delle condizioni ivi stabilite non sono operanti, oppure occorre che la stessa possa essere dichiarata costituzionalmente illegittima nella misura in cui non realizza, in determinate circostanze, l'apertura che il rispetto delle norme costituzionali, invece, imporrebbe. L'ordine pubblico finirebbe, allora, per giustificare in via eccezionale l'elisione di un ostacolo all'apertura posto dalle regole di diritto internazionale privato normalmente applicabili alla specie.

Non serve dire che si tratta di strade impervie. In attesa che l'*obiter dictum* possa essere ripreso e sviluppato in altre pronunce (come si conviene del resto agli *obiter*, che spesso servono a fornire una base a chi, in un secondo momento, voglia partire da lì per un avanzamento ulteriore), non è inutile ricordare che la sensibilità di cui la Suprema Corte parrebbe dar prova nel passaggio in discussione si traduce, nei sistemi internazionalprivatistici di altri paesi, in vere e proprie regole operative, che potrebbero dunque fungere da fonte di ispirazione anche in Italia, a tempo debito (per i giudici, se possibile, o per il legislatore).

È possibile evocare in questa sede solo una tecnica impiegata a questo fine. Si è diffusa in vari paesi l'idea che l'ingresso nel foro di posizioni soggettive costituitesi all'estero non avvenga sempre solo in forza delle tradizionali tecniche dei conflitti di leggi e del riconoscimento degli atti e dei provvedimenti stranieri, ma possa passare, se del caso, anche per il c.d. metodo del riconoscimento delle situazioni. Non è qui possibile tracciare i contorni del fenomeno o dar conto delle diverse soluzioni operative che lo alimentano[27]. Conviene limitarsi a segnalare, a titolo d'esempio, una disposizione che risponde al genere di preoccupazioni per cui è stata concepita la tecnica in discorso. Si tratta dell'art. 9 del libro decimo del codice civile dei Paesi Bassi[28]. Vi si prevede che quando un fatto produce determinati effetti secondo la legge indicata come applicabile dalle norme di diritto internazionale privato di uno Stato con cui il fatto stesso presenti un particolare collegamento, i giudici dei Paesi Bassi sono autorizzati a riconnettere a quel fatto i medesimi effetti anche quando le norme di diritto internazionale privato dei Paesi Bassi assoggettino la specie ad una legge diversa; questo se e nella misura in cui il non riconnettere quegli effetti al fatto in questione rappresenterebbe una violazione inaccettabile («een onaanvaard-

[27] V. in generale, Lagarde, *La méthode de la reconnaissance est-elle l'avenir du droit international privé?*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 2014, vol. 371, 19 ss., nonché, Davì, *Il riconoscimento delle situazioni giuridiche costituite all'estero*, in *Un nuovo diritto internazionale privato*, a cura di Campiglio, Cedam, 2019, 20 ss., e Feraci, *Art. 14*, cit., 593 ss.

[28] Una traduzione in inglese del libro decimo, di ten Wolde, si trova in *Encyclopedia of Private International Law*, a cura di Basedow, Rühl, Ferrari, de Miguel Asensio, Edward Elgar, 2017, 3553 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

bare schending») delle legittime aspettative delle parti o della certezza giuridica [29]. In sintesi, là dove le norme di diritto internazionale privato del foro non realizzano di per sé stesse un'apertura giudicata necessaria, i giudici olandesi sono eccezionalmente autorizzati a sancire essi stessi, caso per caso, l'ingresso nel foro di una certa posizione giuridica allorché, non facendolo, accrediterebbero la lesione di aspettative che l'ordinamento dei Paesi Bassi giudica meritevoli.

Importa qui segnalare che nei sistemi che danno spazio, in forme diverse, alla tecnica del riconoscimento delle situazioni, il suo impiego è in genere soggetto a due salvaguardie. Da un lato, va da sé, l'apertura così consentita, ancorché necessaria per la realizzazione di un valore ritenuto importante nel foro, non deve comportare una lesione ingiustificata di altri valori primari del foro. Dall'altro, va evitato che il meccanismo incoraggi delle pratiche fraudolente, dando ingresso nel foro a situazioni costituite in un dato paese per ragioni di comodo, al solo scopo di aggirare i limiti posti dalle norme del foro.

È significativo che nella sentenza in commento la Cassazione abbia in sostanza fatto allusione ad ognuno degli elementi ora ricordati: ha affermato che la circolazione degli status del minore risponde all'esigenza di realizzarne i diritti fondamentali, che l'ordinamento italiano non può non soddisfare; ha rilevato che il riconoscimento dell'adozione texana non avrebbe messo a repentaglio alcun valore davvero irrinunciabile dell'ordinamento italiano, non essendo tale il principio per cui gli adottanti devono essere uniti in matrimonio (il limite invalicabile, si ribadisce nel provvedimento, resta quello del divieto della gestazione per altri); e ha rimarcato che non vi era alcunché di elusivo nel fatto che gli adottanti avessero ottenuto l'adozione negli Stati Uniti, avendo essi stabilito da molti anni proprio negli Stati Uniti il centro dei loro interessi, e avendo adottato una minore ivi residente, oltretutto non in funzione di un trasferimento, ma per continuare a viver con quest'ultima in detto paese [30].

Potrebbe non essere troppo arduo, grazie a queste basi, elaborare in avvenire, anche solo in via interpretativa, delle soluzioni operative dai contorni sufficientemente definiti.

CASS. CIV., I sez., 19.12.2023, n. 35437 – Genovese *Presidente* – Iofrida *Estensore* – Cardino *P.M.* (concl. conf.) – A.A. e B.B. – Sindaco del Comune di (*Omissis*) – cassa senza rinvio App. Milano, 3.4.2023

Adozione – Riconoscimento di provvedimento pronunciato all'estero – Norme applicabili – Nozione di adozione internazionale – Verifica della compatibilità con l'ordine pubblico – Parametri (l. 4.5.1983, n. 184, artt. 29-36; l. 31.5.1995, n. 218, artt. 41, 64-65)

Ove ricorrano le condizioni per il riconoscimento della sentenza di adozione straniera, *ex* art. 41, comma 1º, della l. n. 218 del 1995, la mancanza di vincolo coniugale tra gli adottandi non si traduce in una manifesta contrarietà all'ordine pubblico, ostativa al riconoscimento automatico degli effetti della sentenza straniera nel nostro ordinamento, anche a prescindere dall'accertamento in concreto della piena rispondenza del provvedimento giudiziale straniero all'interesse della minore. (Nella specie, la S.C. ha cassato la decisione della corte d'appello che aveva respinto il ricorso avverso il diniego di trascrizione, da parte dell'ufficiale di stato civile, della sentenza straniera di adozione di una minore, cittadina statunitense, da parte di una coppia di cittadini italiani naturalizzati statunitensi, non uniti da vincolo coniugale).

dal testo:

Il fatto. La Corte d'appello di Milano, con decreto n. cronol. 886/2023, pubblicato il 3.4.2023, ha respinto il ricorso proposto da (*Omissis*) e (*Omissis*), in proprio e quali genitori esercenti la responsabilità genitoriale sulla minore C nei confronti del Sindaco del Comune di (*Omissis*) nella qualità di Ufficiale di stato civile e di ufficiale di Governo *ex* art. 67 1. n. 218/1995, al fine di sentire riconoscere in Italia gli effetti della sentenza di adozione della minore C pronunciata, in data 15.12.2017, dal Tribunale distrettuale 45 del Distretto giudiziario della Contea di (*Omissis*), a fronte del diniego opposto dall'Ufficiale di stato civile alla relativa trascrizione (per non essere «rispettati i requisiti previsti dall'art. 31, co. 2 o dagli artt. 29-36, commi 1, 2, e 3, poiché i ricorrenti, che non risultano legati da vincoli di matrimonio, non hanno ottenuto l'idoneità all'adozione internazionale ai sensi dell'art. 29 *bis*, né

[29] V. più ampiamente Bens, Peereboom-van Drunick, *Recognition of a Status Acquired Abroad: Netherlands*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2022, 1, 1062 ss.

[30] La pronuncia, sotto quest'ultimo aspetto, tocca un istituto – la frode alla legge – rispetto al quale le norme italiane di diritto internazionale privato, diversamente da quanto avviene in altri paesi, non prendono posizione in termini generali. La sentenza in commento, pur non permettendo di comprendere come la Corte si accosterebbe a un caso in cui fosse contestata l'invocazione degli effetti prodotti da norme o decisioni straniere in circostanze in cui l'applicazione di tali norme o il riconoscimento di tali decisioni sia il frutto di un disegno elusivo degli interessati, contribuisce a porre le premesse per una rinnovata riflessione sul tema, solo di rado visitato dalla dottrina italiana recente (le eccezioni si incontrano peraltro proprio sul terreno delle adozioni: v. in particolare Lopes Pegna, *op. cit.*, 744 ss.).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

hanno seguito il percorso adottivo indicato dagli artt. 29-36 commi 1, 2 e 3 legge citata...").

In particolare, la Corte territoriale ha osservato che: *a*) alla luce dell'art. 41 della l. n. 218/1995 (che così dispone: «(Riconoscimento dei provvedimenti stranieri in materia di adozione) – 1. I provvedimenti stranieri in materia di adozione sono riconoscibili in Italia ai sensi degli articoli 64, 65 e 66. – 2. Restano ferme le disposizioni delle leggi speciali in materia di adozione dei minori)», solo le adozioni c.d. «interne» pronunciate da Stati nei confronti di cittadini non italiani, possono essere riconosciute secondo il disposto delle citate norme [di] D.I.P. (l. 31.5.1995, n. 218); *b*) nel caso di specie, l'adozione è stata compiuta da cittadini (anche) italiani nei confronti dei quali deve essere applicata la disciplina in vigore nella Repubblica italiana, e in particolare l'art. 36 della l. n. 184/1983, trattandosi di cittadini italiani (asseritamente) residenti e dimoranti all'estero da più di due anni al momento della pronuncia di adozione della quale oggi chiedono il riconoscimento, non risultando che la cittadinanza originaria italiana dei richiedenti (avendo essi acquisito quella statunitense successivamente) sia mai stata da loro rinunciata ai sensi della l. 91/1992, art. 11; *c*) l'art. 19, 2º co., della legge [di] D.I.P. fissa il principio secondo il quale, ai fini dell'applicazione delle relative norme, se una parte possiede la cittadinanza italiana questa prevale sulle eventuali altre di cui essa sia in possesso con quella italiana concorrenti.

Avverso la suddetta pronuncia, FB in proprio e quali genitori esercenti la responsabilità genitoriale sulla minore C propongono ricorso per cassazione, notificato il 4.6.2023, affidato a tre motivi, nei confronti del Sindaco del Comune di X, nella qualità di Ufficiale di stato civile e di Ufficiale di Governo (che non svolge difese).

Il P.G. ha depositato memoria scritta chiedendo l'accoglimento del ricorso. I ricorrenti hanno depositato memoria.

I motivi. 1. I ricorrenti lamentano: *a*) con il primo motivo, la violazione e/o falsa applicazione, *ex* art. 360 c.p.c., n. 3, degli artt. 41 l. n. 218/1995, 36 l. n. 184/1983, 19 l. n. 218/1995, per avere la Corte territoriale erroneamente ritenuto che, in presenza di adottanti che, in aggiunta alla cittadinanza del Paese in cui è avvenuta l'adozione, hanno conservato la cittadinanza italiana, il riconoscimento della sentenza straniera di adozione interna sia regolato dall'art. 36, l. n. 184/1983, e che resti preclusa la procedura di riconoscimento automatico, *ex* art. 41, comma 1, c.p.c. [*sic*] in relazione agli artt. 64, 65 e 66 l. n. 218/1995, e all'art. 67 stessa legge; *b*) con il secondo motivo, l'omesso esame, *ex* art. 360 c.p.c., n. 5, di fatto decisivo ai fini del giudizio, l'errore di percezione e/o violazione e/o falsa applicazione degli artt. 115 e 116 c.p.c., *ex* art. 360 c.p.c., n. 4, per avere la Corte di merito ritenuto non provata la stabile residenza nello Stato di adozione che risultava dai certificato di residenza AIRE allegati al ricorso introduttivo; *c*) con il terzo motivo, la violazione, *ex* art. 360 c.p.c., n. 3, degli artt. 3, 6, 8 e 21 della Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia fanciullo [*sic*], nonché violazione dell'art. 8 della Convenzione sui diritti dell'uomo, con riferimento all'interpretazione data dalla Corte d'appello sul regime di diritto internazionale privato italiano per il riconoscimento della sentenza di adozione che confligge con il superiore interesse del minore al rispetto dei legami familiari formatisi nello stato di provenienza.

2. La prima censura è fondata.

2.1. Come rileva anche il P.G., il punto dirimente è rappresentato dalla preliminare verifica se, nel caso esaminato, si verta o meno in un'ipotesi di adozione internazionale.

L'adozione internazionale è disciplinata dal Titolo III, l. n. 184/1983 (artt. da 29 a 39-ter), come modificato a seguito della Convenzione de L'Aja, 29.5.1993, ratificata con l. 31.12.1998, n. 476.

L'art. 2 Convenzione, definisce l'adozione internazionale, stabilendo i propri limiti di applicabilità.

La Convenzione si applica allorché un minore, residente abitualmente in uno Stato contraente («Stato d'origine») è stato o deve essere trasferito in un altro Stato contraente («Stato di accoglienza»), sia a seguito di adozione nello Stato d'origine da parte di coniugi o di una persona residente abitualmente nello Stato di accoglienza, sia in vista di tale adozione nello Stato di accoglienza o in quello di origine.

In sostanza, l'adozione internazionale comporta lo sradicamento del minore dallo Stato di origine ed essa è quindi sottoposta a tutte le cautele previste dall'art. 4 Convenzione e artt. 35 e 36 l. n. 184/1983.

Possono essere al riguardo richiamati principi di diritto affermati da questa Corte a Sezioni Unite, sia pure in ambito di riconoscimento di sentenza di adozione resa all'estero a favore di partners di coppia omogenitoriale.

Questa Corte (Cass. 14007/2018) ha già chiarito che «il giudizio relativo al riconoscimento di sentenza pronunciata da giudice straniero di adozione piena di minore, figlio biologico di una delle due partners di coppia omogenitoriale femminile coniugata all'estero, da parte dell'altra, deve essere effettuato secondo il paradigma legislativo di diritto internazionale privato previsto negli artt. 64 ss. della l. n. 218/1995 non trovando applicazione, nella specie, la disciplina normativa relativa all'adozione internazionale. Ne consegue, *ex* art. 41, comma 1, della l. n. 218/1995, che richiama i citati artt. 64 e seguenti della l. n. 218/1995, la competenza della Corte d'Appello e non del tribunale per i minorenni *ex* art. 41, comma 2 l. n. 218/1995». Si è quindi già riconosciuta la trascrivibilità di una sentenza straniera (francese) con la quale era stata pronunciata l'adozione piena ed incrociata dei figli minori, biologici, di due donne cittadine francesi (una delle due an-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

che cittadina italiana) coniugate in Francia e residenti in Italia.

Anche Cass. Sez. un. 9006/2021 (in motivazione) ricorda che «non tutti i provvedimenti esteri di adozione dei quali si chiede il riconoscimento confluiscono nella definizione normativa di "adozione internazionale", ma al contrario, essa è limitata alle ipotesi in cui i richiedenti risiedano entrambi in Italia, o siano cittadini italiani risiedenti all'estero (art. 29-bis, commi 1 e 2)».

Nel caso non ricorrano le anzidette condizioni, e l'adozione sia stata pronunciata all'estero, essa è sottoposta alla disciplina dell'art. 41, comma 1, della l. n. 218/1995 che prevede la riconoscibilità del provvedimento da parte dello Stato italiano, a norma del successivo art. 65, mediante riconoscimento automatico da parte dell'Ufficiale dello stato civile purché non siano contrari all'ordine pubblico e siano stati rispettati i diritti essenziali della persona («I provvedimenti stranieri in materia di adozione sono riconoscibili in Italia ai sensi degli artt. 64, 65 e 66. Restano ferme le disposizioni delle leggi speciali in materia di adozioni dei minori»).

2.2. Con riguardo alla prospettata applicazione necessaria, per tutte le ipotesi di riconoscimento di provvedimenti stranieri in materia di adozione, della l. n. 184/1983, nella parte in cui (artt. da 29 al 39-quater) disciplina la speciale procedura dell'adozione internazionale, introdotta con la l. n. 479/1998, di ratifica ed esecuzione della Convenzione dell'Aja per la tutela dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale del 29 maggio 1993, è sufficiente rilevare che, nel caso in esame, la minore è cittadina statunitense e vive con i genitori, che sono sì cittadini italiani ma anche cittadini statunitensi, residenti negli Stati Uniti.

L'adozione ottenuta dai ricorrenti, nei confronti di una cittadina statunitense, per nascita, «è un'adozione estera (interna, come la definiscono i ricorrenti) e non un'adozione internazionale», con conseguente applicazione dell'art. 41, comma 1, [l. n. 218/1995], relativo al riconoscimento automatico, difettando in radice, la ragion d'essere propria della Convenzione de L'Aja e della relativa disciplina interna (art. 29 ss., l. n. 184/1983) non comportando il riconoscimento dell'adozione straniera alcuno sradicamento del minore dallo Stato di origine e non potendo essere considerata la stessa alla stregua delle adozioni di comodo, ottenute da uno Stato straniero al fine aggirare la più rigorosa disciplina interna. Si veda ad es. Corte Cost. 76/2016, in motivazione, p. 3.2.

La Corte d'appello ha errato nel ritenere che il cittadino italiano, anche se munito di doppia cittadinanza, che abbia adottato all'estero, deve attivare la procedura di cui all'art. 36 [l. n. 184/1983] già menzionato, con conseguente applicabilità della legge italiana circa i presupposti per l'adozione (tra cui quello del vincolo di coniugio).

Come correttamente rilevato dal PG nella sua memoria, la procedura dell'art. 36 della l. n. 184/1983 riferisce, invece, alle adozioni internazionali ossia alle adozioni che, in forza del disposto dell'art. 2 della Convenzione dell'Aja, hanno come elemento caratterizzante lo sradicamento del minore dal proprio Stato d'origine.

Sradicamento che, nel caso che ci occupa, non si è dato, posto che la piccola C. è stata adottata da due genitori che da oltre vent'anni hanno stabilito il luogo della propria esistenza negli Stati Uniti (dove vivono, lavorano ed hanno acquistato casa), tanto da aver acquisito per naturalizzazione la cittadinanza statunitense.

Da quando è nata, C. abita con i propri genitori in California e non è stata portata in Italia, come attestato anche dai certificati anagrafici aggiornati prodotti in giudizio.

2.3. Né rileva la mancata rinuncia degli adottanti-ricorrenti alla cittadinanza italiana, che la Corte territoriale ha invece ritenuta rilevante per applicare al caso la legislazione italiana, giusta l'art. 19, comma 2, citato, in quanto l'art. 19, comma 2, della l. n. 218/1995 non ha la funzione di identificare il tipo di adozione (se interna o straniera o internazionale), ma solo quello di stabilire quale sia la legge applicabile ai soggetti dotati di doppia cittadinanza, fra cui quella italiana. E, nel caso in esame, ricorrendo all'art. 41, comma 1, e all'art. 65, l. n. 218/1995, viene applicata proprio la legge italiana. Inoltre, la contemporanea sussistenza della cittadinanza italiana, oltre a quella statunitense, non può essere considerata motivo per una disciplina deteriore dei richiedenti, rispetto ad un provvedimento che venisse domandato da una coppia di cittadinanza non italiana (Cass. n. 14007/2018, in motivazione, p. 5).

2.4. Il profilo della non contrarietà all'ordine pubblico, vaglio questo necessario, ai sensi dell'art. 41, comma 1, della l. n. 218/1995, ai fini del riconoscimento automatico della sentenza di adozione estera, non è stato esaminato dalla Corte d'appello.

In memoria, i ricorrenti rilevano che il presente ricorso, oltre alla prima questione giuridica, esaminata nei precedenti paragrafi (se una sentenza di adozione straniera pronunciata da un Giudice statunitense nei confronti di una minore cittadina statunitense, adottanda, e due cittadini italiani naturalizzati statunitensi, adottanti, sia automaticamente riconoscibile, nei limiti stabiliti dall'art. 65, l. n. 218/1995, ovvero, in ragione della conservazione della cittadinanza italiana in aggiunta a quella straniera da parte degli adottanti, sia riconoscibile mediante il procedimento regolato dall'art. 36, l. n. 184/1983), pone anche una ulteriore questione, vale a dire se l'inesistenza del vincolo coniugale tra i genitori adottivi costituisca o meno un

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

impedimento al riconoscimento automatico da parte dello Stato italiano dell'adozione, avendo comunque gli stessi ricorrenti inteso sostenere che non vi sono motivi ostativi al riconoscimento automatico della sentenza di adozione straniera e non vi è quindi neppure «manifesta contrarietà all'ordine pubblico».

Ad avviso dei ricorrenti, che richiamano alcuni precedenti di questo giudice di legittimità, il principio posto dall'art. 6, l. n. 184/1983, in forza del quale possono accedere alle adozioni solo le coppie coniugate, non rappresenta un principio di ordine pubblico internazionale, nella sua accezione elastica e mutabile nel tempo, anche considerato che l'adozione a favore di persone non coniugate è consentita ormai in molti paesi anche dell'Unione europea, cosicché «anche se i genitori adottivi della piccola C. non sono sposati, l'adozione pronunciata dal Giudice texano ben può essere riconosciuta anche dall'ordinamento italiano in quanto, essendo pacifico che l'adozione ed il suo riconoscimento rispondono all'interesse della Minore (che dalla nascita vive con i genitori adottivi), essa non è manifestamente contraria all'ordine pubblico».

Si pone quindi anche il tema del rilievo, ai fini che qui interessano, da dare all'art. 6, l. n. 184/1983, secondo cui l'adozione è consentita ai «coniugi uniti in matrimonio da almeno tre anni», e se esso possa essere inteso come limite di ordine pubblico internazionale.

Al riguardo, le Sezioni unite, sempre nella pronuncia n. 9006/2021, sopra richiamata, hanno già chiarito che «nell'ordinamento coesistono principi di derivazione costituzionale e convenzionale che si pongono rispetto ad essi – le condizioni di accesso alla genitorialità adottiva legittimante contenute nell'art. 6, l. n. 184/1983 e l'art. 1, comma 20, l. n. 76/2016 – in una condizione di netta sovraordinazione e preminenza sia per la loro collocazione tra i diritti inviolabili della persona sia per il grado di condivisione che ne costituisce un tratto peculiare». In primo luogo, il principio del preminente interesse del minore nelle determinazioni che incidono sul suo diritto all'identità, alla stabilità affettiva, relazionale e familiare, contenuto nell'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali della Unione europea, nell'art. 3 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo. In secondo luogo, il principio della parità di trattamento tra tutti i figli, nati all'interno e fuori del matrimonio o adottivi, che trova la sua fonte costituzionale negli artt. 3 e 31 Cost., e che è stato inverato dalla recente riforma della filiazione (l. n. 219 del 2012; d. lgs. n. 154 del 2013). Il tutto unitamente alla necessaria considerazione del quadro attuale della genitorialità sociale. Si è quindi escluso che contrasti con i principi di ordine pubblico internazionale il riconoscimento degli effetti di un provvedimento giurisdizionale straniero di adozione di minore da parte di coppia omoaffettiva maschile che attribuisca lo status genitoriale secondo il modello dell'adozione piena o legittimante.

Anche nella successiva sentenza delle Sezioni Unite, n. 38162/2022, si è affermato che «in tema di riconoscimento delle sentenze straniere, l'ordine pubblico internazionale svolge sia una funzione preclusiva, quale meccanismo di salvaguardia dell'armonia interna dell'ordinamento giuridico statale di fronte all'ingresso di valori incompatibili con i suoi principi ispiratori, sia una funzione positiva, volta a favorire la diffusione dei valori tutelati, in connessione con quelli riconosciuti a livello internazionale e sovranazionale, nell'ambito della quale, il principio del "best interest of the child" concorre a formare l'ordine pubblico che, in tal modo, tende a promuovere l'ingresso di nuove relazioni genitoriali, così mitigando l'aspirazione identitaria connessa al tradizionale modello di filiazione, in nome di un valore uniforme rappresentato dal miglior interesse del bambino». In motivazione, avuto poi riguardo al limite dell'ordine pubblico, posto dall'art. 64, comma 1, lett. *g*), l. n. 218/1995, che svolge una funzione di meccanismo di «salvaguardia dell'armonia interna dell'ordinamento giuridico statale di fronte all'ingresso di valori incompatibili con i suoi principi ispiratori, di argine contro la compromissione dei valori irrinunciabili dell'ordinamento del foro», vocazione, tuttavia, in parte ridimensionata per effetto della progressiva integrazione tra ordinamenti, realizzata al fine di soddisfare le esigenze di tutela dei diritti fondamentali, le Sezioni Unite hanno evidenziato come «la sentenza straniera deve misurarsi con il portato della Costituzione e di quelle leggi che, come nervature sensibili, fibre dell'apparato sensoriale e delle parti vitali di un organismo, inverano l'ordinamento costituzionale» e come l'operazione che il giudice deve svolgere «ha ad oggetto, non la coerenza della normazione interna di uno o più istituti con quella estera che ha condotto alla formazione del provvedimento giurisdizionale di cui si chiede il riconoscimento, ma la verifica della compatibilità degli effetti che l'atto produce con i limiti non oltrepassabili», «costituiti: dai principi fondanti l'autodeterminazione e le scelte relazionali del minore e degli aspiranti genitori; dal principio del preminente interesse del minore, di origine convenzionale ma ampiamente attuato in numerose leggi interne ed in particolare nella recente riforma della filiazione; dal principio di non discriminazione, rivolto sia a non determinare ingiustificate disparità di trattamento nello status filiale dei minori con riferimento in particolare al diritto all'identità ed al diritto di crescere nel nucleo familiare che meglio garantisca un equilibrato sviluppo psicofisico nonché relazionale, sia a non limitare la genitorialità esclusivamente sulla base dell'orientamento sessuale della coppia richiedente; dal principio solidaristico che fonda la genitorialità sociale sulla base del quale la legge interna ed il diritto vivente hanno concorso a creare una pluralità di modelli di genitorialità adottiva, unificati dall'obiettivo di conservare la continuità af-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

fettiva e relazionale ove già stabilizzatasi nella comunità familiare».

Si può quindi affermare il seguente principio di diritto: «Ove ricorrano le condizioni per il riconoscimento della sentenza di adozione straniera *ex* art. 41, comma 1, l. n. 184/1983 [*recte*, l. n. 218/1995], la mancanza di vincolo coniugale tra gli adottandi non si traduce in una manifesta contrarietà all'ordine pubblico, ostativa al suddetto riconoscimento automatico degli effetti della sentenza straniera nel nostro ordinamento, anche a prescindere e dall'accertamento in concreto della piena rispondenza del provvedimento giudiziale straniero all'interesse della minore», (nella specie: C.).

3. Anche la seconda censura è fondata.

I ricorrenti lamentano l'omesso esame di documento decisivo ai fini del giudizio, avendo la Corte di appello ritenuto non provata la residenza all'estero dei ricorrenti risultante dai certificati di residenza A.I.R.E. («asseritamente» residenti e dimoranti all'estero).

Laddove si possa considerare il suddetto inciso, nel decreto impugnato, come una statuizione autonoma della Corte di appello, va considerato che sono stati prodotti in giudizio i certificati di residenza A.I.R.E. di entrambi i ricorrenti, da cui risulta che essi, come cittadini italiani, sono iscritti nei Registri dell'Anagrafe degli Italiani Residenti all'Estero dal 2002 (per il ricorrente) e dal 2003 (per la ricorrente) e che attualmente hanno la propria residenza a (*Omissis*) nella casa nella (*Omissis*) a (*Omissis*), che hanno acquistato in proprietà.

4. Il terzo motivo è assorbito, ma si può affermare che il riconoscimento della sentenza di adozione risponde al principio del "best interest of the child" con il riconoscimento dello *status filiationis* da parte dello Stato di provenienza dei genitori adottivi e l'acquisto della cittadinanza italiana, cui consegue la possibilità di trattenimento nel territorio italiano, anche oltre il periodo massimo consentito dalle norme sull'immigrazione.

5. Per tutto quanto sopra esposto, il ricorso va accolto e, non essendo necessari ulteriori accertamenti in fatto, decidendo la causa nel merito, va accolto il ricorso introduttivo dei ricorrenti. Le spese dell'intero giudizio, in considerazione della questione di diritto sottesa, con profili di novità, vanno integralmente compensate tra le parti. (*Omissis*)

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Protezione della persona vulnerabile e limitazioni della capacità. Un caso di abuso dell'amministrazione di sostegno

di Gabriele Carapezza Figlia*

SOMMARIO: 1. Il caso: Corte eur. dir. uomo, 6.7.2023, ric. 46412/21. – 2. Conformazione del modello di sostegno sostitutivo dell'amministrazione di sostegno ai principi fondamentali in materia di protezione degli adulti vulnerabili. – 3. Necessità della misura e revisione ermeneutica dei relativi presupposti applicativi. Rilettura personalistica della nozione di prodigalità. – 4. Autodeterminazione della persona vulnerabile e non arbitrarietà del procedimento.

1. Il caso: Corte eur. dir. uomo, 6.7.2023, ric. 46412/21.

Nella decisione in commento, la Corte europea dei diritti dell'uomo verifica la conformità all'art. 8 Conv. eur. dir. uomo della sottoposizione all'amministrazione di sostegno di una persona anziana, inizialmente priva di patologie di natura fisica o psichica, in ragione dell'eccessiva prodigalità e del conseguente internamento, nonostante la volontà contraria, in una residenza sanitaria assistita tale da determinare un completo isolamento dal mondo esterno.

La vicenda muove dal ricorso presentato, in nome proprio e per conto del vecchio professore C.G., da un cugino che, sebbene privo di procura scritta, viene considerato dalla Corte legittimato ad agire, non soltanto per il rischio di privare altrimenti di una protezione effettiva un soggetto vulnerabile incapace di sollevare direttamente istanze all'autorità giudiziaria, ma anche per la sussistenza di gravi questioni di interesse generale relative agli *standard* convenzionali di tutela applicabili alle persone che risiedono nelle case di riposo.

Risolta positivamente la questione dell'ammissibilità della domanda, la sentenza qualifica le misure legali di protezione come forme di ingerenza nella vita privata dell'interessato – anche qualora questi subisca una limitazione soltanto parziale della capacità di agire, come nell'ipotesi dell'amministrazione di sostegno – sì da subordinare la legittimità della loro applicazione al rispetto, in concreto, dei requisiti stabiliti dall'art. 8 Conv. eur. dir. uomo.

In questa prospettiva, secondo la Corte, l'amministrazione di sostegno: *a*) ha una valida base legale rappresentata dagli artt. 404 e 411 cod. civ.; *b*) persegue, nel caso di specie, uno scopo legittimo, proteggendo il benessere in senso ampio del beneficiario, con riferimento al pericolo di indebitamento derivante dall'eccessiva prodigalità; mentre *c*) non risulta rispettosa del principio di proporzionalità, oltrepassando i limiti del margine di apprezzamento riservato all'autorità giudiziaria.

2. Conformazione del modello di sostegno sostitutivo dell'amministrazione di sostegno ai principi fondamentali in materia di protezione degli adulti vulnerabili.

La pronuncia in epigrafe assoggetta l'amministrazione di sostegno a una significativa revisione ermeneutica, alla luce non soltanto del diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 Conv. eur. dir. uomo), ma anche dei principi di matrice internazionale in materia di protezione degli adulti in situazione di vulnerabilità (artt. 2 e 3 Cost.; 8 e 14 Conv. eur. dir. uomo; 7, 20, 21, 26 Carta dir. UE)[1], tra i quali occupano una posizione centrale quelli racchiusi nella Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, adottata a New York il 13 dicembre 2006 e ratificata in Italia, senza alcun adattamento, dagli artt. 1 e 2 della l. 3 marzo 2009, n. 18[2].

---

* **Contributo pubblicato in base a *referee*.**

[1] In argomento v. CASTELLANETA, *La protezione degli adulti in situazione di vulnerabilità: il ruolo degli atti internazionali a tutela dei diritti umani*, in *Notariato*, 2023, 653 ss.

[2] L'esigenza di adeguare l'impianto complessivo del diritto civile italiano ai principi convenzionali è sostenuta da BARBA, *Persone con disabilità e capacità. Art. 12 della Convenzione sui diritti delle Persone con Disabilità e diritto civile italiano*, in *Rass. dir. civ.*, 2021, 419 ss. In argomento v., altresì, VIGLIONE, *Mai più incapaci. Suggestioni spagnola per un nuovo diritto della disabilità*, in questa ***Rivista***, 2023, II, 1160 ss.; VENCHIARUTTI, *La Convenzione di New York e l'esercizio della capacità legale da parte delle persone con disabilità*, in *Liber amicorum per Paolo Zatti*, II, Jovene, 2023, 1371 ss.; SENIGAGLIA, *La* guarda de hecho del menor. *Spunti di significato per l'ordinamento giuridico italiano*, in

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Nel promuovere un profondo mutamento di paradigma rispetto alla tradizione custodialistica, la Convenzione persegue l'obiettivo di garantire il pieno godimento dei diritti fondamentali alle persone con disabilità, quale «condizione complessiva» che ostacola l'effettiva partecipazione nella società su base di eguaglianza con gli altri (art. 1, Conv. Naz. Un. dir. pers. disab.)[3].

Pertanto, al modello della protezione sostitutiva – connotato dalla limitazione della capacità di agire del soggetto, surrogato nell'attività giuridica da un rappresentante legale[4]– è preferito un sistema, fondato sull'integrale considerazione della dignità umana, che consenta l'accesso a misure di «sostegno» nell'assunzione delle decisioni «proporzionate e adatte alle condizioni della persona» (art. 12, commi 3º e 4º, Conv. Naz. Un. dir. pers. disab.)[5]. Uno scenario normativo ove acquista rilevanza centrale la disciplina procedimentale, che va conformata all'esigenza di fornire efficaci garanzie in grado di prevenire abusi, sì da rispettare «i diritti, la volontà e le preferenze della persona», della quale sia valorizzata l'autonoma capacità di provvedere alla cura dei propri interessi (art. 12, comma 4º, Conv. Naz. Un. dir. pers. disab.)[6].

Nel caso deciso dalla Corte di Strasburgo, i profili problematici dell'amministrazione di sostegno – in quanto strumento di protezione istituzionalizzata, destinato a determinare necessariamente una limitazione della capacità di agire del beneficiario[7] – si rivelano con particolare evidenza tanto sotto il profilo dell'assetto normativo dell'istituto, quanto sotto quello della prassi applicativa[8].

L'ingerenza nella vita privata realizzata dall'incapacitazione della persona rende l'amministrazione di sostegno «una misura molto grave che dovrebbe essere riservata a circostanze eccezionali». Nel caso di specie, al contrario, l'elasticità dell'istituto è piegata dall'autorità giudiziaria a un impiego arbitrario, giacché una persona anziana viene sottoposta, senza soppesare scrupolosamente tutti i fattori pertinenti, a una misura che, lungi dal rimuovere gli ostacoli che impediscano al beneficiario l'eguale esercizio dei diritti fondamentali, finisce, a giudizio della Corte, per perseguire le finalità proprie dei trattamenti sanitari obbligatori in una condizione di privazione della libertà personale.

Nella vicenda del professore C.G., invero, il giudice tutelare dispone un'amministrazione di sostegno, in significativa misura incapacitante, nei confronti di un soggetto che, secondo una perizia, «non era affetto da alcuna patologia psichiatrica», risultando dotato di una «buona capacità di socializzare», ma «seguiva i precetti "francescani", vivendo in modo semplice e donando il suo denaro a coloro che ne avevano bisogno». Il dispositivo di protezione legale sottrae all'anziano, considerato eccessivamente prodigo, il potere di assumere autonomamente decisioni che riguardino la sua sfera giuridica, facendolo «dipendere completamente dal suo amministratore in quasi tutti gli ambiti e senza alcun limite di durata». Il collocamento di C.G. in una residenza sanitaria assistita si traduce, addirittura, in un «regime di isolamento rigoroso» che priva l'internato, desideroso di ritornare a casa propria, di ogni contatto con l'esterno, senza alcuna possibilità di colloqui anche telefonici non autorizzati dall'amministratore. Una segregazione tale da recidere ogni legame familiare e sociale significativo, che la Corte assimila alla detenzione, così da configurare un vero e proprio abuso dell'amministrazione di sostegno.

Il modello della protezione sostitutiva, che conferisce all'amministratore non soltanto poteri di assistenza ma anche di rappresentanza esclusiva (art. 405, comma 5º, nn. 3 e 4 e 411, comma 4º, cod. civ.), giunge a cancellare ogni autonomia della persona tanto nella dimensione patrimoniale, quanto in quella esistenziale,

---

Fam. e dir., 2024, 301 ss.; nonché, volendo, Carapezza Figlia, Guarda de hecho *e sostegno di fatto. Per un adeguamento interpretativo delle misure di protezione delle persone vulnerabili*, in *Fam. e dir.*, 2024, 283 ss.

[3] Secondo Cass. civ., 3.2.2022, n. 3462, «si tratta di una disciplina che supera la logica della protezione tipicamente patrimoniale della persona, a favore di un modello sociale fondato sui diritti umani, che si pone in linea di evidente novità rispetto agli odierni ordinamenti giuridici. Una disciplina nella quale scompare ogni riferimento alla incapacità, per dare spazio alla disabilità, come condizione complessiva della persona, che non può limitare né deve incidere sulla sua capacità di agire». Nello stesso senso, Cass. civ., 11.7.2022, n. 21887.

[4] Una critica radicale all'impostazione codicistica della protezione degli infermi di mente, incompatibile con la mutata assiologia costituzionale si rinviene, già, in P. Perlingieri, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Esi, 1972, 137 ss.; Id., *Gli istituti di protezione e di promozione dell'«infermo di mente». A proposito dell'andicappato psichico permanente*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, 46 ss.; Id., *Diritti della persona anziana. Diritto civile e stato sociale*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, 80 ss., ora entrambi in Id., *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Esi, 2005, rispettivamente, 329 ss. e 347 ss.

[5] «Non può esistere un unico sostegno, eguale per tutte le persone con disabilità, ma occorre che esso sia costruito specificamente su ciascuna persona, dal momento che ognuna può avere necessità differenti dall'altra e che il sostegno può riguardare anche solo la sua sfera giuridica personale, o quella patrimoniale o entrambe»: Cass. civ., 3.2.2022, n. 3462.

[6] Sul punto si rinvia a de Verda y Beamonte, *I principi generali che ispirano la riforma del codice civile spagnolo in materia di disabilità*, in *Fam. e dir.*, 2024, 268, secondo il quale la disabilità «non viene più considerata in ottica negativa o restrittiva della c.d. capacità di agire, ma in senso positivo, mediante la creazione di un sistema di sostegno e garanzie in favore delle persone con disabilità, che permetta loro di esercitare, da sole, i diritti di cui sono titolari in virtù della loro capacità giuridica».

[7] L'attitudine dell'amministrazione di sostegno a comportare una *deminutio*, sia pure parziale e limitata, della capacità del beneficiario è dimostrata, in modo inequivocabile da Delle Monache, *Prime note sulla figura dell'amministratore di sostegno: profili di diritto sostanziale*, in questa ***Rivista***, 2004, II, 31 ss.; Tescaro, *L'amministrazione di sostegno tra solidarietà e libertà*, in *I nuovi orientamenti della Cassazione civile*, a cura di Granelli, Giuffrè, 2018, 70 ss.

[8] La resistenza frapposta dall'«*apparato* – cultura, costume, organizzazione, barriere autodifensive – che inghiotte, deforma sterilizza tutto ciò che vuole sovvertire o cambiare il suo 'ordine'» è rilevata da Zatti, *L'*intendance suivrà*…?*, in questa ***Rivista***, 2021, II, 182.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

rivelando la fragilità di artificiose contrapposizioni tra esse [9].

A titolo esemplificativo, l'intermediazione degli strumenti finanziari – come conti correnti e di deposito, prestiti, servizi assicurativi e di pagamento – non soltanto risulta indispensabile per l'accesso al consumo di beni e servizi da parte dell'individuo vulnerabile, ma ne condiziona fortemente il livello di inclusione nelle reti sociali. La partecipazione all'attività contrattuale, che coinvolga beni personali attratti nel mercato da un processo di *commodification*, concorre, quale strumento di autodeterminazione, allo sviluppo ottimale della personalità umana. La scelta di dove abitare è, infine, difficilmente incasellabile nelle categorie degli atti di natura personale o patrimoniale, collocandosi in un ambito intermedio che evidenzia, specialmente nelle eterogenee ipotesi di fragilità esistenziale, il profondo legame funzionale tra le due sfere.

In virtù della riferita interrelazione tra attività personale e patrimoniale del soggetto vulnerabile, misconosciuta dalla teorica della fattispecie [10], l'«intrinseco dinamismo e la strumentale flessibilità» dell'amministrazione di sostegno non costituiscono solamente «punti di forza» [11], ma amplificano i rischi di abusi [12]. L'istituto, invero, quantunque sia esclusa l'automatica definizione dei limiti alla capacità di agire del beneficiario, è pur sempre imperniato sulla logica patrimonialistica della sostituzione legale [13], al punto da rendere possibile l'estensione degli effetti previsti per l'interdizione (art. 411, comma 4º, cod. civ.) [14], con l'unico divieto di una coincidenza integrale rispetto ai poteri attribuiti al tutore [15]. Escludere, inoltre, interventi sostitutivi nel solo ambito difficilmente delimitabile del compimento degli atti c.dd. personalissimi risulta del tutto insufficiente a garantire il libero svolgimento della personalità del beneficiario, per l'intrecciarsi, con varia intensità, degli interessi esistenziali nella *cura patrimonii* rimessa all'ufficio dell'amministratore [16]. Le prassi attuative, infine, producendo una notevole estensione dell'area dell'incapacitazione, hanno dato luogo a un'inevitabile standardizzazione dei provvedimenti giudiziali [17], così da enfatizzare la difficoltà di ricondurre l'eterogeneo fenomeno della 'debolezza' a un modello di regolamentazione prescrittiva [18].

Nel caso giunto alla Corte di Strasburgo, allora, il tradizionale apparato concettuale della capacità di agire, ancora condiviso dall'esperienza giuridica italiana [19], svela in modo esemplare la propria incompatibilità con uno statuto protettivo dei soggetti vulnerabili che, rinvenendo la propria legittimazione assiologica nell'eguaglianza sostanziale, sia funzionalizzato all'esclusiva esigenza di promozione dello sviluppo ottimale della personalità umana [20].

3. Necessità della misura e revisione ermeneutica dei relativi presupposti applicativi. Rilettura personalistica della nozione di prodigalità.

Ravvisare nelle forme giuridiche di incapacità legale una deroga al principio di eguaglianza formale, giustificata unicamente dalla rimozione degli ostacoli che si frappongono alla piena partecipazione nella società da parte dei soggetti vulnerabili [21], esige la conformazione al requisito di "necessità" della disciplina degli istituti di protezione istituzionalizzata.

Si tratta di un canone ermeneutico che rende com-

---

[9] Sulla matrice ideologica della dicotomia tra essere e avere, radicata nelle codificazioni liberali, v. Resta, *Contratto e diritti della personalità*, in *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, VI, *Interferenze*, a cura di Roppo, Giuffrè, 2006, 9.

[10] Con profondità argomentativa, Senigaglia, *Minore età e contratto. Contributo alla teoria della capacità*, Giappichelli, 2020, 74 ss., il quale dimostra «l'irragionevolezza della costruzione teorica che muovendo dalla distinzione dogmatica, basata sul carattere patrimoniale o non patrimoniale del diritto/interesse, giunge ad ammettere l'autodeterminazione del soggetto *esclusivamente* rispetto ai propri interesse personali».

[11] Così, Cass. civ., 31.3.2022, n. 10483.

[12] Definisce, lucidamente, la flessibilità un punto non soltanto di forza, ma anche «di debolezza» dell'istituto, Paradiso, *L'amministrazione di sostegno (leggendo il quaderno di* Familia*)*, in *Familia*, 2005, 437 ss.

[13] Denuncia Zatti, *Oltre la capacità* (2003), ora in Id., *Maschere del diritto volti della vita*, Giuffrè, 2009, 120, «l'inettitudine del modello della capacità legale di agire e della sua stessa stella gemella, la potestà e rappresentanza legale, a governare i problemi dell'autodeterminazione nelle zone in cui emerge l'implicazione diretta degli interessi personali».

[14] In senso critico, Bonilini, *Le norme applicabili all'amministratore di sostegno*, in Id.-Chizzini, *L'amministrazione di sostegno*, Cedam, 2007, 230 s.

[15] Così, Corte cost., 9.12.2005, n. 440, in *Giur. cost.*, 2005, 4746 ss., secondo la quale «in nessun caso i poteri dell'amministratore possono coincidere "integralmente" con quelli del tutore o del curatore».

[16] Evidenza l'eterogeneità funzionale degli atti personalissimi, Prisco, *Amministrazione di sostegno e atti personalissimi*, Esi, 2018, secondo la quale occorre elaborare soluzioni diversificate in relazione alla natura degli interessi che vi trovano composizione.

[17] Lo rileva, Roma, *Amministrazione di sostegno: criticità normative sostanziali e processuali*, in questa ***Rivista***, 2021, II, 694.

[18] Zatti, *L'*intendance suivrà*…?*, cit., 182. Considera il concetto di "debolezza" insuscettibile di essere innalzato «ad autonoma fattispecie», Poletti, voce «Soggetti deboli», in *Enc. del dir. Annali*, IV, Giuffrè, 2014, 962 s.

[19] Secondo Zatti, *Oltre la capacità*, cit., 125: «La chiave della correlazione tra potestà e capacità va posta in luce per essere abbandonata: essa sta nella concezione secondo cui il soggetto debole è di inciampo ad un traffico che può svolgersi solo tra soggetti forti; nell'idea che il debole debba essere perciò *alieni iuris*, soggetto a potestà, e che il forte debba esercitare la protezione e la rappresentanza».

[20] Si rinvia all'insegnamento di P. Perlingieri, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, cit., 137 ss.; Id., *Gli istituti di protezione e di promozione dell'«infermo di mente»*, cit., 341, secondo il quale lo statuto di protezione deve trovare fondamento «in relazione all'esclusivo interesse delle manifestazioni dello sviluppo personale e non già adducendo ragioni di interesse superiore».

[21] Cfr., già, C.M. Bianca, *Le autorità private*, (1977), ora in Id., *Realtà sociale ed effettività della norma. Scritti giuridici*, I, Giuffrè, 2002, 51 ss., secondo il quale l'istaurazione di rapporti di autorità privata è ammissibile soltanto qualora giustificato dall'attuazione del principio costituzionale di eguaglianza sostanziale.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

patibili con i principi fondamentali del sistema ordinamentale (artt. 2 e 3 Cost.; 8 e 14 Conv. eur. dir. uomo; 7, 20, 21, 26 Carta dir. UE; 12 Conv. Naz. Un. dir. pers. disab.) le sole tecniche di esclusione o limitazione della capacità di agire che siano strettamente indispensabili alla migliore realizzazione, non di esigenze della collettività o di terzi, ma dei soli interessi personali del beneficiario [22]. Del resto, la sussidiarietà degli strumenti di protezione legale – rispetto a forme di sostegno di natura volontaria o di fatto che, senza alcun meccanismo di sostituzione, risultino adeguate alle concrete condizioni del soggetto assistito – appare incompatibile più con la tralatizia impostazione degli interpreti [23], che con il formante legale, fitto invece di riferimenti non al "dovere", bensì al "potere" di attivare una misura giudiziale (artt. 404, 406, comma 1º, 414 cod. civ.) con la «minore limitazione possibile della capacità di agire» (art. 1, l. 9.1.2004, n. 6) [24].

In questa prospettiva, l'abuso dell'amministrazione di sostegno, condannato dalla Corte eur. dir. uomo, induce a verificare la legittimità di limitazioni della capacità di agire, nei confronti di soggetti che, come nel caso in commento, risultino scevri da alterazioni psichiche tali da comportare l'impossibilità di provvedere ai propri interessi.

Non appaiono, invero, conformi all'assiologia del vigente ordinamento alcune diffuse interpretazioni dei presupposti applicativi dell'istituto, rappresentati dall'esistenza di un'«infermità» o «menomazione fisica o psichica» e dall'«impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi» (art. 404 cod. civ.) [25]. Se infatti, come corollario del requisito di necessità, l'amministrazione di sostegno si configura, nel lessico della giurisprudenza di Strasburgo, come «una misura molto grave» da riservarsi «a circostanze eccezionali» [26], occorre non soltanto postulare la ricorrenza congiunta di entrambi i riferiti presupposti, ma anche escluderne l'applicabilità tanto alla minorazione meramente fisica di soggetti *compos sui* [27], quanto alla semplice difficoltà di curare i propri interessi [28].

Superando alcune ambiguità della più recente giurisprudenza, incline ad ammettere la fruibilità dello strumento da parte di un soggetto «pienamente lucido» che non manifesti una volontà contraria [29], la configurazione di una capacità di agire relativa va considerata un'*extrema ratio* giustificata, in via esclusiva, da una condizione attuale di *deficit* intellettivo incidente sull'effettiva idoneità della persona a provvedere ai propri interessi [30], sì da riservarsi a ogni altra condizione di

---

[22] Esclude la legittimità costituzionale delle «norme che limitano gl'incapaci, dettate non nel loro interesse ma in quello della collettività», P. Perlingieri, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, cit., 139, secondo il quale «non si può accettare una limitazione della capacità d'agire, quindi una diseguaglianza, per scopi patrimoniali e non personali» (p. 141).

[23] Si vedano Cass. civ., 15.5.2019, n. 12998; Cass. civ., 18.6.2014, n. 13929; Cass. civ., 26.10.2011, n. 22332, secondo le quali la discrezionalità giudiziale «ha ad oggetto solo la scelta della misura più idonea (amministrazione di sostegno, inabilitazione, interdizione), e non anche la possibilità di non adottare alcuna misura».

[24] Si rinvia a Piccinni, *Misure di protezione e principio di sussidiarietà nell'attuazione dei diritti delle persone non autonome*, in questa ***Rivista***, 2016, I, 831, secondo la quale il requisito di necessità «può essere considerato implicito anche nel nostro ordinamento».

[25] Cfr. l'accurata sintesi Tescaro, voce «Amministrazione di sostegno», in *Digesto. IV ed., Disc. priv., sez. civ.*, Agg. I, Utet, 2007, 15 ss.

[26] V. anche, tra le decisioni più risalenti, Corte eur. dir. uomo, 18.9.2014, *Ivinovic c. Croazia*, ric. 13006/13, § 38; Corte eur. dir. uomo, 23.3.2017, *A.-M.V. c. Finlandia*, n. 53251/13, § 83.

[27] Nell'elaborazione giurisprudenziale, tra le decisioni che applicano l'amministrazione di sostegno alle «ipotesi nella quale una persona sia priva, in tutto o in parte, di autonomia – non solo a cagione di una infermità di mente, come nel caso dell'interdizione, ai sensi dell'art. 414 cod. civ. – bensì anche per una qualsiasi altra "infermità" o "menomazione fisica", anche parziale o temporanea», v. Cass. civ., 15.5.2019, n. 12998, in *Dir. fam. e pers.*, 2019, I, 1105 ss.; nonché Cass. civ., 4.11.2022, n. 32542, in *Dejure*; Cass. civ., 12.6.2006, n. 13584, in *Fam. e dir.*, 2007, 31 ss.; Cass. civ., 29.11.2006, n. 25366, in *Fam. e dir.*, 2007, 19 ss. Cfr., tra le numerose voci dottrinali, C.M. Bianca, *Premessa*, in *L'amministrazione di sostegno*, a cura di Patti, Giuffrè, 2005, 2 s.; Ferrando, *Le finalità della legge. Il nuovo istituto nel quadro delle misure di protezione delle persone prive in tutto o in parte di autonomia*, in *Soggetti deboli e misure di protezione*, a cura di Ferrando-Lenti, Giappichelli, 2006, 28 s.; Bugetti, *Le incerte frontiere tra amministrazione di sostegno e interdizione*, in *Fam. e dir.*, 2006, 59.

[28] Emblematica la posizione di Cendon, voce «Amministrazione di sostegno», in *Enc. del dir., Annali*, IV, Giuffrè, 2014, 25, secondo il quale «il criterio fondamentale per decidere se l'amministrazione di sostegno vada o meno attivata nel caso specifico non è tanto quello di accertare *tout court* l'esistenza di una diagnosi medica di malattia, bensì di prendere atto che, malattia o non malattia, esiste qualcuno che, per ragioni psichiche o fisiche (il codice è esplicito su questo) e, potremmo aggiungere, anche per ragioni istituzionali, sociali, culturali, non è in grado di badare adeguatamente a sé stesso; e ciò per uno o più atti della vita quotidiana. Oltre ai malati in senso stretto, il ventaglio dei destinatari della nuova misura di protezione potrà quindi comprendere, se del caso, anche alcolisti, tossicodipendenti, portatori di handicap fisici, disabili motori o sensoriali, persone anziane significativamente debilitate, e così via». Da ultimo, Id., *Persone fragili, diritti civili*, in questa ***Rivista***, 2021, II, 168, dilata il riferimento applicativo, impiegando come filtro «la difettosa autonomia, l'inadeguatezza relazional/metropolitana», sino a coinvolgere «gli anziani della quarta età, le persone portatrici di dipendenze ludiche o affettive, gli individui discriminati, le vittime della criminalità organizzata, i morenti».

[29] V., da ultimo, Cass. civ., 17.1.2024, n. 1782, che – richiamando Cass. civ., 27.9.2017, n. 22602, in *Foro it.*, 2017, I, 3307 ss. e Cass. civ., 31.12.2020, n. 29981, ord., in *Giur. it.*, 2021, 2335 ss. – afferma che, «nel caso in cui l'interessato sia persona pienamente lucida che rifiuti il consenso o, addirittura, si opponga alla nomina dell'amministratore», l'autorità giudiziaria «non può imporre misure restrittive della sua libera determinazione, ove difetti il rischio di una adeguata tutela dei suoi interessi». Diversamente, l'apertura di un'amministrazione di sostegno nei confronti di una persona che si trovi nella capacità di autodeterminarsi deve considerarsi sempre inammissibile, senza il ricorso di ulteriori presupposti come il consenso dell'interessato, che si risolverebbe in una disposizione della propria capacità di agire.

[30] Cfr., già, P. Perlingieri, *Gli istituti di protezione e di promozione dell'«infermo di mente»*, cit., 341, il quale afferma che uno statuto particolare di limitata capacità può essere giustificato soltanto da un'«insufficienza mentale» che rappresenti «obiettivamente uno stato patologico. Dopo l'entrata in vigore della l. n. 6 del 2004, appaiono pienamente condivisibili le considerazioni di Delle Monache, *Prime note sulla figura dell'amministratore di sostegno*, cit., 39, secondo il quale «la mera presenza di un'infermità o menomazione fisica di per sé non rende mai accessibile l'istituto dell'amministrazione di sostegno, e ciò per quanto

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

fragilità forme di sostegno non sostitutivo che conservino integralmente la capacità di agire.

Alla valutazione di necessità della misura di protezione istituzionalizzata non si sottrae la condizione di prodigalità che, secondo la decisione in commento, è in grado di fondare limitazioni della capacità del beneficiario, in quanto diretta a perseguire lo «scopo legittimo» della tutela dal rischio di indigenza.

In effetti, anche nel diritto vivente nazionale, l'eccessiva prodigalità – intesa come «un comportamento abituale caratterizzato da larghezza nello spendere, nel regalare o nel rischiare in maniera eccessiva ed esorbitante rispetto alle proprie condizioni socio-economiche ed al valore oggettivamente attribuibile al denaro» [31] – oltre a costituire un autonomo presupposto dell'inabilitazione (art. 415, comma 2º, cod. civ.), giustifica l'apertura di un'amministrazione di sostegno, «indipendentemente da una sua derivazione da specifica malattia o comunque infermità» [32].

Nonostante alcune risalenti pronunce di legittimità subordinassero, con sensibilità culturale, la dichiarazione di inabilitazione al riscontro che la condotta dissolutoria riveli un'«anomalia o alterazione psichica» [33], un indirizzo giurisprudenziale ormai consolidato accoglie, invece, una nozione di prodigalità svincolata da ogni componente patologica, quale «espressione di libera scelta di vita, ricollegabile a motivi futili» [34]. Si accoglie in tal modo, proprio nella giurisprudenza più recente, un'impostazione di impronta patrimonialistica degli istituti di protezione [35], diretti a interdire atti e attività di un soggetto capace di autodeterminarsi, a garanzia di esigenze economiche del gruppo familiare o della società [36].

Tuttavia, la necessaria depatrimonializzazione della disciplina del sostegno degli adulti vulnerabili non può non investire anche la condizione di prodigalità, che va sottoposta a un'interpretazione adeguatrice all'assiologia ordinamentale per mezzo del suo indispensabile ancoraggio a una disabilità psichica.

In conformità al principio di tutela della persona umana [37], infatti, la tendenza allo sperpero non può determinare da sola forme di incapacità di agire, poiché la sostituzione legale, da una parte, opererebbe nei confronti di un individuo in grado di esercitare lucidamente processi decisionali e, dall'altra, sarebbe piegata a proteggere l'interesse alla conservazione dell'integrità patrimoniale proprio di soggetti terzi, destinato a trovare realizzazione, in quanto giuridicamente rilevante, mediante un diverso e più adeguato apparato rimediale [38].

4. Autodeterminazione della persona vulnerabile e non arbitrarietà del procedimento.

La configurazione di un abuso dell'amministrazione di sostegno discende infine – nell'argomentazione della Corte di Strasburgo – dall'assenza, nel processo decisionale finalizzato all'adozione della misura di protezione legale, delle indispensabili garanzie procedurali volte a evitare rischi di arbitrarietà.

Valorizzando gli spunti offerti dall'art. 12 Conv. Naz. Un. dir. pers. disab., la decisione istituisce uno stretto legame tra il coinvolgimento dell'interessato nel procedimento giurisdizionale e la proporzionalità dell'ingerenza, realizzata dal provvedimento incapacitante, nel diritto al rispetto della vita privata.

In particolare, l'esigenza normativa che «le misure relative all'esercizio della capacità giuridica rispettino i diritti, la volontà e le preferenze della persona» (art. 12, comma 4º, Conv. Naz. Un. dir. pers. disab.) [39] è soddisfatta, secondo la pronuncia in commento, soltanto mediante una conformazione della disciplina procedimentale, tale da assicurare un giusto equilibrio tra gli interessi coinvolti: da una parte, la piena protezione del soggetto vulnerabile volta a rimuovere gli ostacoli all'ottimale sviluppo della personalità e, dall'altra, il rispetto della sua libertà di autodeterminazione, nei limiti della concreta capacità di discernimento.

Diversamente, a giudizio della Corte, nella disciplina dell'amministrazione di sostegno, non esistono «garanzie effettive idonee a prevenire gli abusi, come richiedono le norme del diritto internazionale relativo ai

---

gravi possano risultare gli ostacoli che una tale condizione determina nella (diretta) cura dei propri interessi da parte della persona». Cfr., altresì, Bonilini, *L'anziano consapevole, e adeguatamente assistito, non abbisogna di amministratore di sostegno. In soccorso, può intervenire il mandato*, in *Fam. e dir.*, 2016, 179 ss.; Tescaro, *Un (quasi integralmente) encomiabile esempio di interpretazione restrittiva della disciplina dell'amministrazione di sostegno*, in questa ***Rivista***, 2021, II, 499 s.

[31] In tal senso, Cass. civ., 28.12.2023, n. 36176, in *Foro it.*, 2024, I, 441; Cass. civ., 13.1.2017, n. 786, *ivi*, 2017, I. 1302; Cass. civ., 19.11.1986, n. 6805, in *Giust. civ.*, 1987, I, 327.

[32] Così, Cass. civ., 28.12.2023, n. 36176, cit.; Cass. civ., 13.1.2017, n. 786, cit.; Cass. civ., 19.11.1986, n. 6805, cit.

[33] V. Cass. civ., 18.2.1968, n. 428, in *Giust. civ.*, 1968, I, 588 ss.; Cass. civ., 13.3.1980, n. 1680, in *Foro it.*, 1980, I, 966 ss., con nota di Trabucchi, *L'alterazione mentale nella prodigalità dell'inabilitando*.

[34] Così, Cass. civ., 28.12.2023, n. 36176, cit.; Cass. civ., 13.1.2017, n. 786, cit.; Cass. civ., 19.11.1986, n. 6805, cit.

[35] Si veda, già, P. Perlingieri, *Gli istituti di protezione e di promozione dell'«infermo di mente»*, cit., 332 s.

[36] Nella motivazione di Cass. civ., 28.12.2023, n. 36176, cit. – secondo la quale l'incapacitazione del prodigo trova fondamento nei «doveri di solidarietà già posti a suo carico», oltre che nell'esigenza di evitare un aggravio di costi per la collettività – riecheggiano le risalenti parole di Barassi, *Istituzioni di diritto privato*, Giuffrè, 1939, 110, secondo il quale «la ragione che determina la inabilitazione per prodigalità non è una seminfermità mentale, ma la necessità anche per la famiglia e per la società che non sia sperperato un patrimonio».

[37] Si rinvia alle pagine di Napoli, *Inabilitazione per prodigalità e tutela della persona umana*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, I, 279 ss.

[38] In questa prospettiva Bonilini, *Prodigalità e amministrazione di sostegno*, in *Fam. e dir.*, 2018, 144 s.

[39] Sul punto si rinvia a Barba, *Persone con disabilità e capacità*, cit., 434 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

diritti dell'uomo», risultando indispensabile prevedere l'ascolto personale del beneficiario e la sua partecipazione a *tutte* le decisioni assunte nelle diverse fasi del procedimento.

Il rispetto della dignità del soggetto vulnerabile, invero, non è salvaguardato soltanto dalle previsioni che gli consentono di proporre il ricorso per l'istituzione della misura (art. 406, comma 1º, cod. civ.) e di designare la persona dell'amministratore in previsione della futura incapacità (art. 408, comma 1º, cod. civ.). Occorre, altresì, garantire all'interessato l'effettiva possibilità di esprimere la propria opinione, per il tramite dell'ascolto [40], in un coinvolgimento nelle scelte che lo riguardano proporzionato al grado di disabilità, sì da modellare la portata del sostegno sui concreti bisogni di una tutela che non sia inutilmente restrittiva [41].

La necessaria rispondenza delle misure di protezione alla «clausola generale del c.d. "interesse preferito"» [42] impone di sancire la metamorfosi del paradigma della sostituzione nell'attività giuridica, fondato esclusivamente su meccanismi di natura rappresentativa, per il tramite della partecipazione del soggetto in condizioni di debolezza, associato ai processi decisionali mediante adeguate garanzie procedimentali [43], che permettano di tener conto – in una visuale autenticamente distante da *standard* uniformi e indistinti – non soltanto di «bisogni» e «richieste» (artt. 407, comma 2º e 410, comma 1º cod. civ.), ma anche di desideri e preferenze tali da esprimere l'idoneità residua del soggetto da proteggere.

È il principio dell'ascolto, in conclusione, a valorizzare la «dimensione relazionale della capacità» [44], assicurando, in una ricerca di soluzioni volta a volta differenziate, che il sostegno degli individui privi di autonomia ora promuova, mediante forme di assistenza, una partecipazione alla vita giuridica graduata al concreto discernimento, ora consideri, nelle eccezionali ipotesi di rappresentanza legale, la complessa traiettoria vitale quale indispensabile presidio dell'identità della persona, nella pienezza di tutte le sfaccettature dell'esistenza umana [45].

CORTE EUR. DIR.UOMO, I sez., 6.7.2023, ric. 46412/21 – Bošnjak *Presidente* – Degener *Cancelliere*

Amministrazione di sostegno – Persone anziane – Eccessiva prodigalità – Limitazioni della capacità di agire – Desideri e preferenze del beneficiario – Mancata considerazione – Diritto al rispetto della vita privata e familiare – Violazione – Criteri di valutazione della condotta statale (Conv. eur. dir. uomo, artt. 8 e 14; Carta dir. UE, artt. 7, 20, 21, 26; Conv. Naz. Un. dir. pers. disab., artt. 1 e 12)

La nomina di un amministratore di sostegno con poteri rappresentativi, anche parziali, rappresenta una misura molto grave che dovrebbe essere riservata a circostanze eccezionali. La limitazione della capacità di agire di un anziano, fondata su una eccessiva prodigalità e la conseguente collocazione in una residenza sanitaria assistenziale, senza tener conto dei desideri e delle preferenze della persona interessata, costituiscono una violazione del diritto al rispetto della vita privata.

dal testo:

Il fatto. 2. Il sig. A. Calvi («il primo ricorrente») agisce nel presente procedimento in nome proprio e a nome del cugino C.G. («il secondo ricorrente») che è sottoposto alla misura dell'amministrazione di sostegno disposta dal giudice tutelare e che, dal 30 ottobre 2020, è ricoverato in una residenza sanitaria per persone anziane dipendenti. I ricorrenti sono nati rispettivamente nel 1956 e nel 1930, e risiedono a Lecco.

(*Omissis*)

4. Nel 2017 la sorella del secondo ricorrente presentò al giudice tutelare di Milano una domanda volta ad ottenere la nomina di un amministratore di sostegno che fosse incaricato di sostituirsi all'interessato nell'esercizio di alcuni diritti e di assisterlo per altri. Sosteneva che suo fratello era anziano e che, pur essendo in

[40] Osserva Senigaglia, *Minore età e contratto*, cit., 58 che è «il *principio dell'ascolto* che funge da garanzia dell'affermazione della volontà (e quindi dell'interesse)» del soggetto vulnerabile.

[41] Cfr. Cass. civ., 19.1.2023, n. 1667, secondo la quale l'audizione personale del beneficiario dell'amministrazione di sostegno rappresenta un adempimento essenziale della procedura in esame, non solo perché rispettoso della dignità della persona che vi sia sottoposta in ragione di una qualche disabilità, ma anche perché funzionale alla realizzazione dello scopo dell'istituto dell'amministrazione di sostegno», sì che «va accertata la volontà del beneficiario, le cui dichiarazioni, opposizioni o preferenze devono essere scrupolosamente registrate e valutate dal giudice».

[42] In argomento, si rinvia a Barba, *Persone con disabilità e capacità*, cit., 436, che evoca il passaggio «da un modello ispirato al *superiore interesse* della persona con disabilità a un sistema ispirato all'*interesse preferito* dalla persona con disabilità».

[43] Sul rilievo della volontà della persona con disabilità al fine di stabilire le misure di sostegno v. de Verda y Beamonte, *I principi generali che ispirano la riforma del codice civile spagnolo in materia di disabilità*, cit., 280 ss.

[44] Zatti, *Il tragico caso di Carmelo P. (spunti in tema di limitata capacità di fatto)*, in questa ***Rivista***, 2003, II, 315 ss., ora in Id., *Maschere del diritto volti della vita*, cit., 141, secondo il quale la relazione con la persona vulnerabile compensa «con interventi protezionistici» gli «aspetti di fragilità o insufficienza della capacità residua dell'interessato».

[45] Si rinvia alle sensibili riflessioni di Martínez de Aguirre Aldaz, *La observación general primera del Comité de derechos de la persona con discapacidad: ¿interpretar o corregir?*, in Aa.Vv., *Un nuevo Derecho para las personas con discapacidad*, Santiago de Chile, 2021, 99 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

grado di badare a sé stesso, mostrava un comportamento improntato alla prodigalità.

5. Con un provvedimento del 9 maggio 2017, dopo aver constatato la prodigalità del secondo ricorrente, che non sembrava essere pienamente consapevole delle situazioni di grave pregiudizio nelle quali poteva trovarsi, il giudice tutelare ritenne che una misura di amministrazione di sostegno costituisse una protezione adeguata. Il giudice tutelare rilevò che il secondo ricorrente seguiva i precetti «francescani», vivendo in modo semplice e donando il suo denaro a coloro che ne avevano bisogno, ma che era incapace di gestire i limiti di questa pratica, il che lo metteva in situazione di vulnerabilità.

6. Ritenendo che non fosse necessario ricorrere a misure più vincolanti che prevedessero un'interdizione o un'incapacità, il giudice tutelare nominò l'avvocato B. come amministratore di sostegno ai fini dell'amministrazione del patrimonio dell'interessato.

7. Il 4 dicembre 2017 fu eseguita una perizia psicologica sul secondo ricorrente. L'esperto concluse che non aveva riscontrato alcun elemento che giustificasse un trattamento psichiatrico, precisando che l'interessato non era affetto da alcuna patologia psichiatrica.

8. Il 3 gennaio 2018 il secondo ricorrente fu sottoposto a una seconda perizia. Il bilancio cognitivo indicò che le funzioni esecutive e i processi cognitivi e motivazionali necessari per compiere azioni quotidiane ordinarie e straordinarie erano intatti.

(*Omissis*)

10. Il 31 ottobre 2018, a seguito di una nuova valutazione psicologica, l'esperto che aveva esaminato il secondo ricorrente rilevò l'esistenza di un disturbo narcisistico della personalità che aveva raggiunto un livello tale da influire, anche se solo parzialmente, sulla sua capacità di prendersi cura di sé stesso e di compiere determinate azioni.

(*Omissis*)

15. Con un provvedimento del 27 maggio 2020, il giudice tutelare estese i poteri dell'amministratore di sostegno di C.G. a tutti gli aspetti delle cure personali di quest'ultimo, rilevando che la sua sicurezza fisica e il suo benessere erano gravemente compromessi e che faceva discorsi confusi e contraddittori. In particolare, il giudice tutelare autorizzò l'amministratore di sostegno a provvedere, in nome dell'interessato, a tutte le incombenze che riguardavano quest'ultimo, e lo incaricò, in particolare, di decidere la soluzione abitativa più adatta alla situazione di C.G. e di assicurarsi che lo stesso ricevesse cure e trattamenti che tenessero conto dei suoi bisogni e delle sue aspirazioni. In virtù di tale decisione, l'amministratore doveva anche intrattenere rapporti con l'autorità socio-sanitaria ed esprimere i consensi e le autorizzazioni richiesti relativamente alle azioni necessarie alla protezione del benessere e della salute di C.G. Il giudice precisò a tal fine che, all'occorrenza, poteva essere previsto l'inserimento in una adeguata struttura di cura e ricovero, autorizzando quindi l'amministratore a prestare il consenso in nome dell'interessato.

16. Un rapporto medico redatto nel giugno 2020 indicò che C.G. non sembrava soffrire di alcuna patologia psichica, che aveva conservato la sua capacità di giudizio, soprattutto quella di discernere le conseguenze civili e penali dei suoi atti, e che non era stato constatato alcun decadimento mentale o cognitivo.

17. Invece, secondo una perizia eseguita il 24 settembre 2020 su richiesta del giudice tutelare, l'interessato manifestava un disturbo della personalità ossessivo-compulsivo, al quale si aggiungevano degli aspetti depressivi, si trovava in uno stato di malessere in ragione di richieste di denaro che gli pervenivano, e le sue condizioni di vita, fra cui, in particolare, le condizioni igieniche, erano molto scarse. Di conseguenza, l'esperto riteneva che fosse indispensabile collocarlo in una residenza sanitaria assistenziale, poiché questa misura era, a suo parere, l'unica che lo potesse proteggere. Inoltre, indicava che i suoi beni immobili erano ancora occupati da terzi.

(*Omissis*)

20. Il 26 ottobre 2020 l'amministratore di sostegno chiese al giudice tutelare l'autorizzazione a far ricoverare C.G. in una residenza sanitaria assistenziale con l'aiuto della forza pubblica, spiegando che l'interessato non aveva più un medico di base né una tessera sanitaria, e che era stato avviato un procedimento penale contro i suoi assistenti domiciliari per aver abusato della sua debolezza. Di conseguenza, l'amministratore di sostegno raccomandava che C.G. fosse sottoposto a visita medica e poi collocato in una residenza sanitaria assistenziale, e chiedeva al giudice di accordargli il potere di ricorrere alla forza pubblica nel caso le circostanze lo richiedessero.

21. Lo stesso giorno, il giudice autorizzò l'amministratore di sostegno a compiere tutto quanto necessario per provvedere all'ingresso di C.G. in una residenza sanitaria assistenziale.

22. Il giorno successivo, il 27 ottobre 2020, l'amministratore, accompagnato dal medico E.M. e dai carabinieri, si presentò a casa del badante dell'interessato. Quest'ultimo, informato della decisione di ricovero che era stata adottata nei suoi confronti, manifestò la sua opposizione alla suddetta misura. Tuttavia, dopo aver riacquistato la calma, accettò di seguire il medico per sottoporsi ad un controllo sanitario, acconsentendo ad entrare in una residenza sanitaria assistenziale solo a titolo provvisorio e nella prospettiva di un successivo ritorno a casa sua. Due giorni dopo, cominciò a rifiutare il cibo, ad eccezione del pane e dell'acqua, per protestare contro il suo ricovero.

(*Omissis*)

24. Pochi giorni prima, il 17 novembre 2020, una troupe di un programma televisivo, «Le Iene», aveva realizzato un reportage che metteva in discussione la

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

legalità del ricovero in una residenza sanitaria assistenziale del secondo ricorrente, e che fu trasmesso a livello nazionale. Di conseguenza, l'amministratore di sostegno decise di impedire qualsiasi comunicazione diretta tra C.G. e terze persone, ad eccezione del sindaco della città di A.

25. Il 26 novembre 2020 il giudice tutelare, prendendo in considerazione la suddetta decisione dell'amministratore di sostegno, che mirava a proteggere l'interessato dalla divulgazione della sua storia personale e dalle ripercussioni mediatiche del *reportage* trasmesso, nonché la suddetta perizia dell'8 ottobre 2020, che aveva suggerito di procedere a una rivalutazione psichiatrica di C.G., a sua volta vietò ogni incontro e conversazione telefonica di terze persone con il secondo ricorrente, salvo volontà contraria di quest'ultimo.

(*Omissis*)

35. Il 17 marzo 2021 il primo ricorrente presentò una nuova istanza al giudice tutelare e, sostenendo che erano trascorsi due mesi dall'ultima decisione del giudice e che la situazione poteva essere cambiata, chiese che gli fosse concesso di contattare telefonicamente il secondo ricorrente e che il giudice definisse le modalità del suo ricovero nella residenza sanitaria assistenziale, soprattutto per quanto riguardava la durata del ricovero.

36. Il 18 marzo 2021 il Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della Libertà personale, («il Garante nazionale») indirizzò alla procura della Repubblica presso il tribunale di Lecco una Raccomandazione con la quale la invitava a considerare l'opportunità di chiedere al giudice tutelare una rivalutazione completa del contesto di vita del secondo ricorrente nella prospettiva di porre fine al suo internamento nella residenza sanitaria assistenziale. Il Garante nazionale portava all'attenzione della procura diverse problematiche derivanti dalla misura di protezione disposta dal tribunale di Lecco nel 2017 e dal ricovero del secondo ricorrente in una residenza sanitaria assistenziale, raccomandando di rivedere le misure adottate per la sua protezione e di individuare per il futuro un sistema di sostegno più adeguato.

(*Omissis*)

37. Con decisione del 23 marzo 2021, il giudice tutelare respinse l'istanza del primo ricorrente (paragrafo 35 *supra*).

38. Il 3 maggio 2021 il Garante nazionale effettuò una visita nella residenza sanitaria assistenziale dove era ricoverato il secondo ricorrente. In tale occasione, il Garante sottolineò che il collocamento di C.G. era stato deciso contro la volontà dell'interessato stesso e limitava fortemente la sua libertà personale, e invitò le autorità ad adottare delle misure idonee per attenuare il suo isolamento e assicurare la sua uscita dalla struttura in tempi brevi in vista del rientro a casa sua.

39. Con decisione del 21 maggio 2021, il giudice tutelare si pronunciò sul ricorso che il primo ricorrente aveva proposto al fine di ottenere informazioni sulle modalità di uscita del secondo ricorrente.

Il giudice tutelare rilevò che la situazione clinica dell'interessato non era stabile, che un procedimento penale per abuso di debolezza a suo danno era ancora pendente, che i suoi beni immobili erano ancora occupati, e che lo stesso si era opposto alle altre soluzioni abitative che gli erano state proposte, aggiungendo che era ormai ben inserito nella residenza sanitaria assistenziale, dove socializzava con gli altri residenti, e che aveva a sua disposizione un cellulare che gli permetteva di chiamare le persone che voleva incontrare.

(*Omissis*)

45. La Corte non è stata informata di un eventuale seguito dato dalla procura alla raccomandazione del Garante nazionale del 18 marzo 2021 (paragrafo 35 *supra*). Invece, la Corte è stata informata che era stato avviato un procedimento penale per violazione di domicilio contro una terza persona sospettata di essere entrata nella residenza sanitaria assistenziale e di avervi incontrato il secondo ricorrente senza l'autorizzazione dell'amministratore di sostegno. A seguito dell'indagine, nel giugno 2023, questa persona era stata condannata a un anno e dieci mesi di reclusione.

I motivi. – I. SULLA QUALITÀ PER AGIRE DEL PRIMO RICORRENTE PER PRESENTARE IL RICORSO IN NOME DEL SECONDO RICORRENTE

(*Omissis*)

B. Valutazione della Corte

(*Omissis*)

22. La Corte rammenta che un terzo può, in circostanze eccezionali, agire in nome e per conto di una persona vulnerabile se esiste il rischio che i diritti della vittima diretta siano privati di una protezione effettiva, e a condizione che non vi sia un conflitto di interessi tra l'autore del ricorso e la vittima [Lambert e altri c. Francia (GC), n. 46043/14, § 102, Corte eur. dir.uomo 2015 (estratti)].

(*Omissis*)

24. Nella fattispecie, applicando i criteri esposti nella sentenza Lambert (sopra citata), la Corte osserva che il secondo ricorrente si trovava in una situazione che non gli permetteva di presentare direttamente il ricorso dinanzi alla Corte, in quanto l'amministratore di sostegno dispone nei suoi confronti di un potere di sostituzione e, per di più, la doglianza principale riguardava delle limitazioni che quest'ultimo gli aveva imposto con l'autorizzazione del giudice tutelare. Il rischio che il secondo ricorrente sia privato di una protezione effettiva per quanto riguarda i diritti che gli sono riconosciuti ai sensi della Convenzione è dunque comprovato nelle circostanze del caso di specie (*mutatis mutandis* Blyudik c. Russia, n. 46401/08, §§ 41-44, 25 giugno 2019 e, a contrario (Vivian c. Italia (dec.), n. 32264/96, 26 febbraio 2002). La Corte rileva, inoltre, una contraddizione evidente tra, da un lato, le posizioni adottate dall'amministratore e dalle giurisdizioni in-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

terne relativamente alle questioni oggetto del presente ricorso e, dall'altro, le argomentazioni proposte a sostegno di quel ricorso, secondo le quali le decisioni di sottoporre il secondo ricorrente a una misura di protezione in una residenza sanitaria assistenziale sarebbero contrarie alla Convenzione. Essa constata, inoltre, un'assenza di conflitto di interessi tra il primo ricorrente e il secondo ricorrente per quanto riguarda l'oggetto del ricorso stesso.

25. La Corte osserva, infine, che la presente causa solleva, sotto il profilo degli articoli 5 e 8 della Convenzione, delle questioni gravi relativamente alle condizioni di vita delle persone anziane nelle residenze sanitarie assistenziali, che assumono un carattere di interesse generale data la vulnerabilità delle persone che risiedono in tali istituti. Il proseguimento dell'esame del presente ricorso offre dunque l'occasione di chiarire le norme convenzionali di protezione applicabili a tali persone, e permette di contribuire alla salvaguardia o allo sviluppo di tali norme.

26. Tenuto conto di quanto sopra esposto, la Corte ritiene che esistano, nel caso di specie, circostanze eccezionali che permettono di riconoscere al primo ricorrente la qualità per agire dinanzi ad essa in quanto rappresentante di suo cugino nella misura in cui le doglianze riguardano gli articoli 5 e 8 della Convenzione. Di conseguenza, l'eccezione del Governo relativa all'assenza di qualità per agire del primo ricorrente deve essere respinta.

II. SULLA DEDOTTA VIOLAZIONE DELL'ARTICOLO 8 DELLA CONVENZIONE

(*Omissis*)

B. Sul merito

2. Valutazione della Corte

a) Ingerenza, legalità e scopo legittimo

40. La Corte rammenta che la decisione di sottoporre una persona ad una misura di protezione giuridica può costituire un'ingerenza nella vita privata di tale persona, anche quando quest'ultima è stata privata solo in parte della sua capacità giuridica (Ivinovic c. Croazia, n. 13006/13, § 35, 18 settembre 2014). Essa ritiene dunque che la misura adottata nei confronti del secondo ricorrente costituisca un'ingerenza ai sensi dell'articolo 8 della Convenzione.

41. La Corte rammenta che una lesione del diritto di una persona al rispetto della sua vita privata viola l'articolo 8 se non è «prevista dalla legge», se non persegue uno o più scopi legittimi ai sensi del paragrafo 2, o se non è «necessaria in una società democratica», nel senso che non è proporzionata agli scopi perseguiti (si veda, tra altre, Chtoukatourov c. Russia, n. 44009/05, § 85, Corte eur. dir. uomo 2008 sopra citata).

42. Nel caso di specie, il secondo ricorrente è stato sottoposto al regime di amministrazione di sostegno previsto dagli articoli 404 e 411 del codice civile (paragrafo 44 *supra*).

43. La Corte considera che l'ingerenza perseguisse lo «scopo legittimo», ai sensi del secondo paragrafo dell'articolo 8, della protezione del secondo ricorrente contro, in un primo tempo, il rischio di indigenza e, a partire dal 2020, un indebolimento di ordine fisico e mentale.

b) Proporzionalità

44. La Corte rammenta che privare una persona della sua capacità giuridica, anche in parte, è una misura molto grave che dovrebbe essere riservata a circostanze eccezionali (Ivinovic, sopra citata, § 38). Tuttavia, deve essere lasciato inevitabilmente un margine di apprezzamento alle autorità nazionali che, a causa del loro contatto diretto e continuo con le forze vive del loro paese, si trovano in linea di principio in una posizione migliore rispetto a una giurisdizione internazionale per valutare i bisogni e le condizioni locali (Maurice c. Francia [GC], n. 11810/03, § 117, Corte eur. dir. uomo 2005 IX). Questo margine varierà in funzione della natura del diritto della Convenzione che è in causa, della sua importanza per la persona e della natura delle attività limitate, così come della natura dello scopo perseguito dalle restrizioni. Il margine tenderà a essere più ristretto quando il diritto in gioco è fondamentale per il godimento effettivo da parte della persona di diritti intimi o essenziali (A.-M.V. c. Finlandia, n. 53251/13, § 83, 23 marzo 2017).

45. Le garanzie procedurali di cui dispone la persona saranno particolarmente importanti per determinare se lo Stato convenuto sia rimasto entro i limiti del proprio margine di apprezzamento. In particolare, la Corte deve esaminare se il processo decisionale che ha condotto alle misure di ingerenza sia stato equo e tale da assicurare il rispetto degli interessi che l'articolo 8 garantisce alle persone (*ibidem*, § 84, e i riferimenti ivi citati).

46. Nella fattispecie, si deve constatare che la decisione di sottoporre il secondo ricorrente all'amministrazione di sostegno e dunque, se del caso, di privarlo in parte della sua capacità giuridica, non era basata su una constatazione di alterazione delle sue facoltà mentali attestata da medici (si veda, a contrario, Ivinovic, sopra citata), ma su una eccessiva prodigalità, e sull'indebolimento fisico e psichico da lui dimostrato a partire dal 2020.

47. In queste circostanze, la Corte ritiene di dover verificare con maggiore attenzione se i giudici nazionali abbiano scrupolosamente soppesato tutti i fattori pertinenti prima di prendere le decisioni di sottoporlo alla suddetta misura di protezione giuridica e di farlo ammettere in una residenza sanitaria assistenziale, limitando i suoi contatti con l'esterno.

48. La Corte osserva che, nel diritto italiano, quando viene nominato un amministratore di sostegno, la persona protetta mantiene una capacità di esercitare tutti gli atti diversi da quelli per i quali il giudice ha accordato competenza all'amministratore per sostituirsi ad essa o per assisterla. La portata dei poteri dell'ammini-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

stratore dipende, del resto, dalla situazione del beneficiario della misura, che non può in nessun caso essere totalmente privato della sua capacità di esercizio.

49. Nel caso di specie, la Corte osserva che a partire dal maggio 2020 l'amministratore di sostegno disponeva di un mandato esclusivo che gli ha permesso di chiedere al giudice, nell'ottobre 2020, l'autorizzazione a procedere al collocamento del secondo ricorrente nella residenza sanitaria assistenziale. La decisione del giudice tutelare di accordare tale autorizzazione era basata sul fatto che il secondo ricorrente non comprendeva le conseguenze della sua prodigalità, era affetto da un disturbo della personalità ossessivo-compulsivo con tratti depressivi, viveva in condizioni di povertà e non curava la propria igiene.

50. La Corte osserva che, dopo che il secondo ricorrente era stato collocato nell'istituto nel 2020, un regime di isolamento rigoroso era stato deciso dall'amministratore di sostegno sebbene l'interessato chiedesse di poter ritornare a casa propria. Quest'ultimo è stato perciò privato, al di fuori di alcune eccezioni, di ogni contatto con l'esterno, e qualsiasi domanda di colloquio telefonico o di visita era sottoposta a un filtro da parte dell'amministratore di sostegno o del giudice tutelare. Inoltre, sebbene alcuni esperti avessero raccomandato fin dal 2021 un ritorno progressivo al suo domicilio (paragrafo 40 *supra*), questa misura non è stata mai messa in atto.

51. La Corte osserva che anche il Garante nazionale è intervenuto a tale proposito, denunciando l'isolamento al quale il secondo ricorrente era sottoposto e chiedendo (si veda il paragrafo 36 *supra*), invano, alla procura di esercitare le sue prerogative per porvi fine.

52. La Corte rammenta di avere considerato, sotto il profilo dell'articolo 5 della Convenzione, che in alcune circostanze il benessere di una persona affetta da disturbi mentali poteva costituire un fattore addizionale di cui tenere conto, oltre agli elementi medici, al momento di valutare la necessità di collocare tale persona in un istituto. Tuttavia, il bisogno oggettivo di un alloggio e di un'assistenza sociale non deve portare automaticamente a imporre misure privative della libertà. Secondo la Corte, qualsiasi misura di protezione adottata nei confronti di una persona capace di esprimere la propria volontà deve, per quanto possibile, rispecchiare i suoi desideri. Le fonti internazionali confermano questo approccio (si vedano i paragrafi 7-9 *supra*).

53. La Corte rammenta, inoltre, che quando sono in gioco delle implicazioni così importanti per la vita privata di una persona, il giudice deve bilanciare scrupolosamente tutti i fattori pertinenti per valutare la proporzionalità della misura da adottare. Le garanzie procedurali necessarie in materia impongono che qualsiasi rischio di arbitrarietà sia ridotto al minimo (X e Y c. Croazia, n. 5193/09, § 85, 3 novembre 2011).

54. Tenuto conto dell'impatto che la misura di protezione giuridica ha avuto per il secondo ricorrente e la sua vita privata, la Corte osserva che le autorità giudiziarie, anche se hanno compiuto una valutazione approfondita della situazione dell'interessato prima di procedere al suo collocamento nella residenza sanitaria assistenziale, non hanno cercato, nel corso della sua permanenza in tale struttura, data la vulnerabilità particolare che ritenevano di aver individuato, di adottare misure ai fini del mantenimento dei suoi rapporti sociali e di mettere in atto un percorso idoneo a favorire il suo ritorno presso il suo domicilio.

55. Al contrario, a seguito del suo collocamento nella residenza sanitaria assistenziale, il secondo ricorrente è stato sottoposto a un isolamento dal mondo esterno, e in particolare dalla sua famiglia e dai suoi amici – come ha rilevato anche il Garante nazionale (paragrafo 35 *supra*). Tutte le visite e tutte le chiamate telefoniche erano filtrate dal suo amministratore o dal giudice tutelare, e una delle rare persone autorizzate a vederlo durante questi tre anni era il sindaco della città di sua residenza. La Corte osserva che questo filtro è stato messo in atto fin dal suo arrivo nell'istituto, ossia prima della trasmissione nelle reti televisive del programma «Le Iene». Successivamente, il giudice tutelare si è basato unicamente sui rapporti presentati dall'amministratore di sostegno, non ritenendo di dover sentire il secondo ricorrente, e ha respinto le domande di contatti presentate dal primo ricorrente, conformandosi al parere negativo dell'amministratore.

56. La Corte osserva anche che, nel giugno 2022, una persona è stata condannata a un anno e dieci mesi di reclusione per violazione di domicilio per essersi introdotta nella residenza sanitaria assistenziale e aver incontrato il secondo ricorrente senza il consenso dell'amministratore di sostegno.

57. A questo proposito, la Corte osserva che il Governo non ha fornito alcuna spiegazione sulla necessità di sottoporre qualsiasi incontro all'autorizzazione dell'amministratore o del giudice tutelare, e di isolare l'interessato dai suoi parenti per un periodo così lungo. La Corte è del parere che la decisione di limitare i contatti in questione non sia stata presa sulla base di un esame concreto e scrupoloso di tutti gli aspetti pertinenti della situazione particolare del secondo ricorrente, e rammenta, su questo punto, che gli esperti si erano pronunciati in favore di uscite da parte dell'interessato in luoghi di svago (paragrafo 40 *supra*).

58. Inoltre, la Corte osserva che non sembra essere stata prevista alcuna misura volta al ritorno da parte dell'interessato nel suo domicilio durante i tre anni trascorsi, sebbene il collocamento fosse stato deciso in via provvisoria. La Corte attribuisce un'importanza particolare al fatto che il secondo ricorrente non è stato dichiarato incapace e non è stato oggetto di alcuna interdizione, in quanto le perizie hanno indicato, al contrario, che aveva una buona capacità di socializzare. Essa constata che, nonostante questi elementi,

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

egli si è trovato a dipendere completamente dal suo amministratore in quasi tutti gli ambiti e senza alcun limite di durata. La Corte osserva con preoccupazione che, nel caso di specie, le autorità, in pratica, hanno abusato della flessibilità dell'amministrazione di sostegno per perseguire finalità che la legge italiana attribuisce, con limiti molto rigorosi, alla T.S.O. (paragrafo 49, *supra*), e che l'inquadramento legislativo di quest'ultima è stato dunque caratterizzato da un ricorso abusivo all'amministrazione di sostegno.

59. La Corte rammenta che, nel rapporto che ha pubblicato a seguito della sua visita in Italia nel marzo e aprile 2022, il CPT ha espresso delle preoccupazioni per quanto riguarda le residenze sanitarie assistenziali, ritenendo che, tenuto conto delle restrizioni associate al Covid-19 (in particolare la privazione di accesso all'aria aperta e la riduzione delle attività riabilitative e ricreative e delle visite familiari), e dell'assenza di alternative possibili nella società, i residenti delle due R.S.A. nelle quali si era recato potevano essere considerati di fatto come privati della libertà. Il CPT ha osservato, in particolare, che le restrizioni che erano state applicate in maniera continua a partire da febbraio 2020 nei due istituti visitati avevano avuto un effetto pregiudizievole sempre maggiore per la salute mentale e somatica dei residenti.

60. La Corte è pienamente consapevole della difficoltà che rappresenta per le autorità interne la necessità di giungere a conciliare, in determinate circostanze, il rispetto della dignità e dell'autodeterminazione della persona con le esigenze di protezione e di salvaguardia degli interessi di quest'ultimo, in particolare nei casi in cui l'interessato, per il suo atteggiamento e la sua situazione individuale, si trova in uno stato di grande vulnerabilità. La Corte ritiene che non sia stato garantito un giusto equilibrio nel caso di specie. Essa constata che non esistevano, nel procedimento interno, garanzie effettive proprie a prevenire gli abusi, come richiedono le norme del diritto internazionale relativo ai diritti dell'uomo, che avrebbero potuto assicurare, nel caso di specie, che fossero presi in considerazione i diritti, la volontà e le preferenze del secondo ricorrente. Quest'ultimo non ha partecipato alle decisioni che sono state prese nelle diverse fasi del procedimento (si veda, a contrario, M.K. c. Lussemburgo, n. 51746/18, § 66, 18 maggio 2021), è stato sentito personalmente solo una volta nel corso della sua permanenza nella RSA, è stato sottoposto a restrizioni per quanto concerne i suoi contatti con i suoi parenti, e tutte le decisioni che lo riguardano sono state prese dall'amministratore di sostegno.

61. A questo proposito, la Corte rammenta che il CPT ha raccomandato delle visite regolari da parte dei giudici tutelari dei tribunali territoriali competenti ai residenti delle residenze sanitarie assistenziali sottoposti alla misura di amministrazione di sostegno (paragrafo 49 *supra*).

62. Inoltre, la Corte osserva che il CDPD ha constatato con preoccupazione che la prassi della decisione sostitutiva continuava ad essere diffusa nell'ambito dell'amministrazione di sostegno (paragrafo 48 *supra*), e ha raccomandato, in particolare, alle autorità di abrogare tutte le leggi che autorizzano questo tipo di prassi decisionale da parte dei tutori legali, e di adottare e applicare dei dispositivi di assistenza alla presa di decisioni, anche attraverso la formazione dei professionisti della giustizia, della salute e dei servizi sociali.

63. La Corte condivide le preoccupazioni del CDPD riguardanti la detenzione – di cui esso raccomanda il divieto – di persone a causa della loro disabilità, alla quale assimila il ricovero e/o il trattamento senza consenso. A tale riguardo, tenuto conto anche delle constatazioni del CPT e della giurisprudenza della Carta sociale europea (paragrafi 6-15, *supra*), essa è del parere che gli Stati siano tenuti a favorire la partecipazione delle persone disabili o delle persone anziane «dipendenti» alla vita della comunità, e di prevenire il loro isolamento o la loro segregazione.

64. La Corte conclude che, nel caso di specie, anche se l'ingerenza perseguiva lo scopo legittimo di proteggere il benessere, in senso ampio, del secondo ricorrente, essa non era tuttavia, in riferimento alla gamma delle misure che le autorità potevano adottare, né proporzionata né adeguata alla sua situazione individuale. Pertanto, l'ingerenza non è rimasta entro i limiti del margine di apprezzamento di cui le autorità giudiziarie beneficiavano nel caso di specie.

65. In queste circostanze, la Corte conclude che vi è stata violazione dell'articolo 8 della Convenzione.

III. SULL'APPLICAZIONE DELL'ARTICOLO 41 DELLA CONVENZIONE

66. Ai sensi dell'articolo 41 della Convenzione: «Se la Corte dichiara che vi è stata violazione della Convenzione o dei suoi Protocolli e se il diritto interno dell'Alta Parte contraente non permette se non in modo imperfetto di rimuovere le conseguenze di tale violazione, la Corte accorda, se del caso, un'equa soddisfazione alla parte lesa.»

67. Il secondo ricorrente non ha presentato alcuna domanda a titolo di equa soddisfazione. Di conseguenza, la Corte ritiene di non dovergli accordare alcuna somma a questo titolo.

PER QUESTI MOTIVI, LA CORTE, ALL'UNANIMITÀ,

1. Dichiara irricevibili le doglianze presentate dal primo ricorrente e ricevibili le doglianze presentate dal secondo ricorrente;

2. Dichiara che vi è stata violazione dell'articolo 8 della Convenzione nei confronti del secondo ricorrente; (*Omissis*)

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

La Corte europea (ancora) tra «parto segreto» ed identità della persona

di Bianca Checchini*

SOMMARIO: 1. Il caso: Corte eur. dir. uomo, 30.1.2024, ric. n. 18843/20. – 2. Lo *ius quo utimur* nel diritto italiano. – 3. È davvero «giusto» il punto di equilibrio che la Corte riconosce alla legge francese? – 4. Verso una conclusione.

1. Il caso: Corte eur. dir. uomo, 30.1.2024, ric. n. 18843/20[1].

Nasce in Francia una bambina da una donna che si avvale della facoltà di rimanere anonima[2] e, dopo pochi mesi dall'abbandono, viene adottata da una coppia di coniugi francesi.

Solo all'età di circa cinquant'anni, la signora apprende della circostanza della nascita e dell'abbandono e si rivolge al Consiglio nazionale per l'accesso alle origini personali (d'ora innanzi il CNAOP) al fine di conoscere l'identità dei genitori biologici e le ragioni dell'abbandono. In tale frangente, la donna chiede di conoscere anche *altre informazioni* circa la nazionalità della madre biologica nonché particolari attinenti alla storia medica della famiglia di origine ed all'esistenza di fratelli o sorelle biologici.

Il CNOP ottiene dall'Associazione "*Entraide des femmes françaises*" informazioni sulla madre biologica e sul padre biologico, il decreto di adozione della signora ed alcune informazioni sulla causa dell'abbandono; tuttavia, dopo aver rintracciato la madre ed aver verificato la di lei persistente volontà di non svelare la propria identità "*ora e dopo la sua morte*", il CNOP rifiuta di rivelare l'identità della madre fornendo, tuttavia, alla richiedente le *altre* informazioni raccolte *non identificative* della maternità[3].

Al rifiuto opposto dal Consiglio nazionale francese dietro le ripetute richieste della ricorrente, si succedono tre gradi di giudizio amministrativo (Tribunale amministrativo della Nuova Caledonia, Corte d'appello amministrativa francese e Consiglio di Stato) che confermano la correttezza della decisione del CNOP in nome del rispetto e della prevalenza da accordare al diritto fondamentale della madre biologica (e di quello del padre) di rimanere anonima *anche dopo la morte*.

Da qui il ricorso alla Corte europea avverso il diniego del CNOP di rilasciare le informazioni identificative della madre biologica per violazione del diritto all'identità personale della richiedente in applicazione dell'art. 8 nel profilo attinente al rispetto della «vita privata»[4].

Così, a distanza di circa vent'anni dal noto precedente[5], la Corte europea torna ad occuparsi della disciplina francese sul parto anonimo in relazione al diritto del nato di conoscere l'identità dei genitori biologici, confermando la bontà della soluzione d'oltralpe e la validità di una scelta che, in ultima analisi, mantiene in capo alla madre biologica la decisione definitiva anche qualora – *per il trascorrere del tempo* – si vadano affievolendo le ragioni che giustificano la segretezza del parto, prevedendo, la legge francese, la facoltà della madre biologica di mantenere l'irreversibilità del segreto *anche oltre la sua morte*.

La decisione – poco innovativa dal punto di vista dell'ordinamento francese – induce ad una riflessione in merito all'ordinamento italiano[6] ove manca una di-

---

* **Contributo pubblicato in base a *referee*.**

[1] CORTE EUR. DIR. UOMO, 30.1.2024, ric. n. 18843/20, in *www.hudoc.echr.coe.int*.

[2] In sentenza si riporta l'anno 1952.

[3] Analoga situazione si verifica in relazione alla posizione del padre biologico che – interpellato – aveva deciso di mantenere il segreto sulla propria identità "*anche dopo la morte*". Di questo aspetto, tuttavia, la Corte europea non sembra occuparsi in maniera autonoma rispetto alla preminenza accordata alla posizione della madre biologica.

[4] Art. 8 «Diritto al rispetto della vita privata e familiare» 1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.

[5] CORTE EUR. DIR. UOMO, 13.2.2003, ric. 42326/98, in *Familia*, 2004, 1109, con nota di RENDA, *La sentenza Odièvre c. Francia della Corte Europea dei diritti dell'uomo: un passo indietro rispetto all'interesse a conoscere le proprie origini biologiche*; in *Giust. civ.*, 2004, I, 2177, con nota di PICCININI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e il divieto di ricerca della maternità naturale*; v. anche LONG, *La Corte europea dei diritti dell'uomo, il parto anonimo e l'accesso alle informazioni sulle proprie origini: il caso Odièvre c. Francia*, in questa **Rivista**, 2004, II, 283 ss.; per un compiuto inquadramento del sistema vigente in Francia si vedano, oltre agli aa. testé citati, anche le considerazioni di PARIS, *Parto anonimo e bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza della Corte costituzionale, del Conseil constitutionnel e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Quad. cost.*, 17.10.2012.

[6] E la condanna dell'Italia da parte della Corte europea, v. CORTE

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

sciplina legislativa organica e le nuove e diverse «*sopravvenienze*» [7], sorte dall'esperienza, vengono affrontate e risolte dalla giurisprudenza [8] con soluzioni che se, a volte, possono sembrare poco coerenti [9], per altri versi, appaiono più lungimiranti rispetto alla disciplina d'oltralpe [10].

2. Lo *ius quo utimur* nel diritto italiano.

Nell'ordinamento giuridico italiano la questione oggetto della pronuncia della Corte europea non è regolata in una disciplina legislativa completa e unitaria ma si disarticola in una varietà di previsioni normative [11], alle quali si aggiunge tutta una serie di pronunce della Cassazione [12], della Corte costituzionale [13] e una condanna della stessa Corte di Strasburgo [14].

Dal punto di vista normativo le disposizioni legislative da tener presente attingono da fonti differenti e disomogenee che tuttavia legittimano sia il diritto del-

---

EUR. DIR. UOMO, 25.9.2012, ric. 33783/09, in questa ***Rivista***, 2013, I, 103 ss., con nota di commento di LONG, *La Corte europea dei diritti dell'uomo censura l'Italia per la difesa a oltranza dell'anonimato del parto: una condanna annunciata*. La decisione è commentata anche da INGENITO, *Il diritto del figlio alla conoscenza delle origini e il diritto della madre al parto anonimo alla luce della recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Giust. civ.*, 2013, 1608 ss.; CURRÒ, *Diritto della madre all'anonimato e diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini. Verso nuove forme di contemperamento*, in *Fam. e dir.*, 2013, 537 ss.; MARGARIA, *Parto anonimo e accesso alle origini: la Corte europea dei diritti dell'uomo condanna la legge italiana*, in *Minori e giust.*, 2013, n. 2, 340 ss.

[7] Ricorda tra le «sopravvenienze» il decesso e l'incapacità della madre biologica, ovvero ancora la possibilità di esperire o meno l'azione di accertamento giudiziale di maternità nel caso di mancata revoca dell'anonimato, FAVILLI, *L'anonimato materno e i limiti della tutela procedimentale dei diritti fondamentali*, nel *Liber Amicorum* per Paolo Zatti, II, 2023, 1148 ss.

[8] Per il superamento dell'anonimato e del limite dei 100 anni nel caso di morte della donna si pongono CASS. CIV., 21.7.2016, n. 15024, in questa ***Rivista***, 2016, I, 1484, con nota di M.G. STANZIONE, *Il diritto del figlio di conoscere le proprie origini nel dialogo tra le Corti* (*ivi*, 1488); CASS. CIV., 9.11.2016, n. 22838, in questa ***Rivista***, 2017, I, 319, con nota di EAD., *Scelta della madre per l'anonimato e diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini* (*ivi*, 323); entrambe le decisioni sono commentate anche da ANDREOLA, *Accesso alle informazioni sulla nascita e morte della madre anonima*, in *Fam. e dir.*, 2017, 24 ss.; GRANELLI, *Il c.d. "parto anonimo" ed il diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini: un caso emblematico di "dialogo" tra corti*, in *Pers. e merc.*, 2017, 44 ss.; CARBONE, *Con la morte della madre al figlio non è più opponibile l'anonimato: i giudici di merito e la Cassazione a confronto*, in *Corr. giur.*, 2017, 29 ss.; v. anche CASS. CIV., 22.9.2020, n. 19824, in *Guida al dir.*, 2020, n. 40, 69 ss., la pronuncia consente il riconoscimento del diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini *dopo la morte della madre* – ed anche alla proposizione dell'azione volta all'accertamento dello status di figlio naturale *ex* art. 269 cod. civ.; e da ultimo, CASS. CIV., 9.9.2022, n. 26616, in *Giust. civ.*, 27.12.2022, con nota di DEGL'INNOCENTI, *Parto anonimo: il diritto a conoscere le origini in caso di morte della madre biologica*. A diverso risultato perviene la Cassazione nell'ipotesi di sopravvenuta incapacità della donna, v. CASS. CIV., 3.3.2022, n. 7093, in *Giur. it.*, 2023, 53, con nota di BUGETTI e SPANGARO; in *Ilfamiliarista.it*, 1º Aprile 2022, con nota di GALLUZZO, *Parto anonimo. Prevale il diritto all'oblio se la madre è incapace*; CASS. CIV., 9.8.2021, n. 22497, in questa ***Rivista***, 2022, I, 5 ss., con nota di M.G. STANZIONE, *Il diritto di conoscere le proprie origini tra identità del figlio e autodeterminazione della madre*, (*ivi*, 12 ss.).

[9] FAVILLI, *L'anonimato materno e i limiti della tutela procedimentale dei diritti fondamentali*, *op. cit.*, 1142 ss.

[10] Non si vuole sconfessare il principio, di recente ribadito dalla stessa Cassazione secondo il quale «la giurisprudenza non è fonte del diritto», auspicando comunque l'intervento del legislatore italiano o, quanto meno, specie per talune soluzioni, della Corte costituzionale.

[11] L. 4.5.1983, n. 184, *Diritto del minore ad una famiglia*, modificata dalla l. 28.3.2001, n. 149, (in G.U., 26 aprile, n. 96), *Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, recante "Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori", nonché al titolo VIII del libro primo del codice civile*. D.P.R. 3.11.2000, n. 396, (in Suppl. ordinario alla G.U., 30 dicembre, n. 303); *Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'Ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della legge 15 maggio 1997, n. 127*; D. legis., 30.6.2003, n. 196, *Codice in materia di protezione dei dati personali* (modificato dal d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101 Codice in materia di protezione dei dati personali, recante disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento nazionale al regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, 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).

[12] CASS., sez. un., 25.1.2017, n. 1946, in *Foro it.*, 2017, I, 477, con nota di LIPARI, Giudice legislatore e di AMOROSO, *Pronunce additive di incostituzionalità e mancato intervento del legislatore*, e di CASABURI; in *Corr. giur.*, 2017, 609 ss., con nota di BUGETTI, *Sul difficile equilibrio tra anonimato materno e diritto alla conoscenza delle proprie origini: l'intervento delle Sezioni Unite*; v. B. CHECCHINI, *La giurisprudenza sul parto anonimo e il nuovo «istituto» dell'interpello*, in questa ***Rivista***, 2017, II, 1288 ss.; CASS. CIV., 3.3.2022, n. 7093 e CASS. CIV., 9.8.2021, n. 22497, citt. *supra*). V. CASS. CIV., 20.3.2018, n. 6963, in *Dejure*, per la quale l'«adottato ha diritto, nei casi di cui all'art. 28, comma 5, della l. n. 184 del 1983, di conoscere le proprie origini accedendo alle informazioni concernenti non solo l'identità dei propri genitori biologici, ma anche quelle delle sorelle e dei fratelli biologici adulti, previo interpello di questi ultimi mediante procedimento giurisdizionale idoneo ad assicurare la massima riservatezza ed il massimo rispetto della dignità dei soggetti da interpellare, al fine di acquisirne il consenso all'accesso alle informazioni richieste o di constatarne il diniego, da ritenersi impeditivo del diniego».

[13] CORTE COST., 22.11.2013, n. 278, in questa ***Rivista***, 2014, I, 285 ss., con nota di commento di MARCENÒ, *Quando da un dispositivo d'incostituzionalità possono derivare incertezze* e di LONG, *Adozione e segreti: costituzionalmente illegittima l'irreversibilità dell'anonimato del parto*; V. anche TACCINI, *Verità e segreto nella vicenda dell'adozione: il contributo della Corte costituzionale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, 405 ss.; B. CHECCHINI, *Anonimato materno e diritto dell'adottato alla conoscenza delle proprie origini*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 710 ss.; in *Fam. e dir.*, 2014, 11 ss., con nota di CARBONE, *Un passo avanti del diritto del figlio, abbandonato e adottato, di conoscere le sue origini rispetto all'anonimato materno*; in *Guida al dir.*, 2013, n. 49-50, 20 ss., con nota di G. FINOCCHIARO, *Il segreto sulle origini perde il carattere irreversibile ma la donna può decidere se restare nell'anonimato*; in *Foro it.*, 2014, I, c. 4 ss., con nota di G. CASABURI, *Il parto anonimo dalla ruota degli esposti al diritto alla conoscenza delle origini*. Con tale pronuncia additiva di principio, la Corte ha stabilito che «*È costituzionalmente illegittimo l'art. 28, comma 7, della legge 4 maggio 1983, n. 184 (Diritto del minore ad una famiglia), nel testo modificato dall'art. 177, comma 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (Codice in materia di protezione dei dati personali), in riferimento agli artt. 2 e 3 della Costituzione, nella parte in cui non prevede – attraverso un procedimento, stabilito dalla legge, che assicuri la massima riservatezza – la possibilità per il giudice di interpellare la madre che abbia dichiarato di non voler essere nominata, su richiesta del figlio, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione*». La stessa questione di legittimità costituzionale era stata dichiarata infondata CORTE COST., 25.11.2005, n. 425, in *Fam. e dir.*, 2006, 129, con nota di ERAMO, *Il diritto all'anonimato della madre partoriente*; in questa ***Rivista***, 2006, I, 545, con nota di LONG, *Diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini*, cit., 549 ss.; in *Familia*, 2006, II, 155, con nota di BALESTRA, *Il diritto alla conoscenza delle proprie origini tra tutela dell'identità dell'adottato e protezione del riserbo dei genitori biologici*; in *Giur. cost.*, 2005, 4594, con nota di COZZI, *La Corte costituzionale e il diritto di conoscere le proprie origini in*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

l'adottato di conoscere l'identità dei genitori biologici sia la facoltà della gestante di partorire in segreto.

Come è noto, la previsione del diritto dell'adottato di conoscere l'identità dei propri genitori genetici trova riconoscimento nella legge sull'adozione dove si dice (art. 28, comma 5º) che l'adottato, raggiunta l'età di 25 anni, può accedere a informazioni che riguardano la sua origine e l'identità dei propri genitori biologici e, se sussistono gravi motivi attinenti alla sua salute psico-fisica, può chiedere al Tribunale per i minorenni l'autorizzazione ad accedere a tali notizie anche prima, non appena raggiunta la maggiore età.

La legge n. 149/2001 [15] modificava l'art. 28 l. adoz. [16] introducendo timidamente [17] il comma 7º, successivamente modificato nel 2003 [18], il quale aveva escluso l'adottato da qualsivoglia informazione circa l'identità dei genitori biologici qualora la madre al momento del parto si fosse avvalsa della facoltà di rimanere anonima [19].

La facoltà per la gestante di partorire in segreto [20] è prevista *incidenter tantum* da una disposizione dell'Ordinamento dello stato civile [21] laddove si prevede che la dichiarazione di nascita sia resa da uno dei genitori, da un procuratore speciale, ovvero dal medico o dalla ostetrica o da altra persona che ha assistito al parto, *rispettando l'eventuale volontà della madre di non essere nominata sia essa coniugata o non coniugata*.

La regola del divieto assoluto e trasversale dell'adottato di conoscere le informazioni circa la madre biologica nell'ipotesi di parto in anonimo, è stato temperato dalla previsione del Codice in materia di protezione dei dati personali (d. legis. n. 196/2003) [22] in tema di raccolta e divulgazione dei dati sensibili. Da un lato (art. 93, comma 2º) viene garantita la segretezza dei dati identificativi della partoriente che ha scelto l'anonimato *almeno* per i cento anni successivi al momento del parto, impedendo il rilascio ai discendenti dei documenti identificativi, dall'altro (art. 93, comma 3º) si concede, invece, la facoltà di accesso agli stessi documenti – entro il medesimo spazio temporale – *per ragioni diverse da quelle identificative* giacché l'accesso è

caso di parto anonimo: un bilanciamento diverso da quello della Corte europea dei diritti dell'uomo?; la Corte costituzionale nella decisione n. 425/2005 si era già pronunciata su di una identica questione stabilendo l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 28, 7º comma, L. 4 maggio 1983, n. 184 nel testo modificato dall'art. 177, 2º comma, d. lgs. 30 giugno 2003, n. 196 sollevata in riferimento agli artt. 2, 3, e 32 Cost.

[14] Corte eur. dir. uomo, 25.9.2012, ric. 33783/09 cit.

[15] L. 28.3.2001, n. 149, cit.

[16] Sul diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini cfr. Palmerini, *Commento all'art. 24, commi 4-8*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2002,1016 ss.; nonché Lenti, *Adozione e segreti*, in questa ***Rivista***, 2004, II, 229 ss. L'art. 28, comma 7°, censurato dalla Consulta è stato quindi ulteriormente modificato dall'art. 177, d. legis. 30.6.2003, n. 196; Fadiga, *L'adozione legittimante, Il diritto di sapere,* nel *Trattato dir. fam.* diretto da Zatti, Giuffrè, 2012, II, 934 ss.; Marella, *Il diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini biologiche. Contenuti e prospettive*, in *Giur. it.*, 2001, 1768; Lisella, *Ragioni dei genitori adottivi, esigenze di anonimato dei procreatori e accesso alle informazioni sulle origini biologiche dell'adottato nell'esegesi del nuovo testo dell'art. 28 l. 4 maggio 1983, n. 184*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, 413 ss. Il diritto all'identità personale ed alla ricerca delle proprie origini è tutelato da disposizioni di diritto internazionale pattizio ed in particolare gli artt. 7 e 8 della Convenzione di New York del 20.11.1989, ratificata con l. 27.5.1991, n. 176 (ratifica ed esecuzione della convenzione sui diritti del fanciullo, New York 20.11.1989) e dall'art. 30 della Convenzione de L'Aja del 29.5.1993, ratificata con l. 31.12.1998, n. 476, *Ratifica ed esecuzione della Convenzione per la tutela dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale*; per un commento a tale ultimo citato provvedimento si v. Morozzo della Rocca, voce «Adozione internazionale», nel *Digesto IV ed., Disc. priv., sez. civ., Agg.*, Utet, 2000, 26 ss.; Dogliotti, *Genitorialità biologica, genitorialità sociale, segreto sulle origini dell'adottato*, in *Fam. e dir.*, 1999, 406 ss.

[17] L'idea che il rapporto di filiazione e anche quello di adozione dovesse fondarsi sul carattere di esclusività del modello genitoriale era alla base di una certa reticenza a consentire le indagini sulla genitorialità biologica. Si rinvia per gli approfondimenti a Restivo, *L'art. 28 L. ad. tra nuovo modello di adozione e diritto all'identità personale*, in *Familia*, 2002, I, 691 ss.; A. Finocchiaro e M. Finocchiaro, *Adozione e affidamento dei minori. Commento alla nuova disciplina (l. 28 marzo 2001, n. 149 e d.l. 24 aprile 2001, n. 150)*, Giuffrè, 2001; Dogliotti, *Commento alla l. 28 marzo 2001, n. 149*, in *Fam. e dir.*, 2001, 247 ss.; C.M. Bianca, *La revisione normativa dell'adozione*, in *Familia*, 2001, 525. V. anche Cattaneo, voce «Adozione», in *Digesto IV ed., Disc. priv., sez. civ.*, I, Utet, 1987, 94 ss.; Marella, voce «Adozione», in *Digesto IV ed., Disc. priv., sez. civ., Agg.*, Utet, 2000, 18-22; Morozzo della Rocca, *Adozione* «plena, minus plena» *e tutela delle radici del minore*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996, 683 ss.

[18] Comma sostituito dall'art. 177, d. legis. 30.6.2003, n. 196, cit.

[19] Nella legge sull'adozione l'accesso alle informazioni indicate in via generale, senza alcuna distinzione tra quelle identificative o non della madre biologica, è dapprima riconosciuto ma modulato in relazione all'età, alle motivazioni e al controllo giudiziale e poi addirittura vietato in ragione della scelta dell'anonimato da parte della madre biologica. Il divieto permane anche nell'ipotesi di morte e irreperibilità dei genitori adottivi stante l'inciso del comma 8º dell'art. 28 che fa salve le disposizioni precedenti. Diversamente la scelta dell'anonimato non è consentita nel caso di p.m.a. *ex* art. 9, l. n. 40/2004.

[20] Su cui ampiamente, Troiano, *Circolazione e contrapposizione di modelli nel diritto europeo della famiglia: il «dilemma» del diritto della donna partoriente all'anonimato»*, in Gabrielli et al (a cura di), *Liber amicorum per* Dieter Henrich, Giappichelli, 2012, II, 172 ss., il quale ricorda come la soluzione prevalente nei sistemi giuridici europei escluda la possibilità della scelta dell'anonimato materno al momento del parto, mentre ad oggi l'opposta regola italiana è vigente solo in Francia e Lussemburgo (*ivi*, nt. 11).

[21] Art. 30, comma 1º, d.p.r. 3.11.2000, n. 396. Cfr., G. Finocchiaro, *Il segreto sulle origini perde il carattere irreversibile ma la donna può decidere se restare nell'anonimato*, cit., per il quale tale facoltà rappresenta una sorta di "accordo" tra la madre e lo Stato.

[22] Art. 93 *Codice Privacy*. 1. Ai fini della dichiarazione di nascita il certificato di assistenza al parto è sempre sostituito da una semplice attestazione contenente i soli dati richiesti nei registri di nascita. Si osservano, altresì, le disposizioni dell'articolo 109.

2. Il certificato di assistenza al parto o la cartella clinica, ove comprensivi dei dati personali che rendono identificabile la madre che abbia dichiarato di non voler essere nominata avvalendosi della facoltà di cui all'articolo 30, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396, possono essere rilasciati in copia integrale a chi vi abbia interesse, in conformità alla legge, decorsi cento anni dalla formazione del documento.

3. Durante il periodo di cui al comma 2 la richiesta di accesso al certificato o alla cartella può essere accolta relativamente ai dati relativi alla madre che abbia dichiarato di non voler essere nominata, osservando le opportune cautele per evitare che quest'ultima sia identificabile.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

consentito «*osservando le opportune cautele per evitare che la madre anonima sia identificata*» [23].

Pertanto, diversamente dalla legge sull'adozione, nella quale il divieto di informazioni appare assoluto e trasversale, ove ricorra la scelta del parto anonimo, la legge in materia di protezione dei dati personali opera un *distinguo* tra dati (informazioni) identificativi della partoriente e quelle informazioni "*altre*" cui l'adottato avrebbe comunque diritto di accedere.

La legge consente quindi all'adottato c.d. adulto l'accesso "semplificato" alle informazioni sulle proprie origini, nell'ipotesi in cui la madre biologica abbia scelto l'anonimato al momento del parto, purché la stessa non sia identificabile [24]. Il figlio potrà quindi ottenere informazioni relative alla nascita ed alla salute che non permettono l'identificazione della partoriente e ciò attraverso l'accesso alla cartella clinica e al certificato di assistenza al parto (ora sostituito dall'attestazione di nascita) [25].

Se poi la madre ha scelto l'anonimato, le informazioni sulla sua identità sono rilasciabili solo decorsi 100 anni dalla formazione del documento, cioè quando la madre è certamente defunta [26].

In questa cornice normativa si colloca la nota pronuncia additiva di principio della Corte costituzionale del 2013 [27] che ha ritenuto costituzionalmente illegittimo l'art. 28, comma 7º, l. adoz. nella parte in cui *non prevede la reversibilità* del segreto del parto, disponendo che *il giudice possa interpellare* la madre anonima al fine di consentirle l'eventuale revoca dell'anonimato. E ciò attraverso un procedimento stabilito dalla legge che assicuri la massima riservatezza per la madre biologica.

Sennonché, nell'inerzia del legislatore, ciascun Tribunale e Corte d'Appello ha seguito soluzioni differenti circa l'immediata effettività della pronuncia costituzionale per cui si è venuta a creare una giurisprudenza ondivaga [28] circa la percorribilità del procedimento di interpello e le modalità attuative dello stesso fino a quando la stessa Cassazione a sezioni unite – componendo il contrasto – ha confermato la validità di una regola procedurale che, se pur precaria, diviene «*buona per il caso concreto*» [29].

La perdurante inerzia del legislatore nell'introduzione di un procedimento uniforme ha permesso lo sviluppo di una giurisprudenza che si è trovata a risolvere le diverse sopravvenienze che l'esperienza ha presentato.

Da un lato, si è presentata l'ipotesi in cui la richiesta del figlio di conoscere l'identità della madre biologica viene paralizzata dall'avvenuto decesso della stessa. In tal caso [30], la Cassazione ha ritenuto superabile la segretezza del parto e non operante il limite temporale del divieto (i famosi 100 anni di cui al Codice della Privacy), considerando preminente il diritto dell'adottato di ricostruire la propria identità genetica di fronte al venir meno o comunque all'attenuarsi dell'interesse alla protezione dell'anonimato materno, pur riconoscendo che il diritto del figlio non può essere esercitato indiscriminatamente, senza la considerazione delle ragioni dei terzi coinvolti [31].

Dall'altro, ci si è interrogati sulla sorte dell'interpello laddove, una volta rintracciata la madre biologica, il giudice si avvede che la stessa non è nel pieno possesso delle facoltà cognitive e volitive, anche pur non essendo dichiarata legalmente incapace. In tal caso, atteso che la percorribilità dell'interpello presuppone comunque la salvaguardia dell'identità e della dignità dei soggetti coinvolti, la Cassazione ha ritenuto non praticabile l'interpello [32] e non superabile il limite dei cent'anni, ammettendo, tuttavia, che possano essere rilasciate informazioni di carattere sanitario e altre non identificative della madre biologica.

---

[23] C.M. Bianca, *Sub* art. 93, *Certificato di assistenza al parto*, in *La protezione dei dati personali*, *Commento al d.legis., 30 giugno 2003, n. 196 («Codice della Privacy»)* a cura di C.M. Bianca e Busnelli, t. 2, Cedam, 2007, 1399 ss.

[24] Attraverso la cartella clinica, l'attestazione di nascita, l'estratto dell'atto di nascita ed il fascicolo dell'adozione; cfr. ampiamente sul punto, Lenti, *Adozione e segreti*, cit., 237 ss., che vaglia tutti i documenti accessibili all'adottato e le informazioni *ivi* contenute e raggiungibili.

[25] Ai sensi dell'art. 93 del c.d. *Codice della privacy*.

[26] E probabilmente anche il figlio adottato, quando cioè l'interesse alla conoscenza è di terzi rispetto alla situazione che si è consolidata attraverso il passaggio del tempo.

[27] Corte cost., n. 278/2013, cit.

[28] V. Trib. e App. Milano, (ined.) pronunce da cui il ricorso del Procuratore generale che poi ha dato origine a Cass. civ., sez. un., n. 1946/2017, cit., ed *ivi* si richiamano gli orientamenti dei Tribunali minorenni di Catania, Bologna, Brescia e Salerno; di contro, v., Trib. Min. Trieste, decr. 5.3.2015, in *Fam. e dir.*, 2015, 830 ss.; App. Catania, decr. 5.12.2014, in *Foro it.*, 2015, I, 697.

[29] Cass. civ., sez. un., 25.1.2017, n. 1946, cit., § 8.2.

[30] Cass. civ., sez. un., n. 1946/2017, cit.; Cass., n. 15024/2016 cit. («sussiste il diritto del figlio dopo la morte della madre di conoscere le proprie origini biologiche mediante accesso alle informazioni relative all'identità personale della stessa non essendo operativo il limite dei cento anni dalla formazione del documento») e Cass., n. 22838/2016, cit., le quali riconoscono il diritto del figlio di avere informazioni circa l'identità *della madre* anonima dopo la morte di quest'ultima (quest'ultima, in particolare, afferma che tale diritto del figlio «non può essere esercitato indiscriminatamente in quanto se alla morte della donna consegue l'estinzione del diritto personalissimo alla riservatezza, la procedura di accesso alle origini dovrà pur sempre essere informata al rispetto dei canoni di liceità e correttezza senza pregiudizio dei terzi eventualmente coinvolti i quali possono legittimamente vantare un diritto a essere lasciati soli, ovvero all'oblio e a reclamare che l'accesso ai dati avvenga senza cagione di pregiudizio»).

[31] A ben vedere, si potrebbe obiettare che la Cassazione ha in tal modo operato un "automatismo estintivo" senza tener conto e senza distinguere le ipotesi in cui la morte della donna avvenga a lunga distanza dalla nascita o solo dopo poco tempo da quella, potendo in tal modo generare nella donna partoriente uno stato di incertezza circa la protezione dei terzi, coinvolti anzitempo da un "precoce" disvelamento della sua identità. Di certo, sarebbe stato preferibile che una simile erosione del dato normativo provenisse da una pronuncia della Consulta.

[32] Cass. civ., 9.8.2021, n. 22497 e Cass. civ., 3.3.2022, n. 7093 entrambe citt. *supra*.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

3. È davvero «giusto» il punto di equilibrio che la Corte riconosce alla legge francese?

Come è noto, solo pochi paesi – Italia, Francia e Lussemburgo – prevedono il parto anonimo, consentendo alla madre di non rivelare la propria identità, e proprio per questa comune prospettiva la soluzione adottata dalla Corte [33] – benché riguardi specificamente la legislazione francese – stimola una breve riflessione sul tema, confrontando il «diritto vivente» che opera in Italia, pur in mancanza di una compiuta e stabile sistemazione di cui, presto o tardi, il legislatore italiano dovrà farsi carico [34], con la disciplina in vigore attualmente nella legislazione d'oltralpe.

La pronuncia della Corte europea muove dalla considerazione del diritto della persona di conoscere l'identità della madre biologica e si occupa di valutare se la legislazione francese abbia violato l'art. 8 della Convenzione europea nel profilo attinente al rispetto della «vita privata» di colui che nasce da parto anonimo, sia poi abbandonato e adottato da altri. Va ricordato che nella locuzione «vita privata» di cui all'art. 8 della Conv. eur. dir. uomo è da includere per interpretazione consolidata della Corte stessa [35], il diritto all'identità della persona di cui è parte, quale tassello imprescindibile di un unico mosaico, la conoscenza delle proprie origini biologiche e/o la propria ascendenza e discendenza genetica [36].

Per quanto concerne l'ordinamento francese l'accoglimento del parto anonimo, l'"*accouchement sous X*", ha origini antiche [37] ed ha subito l'apporto evolutivo più significativo per effetto della legge 2002-93 [38] che ha introdotto il principio della reversibilità del segreto, istituendo il Consiglio nazionale per l'accesso alle origini personali (CNAOP), ente pubblico statale e indipendente presso il Ministero degli affari sociali cui possono rivolgersi sia la persona in cerca delle proprie origini sia la madre biologica che voglia togliere il segreto circa la propria identità [39].

Il CNAOP ha il compito di conservare le informazioni non identificative sulla salute dei genitori e sulla circostanza della nascita – se rilasciate al momento del parto – di consegnarle ai richiedenti. Rispetto all'identità della madre biologica (ed a quella del padre) il Consiglio nazionale ha il compito di verificare la volontà della donna di rivelare la propria identità o meno e potrà comunicarla al figlio richiedente solo se vi è il consenso della donna o dopo la sua morte, mentre non potrà comunque comunicare alcuna informazione identificativa se la madre, interpellata, ha mantenuto la volontà di rimanere anonima disponendo anche *dopo la sua morte*. In tale ultima evenienza quindi, la madre può disporre del segreto, irreversibilmente, anche per il tempo futuro in cui non ci sarà più, allorquando il diritto alla riservatezza del titolare sia venuto meno e non sussista più un interesse attuale alla protezione.

Dunque la legge francese: 1) consente in ogni tempo la reversibilità del segreto relativo alla madre biologica; 2) prevede l'iniziativa di entrambi i soggetti coinvolti al tal fine, la madre ed il nato; 3) predispone un organismo di mediazione *ad hoc*; 4) disciplina una graduazione di informazioni non identificative comunque rilasciabili al richiedente; 5) attribuisce alla madre la scelta dell'irreversibilità del segreto qualora, interpellata nel corso della vita, decida per l'anonimato *anche per il tempo successivo alla sua morte*.

Valutando questa disciplina in relazione al *rifiuto* del CNAOP di fornire alla richiedente informazioni identificative della madre biologica – stante il perdurante

---

[33] Corte eur. dir. uomo in commento *sub* § 39, la quale rimanda alle sezioni "*Diritto comparato*" di Corte eur. dir. uomo, cd. *Odièvre* ed anche *Godelli*; in particolare v. Corte eur. dir. uomo, *Godelli c. Italia*, cit., *sub* § 28 per una panoramica sulla situazione nei Paesi del Consiglio d'Europa.

[34] Per un approfondimento circa la diversa disciplina tedesca v. Rusconi, *La legge tedesca sulla* vertrauliche Geburt. *Al crocevia tra accertamento della maternità, parto anonimo e adozione*, in *Eur. e dir. priv.*, 2018, 1347 ss., per quanto la legge tedesca 28.8.2013 sulla *vertrauliche Geburt* abbia introdotto la «maternità non disvelata», questa scelta non attribuisce alla donna il diritto potestativo alla riservatezza giacché «in ogni caso è madre colei che ha partorito il figlio, pur senza disvelarlo» (*ivi*, 1366).

[35] V. *sub* § 50, «*L'article 8 del la Convention protège un droit à l'identité et à l'épanoussement personnel. À cet épanoussement contribuent l'établissement des details de son identité d'être humain et l'intérêt vital, protégé par la Convention, à obtnenir des informations nécessaires à la dècouverte de la vérité concernant un aspect important de son identitépersonnelle, par exemple l'identité de son géniteur*» (*ex multis*, Corte eur. dir. uomo, 13.2.2003, ric. 42326/98, cit. *sub* § 29 e Corte eur. dir. uomo, 25.9.2012, ric. 33783/09, cit., *sub* § 45; ed ancora, Corte eur. dir. uomo, 15.10.2009, ric. 44690/09, *sub* §§ 33 e 34; Corte eur. dir. uomo, 16.6.2020, ric. 47443/14, *sub* § 28, tutte reperibili in *www.hudoc.echr.coe.int.*).

[36] Sul riconoscimento del diritto all'identità v. Corte cost., 3.2.1994, n. 13, in *Foro it.*, 1994, I, 1668; ed il primo riconoscimento del diritto all'identità personale il cui fondamento si rinviene nell'art. 2 Cost., in Cass. civ., 22.6.1985, n. 3769, in *Resp. civ. e prev.*, 1985, 578, con nota di Ponzanelli. V. anche Zatti, *Il diritto all'identità e l'"applicazione diretta" dell'art. 2 Cost.*, in *Il diritto all'identità personale*. Un seminario promosso dal centro di Iniziativa Giuridica Piero Calamandrei e dal Centro Studi e Documentazione Giuridica, a cura di Alpa, Bessone e Boneschi, Cedam, 1981, 53 ss.

[37] Corte eur. dir. uomo, cd. *Odièvre c. Francia*, cit. *sub* § 15 e 16.

[38] Modificata con la riforma legislativa del 2009 che ha abolito l'ostacolo all'azione di accertamento della maternità consentita al figlio dopo la scoperta dell'identità della madre.

[39] Il *Conseil national pour l'accès aux origines* è disciplinato agli artt. L. 147-1 ss. del *Code de l'action sociale et des familles*; v. sul punto Long, *La Corte europea dei diritti dell'uomo, il parto anonimo e l'accesso alle informazioni sulle proprie origini: il caso Odièvre c. Francia*, cit., 293 ss.; e Renda, *La sentenza O. contro Francia della Corte europea dei diritti dell'uomo. Un passo indietro rispetto all'interesse a conoscere le proprie origini biologiche*, cit., 1123 ss. La stessa Corte europea ricorda nella decisione in esame la riforma successiva del 2009 che ha abolito l'ostacolo all'azione di accertamento della maternità per cui ora se il bambino conosce l'identità della madre biologica che ha consentito lo svelamento, può intentare un'azione di accertamento della filiazione materna.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

rifiuto della stessa di svelare la propria identità anche per il tempo successivo alla sua morte – la Corte europea ha ritenuto che la legge francese non violi l'art. 8 giacché pur configurandosi il *rifiuto del CNAOP* come *una ingerenza* nella vita privata della ricorrente (art. 8, comma 2º), si tratta di una ingerenza *giustificata* dall'esigenza di garantire i diritti e le libertà altrui, in particolare quelli della madre biologica, e *proporzionata* perché rientrante nel margine di apprezzamento lasciato a ciascuno Stato membro[40].

In definitiva sul tema del bilanciamento fra i due interessi contrapposti, la Corte europea reputa che la disciplina francese abbia raggiunto il «giusto» punto di equilibrio nella previsione della reversibilità in ogni tempo del segreto da parte della madre biologica e nella possibilità per il nato di ottenere comunque alcune informazioni sulla nascita e l'abbandono, se pure non identificative della maternità biologica. Per quanto riguarda il margine di apprezzamento, la Francia con questa disciplina si sarebbe mantenuta nei limiti concessi ad ogni Stato membro, e da qui la conclusione di cui si è detto.

Ma la pretesa all'anonimato è davvero un diritto? Esiste un diritto al segreto fine a sé stesso?

Qual è la *ratio* della norma che concede il «parto in anonimato»? Esiste davvero un apprezzabile "bilanciamento" tra "diritti" della persona?

L'istituto del parto anonimo, o meglio, la facoltà concessa alla gestante di partorire senza rivelarsi, nasce con l'intenzione di salvaguardare *il diritto alla vita e alla salute della donna e del feto*, diritti che nella imminenza della nascita ed anche successivamente possono venire compromessi da una situazione di fatto di difficoltà[41]. L'anonimato materno al momento del parto è – o dovrebbe essere – funzionale alla tutela attuale ed imminente di questi diritti e non è già, esso stesso, un diritto in sé[42].

Il diritto alla riservatezza della madre biologica non è, cioè, un *diritto tiranno* – per ricalcare una espressione nota – rispetto a quello del figlio alla conoscenza delle proprie origini ma è funzionale alla salvaguardia di una situazione contingente: la drammatica scelta tra abbandono, aborto o infanticidio.

Insomma, si tratta del diritto alla vita e alla salute della gestante e del nascituro, ma la situazione, col trascorrere del tempo, è passibile di cambiamenti, può perdere la sua pericolosità ed è del tutto ragionevole la previsione della *reversibilità* del segreto che può avvenire per volontà della madre in ogni tempo.

Una volta sbiadite le ragioni fondanti il parto in anonimato, il bilanciamento tra i diritti – quello della madre biologica a mantenere l'anonimato[43] e quello del figlio a costruire la propria identità e/o a completarla (conoscendo l'identità della madre biologica) – va effettuato nell'attualità della situazione concreta e non in astratto.

Se son vere queste considerazioni non sembra poi così «giusto» il punto di equilibrio della legge francese che consente alla madre biologica di disporre *comunque* del segreto anche quando è trascorso *un tempo ragionevolmente lungo dalla nascita* e addirittura dopo la sua morte, anche qualora non vi sia più alcun titolare immediato del diritto dal bilanciare e – ciò che più conta – quando sia venuto meno l'interesse attuale alla sua tutela.

La Corte europea, in sostanza, avrebbe dovuto com-

---

[40] Come si è detto, la Corte europea sviluppa l'argomentazione seguendo questi passaggi: in primo luogo considera la previsione di cui all'art. L. 147-6 della CASF – previsione che consente al CNAOP di comunicare al richiedente l'identità della madre se non è stata espressa la volontà di mantenere il segreto dopo aver verificato la volontà dell'interessato – quale *ingerenza* rientrante tra gli obblighi negativi dello Stato. Quindi la Corte si preoccupa di stabilire se ai sensi dell'art. 8, comma 2º, si sia trattato di una ingerenza *proporzionata* al fine della protezione dei «diritti e delle libertà altrui» e rientrante altresì nel margine di apprezzamento concesso allo Stato nel caso di specie. La prima valutazione impone di operare un bilanciamento tra «diritti ed interessi» contrapposti, ovvero quello di mantenere l'anonimato per la madre biologica e quello del nato di conoscere le proprie origini; la seconda, ha ad oggetto l'ampiezza del margine di apprezzamento concesso agli Stati membri nella scelta della misura adeguata alla protezione dell'art. 8.

[41] Sul fondamento del parto segreto, v. Corte cost., 25.11.2005, n. 425, in *Fam. e dir.*, 2006, 129, con nota di Eramo, *Il diritto all'anonimato della madre partoriente*; in questa ***Rivista***, 2006, I, 545, con nota di Long, *Diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini*, (*ivi*, 549 ss.); in *Familia*, 2006, II, 155, con nota di Balestra, *Il diritto alla conoscenza delle proprie origini tra tutela dell'identità dell'adottato e protezione del riserbo dei genitori biologici*; in *Giur. cost.*, 2005, 4594, con nota di Cozzi, *La Corte costituzionale e il diritto di conoscere le proprie origini in caso di parto anonimo: un bilanciamento diverso da quello della Corte europea dei diritti dell'uomo?*; la Corte cost. nella decisione n. 425/2005 aveva concluso per l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 28, 7º comma, L. 4.5.1983, n. 184, nel testo modificato dall'art. 177, 2º comma, d. legis. 30.6.2003, n. 196, sollevata in riferimento agli artt. 2, 3, e 32 Cost. Nella decisione tuttavia, si può leggere «*La norma impugnata mira evidentemente a tutelare la gestante che – in situazioni particolarmente difficili dal punto di vista personale, economico o sociale – abbia deciso di non tenere con sé il bambino, offrendole la possibilità di partorire in una struttura sanitaria appropriata e di mantenere al contempo l'anonimato nella conseguente dichiarazione di nascita: in tal modo intende – da un lato – assicurare che il parto avvenga in condizioni ottimali, sia per la madre che per il figlio, e – dall'altro – distogliere la donna da decisioni irreparabili, per quest'ultimo ben più gravi. L'esigenza di perseguire efficacemente questa duplice finalità spiega perché la norma non preveda per la tutela dell'anonimato della madre nessun tipo di limitazione, neanche temporale. Invero la scelta della gestante in difficoltà che la legge vuole favorire – per proteggere tanto lei quanto il nascituro – sarebbe resa oltremodo difficile se la decisione di partorire in una struttura medica adeguata, rimanendo anonima, potesse comportare per la donna, in base alla stessa norma, il rischio di essere, in un imprecisato futuro e su richiesta di un figlio mai conosciuto e già adulto, interpellata dall'autorità giudiziaria per decidere se confermare o revocare quella lontana dichiarazione di volontà*»; in Francia, analogamente, *Conseil constitutionnel décision* nº 2012-248 QPC, 16.5.2012, attesi i medesimi valori e diritti da tutelare. E nella stessa direzione le decisioni della Corte europea, cit. *Odièvre* e *Godelli* cit. V. le riflessioni di Stefanelli, *Reversibilità del segreto della partoriente e accertamento della filiazione*, in *Giur. cost.*, 2013, 4034 ss.

[42] Non esiste un diritto soggettivo all'abbandono.

[43] Sempre che sia configurabile come diritto e non invece come interesse.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

parare, da un lato, il diritto alla conoscenza delle proprie origini del figlio al fine di ricostruire la propria identità personale e, dall'altro, il diritto all'anonimato della madre *in quanto funzionale alla tutela della salute e della vita* e non già considerato come un autonomo diritto alla riservatezza e all'autodeterminazione fine a sé stesso.

Se questi sono davvero i valori da tutelare, è ragionevole pensare che il diritto al mantenimento dell'anonimato materno si sbiadisca via via, in ragione del *trascorrere del tempo*, già sin dal momento della nascita e dell'abbandono, portando a concludere che, in ogni caso, rimanga priva di giustificazione la regola secondo cui la madre biologica, interpellata, potrebbe disporre in via esclusiva ed irreversibile di quel segreto anche oltre la sua morte[44].

La legge francese sul parto anonimo e sul diritto del nato di conoscere le proprie origini appare, in definitiva, equilibrata là dove prevede la reversibilità del segreto ed appare lungimirante anche dove permette una differenziazione di informazioni non identificative. Non convince affatto, invece, là dove accorda una prevalenza assoluta e non proporzionata al diritto alla riservatezza (o autodeterminazione o identità della donna che dir si voglia) esclusivamente cristallizzato al momento del parto senza considerare, invece, che quel diritto al segreto, pieno ed effettivo in quanto giustificato dalla delicata situazione iniziale, è passibile di affievolimento con il trascorrere di un tempo ragionevolmente lungo fino ad una totale attenuazione della sua tutela[45].

4. Verso una conclusione.

Nella normativa francese la donna rimane signora di decidere della maternità, della segretezza del parto e della propria stessa identità giacché – qualora sia stata interpellata durante la vita del figlio – ella può disporre di questo diritto per un tempo indefinito che si estende anche dopo la sua morte.

Tra l'identità della madre e quella del nato abbandonato prevale il diritto della donna anche quando le ragioni di protezione a fondamento del parto anonimo sono venute meno o comunque si sono sbiadite per il passaggio di un tempo considerevole.

Un corretto bilanciamento tra diritti e interessi confliggenti avrebbe dovuto considerare da un lato la segretezza del parto in funzione della tutela dei diritti fondamentali di salute e vita della gestante e del nascituro e dall'altro il diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini biologiche.

Diversamente, la giurisprudenza italiana, pur nella carenza di una disciplina organica in materia, sembra addivenire a soluzioni più adeguate valutando la conflittualità degli interessi da sistemare nell'attualità della situazione concreta, tenendo in considerazione le variabili e non da ultimo le ragioni di terzi controinteressati.

In definitiva la Corte apprezza maggiormente l'aspetto formale perché la Francia si è data la sua legge, ancorché, per alcuni aspetti, essa appare inadeguata, salvandosi con la formula secondo cui tale disciplina resta nei limiti del margine di apprezzamento concesso dalla Convenzione allo Stato membro[46], mentre formalmente l'Italia rimane "inadempiente" in quanto esita nel provvedere in via legislativa[47] pur amministrando, sostanzialmente, la giustizia in modo più coerente rispetto ai principi e valori generalmente riconosciuti.

CORTE EUR. DIR. UOMO, 30.1.2024, ric. 18843/20 – Georges Ravarani *Presidente* – Cherrier (avv. Bouretz) – Repubblica francese (ag. Alabrune)

Filiazione – Adozione – Anonimato materno – Norme francesi – Diritto all'identità del figlio – Diritto alla riservatezza della madre – Vita privata – Violazione dell'art. 8 Conv. eur. dir. uomo – Insussistenza – Bilanciamento (Conv. eur. dir. uomo, art. 8; *loi* nº 2002-93 *du 22 janvier 2002*; *Code de l'action sociale et des familles*, art. L. 222-6 e artt. L 147-1/6 ss.)

La disciplina francese realizza un «giusto» punto di

[44] Bisogna tenere separati i due profili; il trascorrere del tempo e la previsione del segreto anche oltre la morte del titolare. Di questo ultimo profilo della legge francese la Corte si preoccupa in realtà (*sub* § 73) ma poiché la situazione di fatto non si era creata né di essa si era parlato nei giudizi interni, la Corte in conformità al principio di sussidiarietà non si pronuncia.

[45] V. l'opinione dissenziente del Giudice Mourou-Vikström nella decisione in commento, in particolare: «*Toutefois, si la protection par un secret absolu de la mère au moment de la naissance et du début de la vie de l'enfant fait primer le secret sur le droit de l'enfant de connaître ses origines, il convient de considérer que cet équilibre varie au fil des année et que les intérêts en présence se rapprochent. Un équilibre est atteint pour ensuite donner lieu à une inversion du rapport de force. Le droit de savoir prend le dessus et le maintien du secret devient incompatible avec la protection du droit à connaître ses origines tel que garanti par l'article 8 de la Convention. Une telle analyse prenant en considération les droits de la requérante et leur évolution dans le temps en parallèle avec les droits estompés de la mère ne peut que conduire à une violation de l'article 8 de la Convention.*

Le maintien du secret après le décès de la mère ne peut pas se comprendre au regard des intérêts en présence et de l'effacement quasi complet des raisons qui pourraient justifier un choix post mortem d'anonymat, considérant qu'aucun droit de filiation ne pourra jamais être établi et qu'aucune conséquence juridique ou financière n'en découlera».

[46] Paris, *op. cit.*, *passim*.

[47] Auletta, *Sul diritto dell'adottato di conoscere la propria storia: un'occasione per ripensare alla disciplina della materia*, in *Corr. giur.*, 2014, 480 ss.; Gigliotti, *Parto anonimo e accesso alle informazioni identitarie (tra soluzioni praticate e prospettive di riforma)*, in *Eur. e dir. priv.*, 2017, 900 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

equilibrio tra il diritto di conoscere le proprie origini di una persona nata da parto anonimo e quello della madre biologica di mantenere l'anonimato attraverso la previsione del Consiglio nazionale di accesso alle origini personali organo imparziale che permette all'adottato di interpellare la madre biologica – e quindi consente la reversibilità del segreto – nonché di conoscere *comunque* alcune informazioni sulla nascita e l'abbandono – pur se non identificative della maternità – anche nell'ipotesi in cui la donna interpellata molti anni dopo la nascita e l'abbandono abbia ribadito la propria volontà di rimanere anonima anche dopo la sua morte.

dal testo:

(*Omissis*)
EN FAIT
2. La requérante est née en 1952 et réside à Nouméa. Elle est représentée par Me S. Bouretz, avocate.
3. Le Gouvernement a été représenté par son agent, M. F. Alabrune, directeur des affaires juridiques au ministère de l'Europe et des Affaires étrangères.
4. La requérante fut adoptée en 1952, quelques mois après son abandon par sa mère, ce dont elle n'a eu connaissance qu'au décès du deuxième de ses parents adoptifs en 2008.
5. Au cours de l'année 2008, elle s'adressa au Conseil national pour l'accès aux origines personnelles (CNAOP, voir sur les missions et le fonctionnement de ce conseil, paragraphes 24 et 33 à 36 ci-dessus) pour connaître les causes de son abandon et l'identité de ses parents biologiques. Elle formula également plusieurs questions concernant la nationalité de sa mère, les antécédents médicaux de sa famille et l'existence de frères ou sœurs biologiques.
6. Au cours de ses investigations, le CNAOP obtint des informations de la part de l'association «Entraide des femmes françaises» concernant la mère biologique de la requérante (nom, prénom, lieu et date de naissance, description physique) et son père biologique (nom, prénom, un âge et une description physique). Il obtint également le jugement d'adoption de la requérante et l'information suivante sur la cause de l'abandon: «la jeune fille (dont on ignore l'âge) est fiancée et ce dernier [son fiancé] ne veut se marier que si elle abandonne l'enfant». Le CNAOP parvint à localiser la mère qui exprima, comme l'y autorise l'article L. 147-6 du code de l'action sociale et des familles (CASF, paragraphe24 cidessous), sa volonté de préserver le secret de son identité, «maintenant et après son décès». Cette dernière confirma également au CNAOP l'identité du père de naissance et répondit aux questions précitées posées par la requérante.
7. Par courrier du 16 avril 2009, la requérante demanda au CNAOP que sa mère de naissance soit à nouveau contactée car elle avait «encore beaucoup de questions à lui poser». Le 27 avril 2009, celui-ci lui indiqua qu'il ne contacterait plus sa mère qui avait demandé à être «laissée en paix» et qu'il était dans l'obligation de respecter la vie privée des mères contactées.
8. Le 15 juin 2009, la requérante indiqua au CNAOP qu'elle avait reçu son dossier anonymisé de la part de l'association «Entraide des femmes françaises» et lui demanda que de nouvelles recherches soient réalisées pour retrouver son père de naissance. Les démarches du CNAOP permirent d'identifier une personne correspondant au prénom, nom et âge indiqués dans le dossier de la requérante. Cette personne, un homme très âgé, ne fut pas en mesure de reconnaître sa paternité et refusa de lever le secret de son identité, y compris après son décès.
9. En septembre 2010 puis en février 2012, la requérante réitéra ses demandes d'accès à l'identité de sa mère de naissance, exprimant sa souffrance de se voir opposer le secret de cette dernière.
10. Par un courrier en date du 29 septembre 2010, le CNAOP indiqua à la requérante que sa mère avait toujours la possibilité de revenir sur sa décision et réitéra ne pas pouvoir passer outre le refus de sa mère de lever le secret de son identité.
11. Par un courrier du 6 mars 2012, ainsi motivé, le CNAOP refusa de lui communiquer l'identité de sa mère: (*Omissis*)
12. Le tribunal administratif (TA) de Nouvelle-Calédonie considéra que la requérante ne pouvait soutenir que le CNAOP n'avait pas mis en œuvre tous les moyens pour permettre l'accès à ses origines et rejeta sa demande d'annulation de la décision du 6 mars 2012 par un jugement du 30 septembre 2015 ainsi motivé: (*Omissis*)
13. Par un arrêt du 30 janvier 2018, la cour administrative d'appel (CAA) de Paris rejeta l'appel formé contre ce jugement selon la motivation retenue par le TA.
14. Par un pourvoi et un mémoire des 30 avril et 27 juillet 2018, la requérante demanda au Conseil d'État d'annuler l'arrêt de la CAA. Dans ses écritures, elle soutint, notamment, en premier lieu, en se référant à l'arrêt *Odièvre c. France* ([GC], n° 42326/98, CEDH 2003-III), suivi de son opinion dissidente, et à l'arrêt *Godelli c. Italie* (n° 33783/09, 25 septembre 2012), que la prise en compte de la seule volonté unilatérale et arbitraire de sa mère biologique de ne pas lever le secret de son identité portait atteinte au juste équilibre qu'il convenait de ménager entre les droits respectifs et strictement identiques de deux adultes au regard de l'article 8 de la Convention. En deuxième lieu, après avoir rappelé l'existence de plusieurs propositions de réforme pour substituer à l'accouchement sous X un accouchement dans la discrétion ménageant le droit pour les enfants de connaître leurs origines (paragraphe 38 ci-dessous), elle fit valoir que la législation française

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

était tout aussi inconventionnelle que la législation italienne visée dans l'arrêt *Godelli* car elle laissait le dernier mot à la mère. Elle précisa qu'en l'absence de contrôle par le juge du bien-fondé des motifs du refus persistant de sa mère (paragraphes 12 et 13 ci-dessus), sa situation était identique à celle de la requérante dans cet arrêt, car elle se voyait "opposer un refus absolu et définitif d'accéder à ses origines personnelles sans même une pesée des droits et intérêts en présence et sans aucune possibilité de recours" autre que formelle.

15. Le 16 octobre 2019, le Conseil d'État rejeta son pourvoi en cassation par une décision ainsi motivée:

(*Omissis*)

EN DROIT

SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION

42. La requérante se plaint du refus du CNAOP de lui communiquer l'identité de sa mère biologique dont elle soutient qu'il méconnaît son droit d'accès aux origines garanti par l'article 8 de la Convention, ainsi libellé:

«1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale (...)

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire (...) à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.»

(*Omissis*)

1. Appréciation de la Cour

a) Principes généraux

i. Sur le droit à la connaissance des origines

50. L'article 8 de la Convention protège un droit à l'identité et à l'épanouissement personnel. À cet épanouissement contribuent l'établissement des détails de son identité d'être humain et l'intérêt vital, protégé par la Convention, à obtenir des informations nécessaires à la découverte de la vérité concernant un aspect important de son identité personnelle, par exemple l'identité de son géniteur (*Odièvre*, précité, § 29, *Godelli*, précité, § 45, *Çapın c. Turquie*, n° 44690/09, §§ 33 et 34, 15 octobre 2019, *Boljević c. Serbie*, n° 47443/14, § 28, 16 juin 2020). La naissance, et singulièrement les circonstances de celles-ci, relève de la vie privée de l'enfant, puis de l'adulte, garantie par l'article 8 (*Godelli*, précité, § 46). L'intérêt que peut avoir un individu à connaître son ascendance ne cesse nullement avec l'âge (*ibidem*, § 69).

ii. Sur la nature des obligations qui incombent aux États

51. L'article 8 a essentiellement pour objet de prémunir l'individu contre les ingérences arbitraires des pouvoirs publics. À cet engagement négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie privée ou familiale. Elles peuvent impliquer l'adoption de mesures visant au respect de la vie privée jusque dans les relations des individus entre eux. La frontière entre les obligations positives et négatives de l'État ne se prête toutefois pas à une définition précise. Les principes sont néanmoins comparables. En particulier, dans les deux cas il faut avoir égard au juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents; de même dans les deux hypothèses, l'État jouit d'une certaine marge d'appréciation (*Mikulić c. Croatie*, n° 53176/99, § 40, CEDH 2002-I, *C.E. et autres c. France*, n° 29775/18 et 29693/19, § 83, 24 mars 2022).

iii. Sur la marge d'appréciation

52. Pour se prononcer sur l'ampleur de la marge d'appréciation devant être reconnue à l'État dans une affaire soulevant des questions au regard de l'article 8, il y a lieu de prendre en compte un certain nombre de facteurs. Lorsqu'un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu se trouve en jeu, la marge laissée à l'État est d'ordinaire restreinte. En revanche, lorsqu'il n'y a pas de consensus au sein des États membres du Conseil de l'Europe, que ce soit sur l'importance relative de l'intérêt en jeu ou sur les meilleurs moyens de le protéger, en particulier lorsque l'affaire soulève des questions morales ou éthiques délicates, la marge d'appréciation est large. Elle est d'une façon générale également ample lorsque l'État doit ménager un équilibre entre des intérêts privés et publics concurrents ou entre différents droits protégés par la Convention qui se trouvent en conflit (*S.H. et autres c. Autriche* [GC], n° 57813/00, § 94, CEDH 2011, *CE et autres*, précité, § 85).

iv. Application de ces principes dans les affaires Odièvre et Godelli

53. En ce qui concerne les litiges en matière d'accès aux origines des enfants nés sous X et adoptés, la Cour a considéré que le droit à l'identité, dont relève le droit de connaître son ascendance, fait partie intégrante de la notion de vie privée et que dans pareil cas, un examen d'autant plus approfondi s'impose pour peser les intérêts concurrents (*Godelli*, précité, § 65).

54. Dans l'arrêt *Odièvre*, précité, l'intérêt de la requérante à connaître ses origines a été opposé à celui de sa mère de rester anonyme, «pour sauvegarder sa santé en accouchant dans des conditions médicales appropriées» (§ 44) ainsi qu'à celui des tiers, essentiellement ses parents adoptifs, son père ou les autres membres de la famille biologique (*idem*). L'intérêt général a également été retenu comme pesant dans la balance, au nom du choix des femmes d'accoucher sous X et de la protection de leur santé ainsi que de celles de leurs enfants, car le droit au respect de la vie, valeur supérieure garantie par la Convention, n'était «pas étranger aux buts que recherche le système français» (§ 45). S'agissant de la requérante, la Cour a relevé qu'elle avait eu accès à des informations non identifiantes

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

sur sa mère et sa famille biologique lui permettant d'établir «quelques racines de son histoire dans le respect de la préservation des intérêts des tiers» (§ 48). Elle a également pris note de la mise en place par la France d'un mécanisme lui permettant de solliciter la réversibilité du secret de l'identité de sa mère, sous réserve de l'accord de celle-ci, et a jugé qu'il était de nature à assurer équitablement la conciliation entre la protection de cette dernière et la demande légitime de l'intéressée (§ 49). Dans ce contexte, elle a considéré que la législation française «tente d'atteindre un équilibre et une proportionnalité suffisante entre les intérêts en cause» et a conclu à la non-violation de l'article 8 de la Convention eu égard à la marge d'appréciation qu'il convenait de reconnaître à l'État pour réglementer la question (*idem*).

55. Dans l'arrêt *Godelli*, précité, la Cour a jugé la législation italienne non conforme à l'article 8 au motif qu'elle ne ménageait aucun équilibre entre «les droits et intérêts» concurrents en cause car elle donnait à l'intérêt de la mère qui souhaitait garder l'anonymat une «préférence aveugle» en l'absence de toute possibilité donnée à l'enfant adopté et non reconnu de demander soit l'accès à des informations non identifiantes sur ses origines, soit la réversibilité du secret. Elle a considéré que l'État italien avait dépassé la marge d'appréciation dont il disposait.

b) Application des principes en l'espèce

i. Sur la question de savoir si est en cause une obligation négative ou une obligation positive

56. La Cour relève que les parties ne se prononcent pas explicitement sur ce point, mais le Gouvernement admet qu'il y a eu ingérence dans la vie privée de la requérante (paragraphe 47 ci-dessus).

57. La Cour, pour sa part, rappelle que l'article 8 a d'abord pour objet de prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics (voir, par exemple, *Drelon c. France*, n°s 3153/16 et 27758/18, § 85, 8 septembre 2022). En l'espèce, elle relève que le CNAOP est un établissement public de l'État, placé sous la tutelle du ministre chargé des affaires sociales. Elle constate par ailleurs que l'article L. 147-6 du CASF prévoit que le CNAOP communique l'identité de la mère «s'il n'y a pas eu de manifestation expresse de volonté de préserver le secret, après avoir, dans ce cas, vérifié la volonté de l'intéressée». Cet article admet le maintien du secret qui sous-tend la violation du droit d'accès aux origines dont se plaint la requérante. En conséquence, la Cour considère que la décision du CNAOP de ne pas communiquer à la requérante l'identité de sa mère biologique, et de lui opposer la volonté de cette dernière, doit être examinée sous l'angle des obligations négatives.

58. Pour déterminer si cette ingérence a emporté violation du droit au respect de la vie privée de la requérante, la Cour doit rechercher si cette décision était justifiée au regard du second paragraphe de cet article, c'estàdire si elle était prévue par la loi et nécessaire dans une société démocratique pour atteindre l'un ou autre des buts légitimes énumérés par l'article 8.

59. L'ingérence était prévue par l'article L. 147-6 du CASF et poursuivait au moins l'un des buts légitimes énumérés à l'article 8 § 2: la protection des droits et libertés d'autrui, en particulier ceux de la mère biologique.

60. Il reste à déterminer si cette ingérence était proportionnée à ce but, après avoir déterminé l'ampleur de la marge d'appréciation accordée à l'État en l'espèce.

ii. Sur la marge d'appréciation et le respect de l'article 8

– Remarques liminaires

61. La Cour relève que les parties sont en désaccord sur le respect de l'article 8 au regard de l'arrêt *Odièvre*. La requérante allègue en particulier que le contrôle auquel s'est livrée la Cour dans cet arrêt ne correspond plus à la situation actuelle, et que le mécanisme de réversibilité du secret mis en place en France en 2002 est aujourd'hui insuffisant pour permettre aux personnes nées dans le secret de bénéficier du droit à la connaissance de leurs origines qu'elles tirent de l'article 8 de la Convention. Le Gouvernement considère que, comme dans cet arrêt, un juste équilibre a été ménagé en l'espèce entre les droits respectifs de la requérante et de sa mère biologique.

62. La Cour doit examiner si, alors que la Grande chambre a jugé dans l'arrêt *Odièvre* du 13 février 2003 le dispositif d'accès aux origines personnelles mis en place par la France par la loi de 2002 comme étant susceptible de favoriser un juste équilibre entre les différents intérêts en cause (§ 49), le droit de la requérante au respect de sa vie privée est satisfait dans le cadre de ce dispositif, tel qu'il a évolué et été mis en œuvre entre 2012 et 2019 en l'espèce.

63. Pour ce faire, et afin de délimiter précisément la portée de son appréciation du litige, elle procédera à une brève mise à jour du droit interne ainsi qu'à un état des lieux de la nature des droits en jeu.

64. En ce qui concerne le droit interne, la Cour relève que, postérieurement à l'arrêt *Odièvre*, la réforme législative de 2009 a complété le système de réversibilité du secret de l'identité de la mère mis en place en 2002 en supprimant la fin de non-recevoir de l'action en recherche de maternité qui était opposé à l'enfant dont la mère avait accouché anonymement, de sorte que si l'enfant trouve l'identité de sa mère, il peut engager une action aux fins d'établissement de la filiation maternelle (paragraphe 23 ci-dessus). La Cour note également que, par une décision du 16 mai 2012, le Conseil constitutionnel a déclaré conforme à la Constitution le système de l'accouchement sous X en se fondant sur les exigences constitutionnelles de protection de la santé et en considérant qu'il était de nature à garantir un équilibre satisfaisant entre les «in-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

térêts de la mère et ceux de l'enfant». Il a précisé dans le commentaire de sa décision que «les dispositions relatives au droit de la femme d'accoucher sous X et celles relatives au droit de l'enfant de connaître ses origines personnelles ne résultent pas d'exigences constitutionnelles» (paragraphe 30 ci-dessus). Il a également considéré dans cette décision, comme dans sa décision du 7 février 2020, concernant la conformité de l'interdiction de la reconnaissance par le père biologique d'un enfant né sous X à compter de son placement en vue de son adoption (paragraphe 31 ci-dessus), qu'il ne lui appartenait pas de substituer son appréciation à celle du législateur sur la conciliation à opérer entre les intérêts en jeu. Enfin, la Cour relève que le législateur, quant à lui, a choisi de maintenir la possibilité pour une femme de demander le secret de son accouchement et de son identité alors qu'il a décidé de lever l'anonymat des donneurs de gamètes (paragraphes 26 et 27 ci-dessus).

65. En ce qui concerne la qualification des intérêts et droits en jeu, la Cour relève que le Conseil d'État, qui n'avait pas été saisi dans l'affaire *Odièvre*, a opposé en l'espèce le «souhait légitime» de la requérante de connaître ses origines» au «droit à l'anonymat» garanti à sa mère lorsqu'elle a accouché (paragraphe 15 ci-dessus). La Cour, pour sa part, a employé les termes d'«intérêts privés» pour désigner ceux de l'enfant et de la mère dans l'arrêt *Odièvre* (§ 49), et alternativement ceux d'«intérêts et de droits» dans l'arrêt *Godelli*, tout en privilégiant le premier à l'égard de la mère (§§ 63, 68 et 71). Dans ce contexte, les parties invitent la Cour à retenir que, pour trancher le dilemme conventionnel qui oppose l'anonymat à l'accès aux origines en l'espèce, il y a lieu de prendre en considération le fait que se trouvent en conflit des droits puisés dans l'article 8 par l'enfant, devenu adulte, et par sa mère.

66. La Cour admet que tel est le cas: le droit de la requérante à connaître son ascendance, qui fait partie intégrante de la notion de vie privée, entre en conflit avec les droits et intérêts de sa mère biologique à maintenir son anonymat (*Godelli*, précité, § 70), cinquante ans après la naissance de son enfant, lequel touche un aspect intime de sa vie personnelle, et constitue une expression particulière du droit à l'autodétermination sous-jacent au droit au respect de la vie privée. Sur le terrain de l'article 8 de la Convention en particulier, où la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de cette disposition, la sphère personnelle de chaque individu est protégée (*Paradiso et Campanelli c.Italie* [GC], n° 25358/12, § 159, 24 janvier 2017). À la différence des affaires *Odièvre* et *Godelli*, dans lesquelles les requérantes ne disposaient pas encore ou pas du tout de la possibilité d'engager une procédure de réversibilité du secret, la quête de la requérante en l'espèce, portée devant le CNAOP et les juridictions internes, l'oppose frontalement à sa mère biologique, et à la volonté de celle-ci, dans un temps qui n'est plus celui de la naissance, de rester anonyme. Dans ce contexte, la Cour considère qu'il convient de prendre en compte strictement et à égalité la volonté de l'une et de l'autre, étant précisé que les autres intérêts concurrents mis en balance dans ces affaires passent à l'arrière-plan du litige.

Marge d'appréciation

67. En plus de la jurisprudence rappelée plus haut (paragraphe 52 cidessus), la Cour rappelle que le choix des mesures propres à garantir l'observation de l'article 8 de la Convention dans les rapports interindividuels relève en principe de la marge d'appréciation des États contractants (*Odièvre*, précité, § 46, Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention, [GC], demande n° P16-2018-001, Cour de cassation française, § 51, 10 avril 2019, *O.H .et G.H. c. Allemagne*, n^{os}53568/18 et 54741/18, § 129, 4 avril 2023).

68. En l'espèce, les considérations qui précèdent au paragraphe 66 cidessus amènent la Cour à constater que l'examen du «juste équilibre» tend à se resserrer autour de deux droits et intérêts privés. En outre, elle ne perd pas de vue que la question de l'accouchement sous X continue de soulever des questions éthiques délicates, du point de vue des femmes, et en particulier de leur santé et de leur intégrité physique et psychique (*Odièvre*, § 44, voir, également, paragraphe 37 ci-dessus). Ces éléments militent en faveur de la reconnaissance d'une ample marge d'appréciation.

69. Il faut toutefois prendre en compte la circonstance qu'un aspect particulièrement important de l'identité d'un individu est en jeu dès lors que l'on touche au droit de connaître son ascendance. C'est tout particulièrement le cas de l'enfant à la recherche de ses origines et de l'identité de son géniteur (*Odièvre*, § 29, *Mikulić*, précité, § 54). Au surplus, la Cour observe que la France continue de se trouver minoritaire parmi les États membres du Conseil de l'Europe qui, dans leur majorité, ne connaissent pas l'institution de l'accouchement dans le secret sous une forme aussi poussée que celle organisée par le droit interne (paragraphes 39 et 40 ci-dessus). Par conséquent, la Cour estime que ces éléments réduisent la marge d'appréciation de l'État en l'espèce.

Mise en balance des droits et intérêts concurrents en présence

70. La question qui se pose est donc celle de savoir si, en rejetant la demande de communication de l'identité de la mère, sur le fondement de la volonté de cette dernière de ne pas lever le secret et sur l'équilibre ainsi voulu par le législateur en matière d'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État, l'État défendeur, compte tenu de la marge d'appréciation dont il disposait, s'est fondé sur des motifs pertinents et suffisants et a ménagé un juste équilibre entre, d'un

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

côté, le droit de la requérante à connaître sa mère biologique et, de l'autre, les droits et les intérêts de cette dernière à maintenir son anonymat.

71. À cet égard, la Cour note que les juridictions internes ont validé le système de réversibilité du secret mis en place en 2002 qui garantit, selon elles, de manière équilibrée le respect de la vie privée de la requérante et celle de sa mère. Le tribunal administratif et la cour administrative d'appel ont jugé que la compétence du CNAOP et l'office du juge ne s'étendaient pas au contrôle du bien-fondé de l'opposition ainsi manifestée de la mère vis-à vis de l'atteinte portée à la vie privée de la requérante en quête de ses origines. Le Conseil d'État a ensuite confirmé cette analyse en fondant le rejet du pourvoi de la requérante sur le caractère équilibré du système mis en place par la loi de 2002 et de la conciliation opérée entre le respect dû «au droit à l'anonymat garanti à la mère lorsqu'elle a accouché» et le «souhait légitime de l'enfant né dans ces conditions de connaître ses origines». Il a en outre précisé que la communication à la requérante d'informations sur sa naissance suffisait à considérer qu'il n'avait pas été porté atteinte à son droit au respect de sa vie privée protégé par l'article 8 de la Convention.

72. En l'espèce, la Cour rappelle, en premier lieu, avoir déjà reconnu que les droits et intérêts en cause, ceux de deux adultes jouissant chacune de l'autonomie de sa volonté, étaient difficilement conciliables (*Odièvre*, précité, § 44). En effet, d'un côté, accoucher dans le secret et lever ce dernier sont des actes strictement personnels, et il ne faut pas sous-estimer l'impact qu'une telle levée pourrait avoir sur la vie privée de la mère de son vivant ou celle de son entourage. En ce qui concerne la mère biologique de la requérante, la Cour note qu'elle a accouché dans le secret en 1952, soit à une période où la législation ne prévoyait pas que la mère soit contactée pour exprimer sa volonté d'accepter ou de refuser de lever le secret de son identité. D'un autre côté, la douleur que peut causer le maintien du secret, alors même que l'enfant devenu adulte sait sa mère de naissance en vie, doit être prise au sérieux. Dans le cas de la requérante, la Cour souligne que la recherche de ses origines apparaît comme un élément fondamental de sa construction identitaire, qui s'accompagne de souffrances morales et psychiques (*Godelli*, précité, § 69, *Jäggi c. Suisse*, n° 58757/00, § 40, CEDH 2006X).

73. La Cour reconnaît que la possibilité pour la mère recherchée d'exprimer sa volonté que la communication de son identité ne soit pas divulguée après son décès, ce qu'elle a fait en l'espèce, pose une question particulière au regard de la conciliation des droits et intérêts car son choix de l'anonymat dans cette situation pourrait peser d'un poids différent dans la balance. Cela étant, elle ne considère pas que ce point doit faire l'objet d'un examen séparé de celui, exposé plus bas, du mécanisme de réversibilité du secret mis en place par la France: il n'a pas été spécifiquement invoqué devant les juridictions internes saisies, et, par ailleurs, si la situation se présentait, la requérante disposerait de la possibilité de porter une nouvelle demande devant le CNAOP et de contester sa décision devant les juridictions internes. En conséquence, et conformément au principe de subsidiarité, il n'appartient pas à la Cour de se prononcer sur la question de savoir si la situation de la requérante doit changer après le décès de sa mère biologique.

74. En ce qui concerne ce mécanisme, et en deuxième lieu, la Cour relève que si son objectif est de faciliter l'accès aux origines des enfants nés sous X, il opte pour un aménagement de cet accès qui aboutit, en cas de refus de la mère de révéler son identité, à priver l'enfant, devenu adulte, du droit de connaître cette dernière. La requérante allègue que ce système n'assure aucun équilibre entre les droits et intérêts en présence puisque son droit à connaître ses origines est entièrement paralysé par cette décision. Il est vrai que dans cette situation, son droit est totalement inconciliable avec les droits et intérêts de sa mère biologique: le refus de cette dernière, en toutes circonstances, fait obstacle à l'accès à son identité qui dépend exclusivement de sa décision.

75. La requérante soutient que la décision du CNAOP de lui opposer ce refus est de nature à créer une rupture de l'équilibre entre les deux droits et intérêts en présence; elle considère que la Cour a adopté une position dans ce sens dans l'arrêt *Godelli*. La Cour ne souscrit pas à un tel argument car il s'écarte de sa propre appréciation sur la question de savoir où se situe le point d'équilibre entre les droits et intérêts en jeu dans les affaires d'accouchement sous X.

76. Dans l'arrêt *Odièvre*, la Cour rappelle avoir jugé l'équilibre ménagé par les autorités internes juste et raisonnable aux motifs que la requérante pouvait s'adresser au CNAOP à peine créée pour tenter d'obtenir la réversibilité du secret et qu'elle avait pu avoir accès à des données non identifiantes sur sa mère biologique et sur sa famille. Dans l'arrêt *Godelli*, elle a considéré que tel n'était pas le cas dans la mesure où le droit italien n'offrait pas à la requérante de recours à une telle fin ni ne lui avait donné la possibilité d'obtenir des informations non identifiantes sur son histoire. Ainsi donc, dans ces deux arrêts, la Cour n'a pas mis en cause la possibilité pour les États concernés de maintenir la faculté pour les femmes d'accoucher dans l'anonymat mais jugé nécessaire qu'ils organisent, en présence d'un tel système d'anonymat, une procédure permettant de solliciter la réversibilité du secret de l'identité de la mère, sous réserve de l'accord de celle-ci, et de demander des informations non identifiantes sur ses origines (*Odièvre*, précité, § 49, *Godelli*, précité, §§ 70 et 71).

77. Il en résulte, en troisième lieu, et enfin, que la Cour ne voit pas de raison de remettre en question le

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

point d'équilibre entre les droits trouvé par les autorités internes en l'espèce. S'il est regrettable que l'accès aux origines ait pesé dans la balance en tant que «souhait légitime» et non comme un droit subjectif, à l'instar du droit d'accoucher sous X, la Cour n'entend pas tirer de conclusions de fond à partir de ce constat pour les raisons suivantes.

78. La Cour relève, d'une part, que le CNAOP a recueilli un certain nombre d'informations non identifiantes qu'il a transmises à la requérante (paragraphes 6, 8 et 10 ci-dessus) et qui lui ont permis de comprendre les circonstances de sa naissance. Il a par ailleurs effectué des démarches auprès de sa mère biologique qui a été informée du dispositif d'accès aux origines personnelles et de la possibilité de toujours revenir sur sa décision en reprenant contact avec lui. La Cour souligne que la gravité de l'ingérence portée dans la vie privée de la requérante du fait du refus de sa mère biologique ne doit pas occulter l'importance de la mission du CNAOP; d'un point de vue de l'économie générale du mécanisme de réversibilité, les rapports d'activité de ce Conseil montrent clairement les avancées concrètes qu'il a permis d'obtenir en faveur des personnes nées sous X (paragraphes 33 à 36 ci-dessus).

79. La Cour constate, d'autre part, que la requérante a ensuite bénéficié d'une procédure juridictionnelle devant les juridictions internes au cours de laquelle elle a pu faire valoir ses arguments de manière contradictoire. Le Conseil d'État a admis la compatibilité des règles d'accès à l'identité de la mère biologique, fixées par le code de l'action sociale et des familles, avec l'article 8 de la Convention, puis relevé que la requérante avait pu obtenir des informations non identifiantes sur son histoire personnelle, avant de conclure que le refus contesté ne portait pas une atteinte excessive à son droit au respect de sa vie privée.

80. La Cour constate qu'en se référant au choix du législateur de ne pas autoriser une levée inconditionnelle du secret de l'identité, et en jugeant que les règles d'accès aux informations non identifiantes avaient permis de remplir la requérante du droit qu'elle tire de l'article 8 de la Convention, le Conseil d'État a justifié sa décision par la finalité poursuivie par la réforme législative de 2002, inchangée depuis lors (paragraphes 25, 38 et 64 cidessus), si ce n'est en faveur des personnes nées sous X (paragraphe 23 cidessus), à savoir la réalisation d'un compromis entre les droits et intérêts en jeu par le biais d'une procédure de conciliation visant à faciliter l'accès aux origines sans pour autant renier l'expression de la volonté et du consentement de la mère (*Odièvre*, §§ 16 et 17; voir, également, le système de conciliation des droits opéré par les autorités italiennes à la suite du prononcé de l'arrêt *Godelli*, précité, paragraphe 41 ci-dessus).

81. La Cour ne sous-estime pas l'impact que le refus litigieux doit avoir eu sur la vie privée de la requérante. Toutefois, compte tenu de ce qu'elle a dit aux paragraphes 64 et 76 ci-dessus, elle considère, que dans les circonstances de l'espèce, il n'y a pas lieu de se départir de la solution retenue par le juge interne.

iii. Conclusion

82. De l'ensemble des considérations qui précèdent, la Cour conclut que l'État n'a pas outrepassé sa marge d'appréciation et que le juste équilibre entre le droit de la requérante de connaître ses origines et les droits et intérêts de sa mère biologique à maintenir son anonymat n'a pas été rompu.

83. Dès lors, il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention.

(*Omissis*).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

«(Ri)Provaci ancora, Sam». La Consulta torna sul Jobs Act (e stavolta è il turno dei licenziamenti collettivi)

di Simone Caponetti*

Sommario: 1. Il caso: Corte cost., 24.1.2024, n. 7. – 2. Il precedente e le decisioni della Corte di giustizia e della Consulta. – 3. Le norme (e le questioni sottese) portate al vaglio del giudizio di costituzionalità. – 4. La decisione della Consulta. – 4.1. Sul profilo ''interno'' dell'eccesso di delega. – 4.2. Sul profilo ''sovranazionale'' dell'eccesso di delega. – 4.3. Sul profilo riguardante il principio di eguaglianza. – 4.4. Sul profilo dell'inadeguatezza della tutela indennitaria.

1. Il caso: Corte cost. 24.1.2024, n. 7.

La Consulta, con la sentenza in commento, torna a verificare la rispondenza costituzionale del d. legis. 4.3.2015, n. 23. In quest'occasione, le norme oggetto di verifica sollevate dalla Corte di Appello di Napoli con l'ordinanza del 16.4.2023, sono quelle riferite ai licenziamenti collettivi, ossia gli artt. 3, comma 1º, e 10 del c.d. Jobs Act, riguardanti le conseguenze della violazione dei criteri di scelta dei lavoratori in esubero.

In sostanza, il problema riguardava la modifica legislativa del 2015 che ha sostituito la tutela reintegratoria con una compensazione economica per i lavoratori licenziati ingiustamente, assunti dopo il 2015. La Corte partenopea ha contestato questa modifica, chiedendo, in buona sostanza, al Giudice delle leggi la reintroduzione della tutela reintegratoria per la generalità dei lavoratori.

Avendo di mira questo obiettivo unitario, la Corte lamenta l'eliminazione della reintegrazione secondo tre macro-profili, vale a dire: i) perché prevista dal legislatore delegato senza che essa sia legge di delega, sotto un profilo "interno" e uno "sovranazionale"; ii) perché determina una disciplina ingiustificatamente e irragionevolmente differenziata in riferimento allo stesso licenziamento collettivo, tra lavoratori "giovani" (cioè assunti dopo il 7.3.2015) e quelli "anziani" (assunti prima della suddetta data), i quali conservano, invece, la reintegra nel posto di lavoro nel caso di illegittimità del licenziamento per violazione dei criteri di scelta; iii) perché il solo indennizzo, senza reintegra, non costituisce di per sé una sanzione adeguata e sufficientemente dissuasiva dei licenziamenti legittimi.

La Consulta ha dichiarato la legittimità costituzionale delle disposizioni oggetto di vaglio.

2. Il precedente e le decisioni della Corte di giustizia e della Consulta.

La Corte d'Appello di Napoli già in precedenza, con ordinanza del 18.9.2019, aveva dubitato della correttezza dell'impianto legislativo previsto dal Jobs Act, per la medesima questione [1].

La Corte partenopea – adita da una lavoratrice, la quale lamentava che il licenziamento dovesse ritenersi illegittimo per violazione dei criteri di scelta, e comunque per violazione della procedura – sospendeva il procedimento, sollevando, contemporaneamente, rinvio pregiudiziale innanzi alla Corte di giustizia e questione di legittimità costituzionale [2]. Nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale la Corte d'appello rilevava che – ove fosse stata riconosciuta l'illegittimità del licenziamento per violazione dei criteri di scelta – la lavoratrice non avrebbe potuto ottenere l'invocata reintegrazione, in ragione del duplice binario di tutele introdotto dal d. legis. n. 23 del 2015 [3]. Come noto, alla lavo-

* **Contributo pubblicato in base a *referee*.**

[1] Il testo è consultabile in *Arg. dir. lav.*, 2020, 411, con nota di D'Ascola, *Licenziamento collettivo e tutele crescenti: sulla doppia pregiudizialità e le ordinanze gemelle* ed in *Lav. dir. Eur.*, 2020, 1, con nota di Rosselli. In argomento si veda anche, Trib. Milano, 5.8.2019, in *Labor*, 2021, 91.

[2] Sull'inedita scelta della Corte d'Appello di Napoli di sollevare contemporaneamente un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia ed una questione di legittimità costituzionale, si veda Carbone, *Dalla doppia pregiudizialità al parametro di costituzionalità: il nuovo ruolo della giustizia costituzionale accentrata nel contesto dell'integrazione europea*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo – Diritto costituzionale in trasformazione*, III, *Nuovi scenari per la giustizia costituzionale nazionale e sovranazionale*, Consulta OnLine, 2020, 343; Tega, *Il superamento del ''modello Granital''. Le questioni in materia di diritti fondamentali tra incidente di costituzionalità e rinvio pregiudiziale*, *ivi*, 389; Mastroianni, *Sui rapporti tra Carte e Corti: nuovi sviluppi nella ricerca di un sistema rapido ed efficace di tutela dei diritti fondamentali*, in European Papers (www.europeanpapers.eu), 19.6.2020, 1; Cosentino, *Doppia pregiudizialità, ordine delle questioni, disordine delle idee*, in https://www.questionegiustizia. it/cat/giurisprudenzaedocumenti.

[3] Su tali tematiche si vedano Caruso, *Il contratto a tutele crescenti*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ratrice sarebbe spettata unicamente una tutela indennitaria soggetta ad un *plafond* massimo e potenzialmente limitata nel minimo (al tempo) a quattro mensilità (poiché non trovavano temporalmente applicazione le modifiche del c.d. Decreto dignità), liquidata, pur dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 194 del 2018, tenendo conto prevalentemente del criterio dell'anzianità lavorativa e parametrata alla retribuzione utile per il calcolo del t.f.r. Il Giudice d'appello dubitava, dunque, della compatibilità di siffatta tutela con le norme comunitarie, ed in particolare con i principi di cui al considerando 2 della direttiva 98/59/CE[4], nonché con gli articoli 20, 21, 30, 34, 47 della Carta dir. UE. Ciò in quanto, «nella misura in cui i licenziamenti collettivi sono disciplinati dalla direttiva 98/59, il legislatore nazionale, nell'attuare la direttiva, deve rispettare anche i diritti fondamentali sanciti dalla Carta».

La Corte partenopea, nelle quattro questioni pregiudiziali sollevate, chiedeva alla Corte di Giustizia se l'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea dovesse essere interpretato nel senso di imporre il riconoscimento, in caso di licenziamenti collettivi illegittimi, intimati in violazione di normative attuative della direttiva 98/59/CE, di una tutela connotata da effettività, efficacia, adeguatezza e deterrenza. Si interrogava altresì circa la compatibilità di tali parametri rispetto alla disciplina nazionale di cui all'art. 10, d.legis. n. 23 del 2015. Ciò, in particolare, in quanto l'art. 30 Carta dir. UE andrebbe letto alla luce dell'art. 24 della Carta Sociale Europea, come interpretato dal Comitato europeo dei diritti sociali[5] e dunque imporrebbe una «tutela satisfattiva piena o, quantomeno, tendenzialmente tale, delle conseguenze economiche derivate dalla perdita del contratto di lavoro»[6]. Ancora, a detta del Giudice partenopeo, una normativa nazionale attuativa della direttiva 98/59/CE che preveda un indennizzo «determinato in via prioritaria sul parametro dell'anzianità lavorativa differenziando, quindi, sulla base della data di assunzione, la sanzione in modo da generare una diversità di livelli di tutela basati sull'anzianità lavorativa e non sulle conseguenze effettive subite» non sarebbe coerente con i principi di cui agli artt. 20 Carta dir. UE (uguaglianza), 21 Carta dir. UE (non discriminazione) in particolare in base all'età, 34 Carta dir. UE (diritto di accesso alle prestazioni di sicurezza sociale e ai servizi sociali), 47 Carta dir. UE (diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale).

La Corte di Giustizia, con la sentenza del 4.6.2020, causa C-32/20[7], si è dichiarata manifestamente incompetente a rispondere alle questioni sollevate[8]. In particolare, afferma la Corte, le modalità della tutela da riconoscere ad un lavoratore che sia stato oggetto di un licenziamento collettivo ingiustificato, derivante da una violazione dei criteri di scelta, sono manifestamente prive di relazione con gli obblighi di notifica e di consultazione derivanti dalla direttiva 98/59. Né tali modalità né detti criteri di scelta rientrano nell'ambito di applicazione di quest'ultima; conseguentemente essi rimangono di competenza degli Stati membri.

Non molto dopo, anche la Consulta ha dichiarato inammissibili le questioni di costituzionalità sollevate con coeva ordinanza della medesima Corte d'Appello di Napoli[9], condividendo quando sancito dalla Corte di giustizia[10]. In effetti, a questa si ricollega quando rileva, preliminarmente, come la questione sollevata dalla Corte rimettente non rientri nell'ambito di applicazione del diritto comunitario. Invero, la violazione dei criteri di scelta dei lavoratori da licenziare, così come le modalità adottate dal datore nel dar seguito ai recessi, sono materie che non si collegano agli obblighi di consultazione previsti, per le procedure collettive, dalla Direttiva 98/59 CE e che restano, in quanto tali, affidate alla competenza degli Stati membri.

In punto di rilevanza, entrando nel merito della questione, il Giudice delle leggi evidenzia che l'ordinanza di rimessione difetta di un elemento essenziale: la fattispecie concreta e l'allegazione di elementi idonei a corroborare l'accoglimento dell'impugnazione in virtù di una violazione dei criteri di scelta, già esclusa dal giudice di prime cure.

Per la sentenza, infatti, l'applicazione della disciplina sanzionatoria – tacciata di incostituzionalità – richiede

---

nella tenaglia della doppia pregiudizialità (tra illegittimità a formazione progressiva ed esigenza di razionalizzazione legislativa, in *Dir. lav. merc.*, 2019, 1, 3; De Luca, *I licenziamenti collettivi nel diritto dell'Unione europea e l'ordinamento italiano: da una remota sentenza storica della Corte di giustizia di condanna dell'Italia alla doppia pregiudizialità per il nostro regime sanzionatorio nazionale (note minime)*, in *Labor*, 2020, 3, 267; Ferrante, *Licenziamento collettivo e lavoro a termine "stabilizzato": il Jobs Act viene rinviato alla Corte di giustizia europea*, in *Dir. rel. ind.*, 2019, 1209.

[4] Su cui si veda Sitzia, *I licenziamenti collettivi dopo la riforma 2012 alla luce della direttiva n.98/59/CE*, KorEuropa – Rivista on line del Centro di Documentazione Europea dell'UKE, in https://www.unikore.it/media/k2/attachments/2._Sitzia_Andrea.pdf.

[5] Comitato Europeo dei Diritti Sociali, reclamo 31.1.2017, Finnish Society Social Rights c. Finland, C-106/14. Sul punto, v. da ultimo la decisione del Comitato europeo dei diritti sociali, pubblicata l'11.2.2020, sul reclamo collettivo n. 158/2017 proposto dalla Confederazione generale italiana del lavoro (CGIL) contro l'Italia.

[6] Critica tale impostazione de Mozzi, *Jobs Act: la disciplina sanzionatoria in tema di violazione dei criteri di scelta al vaglio del giudice europeo e della Consulta*, in *Labor*, 2020, 100.

[7] In *Redazione Giuffrè*, 2021.

[8] Per cui si rinvia a Orlandini, *Niente da dire sul Jobs Act. La Corte di giustizia è incompetente ad esprimersi sul regime dei licenziamenti collettivi*, in www.unitasindacale.it/wp-content/uploads/2020/09/Numero-5-_-2020.pdf.

[9] Il riferimento è a Corte Cost., 26.11.2020, n. 254, in *Giur. cost.*, 2020, 6, 3008.

[10] In questi termini, Speziale, *La sentenza della Corte costituzionale n. 254 del 2020 sui licenziamenti collettivi: una forma di «leale e costruttiva collaborazione» con la Corte di giustizia europea?*, in *Lav. dir. Europa*, 2021, 1.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

forzatamente la preventiva individuazione dei vizi del licenziamento collettivo. A fronte di queste lacune nella descrizione della fattispecie concreta, che impediscono di valutare la rilevanza delle questioni sollevate, la Corte costituzionale ha dichiarato l'inammissibilità delle stesse.

Forse è proprio per colmarne simili mancanze che si è riproposto il giudizio di costituzionalità.

3. Le norme (e le questioni sottese) portate al vaglio del giudizio di costituzionalità.

Non vi è dubbio che la tenuta di una lettura sistematica della disciplina del licenziamento collettivo *ex lege* n. 223 del 1991, fatta propria da dottrina e giurisprudenza prevalenti[11], fosse stata già incrinata con la legge n. 92 del 2012 (c.d. Riforma Fornero)[12]. Questa "crepa" si è manifestata al suo massimo proprio con le norme portate ora al vaglio del Giudice delle leggi. Tali norme, pensate dal legislatore per completare la disciplina del contratto di lavoro a tutele crescenti stabiliscono che – in caso di licenziamento collettivo ai sensi degli artt. 4 e 24, legge n. 223 del 1991, intimato senza l'osservanza della forma scritta – venga applicato il regime sanzionatorio previsto dall'art. 2 dello stesso decreto, ovvero la tutela reintegratoria piena, corrispondente a quella prevista dal primo comma dell'art. 18 St. lav. In caso di violazione delle regole procedurali di cui all'art. 4, o nell'inosservanza dei criteri di scelta di cui all'art. 5, legge n. 223 del 1991, invece, l'art. 10, d. legis. n. 23 del 2015 espunge la reintegrazione nel posto di lavoro dal novero dei rimedi consentiti ai lavoratori assunti con il contratto a tutele crescenti, prevedendo che in queste circostanze si applichi sempre e soltanto il regime introdotto dall'art. 3, comma 1, del medesimo decreto delegato, ovvero l'indennizzo[13].

Pertanto, in base alla disciplina in vigore dopo il Jobs Act, ogni caso di licenziamento collettivo illegittimo, in ragione di vizi procedurali o nel caso di vizi circa la scelta dei lavoratori cui comminare il licenziamento, il giudice dichiara estinto il rapporto a tutele (o meglio a indennizzi) crescenti alla data del recesso con la condanna del datore di lavoro al pagamento di una indennità, non assoggettata a contribuzione previdenziale, con la previsione di un limite minimo ed un limite massimo di risarcimento[14]. Il d. legis. n. 23 del 2015 ha – certamente sul punto qui in esame – almeno il pregio della chiarezza, per cui sembra davvero inutile svolgere considerazioni di natura esegetica su disposizioni che appaiono così precise e nette anche nelle trasparenti motivazioni di politica del diritto[15], come in effetti la stessa Consulta ha avuto modo di riferire nella sentenza oggetto di commento (punti 4.1 e 4.2 del testo).

Di conseguenza, l'eliminazione della tutela reintegratoria nel posto di lavoro — la quale, invece, permane ancora per i lavoratori assunti prima di tale data, ove destinatari dello stesso licenziamento collettivo illegittimo — e la limitazione delle conseguenze del recesso datoriale alla sola compensazione monetaria costituiscono il tratto comune delle censure mosse dalla Corte d'Appello partenopea, dirette tutte a reintrodurre la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato anche nella fattispecie oggetto del giudizio principale[16].

4. La decisione della Consulta.

La sentenza della Consulta merita un certo apprezzamento con riferimento all'importante e didascalica ricostruzione dell'evoluzione di questa complessa materia del diritto del lavoro. La pronuncia snocciola in maniera schematica e lineare le modifiche generali riguardanti la tematica dei licenziamenti collettivi nel doppio regime di applicazione, fornendo un valido appoggio a quella letteratura che ha sempre caldeggiato un trattamento unitario dei licenziamenti, siano essi individuali o collettivi[17]. L'opera di *reductio ad unum* non è tra le più facili se si considera che una decina di anni fa il sistema dei licenziamenti non era certo uniforme. Molte erano le segmentazioni sedimentate e

---

[11] Su cui Raffi, *Verso una rilettura della normativa in materia di licenziamenti collettivi (Cass., 6/5/2021, n.12040)*, in *Riv. giur. lav.*, 2021, 462; Sartori, *Prospettive sistematiche per i licenziamenti collettivi dopo la legge n. 92/2012*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, 467 e Natullo, *Tutele collettive versus tutele individuali nella riforma dei licenziamenti collettivi (legge n. 92/2012)*, in *Dir. rel. ind.*, 2014, 933.

[12] Su cui anche Sitzia, *Licenziamenti collettivi*, in *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, a cura di Cester, Cedam, 2013, 315.

[13] In verità, la dottrina si era già posta tempo addietro il problema della compatibilità costituzionale delle norme in parola. Così, Magnani, *Correzioni e persistenti aporie del regime sanzionatorio dei licenziamenti: il cd. Contratto a tutele crescenti*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT – 256/2015 e Pellacani, *Il licenziamento collettivo*, in *Commentario breve alla riforma del "Jobs Act"*, a cura di Zilio Grandi e Biasi, Cedam, 2016, 227.

[14] È stata posta la questione se, in caso di violazioni procedurali da parte del datore di lavoro che integrino gli estremi della condotta antisindacale, vi sia ancora oggi la possibilità di rimuoverne gli effetti ai sensi dell'art. 28 St. lav. anche disponendo la reintegrazione dei lavoratori illegittimamente licenziati (per una discussione di tale profilo cfr. Marazza, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 301. In senso affermativo, Verde, *Il reintegro nei licenziamenti collettivi dopo il Jobs Act*, in fiba.it, 2015.

[15] D'altra parte, tutto l'impianto del Jobs Act sembra orientato ad un depotenziamento dei cosiddetti corpi intermedi in generale e delle organizzazioni sindacali in particolare (quello che i sociologi chiamano «disintermediazione sociale»). Cfr. sul punto Romeo, *Il dilemma delle tutele nel nuovo diritto del lavoro: i campi esclusi dalla riforma del Jobs Act*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 285.

[16] L'ordinanza può esser letta in *Dir. rel. ind.*, 2023, 808, con nota di Ferrante.

[17] Zoppoli, *Le prospettive di revisione e unificazione del sistema dei licenziamenti collettivi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2022, 333, il quale evidenzia quanto sia difficile prospettare una vera e propria unificazione del frastagliato quadro legale dei licenziamenti tout court considerati.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

poco giustificabili quanto alle motivazioni o al campo di applicazione (per piccole imprese individuate con criteri opinabili, cooperative, lavoro pubblico, organizzazioni di tendenza, dirigenza, lavoro domestico, lavoro sportivo, etc.)[18]. Ciò nonostante, il sistema era assai più "unificato" di oggi. La riforma del 2012 ha programmaticamente scelto di aggiungere elementi di differenziazione[19], sia in ordine alle tipologie di licenziamento sia in ordine alle tecniche sanzionatorie; quella del 2015 ne ha aggiunte altre, segnatamente legate alla cronologia delle assunzioni[20], così ingenerando nel sistema una conseguente confusione. Qualche salutare semplificazione è venuta dalla giurisprudenza più recente, soprattutto costituzionale, ma non sempre in chiave di solida costruzione sistematica (che difficilmente può essere frutto di interventi giudiziali, seppure peculiari come quelli della Consulta[21]).

Come ha opportunamente sintetizzato la sentenza in commento, il risultato più visibile di questi anni di modifiche della disciplina dei licenziamenti è che ora non si ha più un sistema normativo, ma singoli blocchi su licenziamento/recesso, rintracciabili su una "mappa" di un viaggio molto accidentato da poter ricostruire soltanto a valle[22]. E in questa mappa si stagliano la moltiplicazione dei meccanismi sanzionatori e la loro parziale persistente imprevedibilità, a cominciare da tre distinti meccanismi reintegratori (lavoro privato *tout court*; lavoro privato *post* 7.3.2015; lavoro pubblico). Il primo di questi blocchi è destinato ad una "lunga agonia", posto che sono ancora tanti le lavoratrici e i lavoratori del settore privato le cui *chances* di conservazione del posto di lavoro restano in grembo alla riforma Fornero.

Alla luce di ciò, parlare di unificazione oggidì sembra riferirsi ad un utopico «*wishful thinking*»[23], desumibile anche dal testo della sentenza, allorquando richiama i vecchi "regimi" della stabilità reale e della stabilità obbligatoria. Tuttavia, non si può negare che con questa sentenza si evincono dei profili di politica liberale che potrebbero ricondurre il diritto del lavoro, o almeno questa parte del diritto del lavoro, verso la sua genesi originaria, ovvero verso l'alveo del diritto civile, dove le parti del contratto giocano in posizione sostanzialmente e formalmente paritaria, come due giocatori dotati dello stesso *plafond* di partenza, nell'affrontare la partita del rapporto di lavoro subordinato[24].

4.1. Sul profilo "interno" dell'eccesso di delega.

Venendo al dettaglio della pronuncia, il primo profilo è certamente quello riguardante l'eccesso di delega, che la Corte rimettente scinde in due momenti: uno "interno" e uno "sovranazionale".

Quanto al profilo "interno", il criterio di delega stabilito dall'art. 1, comma 7º, lett. c), legge n. 183 del 2014 riguarda la previsione per le nuove assunzioni del contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti in base all'anzianità di servizio. Questo esclude la possibilità di reintegra nel posto di lavoro per i licenziamenti economici, l'istituzione di un indennizzo economico crescente con l'anzianità di servizio e la limitazione del diritto alla reintegrazione solo per licenziamenti nulli e discriminatori o specifici casi di licenziamento disciplinare ingiustificato, insieme alla definizione di termini certi per impugnare il licenziamento.

Le critiche mosse dalla Corte rimettente, che principalmente denunciano un eccesso di delega da parte del legislatore delegato, richiedono un'interpretazione dell'espressione "licenziamenti economici", la quale presenta un'ambiguità intrinseca e «non è di uso comune nel lessico giuridico».

In effetti, la disciplina italiana dei licenziamenti individuali e collettivi non fa uso del sintagma "licenziamenti economici". Questi due tipi di licenziamento sono stati tradizionalmente distinti per definizione delle fattispecie e per la normativa applicabile: da un lato il licenziamento individuale richiede una valutazione della sua "giustificatezza" da parte del giudice, considerando sia il motivo soggettivo (ad esempio, la colpa del lavoratore) che quello oggettivo (per ragioni legate all'attività produttiva); dall'altro lato, invece, il licenziamento collettivo non richiede una valutazione di "giustificatezza", ma piuttosto indicatori formali quali la procedura di confronto sindacale[25].

---

[18] Su cui si vedano nel dettaglio gli scritti di Santoni, *Il campo di applicazione della disciplina dei licenziamenti nel d.lgs., 4 marzo 2015*, n. 23, in *Mass. Giur. lav.*, 2015, 6, 378 e Boscati, *Il campo di applicazione del d.lgs. 23/2015 e il nodo del pubblico impiego*, in *Commentario breve alla riforma Jobs Act*, a cura di Zilio Grandi e Biasi, Cedam, 2016, 119.

[19] Su cui Cester, *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Cedam, 2012.

[20] Cfr. Cester, *I licenziamenti nel Jobs Act*, in Biblioteca '20 Maggio' – 2/2015.

[21] Cfr. Vallebona, *Tutele crescenti: de profundis*, in *Mass. Giur. lav.*, 2018, 1, 251 e Cester, *Il jobs act sotto la scure della Corte costituzionale: tutto da rifare?*, in *Lav. nella giur.*, 2019, 2, 163.

[22] Già teorizzati in dottrina da Zoppoli, *Le prospettive di revisione e unificazione del sistema dei licenziamenti collettivi*, cit., 336.

[23] Zoppoli, *Le prospettive di revisione e unificazione del sistema dei licenziamenti collettivi*, cit., 337.

[24] In questi termini anche Limena, *I licenziamenti economici nella recente lettura della Corte costituzionale: un'arma a doppio taglio*, in *Lav. nella giur.*, 2024, 276.

[25] Cfr. D'Antona, «*Riduzione di personale*» *e licenziamenti: la rivoluzione copernicana della l. n. 223/1991*, in *Foro it.*, 1993, I, col. 2031; Minervini, *I controlli nei licenziamenti economici dopo la riforma Fornero*, in *Lav. nella giur.*, 2014, 750; Salimbeni, *La procedura ed i criteri di scelta nei licenziamenti collettivi*, in *I licenziamenti individuali e collettivi nella giurisprudenza della cassazione*, a cura di De Luca Tamajo e Bianchi D'Urso, Giuffrè, 2006, 3. In giurisprudenza, Cass. civ., 23.5.2008, n. 13381, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, II, 915, con nota di Salimbeni; Cass. civ., 11.1.2008, n. 528, in *Giust. civ.*, 2008, 1429; Cass. civ., 9.9.2003, n. 13182, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, II, 847, con nota di Vincieri. Si vedano anche l'art. 30, comma 1º, l. n. 183/2010, secondo cui il controllo giudiziale sulle scelte datoriali «è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento,

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Ripercorrendo l'*iter* di formazione della legge di delega, inizialmente essa non riguardava i licenziamenti collettivi. Durante la discussione alla Camera è emerso un emendamento che introduceva il termine "licenziamenti economici" riferendosi solo ai licenziamenti individuali per motivi economici. Tuttavia, al Senato, il termine è stato interpretato come includente anche i licenziamenti collettivi. Questa è la ragione per cui la Consulta, lessicalmente parlando, include nei "licenziamenti economici" anche i licenziamenti collettivi per riduzione di personale.

Dal punto di vista logico-sistematico, invece, la norma contestata risulta coerente con la finalità della legge delega che, come ricorda la Corte, aveva lo scopo di incentivare le nuove assunzioni e superare il precariato, completando la disciplina sia dei licenziamenti individuali sia di quelli collettivi. Inoltre, secondo il ragionamento della Corte, il legislatore delegato ha ritenuto incoerente mantenere una tutela reintegratoria solo per i licenziamenti collettivi illegittimi per violazione dei criteri di scelta, escludendola per i licenziamenti individuali per giustificato motivo oggettivo. Di talché, la norma contestata risulta conforme alla legge delega e, soprattutto, alla sua finalità.

4.2. Sul profilo "sovranazionale" dell'eccesso di delega.

Quanto al profilo sovranazionale, secondo la Corte rimettente, la potestà normativa delegata non sarebbe stata esercitata in piena coerenza con le convenzioni internazionali, come peraltro formulato dall'art. 1, comma 7, legge n. 183 del 2014, ed in particolare sarebbe stato violato l'art. 24 della Carta sociale europea (CSE), laddove il legislatore italiano ha previsto, come sanzione, un indennizzo forfettizzato *ex ante* rispetto ad un *plafond* rigido, ovverosia un risarcimento non in grado di consentire una personalizzazione del danno subito a causa della perdita del posto di lavoro [26]. La questione si fonda sulla decisione del Comitato europeo dei diritti sociali dell'11.9.2019 che accoglieva il reclamo collettivo proposto dalla CGIL n. 158 del 2017, e rilevava la violazione dell'art. 24 CSE da parte del d. legis. n. 23 del 2015 a causa della previsione di un tetto all'indennizzo spettante al lavoratore in caso di licenziamento illegittimo; faceva poi seguito la risoluzione del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa dell'11.3.2020, nel quale l'Italia era invitata a riferire sulle eventuali misure adottate per rendere la misura in esame conforme alla Carta.

La Consulta, facendo riferimento alla costante giurisprudenza costituzionale, a partire dalle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 [27], ha ritenuto che – in ragione della prescrizione dell'art. 117, comma 1º, Cost., che lega la potestà legislativa dello Stato e delle Regioni al rispetto dei «vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali» – siano deducibili, come parametri interposti, in particolare, le disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU). Analoga affermazione è stata fatta anche più di recente [28] con riferimento alla CSE, che, quale strumento convenzionale inserito nel sistema del Consiglio d'Europa, si connota per la tutela che riconosce ai diritti fondamentali di natura sociale e, per questo suo contenuto, si affianca alla CEDU sì da essere definita, anche dalla stessa giurisprudenza costituzionale, suo «naturale completamento sul piano sociale» (sentenza n. 120 del 2018) [29]. Essa, infatti, amplia il perimetro di tutela dei diritti fondamentali oltre il tradizionale catalogo dei diritti civili e politici riconosciuti dalla CEDU, con apertura ai diritti sociali. La complementarità dei due Trattati certamente imprime un carattere unitario alla tutela dei diritti fondamentali in essi prevista.

Tuttavia, la Consulta non ha potuto non rilevare che, seppur le decisioni del Comitato europeo dei diritti sociali abbiano una certa autorevolezza nel panorama comunitario e non solo, fanno capo ad un organo ausiliario, privo di natura giurisdizionale, e dunque non sono vincolanti per i giudici nazionali. Anzi, a ben dirla, proprio su questo punto la decisione in commento va oltre, sottolineando l'impossibilità di dar seguito al disposto del Comitato «tanto più se come nel caso in questione l'interpretazione estensiva proposta non trova conferma nei nostri princìpi costituzionali» [30].

4.3. Sul profilo riguardante il principio di eguaglianza.

La questione di una violazione costituzionale del principio di eguaglianza con riferimento a due tratta-

all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro o al committente», e l'art. 1, comma 43º, l. n. 92/2012, secondo cui «l'inosservanza delle disposizioni di cui al precedente periodo, in materia di limiti al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro, costituisce motivo di impugnazione per violazione di norme di diritto».

[26] *Amplius*, Corti, *Flessibilità e sicurezza dopo il Jobs Act. La flexicurity italiana nell'ordinamento multilivello*, Giappichelli, 2018, 199.

[27] Edite rispettivamente in *Giornale dir. amm.*, 2008, 1, 25, nota di Randazzo e in *Giur. it.*, 2008, 3, 565, nota di Calvano.

[28] Il riferimento è alle sentenze Corte cost., 13.6.2018, n. 120, in *Guida al dir.*, 2018, 28, 23 e Corte cost., 8.11.2018, n. 194, in *Giur. cost.*, 2018, 6, 2329.

[29] Sul punto si vedano gli approfondimenti di Orlandini, *Le fonti di diritto internazionale nella sentenza n. 194/2018*, in *La sentenza della Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti: quali orizzonti?*, in *I seminari della Consulta giuridica della CIGL*, a cura di Andreoni e Fassina, 2019, 2, 103 e Delfino, *La Corte costituzionale e il contratto a tutele crescenti nella prospettiva degli ordinamenti sovranazionali*, in *Giustiziacivile.com*, 30.5.2019. Più in generale, Saracini, *La tutela indennitaria nel contratto di lavoro a tutele crescenti al cospetto dell'ordinamento dell'Unione Europea*, in *Variaz. temi dir. lav.*, 2016, 549.

[30] Corte cost., n. 120/2018, cit.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

menti differenziati a fronte di uno stesso evento verificatosi in tempi diversi, era stata già oggetto di chiarimento da parte del Giudice delle leggi, con riferimento, peraltro, proprio al Jobs Act.

Secondo un ragionamento espresso già nella nota sentenza n. 194 del 2018, la Consulta aveva già chiarito che «un trattamento differenziato applicato alla stessa fattispecie, in momenti diversi nel tempo, può trovare la propria legittimità in diverse situazioni giuridiche, atteso che, nei limiti della coerenza di sistema e della proporzionalità perseguita, è possibile applicare un regime sanzionatorio diverso, ove tale diversificazione soddisfi un criterio di razionalità che, comunque, si rinviene nella norma oggetto di esame» [31]. Pur se è vero che questo inciso si riferiva ai licenziamenti individuali, non sembra attaccabile se esteso ai licenziamenti collettivi non tanto per quell'ambita unificazione di cui s'è detto in precedenza, quanto piuttosto se lo si riferisce alla direttiva comunitaria concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di licenziamenti collettivi.

In effetti, il ragionamento effettuato dalla Corte costituzionale trova un valido fondamento proprio con riferimento alla Direttiva 98/59/CE, la quale impone che i rimedi, pur rimessi alla discrezionalità degli Stati membri [32], rispettino due limiti specifici. In primo luogo, il rimedio prescelto deve presentare «carattere di effettività, di proporzionalità e di capacità dissuasiva» (c.d. principio di "effettività"). Inoltre in caso di violazioni della direttiva, queste devono essere «sanzionate, sotto il profilo sostanziale e procedurale, in termini analoghi a quelli previsti per le violazioni del diritto interno simili per natura e importanza» (c.d. principio di "equivalenza") [33].Ora, nessun dubbio che tali limiti siano rispettati dai rimedi che prevedono la reintegrazione nel posto di lavoro; ma altresì non possono porsi dubbi neanche quando la scelta di uno Stato membro ricada su rimedi solo indennitari, (anche quando essi prevedano dei tetti massimi) [34] poiché, val la pena ribadirlo, ciò non crea problemi nella prospettiva comunitaria acché la somma in questione ristori il pregiudizio subito dal lavoratore illegittimamente licenziato.

Quanto al primo limite, come affermato in letteratura [35], esso può ritenersi generalmente rispettato poiché un costo sino a ventiquattro o trentasei mensilità per ciascun lavoratore, in caso di licenziamenti collettivi intimati in spregio delle procedure e/o dei criteri di scelta, potrebbe avere un'efficacia deterrente comunque da non sottovalutare, soprattutto considerando che l'ordinamento italiano garantisce anche al sindacato, oltre che ai lavoratori individualmente considerati, la possibilità di agire contro il datore di lavoro che abbia violato gli artt. 4 e 5, L. n. 223/1991. Sembra opportuno qui ricordare che la volontà del legislatore è chiaramente quella di garantire la giustificatezza del licenziamento collettivo attraverso il rispetto di una procedura scandita pedissequamente, il cui oggetto è – e non può non essere – l'esistenza dei presupposti che sono alla base della riduzione di personale [36]. Pertanto si potrebbe avanzare l'idea che il legislatore abbia scelto con assoluta consapevolezza di presidiare la sussistenza di tutti, o di taluni presupposti giustificativi il licenziamento collettivo, con la previsione della sanzione indennitaria. Non può dirsi altresì che la mancanza di taluni elementi sostanziali della fattispecie del licenziamento collettivo debba portare necessariamente all'inefficacia dell'atto e quindi alla rimozione dei suoi effetti (nella specie alla reintegrazione del lavoratore): il raffronto con la disciplina del licenziamento individuale induce a escludere questa possibilità, in via sistematica e alla luce degli interventi della Corte costituzionale. Infatti la mancanza della giusta causa e/o giustificato motivo, (nei quali confluiscono gli elementi caratterizzanti le due ipotesi di licenziamento individuale), e salva l'ipotesi eccezionale dell'insussistenza del fatto che dà luogo alla reintegrazione, è sanzionata con la tutela economica sulla quale il Giudice delle leggi si è già favorevolmente pronunciato [37].

Per quanto concerne al principio di c.d. equivalenza, escluso che la regola generale della integralità della riparazione e di equivalenza della stessa al pregiudizio

---

[31] Cfr. Proia, *Le tutele contro i licenziamenti dopo la pronuncia della Corte Costituzionale*, in *Mass. giur. lav.*, 2018, 1, 197, il quale sostiene che nessuno degli altri criteri individuati dalla Corte (e previsti sia dall'art. 18, comma 5º, legge n. 300/1970, sia dall'art. 8, legge n. 604/1966) fa riferimento esplicito al pregiudizio effettivamente subito dal lavoratore, né appare idoneo a determinarlo in concreto. Non lo è certamente, tanto meno nell'impostazione della Corte, il criterio dell'«anzianità di servizio», ma, ovviamente, non possono esserlo nemmeno i criteri del «numero dei dipendenti occupati», delle «dimensioni dell'attività economica» e del «comportamento delle parti». Potrebbe, secondo l'a., aprire ad una prospettiva di personalizzazione del danno solo il criterio delle «condizioni delle parti», sia pure, peraltro, limitatamente alla condizione della sola parte del lavoratore.

[32] Su cui Ales, *Diritti sociali e discrezionalità nell'ordinamento multilivello: una prospettazione giuslavoristica*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2015, 455.

[33] Corte giust. UE, 8.6.1994, Commissione c. Regno Unito, C-382/92, punti 38-43, in *Notiz. giur. lav.*, 1995, 142.

[34] *Contra*, Biasi – Gaudio, *La "missione di civiltà" del diritto sociale europeo ed il nuovo assetto dei licenziamenti collettivi in Italia: rileggendo Mario Grandi*, in www.dirittolavorovariazioni.com, Numero Straordinario 2020, 1229.

[35] Cfr. Caruso, *Il contratto a tutele crescenti nella tenaglia della doppia pregiudizialità (tra illegittimità a formazione progressiva ed esigenza di razionalizzazione legislativa)*, in *Dir. merc. lav.*, 2019, 3.

[36] Salimbeni, *Licenziamento collettivo e art. 18 Statuto dei lavoratori: la sanzione applicabile alle violazioni procedurali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2022, 1, 363.

[37] Così già Corte cost., n. 194 del 2018, cit.; 16.6.2022, n. 150, in *Società*, 2022, 12, 1349; e Corte cost., 1º.4.2021, n. 59, in *Lav. nella giur.*, 2021, 6, 605, nota di Cester.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

cagionato al danneggiato abbia copertura costituzionale[38], l'orientamento del Giudice delle leggi, ai fini dell'adeguatezza dell'indennizzo, considera che con esso venga riconosciuto un ristoro del pregiudizio sofferto, serio ed equilibrato, la cui funzione dissuasiva non sia inficiata dalla predeterminazione di un tetto massimo, fissato in un importo sufficientemente elevato e non condizionato esclusivamente all'anzianità. Già con la pronuncia n. 194 del 2018, veniva affermato che la tutela, ancorché non necessariamente riparatoria dell'intero pregiudizio subito dal danneggiato, deve essere equilibrata. Dalla giurisprudenza della stessa Corte emerge[39], altresì, che l'adeguatezza del rimedio forfetizzato richiede che esso sia tale da realizzare un ragionevole contemperamento degli interessi in conflitto, lasciando al legislatore il compito di adattare, secondo una pluralità di criteri, anche in considerazione delle diverse fasi storiche, i rimedi contro i licenziamenti illegittimi. Questo dunque è il soggetto deputato a salvaguardarne la complessiva adeguatezza, in grado di attribuire il doveroso rilievo al fatto, di per sé comunque traumatico, dell'espulsione del lavoratore.

4.4. Sul profilo dell'inadeguatezza della tutela indennitaria.

Più sbrigativa, rispetto alle altre questioni, è quella concernente l'inadeguatezza della tutela indennitaria. D'altra parte ciò era prevedibile se si considera che tale materia aveva costituito l'oggetto della già richiamata sentenza n. 194 del 2018, quando la Corte aveva riconosciuto effettiva capacità di dissuasione alla previsione del decreto del 2015, una volta che, con la manipolazione operata dalla stessa Corte, il giudice di merito è ora chiamato ad individuare in concreto la misura dell'indennità risarcitoria, fra un minimo di sei ed un massimo di trentasei mensilità, parametrandola così al danno effettivamente subito[40]. Argomento questo necessario per non svuotare l'intero senso del c.d. contratto a tutele crescenti che aveva fatto della certezza degli indennizzi un suo baluardo.

Non si può negare che la fissazione di un limite massimo dell'indennizzo rispondesse, del resto, alla ragione di fondo della legge delega di incentivare le nuove assunzioni con la previsione di conseguenze sanzionatorie certe e prevedibili in caso di licenziamento illegittimo, come in effetti i dati statistici hanno confermato[41].

Anche se la Corte ha segnalato al legislatore che «la materia, frutto di interventi normativi stratificati, non può che essere rivista in termini complessivi, che investano sia i criteri distintivi tra i regimi applicabili ai diversi datori di lavoro, sia la funzione dissuasiva dei rimedi previsti per le disparate fattispecie», non si esime da rispiegare alla rimettente che anche una tutela indennitaria possa esser un deterrente. In effetti, il messaggio che il Giudice delle leggi sembra voler fare intendere è quello dell'importanza di valutare complessivamente l'efficacia dissuasiva del regime introdotto nel 2015, affermando che questa valutazione deve essere fatta considerando l'insieme delle sue componenti e non analizzandolo in modo frammentario (solo indennizzo o solo reintegra, in sostanza). Questo principio è significativo perché ricorda che nei casi più gravi rimane la possibilità di un'ordinanza giudiziale di reintegrazione.

Tale inciso riveste un'importanza cruciale, a parere di chi scrive, non solo per valutare la legittimità costituzionale del sistema nel suo complesso, ma anche perché si allinea all'orientamento emerso di recente nella giurisprudenza di legittimità[42], che attualizza la sentenza della Corte costituzionale del 10 giugno 1966, n. 63, riguardo al momento in cui inizia a decorrere il termine di prescrizione breve[43].

CORTE COST., 22.1.2024, n. 7 – Barbera *Presidente* – Amoroso *Estensore*

Lavoro (rapporto) – Contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti – Licenziamenti collettivi – Licenziamenti economici – Violazione criteri di scelta – Sanzione – Determinazione mediante decreto legislativo di indennizzo forfettizzato ex ante – Violazione dei criteri di delega – Questione di legittimità costituzionale – Non fondatezza – Disparità di trattamento rispetto ai lavoratori assunti prima dell'entrata in vigore del decreto legislativo – Questione di legittimità costituzionale – Non fondatezza – Inadeguatezza della tutela indennitaria – Questione di legittimità costituzio-

[38] In questo senso, Corte cost., 30.4.1999, n. 148, in *Resp. civ. e prev.*, 2000, 82; Corte cost., 2.11.1996, n. 369, in *Giur. it.*, 1997, I, 396; e Corte cost., 6.5.1985, n. 132, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, 340.

[39] Così anche Corte cost., n. 235 del 2014, Corte cost., n. 303 del 2011, Corte cost., n. 482 del 2000 e Corte cost., n. 132 del 1985, tutte in *www.giurcost.it*.

[40] Nei termini, Ferrante, *Riflessioni, a margine di una sentenza di legittimità costituzionale, sulla reintegra nel licenziamento collettivo ed individuale*, in *Dir. rel. ind.*, 2024, 194.

[41] I dati sono molti ed anche molte sono le indagini e i modi in cui esse vengono svolte. Ad ogni buon conto l'elaborazione DIPE su dati Eurostat rappresenta un chiaro tasso di occupazione in crescita dal 2015 al 2023, con un arresto, che però accumuna tutta la zona euro, solo nel 2020-2021, a causa delle note ragioni pandemiche.

[42] Il riferimento è a Cass. civ., 20.10.2022, n. 30957, in *Dir. rel. ind.*, 2023, 476.

[43] Su cui Fiata, *Prescrizione e stabilità del rapporto di lavoro dopo le riforme sul regime sanzionatorio dei licenziamenti*, in *Variaz. temi dir. lav.*, 2018, 591.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

NALE – NON FONDATEZZA (l. 20.5.1970, n. 300, art. 18; l. 23.7.1991, n. 223, art. 5; l. 28.6.2012, art. 1; l. 10.12.2014, n. 183; d. legis. 4.3.2015, n. 23, artt. 10 e 3, comma 1º)

Non sono fondate le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 3, comma 1º, e 10 del d. legisl. n. 23/2015, sollevate: 1) sotto il profilo della violazione dei criteri di delega, in riferimento agli artt. 76 e 117, comma 1º, Cost., in relazione all'art. 1º, comma 7º, lett. c), della l. 10.12.2014, n. 183 e all'art. 24 della Carta sociale europea (CSE), poiché, nella ricostruzione della *ratio* della legge di delegazione, la dizione "licenziamenti economici" comprende anche i licenziamenti collettivi; 2) sotto il profilo della disparità di trattamento, in riferimento agli artt. 3, 4 e 35 Cost., in quanto, nella successione delle leggi nel tempo è possibile che permanga una differenziazione di disciplina *ratione temporis*, qual è quella del diverso regime delle tutele; 3) sotto il profilo dell'inadeguata tutela, in riferimento agli artt. 3, 4, 35, 38, 41 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 24 CSE, in quanto il limite risarcitorio massimo (ventiquattro mensilità elevate a trentasei) costituisce un rimedio equilibrato e ragionevole (inoltre la decisione del Comitato europeo dei diritti sociali dell'11.9.2019, pubblicata l'11.2.2020 che ha ritenuto la violazione dell'art. 24 CSE, si è risolta in una raccomandazione del Comitato dei Ministri con funzione propositiva e sollecitatoria, ma priva di efficacia vincolante).

dal testo:

Il fatto.

1.– Con ordinanza del 16 aprile 2023 (reg. ord. n. 72 del 2023), la Corte d'appello di Napoli, sezione lavoro, ha sollevato questioni di legittimità costituzionale degli artt. 3, comma 1, e 10 del decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 23 (Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183), in riferimento agli artt. 3, 4, 10, 24, 35, 38, 41, 111, 76 e 117, primo comma, della Costituzione, questi ultimi due in relazione all'art. 1, comma 7, lettera c), della legge 10 dicembre 2014, n. 183 (Deleghe al Governo in materia di riforma degli ammortizzatori sociali, dei servizi per il lavoro e delle politiche attive, nonché in materia di riordino della disciplina dei rapporti di lavoro e dell'attività ispettiva e di tutela e conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro) e all'art. 24 della Carta sociale europea, riveduta, con annesso, fatta a Strasburgo il 3 maggio 1996, ratificata e resa esecutiva con la legge 9 febbraio 1999, n. 30 (d'ora in poi: CSE).

1.1.– 1.2.– 1.3. (*Omissis*)

1.4.– Quanto alla non manifesta infondatezza, la Corte rimettente formula tre articolate censure.

1.4.1.– In primo luogo, la Corte dubita della legittimità costituzionale dell'art. 10 del d.lgs. n. 23 del 2015, sia unitariamente inteso che nel combinato disposto con l'art. 3, comma 1, dello stesso decreto, con riferimento agli artt. 3, 10, 35, 76 e 117, primo comma, Cost., nella parte in cui avrebbe modificato la disciplina sanzionatoria per la violazione dei criteri di scelta dei lavoratori in esubero nell'ambito di un licenziamento collettivo, pur in assenza di una specifica delega e, comunque, in contrasto con l'art. 24 CSE, in violazione dei principi e dei criteri direttivi della legge delega.

Con riferimento al profilo interno, la modifica del regime sanzionatorio dei licenziamenti collettivi sarebbe un intervento eccedente l'ambito della delega testuale di cui all'art. 1, comma 7, lettera c), della legge n. 183 del 2014, che, demandando al Governo di adottare una disciplina che preveda tutele crescenti con l'anzianità che escluda «per i licenziamenti economici la possibilità della reintegrazione del lavoratore», non consentirebbe di ritenere ricompresa nella devoluzione della potestà normativa anche la rimodulazione della disciplina sanzionatoria del licenziamento collettivo, in quanto corpo normativo unitario e completo, autonomamente disciplinato.

(*Omissis*).

Quanto al profilo sovranazionale, la potestà normativa delegata non sarebbe stata esercitata in coerenza con le convenzioni internazionali, come richiesto dall'art. 1, comma 7, della legge n. 183 del 2014, ed in particolare in relazione all'art. 24 CSE, la cui violazione ad opera del d.lgs. n. 23 del 2015 – nella parte in cui, prevedendo come sanzione per un licenziamento illegittimo un indennizzo forfettizzato *ex ante* in un plafond rigido, non consentirebbe una personalizzazione del danno subito a causa della perdita del posto di lavoro – risulterebbe già accertata dal Comitato europeo dei diritti sociali nella decisione dell'11 settembre 2019, pubblicata l'11 febbraio 2020, di accoglimento del reclamo collettivo proposto dalla Confederazione generale italiana del lavoro (CGIL) n. 158 del 2017, seguita dalla risoluzione del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa dell'11 marzo 2020, che ha invitato l'Italia a riferire sulle eventuali misure adottate per rendere la misura in esame conforme alla Carta.

1.4.2.– In secondo luogo, il giudice a quo ritiene non manifestamente infondato il contrasto dell'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23 del 2015, in combinato disposto con l'art. 10 dello stesso decreto, con gli artt. 3, 4, 24, 35 e 111 Cost., nella parte in cui, per la stessa violazione dei criteri di scelta, nella medesima procedura di licenziamento collettivo e per rapporti di lavoro omogenei, disporrebbe, irragionevolmente, una sanzione priva di efficacia deterrente e inidonea ad assicurare un ristoro personalizzato ed effettivo del danno per i

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

soli lavoratori assunti a tempo indeterminato successivamente al 7 marzo 2015.

(*Omissis*)

1.4.3. – Con la terza questione il giudice a quo dubita della legittimità costituzionale delle norme censurate in combinato disposto, con riferimento agli artt. 3, 4, 24, 35, 38, 41, 111 e 117 Cost. laddove, in forma irragionevole, in presenza di una violazione di parametri selettivi oggettivi e solidaristici, derogherebbero ad un sistema sanzionatorio efficace e adeguato determinando, con il sistema forfettizzato di danno, un affievolimento del ristoro del pregiudizio causato tanto da non garantire una sanzione efficace ed effettiva in caso di violazione dei criteri di scelta.

(*Omissis*)

1.5.– Il giudice a quo si sofferma, infine, sul tipo di intervento richiesto ed invoca in primis una pronuncia caducatoria dell'intero art. 10 del d.lgs. n. 23 del 2015 o, quantomeno, dell'inciso «o dei criteri di scelta di cui all'articolo 5, comma 1, della legge n. 223 del 1991», che determinerebbe una riespansione del regime previgente uniforme per tutti i lavoratori coinvolti.

(*Omissis*).

2.– 4. (*Omissis*)

I motivi.

1.– 1.1 (*Omissis*).

1.2.– Con riferimento agli artt. 3, 10, 35, 76 e 117, primo comma, Cost., la rimettente deduce che l'art. 10 del d.lgs. n. 23 del 2015, unitariamente considerato, e in combinato disposto con l'art. 3, comma 1, dello stesso decreto, nella parte in cui ha modificato la disciplina sanzionatoria per la violazione dei criteri di scelta dei lavoratori in esubero nell'ambito di un licenziamento collettivo, violerebbe la legge delega sotto due profili, uno interno e uno sovranazionale.

Quanto al primo profilo, perché l'art. 1, comma 7, lettera c), della legge n. 183 del 2014, demandando al Governo l'adozione di una disciplina che escludesse la possibilità della reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro solo «per i licenziamenti economici», termine riferibile alle sole forme di recesso individuale per motivo oggettivo, non consentiva di ricomprendere nella potestà normativa delegata anche la rimodulazione della disciplina sanzionatoria del licenziamento collettivo.

Quanto al secondo profilo, perché, in difformità dai principi e dai criteri direttivi che all'art. 1, comma 7, della legge n. 183 del 2014 richiedevano un esercizio della delega coerente con le convenzioni internazionali, la disciplina censurata si è posta in contrasto con l'art. 24 CSE prevedendo come sanzione un indennizzo, forfettizzato *ex ante* in un plafond rigido, che non consente una personalizzazione del danno subito a causa della perdita del posto di lavoro (contrasto già ritenuto dal Comitato europeo dei diritti sociali nella decisione dell'11 settembre 2019, pubblicata l'11 febbraio 2020).

1.3.– 1.4. (*Omissis*)

2.– In via preliminare, va rilevata d'ufficio l'inammissibilità delle censure di illegittimità costituzionale sollevate in riferimento agli artt. 10, 24 e 111 Cost., in quanto del tutto prive di motivazione.

La Corte rimettente si è limitata ad evocare i suddetti parametri senza alcuna specifica ed adeguata illustrazione dei motivi di censura in punto di non manifesta infondatezza, né l'ordinanza fornisce elementi che consentano di valutare il dedotto contrasto delle disposizioni censurate con tali parametri genericamente evocati (sull'inammissibilità per difetto di motivazione sulla non manifesta infondatezza, *ex plurimis*, sentenze n. 194 del 2023, n. 118 del 2022, n. 213 e n. 178 del 2021, n. 126 del 2018).

3.– 3.1. (*Omissis*).

3.2.– Quanto alla non manifesta infondatezza delle questioni, l'ordinanza di rimessione ha sufficientemente motivato i dubbi di legittimità costituzionale con argomentazioni che hanno una complessiva coerenza e unitarietà.

Tutte le censure di illegittimità costituzionale sono, in realtà, focalizzate sul regime sanzionatorio del licenziamento collettivo illegittimo per violazione dei criteri di scelta, intimato a lavoratori assunti dopo la data di entrata in vigore del d.lgs. n. 23 del 2015 (7 marzo 2015), che ha soppresso la reintegrazione come conseguenza dell'illegittimità di tale fattispecie di licenziamento.

L'eliminazione della tutela reintegratoria nel posto di lavoro – la quale, invece, permane ancora per i lavoratori assunti prima di tale data, ove destinatari dello stesso licenziamento collettivo illegittimo – e la limitazione delle conseguenze del recesso datoriale alla sola compensazione monetaria costituiscono il tratto comune delle censure mosse dalla Corte d'appello, dirette tutte a reintrodurre la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato anche nella fattispecie oggetto del giudizio principale.

(*Omissis*).

4.– Con riferimento a questo specifico nucleo unitario delle censure (id est: tutela reintegratoria versus tutela indennitaria) va richiamato – prima di passare all'esame del merito delle questioni – il quadro normativo di riferimento, in termini comunque essenziali.

4.1.– 4.3. (*Omissis*).

4.4.– Pochi anni dopo, in un contesto riformatore finanche più ampio che ha toccato plurimi aspetti della materia del lavoro (il cosiddetto Jobs Act: legge n. 183 del 2014), a questa disciplina, novellata nel 2012, si è affiancata – senza sostituirla – la regolamentazione di quello che, nelle intenzioni del legislatore, era un nuovo tipo di contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato – cosiddetto a tutele crescenti – che si sovrappone a quello ordinario precedente.

La tecnica legislativa è però diversa: non una legge

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ordinaria, ma una legge di delega per affidare al Governo l'emanazione di plurimi decreti legislativi.

In uno di questi (d.lgs. n. 23 del 2015), in particolare, si stabilisce un diverso regime di tutela, nel caso di licenziamento illegittimo, per i lavoratori assunti con questo nuovo tipo di contratto, quindi necessariamente in data successiva alla sua entrata in vigore (7 marzo 2015).

Il contratto di lavoro a tutele crescenti e la relativa disciplina dei licenziamenti miravano ad incentivare l'occupazione, soprattutto giovanile, e la fuoriuscita dal precariato a mezzo della creazione di una fattispecie di lavoro subordinato a tempo indeterminato maggiormente "attrattiva" per i datori di lavoro in ragione sia della limitazione dell'area di applicazione della tutela reintegratoria, sia della calcolabilità dell'indennizzo compensativo del licenziamento illegittimo.

In particolare, quanto alla disciplina del licenziamento individuale, il d.lgs. n. 23 del 2015 replica, nelle linee generali, la suddivisione delle tutele già operata dalla legge n. 92 del 2012, ma ridefinendo il perimetro della tutela reintegratoria e di quella indennitaria, in particolare escludendo del tutto la reintegrazione nel caso di licenziamento individuale "economico", ossia di quello per giustificato motivo oggettivo e di quello collettivo.

4.5.– Senza entrare nel dettaglio di questa disciplina, vi è in particolare che la tutela reintegratoria, oggetto del presente giudizio di legittimità costituzionale, viene ulteriormente ridimensionata nel caso di licenziamento per mancanza di giusta causa o di giustificato motivo soggettivo ed è del tutto eliminata in ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Inoltre, il d.lgs. n. 23 del 2015 interviene anche sulla disciplina del licenziamento collettivo, sempre limitatamente ai lavoratori assunti con contratto a tutele crescenti, e sopprime la tutela reintegratoria prevedendo solo quella indennitaria anche nel caso di violazione dei criteri di scelta dei lavoratori da licenziare, legali o previsti da accordo sindacale, salvo comunque conservarla in caso di licenziamento intimato senza l'osservanza della forma scritta.

Il successivo d. l. n. 87 del 2018, come convertito, si limita, quanto alla disciplina dei licenziamenti individuali, ad incrementare la misura dell'indennizzo (art. 3), con l'effetto di confermare, per il resto, il meccanismo delle cosiddette tutele crescenti in progressione lineare (e certa) con l'anzianità di servizio in caso di licenziamento illegittimo. Nulla dispone quanto ai licenziamenti collettivi.

4.6.– (*Omissis*)

5.– Quindi, in sintesi, si passa dal regime ampio ed uniforme della tutela reintegratoria, in vigore per molti anni (dal 1970 fino al 2012), ad uno differenziato secondo la "gravità", in senso lato, della violazione che inficia la legittimità del licenziamento (intimato dopo il 18 luglio 2012) e, per i lavoratori assunti a partire dal 7 marzo 2015, ulteriormente differenziato con un maggiore restringimento dell'area della tutela reale e ampliamento di quella indennitaria, quest'ultima poi rinforzata in termini quantitativi dal d.l. n. 87 del 2018, come convertito (e quindi a partire dal 12 agosto 2018).

È questa una disciplina composita, differenziata *ratione temporis* (rilevano le tre date suddette: 18 luglio 2012, 7 marzo 2015 e 12 agosto 2018) e declinata in diversi regimi di tutela, la cui complessa e complessiva articolazione segna la difficoltà di un processo riformatore in un ambito – quello dei licenziamenti individuali e collettivi – di elevato impatto sociale.

In proposito questa Corte ha già segnalato che «la materia, frutto di interventi normativi stratificati, non può che essere rivista in termini complessivi, che investano sia i criteri distintivi tra i regimi applicabili ai diversi datori di lavoro, sia la funzione dissuasiva dei rimedi previsti per le disparate fattispecie» (sentenza n. 183 del 2022).

6.– Tutto ciò premesso, va esaminata innanzi tutto la questione di legittimità costituzionale delle disposizioni censurate per violazione della delega, contenuta nell'art. 1, comma 7, lettera c), della legge n. 183 del 2014, in relazione al fatto che quest'ultima aveva previsto l'eliminazione della tutela reintegratoria, con concentrazione nella sola tutela indennitaria, unicamente per i «licenziamenti economici», intendendo per tali – secondo la Corte rimettente – quelli individuali «economici» (ossia per giustificato motivo oggettivo) e non anche i licenziamenti collettivi per riduzione di personale.

La questione – sollevata in riferimento all'art. 76 Cost. – non è fondata.

7.– Questo è il criterio di delega, fissato dal citato art. 1, comma 7, lettera c), della legge n. 183 del 2014: «previsione, per le nuove assunzioni, del contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti in relazione all'anzianità di servizio, escludendo per i licenziamenti economici la possibilità della reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, prevedendo un indennizzo economico certo e crescente con l'anzianità di servizio e limitando il diritto alla reintegrazione ai licenziamenti nulli e discriminatori e a specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato, nonché prevedendo termini certi per l'impugnazione del licenziamento».

Le censure mosse dalla Corte rimettente, che convergono essenzialmente nella denuncia di eccesso di delega da parte del legislatore delegato, richiedono l'interpretazione del sintagma «licenziamenti economici» che presenta un'intrinseca ambiguità perché atecnico, nel senso che non appartiene al lessico giuridico in senso stretto.

7.1.– La, pur estesa, disciplina dei licenziamenti individuali e collettivi non solo non conosce l'utilizzo del termine «licenziamenti economici», ma anche – e da

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

epoca risalente, fin dalla richiamata prima legge sui licenziamenti individuali (n. 604 del 1966) – ha tenuto ben distinta la disciplina degli uni e degli altri, sì da far emergere la loro ontologica differenza in termini di definizione delle fattispecie e di disciplina positiva.

La legittimità del licenziamento individuale è condizionata dalla sua "giustificatezza" (*ex* artt. 1 e 3 della legge n. 604 del 1966): il giudice, investito della impugnazione dell'atto di recesso, è chiamato a valutare ciò, in termini più o meno penetranti, rispettivamente quanto al giustificato motivo soggettivo (di norma, per "colpa" del lavoratore, ossia per «notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del prestatore di lavoro») e a quello oggettivo (per «ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa» con impossibilità di ricollocamento del lavoratore in altra posizione). In questa seconda ipotesi peraltro – va sottolineato – il licenziamento (per giustificato motivo oggettivo) può essere anche plurimo, ove riferito a più lavoratori con la stessa causale.

È, invece, estranea al licenziamento collettivo, che è necessariamente unico per una pluralità di lavoratori e mai individuale, la valutazione di "giustificatezza", essendo il giudice chiamato a identificare la fattispecie sulla base di indicatori formali (*ex* artt. 4 e 24 della legge n. 223 del 1991), quali la procedura di confronto sindacale e il numero minimo di lavoratori licenziati in un determinato arco di tempo. È questa una verifica esterna di autenticità della fattispecie, che non investe le ragioni d'impresa (quali possono essere la crisi economica, la ristrutturazione aziendale, la riconversione tecnologica, e finanche la cessazione dell'attività), le quali originano la riduzione di personale.

7.2.– (*Omissis*)

8.– Orbene, c'è da considerare, in generale, che l'interpretazione dei criteri direttivi posti dalla legge di delega deve tener conto, innanzi tutto, della "lettera" del testo normativo.

Ad essa si affianca l'interpretazione sistematica sulla base della *ratio legis*, che è quella che emerge dal contesto complessivo della legge di delega e dalle finalità che essa persegue.

Pertanto, il controllo sul superamento dei limiti posti dalla legge di delega va operato partendo dal dato letterale per poi procedere ad una indagine sistematica e teleologica per verificare se l'attività del legislatore delegato, nell'esercizio del margine di discrezionalità che gli compete nell'attuazione della legge di delega, si sia inserito in modo coerente nel complessivo quadro normativo, rispettando la *ratio* della norma delegante (sentenze n. 250 e n. 59 del 2016, n. 146 e n. 98 del 2015, n. 119 del 2013) e mantenendosi comunque nell'alveo delle scelte di fondo operate dalla stessa (sentenza n. 278 del 2016), senza contrastare con gli indirizzi generali desumibili da questa (sentenze n. 229 del 2014, n. 134 del 2013 e n. 272 del 2012). È infatti costante l'affermazione secondo cui, «per valutare se il legislatore abbia ecceduto [i] margini di discrezionalità, occorre individuare la *ratio* della delega per verificare se la norma delegata sia stata con questa coerente» (sentenza n. 153 del 2014 e, nello stesso senso, tra le altre, sentenze n. 175 del 2022, n. 231 e n. 174 del 2021, n. 184 del 2013, n. 272 del 2012, n. 230 del 2010; inoltre, con riferimento alla materia penale, sentenza n. 105 del 2022).

(*Omissis*).

In sintesi, per definire il contenuto di questa, si deve tenere conto del complessivo contesto normativo in cui si inseriscono i principi e criteri direttivi della legge di delega e delle finalità che la ispirano; ciò che rappresenta non solo la base e il limite delle norme delegate, ma offre anche criteri di interpretazione della loro portata (tra le tante, sentenze n. 166 del 2023, n. 133 del 2021, n. 84 del 2017, n. 250 del 2016, n. 194 del 2015 e n. 153 del 2014).

(*Omissis*).

9.– (*Omissis*)

10.– (*Omissis*).

Se la logica di fondo delle riforme del 2012 e del 2014 è stata quella di riservare la tutela reintegratoria solo ai casi di violazioni più "gravi" in senso lato – e quindi anche più nettamente riconoscibili – di licenziamenti illegittimi, la mancanza del giustificato motivo oggettivo del licenziamento individuale costituisce un'ipotesi non meno grave ed evoca, anzi, un controllo giudiziale più penetrante – in termini di giustificatezza, o no, del recesso datoriale – di quello richiesto dalla verifica dei criteri di scelta dei lavoratori destinatari di un licenziamento collettivo, di cui viene in rilievo (non la giustificatezza, ma) la identificazione della fattispecie sulla base degli indici formali del previo confronto sindacale e del numero dei lavoratori licenziati in un determinato periodo di tempo.

Anche a livello del diritto dell'Unione europea, il processo di armonizzazione parziale della disciplina dei licenziamenti collettivi (direttiva 98/59/CE), centrato sulla procedura di confronto sindacale, non ha compreso la regolamentazione delle conseguenze della violazione dei criteri di scelta dei lavoratori eccedenti, riservate alla competenza degli Stati membri (Corte di giustizia, ordinanza 4 giugno 2020, in causa C-32/20, TJ contro B. srl); criteri che peraltro, secondo la normativa interna, possono essere «in concorso tra loro» con conseguente loro applicazione combinata, come allorquando occorra considerare congiuntamente carichi di famiglia, anzianità ed esigenze tecnico-produttive ed organizzative (tali sono i criteri legali, in mancanza di quelli fissati da accordo sindacale, previsti dall'art. 5, comma 1, della legge n. 223 del 1991).

Pertanto, la simmetria con il licenziamento per giustificato motivo oggettivo consente, sul piano della complessiva coerenza della disciplina risultante dall'esercizio della delega legislativa, di ritenere il sintagma

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

«licenziamenti economici» riferito non solo ai licenziamenti individuali, ma anche a quelli collettivi.

11.– (*Omissis*)

12.– La denunciata violazione del medesimo criterio di delega è poi dedotta, dalla Corte d'appello, anche sotto un secondo profilo.

Ad avviso della Corte rimettente, le disposizioni censurate avrebbero disatteso l'art. 1, comma 7, della legge n. 183 del 2014 altresì nella parte in cui, essendo prescritta, per l'esercizio del potere legislativo delegato, la «coerenza con la regolazione dell'Unione europea e le convenzioni internazionali», sarebbe stato violato l'art. 24 CSE, che riconosce «il diritto dei lavoratori licenziati senza un valido motivo, ad un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione».

La violazione conseguirebbe alla sostituzione della tutela reintegratoria con un indennizzo monetario determinato con un criterio rigido che, limitato entro una forbice di un importo minimo ed uno massimo, non ne garantirebbe l'adeguatezza, né la funzione dissuasiva del licenziamento illegittimo.

13.– Anche sotto questo ulteriore profilo la questione non è fondata.

13.1.– Va premesso che la costante giurisprudenza di questa Corte, a partire dalle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, ha ritenuto che – in ragione della prescrizione dell'art. 117, primo comma, Cost., che richiede che la potestà legislativa dello Stato e delle Regioni sia esercitata anche nel rispetto dei «vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali» – siano deducibili, come parametri interposti, in particolare, le disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU).

Analoga affermazione è stata fatta più recentemente (sentenze n. 120 e n. 194 del 2018) anche con riferimento alla CSE, che, quale strumento convenzionale inserito nel sistema del Consiglio d'Europa, si connota per la tutela che riconosce ai diritti fondamentali di natura sociale e, per questo suo contenuto, si affianca alla CEDU sì da essere definita suo «naturale completamento sul piano sociale» (sentenza n. 120 del 2018). Essa, infatti, amplia il perimetro di tutela dei diritti fondamentali oltre il tradizionale catalogo dei diritti civili e politici riconosciuti dalla CEDU, con apertura ai diritti sociali. La complementarità dei due Trattati imprime un carattere unitario alla tutela dei diritti fondamentali in essi prevista.

Può quindi ribadirsi l'attitudine della CSE, nel quadro generale del sistema multilivello dei diritti fondamentali, a valere come parametro interposto *ex* art. 117, primo comma Cost.

13.2.– (*Omissis*)

14.– Questa Corte, chiamata a scrutinare l'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23 del 2015 per contrasto con gli artt. 76 e 117, primo comma, Cost., in relazione anche all'art. 24 CSE, ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale (sentenza n. 194 del 2018) nella parte in cui prevedeva l'automatismo di un'indennità fissa e crescente in funzione della sola anzianità di servizio, mentre ha ritenuto lo stesso indennizzo conforme ai parametri costituzionali, anche a quello interposto (l'art. 24 CSE), nella parte in cui esso risulta fissato nella soglia massima di ventiquattro (ora trentasei) mensilità, sul presupposto che tale risarcimento non contrasti con la nozione di adeguatezza già elaborata in precedenti decisioni (sentenze n. 235 del 2014, n. 303 del 2011, n. 482 del 2000 e n. 132 del 1985). Un'analoga conformazione del criterio di calcolo dell'indennizzo è conseguita alla richiamata sentenza n. 150 del 2020 con riferimento al licenziamento disciplinare illegittimo perché affetto da vizi formali o procedurali.

A seguito di questa complessiva *reductio ad legitimitatem*, il criterio di quantificazione dell'indennizzo è risultato conforme al canone di adeguatezza del risarcimento da licenziamento illegittimo già elaborato alla luce della richiamata giurisprudenza di questa Corte, sicché va escluso che il legislatore delegato, nel prevedere un indennizzo determinato entro un limite minimo e massimo, abbia violato la delega ponendosi in contrasto con il citato parametro interposto.

(*Omissis*).

Ciò che va salvaguardato è la «complessiva adeguatezza» della tutela che il legislatore può «adattare secondo una pluralità di criteri, anche in considerazione delle diverse fasi storiche» (sentenza n. 150 del 2020).

È ben possibile una tutela più ampia e più incisiva, come quella sollecitata dal Comitato europeo dei diritti sociali nella citata decisione dell'11 febbraio 2020. Ma appartiene alle scelte di politica sociale, rientranti nella discrezionalità del legislatore (art. 28 della legge 11 marzo 1953, n. 87, recante «Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale»), fissare il sistema di contrasto dei licenziamenti illegittimi nella gamma di quelli che, pur in misura diversa e con differente incisività, rispondono tutti, nel loro complesso, al canone costituzionale di adeguatezza e sufficiente dissuasività.

15.– Non fondata è anche la seconda questione sollevata in riferimento agli artt. 3, 4 e 35 Cost.

Il presupposto interpretativo delle censure mosse dalla Corte d'appello rimettente risulta corretto: nel vigente regime sanzionatorio, la tutela applicabile nei confronti di rapporti di lavoro risolti in violazione dei criteri di scelta a conclusione di una procedura di licenziamento collettivo è diversamente modulata secondo la data di costituzione del rapporto; per effetto dell'immediata applicazione del d.lgs. n. 23 del 2015, nel caso di licenziamento collettivo illegittimo per violazione dei criteri di scelta ai lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015 sarà applicabile la tutela reintegratoria attenuata, con la condanna del datore di lavoro alla reintegrazione nel posto di lavoro, alla regolarizzazione contributiva e a un'indennità riparatoria in misura non

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

superiore a dodici mensilità, mentre ai lavoratori assunti a decorrere dal 7 marzo 2015 spetterà la tutela indennitaria, determinata ai sensi dell'art. 3 dello stesso decreto secondo i più favorevoli criteri dettati dalla sentenza di questa Corte n. 194 del 2018.

16.– In ordine alla dedotta violazione dell'art. 3 Cost., non è ravvisabile alcun profilo di manifesta irragionevolezza o arbitrarietà del diverso trattamento sanzionatorio previsto per gli assunti prima e dopo il 7 marzo 2015.

(*Omissis*)

16.1.– Sulla ragionevolezza del criterio di applicazione temporale del regime introdotto dal d.lgs. n. 23 del 2015 ai soli lavoratori assunti dopo il 7 marzo 2015, questa Corte si è già pronunciata con riferimento ai licenziamenti individuali per giustificato motivo oggettivo ritenendo non fondata l'analoga censura di violazione dell'art. 3 Cost. (sentenza n. 194 del 2018).

(*Omissis*).

16.2.– 17. (*Omissis*)

18.– Non fondata è anche la terza questione, sollevata con riferimento a plurimi parametri (artt. 3, 4, 35, 38, 41 e 117 Cost.), convergenti però in una censura unitaria di insufficienza di una tutela meramente indennitaria, quindi senza reintegrazione.

In particolare, la Corte rimettente dubita dell'adeguatezza di una tutela indennitaria determinata con la previsione di un "tetto" massimo, lamentandone l'inefficacia, o una debole efficacia, dissuasiva.

18.1.– (*Omissis*).

18.2.– Più recentemente, con riferimento proprio al d.lgs. n. 23 del 2015, questa Corte ha ritenuto compatibile con la Carta fondamentale una tutela meramente monetaria, purché improntata ai canoni di effettività e di adeguatezza, rilevando che il bilanciamento dei valori sottesi agli artt. 4 e 41 Cost., «terreno su cui non può non esercitarsi la discrezionalità del legislatore», non impone «un determinato regime di tutela» (sentenza n. 194 del 2018).

(*Omissis*).

18.3.– Questa Corte ha, quindi, già riconosciuto che il limite massimo di ventiquattro mensilità, a maggior ragione dopo che il d.l. n. 87 del 2018, come convertito, lo ha elevato a trentasei mensilità (art. 3), non si pone in contrasto con il canone di necessaria adeguatezza del risarcimento, che richiede che il ristoro sia tale da realizzare un adeguato contemperamento degli interessi in conflitto.

(*Omissis*).

19.– (*Omissis*).

Per Questi Motivi

LA CORTE COSTITUZIONALE

1) dichiara inammissibili le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 3, comma 1, e 10 del decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 23 (Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183), sollevate, in riferimento agli artt. 10, 24 e 111 della Costituzione, dalla Corte d'appello di Napoli, sezione lavoro, con l'ordinanza indicata in epigrafe;

2) dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 3, comma 1, e 10 del d.lgs. n. 23 del 2015, sollevata, sotto il profilo della violazione dei criteri di delega, in riferimento agli artt. 76 e 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 1, comma 7, lettera c), della legge 10 dicembre 2014, n. 183 (Deleghe al Governo in materia di riforma degli ammortizzatori sociali, dei servizi per il lavoro e delle politiche attive, nonché in materia di riordino della disciplina dei rapporti di lavoro e dell'attività ispettiva e di tutela e conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro), e all'art. 24 della Carta sociale europea, riveduta, con annesso, fatta a Strasburgo il 3 maggio 1996, ratificata e resa esecutiva con la legge 9 febbraio 1999, n. 30, dalla Corte d'appello di Napoli, sezione lavoro, con l'ordinanza indicata in epigrafe;

3) dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 3, comma 1, e 10 del d.lgs. n. 23 del 2015, sollevata, sotto il profilo della disparità di trattamento, in riferimento agli artt. 3, 4 e 35 Cost., dalla Corte d'appello di Napoli, sezione lavoro, con l'ordinanza indicata in epigrafe;

4) dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 3, comma 1, e 10 del d.lgs. n. 23 del 2015, sollevata, sotto il profilo dell'inadeguata tutela, in riferimento agli artt. 3, 4, 35, 38, 41 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 24 CSE, dalla Corte d'appello di Napoli, sezione lavoro, con l'ordinanza indicata in epigrafe

(*Omissis*).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Pianificazione ereditaria e divieto dei patti successori

di Francesco Paolo Patti*

SOMMARIO: 1. Il caso e la decisione della Corte. – 2. Esigenze di pianificazione ereditaria e limiti dell'autonomia privata. – 3. I presupposti applicativi del divieto dei patti successori. – 4. La fattispecie dei conguagli che non ricadono nel divieto dei patti successori. – 5. La crescente utilizzazione di strumenti alternativi al testamento. – 6. Conclusione.

1. Il caso e la decisione della Corte.

La questione sottoposta ai giudici di legittimità riguarda i presupposti applicativi del divieto di patti successori, di cui all'art. 458 cod. civ., con riguardo a un accordo concluso tra genitori e figli per riequilibrare le posizioni patrimoniali a seguito di donazioni eseguite a favore di un figlio.

Nel caso di specie, un fratello agiva in giudizio nei confronti delle sorelle, chiedendo la revoca della donazione di quote di una società a responsabilità limitata che il medesimo attore aveva disposto a favore delle stesse sorelle, ai sensi dell'art. 803 cod. civ. Le convenute eccepivano che l'atto, formalmente intestato come donazione, costituiva, in realtà, esecuzione di una intesa formalizzata con una precedente scrittura privata, con la quale i genitori avevano inteso definire, assieme ai figli, l'assetto della divisione dei propri beni. Le sorelle mettevano in luce che il trasferimento delle quote aveva lo scopo di riequilibrare la situazione patrimoniale, in seguito a precedenti attribuzioni dei genitori al fratello. Secondo le sorelle, la donazione di cui l'attore chiedeva la revocazione veniva in realtà a dissimulare un negozio con funzione solutoria, in adempimento dell'impegno precedentemente assunto dal fratello con la citata scrittura privata. Quest'ultimo replicava, deducendo la nullità della scrittura privata, in quanto conclusa in violazione del divieto di patti successori di cui all'art. 458 cod. civ. La tesi del fratello, ritenuta infondata nel giudizio di primo grado, è accolta dalla Corte d'appello di Milano. Ad avviso dei giudici meneghini, la scrittura privata antecedente la donazione costituiva un patto successorio, avendo i figli concluso l'accordo in qualità di aventi diritto alla successione non ancora aperta dei genitori e risultando che la comune intenzione delle parti era quella di riequilibrare le rispettive situazioni patrimoniali nell'ottica della futura successione dei genitori rinunciando altresì al diritto di contestare in futuro le donazioni effettuate dai genitori medesimi quali anticipazioni dell'eredità. La nullità della scrittura privata travolge anche la successiva donazione, descritta come un «atto solutorio privo di causa meritevole di tutela *ex* art. 1322 cod. civ. e, ulteriormente, nullo perché posto in essere in frode alla legge *ex* art. 1344 cod. civ., essendo finalizzato a realizzare uno scopo illecito» [1].

La Corte di cassazione accoglie il ricorso, mettendo in luce che la Corte d'appello ha omesso di verificare la presenza di almeno due dei presupposti applicativi dell'art. 458 cod. civ.: *a)* se i genitori che insieme ai figli avevano partecipato alla scrittura privata avessero inteso provvedere in tutto o in parte della propria successione, privandosi, così del *ius poenitendi* e *b)* se l'accordo relativo al trasferimento, dal promittente al promissario, avesse luogo *mortis causa*, ossia a titolo di eredità o di legato. Sulla scorta di tali osservazioni, i giudici di legittimità affermano il seguente principio di diritto: «l'impegno assunto da fratelli, d'intesa con i genitori, di procedere a forme di conguaglio o compensazione per la differenza di valore dei beni loro donati in vita dai genitori non viola il divieto di patti successori, in quanto non viene ad investire i diritti spettanti sulla futura successione *mortis causa* del genitore ed anzi non trova in quest'ultima il presupposto causale» [2].

La decisione si segnala per aver ribadito dei principi giurisprudenziali consolidati in relazione a un caso peculiare in cui genitori e figli hanno pianificato di comune accordo un trasferimento di quote societarie per donazione allo scopo di riequilibrare le posizioni patrimoniali dei figli. L'ordinanza offre una base per discutere la *ratio* e limiti del divieto dei patti successori nelle tre tradizionali configurazioni dei patti successori, come istitutivi, dispositivi e rinunciativi [3]. Le argomentazioni della Suprema Corte dimostrano una crescente apertura al riconoscimento di espressioni dell'autono-

* **Contributo pubblicato in base a *referee*.**

[1] Si tratta delle parole riprese testualmente da CASS. CIV., ord. 9.1.2024, n. 722.

[2] CASS. CIV., ord. 9.1.2024, n. 722, cit.

[3] Sui diversi tipi di patto successorio v. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, 10a ed., Utet, 2020, 24 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.2., *Le successioni*, 6a ed., a cura di M. BIANCA - P. SIRENA, Giuffrè, 2022, 32 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

mia privata, alternative al testamento, nell'ambito del diritto successorio.

2. Esigenze di pianificazione ereditaria e limiti dell'autonomia privata.

La vicenda in esame rispecchia il desiderio comune a molte famiglie di disciplinare gli assetti patrimoniali prima della morte di uno dei genitori, con l'obiettivo di evitare l'insorgere di controversie in seguito all'apertura della successione[4]. Negli ultimi anni il patto di famiglia ha costituito un notevole passo in avanti ai fini dell'adozione di strumenti di pianificazione del passaggio generazionale dell'impresa mediante mezzi diversi dal testamento, ma l'istituto non si presenta idoneo a rispondere a pieno alle esigenze della pianificazione ereditaria[5]. Esso presenta limiti di applicabilità significativi, posto che ammette soltanto la possibilità che l'azienda o la società venga trasmessa all'interno della famiglia. Inoltre, non sempre tra i discendenti dell'imprenditore è rinvenibile una persona idonea a garantire la proficua prosecuzione dell'impresa[6]. Le difficoltà messe in risalto potrebbero – in parte – essere superate in via interpretativa, ma sono per ora assenti prassi consolidate[7].

Per quanto riguarda l'interpretazione dell'art. 458 cod. civ., nel corso degli anni la dottrina ha proposto letture della norma volte a limitare il più possibile l'ambito di incidenza del divieto, consentendo un più ampio esercizio dell'autonomia privata[8]. Del resto, più di venti anni fa, in una comunicazione della Commissione europea è stato affermato che il divieto di patti successori costituisce un intralcio alla "sana gestione" patrimoniale dell'impresa[9]. Nonostante questa apparente spinta verso un superamento o una mitigazione del divieto, si riscontrano sentenze della Cassazione che sembrano orientate in senso opposto. Per l'individuazione dei patti istitutivi o dispositivi, si sostiene che «occorre accertare se il vincolo giuridico ... abbia avuto la specifica finalità di costituire, modificare, trasmettere o estinguere diritti relativi ad una successione non ancora aperta; se la cosa o i diritti formanti oggetto della convenzione siano stati considerati dai contraenti come entità comprese nella futura successione; se i disponenti abbiano contrattato o stipulato come aventi diritto alla successione stessa; se l'assetto negoziale convenuto debba aver luogo "*mortis causa*"»[10]. Queste indicazioni di carattere generale hanno indotto la giurisprudenza a sostenere che l'esistenza di un patto successorio istitutivo non deve emergere necessariamente dal testamento o da un atto scritto, potendo al contrario essere dimostrata con qualunque mezzo, giacché si tratta di provare un accordo illecito[11]. Su queste basi, si riscontra di frequente l'affermazione della sussistenza di un patto successorio vietato risultante da due diversi testamenti[12]. In questi casi, i testamenti si pongono come atti esecutivi di un precedente accordo concluso dai testatori avente per oggetto l'impegno di ciascuno a disporre in un certo modo della propria successione per causa di morte[13].

---

[4] Si discorre in proposito di «pianificazione successoria»: cfr. la definizione di Amadio, voce «Contrattualità successoria», in *Enc. del dir., I tematici*, I, *Il contratto*, a cura di D'Amico, Giuffrè, 2021, 487: «l'anticipazione dell'assetto futuro dei rapporti, in vista di una deflazione del contenzioso potenzialmente derivante proprio dalla vicenda successoria». Per un'ampia ricognizione degli strumenti elaborati nella prassi, v. da ultimo Ieva, *Dai contratti parasuccessori al contratto ereditario: un percorso da completare*, in *Riv. notar.*, 2023, 1149 ss.

[5] V. per tutti Zoppini, *Profili sistematici della successione anticipata (note sul patto di famiglia)*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, 277 ss.; Amadio, *Profili funzionali del patto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, 345 ss.; in Delle Monache, *Funzione, contenuto ed effetti del patto di famiglia*, in *Tradizione e modernità nel diritto successorio*, a cura di Delle Monache, Cedam, 2007, 323 ss.; G. Perlingieri, *Il patto di famiglia tra bilanciamento dei principi e valutazione comparativa degli interessi*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, 166 ss.; Volpe, *Patto di famiglia*, in *Commentario Schlesinger*, Giuffrè, 2012, 18 ss.; Ieva, voce «Patto di famiglia», in *Enc. del dir. – Annali*, VI, Giuffrè, 2013, 634 ss.; nonché, da ultimo, Riva, *Il patto di famiglia al servizio del trasferimento intergenerazionale di impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 1077 ss.; in lingua tedesca, Kindler, *Neue Gestaltungsmöglichkeiten im italienischen Unternehmenserbrecht: der Familienvertrag ("patto di famiglia")*, in *FamRZ*, 2007, 954 ss.; Dörner e Ferrante, *Der neue italienische ,,Patto di famiglia''*, in *ZEV*, 2008, 53 ss. In merito alla qualificazione giuridica del patto di famiglia, movendo da una questione di diritto tributario, v. Bilotti, *La suprema Corte e la qualificazione del patto di famiglia. A proposito di Cass., n. 29506 del 2020*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, 121 ss.

[6] Riva, *Il patto di famiglia al servizio del trasferimento intergenerazionale di impresa*, cit., 1081.

[7] Ma v. Oliviero, *Struttura del patto di famiglia e attribuzione ai legittimari non assegnatari*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2021, 1399 ss., il quale esamina la possibilità di strutturare il patto di famiglia in senso «verticale», ossia mediante «la compresenza di trasferimenti effettuati direttamente dal disponente così nei confronti dell'assegnatario come dei non assegnatari».

[8] In particolare, cfr. Martino, *I patti successori: ragioni del divieto e tendenze innovative*, Dupress, 2007; Caccavale, *Il divieto dei patti successori*, nel *Trattato breve di diritto delle successioni e donazioni*, 2ª ed., a cura di Rescigno e coordinato da Ieva, Cedam, 2010, 25 ss.; Achille, *Il divieto dei patti successori. Contributo allo studio dell'autonomia privata nella successione futura*, Jovene, 2012, 75 ss.; V. Barba, *I patti successorî e il divieto di disposizione della delazione*, Esi, 2015, 88 ss.; Cicero, *Il divieto del patto successorio nel codice civile italiano e le sue motivazioni*, in *Riv. notar.*, 2018, 699 ss.; Migliaccio, *I patti successori c.dd. obbligatori e la ricerca del giusto rimedio*, in *Dir. succ. e fam.*, 2023, 1009 ss.

[9] Comunicazione della Commissione europea n. 98/C93/02 del 27.3.1998.

[10] Cass. civ., 8.11.2022, n. 32855, in *One legale*.

[11] Cfr. Cass. civ., 2.9.2020, n. 18197, in *Fam. dir.*, 2021, 723 ss., con nota di Trolli, *Testamento concordato fra coniugi e divieto di patti successori*, secondo cui l'accordo si concluso dai testatori si inferisce da tre elementi «la contemporaneità della redazione, l'identità del contenuto e l'identità della forma».

[12] Cass. civ., 27.4.1982, n. 2623: «si ha patto successorio, vietato, ai sensi dell'art. 458 c.c., quando le disposizioni testamentarie redatte da più persone, pur essendo contenute in schede formalmente distinte, danno luogo a un accordo con il quale ciascuno dei testatori provvede alla sua successione in un determinato modo, in determinante correlazione con la concordata disposizione dei propri beni da parte».

[13] In senso critico, v. S. Patti, *Testamenti simultanei, patto successorio e principio di conservazione*, in *Familia*, 2021, 475 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Un significativo superamento del divieto era contenuto nella proposta di riforma del codice civile del disegno di legge delega 1151 del 2019[14]. Infatti, all'art. 1, comma 1, lett. d) si prevedeva la possibilità di «consentire la stipulazione di patti sulle successioni future intesi alla devoluzione dei beni del patrimonio ereditario in essi determinati ai successori ivi indicati, ovvero a permettere la rinunzia irrevocabile di successibili alla successione generale o in particolari beni, restando inderogabile la quota di riserva prevista dagli articoli 536 e seguenti del codice civile»[15]. La riforma avrebbe consentito il superamento del divieto dei patti successori istitutivi e rinunciativi, offrendo altresì la possibilità di limitare l'incidenza di questi ultimi a singoli beni. Tuttavia, i patti successori non avrebbero comunque potuto ledere le quote di riserva dei legittimari. La proposta di legge non specifica quale sarebbe stato l'effetto di una violazione del limite delle quote di riserva, sebbene sembri corretto sostenere anche in questo contesto il principio secondo cui le disposizioni lesive dei diritti dei legittimari non sono nulle. Il riconoscimento di uno spazio più ampio dell'autonomia privata nel diritto successorio avrebbe segnato una significativa innovazione nel libro secondo del codice civile[16]. Le norme proposte hanno suscitato notevole interesse in dottrina e indotto a guardare a modelli giuridici stranieri, in particolare all'ordinamento giuridico tedesco e alla disciplina dell'*Erbvertrag*[17]. L'*iter* della normativa e le successive discussioni non hanno peraltro inciso sulla possibilità di ricorrere a mezzi alternativi al testamento non soggetti al divieto, di cui all'art. 458 cod. civ.

3. I presupposti applicativi del divieto dei patti successori.

Nel caso in esame, genitori e figli hanno per iscritto pattuito un trasferimento patrimoniale concernente quote societarie in precedenza donate dagli stessi genitori a un figlio. Rispetto a tale pattuizione, la donazione su cui si è concentrato il giudizio di merito configurava un atto esecutivo con il quale il figlio trasmetteva alle sorelle quote societarie ricevute dai genitori.

Richiamando un consolidato orientamento[18], la Cassazione rileva che per stabilire se una determinata pattuizione violi il divieto di cui all'art. 458 cod. civ. sia necessario accertare: 1) se il vincolo giuridico con essa creato abbia avuto la specifica finalità di costituire, modificare, trasmettere o estinguere diritti relativi ad una successione non ancora aperta; 2) se la cosa o i diritti formanti oggetto della convenzione siano stati considerati dai contraenti come entità della futura successione o debbano comunque essere compresi nella stessa; 3) se il promittente abbia inteso provvedere in tutto o in parte della propria successione, privandosi, così dello *ius poenitendi*; 4) se l'acquirente abbia contrattato o stipulato come avente diritto alla successione stessa; 5) se il convenuto trasferimento, dal promittente al promissario, debba aver luogo *mortis causa*, ossia a titolo di eredità o di legato.

Ai fini della decisione, per escludere la presenza di un patto successorio istitutivo, assume carattere decisivo la circostanza che la scrittura privata e il successivo atto pubblico concernevano beni che appartenevano al figlio. Sotto questo profilo, la partecipazione dei genitori non può assurgere alla privazione del *ius poenitendi*, poiché i beni oggetto dell'accordo erano già stati trasmessi al figlio per atto valido *inter vivos*. Pertanto, sarebbe risultato altresì errato affermare che il trasferimento previsto dalla scrittura privata aveva avuto luogo *mortis causa*, ossia a titolo di eredità o di legato.

In merito a quest'ultimo presupposto, i giudici di legittimità richiamano l'importante indirizzo giurisprudenziale, secondo cui l'atto *mortis causa*, rilevante ai sensi dell'art. 458 cod. civ., «è esclusivamente quello nel quale la morte incide non già sul profilo effettuale (ben potendo il decesso di uno dei contraenti fungere da termine o da condizione), ma sul piano causale, essendo diretto a disciplinare rapporti e situazioni che vengono a formarsi in via originaria con la morte del soggetto o che dalla sua morte traggono comunque una loro autonoma qualificazione, sicché la morte deve

---

[14] Ci si riferisce al d.d.l. delega 1151 del 30.7.2019.

[15] V. in proposito S. Patti, *Contratti ereditari e contratti di rinunzia all'eredità*, in *Materiali per una revisione del codice civile*, I, a cura di Cuffaro e Gentili, Giuffrè, 2021, 297 ss.; Palazzo, *L'autonomia in materia patrimoniale nella vicenda successoria*, *ivi*, 307 ss.; Cicero, *I patti successori*, *ivi*, 447 ss. In merito alla riforma dell'art. 458 cod. civ., v. già Roppo, *Per una riforma del divieto dei patti successori*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, 5 ss.; Caccavale e Tassinari, *Il divieto dei patti successori tra diritto positivo e prospettive di riforma*, *ivi*, 74 ss., nonché Iannicelli, *Il divieto dei patti successori: prospettive di revisione legislativa*, in *Fam., pers. e succ.*, 2008, 361 ss.

[16] Per considerazioni di carattere generale, cfr. F.P. Patti, *Problematiche attuali e prospettive di riforma del diritto successorio*, in questa ***Rivista***, 2023, II, 968 ss.

[17] Per una dettagliata ricostruzione della disciplina dell'*Erbvertrag* nel codice civile tedesco, v. Azzarri, *Il contratto successorio*, in *Eur. e dir. priv.*, 2023, 147 ss., il quale nella parte conclusiva del saggio presenta in chiave comparatistica alcune proposte metodologiche per l'introduzione di una disciplina del contratto successorio nell'ordinamento italiano. Sul punto, v. anche C. Cicero, *Il (falso?) problema della contrattualizzazione del diritto successorio*, in *Riv. notar.*, 2023, 153 ss., spec. 170, il quale con riguardo alla riforma del diritto italiano afferma che «Il contratto ereditario di diritto tedesco può essere forse un punto di riferimento». Relativamente alla disciplina del *BGB*, v. anche Raff, *Patto successorio* (Erbvertrag*) e testamento congiuntivo* (gemeinschaftliches Testament*) nel diritto tedesco*, in Amayuelas *et al.*, *Casi controversi in materia di diritto delle successioni*, II, *Esperienze straniere*, Esi, 2019, 809 ss.

[18] Cass. civ., ord. 24.5.2021, n. 14110 in *Rep. Foro it.*, 2021, voce «Successione ereditaria», n. 117, secondo cui deve essere esclusa la violazione del divieto, di cui all'art. 458 cod. civ., nella predisposizione di una scrittura privata con cui il padre si era impegnato a custodire e gestire, possibilmente incrementandone il valore, una collezione di opere d'arte con l'obbligo di non farne subire un decremento e di non spossessarsene, a fronte della contestuale assunzione dell'obbligo, da parte dei figli, di corrispondergli una rendita vitalizia. In senso conforme, già Cass. civ., 16.2.1995, n. 1683, in *Giust. civ.*, 1995, 1501 ss.; Cass. civ., 22.7.1971, n. 2404, in *Foro it.*, 1972, I, c. 700.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

incidere sia sull'oggetto della disposizione sia sul soggetto che ne beneficia: in relazione al primo profilo l'attribuzione deve concernere l'*id quod superest*, ed in relazione al secondo deve beneficiare un soggetto solo in quanto reputato ancora esistente al momento dell'apertura della successione» [19].

La Cassazione riprende il noto insegnamento di autorevole dottrina, secondo cui l'atto *mortis causa* ha la funzione di «regolare i rapporti patrimoniali e non patrimoniali del soggetto per il tempo e in dipendenza della sua morte, e che nessun effetto, nemmeno prodromico o preliminare, è perciò destinato a produrre, e produce prima di tale evento» [20]. In definitiva, l'atto *mortis causa* si configura come «l'atto che ha a proprio contenuto il regolamento di una situazione rilevante giuridicamente dopo la morte del suo autore» [21]. Esso si riferisce quindi a rapporti e situazioni che si formano in via originaria con la morte del soggetto o che dall'evento morte traggono comunque una loro autonoma qualificazione. In questo senso, la morte deve incidere sia sull'oggetto della disposizione sia sul soggetto che ne beneficia. L'oggetto della disposizione deve determinarsi quanto ad entità, esistenza e modo di essere al momento della morte del disponente, deve cioè costituire un *quod superest* e, allo stesso modo, la persona del beneficiario deve essere considerata in quanto esistente in tale momento. In mancanza di una delle due condizioni, l'atto deve considerarsi estraneo all'ambito applicativo dell'art. 458 cod. civ.

Del resto, la Corte di Cassazione rileva esattamente che nel caso di specie non era riscontrabile una finalità abdicativa rispetto ai diritti derivanti ai legittimari dall'apertura della successione. La convenzione redatta da genitori e figli concerneva soltanto beni specifici che erano stati in precedenza donati al figlio. Pertanto, ad avviso della S.C., l'accordo tra membri della famiglia non integra gli elementi dei patti successori dispositivi e rinunciativi [22].

4. La fattispecie dei conguagli che non ricadono nel divieto dei patti successori.

A conclusione del proprio ragionamento, la Corte di Cassazione osserva che l'impegno assunto da fratelli, d'intesa con i genitori, di procedere a forme di conguaglio o compensazione per la differenza di valore dei beni loro donati in vita dai genitori non viola il divieto di patti successori, in quanto non viene ad investire i diritti spettanti sulla futura successione *mortis causa* del genitore ed anzi non trova in quest'ultima il presupposto causale. Sotto questo profilo, i giudici di legittimità richiamano un proprio precedente in cui è stato affermato che l'assunzione tra fratelli dell'obbligo di conguaglio per la differenza di valore dei beni loro donati in vita dal genitore non viola il divieto di patti successori, non concernendo i diritti spettanti sulla futura successione *mortis causa* del genitore [23].

Il caso richiamato si presenta simile, ma non identico a quello oggetto della controversia in esame. Una madre aveva donato a ciascuna delle due figlie determinati beni e il valore di quelli ricevuti da una figlia superava quello dei beni ricevuti dall'altra. Le donatarie sottoscrivevano una scrittura privata nella quale la figlia in posizione di vantaggio, da un punto di vista patrimoniale, si riconosceva debitrice dell'altra per conguaglio del maggior valore della proprietà acquistata e si obbligava a pagare a quest'ultima una certa somma di denaro. Non essendo stato corrisposto il pagamento del conguaglio, la sorella «creditrice» otteneva un decreto ingiuntivo nei confronti dell'altra, la quale proponeva opposizione [24]. I giudici di legittimità rilevano che le parti si erano limitate a determinare il conguaglio che l'opponente assumeva dovuto a favore della sorella in relazione al maggior valore dei beni rispettivamente ricevuti ed acquistati, che la madre aveva loro trasferito in vita e non certo per il tempo della (futura) successione, «di guisa che appare del tutto fuori luogo anche il riferimento alla regolamentazione di diritti che sarebbero loro derivanti per effetto della successione *mortis causa* alla madre» [25].

Nell'occasione, la Cassazione afferma altresì – analogamente a quanto sostenuto nell'ordinanza in esame – che l'obbligazione assunta non conteneva alcuna rinuncia ai diritti spettanti sulla futura successione della madre quale legittimaria, per cui era da escludere la violazione del divieto dei patti successori, anche con

[19] Da ultimo ribadito in Cass. civ., 2.9.2020, n. 18198, in *Rep. Foro it*, 2020, voce «Successione ereditaria», n. 153.

[20] Giampiccolo, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Giuffrè, 1954, 36 ss. Per diversi criteri distintivi, utili per valutare la legittimità di atti compiuti allo scopo di pianificare la successione, v. da ultimo V. Barba, *Contenuto del testamento e atti di ultima volontà*, Esi, 2018, 166 ss.

[21] Giampiccolo, *op. loc. cit.*

[22] In relazione ai patti successori dispositivi, cfr. Achille, *Il divieto dei patti successori*, cit., 148, secondo cui «il profilo che viene caratterizzato da illiceità non è quello causale, come avviene per i patti successori istitutivi, bensì quello attinente all'oggetto del contratto che non può essere – proprio in virtù del divieto dei patti successori – un bene facente parte di una successione non ancora aperta». L'Autore afferma altresì che i patti successori dispositivi sono «per loro stessa natura ad effetti reali differiti o obbligatori, ma giammai ad effetti reali immediati» (*ivi*, 151). Quest'ultimo elemento contribuisce ad escludere che nel caso di specie si configuri un patto successorio.

[23] Cass. civ., 27.11.2015, n. 24291, in *Rep. Foro it.*, 2016, voce *Successione ereditaria*, n. 119.

[24] Cass. civ., 27.11.2015, n. 24291, cit. È interessante rilevare che tanto il Tribunale quanto la Corte d'appello ritenevano giustificata l'opposizione, ravvisando nel complesso degli atti posti in essere tra le parti la volontà di incidere illegittimamente su una successione non ancora aperta. In altri termini, la sorella opponente si sarebbe obbligata verso l'altra in violazione del divieto dei patti successori. Pertanto, la scrittura privata prodotta a sostegno del ricorso per decreto ingiuntivo, secondo i giudici del merito, doveva considerarsi nulla.

[25] Cass. civ., 27.11.2015, n. 24291, cit.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

riferimento a quelli dispositivi o rinunciativi [26]. Diversamente, la Cassazione in passato non ha mancato di rilevare la nullità, per contrasto con il divieto di cui agli artt. 458 e 557 cod. civ., della transazione conclusa da uno dei futuri eredi, allorquando sia ancora in vita il *de cuius*, con la quale egli rinunci ai diritti vantati, anche quale legittimario, sulla futura successione, ivi incluso il diritto a fare accertare la natura simulata degli atti di alienazione posti in essere dall'ereditando perché idonei a dissimulare una donazione [27]. Gli elementi che caratterizzavano il ricordato accordo transattivo non ricorrono nel caso deciso dall'ordinanza in commento.

In ogni caso, giova mettere in luce che la decisione in esame ha riguardato una fattispecie in cui all'accordo sui conguagli hanno partecipato anche i genitori. La questione è brevemente affrontata nella motivazione, ove si osserva che «la stessa scrittura, pur riconducendo ai genitori – e non all'odierno controricorrente, formale titolare – il promesso trasferimento delle quote della società, veniva a qualificare lo stesso come donazione e non come attribuzione *mortis causa*». In questa prospettiva, le espressioni utilizzate nella scrittura privata sarebbero riferibili «non agli assetti delle future successioni, bensì alle "situazioni patrimoniali pregresse"». In altri termini, la partecipazione dei genitori non aveva rilevanza, poiché l'unico soggetto legittimato a disporre dei beni era il figlio, titolare delle partecipazioni sociali.

Rispetto all'assetto di interessi che scaturisce dalle donazioni dei genitori e dai successivi accordi posti in essere dai discendenti, deve osservarsi che la netta posizione dei giudici di legittimità potrebbe essere riconsiderata nelle ipotesi in cui i donanti mantengano una facoltà di revoca delle donazioni [28]. Invero, la giurisprudenza sostiene che in caso di donazione, la violazione del divieto dei patti successori può derivare solo dalla persistenza di un residuo potere dispositivo del donante, tale da minare l'irrevocabilità della disposizione e la sua immediata efficacia vincolante [29]. Nel caso di specie, la facoltà di revocare la donazione potrebbe anche configurare uno strumento di pressione nei confronti del donatario, allo scopo di indurlo ad aderire all'accordo sui conguagli.

In conclusione, pur ammettendosi la legittimità dell'accordo dei figli su conguagli relativi a beni di provenienza donativa, non sembra potersi sostenere che donare beni ai figli e successivamente indurli a riequilibrare le proprie posizioni possa assurgere a buona prassi per famiglie interessate alla pianificazione successoria. Anzitutto, non vi è – ovviamente – alcun obbligo in capo ai figli di stipulare siffatti accordi. Inoltre, sui beni donati potrebbe incidere l'istituto della collazione, di cui agli artt. 737 cod. civ. ss., idoneo a determinare risultati molto diverso rispetto a quelli avuti di mira dall'ereditando [30].

5. La crescente utilizzazione di strumenti alternativi al testamento.

L'ordinanza costituisce un'ulteriore espressione dell'orientamento giurisprudenziale volto ad estendere il riconoscimento della legittimità di strumenti alternativi al testamento nel contesto della pianificazione ereditaria. In tempi recenti, l'esame dettagliato degli elementi costitutivi dell'atto *mortis causa* ha portato la giurisprudenza ad escludere l'applicazione del divieto di patti successori relativamente a una serie di atti negoziali «parasuccessori» o «fenomeni a rilevanza successoria», ossia vicende contrattuali che consentono di disporre validamente dei propri beni con effetto *post mortem* [31]. Nel determinare i limiti di applicabilità del-

---

[26] Cfr. Cass. civ., 27.11.2015, n. 24291, cit., ove si legge che «la rinuncia deve essere espressa in modo non equivoco anche considerando che, ai fini della determinazione della porzione disponibile e delle quote riservate ai legittimari, occorre avere riguardo alla massa costituita da tutti i beni che appartenevano al "*de cuius*" al momento della morte – al netto dei debiti – maggiorata del valore dei beni donati in vita dal defunto; pertanto, siffatta lesione intanto può configurarsi in quanto sia verificata con riferimento alla consistenza del patrimonio al momento della morte del *de cuius*, momento fino al quale esso può incrementarsi per successivi acquisti».

[27] Così Cass. civ., 15.6.2018, n. 15919, in *De jure*, in relazione a un caso in cui un soggetto conveniva in giudizio il fratello al fine di accertare la natura simulata, in quanto dissimulante una donazione immobiliare, dell'atto di cessione di quota intercorso tra il convenuto e la madre, con la conseguente lesione della propria quota di riserva, in relazione alla successione materna.

[28] Sulla tematica del vincolo giuridico che scaturisce dalla donazione, cfr. Zoppini, *La donazione «ha forza di legge tra le parti» (per una rilettura della riserva di disporre del bene donato)*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 223 ss.

[29] Cass. civ., 13.12.2023, n. 34858, in *Foroplus*. L'osservazione può apparire paradossale, tenendo conto che l'irrevocabilità dell'atto costituisce una delle ragioni per le quali vige il divieto dei patti successori. Tuttavia, nella motivazione della Cassazione assume carattere decisivo, in quanto l'irrevocabilità dell'atto conferma che il bene è definitivamente uscito dal patrimonio dell'ereditando.

[30] Sulle problematiche nascenti dall'applicazione dell'istituto della collazione al ricorrere di strumenti alternativi al testamento, v. De Nova, *Autonomia privata e successioni* mortis causa, in *Jus*, 1997, 278. Relativamente alle donazioni soggette alla collazione, v. C.M. Bianca, *Diritto civile*, cit., 436 ss.

[31] V. soprattutto Palazzo, *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, Jovene, 1983; Ieva, *I fenomeni cd. parasuccessori*, in *Riv. notar.*, 1988, 1141 ss.; Id., *I fenomeni a rilevanza successoria*, Jovene, 2008, 27 ss.; De Nova, voce «Successioni anomale legittime», nel *Digesto IV ed., Disc. priv., sez. civ.*, XIX, Utet, 1999, 182 ss.; Lucchini Guastalla, *Divieto della vocazione contrattuale, testamento e strumenti alternativi alla trasmissione della ricchezza*, in *Tradizione e modernità nel diritto successorio*, a cura di Delle Monache, cit., 139 ss. e, da una prospettiva generale, Zoppini, *Il diritto privato e i suoi confini*, il Mulino, 2020, 227. A livello internazionale i suddetti atti negoziali vengono definiti «will substitutes»: cfr. Christandl, *Will-Substitutes in Italy*, in *Passing Wealth on Death. Will-Substitutes in Comparative Perspective*, a cura di Braun e Röthel, Bloomsbury, 2016, 131 ss. In questo contesto, v. altresì Zoppini, *Contributo allo studio delle disposizioni testamentarie «in forma indiretta»*, in *Riv. trim.*, 1998, 1077 ss. Conduce una ricerca storica del diritto tedesco e del *common law* inglese Braun, *Formal and Informal Testamentary Promises. A Historical and Comparative Perspective*, in *RabelsZ* 76, 2012, 994 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

l'art. 458 cod. civ., la decisione in commento propone un'argomentazione spesso utilizzata dalla giurisprudenza con riguardo a diversi atti posti in essere da privati con l'intento di disciplinare l'allocazione dei propri beni al momento della morte.

Un punto di emersione particolarmente significativo del descritto orientamento riguarda il *trust*. Infatti, in assenza di regole adeguate alla pianificazione ereditaria nell'ordinamento italiano, nei casi di *estate planning* si ricorre sempre più spesso all'istituto del *common law* [32], poiché la giurisprudenza sembra aver ammesso, in via definitiva, l'ammissibilità del *trust* con effetti *post mortem*. In proposito, si segnala un'importante decisione [33], secondo cui il "*trust inter vivos*" con effetti "*post mortem*" deve essere qualificato come donazione indiretta, riferibile, in quanto tale, alla categoria delle liberalità non donative ai sensi dell'art. 809 cod. civ., «poiché l'attribuzione ai beneficiari del patrimonio che ne costituisce la dotazione avviene per atto del "*trustee*" a cui il disponente aveva trasferito la proprietà, sicché l'avvenuta fuoriuscita del "*trust fund*" dal patrimonio di quest'ultimo quando era ancora in vita esclude la natura "*mortis causa*" dell'operazione, nella quale l'evento morte rappresenta il mero termine o condizione dell'attribuzione, senza penetrare nella giustificazione causale della stessa» [34]. Peraltro, il *trust* si presenta come uno strumento molto flessibile e la legittimità dello schema contrattuale dipende dagli specifici contenuti determinati dal disponente [35]. Indubbiamente, con le dovute accortezze il *trust* configura un'autonoma «macchina di diritto ereditario» [36] che si pone al di fuori del modello legislativo testamentario.

Nella stessa direzione, la giurisprudenza ha affermato la validità della donazione con clausola sospensiva di premorienza del donante, osservando che essa produce effetti immediati e concerne singoli beni valutati dai contraenti nella loro consistenza ed oggettività al momento del perfezionamento [37]. Tale donazione è contrassegnata dalla attualità dell'attribuzione la cui efficacia è solo differita alla morte, mentre non assume rilevanza la maggior o minore probabilità del verificarsi dell'evento condizionante [38]. Come nel caso oggetto dell'ordinanza in commento, per escludere l'applicazione dell'art. 458 cod. civ. risulta decisiva la fuoriuscita del bene dal patrimonio dell'ereditando mediante atto *inter vivos*.

Gli orientamenti giurisprudenziali ricordati sembrano porsi in linea con le evoluzioni del diritto successorio nel contesto internazionale. Infatti, con l'avvento della nuova legislazione europea sul diritto internazionale privato, appare acclarato che un patto successorio concluso da un cittadino italiano in conformità con la legge della sua residenza abituale al momento della conclusione dell'accordo (ad esempio, Germania [39]) debba essere riconosciuto in Italia, nonostante il divieto dei patti successori disposto nel diritto interno (art. 25, reg. UE n. 650 del 2012) [40]. Lo stesso vale anche per i testamenti reciproci (art. 3, par. 1, lett. b del

---

[32] Sull'utilizzazione del *trust* in ambito successorio, v. Lupoi, Trusts *e successioni* mortis causa, in *Jus*, 1997, 279 ss.; Moscati, *Le fonti della vocazione ereditaria. Il divieto dei patti successori e le alternative convenzionali al testamento. Il trust*, in Id., *Diritto successorio. Saggi*, Giappichelli, 2004, 28 ss.; Zoppini - Nonne, *Fondazioni e trust quali strumenti della successione ereditaria*, nel *Trattato breve di diritto delle successioni e donazioni*, a cura di Rescigno e coordinato da Ieva, cit., 147 ss.; Achille, *Il divieto dei patti successori*, cit., 130 ss.; Montinaro, *Il trust nel diritto delle persone e della famiglia*, in *Fam., pers. e succ.*, 2010, 16 ss.; Perriello, *I* trust *con funzione successoria*, in *Riv. giur. Molise e Sannio*, 2017, 121 ss.; Semprini, *I rapporti fiduciari con funzione successoria. Contributo allo studio dei negozi con efficacia* post mortem, Giappichelli, 2022, 22 ss.; Gatt, *Il* trust *testamentario sottoposto a legge straniera e norme inderogabili di diritto successorio italiano. Un'analisi della prassi negoziale*, in *Familia*, 2020, 299 ss. Da una prospettiva comparatistica, cfr. An. Fusaro, *Il diritto successorio inglese e il* trust, in *Notariato*, 2010, 559 ss.

[33] Cass. civ., 17.2.2023, n. 5073, in *Giur. it.*, 2024, 1535 ss., con nota di Cenini, *Validità del trust discrezionale di famiglia in funzione successoria e rimedi per i legittimari*, ove si osserva che il rimedio assicurato al legittimario che assuma essere stato leso dal *trust* e dai suoi atti di dotazione è quello del ricorso all'azione di riduzione. Nella giurisprudenza di merito, v. anche Trib. Torino, 19.12.2017, in *Rep. Foro it.*, 2020, voce «Revocatoria (azione)», n. 31.

[34] Cass. civ., 17.2.2023, n. 5073, cit.

[35] V. l'ampia disamina di Pene Vidari, Trust *e divieto dei patti successori*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, 851 ss., spec. 881 ss. ove vengono illustrate alcune ipotesi applicative in violazione del divieto dei patti successori.

[36] Si tratta dell'espressione *Erbrechtsmaschine* utilizzata da Dutta, *Warum Erbrecht? Das Vermögensrecht des Generationenwechsels in funktionaler Betrachtung*, Mohr Siebeck, 2014, 7 ss.

[37] Cass. civ., 13.12.2023, n. 34858, in *Foroplus*. Nello stesso senso, v. Cass. civ., 3.3.2009, n. 5119, in *Giust. civ.*, 2009, I, 1261, secondo cui «la convenzione in esame rientra nell'ambito di quei negozi "*inter vivos*" con i quali si determina l'immediato trasferimento di un bene o la nascita di una obbligazione, pur subordinandone l'efficacia alla morte di una delle parti; in altri termini l'atto si perfeziona e diviene vincolante indipendentemente dalla morte, venendo così meno qualsiasi nesso tra morte ed atto di disposizione, nonostante il differimento della sua efficacia al momento della morte di una delle parti». In merito alla donazione con clausola sospensiva di premorienza del donante, v. Lucchini Guastalla, *Gli strumenti negoziali di trasmissione della ricchezza familiare: dalla donazione* si praemoriar *al patto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, 303 ss.

[38] Cass. civ., 13.12.2023, n. 34858, cit.: «La premorienza del donante è, per sua natura, evenienza incerta anche ove il donante versi in condizioni di malattia irreversibili (non potendo escludersi, in linea di principio, che premuoia il donatario per cause accidentali, improvvise, impreviste e indipendenti dal suo stato di salute sicché la donazione non diviene efficace), né è – in tal caso – prevedibile la durata della vita residua, conservando utilità pratica la connotazione di irrevocabilità della disposizione».

[39] Per un confronto con il diritto italiano, v. S. Patti, *Contratti ereditari e contratti di rinunzia all'eredità nell'esperienza germanica*, in *Familia*, 2018, 195 ss.

[40] Bonomi, *Il regolamento europeo sulle successioni*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2013, 293 ss., spec. 315 s. Sulla questione, v. An. Fusaro, *Profili comparatistici dei contratti ereditari*, in *Riv. notar.*, 2022, 659 ss., spec. 667 ss. Per un'applicazione giurisprudenziale, cfr. Maoli, *La disciplina dei patti successori nel regolamento UE n. 650/2012 e i contratti traslativi di proprietà mortis causa (nota a Corte Giust. UE, 9 settembre 2021, C-277/20)*, in *Familia*, 2022, 419 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

regolamento). Un atteggiamento di chiusura volto ad estendere l'ambito applicativo del divieto stabilito dall'art. 458 cod. civ. si porrebbe quindi in contrasto con le evoluzioni del diritto sovranazionale e determinerebbe diseguaglianze, posto che gli italiani residenti all'estero hanno la possibilità di concludere patti successori, ove gli stessi siano riconosciuti validi nel paese europeo di residenza.

6. Conclusione.

Nello statuire che l'impegno assunto da fratelli, d'intesa con i genitori, di procedere a forme di conguaglio o compensazione per la differenza di valore dei beni loro donati in vita dai genitori non viola il divieto di patti successori, l'ordinanza in commento si adegua a un consolidato orientamento giurisprudenziale che nega l'applicazione dell'art. 458 cod. civ. nei casi in cui l'accordo non riguardi i diritti spettanti sulla futura successione *mortis causa* dell'ereditando. In ogni caso, l'assetto degli interessi definitivo dalle parti mediante donazioni e assunzioni di obblighi in merito al pagamento di conguagli non costituisce una modalità di pianificazione successoria idonea ad evitare l'insorgere di controversie tra membri della famiglia. Tuttavia, l'indirizzo giurisprudenziale conferma una crescente propensione al riconoscimento della validità di pattuizioni relative a beni che sarebbero oggetto di successioni future, posti in essere con l'intento di pianificare la successione. L'espressione di maggior interesse del descritto orientamento si rinviene nel *trust* con effetti *post mortem*, considerato dalla giurisprudenza una donazione indiretta.

Nei casi esaminati appare indiscutibile che l'obiettivo dei disponenti è spesso analogo a quello di un patto successorio istitutivo, in quanto si intende pianificare la successione nella titolarità dei beni mediante un mezzo diverso dal testamento. Nel valutare la legittimità delle convenzioni, la giurisprudenza non sembra basarsi sulla funzione (o sulla «causa concreta») dell'atto, bensì sulla circostanza che il divieto, di cui all'art. 458 cod. civ., riguarda soltanto ipotesi in cui i contenuti del contratto si presentino analoghi a quelli del testamento, ossia ipotesi in cui si disponga per un tempo successivo alla propria morte mediante un atto revocabile[41]. In altri termini, il profilo funzionale dell'atto passa in secondo piano e assumono carattere decisivo la struttura e gli effetti. In questo quadro, il proliferare di strumenti alternativi al testamento mette ulteriormente in risalto l'inadeguatezza – se non addirittura l'illogicità – del divieto dei patti successori istitutivi previsto dal codice civile. Ferma restando la tutela dei legittimari[42], esistono molteplici strumenti per aggirare il divieto e conseguire risultati simili a quelli che potrebbero essere raggiunti mediante un patto successorio. La crescente internazionalizzazione delle successioni a causa di morte metterà in ulteriore risalto l'anomalia del sistema italiano.

CASS. CIV., II sez., ord. 9.1.2024, n. 722 – Giusti *Presidente* – Rolfi *Estensore* – A.S., M.L., M.S. (avv.ti Passalacqua e Sbisà) – P.S. (avv.ti Pesenti e La Scala) – Cassa e rinvia App. Milano, 28.6.2018

Successioni mortis causa – Donazioni – Impegno a forme di conguaglio o compensazione – Divieto di patti successori – Violazione – Esclusione (cod. civ., art. 458)

L'impegno assunto da fratelli, d'intesa con i genitori, di procedere a forme di conguaglio o compensazione per la differenza di valore dei beni loro donati in vita dai genitori non viola il divieto di patti successori, in quanto non viene ad investire i diritti spettanti sulla futura successione *mortis causa* del genitore ed anzi non trova in quest'ultima il presupposto causale.

dal testo:

Il fatto. 1. Con sentenza in data 28 giugno 2018 la Corte d'appello di Milano, nella regolare costituzione delle appellate A.S, M.S., M.L.S., ha accolto l'appello proposto da P.S. avverso la sentenza del Tribunale di Busto Arsizio n. 855/2017 e, in riforma della medesima, ha:

– accertato e dichiarato la nullità sia della scrittura privata datata 15 novembre 2008 sia dell'atto pubblico del 18 dicembre 2008;

– conseguentemente condannato A.S, M.S., M.L.S. alla restituzione in favore dell'appellante delle quote della società Sirim s.r.l. a ciascuna appellata attribuite tramite il citato atto pubblico del 18 dicembre 2008;

– compensato nella misura del 50% le spese del doppio grado di giudizio, gravando A.S, M.S., M.L.S. del residuo 50%.

2. P.S. aveva adito il Tribunale di Busto Arsizio con citazione in data 30 gennaio 2014, chiedendo revocarsi

[41] Così Delle Monache, *La libertà di disporre* mortis causa, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 475 e 487: «L'esito delle riflessioni precedenti consiste nell'aver sottolineato come il divieto dei patti successori istitutivi abbia una rilevanza che, anziché ingigantita, magari attraverso letture tendenti ad un utilizzo ipertrofico dell'elemento della causa negoziale, dev'essere invece ricondotta entro i suoi giusti limiti, che sono quelli suggeriti dalla formula secondo cui i contenuti rispondenti alla funzione tipica del negozio testamentario non potranno essere veicolati attraverso lo strumento del contratto». Diversamente, Achille, *Il divieto dei patti successori*, cit., 95.

[42] Su cui v. le riflessioni di Martino, *Attribuzioni* mortis causa *e complessità delle forme di redistribuzione sottese alla successione necessaria*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 1057 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ex art. 803 c.c. la donazione di quote della società Sirim s.r.l. che il medesimo attore aveva disposto a favore delle sorelle A.S, M.S., M.L.S. con atto del 18 dicembre 2008. Si erano costituite A.S, M.S., M.L.S. eccependo che l'atto, formalmente intestato come donazione, costituiva, in realtà, esecuzione di una intesa formalizzata con scrittura privata datata 15 novembre 2008, con la quale i genitori delle parti in causa avevano inteso definire, assieme ai figli, l'assetto della divisione dei propri beni tra i figli medesimi. Avevano quindi dedotto le convenute che detta scrittura – sottoscritta da tutti i membri della famiglia – contemplava, tra l'altro, l'impegno di P.S. a cedere alle sorelle le quote della S. s.r.l. di cui era titolare, al fine di riequilibrare precedenti attribuzioni dei genitori al medesimo P.S. Avevano, pertanto, argomentato le convenute che la donazione di cui l'attore chiedeva la revocazione veniva in realtà a dissimulare un negozio con funzione solutoria, in adempimento dell'impegno precedentemente assunto dall'attore, appunto, con la citata scrittura privata.

A tale deduzione – secondo la ricostruzione offerta dalla decisione impugnata – l'attore aveva replicato in memoria *ex* art. 183, sesto comma, c.p.c., deducendo la nullità della scrittura privata datata in quanto conclusa in violazione del divieto di patti successori di cui all'art. 458 c.c.

3. Il Tribunale di Busto Arsizio aveva definito il giudizio respingendo la domanda di P.S.

Il Tribunale – sempre secondo la ricostruzione offerta dalla decisione impugnata – aveva infatti escluso la sussistenza dei presupposti per poter qualificare l'atto pubblico del 18 dicembre 2008 come donazione, e ciò:

– sia perché risultava radicalmente assente in capo al disponente lo spirito di liberalità, risultando che l'attore medesimo aveva operato in esecuzione della scrittura privata datata 15 novembre 2008;

– sia perché era mancato un effettivo depauperamento dell'attore, essendo emerso che, pur essendo le quote formalmente intestate a P.S., l'attribuzione patrimoniale proveniva concretamente dai genitori delle parti ed aveva la finalità di riequilibrare precedenti attribuzioni fatte al medesimo P.S. dai genitori.

Il Tribunale, quindi, aveva concluso che l'atto pubblico di donazione del 18 dicembre 2008 veniva a dissimulare un negozio meramente solutorio, in esecuzione della scrittura privata datata 15 novembre 2008, ed aveva escluso– sul piano processuale – che assumesse rilevanza la mancata formulazione di una domanda di accertamento della simulazione da parte delle convenute, essendo sufficiente la formulazione dell'eccezione riconvenzionale.

4. Proposto appello da parte di P.S. e costituitesi regolarmente A.S, M.S., M.L.S., la Corte d'appello di Milano, nell'accogliere il gravame, ha osservato che:

– correttamente il giudice di prime cure aveva negato all'atto pubblico del 18 dicembre 2008 la natura di donazione, data l'assenza dei due presupposti individuati dall'art. 769 c.c., ed altrettanto correttamente il Tribunale aveva concluso che detto atto pubblico veniva a collegarsi funzionalmente alla scrittura privata datata 15 novembre 2008 e perseguiva lo scopo di realizzare un progetto divisionale del patrimonio dei genitori;

– il giudice di prime cure, tuttavia, aveva proceduto ad una errata interpretazione della scrittura privata datata 15 novembre 2008, in quanto quest'ultima veniva ad integrare un patto successorio, avendo le parti stipulato l'intesa in qualità di aventi diritto alla successione – non ancora aperta – dei genitori e risultando che la comune intenzione delle parti medesime era quella di riequilibrare le rispettive situazioni patrimoniali nell'ottica della futura successione dei genitori rinunciando altresì al diritto di contestare in futuro le donazioni effettuate dai genitori medesimi quali anticipazioni dell'eredità;

– a tal fine non assumeva rilevanza il fatto che quanto trasferito con l'atto pubblico del 18 dicembre 2008 fosse intestato a P.S., trattandosi di beni che facevano parte di quanto donato dai genitori al medesimo P.S., e quindi di beni che concorrevano a formare il patrimonio ereditario ed erano conseguentemente assoggettati a collazione;

– la nullità della scrittura privata datata 15 novembre 2008 per violazione del divieto di patti successori veniva a riflettersi anche sul successivo atto pubblico del 18 dicembre 2008, il quale veniva a consistere in un atto solutorio privo di causa meritevole di tutela *ex* art. 1322 c.c. e, ulteriormente, nullo perché posto in essere in frode alla legge *ex* art. 1344 c.c., essendo finalizzato a realizzare uno scopo illecito;

– detta nullità poteva essere rilevata d'ufficio anche in grado d'appello – essendo stata peraltro sollevata la questione dall'appellante già nel giudizio di primo grado, nonostante la mancata formulazione delle conclusioni nell'atto introduttivo di tale giudizio – in quanto la domanda originariamente formulata presupponeva la validità dell'atto pubblico del 18 dicembre 2008, il quale, conseguentemente, si poneva come elemento costitutivo della domanda su cui il giudice poteva pronunciarsi anche d'ufficio.

5. Per la cassazione della decisione della Corte d'appello di Milano ricorrono A.S, M.S., M.L.S. Resiste con controricorso P.S.

6. La trattazione del ricorso è stata fissata in camera di consiglio, a norma degli artt. 375, secondo comma, e 380-*bis* comma 1, c.p.c. Le parti hanno entrambe depositato memoria.

I motivi. [...] Il ricorso è affidato a sette motivi.

[...] Con il sesto motivo il ricorso deduce, in relazione all'art. 360, n. 3, c.p.c., la violazione o falsa applicazione degli artt. 458, 1322, 1362 c.c. "per aver la Corte di Appello dl Milano erroneamente ritenuto che la Scrittura Privata 15 novembre 2008 costituisse un pat-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

to successorio dispositivo e abdicativo nullo". Il ricorso censura la decisione impugnata, nella parte in cui quest'ultima ha ritenuto che la scrittura privata datata 15 novembre 2008 venisse ad integrare un patto successorio, argomentando che:

– la Corte territoriale avrebbe attribuito alla decisione di primo grado conclusioni che invece in quest'ultima non sono formulate, avendo il Tribunale di Busto Arsizio unicamente affermato che l'intesa in questione mirava a riequilibrare le posizioni dei contraenti ed a realizzare un progetto divisionale del patrimonio ereditario;

– l'interpretazione cui è pervenuta la Corte d'appello si porrebbe in contrasto con l'art. 1362 c.c. e non terrebbe conto della natura eccezionale dell'art. 458 c.c. quale limite all'autonomia privata.

5.2. Con il settimo motivo il ricorso deduce, in relazione all'art. 360, n. 3, c.p.c., la violazione o falsa applicazione dell'art. 1344 c.c. "per avere la Corte d'Appello di Milano erroneamente ritenuto che l'Atto Pubblico del 18 dicembre costituisse un contratto in frode alla legge".

Il ricorso censura la decisione impugnata, nella parte in cui quest'ultima ha ritenuto che l'atto pubblico del 18 dicembre 2008 costituisse contratto in frode alla legge in quanto finalizzato ad eludere il disposto di cui all'art. 458 c.c., argomentando che:

– sia la scrittura privata datata 15 novembre 2008 sia il menzionato atto pubblico del 18 dicembre 2008 concernevano beni che erano già nella titolarità del controricorrente e quindi non potevano integrare una violazione dell'art. 458 c.c.;

– la Corte d'appello avrebbe erroneamente attribuito al contenuto della scrittura privata datata 15 novembre 2008 una finalità abdicativa rispetto ai diritti derivanti ai legittimari dall'apertura della successione, senza che invece una simile volontà emergesse in modo univoco dalla scrittura medesima.

5.3. I due motivi possono essere esaminati congiuntamente.

Il sesto motivo è fondato.

Questa Corte ha, anche recentemente, chiarito che, per stabilire se una determinata pattuizione ricada sotto la comminatoria di nullità di cui all'art. 458 c.c. occorre accertare: 1) se il vincolo giuridico con essa creato abbia avuto la specifica finalità di costituire, modificare, trasmettere o estinguere diritti relativi ad una successione non ancora aperta; 2) se la cosa o i diritti formanti oggetto della convenzione siano stati considerati dai contraenti come entità della futura successione o debbano comunque essere compresi nella stessa; 3) se il promittente abbia inteso provvedere in tutto o in parte della propria successione, privandosi, così dello *jus poenitendi*; 4) se l'acquirente abbia contrattato o stipulato come avente diritto alla successione stessa; 5) se il convenuto trasferimento, dal promittente al promissario, debba aver luogo *mortis causa*, ossia a titolo di eredità o di legato (Cass. Sez. 2 – Ordinanza n. 14110 del 24/05/2021; Cass. Sez. 2, Sentenza n. 1683 del 16/02/1995).

Ulteriormente, questa Corte ha chiarito che, in tema di patti successori, l'atto *mortis causa*, rilevante gli effetti di cui all'art. 458 c.c., è esclusivamente quello nel quale la morte incide non già sul profilo effettuale (ben potendo il decesso di uno dei contraenti fungere da termine o da condizione), ma sul piano causale, essendo diretto a disciplinare rapporti e situazioni che vengono a formarsi in via originaria con la morte del soggetto o che dalla sua morte traggono comunque una loro autonoma qualificazione, sicché la morte deve incidere sia sull'oggetto della disposizione sia sul soggetto che ne beneficia: in relazione al primo profilo l'attribuzione deve concernere l'*id quod superest*, ed in relazione al secondo deve beneficiare un soggetto solo in quanto reputato ancora esistente al momento dell'apertura della successione (Cass. Sez. 2 – Sentenza n. 18198 del 02/09/2020).

Occorre poi rammentare che, in fattispecie affine a quella oggetto del presente ricorso, questa Corte ha ritenuto che l'assunzione tra fratelli dell'obbligo di conguaglio per la differenza di valore dei beni loro donati in vita dal genitore non violi il divieto di patti successori, non concernendo i diritti spettanti sulla futura successione *mortis causa* del genitore (Cass. Sez. 2, Sentenza n. 24291 del 27/11/2015).

Di tali principi, pur in parte richiamati nella decisione impugnata, la Corte d'appello di Milano, nell'affermare il contrasto della scrittura del 15 novembre 2008 con il disposto di cui all'art. 458 c.c., non risulta avere fatto buon governo.

La Corte territoriale, invero, ha ritenuto di ricondurre la scrittura in questione all'ambito dei patti successori sulla scorta della considerazione che le pattuizioni contenute nella scrittura medesima miravano ad operare un riequilibrio tra le posizioni patrimoniali di figli dopo che solo alcuni di essi avevano ricevuto donazioni – peraltro non ben inquadrate nella decisione stessa – da parte dei genitori, concludendo che con tale riequilibrio si era mirato ad operare una ripartizione anticipata delle quote ereditarie tra i futuri aventi diritto alla successione, rinunciando a muovere contestazioni su eventuali lesioni della quota di legittima a ciascun erede spettante.

È agevole notare, tuttavia, che, in tal modo, la Corte territoriale ha omesso di verificare la presenza di almeno due dei presupposti individuati da questa Corte ai fini dell'applicazione dell'art. 458 c.c., e cioè, da un lato, se i promittenti – e cioè i genitori delle odierne parti –avessero inteso provvedere in tutto o in parte della propria successione, privandosi, così dello *jus poenitendi* e, dall'altro lato, se il convenuto trasferimento, dal promittente al promissario, avesse luogo *mortis causa*, ossia a titolo di eredità o di legato, dovendosi osservare, anzi, che la stessa scrittura, pur riconducendo

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ai genitori – e non all'odierno controricorrente, formale titolare – il promesso trasferimento delle quote della società, veniva a qualificare lo stesso come donazione e non come attribuzione *mortis causa*.

Le conclusioni cui la Corte territoriale è pervenuta risultano, poi, ancora più fragili ove si consideri che la stessa – senza alcuna valutazione del patrimonio complessivo dei genitori disponenti – ha postulato apoditticamente sia che l'intesa in questione venisse in sostanza ad investire i due futuri assi ereditari dei genitori nel loro complesso sia che le attribuzioni convenute nella scrittura fossero finalizzate ad evitare future contestazioni in tema di lesione di legittima.

In alcun modo, invece, la Corte territoriale ha verificato se le attribuzioni contemplate nella scrittura mirassero più semplicemente ad operare un riequilibrio delle posizioni patrimoniali unicamente in considerazione delle donazioni già conseguite da alcuni dei figli, e senza in alcun modo inserire funzionalmente tale riequilibrio nell'ambito della futura successione di ciascuno dei genitori, profilo, quest'ultimo, che anzi non appare in alcun modo desumibile in modo inequivoco dal tenore della scrittura stessa.

Vi è da dire, ulteriormente, che da quest'ultima non emerge neppure una volontà abdicativa dei paciscenti in ordine all'assetto delle future successioni, atteso che le espressioni impiegate nella scrittura – ritenute invece pregnanti dalla decisione impugnata – non presentano alcun univoco riferimento alle successioni medesime (considerato, come già fece la citata Cass. Sez. 2, Sentenza n. 24291 del 27/11/2015, "che, ai fini della determinazione della porzione disponibile e delle quote riservate ai legittimari, occorre avere riguardo alla massa costituita da tutti i beni che appartenevano al "*de cuius*" al momento della morte – al netto dei debiti – maggiorata del valore dei beni donati in vita dal defunto; pertanto, siffatta lesione intanto può configurarsi in quanto sia verificata con riferimento alla consistenza del patrimonio al momento della morte del *de cuius*, momento fino al quale esso può incrementarsi per successivi acquisti") ed anzi, proprio sulla scorta del tenore letterale della scrittura, appaiono riferibili, non agli assetti delle future successioni, bensì alle "situazioni patrimoniali pregresse", per usare proprio una locuzione contenuta nella scrittura medesima.

Ribadito, allora, il principio per cui l'impegno assunto da fratelli, d'intesa con i genitori, di procedere a forme di conguaglio o compensazione per la differenza di valore dei beni loro donati in vita dai genitori non viola il divieto di patti successori, in quanto non viene ad investire i diritti spettanti sulla futura successione *mortis causa* del genitore ed anzi non trova in quest'ultima il presupposto causale, si deve concludere che la decisione della Corte territoriale ha erroneamente ritenuto di ravvisare, in simile pattuizione, una ipotesi di violazione del disposto di cui all'art. 458 c.c. Da ciò deriva l'accoglimento del sesto motivo, il quale comporta l'assorbimento del settimo.

6. Alla luce delle considerazioni che precedono, il ricorso deve essere accolto in relazione al primo ed al sesto motivo e la decisione impugnata deve essere cassata con rinvio alla Corte d'appello di Milano, in diversa composizione, la quale si conformerà ai principi qui enunciati, provvedendo altresì a regolare anche le spese del presente giudizio di legittimità [...].

(*Omissis*).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Gli affidamenti per la costruzione del ponte sospeso sullo Stretto di Messina: *stop and go*?

di Massimo Basile

SOMMARIO: 1. Premesse. – 2. La caducazione, nel 2013, degli atti che regolavano il rapporto di concessione, e dei contratti stipulati dalla società concessionaria. – 3. Il ripristino dell'efficacia degli affidamenti. – 4. Aspetti problematici. – 5. Conclusioni.

1. Premesse.

Sono sempre stimolanti gli inviti agli studiosi del diritto ad assumersi la responsabilità sociale del dialogo con il legislatore[1]. Accoglierli è ineludibile specialmente in presenza di prodotti normativi anomali, e in qualche grado contraddittori, come le misure straordinarie adottate – in un cinquantennio di altalenanti provvedimenti e atti negoziali – a proposito della realizzazione del ponte sospeso sullo Stretto di Messina: opera non solo ardita dal punto di vista ingegneristico ma anche controversa, discutendosi della convenienza a far prevalere la sua utilità economica sull'inevitabile sacrificio dei beni ambientali e urbanistici diffusi nel sito[2].

Le ultime misure sono state prese tramite il d.l. 31.3.2023, n. 35, convertito con modifiche nella l. 26.5.2023, n. 58, che detta disposizioni urgenti per il rilancio delle attività necessarie a erigere il poderoso manufatto. La portata di tali misure va tuttavia colta alla luce dell'art. 1, d.l. 2.11.2012, n. 187, non convertito in legge, il cui contenuto era stato però trasposto nell'art. 34-*decies*, l. 17.12.2012, n. 221 (che convertiva il d.l. 18.10.2012, n. 179): l'intervento aveva infatti provocato la caducazione degli atti posti in essere, qualche anno prima, per affidare le opere e i servizi connessi al compimento del ponte.

È chiaro che ci si trova di fronte non a regole generali e astratte ma a disposizioni singolari, rivolte a soggetti specifici, alcuni di natura pubblica[3]. Il dato ne accentua la problematicità – anzitutto sotto il profilo della concordanza con norme di livello superiore – e aggrava gli sforzi diretti a saggiare la loro capacità di sciogliere in modo congruo i nodi che si incontrano nell'intervenire nel lungo e accidentato percorso che ha come prospettiva la realizzazione del ponte sullo Stretto.

2. La caducazione, nel 2013, degli atti che regolavano il rapporto di concessione, e dei contratti stipulati dalla società concessionaria.

Lo stato del percorso realizzativo sul quale il legislatore era intervenuto a fine 2012 può desumersi da una schematica cronistoria[4].

Nel 1971 il legislatore aveva deciso la realizzazione del ponte «mediante affidamento dello studio, della progettazione e della costruzione, nonché dell'esercizio del solo collegamento viario», a una società per azioni al cui capitale partecipasse direttamente o indirettamente con almeno il 51 per cento l'Istituto per la ricostruzione industriale (IRI). Il resto del capitale doveva essere sottoscritto dall'Azienda autonoma delle ferrovie dello Stato, dall'ANAS, dalle Regioni Sicilia e Calabria e da altri enti pubblici (art. 1, commi 1º-2º, l. 17.12.1971, n. 1158). Il complesso affidamento alla società doveva imperniarsi su una concessione, assentita con un decreto interministeriale diretto pure ad

---

[1] Spiccano per la loro autorevolezza gli Atti dell'incontro di studio su "Giuristi e legislatori" del 26-28.9.1996, riuniti nel cinquantesimo volume dei *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Giuffrè, 1997; qui v. in specie FALZEA, *Giuristi e legislatori (Considerazioni metodologiche)*, 511 ss., in part. 519 ss., dove il rilievo riassuntivo che "il colloquio tra giuristi e legislatori (...) è socialmente, e quindi istituzionalmente, dovuto. Ciascuno dei protagonisti di questi colloqui è responsabile se non ha fatto compiutamente la propria parte per coltivarlo".

[2] Sulle valutazioni economiche degli investimenti destinati a costruire un grande ponte v. PERCOCO, *Infrastrutture e investimenti (Valutazioni, regole, decisioni)*, Egea, 2022, 75 ss. Un elenco degli argomenti a supporto della costruzione del ponte sullo Stretto si trova in INCALZA, *Programmare e/è pianificare. La forza e l'inerzia della legge obiettivo*, Marsilio, 2017, 84 ss.; fra i critici v., invece, PONTI, *Grandi operette (L'analisi costi-benefici e la disinformazione strategica)*, Piemme, 2019, 71 ss., 139 ss.

[3] La normazione provvedimentale, inevitabile quando si mette mano a grandi opere, è rischiosa; perciò esige ogni possibile cautela: v. FIDONE, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, nel *Commentario al codice dei contratti pubblici*, 2a ed., a cura di CLARICH, Giappichelli, 2019, 26 ss.; sui problemi creati dagli interventi normativi tesi alla realizzazione del MOSE per fronteggiare l'acqua alta a Venezia v. BARBIERI GIAVAZZI, *Corruzione a norma di legge (La lobby delle grandi opere affonda l'Italia)*, Rizzoli, 2014, in part. 99 ss.

[4] Per una più distesa esposizione v. M. BASILE, "*No ponte*" ex lege, in *Studi in onore di Giovanni Iudica*, Università Bocconi Editore, 2014, 109 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

approvare la convenzione occorrente a definire i rapporti tra lo Stato e la società concessionaria (art. 7, l. n. 1158/1971).

I grossi nodi da sciogliere per poter realizzare l'eccezionale infrastruttura sono sempre stati di due ordini: tecnico e finanziario. I nodi del primo ordine erano apparsi sciolti dai lunghi studi e dal progresso tecnologico degli anni successivi. Quanto ai secondi, il legislatore, allorché aveva deciso di avviare l'iniziativa, li aveva sostanzialmente rinviati riservandosi di determinare in futuro «le modalità di reperimento, da parte della società concessionaria, dei mezzi finanziari occorrenti per la copertura delle spese di costruzione delle opere» (art. 4, comma 8º, l. n. 1158/1971), e aggiungendo che «all'entrata in esercizio del collegamento sullo stretto» si sarebbe «accertato il costo definitivo dei lavori e stabilito, per differenza, l'eventuale contributo integrativo a carico dello Stato, da corrispondere alla società concessionaria anche per assicurare l'equilibrio economico della gestione dell'opera, e da stabilirsi con altra legge» (art. 4, comma 9º, l. n. 1158/1971). Il contributo integrativo – si era precisato nel comma seguente – sarebbe stato iscritto nei bilanci dell'ANAS e delle Ferrovie dello Stato.

La società concessionaria è stata costituita nel 1981, con la denominazione «Stretto di Messina» s.p.a. Mediante il decr. 27.12.1985, n. 3437 è stata affidata alla società la prevista concessione; in pari data è stata sottoscritta la relativa convenzione.

Nel 2003, dopo le novità normative verificatesi pure su impulso europeo in materia di aggiudicazione dei contratti per realizzare opere pubbliche, la l. n. 1158/1971 è divenuta oggetto di modifiche e integrazioni (d. legis. 24.4.2003, n. 114, che ha attuato la delega contenuta nell'art. 14, l. 1º.8.2002, n. 166). In sintesi: 1) si è definita la «Stretto di Messina» «organismo di diritto pubblico», ai sensi delle direttive comunitarie in tema di appalti, così obbligandola a seguire le procedure prescritte nell'aggiudicare contratti di fornitura, lavori e servizi (art. 3-*bis*, l. n. 1158/1971); 2) si è disposto che all'ANAS e alle Ferrovie dello Stato – divenute socie della concessionaria «Stretto di Messina» – subentrasse come nuovo concedente il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, che è stato quindi investito della vigilanza sull'attività della concessionaria (art. 5, commi 1º-2º, l. n. 1158/1971); 3) si è assegnato a quest'ultima anche il compito di provvedere «direttamente, ovvero mediante contraenti generali o concessionario di costruzione e gestione, alle operazioni di esproprio delle aree necessarie, alla costruzione degli interventi affidatigli» (art. 5, comma 3º, l. n. 1158/1971); 4) si è disposto che la convenzione fra il concedente Ministero delle infrastrutture e la concessionaria «Stretto di Messina» stabilisse fra l'altro, [1] il piano economico-finanziario, la durata della concessione, l'eventuale contributo pubblico alla società concessionaria e le modalità del suo versamento; [2] le modalità finanziarie di devoluzione allo Stato dell'opera al termine della concessione, e le tecniche di revisione periodica del piano economico-finanziario; [3] le forme di reperimento, da parte della società concessionaria, dei mezzi finanziari occorrenti per eseguire le prestazioni affidatele; [4] l'eventuale partecipazione al capitale della «Stretto di Messina» di altri soggetti pubblici e privati; [5] l'inserimento nei contratti di affidamento stipulati dalla concessionaria della facoltà di recedere dal contratto qualora il progetto elaborato dal terzo affidatario comportasse sostanziali modifiche alle opere o aumenti di prezzo (art. 7, l. n. 1158/1971).

Le modifiche e integrazioni apportate nel 2003 alla l. n. 1158/1971 hanno consentito di dare impulso all'ambiziosa iniziativa: *a*) il Comitato Interministeriale per la Programmazione Economica (CIPE) ha approvato il progetto preliminare predisposto a cura della concessionaria (che calcolava il costo dell'opera in oltre quattro miliardi di euro), e lo studio di impatto ambientale dell'opera; *b*) il Ministero delle infrastrutture e la «Stretto di Messina» hanno convenuto che la copertura finanziaria dell'investimento avvenisse per il 40 per cento tramite aumenti di capitale della società e per il rimanente 60 per cento tramite finanziamenti da reperire sui mercati internazionali con la tecnica della «finanza di progetto», senza garanzie da parte dello Stato, da rimborsare con i proventi di gestione del ponte; *c*) la «Stretto di Messina» ha deciso di affidare ad altro operatore economico le prestazioni necessarie per ottenere l'infrastruttura «chiavi in mano», riservandosene poi l'esercizio, e ha bandito una licitazione privata (procedura ristretta di cui ha reso pubblica notizia sulla Gazzetta ufficiale europea, oltre che su quella italiana) allo scopo di scegliere un'unica impresa che eseguisse la progettazione definitiva, gli espropri delle aree a terra occorrenti per completare il ponte, e la costruzione dell'infrastruttura: l'importo posto a base di gara è stato quello calcolato nel progetto preliminare, il criterio di scelta dell'impresa è stato stabilito nell'offerta economicamente più vantaggiosa. La Commissione giudicatrice ha ritenuto preferibile quella di un'associazione temporanea di imprese con a capo Impregilo s.p.a.

Quindi la "Stretto di Messina" il 16.1.2006 ha affidato i servizi di "*Project Management Consulting*" alla società americana *Parsons Transportation Group Inc.* (scelta dopo gara internazionale); il 27.3.2006 ha affidato la costruzione del ponte alla ATI vincitrice della licitazione privata, che ha poi costituito la società di progetto «*Eurolink*». Il tipo negoziale cui si è ricorso per la costruzione è quello recepito nel nostro sistema con la cosiddetta «legge obiettivo» del 21.12.2001, n. 443, sotto l'etichetta «affidamento a contraente generale»; e dotato nell'art. 9 d. legis. 20.8.2002, n. 190, di una specifica disciplina poi inserita nel codice dei con-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

tratti pubblici (art. 176 d. legis. 12.4.2006, n. 163) (le nuove norme sulle infrastrutture strategiche nell'art. 16, comma 5º, venivano dichiarate espressamente applicabili alla «Stretto di Messina»).

Pochi mesi dopo la firma dei contratti, a seguito del rinnovo delle Camere successivo alla naturale scadenza della XIV legislatura, erano cambiati gli equilibri politici; e alle forze di maggioranza la costruzione del ponte non era più apparsa una priorità. Tuttavia, la XV legislatura era venuta meno in anticipo. Il diverso Governo espresso dal nuovo Parlamento aveva ripreso il percorso interrotto; anzi, aveva nominato un commissario straordinario «per rimuovere gli ostacoli frapposti al riavvio delle attività, anche mediante l'adeguamento dei contratti stipulati con il contraente generale (...) e la conseguente approvazione delle eventuali modifiche del piano economico-finanziario» (art. 4, comma 4º-*quater*, d.l. 1º.7.2009, n. 78, conv. con modifiche in l. 3.8.2009, n. 102). Siccome le previsioni di costo del ponte intanto erano lievitate a oltre sei miliardi di euro, «Stretto di Messina» ed «*Eurolink*» avevano rivisto i loro rapporti sottoscrivendo degli «atti transattivi» (ai sensi dell'art. 239 d. legis. n. 163/2006). Poi si era aggiornata la convenzione fra Ministero delle infrastrutture e concessionaria (cfr. l'art. 2, comma 205º, l. 23.12.2009, n. 191), riscrivendo il piano finanziario ma confermando che il 40 per cento delle risorse rimanesse a carico della «Stretto di Messina» mentre il resto questa lo avrebbe reperito sui mercati nazionali e internazionali dei capitali ricorrendo alla finanza di progetto. Il reperimento avrebbe preceduto l'apertura dei cantieri, ma sarebbe stato intrapreso solo dopo l'approvazione del progetto definitivo dell'opera.

«*Eurolink*» lo aveva redatto; e nel 2010 lo aveva trasmesso alla società committente affinché lo presentasse al Ministro delle infrastrutture, cui toccava sottoporlo all'approvazione del CIPE.

Nel 2011, prima del verificarsi di questa condizione decisiva per l'inizio dei lavori, due eventi di rilievo avevano però spinto verso un ennesimo cambio di Governo: l'indebolirsi delle forze parlamentari fautrici dell'idea-ponte; e l'accentuarsi di una crisi economica mondiale con effetti anche in Italia (inclusa la crescita del costo del debito pubblico a livelli più alti di quelli dei maggiori Paesi europei). Fra i numerosi, difficili, problemi che il nuovo Governo doveva risolvere urgeva decidere la condotta che i Ministri riuniti nel CIPE avrebbero dovuto tenere nei confronti del progetto del ponte sottoposto alla sua approvazione. E ciò rendeva indilazionabile rispondere alle domande che costruire l'infrastruttura sollevava non solo dal punto di vista ingegneristico e ambientale, ma anche da quello economico-finanziario. In specie, bisognava verificare la reperibilità delle risorse private che avrebbero dovuto aggiungersi ai mezzi della «Stretto di Messina» per poter realizzare l'opera, e i costi che il prosieguo del contratto o un suo eventuale scioglimento avrebbero prodotto per le finanze pubbliche. Incombeva il rischio che, non reperendosi quelle risorse nel mercato, l'intero costo costruttivo finisse con il gravare in via indiretta, vista la natura dei soci della «Stretto di Messina», sulle finanze pubbliche: erano pubblici infatti anche l'ANAS s.p.a. (che ormai vi partecipava per l'81,848 per cento) e la Rete Ferroviaria Italiana s.p.a. (che vi partecipava per il 13 per cento), in quanto la prima aveva come unico socio il Ministero dell'economia, e la seconda aveva come unico socio la Ferrovie dello Stato s.p.a., che però apparteneva nella sua totalità allo stesso Ministero. Pertanto, l'eventuale mancata individuazione di finanziatori privati avrebbe fatto pesare tutti i costi dell'esecuzione o dello scioglimento del contratto sulle finanze pubbliche.

Il Governo aveva deciso allora di prendere, con il d.l. n. 187/2012, «misure urgenti per la ridefinizione dei rapporti contrattuali con la società Stretto di Messina s.p.a.» (assieme ad altre misure in materia di trasporto pubblico). Poi, siccome un'improvvisa crisi politica e il nuovo scioglimento delle Camere in vista di una prossima tornata elettorale avrebbero loro precluso di convertire in legge il decreto, il suo contenuto era stato recepito nell'art. 34-*decies*, l. n. 221/2012, di conversione del d.l. n. 179/2012, recante ulteriori misure urgenti per la «crescita» del Paese. Nel testo (sotto la rubrica "Disposizioni in materia di collegamento viario e ferroviario tra Sicilia e continente"), si era preso un doppio ordine di misure, volte a incidere, oltre che sull'appalto con il *general contractor* «*Eurolink*», sugli altri, relativamente minori, istituiti dalla concessionaria «Stretto di Messina».

I) Il primo ordine di misure era diretto a verificare la sostenibilità economica per le finanze pubbliche della costruzione del ponte. In tale prospettiva si era imposto alla concessionaria:

(*a*) di presentare al CIPE – ai fini di un primo esame in linea tecnica del progetto definitivo dell'opera, unitamente agli elaborati tecnici nonché ai necessari pareri e autorizzazioni – «i piani economico-finanziari accompagnati da una completa e dettagliata analisi dell'intervento» che attestassero «la sostenibilità dell'investimento con riguardo sia alle condizioni praticate nel mercato dei capitali sia alle varie ipotesi di finanziamento pubblico» (comma 2º);

(*b*) di avviare «le necessarie iniziative per la selezione della migliore offerta di finanziamento dell'infrastruttura con capitali privati», senza che ciò desse luogo «ad impegni contrattuali vincolanti per la concessionaria» (comma 3º, prima parte).

II) Il secondo ordine di misure fissava le conseguenze dell'eventuale inattuazione delle circostanze prefigurate nello stesso decreto come necessarie condizioni di proseguibilità dell'appalto. In questa prospettiva:

(*a*) si era stabilito che, nel caso di omessa approva-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

zione del progetto definitivo dell'opera da parte del CIPE, si sarebbero «caducati» – a far tempo dall'entrata in vigore del d.l. n. 187/2012 – tutti gli atti che regolavano «i rapporti di concessione, nonché le convenzioni ed ogni altro rapporto contrattuale stipulato dalla società concessionaria» (commi 3º e 5º);

(*b*) si era aggiunto che, in ogni caso di caducazione dei vincoli contrattuali, agli affidatari sarebbe stato riconosciuto, «a definitiva e completa tacitazione di ogni diritto e pretesa», «un indennizzo costituito dal pagamento delle prestazioni progettuali contrattualmente previste e direttamente eseguite e dal pagamento di una ulteriore somma pari al 10 per cento dell'importo predetto» (commi 3º, seconda parte, e 5º);

(*c*) si era concluso che, in caso di caducazione dei rapporti contrattuali, la società «Stretto di Messina» sarebbe stata posta in liquidazione e si sarebbe nominato un commissario tenuto a concludere le operazioni entro un anno (comma 9º).

Al fine di rafforzare le misure che precedono, nel primo comma si era richiesto che la società «Stretto di Messina» sottoscrivesse con il *general contractor* apposito atto aggiuntivo all'appalto per attuare quanto stabilito nello stesso articolo; e nell'ottavo comma si era disposto che, nei modi e con gli effetti indicati nel terzo comma, tutti gli atti che regolavano «i rapporti di concessione, nonché le convenzioni ed ogni altro rapporto contrattuale stipulato dalla società concessionaria», sarebbero «caducati» anche se entro il 1º.3.2013 non fosse stato sottoscritto il richiesto atto aggiuntivo. Ma «*Eurolink*» non aveva inteso sottoscriverlo; da qui la caducazione di tutti gli affidamenti.

Come si è visto, nel testo in esame il termine "caducazione" accomunava la sorte di atti diversi, ma interconnessi per evidenti legami funzionali. Quel termine concerneva, anzitutto, "gli atti che regolano i rapporti di concessione". Individuarli presentava qualche incertezza in quanto, se era indubbio che il termine si riferiva alla convenzione che disciplinava i rapporti fra lo Stato e la società concessionaria, così come i posteriori atti aggiuntivi e modificativi di tale convenzione (ai sensi degli artt. 1, 7, l. n. 1158/1971), non era invece chiaro se riguardasse anche l'assenso ministeriale all'affidamento alla società "Stretto di Messina" dello studio, della progettazione, della costruzione e dell'esercizio del collegamento viario relativo all'opera. Nel quarto comma dell'art. 1, l. n. 1158/1971 si diceva che la convenzione diretta a disciplinare la concessione avrebbe dovuto essere approvata – com'era poi avvenuto – con il medesimo decreto ministeriale con cui questa veniva assentita. La categoria accolta nella l. n. 1158/1971 era dunque riconducibile alla c.d. concessione contratto[5]. In ogni caso, era plausibile ritenere che ad essere "caducato" fosse pure l'assenso ministeriale, che sarebbe divenuto inutile senza le intese volte a fissare i rapporti fra le parti, e con la società concessionaria posta in stato di liquidazione. Del resto, dopo il 2012, il concedente, ammesso che potesse e volesse farlo, non ha compiuto atti esecutivi della concessione.

Nell'art. 34-*decies*, l. n. 221/2012 il termine "caducazione" si riferiva, inoltre, ai contratti che avevano retto i rapporti fra la società concessionaria e le imprese appaltatrici.

Lo stesso termine accomunava poi l'effetto dei tre eventi negativi specificamente previsti come sue cause: 1) la mancata tempestiva stipula, da parte della società concessionaria e del "*general contractor*", di un atto aggiuntivo all'affidamento che recepisse le norme contenute nell'art. 34-*decies*, l. n. 221/2012; 2) la non avvenuta scelta entro un certo termine, da parte della medesima società, del soggetto finanziatore dell'opera; 3) l'omessa approvazione, da parte del CIPE, del progetto definitivo elaborato dal "*general contractor*".

La caducazione degli affidamenti al verificarsi delle predette circostanze consisteva nella automatica perdita di efficacia degli atti, quindi nella liberazione dei loro autori dai vincoli che avevano reciprocamente assunto[6]. La previsione nell'art. 1, d.l. n. 187/2012, trasfuso nell'art. 34-*decies*, l. n. 221/2012, delle tre cause estintive dei rapporti in corso ampliava – da un verso – le ipotesi (legali e convenzionali) di decadenza della concessione affidata alla società "Stretto di Messina", e – dall'altro verso – i casi di risoluzione dei contratti per lavori e servizi da essa commissionati a terzi. Del resto, il collegamento funzionale fra la concessione alla società e l'insieme dei successivi appalti faceva dipendere il secondo dalla prima, così che il venir meno di questa comportava la perdita di efficacia degli appalti. Ma il legislatore si era spinto sino a disporre il venir meno della concessione altresì nei casi di mancata stipula dell'atto aggiuntivo all'affidamento al "*general contractor*" o di non approvazione del progetto definitivo dell'opera da parte del CIPE.

Gli affidamenti hanno perso efficacia in quanto il

[5] Su questa categoria cfr. D'Alberti, *Le concessioni amministrative (Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni)*, Jovene, 1981, 175 ss.; con specifico riferimento alle concessioni autostradali e ferroviarie v. Pellizzer, *Le concessioni di opera pubblica*, Cedam, 1990, 99 ss.

[6] Cfr. Giannini, voce «Inefficacia (dir. amm.)», in *Enc. del dir.*, XXI, Giuffrè, 1971, 381; Piras, voce «Invalidità (dir. amm.)», *ivi*, XXII, 1972, 609. Sulla inefficacia successiva del negozio giuridico v. V. Scalisi, voce «Inefficacia (dir. priv.)», *ivi*, XXI, 1971, 366 ss., che distingue tale qualifica dalla estinzione degli effetti, ravvisando la prima nei casi in cui il negozio perda gli effetti che ha già prodotto, o subisca una limitazione del contenuto dei propri effetti, per un vizio funzionale sopravvenuto. Sulle trasformazioni giuridiche causate dai fatti giuridici resta fondamentale Falzea, voce «Efficacia giuridica», in *Enc. del dir.*, XIV, Giuffrè, 1965, 432 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

previsto atto aggiuntivo all'affidamento concluso fra società concessionaria e "*general contractor*" non è stato sottoscritto, e la medesima società è stata posta in liquidazione. A questi eventi sono poi seguite le altre due circostanze negative indicate dal legislatore come causa di sopravvenuta perdita di efficacia sia della concessione sia degli appalti. Ma, essendosi questa doppia perdita già prodotta in virtù della mancata stipula dell'atto aggiuntivo all'appalto riguardante la costruzione del ponte, quelle due circostanze sono divenute inutili ai fini della sorte degli affidamenti. In proposito occorre però qualche ulteriore ragguaglio.

Il "*general contractor*" aveva cercato di prevenire la risoluzione dell'appalto conseguente alla mancata stipula dell'atto aggiuntivo previsto nell'art. 1, d.l. n. 187/2012 comunicando alla società appaltante, prima che la norma entrasse in vigore, il recesso convenuto in un precedente accordo nel quale le parti avevano stabilito le conseguenze del ritardo del CIPE nell'approvare il progetto definitivo. Il proprio recesso avrebbe offerto al "*general contractor*" la possibilità di ottenere, a vario titolo, somme maggiori di quelle che gli avrebbe consentito di ricevere la caducazione dell'affidamento in base alla norma di legge. Essendo però sorto fra le parti un contrasto sulla causa di scioglimento dell'appalto e sui suoi effetti, le società "*Eurolink*" e "Impregilo" avevano avviato un giudizio davanti al Tribunale ordinario di Roma, convenendo nel processo anche le pubbliche amministrazioni coinvolte nel compimento dell'infrastruttura. La giurisdizione del Tribunale civile romano era stata poi confermata dalla Corte suprema pronunziandosi su un ricorso della società committente che le aveva chiesto di dichiarare invece, rispetto alla controversia, la giurisdizione amministrativa[7].

A quel giudizio ne era stato poi riunito un altro, promosso davanti al medesimo giudice e nei confronti della medesima concessionaria dalla appaltatrice "*Parsons Transportation Group*" allo scopo di far valere i propri diritti derivanti dalla risoluzione del contratto di "*Project Management Consulting*" certo non imputabile alla stessa appaltatrice per essere avvenuta in virtù del d.l. n. 187/2012.

Il Tribunale romano aveva deciso le due controversie con una sentenza parziale e una ordinanza che sollevava una questione di costituzionalità.

Nella prima pronunzia[8] il Tribunale aveva dichiarato (in merito all'oggetto del contenzioso rilevante in questa sede): (*a*) che il recesso dell'affidataria era prematuro, quindi il relativo diritto non era stato esercitato legittimamente; (*b*) che la società affidante non era inadempiente rispetto all'obbligo di costruire il ponte, e che perciò l'affidataria non aveva diritto a essere risarcita del danno subìto a causa della caducazione dell'appalto; (*c*) che la caducazione era riconducibile al recesso dell'appaltante; (*d*) che la società "Stretto di Messina" non era inadempiente neppure agli obblighi presi verso la "*Parsons*", così che neppure questa aveva diritto al risarcimento dei danni subiti a causa della caducazione dell'appalto di "*Project Management Consulting*"; (*e*) che l'indennizzo stabilito a favore della "*Parsons*" nell'art. 1, d.l. n. 187/2012 e nell'art. 34-*decies*, l. n. 221/2012 era più basso di quello spettante in generale all'appaltatore di opere pubbliche in caso di recesso del committente.

Nell'ordinanza[9] il Tribunale – giudicando rilevanti e non manifestamente infondati i dubbi di legittimità costituzionale fatti valere dalla "*Parsons*" in ordine alla norma che determinava l'indennizzo che le sarebbe spettato applicando l'art. 1, d.l. n. 187/2012 ovvero l'art. 34-*decies*, l. n. 221/2012 – aveva sottoposto la questione alla Corte costituzionale. Questa l'aveva però dichiarata inammissibile[10] assumendo che il Tribunale non aveva motivato adeguatamente la tesi della "non manifesta infondatezza" della questione sottopostale: carenza di motivazione veniva ravvisata dal giudice delle leggi (*a*) nella tesi della applicabilità a un appalto di servizi (quale l'affidamento alla "*Parsons*") di una norma prevista per l'appalto di lavori; e (*b*) nella tesi che la caducazione dell'affidamento intercorso fra le parti sarebbe stato riconducibile al recesso dell'appaltante invece che (come prospettato dalla Corte) alla specifica ipotesi convenzionale di risoluzione del contratto concluso dal medesimo appaltante con il "*general contractor*" per costruire il ponte.

Qui può prescindersi dall'esame delle pronunzie richiamate; basti segnalare che esse non sono divenute definitive, e che il contenzioso è proseguito. Né occorre soffermarsi sulle iniziative che la società concessionaria aveva avviato nei confronti della Presidenza del Consiglio e del Ministero delle infrastrutture per ottenere rilevanti somme a titolo di indennizzo dei danni subìti a causa della caducazione del rapporto concessorio, e quindi della inattuabilità del suo oggetto sociale[11].

3. Il ripristino dell'efficacia degli affidamenti.

Il d.l. n. 35/2023 segna una decisa inversione di rotta rispetto al provvedimento che aveva caducato, dieci

[7] Cfr. Cass. civ., sez. un., 29.1.2018, n. 2144, in *Foro amm.*, 2018, 1426.

[8] Cfr. Trib. Roma, 16.10.2018, n. 22386, pubblicata il 21.11.2018, ined.

[9] Trib. Roma, 16.10.2018, n. 38 del registro ordinanze 2019.

[10] Corte cost., 10.12.2019, n. 265, in *Giur. cost.*, 2019, 3217.

[11] Su questo contenzioso v. la Relazione della Corte dei conti "La problematica chiusura della liquidazione della Stretto di Messina s.p.a." (delibera 28.10.2018, n. 23/2018/G).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

anni prima, atti essenziali delle procedure realizzatrici dell'opera, in quanto il cambio di maggioranza politica verificatosi all'inizio della XIX legislatura ha favorito il rilancio dell'idea– ponte.

La sua attuazione ha richiesto, in primo luogo, lo scioglimento del maggior nodo che aveva bloccato l'iniziativa: l'indisponibilità in capo alla "Stretto di Messina" s.p.a. delle risorse finanziarie indispensabili per portare avanti il programma a suo tempo concepito. E il Governo ha deciso di superare l'*impasse* con l'assunzione dell'intero costo economico dell'infrastruttura in capo alle finanze pubbliche[12]. Ma bisognava anche far fronte alla sopravvenuta perdita di efficacia degli affidamenti originari. E nel d.l. n. 35/2023 si è ritenuto di poterlo fare – da un lato – riattivando la concessione alla società "Stretto di Messina", e – dall'altro lato – provvedendo al ripristino degli appalti da questa conclusi con terzi. La necessità dell'adeguamento della disciplina dei rapporti pregressi alle circostanze sopraggiunte ha inoltre indotto il legislatore a permettere alle parti di rivederli tramite atti integrativi.

Il cambio di rotta era stato anticipato – pochi mesi prima del d.l. n. 35/2023 – dall'art. 1, commi 487º-493º, l. 29.12.2022, n. 197. Nella legge si era definito il ponte "opera prioritaria e di preminente interesse nazionale"; si erano sospesi i giudizi civili pendenti fra la società concessionaria e gli operatori ai quali essa aveva affidato i lavori e i servizi connessi alla realizzazione dell'opera; si era disposto che la società concessionaria (a completa tacitazione di ogni diritto e pretesa) rinunziasse alle domande e ai giudizi proposti nei confronti delle amministrazioni pubbliche; si era autorizzata la medesima società a definire la rinunzia degli affidatari – senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica – alle azioni e alle domande contro la società stessa; si erano disposte la revoca della liquidazione di quest'ultima e la nomina degli ordinari organi sociali.

Su tali basi, nel d.l. n. 35/2023 si sono incluse le ulteriori misure di cui qui si discute. Si è stabilito in specie quanto segue:

1) "dalla data di revoca dello stato di liquidazione della Stretto di Messina S.p.a. ... riacquista efficacia la concessione affidata alla medesima, avente ad oggetto la realizzazione e gestione del collegamento stabile tra la Sicilia e la Calabria (...)" (art. 2, comma 1º);

2) la società concessionaria e i soggetti affidatari delle opere e dei servizi connessi alla realizzazione del ponte "possono, mediante la stipula di atti aggiuntivi ai contratti caducati (...), manifestare la volontà che ciascun contratto riprenda a produrre i propri effetti (...)" (art. 4, comma 3º).

Ne scaturiscono inevitabili criticità dal punto di vista degli effetti giuridici eliminati e ricostituiti, con importanti riflessi non solo sulle parti ma anche sui terzi in vario modo coinvolti nella sorte degli affidamenti (basti pensare ai proprietari degli immobili da occupare o da espropriare per costruire le opere a terra).

Sia con riguardo alla concessione alla società "Stretto di Messina", sia con riguardo agli appalti da questa stipulati il legislatore ha inteso dunque provvedere alla restaurazione dell'efficacia giuridica prodotta dagli atti originari ma poi perduta. La restaurazione viene tuttavia concepita in modi diversi in dipendenza della diversità tipologica degli affidamenti da riattivare.

Il ripristino della efficacia della concessione alla società "Stretto di Messina" è disposto come conseguenza automatica del d.l. n. 35/2023, sebbene decorra dalla avvenuta revoca della liquidazione della società concessionaria: nel testo iniziale del primo comma dell'art. 2 si diceva che da quella data "riprende la concessione affidata" alla società; in sede di conversione del decreto si è chiarito che dalla medesima data "riacquista efficacia" quella concessione. Ai fini dell'aggiornamento del rapporto, nell'ottavo comma dell'art. 2, d.l. n. 35/2023 si autorizza il Ministero delle infrastrutture "a sottoscrivere con la società concessionaria uno o più atti aggiuntivi alla convenzione stipulata ai sensi dell'art. 7 della legge n. 1158 del 1971"; e si indica il contenuto di tali atti, disponendosi inoltre che devono essere assentiti con le modalità fissate nell'art. 1, comma 3º, l. n. 1158/1971. Ma i medesimi atti valgono soltanto ad adeguare la disciplina del rapporto fra le parti alle circostanze sopravvenute, non anche a restaurarlo, derivando questa conseguenza direttamente dal d.l. n. 35/2023.

Quanto agli appalti della concessionaria con terzi, invece, il ripristino della loro efficacia viene ricondotto alla stipula di ulteriori atti, a loro volta subordinata alla approvazione da parte del "Comitato interministeriale per la programmazione economica e lo sviluppo sostenibile" (CIPESS) – che dovrebbe avvenire entro il 31 dicembre 2024 – del progetto definitivo della realizzanda infrastruttura (ai sensi dell'art. 3, commi 7º-8º). La stipula di quegli atti viene intesa – come accade nei casi di comportamenti con significato legale prestabilito – implicita manifestazione della volontà degli stipulanti che ciascun contratto "riprenda a produrre i propri effetti" (art. 4, comma 3º, d.l. n. 35/2023)[13]. E dei medesimi atti si predeterminano alcune clausole essenziali: 1) la rinunzia degli appaltatori tanto ai giudizi e alle domande proposte contro la società

[12] La rischiosità di scelte del genere è segnalata da Signorini, *Il finanziamento e la realizzazione delle grandi infrastrutture in Italia: l'esperienza della legge obiettivo del 2001*, in *È possibile realizzare le infrastrutture in Italia?*, a cura di Macchiati e Napolitano, Il Mulino, 2010, 353 ss.; v. anche Incalza, *op. cit.*, 53 ss.

[13] Sui comportamenti legalmente tipizzati e sulla loro diversità dalle manifestazioni per comportamenti concludenti v. V. Scalisi, *La revoca non formale del testamento e la teoria del comportamento concludente*,

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

concessionaria e le pubbliche amministrazioni convenute nelle cause in corso, quanto alle ulteriori pretese azionabili in futuro in dipendenza dei rapporti esistiti fra le stesse parti prima della sottoscrizione degli atti aggiuntivi; 2) l'accettazione, ad opera degli appaltatori, dei criteri di aggiornamento dei prezzi e delle clausole di revisione previste dallo stesso legislatore (art. 4, comma 3º, d.l. n. 35/2023).

Un segno della restaurata rilevanza dell'affidamento al "*general contractor*" da parte della società concessionaria è però ravvisabile nella autorizzazione a essa a sottoscrivere con il primo sin dalla entrata in vigore del d.l. n. 35/2023 – quindi ancor prima della stipula degli atti aggiuntivi all'affidamento e del ripristino di questo – "atti negoziali non onerosi" confermativi di attività preliminari di indubbio rilievo già gravanti sul "*general contractor*": *a*) una relazione di adeguamento del progetto definitivo del ponte; *b*) l'aggiornamento del piano delle espropriazioni da effettuare; *c*) l'aggiornamento degli studi di impatto ambientale; *d*) la stesura del programma anticipato di opere e servizi necessari ai fini della "cantierizzazione" dell'opera (art. 4, comma 4º).

Né in ordine alla concessione né in ordine agli appalti gli atti da stipulare hanno efficacia retroattiva, perché la rinascita dei rapporti che ne erano conseguiti e le nuove clausole contrattuali sono destinate a valere *ex nunc*, ferma restando l'inefficacia degli affidamenti nel trascorso decennio, così da provocare una netta discontinuità nella vita dei rapporti fra le parti. La prevista stipula degli atti aggiuntivi agli affidamenti non è quindi equiparabile alla rinnovazione di un appalto già eseguito ammessa in via eccezionale, in quanto senza gara, al ricorrere di certi presupposti[14]. Né il d.l. n. 35/2023 assegna a quegli atti il compito, tipico della novazione, di estinguere gli anteriori rapporti sostituendoli con altri che abbiano un diverso oggetto.

La ricostituzione degli effetti degli affidamenti dovrebbe ricondursi alla reviviscenza di rapporti giuridici estinti, non a quella di rapporti giuridici quiescenti[15]. Nell'art. 34-*decies*, l. n. 221/2012 (come già nell'art. 1, d.l. n. 187/2012) era stata disposta la caducazione, non la semplice quiescenza, dei lori effetti. E la norma non era stata annullata o abrogata; anzi aveva avuto attuazione. Né quest'ultima era stata disconosciuta dalle parti, sebbene fosse finita *sub iudice* in quanto il "*general contractor*" aveva deciso di anticipare la chiusura del suo rapporto con la società concessionaria recedendo dall'appalto, e di farne valere le conseguenze. Nonostante alcune similitudini giustifichino l'accostamento delle diverse ipotesi normative di reviviscenza di rapporti sciolti, ognuna di queste ha proprie peculiarità così da ricevere un distinto trattamento giuridico.

L'analisi e la sistemazione del singolare recupero, tramite il d.l. n. 35/2023, degli affidamenti i cui effetti erano venuti meno vanno quindi svolte rispondendo agli specifici interrogativi che il testo solleva, anche per saggiare la reale possibilità che lo scopo di far costruire il ponte venga alla fine raggiunto. A quegli interrogativi si guarda nelle pagine che seguono, precisando che non vi rientra però l'esame critico dei requisiti, pur essenziali, di quel decreto: la necessarietà e l'urgenza, la copertura degli oneri che esso comporta per il bilancio pubblico, il non intervento sulla amministrazione della giustizia in contenziosi in cui sia parte lo Stato[16].

4. Aspetti problematici.

Alle Commissioni della Camera dei deputati riunite per discutere la conversione del d.l. n. 35/2023 l'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) aveva segnalato i punti critici che il recupero legislativo degli affidamenti avrebbe dovuto superare[17]. Aveva richiamato l'attenzione "sui vincoli europei che potrebbero richiedere lo svolgimento di una nuova procedura di affidamento, sui vincoli finanziari conseguenti alla scelta di mantenere l'originario rapporto concessorio e sulla necessità di prevedere delle cautele volte ad evitare un eccessivo rafforzamento della posizione della parte privata contraente generale". A quest'ultimo proposito l'ANAC aveva rilevato "la necessità di ricondurre il contratto alle regole del d. legis. n. 36/2023, dal momento che la procedura di gara di cui si è inteso riprendere l'esecuzione è stata aggiudicata sulla base di una disciplina ormai abrogata" (cioè del d. legis. n. 190/2002, abrogato dal d. legis. n. 163/2006). E, con specifico riferimento alle varianti in corso d'opera, aveva messo in luce l'importanza "del rispetto delle con-

---

Giuffrè, 1974, 289 ss.; Id., voce «Manifestazione in senso stretto», in *Enc. del dir.*, XXV, Giuffrè, 1975, 519 ss.

[14] I casi di rinnovo ammesso – riguardanti per lo più affidamenti relativi a servizi o forniture – sono stati in vario modo circoscritti nel corso del tempo: cfr. Perfetti, *Codice dei contratti pubblici commentato*, Wolters Kluwer Italia, 2023, 519.

[15] Ma non sempre è chiaro se il rapporto che la norma fa rivivere sia solo in stato di quiescenza oppure sia già estinto: cfr. Giacobbe, voce «Reviviscenza e quiescenza», in *Enc. del dir.*, XL, Giuffrè, 1989, 189 ss., in part. 194 ss., che inquadra nella reviviscenza di rapporti di diritto privato estinti, fra l'altro, il ripristino dei rapporti obbligatori e del matrimonio del morto presunto che ricompaia (artt. 58 ss. cod. civ.); la rinascita del debito di chi aveva assunto l'obbligo altrui e ne era stato liberato qualora l'obbligazione sorta in capo al nuovo debitore venga dichiarata nulla o sia annullata (art. 1276 cod. civ.); la ripresa della efficacia di rapporti locativi e di rapporti di lavoro estinti nei casi di esercizio delle azioni di ripristino.

[16] In ordine a quest'ultimo requisito v., in giudizi sulla legittimità di norme retroattive, Corte cost., 6.5.2024, n. 77, ined.; Corte cost., 11.1.2024, n. 4, ined.; Corte cost., 13.6.2022, n. 145, in *Giur. cost.*, 2022, 1519.

[17] Cfr. la Relazione annuale 2023 presentata alla Camera dei deputati il 14.5.2024, 28.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

dizioni e dei vincoli previsti dalla disciplina eurounitaria, anche al fine di evitare potenziali procedure di infrazione comunitaria". Ma non sembra che a livello parlamentare le avvertenze dell'ANAC siano state tenute in gran conto. Comunque le criticità della normativa permangono.

I. Esse non vertono tanto sul recupero dell'assenso attraverso il quale i competenti Ministeri avevano concesso alla società "Stretto di Messina" – con decreto – lo studio, la progettazione, la costruzione e l'esercizio del passaggio viario relativi al ponte. Certo quel recupero è molto singolare per avvenire dopo quaranta anni dall'atto di assenso oltre che dieci dal provvedimento che ne aveva determinato la caducazione, e nonostante il protrarsi per un decennio dell'attività svolta dal commissario liquidatore della concessionaria. Ma sul piano formale il recupero non sembra censurabile; mentre nella sostanza sarebbe irrealistico sostenere che della costruzione e della gestione del ponte possano farsi carico direttamente le amministrazioni interessate, oppure un soggetto diverso dalla società pubblica che ha ricevuto la concessione in base alla l. n. 1158/1971.

Eventuali dubbi sulla convenienza del recupero dell'affidamento alla società "Stretto di Messina" potrebbero essere rimossi considerando che il rapporto concessorio si imperniava, più che sull'assenso ministeriale, sulla annessa convenzione, rivista più volte nel corso degli anni, e suscettibile, in forza del d.l. n. 35/2023, di ulteriori adeguamenti. Al recupero del decreto ministeriale emesso nel 1985 non varrebbe, d'altronde, opporre che nei decenni successivi il volto della concessione come strumento per realizzare e gestire opere o servizi pubblici è cambiato, soprattutto a causa di importanti direttive europee rivolte alla armonizzazione delle discipline nazionali[18]. Infatti queste fonti riguardano le concessioni che organismi pubblici intendano affidare a operatori economici indipendenti; e, disciplinando le procedure della loro scelta, mirano in primo luogo a proteggere la concorrenza in ordine a quegli affidamenti, mentre la "Stretto di Messina" è una società con azionisti pubblici sottoposta a penetranti controlli, così da sfuggire al diritto nazionale ed europeo sulla scelta dei concessionari. Nell'escludere che il soggetto cui lo Stato intende far compiere e gestire il ponte debba essere scelto oggi tramite una nuova procedura competitiva, il d.l. n. 35/2023 ha potuto far leva – evitando le incertezze in ordine alla necessità o meno di una nuova gara – sul principio che legittima le pubbliche amministrazioni ad avvalersi di proprie strutture per le attività necessarie alla costruzione e/o alla gestione di opere e servizi pubblici. Così ha introdotto nell'art. 3-*bis*, l. n. 1158/1971 una disciplina dove si configura la concessionaria come società "*in house*" (ai sensi dell'art. 16, d. legis. 19.8.2016, n. 175); la quale può pertanto ricevere incarichi diretti dalle amministrazioni che esercitano su di essa il controllo analogo, o da ciascuna delle amministrazioni che esercitano sulla medesima il controllo congiunto[19].

Non sembrano porre problemi insuperabili neanche le misure che autorizzano la società "Stretto di Messina" a sottoscrivere atti aggiuntivi alla convenzione con il Ministero delle infrastrutture per rideterminare la durata del rapporto, il cronoprogramma relativo alla realizzazione dell'opera, e il nuovo piano economico-finanziario (art. 2, comma 8º, d.l. n. 35/2023). Non esistono, infatti, ostacoli giuridici a rivedere questi, pur essenziali, aspetti della concessione.

II. Problematici appaiono invece, e soprattutto, il ripristino e l'aggiornamento dei rapporti fra la società concessionaria e le imprese cui essa aveva affidato la costruzione del ponte e i servizi connessi.

Non priva di incertezze, invero, è già la norma che, pur essendosi risolto l'affidamento del 27.3.2006 ma in vista del suo ripristino, ha autorizzato la concessionaria a sottoscrivere con il "general contractor" incaricato di far costruire l'infrastruttura "atti negoziali non onerosi" che lo vincolano ad aggiornare la documentazione e a eseguire alcune opere propedeutiche (art. 4, comma 4º, d.l. n. 35/2023). Nella norma si allude a negozi atipici (in linea di principio non preclusi agli enti pubblici) la cui causa e i cui effetti andrebbero senz'altro precisati, precedendo tali negozi il ripristino dell'affidamento originario (*quid iuris*, ad esempio, se dopo gli adempimenti richiesti il ripristino non avesse luogo, oppure se si riscontrassero e non venissero emendate lacune e/o inesattezze nell'adeguamento del progetto definitivo del ponte, nell'aggiornamento del piano delle espropriazioni o degli studi di impatto ambientale?).

Fonte di maggiori dubbi è in ogni caso la norma che legittima la società concessionaria e le imprese cui essa aveva commissionato opere e servizi a compiere atti che dovrebbero avere l'effetto di ripristinare gli affidamenti sciolti (art. 4, comma 3º, d.l. n. 35/2023). L'inconsueto ripristino infatti, oltre ad apparire del tutto anomalo per essere implicito, derivando indirettamente dalla stipula di negozi aggiuntivi agli appalti sciolti, non sembra giustificabile con ragioni sostanziali. L'e-

[18] La principale è la dir. n. 23/2014 UE, sulla aggiudicazione delle concessioni: cfr. Greco, *Profili generali*, nel *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. Sandulli e De Nictolis, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, V, 3 ss.; Simeoli, *Concessioni e servizi di interesse economico generale*, *ibidem*, 27 ss.; Botto-Castrovinci Zenna, *Contratti di concessione. I principi e le procedure*, nel *Commentario al codice dei contratti pubblici*, cit., *sub* artt. 164-173, 1095 ss.; Alla, *La concessione amministrativa nel diritto comunitario*, Giuffrè, 2005.

[19] Cfr. Pizzi, *Affidamenti* in house, nel *Trattato sui contratti pubblici*, cit., I, 744 ss., 807 ss.; M. Trimarchi-Russo, In house *e società pubblica di progetto*, nel *Commentario al codice dei contratti pubblici*, cit., *sub* artt. 192-193, 1351 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

spressa volontà di accelerare la costruzione dell'opera – risultante dal ricorso a tal fine a un decreto legge – non solo è contraddetta dalla presa d'atto della inevitabilità del dilazionamento dei tempi realizzativi, visto che, fra l'altro, deve essere ancora discusso e approvato dal CIPESS il progetto definitivo, ma soprattutto trascura gli aspetti critici del ripristino. È infatti discutibile che alle parti di contratti pubblici risolti diversi anni prima in forza di legge potesse darsi con decreto il potere di far rivivere i rapporti originari; e non dovesse disporsi, invece, che la società concessionaria (se orientata ancora a esternalizzare lavori e/o servizi) stipuli i contratti a nuove condizioni, dopo avere scelto i propri contraenti tramite nuove procedure competitive. Ciò in osservanza dei classici principi di trasparenza e libertà del mercato degli appalti – sanciti nel diritto interno e nel diritto europeo a tutela della finanza pubblica e della concorrenzialità fra le imprese – i quali impongono alle amministrazioni interessate a conseguire beni o servizi (che non possano o non intendano produrre direttamente) di scegliere le imprese con cui stipulare i contratti a seguito di procedure trasparenti e non discriminatorie (per quanto complesse possano essere)[20]. E ammettono in casi tassativi procedure negoziate senza bando (cfr. l'art. 31, dir. n. 18/2004 CE, recepito nell'art. 57, d. legis. n. 163/2006, e l'art. 32, dir. n. 24/2014 UE, recepito nell'art. 63, d. legis. 18.4.2016, n. 50, cui oggi corrisponde l'art. 76, d. legis. 31.3.2023, n. 36)[21]. L'elenco di questi casi non sembra estensibile sino a consentire che la stipula degli atti previsti nell'art. 4, comma 3°, d.l. n. 35/2023 possa valere come manifestazione della volontà degli stipulanti di ricostituire gli affidamenti originari[22]. Non è dunque azzardato ipotizzare che i principi di trasparenza e libertà del mercato degli appalti ostino a norme protezionistiche quali quelle incluse nel d.l. n. 35/2023 di fronte ad affidamenti risolti. E la prospettata inidoneità giuridica degli atti previsti in tali norme a manifestare l'intento delle parti di ricostituire gli appalti metta ad alto rischio la sorte sia degli uni che degli altri.

Nel concedere agli stipulanti l'asserito potere ricostituente, il legislatore ha ritenuto che le aggiudicazioni conclusive delle procedure svolte a suo tempo – all'esito delle quali la società "Stretto di Messina" aveva concluso quei contratti – reggano non solo i medesimi ma anche il loro odierno ripristino; e che quindi non occorrano a tal fine nuove procedure e nuove aggiudicazioni. Tuttavia gli effetti delle aggiudicazioni originarie si erano già esauriti con lo scioglimento degli appalti[23]. Comunque esse si fondavano su documenti precisi: la convenzione che delegava la società concessionaria a costruire o a far costruire il ponte; gli atti posti a base delle procedure competitive (in primo luogo, il progetto preliminare della grande opera); le offerte di numerose imprese. E il contenuto di questi documenti aveva rilievo notevole nel quadro della iniziativa programmata: basti qui dire che nella convenzione con i Ministeri si era stabilito, fra l'altro, che la copertura finanziaria dell'opera avvenisse per il 40 per cento tramite aumenti di capitale della società, e per il restante 60 per cento tramite finanziamenti da reperire sul mercato senza garanzie da parte dello Stato; e che nei bandi di gara si enumeravano le condizioni essen-

[20] Sintetizzando acquisizioni consolidate, nel primo *considerando* della dir. n. 24/2014 UE, si dice che "l'aggiudicazione degli appalti pubblici da o per conto di autorità degli Stati membri deve rispettare i principi del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) e in particolare la libera circolazione delle merci, la libertà di stabilimento e la libera prestazione di servizi, nonché i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza. Tuttavia, per gli appalti con valore superiore a una certa soglia è opportuno elaborare disposizioni per coordinare le procedure nazionali di aggiudicazione degli appalti in modo da garantire che a tali principi sia dato effetto pratico e che gli appalti pubblici siano aperti alla concorrenza". Sul valore di questa scelta v. Cortese, *Diritto eurounitario dei contratti pubblici*, nel *Trattato sui contratti pubblici*, cit., I, 99 ss. Il principio dell'accesso al mercato è oggi recepito in forma espressa nell'art. 3 d. legis. n. 36/2023, dove è posto al vertice della disciplina di settore, sul medesimo piano del principio del risultato e del principio della fiducia): cfr. Fiorentino, *Codice dei contratti pubblici. I rapporti con il diritto dell'Unione europea*, in Contessa del Vecchio, *Codice dei contratti pubblici*, Editoriale Scientifica, 2023, 15 ss.; B. Mattarella, *Il sistema delle fonti*, *ivi*, 36 ss. La necessità del bilanciamento fra tali principi è sottolineata da Cons. Stato, 20.4.2023, n. 4114, ined.

[21] Cfr. De Nictolis, *Procedure negoziate con e senza bando*, nel *Trattato sui contratti pubblici*, cit., III, 64 ss.; Corte giust. UE, 16.6.2022, causa C-376/21, ined; Cons. Stato, 20.7.2022, n. 6324, ined.; T.A.R. Trento, 15.5.2023, n. 71, ined.

[22] Fiorentino, *op. cit.*, 22 ss., segnala un procedimento di infrazione aperto dalla Commissione europea nei confronti dell'Italia per avere ammesso procedure negoziate senza bando ai fini della realizzazione di piani o programmi finanziati o cofinanziati dalla Unione.

[23] Per Cass. civ., sez. un., 10.1.2019, n. 489, ined., la risoluzione di un appalto di lavori pubblici (nella specie, a causa di inadempienze dell'appaltatore) non richiede l'autoannullamento dell'aggiudicazione, in quanto "ne implica la revoca per fatti sopravvenuti": cfr. l'art. 21-*quinquies*, l. 7.8.1990, n. 241, dove si afferma che "la revoca determina la inidoneità del provvedimento revocato a produrre ulteriori effetti" (quindi la stazione appaltante può attivare la procedura di interpello degli altri soggetti che hanno partecipato alla gara, e pervenire a una nuova aggiudicazione, ai sensi dell'art. 140, d. legis. n. 163/2006 – poi art. 110, d. legis. n. 50/2016, e art. 124, d. legis. n. 36/2023: sul carattere eccezionale della norma che permette la nuova aggiudicazione v. Cons. Stato, 10.8.2016, n. 3573, ined.). Invece Cons. Stato, ad. plen., 20.6.2014, n. 14, in *Foro amm.*, 2014, 1671, aveva detto che, dopo la stipula dell'appalto, la stazione appaltante in autotutela non può più revocare l'aggiudicazione ma può disporne l'annullamento d'ufficio o recedere dal contratto ai sensi dell'art. 21-*sexies* l. n. 241/1990 e della disciplina del codice degli appalti. Tuttavia, nell'ipotesi dell'art. 34-*decies*, l. n. 221/2012 gli appalti si erano già sciolti, la società "Stretto di Messina" era stata messa in liquidazione, e agli appaltatori erano stati offerti rimedi indennitari; pertanto le aggiudicazioni avevano perso ragion d'essere, e in ogni caso non avrebbero potuto venir rimosse dalla società appaltante. Sulle differenze tra revoca e autoannullamento della aggiudicazione v. Giampaolino-Goggiamani, *Risoluzione e recesso*, nel *Trattato sui contratti pubblici*, cit., IV, 383 ss.; M.A. Sandulli-Sinisi, *Risoluzione e autotutela pubblicistica*, *ivi*, 389 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ziali degli appalti da concludere, a partire dagli importi e dalla durata contrattuali. Le offerte delle imprese in gara non potevano non tenere conto di questi documenti, così come si presentavano nel 2004. Dopo venti anni, non solo si sono ridefinite a livello europeo le procedure di scelta delle imprese disponibili a ricevere affidamenti di grandi opere pubbliche, ma è cambiata in modo considerevole la situazione di fatto in presenza della quale si era intrapresa l'avventura della realizzazione del ponte. Un dato molto rilevante per chi concorreva alla aggiudicazione dei lavori e dei servizi strumentali poteva essere anche il meccanismo finanziario deciso a suo supporto; cosicché, in caso di affidamento e di esecuzione dei contratti, gli appaltatori avrebbero maturato il diritto verso la società concessionaria ai compensi economici. Dunque è difficile ricollegare il ripristino dei contratti a procedure competitive e aggiudicazioni superate.

III. L'implicito assunto della possibilità di riconnettere a quelle procedure il recupero degli appalti con gli aggiudicatari non significa che il legislatore abbia sottovalutato le sopravvenienze rispetto alle condizioni di fatto e di diritto ricorrendo le quali le procedure si erano svolte, e i contratti erano stati conclusi. Proprio nella consapevolezza dell'importanza di dette sopravvenienze non solo si è riavviata la progettazione dell'opera (art. 3, d.l. n. 35/2023), ma soprattutto si sono consentiti atti aggiuntivi con riguardo – oltre che alla concessione conferita alla società "Stretto di Messina" – agli appalti da questa affidati a terzi. Anzi si è provveduto a predeterminare alcune loro clausole essenziali.

Il legislatore ha messo mano in specie sui previsti atti aggiuntivi all'affidamento del compito di costruire il ponte, quindi in via indiretta su questo specifico contratto. E ha dettato una distinta disciplina sull'adeguamento dei prezzi, così rischiando, per giunta, censure per violazione del principio di uguaglianza nel discriminare le imprese diverse dal "general contractor" i cui appalti con la società concessionaria dovrebbero essere recuperati. Si è infatti prevista, come requisito necessario per il ripristino dell'efficacia di quel contratto, l'"accettazione espressa e incondizionata, da parte del contraente generale, dei criteri di aggiornamento dei prezzi di cui all'articolo 2, commi 8-*bis*, 8-*ter*, 8-*quater* e 8-*quinquies*" [art. 4, comma 3º, lett. *b-bis*), d.l. n. 35/2023].

Nel comma 8º-*bis* si stabilisce: (*a*) sino al 31 dicembre 2021, la rivalutazione monetaria dei prezzi secondo gli indici previsti in contratto; e (*b*) dal 1 gennaio 2022 un adeguamento dei prezzi "per far fronte all'eccezionale aumento dei prezzi dell'energia e dei materiali da costruzione registrato a partire dall'anno 2022". Nel comma 8º-*ter* si ammette un adeguamento dei prezzi – dal 1º.1.2022 sino alla approvazione del progetto definitivo dell'opera da parte del CIPESS – "pari all'indice di conservazione dell'equilibrio contrattuale". Questo indice – si precisa nel comma 8º-*quater* – va calcolato "come media delle variazioni percentuali del valore dei primi quattro progetti infrastrutturali banditi dalle società R.F.I. S.p.a. e ANAS S.p.a. nell'anno 2022, secondo l'ordine di priorità determinato dall'importo a base di gara". Nel medesimo comma 8º-*quater* si chiarisce che, per rinvenire la variazione percentuale del valore di ciascuno di quei progetti, va messo in rapporto il valore ottenuto applicando alle quantità previste nel progetto a base di gara i prezzi determinati sulla base delle tariffe vigenti nel 2023 con il valore ottenuto applicando alle quantità previste nel progetto a base di gara i prezzi determinati sulla base delle tariffe vigenti al 31.12.2021. Nel comma 8º-*quinquies*, infine, si esige che a quell'indice si applichi una decurtazione pari alla media delle percentuali di ribasso registrate in esito alla aggiudicazione delle gare relative ai quattro progetti infrastrutturali come sopra individuati. Nel comma 8º-*sexies* (introdotto dall'art. 8, comma 1º, lett. *a*, n. 4, d.l. 29.6.2024, n. 89) si prescrive che la concreta applicazione dei criteri di cui ai commi precedenti venga "asseverata", prima dell'atto aggiuntivo all'appalto, da "uno o più soggetti di adeguata esperienza e qualificazione professionale" scelti dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti.

Il richiamo alla "conservazione dell'equilibrio contrattuale" originario come ragion d'essere e obiettivo dell'adeguamento dei prezzi dell'appalto per realizzare il ponte (art. 2, d.l. n. 35/2023) si lega ad alcune novità introdotte nel coevo d. legis. n. 36/2023, in specie alla codificazione (nell'art. 9) di un principio che permetta, in generale, di rinegoziare secondo buona fede le condizioni di un contratto pubblico – nel corso di svolgimento del rapporto – quando sopravvengano circostanze straordinarie e imprevedibili che alterino in misura rilevante il suo equilibrio[24].

L'inserimento nel nuovo codice degli appalti del principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale non sembra rientrare fra i criteri e i principi direttivi stabiliti nella legge di delega (l. 21.6.2022, n. 78); dove ricorre invece il richiamo agli altri principi in materia di aggiudicazione ed esecuzione dei contratti pubblici che devono guidare l'amministrazione per raggiungere il risultato che persegue (in specie, ai principi di trasparenza, concorrenzialità e non discriminazione fra gli

[24] Cfr. Bianchi, *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale*, nel *Commentario al nuovo codice dei contratti pubblici*, a cura di Cartei e Iaria, Editoriale Scientifica, 2023, 107 ss.; Perfetti, *op. cit.*, 69 ss. Sui limiti alla possibilità di rinegoziazione in diritto civile v. Gabrielli, *Sopravvenienza e rinegoziazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2024, 11 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

operatori economici). Con specifico riguardo all'esecuzione degli appalti, il Parlamento ha attribuito al legislatore delegato il duplice compito – per mettere le stazioni appaltanti in grado di far fronte alle sopravvenienze – di vincolarle a predisporre un regime obbligatorio di revisione dei prezzi, e di ridefinire la disciplina delle varianti nei limiti previsti dall'ordinamento europeo in relazione alla possibilità di modifica dei contratti [art. 1, comma 2º, lett. *g*) e *u*), l. n. 78/2022]. Non a caso quindi si è prospettata l'ipotesi che l'inserimento nel d. legis. n. 36/2023 del principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale ecceda la delega conferita al Governo dal Parlamento (ai sensi dell'art. 76 Cost.)[25].

In ogni caso va rilevato che nel comma 5º dell'art. 4, d.l. n. 35/2023 si dichiarano applicabili agli atti aggiuntivi riguardanti gli affidamenti conclusi dalla società concessionaria per la realizzazione del ponte e per i servizi connessi l'art. 72, dir. n. 24/2014 UE e le norme attuatrici interne, poste in origine nell'art. 106, d. legis. n. 50/2016 e oggi nell'art. 120, d. legis. n. 36/2023: disposizioni che circoscrivono le ipotesi in cui in fase esecutiva un appalto pubblico può essere modificato, e fissano i limiti oltre i quali l'atto modificativo equivale alla stipula di un nuovo affidamento, quindi esige una nuova gara (v. anche, sugli appalti nei settori speciali, l'analogo art. 89, dir. n. 25/2014 UE[26]).

L'avere esteso agli atti aggiuntivi riguardanti gli affidamenti per il ponte l'art. 72, dir. n. 24/2014 UE e le norme attuatrici interne potrebbe far sorgere più di una perplessità.

La prima potrebbe derivare dal richiamo compiuto a una disciplina diversa, sotto il profilo cronologico, da quella alla quale sono sottoposti gli affidamenti cui gli atti aggiuntivi afferiscono, dovendo in linea di principio applicarsi agli appalti pubblici la disciplina in vigore al tempo in cui sono stati messi in gara. A buon diritto il regime delle modifiche contrattuali risultante dalla dir. n. 24/2014 UE e dalle norme attuatrici inserite nell'art. 106 del codice degli appalti del 2016 (d. legis. n. 50/2016) si è ritenuto applicabile agli affidamenti i cui bandi o avvisi fossero stati resi pubblici a decorrere dal 20.4.2016, non anche agli affidamenti resi pubblici prima di questa data[27]. Ma tale prima perplessità potrebbe essere rimossa considerando che il cit. art. 72 ha recepito anteriori indicazioni della Corte di giustizia[28]; che per quest'ultima la disciplina applicabile alle modifiche di un affidamento pubblico può essere, ed è, quella in vigore al tempo delle stesse modifiche, non quella in vigore al tempo del contratto[29]; e che perciò, in base al principio "*tempus regit actum*", gli atti aggiuntivi in esame sono comunque soggetti ai limiti accolti nella direttiva.

Una seconda perplessità sulla estensione del cit. art. 72 ai medesimi atti aggiuntivi potrebbe manifestarsi assumendo che, se si includessero questi atti nel campo applicativo della disciplina limitatrice delle modifiche contrattuali, si compirebbe una forzatura perché tale disciplina circoscrive le variazioni consentite durante il periodo di validità degli appalti; ed estenderla ad atti aggiuntivi concernenti un appalto risolto contrasterebbe con il rigore del cit. art. 72. Ma pure tale seconda perplessità potrebbe superarsi considerando che gli atti aggiuntivi, al contempo, modificano il contratto e ne ripristinano l'efficacia, così che la disciplina contenuta nel cit. art. 72 in pratica si applicherebbe a un appalto di nuovo efficace.

Ciò detto, non può negarsi che la ricordata norma – tesa a far inserire negli atti aggiuntivi all'affidamento riguardante la costruzione del ponte "l'accettazione espressa e incondizionata, da parte del contraente generale, dei criteri di aggiornamento dei prezzi di cui all'art. 2, commi 8-*bis*, 8-*ter*, 8-*quater* e 8-*quinquies*" [art. 4, comma 3º, lett. *b-bis*), d.l. n. 35/2023] – sollevi dubbi di validità. Essa infatti sembra disattendere, in parte, l'art. 72 dir. n. 24/2014 UE e la giurisprudenza della Corte di giustizia europea sui limiti di modificabilità degli appalti pubblici. In termini più precisi: la rivalutazione monetaria prevista in contratto e l'adeguamento dei corrispettivi ai maggiori prezzi dell'energia e dei materiali di costruzione (art. 2, comma 8º-*bis*, d.l. n. 35/2023) appaiono riconducibili all'art. 72, § 1, lett. *a*) e *c*); ciò in quanto nella lett. *a*) si ammettono le modifiche previste nei documenti di gara iniziali, in clausole chiare precise e inequivocabili, comprese le clausole di revisione dei prezzi; e nella lett. *c*), si ammettono modifiche imposte da circostanze imprevedibili (purché non alterino la natura del contratto). Si tenga presente tuttavia che la rivalutazione monetaria non incontra limiti di valore nella sua ammissibilità, mentre l'adeguamento dei prezzi non può spingersi ol-

---

[25] Cfr. Bianchi, *op. cit.*, 108; Perfetti, *op. cit.*, 70.

[26] Sulla disciplina delle modifiche nell'art. 160 d. legis. n. 50/2016 v. Sciaudone, *Varianti e modifiche*, nel *Trattato sui contratti pubblici*, cit., IV, 253 ss.; sulla disciplina codificata nel d. legis. n. 36/2023, Aronica, *Le modifiche dei contratti*, nel *Commentario al nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., 813 ss.

[27] Cfr. Sciaudone, *op. cit.*, 256.

[28] Il precedente più noto è Corte giust. CE, 19.6.2008, causa C-454/06; ma v. anche Corte giust. UE, 28.9.2019, causa c-526/17, che ha applicato la dir. n. 18/2004 CE alla proroga della durata di una concessione dell'ANAS ad una impresa per costruire e gestire una autostrada, rispetto alla quale la Commissione aveva avviato una procedura di infrazione nei confronti dell'Italia; nel pronunziarsi in merito la Corte ha deciso che, a causa di tale modifica senza gara della concessione, il nostro Paese aveva violato gli artt. 2 e 58 della direttiva; di recente v. Corte giust. UE, 7.12.2023, cause riunite C-441/2022 e C-443/2022; in proposito v. anche Cons. Stato, 11.7.2023, n. 6797, ined.

[29] Corte giust. UE, 18.9.2019, causa C-526/17, cit.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

tre il 50% del valore originario del contratto. Invece la modifica disposta nell'art. 2, commi 8º-*ter*, 8º-*quater* e 8º-*quinquies*, d.l. n. 35/2023 sembra trascurare l'art. 72; ma non perché attribuisce rilievo a circostanze sopravvenute straordinarie e imprevedibili che alterano l'equilibrio contrattuale (circostanze rilevanti anche nell'art. 72, § 1, lett. *c*), bensì perché ammette che, ricorrendo quelle circostanze, i prezzi vengano rideterminati in base a "indici" suscettibili di condurre a valori superiori al limite del 50% del valore originario del contratto (evenienza non preclusa dalla predetta "asseverazione", ad opera di esperti di nomina ministeriale, della corretta applicazione dei criteri legislativi di adeguamento dei prezzi, ai sensi dell'art. 2, comma 2º-*sexies*, d.l. n. 35/2023, aggiunto dall'art. 2, comma 1º, lett. *e*, n. 4, d.l. n. 89/2024). E, in caso di superamento di quel limite, in forza dell'art. 72, par. 5 è necessaria una nuova procedura competitiva.

Suscita riserve di compatibilità europea, d'altronde, pure il comma 8º dell'art. 120, d. legis. n. 36/2023 (estraneo al d. legis. n. 50/2016), secondo il quale il contratto è sempre modificabile ai sensi dell'art. 9 (quindi ai fini di conservazione del suo equilibrio originario) e nel rispetto delle clausole di rinegoziazione convenute (ovvero – in caso di loro mancanza – in conformità al "nuovo accordo" proposto dal Responsabile unico del procedimento, oppure a una sentenza di "adeguamento del contratto all'equilibrio originario"). Non sembra esagerato, infatti, vedere nella ampiezza della norma un ostacolo alle tutele perseguite dalla giurisprudenza europea e dall'art. 72, dir. n. 24/2014 UE.

IV. Oltre che per essere disallineata rispetto al diritto della UE, la speciale norma che prevede il ripristino degli appalti originari, per di più desumendolo indirettamente da atti modificativi (art. 4, comma 3º, d. legis. n. 35/2023), potrebbe essere a rischio di invalidità per inosservanza del principio costituzionale di ragionevolezza. Secondo il giudice delle leggi, infatti, violano questo principio l'uso distorto o improprio della funzione legislativa, oppure la contraddittorietà fra una certa norma e la finalità perseguita dal legislatore [30]. Il principio esige, in altri termini, regole provviste "di una misura minima di coerenza, adeguatezza, proporzione (...) rispetto alla fattispecie regolata" [31].

Come si è già esposto, la norma del d.l. n. 35/2023 che recupera senza l'intermediazione di nuove gare affidamenti risolti in forza di legge contraddice i principi di trasparenza e libertà del mercato degli appalti; i quali, a tutela della finanza pubblica e della concorrenzialità fra le imprese, impongono agli enti pubblici di procurarsi beni e servizi presso imprese scelte con certe procedure tipizzate. Essendo incoerente con principi generali della materia, la norma potrebbe essere a rischio di incostituzionalità per irragionevolezza. Le regole derogatorie devono essere giustificate in modo congruo, in specie se consistono in provvedimenti. E il sindacato di costituzionalità su di esse deve attingere "alla razionalità oggettiva della disposizione censurata", essendo necessario "accertare in maniera stringente se siano identificabili interessi in grado di giustificare" la medesima [32]. Nell'epigrafe del d.l. n. 35/2023 le misure prese vengono giustificate con l'assunto della straordinaria necessità e urgenza di costruire il ponte sullo Stretto. Ma l'adeguatezza di questo assunto sembra opinabile. Lo scopo di far costruire l'importante infrastruttura dovrebbe essere perseguito – secondo il canone della ragionevolezza delle scelte legislative – con l'osservanza delle procedure a tal fine previste, piuttosto che mediante misure normative "urgenti" tese a eludere l'oggettiva difficoltà di recuperare contratti sciolti. Da qui la possibile censura della norma derogatrice anche per contraddire, invece di assecondare, l'intento di promuovere la costruzione del ponte.

La norma sul ripristino dei contratti, d'altronde, solleva problemi di ragionevolezza pure alla luce dei principi sulla successione della legge nel tempo (problemi che non si pongono per la concessione alla società "Stretto di Messina", sottoposta alla legge speciale n. 1158/1971, che durante il suo mezzo secolo di vita ha ricevuto numerose modifiche e integrazioni ma è ancora in vigore).

La disciplina applicabile ai contratti conclusi dalla società concessionaria con terzi, in specie a quello del 27.3.2006 relativo alla costruzione del ponte, non può essere la disciplina inserita nel nuovo codice degli appalti (d. legis. n. 36/2023), dove si afferma che questo si applica ai contratti posteriori al tempo in cui acquista efficacia (1º.7.2023) (art. 226); né la disciplina inclusa nel codice precedente (d. legis. n. 50/2016), dove si stabiliva che esso si applicava ai contratti per i quali i bandi o avvisi di gara sarebbero stati resi pubblici dopo la sua entrata in vigore (art. 316, comma 1º). La irretroattività della normativa introdotta dopo l'affidamento al "*general contractor*" del 2006 comporterebbe allora che al medesimo dovrebbe applicarsi la disciplina originaria, "a marcata impostazione civilistica" [33], contenuta nell'art. 9, d. legis. n. 190/2002 (poi trasposta nell'art. 176, d. legis. n. 163/2006). L'ultrattività di tale disciplina mal si concilia con la presunta

[30] Cfr. rispettivamente Corte cost., 6.5.2024, n. 77, cit.; Corte cost., 9.2.2024, n. 13, ined., e Corte cost., 18.7.2023, n. 149, in *Giur. cost.*, 2023, 1601.

[31] Scaccia, *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto costituzionale*, in *Dialoghi su ragionevolezza e proporzionalità*, a cura di Fachechi, Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, 177 ss., in part. 188 s.

[32] Corte cost., 27.7.2020, n. 168, punti 15.1 e 15.2, in *Giur. cost.*, 2020, 1863.

[33] Cavina Galli, nel *Nuovo codice dei contratti pubblici*, diretto da Caringella, Giuffrè Francis Lefebvre, 2023, *sub* art. 204, 1337.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

necessità e urgenza che il ripristino contrattuale serva ad "adeguare tutti gli atti e le disposizioni inerenti alla realizzazione dell'opera al quadro normativo vigente", perché la disciplina di quell'affidamento è stata poi riscritta in punti cruciali, in particolare vietandosi la possibilità di attribuire al "*general contractor*" compiti di responsabile e direttore dei lavori, e la progettazione definitiva dell'opera che deve eseguire (cfr. gli artt. 204 ss., d. legis. n. 36/2023)[34]. Ma allora si potrebbe porre il problema di ragionevolezza della norma che prevede il ripristino dell'affidamento al "*general contractor*", in quanto comporterebbe l'applicazione ad esso di regole superate, mentre l'applicazione al medesimo della disciplina vigente disattenderebbe il principio di irretroattività delle norme.

5. Conclusioni.

La problematicità delle disposizioni del d.l. n. 35/2023 che ammettono il ripristino e la modifica senza nuove gare di elementi essenziali degli appalti conclusi dalla società "Stretto di Messina" nel 2006, e sciolti nel 2013, potrebbe aprire scenari di vario tipo a seguito della sottoscrizione dei previsti atti revisionali una volta approvato il progetto definitivo del ponte.

Potrebbe darsi che la Commissione, assumendo che l'Italia dotandosi di quelle norme abbia violato le regole armonizzatrici europee sulla stipula dei pubblici appalti e sulla loro modificabilità, avvii nei confronti del nostro Paese un procedimento di infrazione (ai sensi e per gli effetti degli artt. 258 ss. TFUE). Qualora l'Italia non dovesse adeguarsi alle censure in ipotesi avanzate dalla Commissione, questa potrebbe ricorrere alla Corte di giustizia ai fini dell'accertamento della infrazione e della pronunzia delle misure sanzionatorie che ne conseguono.

Ma potrebbe anche darsi che la conformità delle predette norme al diritto europeo venga contestata davanti a un giudice italiano. In questa ipotesi, se condividesse il rilievo, il giudice, nel rendere la richiesta sentenza, dovrebbe disapplicare quelle norme in forza del primato del diritto europeo. Oppure potrebbe ritenere opportuno, prima di pronunziarsi, chiedere alla Corte di giustizia (ai sensi dell'art. 267 TFUE) di stabilire l'esatta interpretazione delle regole europee in ipotesi disattese dal d.l. n. 35/2023, e di decidere se esse impedissero o meno di adottare le norme interne controverse. L'interpretazione della Corte vincolerebbe il giudice che avesse operato il rinvio, e quelli successivi, nel valutare se le regole europee impediscano o meno l'applicabilità delle norme interne che ammettono il recupero e la modifica senza gara degli appalti oggetto del d.l. n. 35/2023.

Non può neppure escludersi l'evenienza di un intervento della Corte costituzionale cui venga rimessa la questione di legittimità del d.l. n. 35/2023 per difetto di un requisito formale, o per violazione del principio di ragionevolezza ad opera della norma che prevede il ripristino degli appalti risolti.

Ma non importa qui discutere delle probabilità che si affacci in concreto l'uno e/o l'altro degli scenari ipotizzati (o scenari ancora diversi, aperti da interventi di autorità di controllo o da iniziative precauzionali di organizzazioni di tutela dell'ambiente); né è il caso di ardire previsioni sul contenuto delle eventuali pronunzie dei giudici. Preme invece sottolineare che il carattere problematico delle misure prese con il d.l. n. 35/2023 deriva anzitutto dalle incertezze sulla idoneità della stipula di atti aggiuntivi agli affidamenti del 2006 a produrre la ricostituzione dei rapporti originari, e quindi, in sostanza, dalle incertezze sulla possibilità di recuperare al diritto, tramite quegli atti, la situazione complessiva che aveva consentito di mettere in moto la macchina realizzatrice dell'opera[35]. Si tratta di una evenienza resa problematica dalla singolarità delle norme che la dispongono, visto che il nostro sistema giuridico non conosce altre ipotesi di ripristino, con il consenso delle parti, di appalti pubblici risolti *ex lege*. Diviene quindi doveroso chiedersi, e chiedere, se il proposito di riattivare dopo molti anni gli affidamenti tesi alla costruzione di una infrastruttura di per sé già complessa e controversa, non fosse e non sia attuabile in modo più sicuro intraprendendo, invece che percorsi sconosciuti e impervi, strade note e piane, vale a dire avviando il rinnovo delle procedure competitive e la stipula di nuovi affidamenti (non potendosi neanche stipulare altri appalti sulla base delle procedure esperite due decenni fa e di aggiudicazioni divenute inidonee a produrre ulteriori effetti).

---

[34] Cavina Galli, *op. cit.*, 1335 s., attribuiscono alla l. 28.1.2016, n. 11, e al d. legis. n. 50/2016 le prime innovazioni alla disciplina dell'affidamento al "*general contractor*"; ma non va sottovalutata neppure la modifica del sistema di qualificazione del "*general contractor*", con la richiesta di ulteriori requisiti. Su tale disciplina v. anche Gallo Foà, *Affidamento a contraente generale*, nel *Trattato sui contratti pubblici*, cit., V, 345 ss., 356 ss.; De Nictolis, *I nuovi appalti pubblici*, Zanichelli, 2017, 2183 ss.

[35] La necessità che, al fine di ricostruire in modo compiuto la disciplina di un contratto, si vada oltre il testo e si guardi alla "situazione complessiva" in cui il negozio si inserisce viene raccomandata a ragione da V. Scalisi, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, ora in Id., *Il contratto in trasformazione (Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo)*, Giuffrè, 2011, 224 ss.; Id., *Forma solenne e regolamento conformato: un ossimoro del nuovo diritto dei contratti?*, *ivi*, 410 ss.: la "situazione complessiva" – osserva l'autore – vale a "far confluire sulla singola operazione contrattuale normative e discipline, dalla stessa anche distanti e lontane, che (...) hanno (...) diretta e immediata rilevanza e incidenza sulla regolamentazione del singolo atto" (411 s.).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Una prospettiva comparatistica sulla tutela delle persone anziane in Asia

di Francesca Benatti*

SOMMARIO: 1. Il concetto di *xiao* tra morale, diritto e politica. – 2. Un panorama sulla applicazione della pietà filiale nelle leggi sulle persone anziane in Asia. – 3. Le scelte di policy cinesi. – 4. I rimedi civilistici. – 5. La legge su ''I Diritti e la Protezione degli Anziani''. – 6. Conclusioni.

1. Il concetto di *xiao* tra morale, diritto e politica.

Fin dai tempi antichi, sulla vecchiaia hanno riflettuto filosofi e pensatori. Piacevole e speranzoso atto finale di un dramma[1] o momento di disperato e buio confronto con la propria mortalità[2], oggi rappresenta per numerosi Stati un problema politico, sociale ed economico. La difficile ricerca di soluzioni che, pur sostenibili ed efficienti, non ledano la dignità delle persone o non accentuino scontri generazionali, mostra le distinte sensibilità, culture e mentalità dei diversi ordinamenti[3]. L'analisi dei modelli asiatici può essere utile nell'offrire indicazioni, anche pratiche, per i sistemi europei.

In Cina la tutela, anche giuridica, delle persone anziane è fondata sulla nozione di pietà filiale (*xiao*)[4] elaborata e sviluppata nel corso dei secoli. È stato efficacemente osservato come il *xiao*[5] rappresenti "un senso di continuità con i propri genitori e antenati e una devozione per promuovere tale continuità. Comporta una maggiore consapevolezza che non solo si deve la propria esistenza ai genitori e agli antenati, ma si è anche stati plasmati da loro per diventare il tipo di persona che si è"[6]. Nel tentativo di definire tale concetto va, però, messa in luce sia l'impossibilità di equipararlo completamente a quello di "pietà filiale" di origine romana, sia la sua natura dinamica. È stato infatti interpretato in modo difforme nei differenti momenti storici e contesti locali[7].

La sua origine risale al periodo della dinastia Zhou occidentale (XI secolo a.C. – 771 a.C.), durante la quale la violazione dei doveri filiali era già considerata un peccato punibile per legge. Nonostante fosse difficilmente concretizzabile, il concetto di *xiao* era inizialmente inteso soprattutto come l'obbligo di celebrare gli antenati e i genitori, con cerimonie rituali, mentre successivamente veniva esteso fino a ricomprendere il dovere di rispettare gli anziani.

È con Confucio che la visione tradizionale di pietà filiale viene consacrata. Ritenuta la più importante tra le buone azioni, non aveva, però, una interpretazione unitaria ed è stata qualificata come dovere, virtù, obbligo, forma di affetto, emozione. Tuttavia due profili rimanevano costanti: da un lato l'aspetto rituale, dall'altro la sua centralità nel permeare tutti i rapporti della società[8]. La relazione padre e figlio è, infatti, una delle tre fondamentali individuate da Confucio. Benché tipica di una realtà gerarchica, la pietà filiale non era, nella sua visione assoluta obbedienza ma, come notato dalla dottrina, "Confucio sapeva che la cieca riverenza per la pietà filiale non riflessiva (...) e il rispetto per gli anziani potevano essere un errore (...). Non c'è nulla di intrinsecamente buono in una persona anziana che non ha virtù. Allo stesso modo, ci sarebbe qualcosa di sbagliato in un giovane se non rispettasse un anziano degno (...). Ma la preoccupazione per ogni persona richiede reciprocità"[9]. Tale posizione equilibrata è in parte sfumata nel tempo[10].

---

* **Contributo pubblicato in base a *referee*.**

[1] Così si esprime Cicerone nel "*De senectute*".

[2] BOBBIO, *De senectute e altri scritti autobiografici*, Einaudi, 1996.

[3] V. l'analisi comparatistica in CASCIONE, *Il lato grigio del diritto. Invecchiamento della popolazione e tutela degli anziani in prospettiva comparatistica*, Giappichelli, 2022.

[4] L'ideogramma cinese è composto da due caratteri "*Lao*" (vecchio) in alto e "*Zi*" (figlio) in basso. È scritto dall'alto verso il basso, il che indica la continuazione della linea familiare. L'ideogramma, che comunica molteplici messaggi, indica la responsabilità dei giovani di sostenere i membri più anziani della famiglia. V. LI-HODGETTS-HO-STOLTE, *From early Confucian texts to aged care in China and abroad today: The evolution of filial piety and its implications*, in *Journal of US-China Public Administration*, 2010, 48 ss.

[5] In coreano il termine è *hyo*.

[6] KWONG LOI, *Xiao (Hsiao): Filial Piety*, in *Encyclopedia of Chinese Philosophy*, a cura di CUA, Routledge, 2003, 793.

[7] XU-FANG, *Re-schematisation of Chinese xiao (filial piety) across cultures and generations*, in *Cultural Linguistics and World Englishes*, Springer, 2021, 65 ss.

[8] "*The gentleman must devote his efforts to the roots, for once the roots are established, the way will generate therefrom. Filial piety (xiao) and brotherly love (ti) are the roots of humanity*", FAN, *Confucian Filial Piety and Long Term Care for Aged Parents*, in 18 *HEC Forum*, 2006, 3.

[9] BERTHRONG, *Transmitting the Dao: Chinese Confucianism*, in CHANG-KALMANSON, *Confucianism in context: Classic philosophy and contemporary issues, East Asia and beyond*, Suny Press, 2010, 9.

[10] Sugli aspetti controversi della pietà filiale correttamente osserva-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Va messo in luce come per Confucio i doveri ricompresi nel *xiao* non fossero limitati al solo supporto materiale, ma includessero anche quelli morali e spirituali. Un figlio rispettoso, infatti, nel nutrire i suoi anziani, cerca di rallegrare i loro cuori e di non andare contro i loro desideri, di promuovere il loro benessere e con cuore leale di fornire loro cibo e bevande [11]. Si trattava di un dovere che accompagnava tutta la vita della persona anche dopo la morte dei genitori. Nella tradizione il modello esemplare di *xiao* si rinviene nella vicenda dell'Imperatore Yao (2324 a.C. – 2206 a.C.) che, ammirando la pietà filiale di Shun lo aveva scelto come genero e aveva, poi, abdicato volontariamente in suo favore, preferendolo addirittura al proprio figlio [12].

Sarebbe erroneo però ridurre il concetto di *xiao* all'ambito famigliare posto che aveva anche un profondo significato politico [13] e giuridico. A partire dalla dinastia Han (206 a.C. al 220 d.C.), che aveva consacrato il confucianesimo come ideologia di Stato, la pietà filiale era divenuta la virtù per eccellenza, nonché un importante strumento di governo. Secondo parte della dottrina ciò era dovuto ad una equiparazione risaltata dai filosofi dell'epoca e presente già nel cinquantunesimo capitolo dello Han Feizi, "Fedeltà e pietà filiale", tra l'obbedienza politica e familiare: come nel mondo esterno era dovuta lealtà all'imperatore, così, all'interno della casa, la pietà filiale era un obbligo nei confronti dei propri genitori [14]. Tuttavia, qualora il rispetto per l'imperatore e quello per i genitori confliggessero, secondo Confucio e Mencio doveva prevalere il secondo. I pensatori successivi hanno, invece, tentato di riconciliare le possibili tensioni: la pietà filiale era il fondamento di quell'ordine sociale [15] garantito e protetto dall'imperatore [16].

Tale ricostruzione sembrerebbe spiegare le ragioni per le quali i testi confuciani tra i quali *Xiaojing* erano utilizzati nella risoluzione delle controversie concrete e la violazione del *xiao* era severamente punita dalla legge come dimostra il codice *Tang* [17], che la includeva tra le Dieci Aberrazioni. Rappresentava, infatti, una grave rottura dell'armonia e dell'ordine sociali. La dottrina è incerta, però, se ciò fosse dovuto esclusivamente al ruolo del confucianesimo. Correttamente alcuni autori rilevano non solo la medesima impostazione nei codici pre-*Tang*, ma soprattutto la fede buddista [18] dell'Imperatore Wen [19]. Sembra, pertanto, preferibile ritenere che l'idea, anche giuridica, di *xiao* permeasse l'intera società e fosse il risultato di influenze diverse.

Tuttavia, l'analisi dell'applicazione concreta, da parte dei giudici, porta ad osservare come spesso il suo rispetto ponesse i membri della famiglia in condizioni impossibili [20]. Emblematico è il caso di Jao che aveva ordinato al figlio di comprare del veleno. Se questi avesse disobbedito all'ordine della madre, avrebbe commesso il reato di empietà, mentre se l'avesse assecondata sarebbe stato partecipe nella sua morte, reato di straordinaria gravità. La Corte provinciale qualificava la condotta come matricidio punito con la morte per affettamento. Di fronte al Consiglio la sentenza veniva modificata: mancando la volontà di uccidere, la pena era ridotta nella decapitazione.

La criminalizzazione della violazione dei doveri imposti dalla pietà filiale non è esclusiva della Cina, ma di tutti gli ordinamenti confuciane: anche in Vietnam, ad esempio, durante il *periodo Gia Long* (1762 d.C. – 1820 d.C.) coloro che abbandonavano o maltrattavano i genitori di età superiore agli 80 anni erano criticati come inumani e sanzionati gravemente. Diversamente, nell'epoca *Duc* (1847 d.C. – 1883 d.C.) era privilegiato un approccio premiale nei confronti dei figli che si prendevano cura attentamente e con devozione dei genitori [21].

La concezione di *xiao* nelle società tradizionali è stata criticata in quanto patriarcale, gerarchica e tipica di

---

no Chan-Tan (a cura di), *Filial piety in Chinese thought and history*, Routledge Curzon, 2010, 10, che "*Both exalting filial piety as a supreme virtue and blaming it for everything that went wrong in Chinese society are over-simplistic attitudes to adopt toward filial piety. Historically, filial piety has played important roles in shaping the character and life of Chinese people; it has also caused all kinds of problems at various levels and in various areas of Chinese life*".

[11] Chin, *Confucius: The Analects*, Penguin Books, 2014.

[12] Pei, *Filial Piety for Modern China*, in 23 *China Review*, 2023, 107.

[13] "*Someone said to Confucius, 'why do you not take part in government?' The master said, 'What does the Classic of Document say of filial piety? – 'Simply by being filial and discharging one's brotherly love, a man can exert an influence on government.' In so doing one is in fact taking part in government*", in Chin, *op. cit.*, 21.

[14] Holzman, *The place of filial piety in ancient China*, in *Journal of the American Oriental Society*, 1998, 185.

[15] Come viene riportato da Canda, *Filial piety and care for elders: A contested Confucian virtue reexamined*, in *Journal of Ethnic and Cultural Diversity in Social Work*, 2013, 213, già nel libro dei Riti è constatato che "*When the Great Way was practiced, the world was shared by all alike* (...). *Therefore they did not regard as parents only their own parents, or as sons only their own sons' Therefore the aged were provided for until death, the able were employed, the young were nurtured, and kindness, compassion, and care were expressed to widows, widowers, orphans, and people with disabilities. This period was called the Grand Unity Furthermore, filial piety extends to relations in the entire cosmos. Heaven and earth are the cosmic father and mother of all in the world*".

[16] Yang, *The reconciliation of filial piety and political authority in early China*, in 16 *Dao*, 2017, 187.

[17] Il codice *Tang* fu redatto per la prima volta nel 624 d.C. e successivamente rivisto.

[18] Sulla pietà filiale nel buddismo v. Xing, *The teaching and practice of filial piety in Buddhism*, in 31 *Journal of Law and Religion*, 2016, 212 ss. Cfr. anche Guang, *A Buddhist-Confucian controversy on filial piety*, in 37 *Journal of Chinese Philosophy*, 2010, 248 ss.

[19] Sotto l'Imperatore Wen (581 d.C. – 604 d.C.) era iniziata la redazione del codice *Kaihung* alla base del codice *Tang*.

[20] Liu, *Confucius and the Chinese Legal Tradition*, in 28 *Mich. St. Int'l L. Rev.*, 2019, 477.

[21] Nguyen, *The continuity of filial piety and its influence on the practice of eldercare institutions in Vietnam today–Through the case of eldercare institutions in Ho Chi Minh City*, in *Journal of Religion, Spirituality & Aging*, 2023, 385-408.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

una realtà fondata sulle diseguaglianze. Tuttavia, nonostante alcuni profili discutibili, è alla base della valorizzazione della famiglia e del legame indissolubile di cura, rispetto e affetto tra i suoi membri che è parte della tradizione cinese. Ed è da questa prospettiva che muovono le legislazioni a tutela delle persone anziane: prima che alla società, spetta ai figli occuparsi dei genitori nella ultima fase della loro vita.

2. Un panorama sulla applicazione della pietà filiale nelle leggi sulle persone anziane in Asia.

Va osservato come Singapore sia stato tra i primi ordinamenti ad introdurre specificatamente il "*Maintenance of Parents Act of 1995*"[22] che imponeva ai figli un obbligo di mantenimento nei confronti dei genitori in situazione di difficoltà economica. La normativa volta a creare una specifica azione legale in tali fattispecie non appare distante dagli obblighi alimentari previsti in altri ordinamenti. Inoltre, la sua applicazione è limitata[23]: è stato constatato come spesso le controversie derivino più da una difficile relazione famigliare già presente che da questioni pratiche[24].

Maggiormente significativa è, dunque, l'esperienza sud-coreana nella quale si avverte una particolare attenzione alla tutela degli anziani sancita dall'art. 34 della Costituzione. Il fondamento confuciano è evidente anche luce dell'art. 9 Cost., in base al quale lo Stato ha il dovere di promuovere e sviluppare la tradizione e l'eredità culturali del paese. Benché si assista oggi ad una tensione crescente[25] tra i principi confuciani e il costituzionalismo di ispirazione liberale, questi continuano a permeare la società.

Il termine pietà filiale viene impiegato per la prima volta nella legislazione sud-coreana moderna nella legge *Welfare of the Aged*[26] fondata sull'impegno assunto dallo Stato e dal popolo "di sviluppare e mantenere un sistema familiare solido, basato sull'usanza tradizionale di esprimere rispetto e amore per gli anziani e i genitori" (art. 3). L'art. 6 riconosce come "Per migliorare la pietà filiale, la Giornata dei Genitori si terrà l'8 maggio di ogni anno. Al fine di accrescere l'interesse sociale per le persone anziane e la consapevolezza del valore del rispetto delle persone anziane, la Giornata degli anziani si terrà il 2 ottobre di ogni anno e il Mese degli anziani nel mese di ottobre di ogni anno". Il carattere retorico della legge è stato criticato dalla dottrina che ha messo in luce la sua natura esclusivamente programmatica.

Ispirato ai medesimi principi è anche il *Framework Act on Low Birth Rate in an Aging Societ*y, nel quale è enfatizzato il dovere dello Stato di attivarsi "per garantire che i cittadini anziani siano rispettati a casa e nella società, incoraggiando la pietà filiale e creando l'ambiente sociale necessario per costruire relazioni familiari democratiche, attivando gli scambi tra le generazioni e promuovendo la comprensione tra le generazioni"[27]. Si è correttamente sottolineato come anche in questa normativa la pietà filiale sia identificata nel rispetto delle persone anziane in famiglia e nella società nonché nel dialogo intergenerazionale. Mancando, però, una definizione precisa, la concretizzazione dei doveri derivanti da tale principio è affidata alla tradizione[28].

Un ulteriore passaggio si è avuto con la introduzione della Legge sull'Incoraggiamento e il Supporto della Pietà Filiale del 2008, motivato dal tentativo di frenare l'impatto della "occidentalizzazione della società" che si riteneva incrinare i valori tradizionali. La normativa si concentra sul dovere del governo di promuovere e incoraggiare il rispetto della pietà filiale attraverso programmi educativi, azioni premiali, sostegni finanziari e miglioramento dei servizi di assistenza.

Accanto a queste leggi di natura simbolica, si possono, però, ricordare la disciplina prevista dal codice civile che obbliga i figli a supportare i genitori. Ai sensi dell'art. 1008-2 è inoltre previsto un beneficio per coloro che hanno "assistito in modo speciale il *de cuius* condividendo gli alloggi o fornendo assistenza, ecc. per un periodo considerevole o ha contribuito in modo speciale al mantenimento o all'aumento dei beni dell'ereditando"[29]. Hanno avuto, poi, rilevanza pratica la legge sulla *Long-Term Care Insurance of the Aged* e

---

[22] Il testo è disponibile presso *https://sso.agc.gov.sg//Act/MPA1995*.

[23] Luxue, *Filial Support Obligations under Singapore, United States, and Chinese Law: A Comparative Study*, in *Frontiers L. China*, 2019, 164, mette in luce come negli anni si sia progressivamente ridotta.

[24] Id., *op. ult. cit.*, 171: "*At the heart of most cases is poor family relations. This could be caused by irresponsible parenting, deep-rooted conflict in the family, or a lack of filial piety. The Ministry will continue to promote filial piety and responsible parenting, and in particular encourage fathers to be actively involved in raising their children. Such efforts aim to strengthen family bonds and reduce the need for elderly parents to resort to legal recourse for maintenance*".

[25] Cfr. Seong Hak Kim, *Confucianism that Confounds: Constitutional Jurisprudence on Filial Piety in Korea*, in *Confucianism, Law and Democracy in Contemporary Korea*, a cura di Kim, Rowman & Littlefield International Ltd, 2015, 57, nel quale sono esaminate le recenti decisioni delle Corte Costituzionale che hanno affrontato la questione della legittimità costituzionale di alcune norme ispirate alla tradizione confuciana.

[26] La legge è disponibile presso *https://elaw.klri.re.kr/eng_mobile/viewer.do?hseq=53997&type=sogan&key=10#:~:text=The%20purpose%20of%20this%20Act,specific%20conditions%2C%20and%20devising%20appropriate*.

[27] Park, *Legislating for filial piety: An indirect approach to promoting family support and responsibility for older people in Korea*, in *Journal of aging & social policy*, 2015, 280.

[28] Id., *op. loc. ult. citt.*

[29] In Giappone, nel 1980 è stata introdotta nel codice civile una previsione in base alla quale l'erede che si era occupato del *de cuius* aveva diritto ad una quota maggiore di eredità. Qualora non si raggiunga l'accordo tra gli eredi, è competente a decidere il Tribunale di Famiglia. Si osserva come la norma fosse di fatto applicata dai tribunali anche prima della formale introduzione.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

soprattutto quella sulla Sicurezza di Base Nazionale (l. 1º.2.2012, n. 11248), che mira a garantire un livello minimo di vita alle persone bisognose attraverso l'assistenza finanziaria. È interessante mettere in luce come siano esclusi da questo meccanismo coloro che possono essere mantenuti dai figli. Ciò conferma la natura per ora ancora sussidiaria dell'intervento statale.

Una visione simile si rinviene a Taiwan. Il sistema di assistenza sociale a tutela delle persone anziane fondato sull'art. 155 della Costituzione è stato sviluppato a partire dal 1980 con il *Senior Citizens Welfare Act*. Le sue modifiche hanno progressivamente accentuato tanto l'aspetto valoriale[30] come quello pratico della legge. Nel 2007, infatti, è stata emendata, per autorizzare il governo a predisporre e finanziare piani decennali di assistenza a lungo termine. I primi due pubblicati si concentrano sulle cure domiciliari e comunitarie, mentre il ruolo dello stato rimane secondario[31]. D'altra parte, la maggioranza dei cittadini taiwanesi sembra continuare a preferire, se possibile, il supporto familiare.

Fondamentale è, dunque, la disciplina stabilita dal codice civile che espressamente impegna i figli all'adempimento dei doveri derivanti dalla pietà filiale. Coerentemente con questo principio è posto a loro carico un obbligo di mantenimento più ampio rispetto a quello previsto in ipotesi analoghe. È sufficiente, perché gli alimenti siano dovuti, l'impossibilità dei genitori di mantenersi da soli, indipendentemente dal fatto che sia soddisfatto anche l'altro criterio dell'"incapacità di guadagnarsi da vivere". Non erano inoltre inizialmente previste cause di esenzione da questo obbligo.

La normativa è stata, però, parzialmente modificata nel 2010 con la introduzione dell'art. 118-1 in base al quale un figlio può chiedere la riduzione o in casi gravi addirittura l'esenzione dal mantenimento se non è stato supportato dal genitore nella sua infanzia senza giustificati motivi. La dottrina ha messo in luce come questo Emendamento rappresenti un passaggio significativo da una visione della famiglia ancora tradizionale e basata su una rigida gerarchia ad una più moderna e attenta anche alle esigenze dei figli[32].

Il cambiamento della società pare aver influito anche sull'aumento delle azioni giudiziarie promosse dai genitori nei confronti dei figli passando da 1.435 nel 2011 a 3.164 nel 2017[33]. È stato, però, notato come l'incremento potrebbe essere dovuto alla volontà di attivare l'assistenza statale che, in base alla interpretazione della Clausola 539 della Legge sull'Assistenza Pubblica, può essere concesso solo qualora i famigliari non provvedano agli obblighi di mantenimento. Il principio è stato chiaramente espresso nel caso deciso dalla Corte Suprema Amministrativa nel 2012[34]. Nella motivazione, è chiarito come il diritto dello Stato di richiedere il rimborso delle spese pagate dal centro di cura temporaneo per le persone anziane si basa sull'esistenza dell'obbligo alimentare e viene meno solo qualora questo non sia dovuto. Se, invece, è stato solo ridotto, lo Stato può ancora richiedere la restituzione di quanto versato nei limiti dell'obbligo di mantenimento fissato[35].

Una valutazione dei modelli sud-coreano e taiwanese appare, però, complessa[36]. Seppure si riscontrino la difficoltà di implementazione pratica dei principi di pietà filiale e la incompletezza del sistema pubblico di assistenza sociale, va apprezzato lo sforzo di affermare una visione dell'anziano come parte integrante e fondamentale della società unitamente all'aspirazione al mantenimento della centralità della famiglia nella sua cura[37]. La dottrina più attenta avverte però come il welfare state e i programmi LTC inizino ad essere

---

[30] Cfr. ad esempio l'art. 16: "*The elders care services should be processed under the principle of Holistic Care, Localized ageing, health promotion, postpone and alleviate the disable condition of elders, and diversified continuing care.*
Based on the rule stated in preceding sentence and the need of the elder, the municipal and city/county authorities concerned shall provide home-base, community-base or institution-base services to elders. Furthermore, care management rules shall be set for the above services". Il testo è disponibile presso *https://law.moj.gov.tw/ENG/LawClass/LawAll.aspx?pcode=D0050037*.

[31] Sulle possibili tensioni dovute alla evoluzione della società e all'abbandono progressivo della visione confuciana, cfr. Yeh, *Long-term care system in Taiwan: the 2017 major reform and its challenges*, in *Ageing & Society*, 2020, 1334.

[32] Chang, *Whose duty of elder care? Examining aging law and policy in Taiwan*, in *Wis. Int'l LJ*, 2019, 1.

[33] Id., *op. loc. ult. citt.*

[34] Il testo della sentenza è disponibile presso *https://www.ntbna.gov.tw/download/14351f0f252000009f258e14d1c2f4e3*.

[35] La decisione rappresenta un precedente rilevante. V. ad esempio il caso in *https://web.law.ntpc.gov.tw/Scripts/PrintSu_contents03.aspx?NO=3&ecode=Z00000&ecase=%E6%96%B0%E5%8C%97%E5%BA%9C%E8%A8%B4%E6%B1%BA&eno=1101005758&EANO=1106050586&EDATE=20211014*, in materia di persone con disabilità che si richiama espressamente a questo principio.

[36] La medesima valutazione può essere estesa al Vietnam, dove già nel 1996 era stata pubblicata la decisione del governo "*About care for the elderly and support for the work of the Association of Vietnamese elderly people*". Nel 2006, è stato fondato l'Istituto Nazionale sull'Invecchiamento del Ministero della Salute e nel 2009 è stata introdotta la Legge sugli Anziani, implementata poi attraverso piani nazionali volti a migliorare il sistema di assistenza e supporto. La normativa sugli Anziani prevede tanto il dovere della società di integrarli e renderli partecipi di diverse attività, come regole specifiche di chiara ispirazione confuciana quali l'obbligo per la comunità di provvedere ai riti funebri per gli anziani morti senza famigliari. Inoltre, il Presidente della Repubblica Socialista del Vietnam è tenuto a inviare gli auguri e a fare regali alle persone che hanno compiuto i 90 o 100 anni; i capi delle autorità locali sono obbligati ad organizzare una festa per gli anziani, da soli o con le loro famiglie, in occasione del loro compleanno, del Capodanno degli Anziani del Vietnam, della Giornata Internazionale degli Anziani. Ngoc-Barysheva-Shperkht, *The care of elderly people in Vietnam*, in *The European Proceedings of Social & Behavioural* 2016, 483 s. Ad oggi tuttavia, il Vietnam non ha ancora un problema di invecchiamento della popolazione paragonabile a Cina o Giappone.

[37] In Giappone, pur essendo stato introdotto un sistema *LTCI*, sono

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

considerati "diritti". Pertanto "*Confucian legacies might not last long*"[38].

3. Le scelte di policy cinesi[39].

Questi profili connotano anche la tutela degli anziani nell'esperienza cinese, che assume, però connotati autonomi dovuti alle particolari caratteristiche storiche, politiche, economiche e geografiche. L'articolo 49 della Costituzione del 1982 riconosce che "i genitori hanno il dovere di allevare ed educare i figli minorenni: i figli maggiorenni hanno il dovere di sostenere e assistere i loro genitori".

Sulla base di questi principi, a partire dal 1994 la leadership cinese ha avviato l'elaborazione di piani quinquennali volti alla protezione e al miglioramento della qualità della vita delle persone anziane. La ragione si rinviene in una mutata realtà socioeconomica, in parte dovuta anche alle scelte di policy, in alcuni casi fallimentari, sulla famiglia.

In primo luogo, la politica del figlio unico ha determinato una drastica riduzione della popolazione con un forte sbilanciamento tra uomini e donne[40]. La sua implementazione avvenuta a partire dagli anni '70 del secolo scorso inizialmente su base formalmente volontaria, è stata adottata legislativamente nel 1978[41] e rafforzata con l'avvento al potere di Deng. La misura era, infatti, considerata essenziale per assicurare un miglioramento della situazione economica[42].

Le crescenti difficoltà sociali ed economiche dovute all'invecchiamento della popolazione con la diminuzione delle persone in età da lavoro hanno portato nel 2013 ad una modifica di questa politica: veniva, infatti, concesso alle coppie di avere due figli se uno dei genitori era figlio unico. A partire dal 2016, sono state eliminate tutte le restrizioni. Tuttavia gli effetti del cambiamento legislativo sono scarsi[43], come dimostrano i tentativi pressanti di incentivare un incremento delle nascite.

In secondo luogo, la scelta di molti figli di continuare gli studi e lavorare in città lontane dal luogo d'origine ha determinato la impossibilità di assistere i genitori quotidianamente. In alcuni casi anche le visite si sono notevolmente ridotte per i costi elevati dei viaggi e gli impegni. Il cambiamento è avvenuto anche all'interno delle famiglie e della società con una affermazione del ruolo delle donne nel mondo del lavoro.

Sulla tenuta del sistema ha inciso, infine, la transizione dal socialismo al capitalismo caratterizzata da una riduzione del ruolo dello Stato e da un abbandono della precedente organizzazione di welfare senza che fossero introdotti gli adeguamenti necessari ad una economia di mercato e gli incentivi al settore privato[44]. L'esigenza di un miglioramento ha portato ad una riorganizzazione complessiva che ha coinvolto anche i servizi di assistenza a lungo termine alle persone anziane. Mentre fino al 2000, infatti, erano strutturati in modo analogo ed erano principalmente finanziati e gestiti dal governo, successivamente sono stati introdotti a livello locale modelli diversi anche privati. Tra questi[45] si segnala[46], innanzitutto, la scelta di Shanghai di introdurre il rimborso dell'assistenza infermieristica attraverso l'Assicurazione Sanitaria Sociale (SHI) presso case di cura designate. A Quindao invece, dal 2012 è prevista una assicurazione obbligatoria che copre i servizi domiciliari, in comunità e nelle strutture designate per gli anziani con esigenze gravi. Infine, Nanjing ha adottato un modello di assistenza pubblica mirato agli anziani poveri, noto come "Tre Nos"[47] e "Cinque garanzie"[48].

In questo contesto i piani quinquennali permettono di valutare l'evoluzione del sistema. Il XIV pubblicato

previste politiche in materia di abitazione e assistenza medica per incoraggiare il sostegno della famiglia ai genitori anziani come mutui agevolati per l'alloggio alle famiglie che vivono con i genitori. È interessante notare, peraltro, come in Giappone sono state adottate normative per consentire l'occupazione post-pensionamento, in modo che gli anziani possano continuare ad avere un reddito dopo il pensionamento.

[38] Kim-Choi, *Farewell too old legacies? The introduction of long-term care insurance in South Korea*, in *Ageing & Society*, 2012, 871. Seppure con caratteristiche diverse è una evoluzione già riscontrata in Occidente.

[39] Si fa riferimento alla normativa della Repubblica popolare cinese.

[40] Hesketh-Lu-Xing, *The effect of China's one-child family policy after 25 years*, in *New Engl J Med*, 2005, 1171.

[41] La pianificazione delle nascite è stata introdotta nella Costituzione del 1978.

[42] Va tuttavia osservato come la politica del figlio unico fosse applicata in modo differenziato con la previsione di alcune eccezioni.

[43] Ad esempio, delle oltre 11 milioni di coppie che avevano diritto ad avere un secondo figlio in base alla nuova regola, solo 1,69 milioni avevano presentato domanda ad agosto 2015, pari al 15,4% di tali coppie. Wang-Baochang-Yong, *The End of China's One-Child Policy*, in *Studies in Family Planning*, 2016, 83. Si prevede, invece, che la politica universale dei due figli porterà a un picco di popolazione di circa 1-45 miliardi nel 2029, per poi diminuire gradualmente: Zeng-Hesketh, *The effects of China's universal two-child policy*, in 388 *The Lancet*, 2016, 1930-1938.

[44] Nonostante i miglioramenti dovuti anche alla riforma del sistema sanitario del 2009, parte della dottrina mette in luce come il welfare state sia ancora caratterizzato da isteresi, informalità e natura *multitrack*: Jianguo, *Characteristics of China's residual welfare system for elderly people*, in *China Journal of Social Work*, 2014, 288.

[45] Interessante sul punto è la comparazione dei diversi progetti pilota di *LTCI* (*Long Term Care Insurance*) in Zhu-Österle, *China's policy experimentation on long-term care insurance: Implications for access*, in *The International Journal of Health Planning and Management*, 2019, e1661-e1674; Zhou-Dai, *Shifting from fragmentation to integration: a systematic analysis of long-term care insurance policies in China*, in 21 *International Journal of Integrated Care*, 2021, 11.

[46] Yang-Jingwei-Fang-Mossialos, *Financing institutional long-term care for the elderly in China: a policy evaluation of new models*, in *Health Policy and Planning*, 2016, 1391.

[47] Abitanti delle città senza figli, reddito o parenti.

[48] Persone con disabilità nelle aree rurali senza figli, reddito o parenti.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

nel 2022 sullo sviluppo e la pianificazione del sistema di servizi di assistenza agli anziani[49] riflette la consapevolezza della leadership cinese della necessità di adeguare in modo efficiente le politiche all'invecchiamento della popolazione attraverso una espansione ed integrazione dei servizi. Centrale è la volontà di assicurare l'inclusione della persona anziana nella società, cercando di abbattere le barriere fisiche, sociali, culturali. Si tratta, infatti, di un programma ambizioso ed esaustivo che si propone obiettivi specifici come, ad esempio, il raggiungimento di una percentuale di ospedali completi di secondo livello o superiori con reparti di medicina geriatrica pari al 60% e di un numero di posti letto pari o superiore ai 9 milioni. I maggiori sforzi sono dedicati all'aumento e al miglioramento della qualità e dell'efficienza del settore medico e dell'assistenza sanitaria.

È, però, messa in luce anche l'esigenza di incrementare i sussidi, di promuovere il benessere psico-fisico e l'educazione delle persone anziane, di agevolare la loro partecipazione all'attività sociale. Due profili appaiono di grande rilevanza. Innanzitutto, è previsto lo sviluppo di una "economia d'argento" focalizzata sui loro bisogni e necessità[50]. In questo contesto, grandi aspettative sembrano riposte nell'uso dell'intelligenza artificiale sia come possibile supporto all'attività medica e infermieristica[51] sia per incentivare l'assistenza domiciliare[52]. Gli obiettivi confermano la strategia iniziata nel 2008, attraverso la creazione di linee di assistenza telefonica, e applicata in diversi progetti pilota, come quello di Shangai, sulla diffusione delle *smart-homes*[53]. In particolare, un punto di svolta è rappresentato dai tre documenti elaborati a partire dal 2016: il XIII Piano quinquennale per lo sviluppo dell'invecchiamento e dei servizi di assistenza agli anziani; il XIII Piano quinquennale per un invecchiamento sano (2016-2020) e il Piano d'azione per lo sviluppo di servizi intelligenti per la salute e dei servizi di assistenza alle persone anziane (2017-2020). Quest'ultimo ha fissato programmi di ricerca, obiettivi specifici, criteri di implementazione, standards industriali di riferimento.

Tuttavia, nel XIV Piano, accanto alla valorizzazione delle nuove tecnologie, si riscontra un pragmatico riconoscimento delle possibili difficoltà determinate dalla digitalizzazione della società e la volontà di limitare per quanto possibile il gap tecnologico degli anziani[54]. Il medesimo approccio è adottato con riguardo al settore finanziario: da un lato il piano incoraggia la elaborazione di piani e strumenti finalizzati alla protezione e alla sicurezza della terza età e dall'altro si cerca di colmare le lacune nella comprensione dei diversi prodotti, delle loro funzioni e rischi.

Non è, inoltre, abbandonata nel documento la prospettiva pedagogica che mira a sensibilizzare la società sul contributo che gli anziani possono offrire e sulla importanza di trattarli con rispetto e cura. Ciò deve riflettersi in attività di volontariato e beneficenza[55].

---

[49] Il piano è disponibile presso *https://www.gov.cn/zhengce/content/2022-02/21/content_5674844.htm*.

[50] Nel XIV piano è indicato come programma specifico: "Sviluppare vigorosamente beni di prima necessità per gli anziani, che soddisfino le loro esigenze di abbigliamento, alimentazione, alloggio e trasporto. Per i diversi scenari di vita, ci concentriamo sullo sviluppo di prodotti di uso quotidiano, come elettrodomestici, mobili, dispositivi per il bagno, servizi igienici e forniture per la cucina adatti agli anziani, oltre a prodotti ausiliari come sedie a rotelle intelligenti e stampelle biomeccaniche, e promuoviamo corrimano di facile presa e altri dispositivi di supporto, oltre a prodotti per pavimenti antiscivolo, prodotti privi di barriere architettoniche, e lo sviluppo di prodotti per il tempo libero, come giocattoli educativi e strumenti musicali per gli anziani. In risposta alle esigenze dell'assistenza istituzionale, dell'assistenza diurna, dell'assistenza domiciliare, etc., ci concentriamo sullo sviluppo di prodotti per la pulizia e l'igiene, l'alimentazione e la vita quotidiana, l'assistenza alla vita, (...). [sosteniamo] lo sviluppo di prodotti per il monitoraggio degli anziani (...)".

[51] È indicato nel XIV piano lo sviluppo della IA nel "trattamento riabilitativo delle lesioni del sistema nervoso, della disfunzione cognitiva cerebrale post-infortunio, della paralisi e dell'assistenza alla deambulazione, si è cercato di produrre tecnologie come l'interazione cervello-computer, di sviluppare una serie di prodotti robotici ausiliari per la riabilitazione di lesioni diverse e di attuare un piano d'azione per lo sviluppo di robot di servizio intelligenti". Si cerca, inoltre, di sviluppare e diffondere "apparecchiature indossabili per il monitoraggio dinamico dell'ECG e altre apparecchiature per il rilevamento dei parametri fisiologici, sviluppare apparecchiature portatili per il monitoraggio della salute, apparecchiature self-service per il rilevamento della salute e altri prodotti per il monitoraggio della salute, nonché nuovi chip di acquisizione del segnale e terminali medici digitali intelligenti".

[52] A partire dal XII piano quinquennale è manifestata la volontà di mantenere un sistema fondato sulla cura domiciliare. Peraltro, anche in Europa si è assistito ad un rafforzamento di questa strategia nella cura degli anziani.

[53] Zhang-Li-Wu, *Smart home for elderly care: development and challenges in China*, in 20 *BMC geriatrics*, 2020, 1. Gli autori sottolineano i risultati importanti raggiunti dall'uso dell'intelligenza artificiale e le significative prospettive di sviluppo. Si constata tuttavia una possibile contrapposizione tra i diversi obiettivi della intelligenza artificiale e delle *smart-homes* nella tutela degli anziani: "*The quasi-public goods's characteristic of China's smart home for elderly care has dual development goals, that is, industry development and welfare progress. The goal of industry development emphasizes the attributes of the private goods underlying smart home care, which advocates that smart home for elderly care services should aim at making profits and be committed to expanding the consumer market. However, the goal of welfare progress lays more emphasis on the attributes of the public goods. It advocates that the purpose of smart home for elderly care should improve social welfare and provide the elderly with high-quality and low-cost care services*". Questo causa alcune discrepanze nei costi dei servizi di smart-home e nel rapporto domanda offerta che potrebbe rallentare lo sviluppo. Tuttavia, non è un problema solo cinese.

[54] Viene, infatti, affermato come l'educazione e la formazione sull'uso della tecnologia intelligente per gli anziani siano ampiamente svolte nelle comunità urbane e rurali di tutto il Paese attraverso la compilazione di una serie di materiali educativi e formativi sull'uso della tecnologia intelligente. Si vogliono incentivare i familiari degli anziani e le organizzazioni sociali competenti a rafforzare l'attività di formazione anche rafforzando la pubblicità dell'assistenza smart agli anziani e creando una atmosfera serena e amichevole per aiutarli a risolvere le difficoltà nell'utilizzo della tecnologia smart.

[55] Va sottolineato come tale attività dovrebbe essere sostenuta economicamente anche attraverso i *charity trusts*.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

4. I rimedi civilistici.

La volontà politica espressa dai documenti governativi e dai piani quinquennali è stata centrale nella applicazione e diffusione di strumenti civilistici come gli *jiating shanyang xieyi* (contratti di mantenimento famigliare) stipulati tra figli maggiorenni e genitori di età superiore ai 60 anni che definiscono i rapporti patrimoniali e le condizioni di supporto anche al fine di prevenire future controversie. La prassi mostra come generalmente tali accordi prevedano il trasferimento da parte dei genitori di tutti o quasi i loro beni ai figli a condizione che acconsentano ad occuparsi di loro e a provvedere alle loro esigenze[56]. Spesso sono conclusi congiuntamente ad un accordo di divisione ereditaria[57].

Pur su base volontaria, sono fortemente incoraggiati dalle amministrazioni locali, soprattutto nelle aree rurali, che hanno adottato, per verificare il loro adempimento, un approccio basato su premi e punizioni, con una particolare enfasi sulla necessità di educare le giovani generazioni al rispetto degli anziani e alla stipulazione di questi accordi[58].

Un orientamento dottrinale ha messo in luce come la loro implementazione nella pratica sia complessa e non sempre efficiente. Possono, infatti, risultare particolarmente onerosi per persone o gruppi famigliari a basso reddito e che devono mantenere, oltre ai genitori, se stessi e i propri figli. Inoltre, sono difficilmente modificabili e, quindi, in seguito al cambiamento delle circostanze possono divenire inadeguati alla situazione concreta[59].

I loro vantaggi sono tuttavia molteplici: consentono di giuridicizzare la pietà filiale attraverso strumenti che hanno un valore legale; sono il risultato di una valutazione che dovrebbe considerare gli interessi effettivi dei genitori e dei figli; sono adatti al caso specifico, fissando nei dettagli gli obblighi e i diritti reciproci; non presentano costi per l'amministrazione pubblica.

Si constata come siano soprattutto utili a concretizzare obblighi già previsti nella legislazione. La vecchia Legge sul matrimonio[60] stabiliva che i genitori potessero chiedere ai figli di supportarli o comunque di contribuire al pagamento di alcune spese. Tale dovere era rafforzato dall'art. 7 dell'abrogata Legge sulle Successioni[61] in base al quale l'"erede che commette uno dei seguenti atti perde i suoi diritti ereditari: (1) uccidere intenzionalmente il defunto; (2) uccidere un altro erede durante una lite per l'eredità; (3) abbandono del defunto o maltrattamento del defunto in gravi circostanze; (4) falsificare, manomettere o distruggere il testamento in gravi situazioni". La normativa consentiva dunque alle Corti in caso di violazione dei doveri di pietà filiale sanzionassero il figlio indegno[62] escludendolo dall'eredità o riducendo la sua quota a favore degli eredi meritevoli[63]. Un'attenta analisi dottrinale ha rilevato come le Corti abbiano adottato una interpretazione estensiva della normativa.

Particolare rilevanza ha la concretizzazione di abbandono o maltrattamento *ex* art. 7, n. 3. Nella valutazione, la giurisprudenza considerava la situazione finanziaria e fisica del defunto nel momento dell'abbandono e quindi la possibilità che potesse provvedere da sé al suo mantenimento. Inoltre, venivano in rilievo le caratteristiche della condotta dell'erede, anche con riguardo alle sue condizioni economiche. In un celebre caso[64] la Corte aveva espressamente sottolineato come l'attore avesse preferito installare l'elettricità in casa invece di provvedere a sostenere la madre bisognosa. L'art. 13 della Legge sulle Successioni consentiva nei casi meno gravi di inadempimento del dovere di supporto, la riduzione dell'eredità. La norma è stata applicata nei casi nei quali un erede aveva continuato a visitare i genitori, sentendoli regolarmente, ma non aveva partecipato alla loro cura quotidiana o al loro mantenimento. Diversamente in altre decisioni, erano addotte ragioni di equità che portavano a premiare coloro che avevano maggiormente aiutato i familiari.

Le questioni interpretative sollevate dalla normativa erano più facilmente superate in presenza di accordi di mantenimento famigliare, dai quali le Corti potevano ricavare indicazioni utili, anche se generalmente non era ammessa la restituzione da parte dei figli dei beni già trasferiti. È opportuno mettere in luce come il nuovo codice riprenda e consolidi le disposizioni delle leggi sul matrimonio e sulla successione[65] e quindi è probabile che gli indirizzi giurisprudenziali elaborati precedentemente continuino ad essere rilevanti.

5. La legge su "I Diritti e la Protezione degli Anziani".

La disciplina codicistica ha un ruolo secondario nel sistema cinese rispetto alla Legge su "I Diritti e la

---

[56] Luxue, *Compelling Filial Support: The Experience of the Elderly Law in China's Courts*, in 50 *Hong Kong Law Jour*., 2020, 1155.

[57] Va osservato come spesso questi contratti siano informali, generando nella pratica numerosi problemi di prova tanto con riguardo all'esistenza come al loro contenuto.

[58] Chou, *Filial piety by contract? The emergence, implementation, and implications of the "family support agreement" in China*, in *The Gerontologist*, 2011, 3 ss.

[59] Id., *op. loc. ult. citt.*

[60] Sulla prima evoluzione del diritto di famiglia in Cina, v. Timoteo, *L'evoluzione del diritto di famiglia nella Repubblica popolare cinese*, in *Mondo cinese*, 1988, 31. Oggi l'obbligo di mantenimento si ritrova nell'art. 26 cod. civ. cinese.

[61] Id., *Le successioni nel diritto cinese*, Giuffrè, 1994.

[62] Si constata come la soglia dell'indegnità sia inferiore a quella richiesta nell'ordinamento italiano, art. 463 cod. civ.

[63] V. Moskowitz, *Adult Children and Indigent Parents: Intergenerational Responsibilities in International Perspective*, in 86 *Marquette Law Rev*., 2002, 401 ss.

[64] Foster, *Towards a Behavior-Based Model of Inheritance: The Chinese Experiment*, in *32 U.C. Davis Law Rev*., 1998, 77 ss.

[65] V. artt. 1125 e 1130 cod. civ. cinese.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Protezione degli Anziani" introdotta nel 1996 e modificata significativamente nel 2013, tra le critiche e gli apprezzamenti dell'opinione pubblica anche internazionale.

Innanzitutto, la normativa ribadisce il dovere di mantenimento dei genitori da parte dei figli. La Corte Suprema del Popolo nel caso guida[66] n. 5/2021 ha illustrato con chiarezza la portata dell'obbligo. Liu Mouya era una signora di 80 anni, con disturbi cardiaci e senza possibilità di provvedere a se stessa. Uno dei suoi quattro figli Liu Mourou aveva smesso dal 2010 di partecipare al suo supporto, lamentando di non essere stato assistito bene dai genitori quando aveva subito un incidente. Per tale motivo non aveva nemmeno pagato la sua quota delle spese del funerale del padre. In seguito ad un tentativo di mediazione fallito e non essendo sufficiente quanto versato dagli altri tre figli, Liu Mouya agiva in giudizio contro Liu Mourou chiedendogli quanto dovuto.

La Corte si pronuncia a favore della madre, rilevando come il mancato supporto dei genitori e il rifiuto di versare le spese per il loro funerale rappresenti una violazione di doveri morali, etici e giuridici. Tale condotta non può essere giustificata in alcun modo. Nella spiegazione è sottolineato come sia un compito fondamentale dei tribunali prendersi cura e "far sentire il calore della giustizia agli anziani". Ciò determina che quando le unità o gli individui danneggiati non osano o non sono in grado di proteggere in modo indipendente i propri diritti e interessi legittimi, è necessario il sostegno delle organizzazioni competenti che utilizzano il potere sociale per aiutare i gruppi svantaggiati a realizzare i propri diritti in caso di contenzioso.

Ha suscitato un ampio dibattito in dottrina e nell'opinione pubblica, però, soprattutto la previsione di obblighi di visita e supporto emotivo[67] che sono stati considerevolmente rafforzati con gli Emendamenti del 2013. L'art. 14 si concentra, infatti, sulla necessità da parte di coloro che li assistono di prendersi cura delle loro esigenze quotidiane, finanziarie e spirituali. L'art. 18, poi, stabilisce che "i membri della famiglia devono prendersi cura dei bisogni mentali degli anziani, e non possono ignorarli né trattarli con freddezza. I membri della famiglia che vivono separati devono visitare frequentemente le persone anziane".

Tale profilo è stato messo in luce dal caso guida n 4 del 2021[68] nel quale il Tribunale ordina a due delle tre figlie di un'anziana vedova di andare a trovarla ogni mese[69]. In particolare, nella spiegazione è rilevato come di fronte all'aumento delle richieste di sostegno spirituale, il ruolo delle Corti sia divenuto più difficile: sono situazioni più complesse rispetto a quelle "che prevedono il pagamento di denaro, e l'esecuzione è molto meno efficace dell'esecuzione volontaria (...). La richiesta di visite regolari dei figli da parte degli anziani significa sperare che questi possano sostenerli, rispettare le norme legali e riflettere la tradizionale pietà filiale della nazione cinese, che va sostenuta. 'La pietà filiale viene prima di tutto', il sostegno ai familiari anziani non può essere completato con una fredda decisione. Bisogno sperare che tutti i figli possano tornare spesso a casa e prestare maggiore attenzione alle necessità spirituali degli anziani"[70]. È interessante il richiamo al concetto confuciano di pietà filiale che ricomprendeva tanto l'assistenza materiale che spirituale.

Va constatato come questa attenzione porti nel bilanciamento tra gli interessi dei figli e quelli dei genitori a privilegiare i secondi[71]. Significativo è il caso guida n. 5 *Lu Mou v. Dai Mou* pubblicato dalla Corte Suprema del Popolo il 27.4.2023[72]. Dai viveva da sempre in una casa acquistata dal marito. Divenuta vedova, aveva ceduto la proprietà al figlio Lu che abitava lì con la famiglia, prendendosi anche cura della madre. Di fronte alla scelta di Lu di vendere il bene e trasferirsi insieme in una casa più comoda, Dai si opponeva. Sorgeva una controversia nella quale la Corte si pronuncia a favore della donna. Nella spiegazione della fattispecie è messo in luce come la decisione avesse rigettato una interpretazione puramente formalistica basata unicamente sulla titolarità del diritto di proprietà in capo a Lu. La sua condotta infatti integrava un abuso del diritto ai sensi dell'art. 132 cod. civ. cinese[73]. Muovendo dalla tradizione cinese, nell'argo-

---

[66] Sul meccanismo dei casi guida v. Finder. *China's evolving case law system in practice*, in 9 *Tsinghua China L. Rev.*, 2016, 245. Li, *Practice and Theory of the Guiding Case System in China*, in 46 *Hong Kong LJ*, 2016, 307; Xingliang, *China's Guiding Case System: A Study on the Mechanisms of Rule Formation*, in 3 *Peking ULJ*, 2013, 1, 215.

[67] Si osserva come in Italia l'art. 315-*bis*, comma 4º, cod. civ. sembri riferirsi esclusivamente ad un obbligo alimentare/economico. Tuttavia, sulla opportunità di estenderlo ad aspetti di sostegno spirituale il dibattito è acceso. In altre esperienze come Cuba il recente "*Codigo de las familias*" stabilisce un dovere di assistenza non solo materiale da parte dei figli.

[68] Il caso è disponibile presso *https://mp.weixin.qq.com/s/aC385jMoux4o6NCFEozouA*.

[69] Un caso analogo avvenuto subito dopo l'entrata in vigore degli emendamenti è riportato da Ho, *The Pursuit of Happiness with Chinese Characteristics*, in 82 *UMKC L. Rev.*, 2013, 915: un tribunale a Wuxi aveva condannato la figlia e il genero a visitare ogni due mesi la madre anziana.

[70] Caso guida n. 4/2021, presso *https://mp.weixin.qq.com/s/aC385jMoux4o6NCFEozouA*.

[71] Ad esempio, il caso guida n. 8/2023 mostra come i figli non possano gestire i beni dei genitori, ma debbano rispettare la loro libertà, che è centrale per il loro benessere. Sono esclusi, ovviamente i casi di incapacità.

[72] Il caso è disponibile presso *http://www.chinapeace.gov.cn/chinapeace/c100007/2023-04/27/content_12653541.shtml*.

[73] L'art. 132 cod. civ. cinese prevede che "I soggetti di diritto non possono abusare dei loro diritti per danneggiare l'interesse dello Stato, quello pubblico e gli interessi legittimi di qualsiasi altro soggetto".

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

mentazione sono valorizzati i bisogni, i sentimenti e le aspettative della madre che abituata a quel luogo desiderava viverci fino alla morte. Cambiare residenza, infatti, avrebbe significato per lei uno sradicamento doloroso. In tal modo, viene efficacemente concretizzato il diritto abitativo delle persone anziane.

L'effettività dei rimedi è, inoltre, rafforzata dalla legge e, soprattutto, dalla interpretazione giurisprudenziale non solo nell'ambito familiare, ma anche nel rapporto con i terzi. Innanzitutto, stringenti doveri di cura e di attenzione sono posti a carico delle r.s.a., che devono assumere tutte le precauzioni necessarie a garantire il benessere e la tutela delle persone loro affidate. In un caso guida, un istituto di assistenza è stato ritenuto responsabile per la morte di un anziano, fuggito durante la notte dalla sua stanza, e condannato a risarcire un danno pari a 116.972,4 yuan nonché i pagamenti versati per non aver adottato efficaci misure anti-smarrimento e di monitoraggio. Nell'illustrare il significato, la Corte Suprema del Popolo avverte come sia fondamentale raggiungere un livello standard di diligenza e qualità delle r.s.a. che dovrebbe ridurre i rischi, migliorare i livelli di gestione e la professionalità degli operatori infermieristici e aumentare i servizi[74].

Vengono, inoltre, concretizzati dalla giurisprudenza gli obblighi indicati nei Piani quinquennali di sviluppo dell'economia d'argento. Ad esempio, in un caso guida del 2021 deciso dalla Corte intermedia di Pechino, è affermato, nelle ipotesi nelle quali l'investitore finanziario è anziano, un dovere rafforzato da parte della banca di fornire informazioni chiare, precise ed esaustive nei contratti di gestione patrimoniale in modo da permettere una completa comprensione e valutazione dei rischi. Tale principio può essere esteso anche ad altri settori. Ciò non implica, però, una completa irresponsabilità degli anziani, che sono chiamati a verificare e controllare nei limiti delle loro conoscenze e capacità i contratti stipulati e qualora ravvisino elementi di irregolarità ad agire in giudizio tempestivamente per tutelare i propri diritti[75]. In questa prospettiva, si riscontra la natura da un lato educativa del contenzioso tesa ad informare le persone anziane dei rimedi a loro disposizione e della volontà della società di ascoltarle e tutelarle e dall'altro deterrente volta a disincentivare comportamenti di abuso di situazioni di fragilità.

A dieci anni circa dalla introduzione degli Emendamenti i risultati dell'applicazione pratica della Legge sono, però, incerti[76]. Un ostacolo rilevante all'avvio di una richiesta giudiziale di mantenimento è da rinvenirsi nella particolare mentalità cinese: aver educato dei figli ingrati è considerato un grave fallimento e un disonore. Uno studio ha messo in luce, poi, come le azioni giudiziarie siano proposte in modo non omogeneo nelle diverse aree della Cina: il 71,4% è stato, infatti, promosso nelle zone rurali[77] nelle quali è radicata la concezione tradizionale di pietà filiale fondata sul dovere dei figli di occuparsi dei genitori. A ciò contribuiscono anche un minor benessere e una maggiore difficoltà da parte delle persone anziane nel mantenersi una volta cessata l'attività lavorativa.

Non è neppure possibile offrire una valutazione netta con riferimento agli scopi pedagogici della normativa che cerca di sensibilizzare la condotta delle generazioni più giovani ad una maggiore attenzione e cura per i propri familiari. Appare, infatti, come un tentativo di stabilizzare valori e comportamenti, che appaiono declinanti. Muovendo da dati empirici, parte della dottrina ha, infatti, rilevato come l'imposizione di doveri che dovrebbero, invece, essere considerati naturali ha in parte minato la stessa legittimità della normativa[78]. Questo appare, però, un problema irrisolvibile anche per le società occidentali: la disgregazione della società e la lenta perdita dei valori condivisi non può essere supplita dal diritto, che però non può neppure restare indifferente.

---

[74] Cfr. il caso n. 2/2021 disponibile presso *https://mp.weixin.qq.com/s/aC385jMoux4o6NCFEozouA*.

[75] V. il caso n. 8/2021 su un contratto di acquisto di un pacchetto turistico disponibile presso *https://mp.weixin.qq.com/s/aC385jMoux4o6NCFEozouA*.

[76] Si nota come un problema diverso è la tutela nei casi di incapacità, v. in generale Zatti, *Oltre la capacità*, in *Follia e diritto*, a cura di Ferrando e Visintini, Bollati Boringhieri, 2003, 49 ss. Tuttavia, si assiste al medesimo passaggio da una cura affidata principalmente alle famiglie o alle comunità ad una giuridicizzazione e statalizzazione delle figure di tutela. La disciplina è prevista, in primo luogo, dall'art. 26 della Legge sugli Anziani: "*Article 26 An elderly person with full capacity for civil conduct may negotiate to determine his or her guardian among close relatives or other individuals or organizations who have a close relationship with them and are willing to assume guardianship responsibilities. Guardians shall assume guardianship responsibilities in accordance with the law when an elderly person loses or partially loses his or her capacity for civil conduct. If an elderly person has not determined a guardian in advance and loses or partially loses his or her capacity for civil conduct, a guardian shall be determined in accordance with relevant laws*". Inoltre, è fondamentale l'art. 31 cod. civ. cinese. La norma è stata oggetto di un caso guida pubblicato nel 2023 che riguardava le modalità di scelta e di supervisione del tutore di un anziano. La Corte ha preferito il figlio che abitava già con lui e lo ha obbligato a mostrare *reports* mensili ai fratelli riguardanti la condizione economica e fisica del genitore. Infatti, è spiegato come la sentenza adotti il principio di maggior vantaggioso per l'anziano e determini un modello innovativo e attento al valore della pietà filiale, che attraverso i *reports* regolati renda tutti i famigliari partecipi. Tuttavia, in dottrina è considerato un sistema non ancora efficiente.

[77] Tra i campioni esaminati, il 2,2% riguardavano famiglie con figlio unico, mentre il 97,8% ha coinvolto famiglie con più figli. Inoltre, le famiglie *Han* rappresentavano il 98%, mentre quelle di altri gruppi etnici il 2%. Cfr. Zhao-Yin, *Judicial protection and restorative justice of the support rights and interests for the elderly rights taking the sample of judgement documents from 2013-2018 as analysis object*, in *Journal of Human Rights*, 2019, 437.

[78] Liu, '*Wrong*' *cases and* '*wrong*' *plaintiffs: intergenerational relationships and legal consciousness in China*, in *Journal of Law and Society*, 2023, 39 ss. Cfr. anche Bu, *To legislate filial piety: is the elderly rights law a panacea?*, in *Statute Law Review*, 2021, 219.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

6. Conclusioni.

Con straordinaria sensibilità è stato osservato che "Se la vita è un dono, anche il suo protrarsi lo è. Traducendosi nella vecchiaia, diviene un lascito deprecato dai più per i pesi che implica, ma rifiutato da pochissimi. Palpabile è un'ambiguità di fondo. Al compiacimento di aver raggiunto quella "certa età" si affianca il rammarico per il tempo così rapidamente fluito. Amore della vita, timore del futuro che essa riserva e smarrimento al pensiero del "dopo" si avviluppano, si intrecciano, si confondono in una danza agrodolce i cui ritmi sono scanditi da mutevoli stati d'animo, accenti di euforia, pause di riflessione, caligini di scoramento" [79]. Questo è forse l'unico elemento che accumuna i differenti modi di essere anziano sfuggenti a precise categorizzazioni [80]: non la fragilità ma la consapevolezza dell'avvicinarsi al termine di un cammino con i suoi bilanci, paure e speranze. E forse proprio per questo la visione tradizionale tipica delle società asiatiche che continua a privilegiare l'affidamento alla famiglia piuttosto che allo Stato o ai terzi la cura della persona anziana è l'unica confortante: la fine sfuma nella continuità. Tuttavia, questa visione ideale si scontra oggi con il frantumarsi e il ridursi delle famiglie, la velocità della vita, l'avvicendarsi degli impegni, la complessità delle vicende umane, economiche e sociali. L'allocazione degli obblighi di supporto tra i diversi attori diviene centrale. In questo contesto, però, va sottolineato come il modello cinese tra i più consapevoli delle sfide che attendono e il più pragmatico nel conciliare tradizione e modernità possa rappresentare una ispirazione anche per le scelte di policy europee e, in particolare, italiane.

[79] Cfr. Tamponi, *Nel diritto della terza età. Le rughe tra giudizio e pregiudizio*, Rubbettino, 2021, 43.

[80] La difficoltà di ricostruire in modo unitario la condizione di persona anziana è segnalata anche da C. Irti, *La persona anziana: sulla rilevanza giuridica della questione*, in *Liber Amicorum per Paolo Zatti*, II, 2023, 1215.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Il problema della «nullità selettiva» tra fattispecie contrattuale e sistema delle invalidità negoziali

di Francesca Corletto*

Sommario: 1. Il contesto e la questione. – 2. La nullità selettiva nel canone delle Sezioni Unite. – 3. Una chiave di lettura del problema. – 4. La nullità come categoria rimediale. – 5. Disponibilità della tutela ed esercizio selettivo della nullità di protezione: una falsa corrispondenza. – 6. Nullità di protezione e restituzioni: una proposta ricostruttiva. – 7. Rilievi di diritto processuale. – 8. Nullità selettiva e contratto di investimento. – 9. La nullità selettiva alla luce delle categorie dell'analisi economica. – 10. Conclusioni.

1. Il contesto e la questione.

Il problema della nullità selettiva si inserisce nel contesto della definizione della nullità di protezione quale «fenomeno giuridico proprio» [1], e cioè quale istituto dotato di tratti distintivi peculiari e pretese di autonomia rispetto alla nullità disciplinata nel Codice civile. Concepite ad opera di una legislazione, spesso di matrice europea [2], come forme inedite di invalidità non sempre rispondenti ad un unico modello, le nullità di protezione da sempre rivendicano una propria identità, in una logica di progressivo affrancamento dalle figure codificate. L'evoluzione dell'istituto è tutt'ora in corso d'opera: in questo senso si può convenire che la nullità di protezione è una figura «*in progress*» [3].

La presenza esponenziale di previsioni di questo tipo nella legislazione più recente [4] ha spinto gli interpreti a individuare tratti ricorrenti nella disciplina delle singole fattispecie [5], con l'obiettivo di costruire, per quanto possibile, una disciplina organica. Da qui trae origine l'acceso dibattito che da vent'anni coinvolge dottrina e giurisprudenza anzitutto nella ricerca di una qualificazione per la nullità di protezione, e poi nella costruzione di un possibile statuto cui ricondurre le nuove forme di invalidità.

In particolare, si possono individuare due fasi progressive del processo di costruzione della nuova categoria rimediale [6]. La prima fase, che può essere definita di riordino e definizione, culmina nel noto *obiter dictum* delle sentenze Travaglino del dicembre 2014 [7], alle quali si deve il merito di aver fornito una (prima) definizione della natura e del *modus operandi* della nullità di protezione [8]. La seconda fase dell'evoluzione dell'istituto è contrassegnata da una *vis* espansiva, vale a dire dall'intento di ampliare l'ambito della tutela del contraente debole, arricchendo di nuovi contenuti lo statuto della nullità di protezione così come risultante dall'*obiter* delle Sezioni Unite 2014.

L'esigenza di rimeditare l'assetto della materia è sorta in seguito ad una pletora di vicende giudiziarie, tutte incentrate sulla previsione di cui all'art. 23 t.u.f., ai sensi del quale il contratto quadro di investimento [9]

---

* **Contributo pubblicato in base a *referee*.**

[1] L'espressione è di Dolmetta, *All'essenza della nullità di protezione: l'operatività "a vantaggio". Per una critica costruttiva di Cass. SS. UU., n. 28314/2019*, in *Rivista di diritto bancario*, 2020, I, 90 e Id. *Nullità a vantaggio e nullità selettiva*, in *Questione Giustizia, www.questionegiustizia.it*, 2020.

[2] Il contributo più significativo proviene dalla direttiva del Consiglio 5 aprile 1993, n. 93/13/CE, in materia di clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, la quale ha trovato inizialmente attuazione negli artt. 1469-*bis* ss. cod. civ., per poi trovare definitiva collocazione negli artt. 33 ss. c. cons. Cfr., sul punto, Girolami, voce «Nullità di protezione», in *Enc. del dir., I tematici*, I, *Il contratto*, a cura di D'Amico, Giuffrè, 2021, 706.

[3] Cfr. Dolmetta, *All'essenza della nullità di protezione*, cit., 91.

[4] Il terreno di elezione delle nuove forme di invalidità è costituito dalla disciplina consumeristica, tant'è che qui si rinviene la norma di riferimento in materia: l'art. 36 c. cons., significativamente rubricato «Nullità di protezione». Altro polo di attrazione per le nuove nullità è il settore bancario-finanziario: prima ancora dell'avvento della legislazione europea, sia il t.u.b. che il t.u.f. contemplavano nullità azionabili da parte del solo cliente e rilevabili d'ufficio.

[5] Girolami, *op. loc. ult. cit.*

[6] Anche Dalmartello, *La nullità di protezione* ex *art. 23 t.u.f. tra uso selettivo e buona fede del cliente*, in questa ***Rivista***, 2020, I, 33 ss., immagina un percorso giurisprudenziale di identificazione del regime delle nullità di protezione articolato in due momenti, avviato dalle sentenze gemelle del 2014 e di cui la pronuncia del 4 novembre 2019 rappresenta il secondo pilastro.

[7] Cass. civ., sez. un., 12.12.2014, nn. 26242 e 26243, *ivi*, 2015, I, 299 ss.

[8] Cass. civ., sez. un., 12.12.2014, cit., parla di invalidità dalla «natura ancipite», rispondente sia agli interessi generali sia alle istanze individuali della parte debole del contratto, azionabile solo da quest'ultima, con fattispecie connotata da inefficacia originaria e rilevabile d'ufficio tenuto conto del comportamento processuale della parte protetta. Per un esame analitico della pronuncia v. Girolami, *Le nullità dell'art. 127 T.U.B. (con l'*obiter *delle Sezioni Unite 2014)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, 172 ss.

[9] L'espressione «contratto quadro» o «*master agreement*» indica il contratto (normativo) con cui intermediario finanziario e cliente-investitore disciplinano il futuro svolgimento del servizio di investimento. Alla conclusione del contratto quadro seguono, in prima battuta, gli «ordini di borsa» o «ordini di investimento», con cui il cliente conferisce all'intermediario l'incarico di concludere, per suo conto, una o più

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

deve essere redatto per iscritto, a pena di nullità azionabile solo dal cliente.

Protagoniste di questa "nuova stagione" della nullità di protezione sono, ancora una volta, le Sezioni Unite, le quali, a più riprese, sono state investite di due questioni presentate come legate da un unico *fil rouge*[10], ma che in realtà investono profili diversi della materia[11].

La prima concerne la stessa consistenza della prescrizione di forma e della relativa sanzione di nullità, e ha trovato definizione nella sentenza del 16 gennaio 2018, n. 898, con cui è stata sancita la validità del contratto quadro c.d. monofirma[12].

La seconda attiene al possibile esercizio di tale nullità secondo una dinamica "selettiva". Ci si riferisce alla prassi, invalsa tra gli investitori in seguito ai *default* Cirio, Parmalat e Argentina, consistente nel chiedere l'accertamento della nullità del contratto quadro affetto da vizio formale al fine di travolgere non tutti gli ordini di investimento ad esso sottesi, ma solo alcuni, secondo la loro scelta; segnatamente, quelli che hanno generato perdite, tenendo fermi tutti gli altri. Di qui il punto controverso, e cioè se un simile esercizio dell'azione di nullità sia conforme alla *ratio* protettiva che la connota o se, al contrario, esorbiti l'ambito della tutela ragionevolmente riconoscibile alla parte da proteggere, risolvendosi dunque in un abuso[13].

Si arriva, così, alla nota pronuncia del 4 novembre 2019, n. 28314[14], che tanto ha destato l'attenzione degli interpreti non solo per aver ritenuto legittimo, in linea di principio, l'esercizio dell'azione di nullità secondo una dinamica selettiva, ma anche – se non soprattutto – per aver scorto nel problema della nullità selettiva l'occasione e l'esigenza di ripensare ad ampio raggio lo statuto normativo della nullità di protezione.

Le questioni giunte al vaglio delle Sezioni Unite sollevano, infatti, il problema – più che mai attuale – della definizione degli effetti conseguenti all'accertamento della nullità di protezione quando questa investa non una singola clausola del contratto, ma l'intero regolamento negoziale. Sotto questo profilo la sentenza intercetta un dibattito già in atto a livello sovranazionale[15] e testimonia un dato incontrovertibile: e cioè che è in atto un'evoluzione della nuova nullità, contrassegnata dall'adattamento dell'istituto alle peculiari istanze di tutela sottese alle fattispecie di volta in volta regolate.

L'*iter* argomentativo seguito dalla Corte nel dare corpo alla nuova figura induce però a maneggiare con cautela il precedente, laddove si voglia assumerlo come parametro di riferimento per una revisione del regime processuale e sostanziale della nullità di protezione. Da una parte, il riconoscimento *tout court*, in capo al contraente protetto, del diritto di circoscrivere, secondo la propria scelta, il perimetro della declaratoria di nullità non è scevro da criticità, come ben evidenzia parte della dottrina[16]. Ancor maggiore perplessità sorge dall'affermazione secondo cui vi sarebbe un nesso ineludibile tra la legittimazione relativa all'azione di nullità e l'irripetibilità delle prestazioni da parte del contraente non protetto[17]. L'autorevolezza della fonte e l'assertività con cui è espresso il principio di diritto rendono concreto il rischio che tali affermazioni non siano sottoposte all'opportuno vaglio critico, ma siano prese alla lettera dagli interpreti[18], tanto più in considerazione del fatto che la Corte muove da una premessa senz'altro condivisibile: l'esistenza, ormai comunemente accettata, di un insieme di costanti di disciplina della nullità, ove quest'ultima sia istituita in funzione dell'esigenza di proteggere uno dei contraenti.

L'obiettivo delle riflessioni che seguiranno è, quindi, quello di stabilire se l'esercizio dell'azione di nullità in via selettiva, con ogni predicata conseguenza sul piano sostanziale, sia suscettibile di entrare a pieno titolo

---

operazioni di acquisto o vendita di strumenti finanziari e, in seconda battuta, l'ulteriore attività negoziale con cui l'intermediario dà ad essi esecuzione. Per una più ampia disamina dell'operazione di investimento v., per tutti: Maggiolo, *Servizi ed attività di investimento. Prestatori e prestazione*, nel *Trattato Cicu-Messineo*, XIII, Giuffrè, 2012, 464 ss. e Inzitari - Piccinini, *La tutela del cliente nella negoziazione di strumenti finanziari*, Cedam, 2008.

[10] Così Cass. civ., 17.5.2015, n. 12390, ord.

[11] Cfr. Malvagna, *Nullità di protezione e «nullità selettiva». A proposito dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite n. 12390/2017*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2018, 839.

[12] Cass. civ., sez. un., 16.1.2018, n. 898, in *Foro it.*, 2018, I, 928 chiarisce che la prescrizione di forma *ex* art. 23 t.u.f. si differenzia rispetto al requisito di forma *ad substantiam* tradizionalmente inteso, in quanto risponde ad una peculiare *ratio* informativa, volta a rendere edotto il cliente della consistenza dell'accordo. Dunque, affinché sia rispettato l'obbligo di forma scritta del contratto-quadro, è «sufficiente la sola sottoscrizione dell'investitore, non necessitando la sottoscrizione anche dell'intermediario, il cui consenso ben si può desumere alla stregua di comportamenti dallo stesso tenuti». Sulla forma informativa e sul neoformalismo negoziale v., per tutti, N. Irti, *Studi sul neoformalismo negoziale*, Cedam, 1997.

[13] La prima sezione civile aveva espresso due orientamenti opposti sul punto. Mentre Cass. civ., 27.4.2016, n. 8395, in *Corr. giur.*, 2016, 1110 ss. propugnava la legittimità, in linea di principio, della selezione operata dagli investitori, Cass. civ., 16.3.2018, n. 6664, in *Contratti*, 2018, 543 ss., ritiene invece che l'esercizio selettivo dell'azione di nullità sia abusivo *in re ipsa*.

[14] Cass. civ., sez. un., 4.11.2019, n. 28314, in *Foro it.*, 2020, I, 934.

[15] Immancabile il riferimento al contenzioso in materia di mutui indicizzati in valuta estera, ove si è posto il tema delle conseguenze giuridiche della nullità integrale di un contratto concluso tra professionista e consumatore. Sul punto v., *ex multis*, il *leading case* Corte giust. UE, 30.4.2014, C-26/13, *Kasler*, e le recenti Corte giust. UE, 12.1.2023, C-395/21, *D.V. v.* M.A., e Corte giust. UE, 15.6.2023, C-520/21, *Bank* M., tutte in *curia.europa.eu*.

[16] Si rinvia a quanto detto sul punto al successivo par. 5, ove numerosi riferimenti in dottrina.

[17] Così Passagnoli, *Analisi di un falso principio: nullità speciali e restituzione unilaterale*, in *Pers. e merc.*, 2021, 2, 262.

[18] *Ibidem*.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

nella disciplina *in fieri* della nullità di protezione, o se una simile declinazione della figura conduca a forzature ed incongruenze tali da metterne in discussione l'effettiva capacità di fare sistema. Ciò al fine di verificare se il principio di diritto consegnato dalle Sezioni Unite 2019 – alle quali immancabilmente si tornerà ove necessario – possa valere quale regola generale per la determinazione degli effetti conseguenti all'accertata nullità totale di protezione.

2. La nullità selettiva nel canone delle Sezioni Unite.

La costruzione proposta dalle Sezioni Unite muove dal presupposto che la logica di fondo della nullità di protezione consista nell'accordare alla parte da proteggere il potere di determinare le sorti della fattispecie. Tale assunto, che certamente esprime un carattere essenziale dell'istituto, trova qui una declinazione inedita, che giustifica l'esercizio della nullità di protezione secondo una modalità selettiva.

Muovendo dall'affinità funzionale tra l'art. 23 t.u.f., da una parte, e gli artt. 117 t.u.b. e 36 c.cons., dall'altra, la Corte ha esteso al comparto dell'intermediazione finanziaria la regola secondo cui la nullità di protezione opera ad esclusivo vantaggio del contraente protetto [19], espressamente prevista nel contesto bancario e consumeristico, ma assente nel testo della disposizione evocata. L'interpretazione analogica della norma è funzionale all'ingresso della nullità selettiva: l'uso selettivo è infatti inteso come il modo in cui la nullità di protezione opera a vantaggio del contraente protetto.

La predicata coincidenza tra operatività della nullità a vantaggio della parte debole e suo esercizio selettivo ha poi costituito l'occasione per dilatare l'ambito di incidenza della nota regola «oltre il terreno, già sedimentato, delle modalità di rilevazione [...] del vizio, per muoversi su quello, controverso, degli effetti caducatori e restitutori della nullità» [20]. Ad avviso della Corte, l'operatività a vantaggio si riscontra non solo sul piano processuale, in termini di legittimazione relativa all'azione, ma anche – ecco la novità – su quello degli effetti sostanziali che ne derivano [21], in deroga a quanto previsto dagli artt. 1421 e 1422 cod. civ.

Di conseguenza, il regime giuridico della nullità *ex* art. 23 t.u.f. si traduce, da un lato, nell'esclusivo potere del cliente di selezionare discrezionalmente le operazioni di investimento alle quali attribuire il disvalore, e, dall'altro, in un'eccezione alla "bidirezionalità" degli effetti sostanziali dell'azione di nullità, con la conseguenza che all'intermediario sarebbe precluso avvalersi della dichiarazione di nullità in relazione alle conseguenze, in particolare restitutorie, per lui vantaggiose [22].

Nel canone delle Sezioni Unite nullità selettiva è quindi, anzitutto, una condotta processuale, un particolare modo di esercizio dell'azione di nullità. Nella prospettata ricostruzione, il profilo processuale dell'operatività della nullità di protezione si sostanzia non solo nella legittimazione relativa all'azione, ma anche nell'esclusivo potere del cliente di determinare il *petitum* della domanda giudiziale: e cioè di circoscrivere, tramite la selezione, i limiti della declaratoria di nullità, non potendo l'intermediario incidere sull'ampiezza del *petitum* né in via di domanda né in via di eccezione riconvenzionale.

In secondo luogo, nullità selettiva è anche una particolare modulazione, in senso favorevole al cliente, degli effetti restitutori della declaratoria di nullità o, meglio, della legittimazione e dell'ampiezza delle domande restitutorie che trovano giustificazione nella sentenza di nullità. Ben lungi dal prodursi in forza dei principi generali e dal riguardare entrambi i contraenti in ugual misura, le conseguenze dell'azione di nullità selettiva seguono di pari passo la conformazione di quest'ultima, di modo che come l'una risulta demandata al potere dispositivo del contraente protetto nel senso più sopra evidenziato, così le altre vengono accordate solo a lui. La nullità in parola sarebbe così connotata da un peculiare regime restitutorio, caratterizzato da una limitazione del diritto alla ripetizione dell'indebito per l'intermediario.

Nella prospettazione della Corte l'esigenza di declinare l'esercizio dell'azione di nullità in via selettiva si sarebbe posta anche al fine di rendere effettiva la regola della necessaria parzialità della nullità di protezione [23] rispetto ai contratti bancari e ai contratti d'investimento, connotati, com'è noto, da una conformazione bifasica dell'impegno negoziale. La declaratoria di nullità dei singoli ordini individuati dal cliente, con ogni predicata conseguenza sul piano restitutorio, costituirebbe quindi, *mutatis mutandis*, l'equivalente della demolizione parziale *tout court* del regolamento contrattuale.

Benché sia stata concepita quale declinazione delle

[19] Cfr. Cass. civ., sez. un., 4.11.2019, cit., punto 15.2.

[20] Dalmartello, *La nullità di protezione*, cit., 33.

[21] Le Sezioni Unite evidenziano che la funzione protettiva della nullità in discorso non si esaurisce in un profilo meramente processuale, quale quello della legittimazione attiva, ma avrebbe un riverbero anche di natura sostanziale ad esso strettamente connesso, espresso nella regola normativa «la nullità opera soltanto a vantaggio del consumatore [...]» di cui all'art. 36, comma 3º, c. cons.: cfr. Cass. civ., sez. un., 4.11.2019, cit., punti 15.1 e 15.2.

[22] Cass. civ., sez. un., 4.11.2019, cit., punto 23: «l'intermediario non può avvalersi degli effetti diretti di tale nullità e non è conseguentemente legittimato ad agire in via riconvenzionale o in via autonoma *ex* artt. 1422 e 2033 cod. civ.».

[23] Cass. civ., sez. un., 4.11.2019, cit., come già Cass. civ., sez. un., 16.1.2018, cit., rileva che le nullità di protezione evidenziano una vocazione funzionale alla correzione parziale del contratto, mediante l'eliminazione delle parti che pregiudicano il contraente legittimato a farle valere.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

regole dell'operatività a vantaggio e della necessaria parzialità della nullità di protezione in relazione al contratto quadro di investimento colpito da vizio formale, la nullità selettiva sembra configurare non una prerogativa esclusiva delle nullità del comparto finanziario, ma, al contrario, un profilo costante della nullità di protezione. A deporre in questo senso è l'affermazione secondo cui tale nullità evidenzia una «strutturale vocazione ad un uso selettivo» [24], che ben si presta ad essere intesa nel senso che la dinamica disegnata dalle Sezioni Unite è suscettibile di inserirsi a pieno titolo nello statuto della nullità di protezione quale tratto tipico del rimedio, come tale predicabile anche rispetto ad altre fattispecie riconducibili alla categoria.

Consapevole del fatto che gli strumenti predisposti al riequilibrio delle posizioni contrattuali possono essere utilizzati in modo distorsivo in sede giurisdizionale, la Corte ha infine predisposto un meccanismo di salvaguardia da tale eventualità imperniato sul principio di buona fede [25]. Tale principio è stato declinato in chiave valutativa, nella veste di un'eccezione opponibile dall'intermediario e idonea a paralizzare la domanda dell'investitore [26], con effetto impeditivo parziale o integrale, a seconda che gli investimenti tenuti fermi abbiano prodotto vantaggi economici inferiori o superiori al pregiudizio determinato nel *petitum*. L'eccezione di buona fede circoscrive così i limiti entro cui il risparmiatore vittorioso può far valere le conseguenze restitutorie dell'azione di nullità selettiva, evitando che la decisione di invocare il difetto di forma del contratto quadro gli procuri un vantaggio non giustificabile.

3. Una chiave di lettura del problema.

La soluzione compendiata dalle Sezioni Unite si pone chiaramente nel solco di un approccio funzionalista ai temi evocati. Se, da un punto di vista metodologico, tale opzione è senz'altro condivisibile, si ritengono meno condivisibili i risultati cui la Corte è pervenuta. La sentenza sembra suggerire che la *ratio* protettiva della nullità giustifichi la costruzione di una forma di tutela civile divergente dal modello del codice non solo per ciò che concerne il modo di esercizio dell'azione, ma anche quanto agli effetti che ne derivano, in termini di demolizione del regolamento contrattuale, nonché di costruzione del conseguente regime restitutorio.

Tale affermazione suscita perplessità quantomeno sotto il profilo della disinvoltura argomentativa: dalla previsione che la nullità di protezione deve operare a vantaggio del contraente debole alla riscrittura delle sue conseguenze effettuali il passaggio è tutt'altro che conseguenziale [27]. Ciò induce a guardare con preoccupazione il precedente, tanto più se si ipotizza di poterlo applicare ad ogni fattispecie di nullità di protezione.

Nell'ottica di una rilettura critica, il vaglio dell'inedita figura alla luce del sistema delle invalidità negoziali appare quindi un passaggio obbligato. In particolare, ai fini della soluzione dello specifico problema sistematico sollevato dalla nullità selettiva, appare opportuno ripensare il tema ormai classico del rapporto tra nullità "tradizionale" e nullità speciale: si cercherà, anzitutto, di mettere in evidenza i punti di contatto sussistenti tra l'una e l'altra figura [28], per poi, alla luce di questi, rendere ragione delle effettive peculiarità che caratterizzano le nuove nullità. Tale operazione si rende necessaria, poiché solo a fronte di un quadro quanto più possibile unitario della nullità di protezione – in sé e in rapporto alla nullità codicistica – è possibile verificare se i tratti in cui si declina l'uso selettivo sono coerenti con il quadro delineato oppure costituiscono una forzatura.

4. La nullità come categoria rimediale.

Il primo punto su cui è necessario intendersi è lo stesso fondamento della nullità quale forma di invalidità del negozio giuridico, trattandosi dell'elemento cardine cui si conforma ogni altro corollario di disciplina. La nullità negoziale, come tipo rimediale, può definirsi qualificazione negativa della fattispecie rilevante, ad intensità variabile, di modo che al maggiore o minor disvalore ricollegato dall'ordinamento ad un certo assetto di interessi, in funzione della *ratio* della disposizione violata, divengono concepibili e sistematicamente coerenti distinti e speciali trattamenti del negozio nullo. Ciò significa che possono darsi gradi distinti di disciplina della nullità in funzione della diversa sua *ratio* normativa [29]. Da quest'ultima dipendo-

[24] Cass. civ., sez. un., 4.11.2019, cit., punto 19.

[25] Secondo Cass. civ., sez. un., 4.11.2019, cit., punto 18, il principio di buona fede è lo strumento più idoneo a tal fine, in quanto «senza alterarne il regime giuridico ed in particolare l'unilateralità dello strumento di tutela legislativamente previsto, consente, per la sua adattabilità al caso concreto, di ricostituire l'equilibrio effettivo della posizione contrattuale delle parti, impedendo effetti di azioni esercitate in modo arbitrario o nelle quali può cogliersi l'abuso dello strumento di "protezione" ad esclusivo detrimento dell'altra parte». In dottrina v. Rordorf, *Buona fede e nullità selettiva*, *cit.*; Girolami, *L'uso selettivo delle nullità di protezione: un falso problema?*, in questa ***Rivista***, 2020, II, 158; D'Amico, *Sul carattere c.d. "selettivo" della nullità di protezione*, in *Nuovo diritto civile*, 2020, 912 ss.

[26] Cass. civ., sez. un., 4.11.2019, n. 28314, cit., punto 23.

[27] Alamanni, *Nullità selettiva e ordini di investimento: espediente linguistico o ampliamento dello statuto delle nullità di protezione?*, in *Actualidad Juridica Iberoamericana*, 16-bis, junio 2022.

[28] G. Benedetti, *Presentazione* (del libro di Passagnoli, *Nullità speciali*, Giuffrè 1995), VI-VII, enfatizza l'esigenza di comprensione sistematica delle incipienti nullità speciali.

[29] L'intuizione di una pluralità di fondamenti della nullità è antica: già Bartolo da Sassoferrato distingueva, traendone corollari proprio con riguardo alla disciplina applicabile, dieci categorie di nullità in funzione della diversa causa su cui riposavano. Così Esmein, *Le serment promissoire dans le droit canonique*, in *Rev. hist.*, 1888, 248 ss., 328 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

no, quindi, le differenze di disciplina che caratterizzano le diverse forme in cui la nullità si declina.

Esiste, quindi, un dato unificante della nullità, consistente nella negazione dell'efficacia intesa come vincolatività, a prescindere dal diverso profilo dell'eventuale e non omogenea produzione di effetti finali; il nucleo fondamentale della nullità negoziale consiste, in altri termini, nel diniego degli effetti voluti dalle parti [30]. Quanto detto trova conferma già nel codice del 1942, ove la nullità si articola in statuti differenziati [31], e ancor di più nella successiva legislazione speciale, specie di matrice europea, la quale ha dato prova di una tale graduabilità di fondamento e della conseguente elasticità di disciplina della figura.

Anche sotto il profilo degli interessi protetti la nullità si presenta come genere comune, che accoglie diverse specie e quindi diverse discipline. Il tratto unitario del genere è la funzione della nullità di proteggere insieme l'interesse privato e l'interesse generale; funzione che viene declinata secondo modalità differenti a seconda di quale, tra i due interessi, risulti preminente. Nel caso della nullità tradizionale sarà più sollecita la tutela dell'interesse pubblico; viceversa, nel caso della nullità di protezione prevarrà la tutela dell'interesse privato. Alla luce delle differenziazioni interne che la categoria rimediale ha conosciuto e continua a conoscere, si può parlare a ragion veduta di una nullità «graduata nel proprio fondamento e differenziata quanto alla disciplina volta a volta applicabile» [32], in relazione agli interessi da salvaguardare, e alla luce del contesto complessivo in cui si realizza l'operazione economica di riferimento [33]. Tale descrizione si accorda con l'accolta nozione di nullità come qualificazione negativa dell'atto rilevante, ad intensità variabile, cui corrispondono distinti e speciali trattamenti del negozio nullo.

Appare così più chiaro il rapporto tra nullità di protezione e nullità codicistica: non si tratta di figure in antitesi, bensì di diverse forme – o declinazioni, se si preferisce – di un istituto unitario nel suo fondamento, le quali si differenziano nel trattamento giuridico in ragione del maggiore o minor disvalore connesso alla fattispecie rilevante, nonché dell'assetto di interessi in gioco. Esattamente come il contratto, anche la nullità è allora capace di «polimorfismo» [34], in quanto esprime una particolare vocazione «a dimensionarsi in figure antiche e nuove» [35]: con ciò si allude chiaramente non ad una «frantumazione, che implica l'idea di rottura», ma ad una «pluralità di "forme" o modi di apparire riferibili tutti ad un'unità» [36]. Questa identità di fondo viene ritrovata nel dato «unitario e costante» rappresentato dalla rilevanza della fattispecie colpita da nullità, «mentre il profilo variabile e come tale necessariamente diversificato e multiplo, è rappresentato dall'efficacia» [37], nel senso sopra specificato. Il contesto ordinamentale consente così di riferirsi agli statuti speciali della nullità in termini di discipline differenziate di un istituto unitario, in funzione delle sottostanti *rationes* normative.

Logico corollario di questa tesi è che, in rapporto alla categoria generale, le discipline della nullità di protezione possono essere assunte come statuto normativo speciale, ma non eccezionale. Ne consegue, in primo luogo, che il riferimento al *nomen* nullità andrà inteso come espressione di sintesi, che rende applicabili tutte le regole del paradigma generale, se e in quanto non derogate dalla disciplina speciale, e interpretate comunque in conformità alla funzione protettiva. In secondo luogo, il nuovo statuto normativo potrà ritenersi applicabile in tutti i suoi aspetti ogni qual volta ricorra una previsione normativa di nullità caratterizzata dalla medesima funzione protettiva unilaterale. Tutto ciò si riflette non solo sul fondamento della specialità della tutela, ma anche sui limiti di questa, in ragione della necessaria sintesi tra gli interessi in conflitto.

5. Disponibilità della tutela ed esercizio selettivo della nullità di protezione: una falsa corrispondenza.

Se è pur vero che l'attitudine alla tutela di un interesse privato non è nuova alla nullità, è altrettanto vero che nella nullità tipicamente detta "di protezione" tale funzione giunge ad un punto di normalizzazio-

---

[30] Così Dolmetta, *Nullità e conformazione nell'odierno diritto dell'impresa*, relazione al Convegno "*Profili attuali delle nullità nel diritto dell'impresa*", tenutosi presso l'Università degli Studi di Trento il 10 novembre 2022.

[31] Di ciò costituiscono emersione positiva i diversi tratti ascrivibili alla nullità, rispettivamente, dei contratti illeciti e dei contratti illegali: cfr. sul punto Passagnoli, *Analisi di un falso principio*, cit., 262 ss., ove altri riferimenti in dottrina, e Mantovani, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, IV, *Rimedi*, Giuffrè, 2006, 69-73. Inoltre, fin dall'entrata in vigore del codice l'ordinamento conosce isolate previsioni di nullità relativa, che, non rientrando propriamente nello statuto della nullità o in quello dell'annullabilità, erano considerate come fisiologiche eccezioni al sistema: così Puccini, *Studi sulla nullità relativa*, Giuffrè, 1967, 145; Girolami, voce *Nullità di protezione*, cit., 705.

[32] Passagnoli, *Nullità speciali*, cit., 9.

[33] Si tratta dell'insieme di fattori esterni al contratto, dai quali dipende la qualificazione del medesimo come nullo: così Roppo, *Il contratto*, cit., 752; simili considerazioni sono svolte altresì da Di Majo, *La nullità*, nel *Trattato Bessone*, XIII, 7, *Il contratto in generale*, a cura di G.B. Ferri e Franzoni, Utet, 2002, 128.

[34] È l'idea prospettata da Mantovani, *Le nullità e il contratto nullo*, cit., 174.

[35] G. Benedetti, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di Vettori, Cedam, 1999, 31.

[36] G. Benedetti, *Tutela del consumatore*, cit., 27 ss.

[37] Così V. Scalisi, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Eur. e dir. priv.*, 507.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ne tale da incidere sulla stessa vocazione del rimedio: da meccanismo prevalentemente sanzionatorio la nullità diviene strumento di protezione in via diretta di interessi seriali di determinate categorie di contraenti deboli (consumatori, utenti di servizi finanziari, clienti di banche), quante volte dall'ordinamento elevati a valori costitutivi di sistema[38]. Perciò la nullità di protezione si atteggia come «nullità-funzione»[39], che è e sta in diretto rapporto di congruenza e corrispondenza con un determinato assetto di interessi, in ragione della natura degli stessi, della posizione delle parti e dei beni e servizi negoziati.

In quest'ottica, il *focus* posto dalla Corte sulla funzione della nullità di protezione conferma una visione già presente in dottrina circa l'identità del rimedio, e cioè l'idea che alla finalità protettiva unilaterale si accompagni necessariamente il carattere disponibile della tutela stessa, da parte del destinatario[40].

La costruzione di una nullità di funzione, dal carattere disponibile, pone un fondamentale interrogativo: se la disponibilità della tutela vada collocata esclusivamente sul piano processuale o se – e in che modo – investa anche il rapporto sostanziale sottostante.

Secondo quanto affermato in modo costante da dottrina e giurisprudenza, la disponibilità della tutela accordata al contraente debole è sempre stata intesa nei termini di una scelta, rimessa alla valutazione discrezionale della parte protetta, tra demolizione o mantenimento del regolamento contrattuale. Il carattere disponibile della nullità di protezione si esauriva, pertanto, in una dimensione esclusivamente processuale, e segnatamente nel profilo della legittimazione relativa all'azione di nullità: ovverosia nella scelta riservata al contraente debole, unico legittimato all'esercizio dell'azione, di far dichiarare la nullità oppure di rinunciare all'azione, mantenendo il contratto (o la singola clausola) pur affetto da nullità.

Applicando queste regole alla fattispecie dell'operazione di investimento, il cliente può decidere di non travolgere il contratto quadro, se nel complesso il servizio di investimento lo soddisfa, come d'altra parte può decidere di farne dichiarare la nullità, se ciò risponde meglio al suo interesse. Una volta effettuata tale scelta, non vi dovrebbe essere motivo per protrarre ulteriormente la tutela del contraente protetto, giustificando ulteriori deviazioni dalle regole generali che disciplinano le conseguenze della nullità contrattuale[41].

Le Sezioni Unite 2019 hanno invece sottoposto a revisione tale indirizzo, rimodulando lo statuto della nullità di protezione in una logica di massima estensione della tutela del contraente debole, assicurando a quest'ultimo il potere di incidere sugli effetti del contratto nullo. Tale risultato è stato raggiunto interpretando la regola dell'operatività a vantaggio della nullità di protezione non quale sinonimo della legittimazione relativa all'azione di nullità, bensì quale versante sostanziale della tutela attribuita in via privilegiata alla parte protetta. Il riconoscimento della dinamica selettiva passa dunque attraverso l'idea che la nullità di protezione sia una nullità disponibile anche sotto il profilo sostanziale.

Questa impostazione non sembra però condivisibile, per più ragioni.

Anzitutto, la figura della nullità selettiva si espone a critiche nella parte in cui si traduce nell'esclusivo potere del cliente di determinare il *petitum* della domanda giudiziale, circoscrivendo, tramite la selezione, i limiti della declaratoria di nullità.

Ad una simile declinazione dell'azione di nullità osta, in primo luogo, il dato letterale della norma di cui all'art. 23 t.u.f., che si limita ad assegnare all'investitore solo il diritto di agire in giudizio per far dichiarare la nullità del contratto quadro, non anche il potere di selezionare gli effetti che tale nullità può avere sugli ordini di investimento da quello dipendenti. Logica conseguenza di questa premessa è che il cliente, una volta formulata la domanda di nullità del contratto quadro, non possa governarne le conseguenze, le quali derivano dai principi generali dell'ordinamento, anche qualora non siano rispondenti ai suoi interessi[42].

Una simile affermazione è perfettamente conforme al modo in cui opera la nullità. Sebbene sia propria della logica del rimedio una graduazione dell'efficacia della fattispecie nulla, in ragione della *ratio* sottesa al vizio invalidante, solo al legislatore – e non alle parti – spetta determinare come tale graduazione debba concretizzarsi. È infatti prerogativa esclusiva del legislatore dare risposta alle specifiche esigenze di tutela che vengono in rilievo nel traffico giuridico, effettuando la necessaria sintesi tra interessi generali e particolari e traducendola in effetti giuridici. Gli effetti discendenti dall'azione di nullità sono dunque sottratti alla disponibilità delle parti. Quanto detto vale sia per la nullità codicistica, sia per la nullità di protezione, ove la disponibilità della tutela è massima. Si ritiene che in ciò

[38] Cfr. V. Scalisi, *Nullità e inefficacia*, cit., 499; Gentili, *Le invalidità*, nel *Trattato dei contratti*, a cura di Rescigno e Gabrielli, Utet, 2006, 1347, 1350; Id., *Nullità, annullabilità, inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, in *Contratti*, 2003, 201.

[39] V. Scalisi, *Nullità e inefficacia*, cit., 506 ss.

[40] Amadio, *Nullità speciali: problema o sistema?*, in *Lezioni di diritto civile*, Giappichelli, 2014, ove si parla di una forma di tutela civile complessivamente contraddistinta dal carattere disponibile e si indica, in tale funzione complessiva, il criterio ermeneutico alla luce del quale risolvere ogni problema connesso alla figura.

[41] Girolami, *L'uso selettivo delle nullità di protezione*, cit., 157.

[42] Monticelli, *La nullità selettiva secondo il canone delle Sezioni Unite: un responso fuori partitura*, in questa ***Rivista***, 2020, II, 165.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

consista il limite, necessario e invalicabile, al carattere disponibile delle nuove nullità. Pertanto, alla parte protetta spetta solo la decisione in ordine all'attivazione della tutela, se ciò risponde al suo interesse, non anche il potere di incidere sugli effetti conseguenti all'esercizio dell'azione. Una diversa conclusione equivarrebbe a disconoscere il *modus operandi* della nullità, quale forma di invalidità negoziale che conduce al diniego degli effetti voluti dalle parti.

Peraltro, la tesi per la quale l'investitore potrebbe circoscrivere gli anzidetti effetti a suo esclusivo vantaggio non solo gli attribuirebbe una facoltà mai concessa ad alcuno nell'ordinamento giuridico [43], ma nemmeno troverebbe il proprio fondamento nelle ragioni di tutela della parte debole del contratto, poiché i rimedi demolitori concepiti a tutela di determinati soggetti, che consentono a costoro di porre nel nulla il contratto stipulato, non consentono anche di circoscrivere gli effetti della caducazione del vincolo contrattuale [44].

Si ritiene, dunque, che il carattere disponibile della nullità di protezione debba limitarsi al piano processuale e non anche investire il rapporto sostanziale sottostante; ne consegue che la regola dell'operatività della nullità di protezione ad esclusivo vantaggio della parte protetta sia riferibile alla sola costante della legittimazione relativa all'azione, non potendo tradursi anche nel potere di frazionare gli effetti sostanziali della nullità, che è congegno di tipo qualitativo e non quantitativo [45]. Diversamente, la funzione di protezione si risolverebbe nel riconoscere al contraente debole un indeterminato potere dispositivo discrezionale sugli effetti dell'azione di nullità: la parte protetta avrebbe infatti un ruolo di arbitro non soltanto della tempistica di rilevazione del vizio, ma anche delle modalità di attuazione del rimedio, senza una chiara prefigurazione di limiti e confini.

6. Nullità di protezione e restituzioni: una proposta ricostruttiva.

Altro importante profilo critico concerne l'assetto delle regole che disciplinano le restituzioni conseguenti all'accertamento della nullità di protezione [46].

Le Sezioni Unite hanno rifiutato l'ipotesi ricostruttiva che vorrebbe assoggettare la nullità di protezione al regime restitutorio previsto per la nullità tradizionale facendo leva, ancora una volta, sulla regola dell'operatività del rimedio ad esclusivo vantaggio del contraente debole. Secondo la Corte, la *ratio* protettiva della nullità in esame si rifletterebbe automaticamente sulla disciplina degli effetti restitutori, con una corrispondenza univoca tra legittimazione relativa e disattivazione della tutela restitutoria per il contraente non protetto [47]. La pronuncia non fornisce elementi sufficienti per stabilire se l'impossibilità per l'intermediario di domandare la restituzione delle cedole riscosse valga solo limitatamente agli ordini non selezionati dal cliente, e dunque non compresi nel *petitum* della domanda giudiziale, come taluna dottrina ha suggerito [48], oppure anche per gli ordini impugnati, come, in realtà, sembrerebbe emergere dal senso letterale del testo della sentenza.

Ad ogni modo, la nullità di protezione sarebbe connotata da un regime restitutorio *sui generis*, che non opera in ugual misura per entrambi i contraenti. Tale regime restitutorio risulta caratterizzato da una «*condictio indebiti* di protezione» [49]: una ripetizione di indebito unilaterale, non sancita da alcuna disposizione di legge, ma ciononostante predicabile perché consustanziale alla funzione protettiva della nullità medesima. Il regime restitutorio dei contratti asimmetrici sarebbe quindi, a sua volta, asimmetrico, poiché opera ad esclusivo vantaggio del contraente debole, sterilizzan-

[43] Così Maradei, *Il neoformalismo negoziale nei contratti di intermediazione finanziaria*, in *Informazione e trasparenza nei contratti asimmetrici bancari, finanziari e assicurativi e diritti del consumatore europeo*, a cura di Calliano, Losana e Poncibò, Giappichelli, 2013, 177-178, il quale osserva che, nel caso di annullamento del contratto per dolo, non è consentito ad alcuna delle parti di conservare alcuno degli effetti prodotti dal contratto annullato, tranne nel caso eccezionale di cui all'art. 1443 cod. civ., che conferma la regola generale in senso opposto.

[44] Maradei, *op. loc. ult. cit.*

[45] Ferro-Luzzi, *In tema di invalidità del contratto per la prestazione di servizi di investimento*, in *Riv. dir. comm.*, 2011, 477.

[46] Il problema delle restituzioni nei contratti colpiti da nullità totale di protezione si è posto per la prima volta in tutta la sua urgenza proprio con riguardo al caso dell'uso selettivo della nullità *ex* art. 23 t.u.f. Nel silenzio della disciplina di settore su questo specifico punto, la dottrina propone l'applicabilità, in via suppletiva, del regime restitutorio di diritto comune risultante dal combinato disposto degli artt. 1422 cod. civ. e 2033 ss. cod. civ.: v. Maggiolo, *Servizi ed attività di investimento*, cit., 507-510; Roppo, *La tutela del risparmiatore tra nullità e risoluzione (a proposito di Cirio* bond *e Tango* bond), in *Danno e resp.*, 2005, 629, nonché, da ultimo, Monticelli, *La nullità selettiva*, cit., 163 ss.; Girolami, *L'uso selettivo della nullità di protezione*, cit., 157; Dalmartello, *La nullità di protezione*, cit., 32 ss.; C. Scognamiglio, *Le Sezioni Unite e le nullità selettive tra statuto normativo delle nullità di protezione ed eccezione di buona fede*, in questa ***Rivista***, 2020, II, 176 ss.

[47] Ancor prima dell'intervento delle Sezioni Unite, già alcune Corti di merito avevano ritenuto che il carattere relativo della nullità *ex art.* 23 t.u.f. si riflettesse nel conseguente rimedio restitutorio: così Trib. Torino, 12.2.2007, in *www.ilcaso.it*; Trib. Firenze, 9.5.2011, *ivi*, e Trib. Brescia, 29.4.2010, *ivi*. Per contro, in dottrina si è osservato che il carattere relativo della nullità attiene solo al profilo della legittimazione processuale, non anche a quello degli effetti sostanziali; pertanto se la possibilità di dedurre in giudizio la nullità è unilaterale, bilaterali e reciproche sono le conseguenze che discendono dalla declaratoria di nullità: basti qui un richiamo a F. Durante, *Intermediari finanziari e tutela dei risparmiatori*, Giuffrè, 2009, 318 e Maggiolo, *Servizi ed attività di investimento*, cit., 510.

[48] Cfr. D'Amico, *Sul carattere c.d. "selettivo" della nullità di protezione*, cit., 15 ss. Dalmartello, *La nullità di protezione*, cit., 35, paventa invece l'eventualità che la Corte abbia voluto proporre, più drasticamente, una «sterilizzazione *tout court*» delle pretese dell'intermediario.

[49] Così Dalmartello, *Conseguenze del giudizio di vessatorietà: dalla post-vessatorietà alla* condictio indebiti *di protezione*, relazione al Convegno *"Profili attuali delle nullità nel diritto dell'impresa"*, tenutosi presso l'Università degli Studi di Trento il 10 novembre 2022.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

do ogni pretesa restitutoria del contraente forte. In questo modo la nullità di protezione assumerebbe la veste di una «nullità parziale, sotto il profilo soggettivo, o forse meglio di una nullità unilaterale» [50].

Seguendo questa impostazione, verrebbe a crearsi un dualismo interno alla stessa macrocategoria della nullità, concernente, da un lato, il *modus operandi* dell'invalidità, e dall'altro, quale sua diretta conseguenza, il regime restitutorio che ne deriva. Vi sarebbe, infatti, un doppio regime delle restituzioni: bilaterale nel caso della nullità ordinaria e unilaterale nel caso della nullità di protezione. Si tratta di una conclusione molto forte e dalle conseguenze dirompenti, che, in assenza di un evidente appiglio legislativo, pare difficile affermare in via soltanto interpretativa.

A ciò si aggiunga che la costruzione della Corte è contraddittoria sotto più profili. Anzitutto, affermare che l'intermediario non possa esercitare l'azione di ripetizione di indebito, né in via autonoma né in via riconvenzionale, equivale a dire che dalla dichiarazione di nullità del contratto quadro non deriva, quale conseguenza naturale e imprescindibile, la rimozione *ab origine* del titolo, che continuerebbe ad essere parzialmente vincolante. Questa è una palese alterazione della modalità di produzione degli effetti della nullità, resa ancor più evidente dal fatto che gli effetti del contratto non sono scindibili e, pertanto, devono prodursi nei confronti di entrambe le parti [51].

Il predicato regime restitutorio si scontra, inoltre, con il fatto che, nel sistema italiano, la tutela restitutoria segue un'impostazione unitaria ed è informata ad una logica di giustizia commutativa. In seguito alla cessazione del vincolo negoziale, si rende necessario il riequilibrio delle sfere patrimoniali delle parti coinvolte nel rapporto contrattuale. Tale risultato viene raggiunto a mezzo della compensazione delle sfere patrimoniali medesime, che si realizza tramite l'imposizione alle parti di reciproci obblighi restitutori, avvinti da un nesso di stretta interdipendenza l'uno dall'altro [52]. Perciò la conseguenza dell'esercizio di un rimedio di tipo demolitorio sarà in ogni caso l'attivazione di una tutela restitutoria, governata in linea di principio dalla disciplina di cui agli artt. 2033 ss. cod. civ. [53]. È infatti massima costante della giurisprudenza di legittimità [54] quella secondo cui l'azione accordata dalla legge per ottenere la restituzione di quanto prestato in esecuzione di un contratto è quella di ripetizione dell'indebito oggettivo, qualunque sia la causa che abbia fatto venir meno il vincolo negoziale originariamente esistente (nullità, annullamento, risoluzione, o rescissione). Tale azione dà luogo ad una tutela rigorosamente oggettiva, di reazione dell'ordinamento ad uno spostamento patrimoniale ingiustificato, poiché non conforma la sua disciplina a seconda della natura dell'impugnativa negoziale presupposta alla ripetizione, ma si fonda solo sull'insussistenza della *causa adquirendi*, in qualunque modo si sia generata.

Quanto detto vale anche nel diverso contesto della contrattazione asimmetrica. Come la disciplina della ripetizione d'indebito è del tutto impermeabile alla natura dell'impugnativa esperita, così dovrebbe esserlo anche rispetto ad eventuali varianti interne alla disciplina di una singola impugnativa, come quelle concernenti la legittimazione – assoluta o relativa – all'impugnativa stessa.

Si aggiunga, poi, che, se alcune impugnative negoziali (quali le azioni di annullamento e di rescissione), al pari delle nuove nullità, sono funzionali alla protezione del contraente legittimato a proporle e, ciò nondimeno, fondano una ripetizione bilaterale [55], la stessa cosa deve poter valere anche per le nullità relative: non vi sono infatti ragioni di alcun tipo che giustifichino, per le sole nullità di protezione, una soluzione diversa [56].

Inoltre, posto che la nullità presiede sempre (anche) alla tutela di interessi generali, se è pur vero che nelle nullità speciali vi è un contraente portatore di un interesse categoriale che reclama effettività, è altrettanto vero che a tale interesse particolare non può essere data una tutela incondizionata, occorrendo un suo contemperamento con la razionale regolazione del mercato [57].

Di certo non vale a giustificare la ripetibilità unilaterale la disciplina dell'indebito ricevuto dall'incapace (artt. 1433, 2039 cod. civ.). In essa, infatti, il legislatore presuppone la ripetizione bilaterale, a riprova del fondamento oggettivo della *condictio indebiti*, ma piega alla logica dei fatti l'azione restitutoria nel suo concreto esercizio, laddove il legislatore recepisce nella fattispecie, tramite una presunzione relativa, una massima d'esperienza: quella che l'incapace, di norma, possa disperdere l'utilità della prestazione [58].

---

[50] Rordorf, *op. loc. ult. cit.*

[51] V. Scalisi, voce «Inefficacia (diritto privato)», in *Enc. del dir.*, XXI, Giuffrè, 1971, 353 ss.; R. Scognamiglio, voce «Inefficacia (dir. priv.)», nel *Enc. giur. Treccani*, XVI, Ed. Enc. it., 1989, 11.

[52] Bargelli, *«Sinallagma rovesciato» e ripetizione dell'indebito. L'impossibilità della* restitutio in integrum *nella prassi giurisprudenziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 118.

[53] Si richiamano le riflessioni svolte in proposito da Bargelli, *«Sinallagma rovesciato»*, cit., 103 ss.

[54] Cfr., da ultimo, Cass. civ., 5.9.2022, n. 26050, in *Guida al dir.*, 2022, 40.

[55] Così Passagnoli, *Analisi di un falso principio*, cit., 268.

[56] È difficile considerare *potiore*, nel quadro assiologico costituzionale, la protezione del consumatore o dell'investitore rispetto alla libertà di determinarsi del contraente bisognoso o in stato di pericolo o il cui consenso è stato estorto con violenza o carpito con dolo: Passagnoli, *op. loc. ult. cit.*

[57] Passagnoli, *Note critiche in tema di sanabilità e rinunziabilità delle nullità di protezione*, in *Pers. e merc.*, 2012, 1, 24 ss.

[58] Si v. Pagliantini, *La nullità selettiva quale epifania di una deroga*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Quanto detto trova ulteriore conferma nella disciplina positiva delle restituzioni conseguenti alla risoluzione dei contratti del consumatore, ove figura una ripetizione bilaterale [59].

Una netta indicazione nel senso della necessaria bilateralità e reciprocità delle restituzioni scaturenti dalla pronuncia di nullità relativa proviene, infine, dal sistema tedesco: all'interno della disciplina del *Widerruf* di cui ai riformati §§ 355 ss. *BGB* [60] è sancito in modo inequivocabile il principio della bilateralità e reciprocità delle restituzioni anche nel caso in cui a venir meno sia un contratto stipulato tra professionista e consumatore. In seguito all'esercizio del *Widerruf* viene meno il vincolo pattizio e non vi è più alcuna giustificazione per trattenere eventuali prestazioni già ricevute; perciò, deve entrare in vigore un meccanismo legale che consenta la *Ruckabwlickung* [61]: l'espressione allude chiaramente al ripristino dello *status quo ante* che caratterizza la fase post-contrattuale [62]. Ed invero, il § 355 comma 3, s. 1, *BGB* [63], dispone che entrambe le parti debbano restituire senza indugio le prestazioni già ricevute [64]. L'analisi comparatistica si pone, quindi, a suggello ultimo della razionalità della tesi proposta.

Vi sono quindi plurime ragioni per ritenere che la *ratio* protettiva delle nullità di protezione non giustifichi alcuna parziale disattivazione della disciplina dell'indebito oggettivo. Pertanto, anche in relazione alla fattispecie del contratto quadro nullo per vizio di forma *ex* art. 23, comma 1º, t.u.f., il rimedio demolitorio dovrebbe determinare «il sorgere di reciproci obblighi restitutori, ciascuno dei quali va fatto valere tramite un'apposita domanda giudiziale» [65], esattamente come accade nella fattispecie ordinaria di nullità. Quanto detto avvalora la tesi qui proposta, in quanto riconosce alla nullità di protezione la stessa matrice giuridica della nullità tradizionale, cioè quella di forma radicale di reazione dell'ordinamento al manifestarsi di patologie negoziali così gravi da rendere il contratto incapace di produrre gli effetti voluti, per l'una come per l'altra parte, salva la limitazione soggettiva a farla valere [66].

Alla luce delle riflessioni svolte, si può concludere che il regime restitutorio del c.d. secondo contratto o contratto «*b to c*» è del tutto identico a quello del primo contratto, o contratto «*b to b*». In entrambi i casi le parti sono gravate da reciproci obblighi restitutori: ciascun contraente è obbligato a ripetere la prestazione ricevuta, senza possibilità di *soluti retentio*, ed ha, al contempo, il diritto di ricevere in restituzione la prestazione eseguita in forza del contratto venuto meno. Esiste quindi un unico regime restitutorio per nullità assolute e relative, con sede nella disciplina dell'indebito oggettivo. La disciplina degli effetti restitutori conseguenti alla declaratoria di nullità costituisce, dunque, un ulteriore *trait d'union* tra le diverse forme in cui il rimedio si declina.

7. Rilievi di diritto processuale.

Il predicato regime restitutorio si scontra, peraltro, con l'affermato valore di giudicato della declaratoria di nullità del contratto quadro. Tradizionalmente si afferma che la sentenza di accertamento della nullità di un contratto ha efficacia dichiarativa, poiché si limita ad attestare l'inefficacia originaria del contratto, contribuendo così, ai fini di una maggior certezza nella circolazione giuridica, a cancellare l'apparenza del diritto causata dal titolo nullo. Perciò il giudicato sulla *quaestio nullitatis* ha, quale naturale e imprescindibile conseguenza, quella di sancire definitivamente e ad ogni effetto il venir meno, *ab origine*, del titolo. A quel punto, in base ai principi sopra illustrati, le parti dovrebbero essere entrambe legittimate alle azioni restitutorie relative a quei diritti di cui le stesse avevano disposto con il contratto nullo, stante la nozione di cosa giudicata sostanziale.

Se, da un lato, le Sezioni Unite affermano correttamente che l'accertamento della nullità del contratto

---

all'integrità delle restituzioni: l'investitore è come il contraente incapace?, in *Pers. e merc.*, 2019, 4, 123 ss. e Imbruglia, *La nullità selettiva tra vantaggio del cliente e paralisi delle restituzioni*, in *Pers. e merc.*, 2020, 1, 3 ss.

[59] Nel caso della risoluzione della compravendita di beni di consumo, ai fini della ripetizione della somma pagata, si tiene conto dell'uso che del bene sia stato fatto (art. 130, commi 7 e 8, c. cons.), segno che il bene deve essere restituito. Se la risoluzione, che è rimedio a legittimazione relativa, del contratto di consumo conduce ad una ripetizione bilaterale, non si vede perché ciò dovrebbe negarsi nell'ipotesi di nullità relativa del medesimo contratto. La bilateralità delle ripetizioni è prevista anche dall'art. 125-*bis* t.u.b., per la nullità dei contratti di credito al consumo e dall'art. 67-*septiesdecies* c. cons., relativo alle sanzioni in materia di commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori.

[60] Per un *excursus* delle modifiche che hanno interessato la disciplina del *Widerruf*, si v. Brox - Walker, *Allgemeines Schuldrecht*[45], Beck, 2019, 198.

[61] Così Stürner, *Rechtsfolgen des Widerrufs*, *bei Verbraucherverträgen*, in *Jura*, 2016, 374.

[62] Il contratto si trasforma nel c.d. «*Rückgewährschuldverhaltnis*» (v. Brox - Walker, *Allgemeines Schuldrecht*, cit., 205; Stürner, *Rechtsfolgen des Widerrufs*, cit., 374 ss. e Id., *Der Widerruf bei Verbraucherverträgen*, in *Jura*, 2016, 26) o «*Rückabwicklungsverhältnis*» (così Förster, *Die Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie in §§ 312 ff. BGB*, in *JA*, 2014, 721). Di vero e proprio «*Rückgewährsynallagma*» parla Schwab, *Der verbraucherschützende Widerruf und seine Folgen für die Rückabwicklung des Vertrags*, in *JZ*, 13/2015, 645

[63] Stürner, *Rechtsfolgen des Widerrufs*, cit. Peraltro, ai sensi del § 358 *BGB*, nel caso di collegamento negoziale, l'esercizio del *Widerruf* relativamente al contratto presupposto comporta il travolgimento anche del contratto ad esso connesso, con ogni conseguenza sul piano delle restituzioni.

[64] Brox - Walker, *op. loc. ult. cit.*: «*Die bereits ausgetauschten Leistungen sind unverzüglich zurückzugewähren (§ 355 abs 3, s. 1)*».

[65] Maggiolo, *op. loc. ult. cit.*

[66] Cfr. Rordorf, *op. loc. ult. cit.*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

quadro ha attitudine e valore di giudicato, tuttavia, dall'altro, deducono conseguenze operative contrastanti con tale assunto. Se il giudicato sulla *quaestio nullitatis* sancisce definitivamente e ad ogni effetto il venir meno, *ab origine*, del titolo, logica vuole che entrambe le parti siano legittimate alle azioni restitutorie relative ai diritti di cui le stesse avevano disposto con il contratto nullo, stante la nozione di cosa giudicata sostanziale. Affermare che solo l'investitore possa avvalersi del giudicato sull'accertata nullità del contratto, beneficiando degli effetti diretti che ne derivano in termini di legittimazione alla domanda di ripetizione d'indebito, significa, di fatto, affermare una «pretesa minusvalenza» [67] del giudicato nei confronti dell'intermediario. Si tratta di una conclusione incondivisibile, poiché in piena distonia con i principi generali del diritto processuale: è infatti una palese deviazione dalla regola sancita dall'art. 2909 cod. civ., ai sensi del quale «l'accertamento, contenuto in una sentenza passata in giudicato, fa stato ad ogni effetto tra le parti [...]».

Anche i principi finora ribaditi in tema di disponibilità della tutela in esame non lasciano spazio ad una valenza selettiva del giudicato sulla nullità del contratto quadro, giacché il soggetto legittimato a far valere la nullità esaurisce il suo potere dispositivo nella decisione, libera e nella sua sola disponibilità, di proporre o meno l'azione di nullità. Una volta esercitata tale facoltà, si esaurisce ogni disponibilità degli effetti che derivano dall'azione proposta e dal conseguente giudicato sulla *quaestio nullitatis*, poiché questi sono predeterminati dall'ordinamento.

Pertanto, alla luce del dettato dell'art. 2909 cod. civ., il peculiare regime restitutorio che, ad avviso della Corte, discenderebbe dalla *ratio* protettiva della nullità del contratto quadro per vizio di forma, risulta ulteriormente destituito di fondamento: vi sarebbe addirittura un limite esterno, fondato sui principi generali del sistema, alla operatività selettiva della nullità di protezione.

8. Nullità selettiva e contratto di investimento.

Poiché la *ratio* protettiva della nullità di protezione non sembra giustificare né il potere del contraente debole di frazionarne gli effetti secondo la sua scelta, né un regime restitutorio asimmetrico, il problema della nullità selettiva potrebbe (e dovrebbe) essere risolto esclusivamente a mezzo dell'applicazione dei generali principi in materia di contratti. Ciò impone di verificare se la figura affermatasi nella prassi giurisprudenziale sia congruente alla struttura del contratto di investimento.

Ebbene, alla luce della disciplina di settore, nonché dei principi generali in materia di contratti, l'impressione è che la nullità selettiva non si attagli alla fattispecie dell'operazione di investimento, comunque si decida di ricostruirla: nessuna tra le più note qualificazioni dell'operazione di investimento pare infatti idonea a giustificare, da un punto di vista logico, la salvezza di singoli ordini di investimento in presenza di un contratto quadro invalido a monte.

Non lo è la tesi di Francesco Galgano [68], il quale riconduce il contratto di negoziazione allo schema causale del contratto di conto corrente bancario o di corrispondenza [69] – a sua volta qualificato come contratto misto di conto corrente e mandato [70] – rispetto al quale gli ordini di investimento figurano quali atti unilaterali meramente esecutivi e privi di causa propria, ripetendola dal contratto di negoziazione [71]. In quest'ottica non vi è spazio per una nullità selettiva, poiché la nullità dell'unico contratto di negoziazione travolgerà necessariamente gli ordini, privi di autonoma consistenza negoziale [72], posti in essere in sua attuazione.

A simile conclusione si giunge anche ove si preferisca seguire la tesi «dualistica» [73] di Vincenzo Roppo [74], e dunque concepire l'operazione di investimento come una «struttura contrattuale multilivello» [75] che si articola tra un contratto quadro a monte e plurimi ordini di investimento a valle, dotati di autonoma consistenza negoziale. In questa ricostruzione gli ordini di acquisto

---

[67] Monticelli, *La nullità selettiva*, cit., 164.

[68] Si v. Galgano, *I contratti di investimento e gli ordini dell'investitore all'intermediario*, in *Contr. e impr.*, 2005, 889 ss.; Id., *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni Unite della Cassazione*, *ivi*, 2008, 1 ss.; Galgano - Zorzi, *Tipologia dei contratti tra intermediario e risparmiatore*, nel *Trattato* Galgano, XLIII, *Mercato finanziario e tutela del risparmio*, a cura di Galgano e Visintini, Cedam, 2006, 66 ss.

[69] Galgano, *I contratti di investimento*, cit., 892 ss.; Id., *Il contratto di intermediazione finanziaria*, cit., 2 ss.: «i contratti di investimento [...] riproducono lo schema del conto corrente bancario, detto anche conto corrente di corrispondenza, che la Cassazione da tempo qualifica come un contratto misto di conto corrente e mandato, in forza del quale la banca si obbliga a dare esecuzione alle disposizioni del cliente, utilizzando la provvista da questo fornita con un deposito o un'apertura di credito».

[70] Si tratterebbe di un mandato senza rappresentanza, in forza del quale la banca mandataria acquista (o vende) strumenti finanziari per conto del cliente e in nome proprio. In base a questa ricostruzione l'acquisto dello strumento finanziario da parte del cliente non è l'effetto di un autonomo contratto traslativo tra la banca e il cliente, né ha la causa di un ulteriore ed autonomo contratto bancario, ma ripete la propria causa dal contratto di negoziazione, di cui costituisce adempimento: v. Galgano, *op. loc. ult. cit.*

[71] La fattispecie rientrerebbe, così, nella categoria dei «negozi di attuazione»: v. Campagna, *I «negozi di attuazione» e la manifestazione dell'intento negoziale*, Giuffrè, 1958.

[72] Galgano, *op. loc. ult. cit.*

[73] Così Rinaldo, *La risoluzione dei singoli ordini di investimento sotto una nuova luce: riflessioni su un recente intervento della Suprema Corte*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2018, II, 400.

[74] Roppo, *La tutela del risparmiatore tra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero l'ambaradan dei rimedi contrattuali)*, in *Contr. e impr.*, 2005, 896 ss.; Id., *Sui contratti del mercato finanziario, prima e dopo la MiFID*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, 498 ss., spec. nt. 16.

[75] Roppo, *Sui contratti del mercato finanziario*, cit., 499.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

figurano quali veri e propri contratti [76], dotati di una propria causa di scambio, legati al contratto quadro secondo la logica del collegamento negoziale. Tra il contratto di negoziazione e i singoli ordini vi sarebbe, cioè, un collegamento necessario e unilaterale, in forza del quale l'intermediario non potrebbe dare esecuzione agli ordini in assenza del contratto quadro e il travolgimento di quest'ultimo renderebbe i primi acefali [77]. Ne consegue che in assenza di contratto quadro o in caso di sua nullità, gli ordini di investimento isolatamente conclusi o a quello collegati sarebbero immancabilmente nulli [78]. Pertanto, anche in questo caso risulta impossibile ipotizzare un esercizio selettivo della nullità *ex* art. 23 t.u.f., poiché una volta accertata la nullità del contratto quadro, tutti gli ordini che da quello traggono legittimazione cadranno indistintamente e senza alcuna possibilità di selezione.

Vero è che la consistenza negoziale predicata rispetto ai singoli ordini ha condotto la giurisprudenza a riconoscerne l'autonoma risolubilità, e a parlare in proposito di «risoluzione selettiva» [79]; ma ciò non vale a riconoscere, parallelamente, anche la possibilità di una nullità selettiva, poiché l'una e l'altra ipotesi sono caratterizzate da presupposti diversi. La risoluzione dei singoli ordini ha quale presupposto logico l'inadempimento di obblighi informativi rilevanti unicamente per singole operazioni, e non per l'intero rapporto instauratosi tra cliente e investitore [80]. Diversamente, nel caso della nullità *ex* art. 23 t.u.f. non vi è la possibilità di riferire l'inadempimento formale ai singoli ordini in modo svincolato dal contratto quadro, poiché il requisito di forma scritta a pena di invalidità inerisce solo a quest'ultimo. Perciò, una volta che il contratto quadro risulti nullo per violazione della prescrizione di forma, tale invalidità si trasmetterà immancabilmente agli ordini di acquisto, quali contratti a quello collegati.

Il confronto con la fattispecie contrattuale di riferimento pone in evidenza un altro profilo critico della costruzione delle Sezioni Unite, e cioè che la nullità selettiva non può porsi nemmeno quale declinazione della regola della necessaria parziarietà della nullità di protezione nel particolare contesto dell'operazione di investimento, caratterizzata, come visto, dalla conformazione bifasica dell'impegno negoziale. Questo ragionamento muove dall'erroneo presupposto che le nullità di protezione si atteggino tutte allo stesso modo e che, quindi, l'ipotesi del contratto quadro nullo per vizio di forma *ex* art. 23 t.u.f. sia equiparabile a quella di un contratto contenente clausole vessatorie o abusive, di modo che, come in quest'ultimo caso il contraente protetto può far valere la nullità delle clausole viziate, postulando che le altre rimangano in vita, altrettanto egli dovrebbe poter fare nel caso degli ordini di investimento retti dal contratto quadro nullo. Tuttavia, le singole operazioni di investimento non sono affatto qualificabili come effetti del contratto quadro [81]; sono contratti che trovano nel contratto quadro il loro presupposto logico-causale. Perciò se, come nel caso di specie, la nullità colpisce in modo totale il contratto quadro, è impensabile una permanenza in vita di alcuno degli ordini che da quello dipendono.

Pare infondata anche l'idea secondo cui l'uso selettivo della nullità si porrebbe come l'unica via per ovviare all'inedito "prendere o lasciare" dinanzi al quale si troverebbe il cliente per il fatto che la nullità del contratto quadro arriva potenzialmente a travolgere l'intero servizio di investimento: la logica del tutto o niente non è affatto estranea alla nullità di protezione, e dunque da correggere a tutti i costi, ma la accompagna fin dalle origini e si ritrova nella sua disciplina di riferimento [82].

9. La nullità selettiva alla luce delle categorie dell'analisi economica.

Le Sezioni Unite giustificano la costruzione proposta affermando che «una diversa interpretazione del sistema delle nullità di protezione condurrebbe all'effetto [...] della sostanziale abrogazione dello speciale regime di intangibilità ed impermeabilità proprio delle nullità di protezione» [83]. In realtà, plurimi indici sembrano deporre nel senso che la ragione sottesa alla soluzione adottata dalle Sezioni Unite sia più che altro di tipo economico.

---

[76] Si tratta di contratti a prestazioni corrispettive che, pur integrati dalle disposizioni del contratto quadro, contengono un regolamento di interessi divisato dalle parti e si perfezionano mediante esecuzione ai sensi dell'art. 1327 cod. civ.: cfr. Roppo, *Sui contratti del mercato finanziario*, cit., 499-500 e spec. nt. 16 e Id., *La tutela del risparmiatore tra nullità, risoluzione e risarcimento*, cit., 900.

[77] Secondo Roppo, *La tutela del risparmiatore*, cit., 906 gli ordini di acquisto stipulati sulla base di un contratto quadro invalido sarebbero travolti per il sopravvenuto venir meno di un presupposto normativo essenziale, «nella stessa logica del rimedio della presupposizione [...]». Così anche: Maggiolo, *Servizi e attività di investimento*, cit., 501; Razzante, *Contratti di negoziazione e "negoziazione di ordini"*, cit., 1138 ss.

[78] Così Roppo, *La tutela del risparmiatore*, cit., 901 ss. e Scoditti, *Intermediazione finanziaria e formalismo protettivo*, in *Foro it.*, 2009, I, 190 ss. In giurisprudenza v. App. Milano, 13.6.2003, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2004, II, 297 ss.; Trib. Firenze, 18.1.2005, in *Giur. merito*, 2007, 47 ss.; Trib. Catania, 3.12.2005, in questa **Rivista**, 2006, I, 1239 ss.; Trib. Cagliari, 18.1.2007, in *www.ilcaso.it*.

[79] Cfr. Cass. civ., 23.5.2017, cit. Nella risoluzione selettiva si isolano le sezioni del contenuto contrattuale rispetto alle quali vi è stato un inadempimento di notevole entità: solo a queste viene esteso l'effetto risolutivo, mentre viene lasciato in vita il restante contenuto contrattuale. Si v. Rinaldo, *La risoluzione dei singoli ordini*, cit., 402 ss.

[80] Rinaldo, *La risoluzione dei singoli ordini*, cit., 404-405.

[81] D'Amico, *Sul carattere c.d. selettivo della nullità di protezione*, cit., 20-21.

[82] Girolami, *L'uso selettivo delle nullità di protezione*, cit., 157.

[83] Cass. civ., sez. un., 4.11.2019, cit., punto 17.1.2.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

L'esperienza giurisprudenziale conseguente ai *default* finanziari di inizio secolo ha infatti reso noto che la nullità per vizio di forma disposta dall'art. 23 t.u.f. ben si presta ad un utilizzo quale «via breve» per dare tutela all'investitore deluso[84]. Ciò si deve al fatto che la nullità – specie se prevista quale conseguenza per la violazione di un requisito formale – rappresenta il rimedio più congeniale alle esigenze dell'investitore, poiché gli consente di recuperare l'investimento effettuato grazie al solo riscontro della violazione, senza dover affrontare particolari difficoltà probatorie[85]. La semplicità di tale tutela garantisce senza dubbio una «più pronta tutela delle ragioni dell'investitore»[86], ma può condurre ad eccessi di protezione, dando spazio ad iniziative processuali opportunistiche.

L'uso selettivo della nullità sembra porsi esattamente in questa linea[87]. È infatti intuitivo che il cliente, in presenza di più investimenti ad esiti alterni non coperti da valido contratto quadro, abbia interesse a far valere la nullità per travolgere soltanto le operazioni che hanno avuto risultati insoddisfacenti, lasciando invece impregiudicati i trasferimenti patrimoniali relativi ai restanti ordini. La dottrina ha prontamente evidenziato come la strategia processuale messa in atto dagli investitori sia sorretta da intenti opportunistici piuttosto manifesti, al punto che vi è chi sostiene che tali comportamenti integrino un'ipotesi di *cherry picking*[88].

Ulteriori ragioni di disfavore verso l'azione di nullità selettiva risiedono nel fatto che, paradossalmente, questa è incongruente rispetto alla stessa finalità protettiva sottesa al rimedio di cui all'art. 23 t.u.f. Senza disconoscere la debolezza contrattuale dell'investitore nel rapporto con l'intermediario e la conseguente esigenza di apprestare strumenti di riequilibrio delle rispettive posizioni, è innegabile che la proposizione di domande di nullità dirette a colpire singoli ordini di investimento – nello specifico quelli che hanno generato perdite – si risolve in una *chance* di rivincita almeno parziale che nulla ha a che vedere con le ragioni di quella debolezza. Ne consegue che la soddisfazione di queste pretese esorbita dalla finalità di tutela che è comunemente riconosciuta a fondamento della disposizione su cui fanno leva[89]. Inoltre, se la *ratio* dell'art. 23 t.u.f. è la trasparenza in funzione di protezione, non si vede come il vizio di forma del documento contrattuale possa pregiudicare il cliente solo in relazione ad alcuni ordini e non a tutti indistintamente[90]. L'enfasi sulle conseguenze della violazione del requisito formale risulta ancor più sminuita se si pensa che i pregiudizi risentiti dai clienti sono dovuti non tanto a un *deficit* a livello informativo o alle modalità di svolgimento del rapporto contrattuale, quanto piuttosto alle scelte di investimento effettuate, come dimostra la tempistica delle impugnazioni[91].

In una prospettiva allargata all'intero mercato e non confinata nella dimensione della singola contrattazione, l'avallo di una simile pratica potrebbe, inoltre, avere un impatto sensibilmente controproducente sul piano degli effetti complessivi, come evidenziano alcune categorie dell'analisi economica. Da un punto di vista economico, l'accoglimento dell'azione di nullità selettiva equivale a fornire al cliente una sorta di copertura assicurativa, a carico dell'intermediario, contro il rischio connaturato agli investimenti finanziari[92]. Va da sé che tale situazione può innescare dinamiche di azzardo morale da parte dei clienti, con tutti i connessi inconvenienti: poiché ogni investimento sarebbe supportato da una sorta di «*put option* a costo zero»[93], gli investitori più avveduti potrebbero compiere le loro scelte di investimento alla luce di questa "*safety net*", e dunque essere indotti a intraprendere operazioni rischiose, sapendo di poter beneficiare dei possibili elevati guadagni senza rischiare di incorrere nelle eventuali (e anche gravi) perdite. Il che, da un punto di vista generale, costituisce una dinamica opposta ad un'ottimale allocazione delle risorse nel mercato finanziario e, dal punto di vista dell'intermediario, l'imposizione di un costo potenzialmente elevato, per il quale non è stato pattuito alcun corrispettivo[94].

Così facendo, verrebbe peraltro disatteso il principio cardine secondo cui le nullità di protezione, ed in special modo quelle del settore bancario-finanziario, non sono poste ad esclusiva tutela degli interessi privati di chi fruisce dei servizi bancari o di investimento, ma

---

[84] Perrone, *Tra regole di comportamento e regole di validità: servizi di investimento e disciplina della forma*, in *I soldi degli altri. Servizi di investimento e regole di comportamento degli intermediari*, a cura di Id, Giuffrè, 2008, 35.

[85] Per tutti, Perrone, Less is more. *Regole di comportamento e tutele degli investitori*, in *La nuova disciplina degli intermediari dopo le direttive MiFID: prime valutazioni e tendenze applicative*, a cura di De Mari, Cedam, 2009, 87.

[86] Dolmetta, *La violazione di "obblighi di fattispecie" da parte di intermediari finanziari*, in *Contratti*, 2008, 80.

[87] Semeghini, *Forma* ad substantiam *ed* exceptio doli *nei servizi di investimento*, Giuffrè, 2010, 19-20.

[88] Così Perrone, *Il diritto del mercato dei capitali*, Giuffrè, 2017, 218.

[89] Semeghini, *Forma* ad substantiam *ed* exceptio doli, cit., 20-21; v. anche Sangiovanni, *L'art. 23 T.U.F. e la sottoscrizione del contratto quadro*, in *Giur. it.*, 2009, 1684 e Rescigno, *«Trasparenza» bancaria e diritto «comune» dei contratti*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1990, I, 306.

[90] Semeghini, *Forma* ad substantiam *ed* exceptio doli, cit., 23. V. anche Addis, *Diritto comunitario e "riconcettualizzazione" del diritto dei contratti: accordo e consenso*, in *Obbl. e contr.*, 2009, n. 11, 869.

[91] Perrone, *Tra regole di comportamento e regole di validità*, cit., 37 ss.

[92] Pagliantini, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Giappichelli, 2007.

[93] Semeghini, *Forma* ad substantiam *ed* exceptio doli, cit., 27.

[94] Semeghini, *Forma* ad substantiam *ed* exceptio doli, cit., 28 ss., osserva che, se gli intermediari tentassero di ridurre il problema recuperando gli oneri assicurativi implicati dall'art. 23 t.u.f. attraverso l'imposizione di costi sui servizi prestati, si aprirebbe un ulteriore profilo di rischio, consistente nel meccanismo di c.d. *cross-subsidization*.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

anche – se non soprattutto – all'interesse, di ordine pubblico, alla stabilità e al buon funzionamento del mercato. Tollerare l'immissione nel mercato finanziario di prodotti affetti da violazioni di legge tende, per sua natura, a falsare il gioco della concorrenza, penalizzando la posizione delle imprese virtuose[95]; inoltre, trasferire sull'intermediario gli esiti negativi del rischio degli investimenti dei clienti significa subordinare la tutela azionata al mero interesse di recupero di questi ultimi, incidendo in modo inaccettabile sulla stabilità del sistema finanziario.

10. Conclusioni.

Il tema dell'esercizio selettivo della nullità di protezione coinvolge snodi assolutamente nevralgici del diritto dei contratti: a seconda delle risposte che si riterrà di dare alle questioni emerse nell'alveo del dibattito innescato dal problema della nullità selettiva muterà sensibilmente il modo di ricostruire l'istituto della nullità. Ciò dimostra, ancora una volta, come un caso giurisprudenziale particolare e solo apparentemente confinato in un ambito settoriale dell'ordinamento costituisca l'occasione per svolgere riflessioni di ampio respiro sistematico, nonché per ripensare un istituto classico, qual è quello della nullità negoziale, in chiave evolutiva.

Tuttavia, le incertezze teoriche e applicative segnalate suggeriscono cautela nell'utilizzo del precedente giurisprudenziale, in assenza di segnali sufficientemente univoci da parte del legislatore: sia nel contesto specifico dell'operazione di investimento, laddove la nullità scaturisca da vizi formali diversi dal "monofirma"; sia, a maggior ragione, nel caso in cui si voglia tentare una revisione del regime della nullità totale di protezione o del ruolo della buona fede quale presidio della proporzionalità delle tutele contrattuali[96].

L'analisi critica della figura della nullità selettiva mette in luce come il neoformalismo negoziale, quale strumento di tutela della parte debole del rapporto, possa dare adito a comportamenti opportunistici[97]. Se risulta comprensibile che il rimedio della nullità sia stato sfruttato come via breve per la compensazione degli investitori, meno comprensibile è che una simile prassi possa essere elevata a regola di sistema, quando è evidente che gli effetti su larga scala dell'uso selettivo dell'azione di nullità vanno ben oltre un semplice effetto collaterale della disciplina, da tollerare come marginale inconveniente[98].

Inoltre, alla luce del sistema dell'invalidità negoziale, il concetto di nullità selettiva non sembra idoneo a individuare né una *species* a sé stante nell'ambito della pluralità di figure in cui si articola la nullità di protezione, né un tratto costante che possa ritenersi proprio di questa forma di nullità. La «strutturale vocazione ad un uso selettivo» che, ad avviso della Corte, caratterizza la nullità di protezione, risulterebbe, quindi, disattesa. Si ritiene, pertanto, che la nullità selettiva fatichi a inserirsi nel sistema delle invalidità negoziali, poiché i profili in cui si specifica costituiscono tratti devianti non solo rispetto alla disciplina di cui agli artt. 1418 ss. cod. civ., ma anche rispetto allo statuto ricavabile dalle molte figure di nullità di protezione ad oggi esistenti.

Sembra dunque che, allo stato, una revisione dello statuto delle nullità di protezione non possa spingersi fino alla riscrittura della disciplina degli effetti dell'azione di nullità che, per quanto non espressamente regolato dalla legislazione di settore, dovrebbe rimanere affidata all'impianto generale del codice civile[99], in ragione della contiguità esistente tra nullità codicistica e nullità di protezione. Ciò non significa rinunciare a priori alla possibilità di sviluppare dalla *ratio* della nullità corollari disciplinari nei più diversi ambiti[100], ma richiamare l'interprete ad un'insopprimibile esigenza di «coerenza del sistema [...] che è misura della plausibilità costruttiva»[101], tanto più se si aderisce all'idea che le diverse forme in cui l'invalidità negoziale si specifica sono statuti mobili di strutture rimediali demolitorie componibili a seconda delle esigenze e del valore che viene violato.

---

[95] In quest'ottica, la nullità di protezione si pone come rimedio puntuale per comportamenti imprenditoriali che esprimono decisioni e prassi riferibili all'attività d'impresa: v. Dolmetta, *All'essenza della nullità di* protezione, cit., 92 ss. e Modica, *Il volto crudele, ma autentico, del formalismo informativo*, in *Foro it.*, 2018, 1289.

[96] Dalmartello, *La nullità di protezione*, cit., 36.

[97] Cfr. Maradei, *Il neoformalismo negoziale*, cit., 68 ss.

[98] Semeghini, *Forma* ad substantiam *ed* exceptio doli, cit., 24-25.

[99] C. Scognamiglio, *Le Sezioni Unite e le nullità selettive*, cit., 179, rileva come siano «condivisibili le perplessità che, da questo punto di vista, la sentenza suscita e che rischiano in effetti di introdurre un assetto difficilmente compatibile con la disciplina degli effetti dell'azione di nullità». In senso adesivo: Monticelli, *La nullità selettiva*, cit., 164.

[100] Si v., in proposito, le proposte ricostruttive avanzate da Girolami, *L'uso selettivo delle nullità di protezione*, cit., 158-159 e da Passagnoli, *Analisi di un falso principio*, cit., 270 ss.

[101] Passagnoli, *Analisi di un falso principio*, cit., 267.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

La giusta tutela del contraente debole nei contratti di finanziamento in valuta straniera

di Maddalena Ginestri*

SOMMARIO: 1. Introduzione: la diffusione dei finanziamenti in valuta straniera. – 2. La mera caducazione delle clausole abusive e l'effetto deterrente esercitato sui professionisti. – 3. L'incerta guida della Corte di giustizia dell'Unione europea. – 4. L'impiego di tecniche sanzionatorie da parte della Dir. 93/13/CEE del Consiglio del 5 aprile 1993. – 5. «Disposizioni di diritto nazionale di natura suppletiva» e «disposizioni nazionali di carattere generale» a confronto. – 6. Un pericoloso doppio standard. – 7. L'integrazione contrattuale per mezzo di disposizioni nazionali di carattere suppletivo lasciata alla valutazione unilaterale del consumatore. – 8. Osservazioni finali.

1. Introduzione: la diffusione dei finanziamenti in valuta straniera.

Negli ultimi anni, a causa della diffusione di contratti di finanziamento in valuta straniera, e più precisamente di mutui denominati o indicizzati al franco svizzero [1], si sono moltiplicate le azioni promosse dai consumatori, dinnanzi ai relativi giudici nazionali [2], al fine di veder accertata l'abusività di quelle clausole contrattuali preposte alla regolamentazione del meccanismo di denominazione e/o indicizzazione del contratto alla valuta estera [3].

Sebbene l'offerta di tali finanziamenti abbia sempre rappresentato solo una piccola percentuale del totale dei prestiti concessi dagli istituti di credito, a partire dai primi anni Duemila, la diffusione di questi tipi contrattuali è cresciuta esponenzialmente, in particolare in quei paesi dell'Unione europea non appartenenti all'area dell'euro [4].

Questo sistema, tuttavia, celava una pericolosa contropartita, rappresentata dall'accumulo di rischio finanziario legato alle fluttuazioni tra la valuta nazionale e quella straniera [5]. A tal riguardo, il caso più significativo è rappresentato proprio dal tasso di cambio tra

* **Contributo pubblicato in base a *referee*.**

[1] Diffusamente sulla nozione di prestito in valuta estera si vedano AZZARRI, *I "prestiti in valuta estera" nella direttiva 2014/17/UE sui "contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali"*, in *Osservatorio dir. civ. e comm.*, 2015, 189 ss. e MAFFEIS, *Direttiva 2014/17/UE: rischio di cambio e di tasso e valore nella componente aleatoria nei crediti immobiliari ai consumatori*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, II, 191-192. Per quanto riguarda la letteratura straniera in materia di *foreign currency-linked loans* si veda MANKO, *Unfair Terms In Swiss Franc Loans. Overview Of European Court Of Justice Case Law*, in *Servizio di ricerca del Parlamento europeo*, marzo 2021, https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_BRI(2021)689361. Per una panoramica circa il dibattito creatosi nei diversi paesi interessati dalla diffusione di questi finanziamenti in valuta straniera si veda WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA, *Unfair Contract Terms in CHF Mortgage Loans*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 2020, 5, 207, 211-212; EAD., *Potential and Hurdles for the CJEU's Jurisprudence in Domestic Legal Orders: A Polish Case Study*, in *European Contract Law and the Creation of Norms*, a cura di GRUNDMANN e GROCHOWSKI, Cambridge University Press, 2021, 280, 282-287; VASSILEVA, *Monetary Appreciation and Foreign Currency Mortgages: Lessons from the 2015 Swiss Franc Surge*, in *Eur. Rev. Priv. Law*, 2020, 1, 181–195 e MIŠĆENIĆ, TERESZKIEWICZ e INFANTINO, *The Interplay Between the CJEU and National Courts in the Case Law on Unfair Contract Terms in Foreign Currency Loans: A Comparative Overview*, in *Eur. Rev. Contract Law*, 2023, 4, 355 ss.

[2] In Italia, il contenzioso principale si è concentrato nella giurisdizione arbitrale. Sul punto si veda PISTELLI, *I prestiti in valuta fra contratto e concorrenza*, in questa ***Rivista***, 2022, I, 108.

[3] In tale contesto, è bene chiarire che per finanziamenti denominati alla valuta straniera si fa generalmente riferimento a quei contratti in cui il valore del prestito è espresso in valuta estera, ma l'erogazione e il rimborso del capitale avviene tramite rate in valuta nazionale (calcolate, pertanto, sulla base del tasso di cambio della valuta estera alla valuta nazionale). Per finanziamenti indicizzati alla valuta estera, invece, si fa generalmente riferimento a contratti in cui il prestito e le rate sono espressi nella valuta nazionale, ma il debito totale del mutuatario è calcolato in valuta estera (di solito in base al tasso di cambio del giorno in cui il prestito viene messo a disposizione del consumatore). Più precisamente, le rate sono pagate in valuta nazionale, ma il loro valore effettivo dipende dal tasso di cambio del giorno del pagamento della rata. In altre parole, le parti concordano che un prestito denominato in valuta nazionale debba essere rimborsato nella stessa valuta, ma per l'importo necessario ad acquistare la somma finanziata, espressa in valuta estera. Ampiamente sul funzionamento delle clausole di indicizzazione si veda PISTELLI, *Ritorno al futuro. La tutela del consumatore nei foreign currency loans*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, 738 ss.

[4] *Financial Stability Review* – BCE, giugno 2010, 161. Più precisamente, i tassi di interesse dei prestiti indicizzati o denominati al franco svizzero erano più convenienti poiché correlati al tasso di riferimento LIBOR (*London Interbank Offered Rate*) rispetto ai finanziamenti in valuta nazionale, i quali applicavano i tassi di riferimento nazionali, come il WIBOR (*Warsaw Interbank Offered Rate*). Il LIBOR è generalmente più basso del WIBOR poiché il mercato dei prestiti interbancari di una divisa come il franco svizzero a Londra è più ampio rispetto ad altri mercati interbancari nazionali.

[5] Nella letteratura economico-finanziaria si veda ROY, *Mortgage Markets In Central And Eastern Europe – A Review Of Past Experiences And Future Perspectives*, in *European Journal of Housing Policy*, 2008, 8(2), 133-160; BARRELL - DAVIS - FIC - ORAZGANI, *Household Debt And Foreign Currency Borrowing In New Member States Of The EU*, Working Paper 09-23, Brunell University West London, Department

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

euro e franco svizzero. Quando, in data 15 gennaio 2015, la Banca nazionale svizzera (*Schweizerische Nationalbank*) ha deciso di non garantire più il valore minimo (*floor*) di 1,20 franchi per euro [6], anche i tassi di cambio tra il franco svizzero e le altre valute nazionali hanno subito un forte incremento, creando ingenti difficoltà ai mutuatari e mettendo a rischio la loro concreta capacità di restituire la somma mutuata [7].

Di conseguenza, un numero sempre crescente di rinvii pregiudiziali è stato promosso dinnanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea (di seguito anche "Corte di giustizia"), al fine di ottenere una più puntuale interpretazione della Dir. 93/13/CEE del Consiglio del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori (di seguito anche la "Dir. 93/13/CEE"), con particolare riferimento ai contratti di finanziamento in valuta straniera [8].

2. La mera caducazione delle clausole abusive e l'effetto deterrente esercitato sui professionisti.

Dall'analisi della più recente giurisprudenza della Corte di giustizia, emerge chiaramente che questa ha assunto una posizione dai risvolti potenzialmente problematici circa la questione della non vincolatività delle clausole abusive presenti nei contratti di finanziamento indicizzati o denominati alla valuta straniera con i consumatori.

A tal riguardo, pare opportuno precisare che la Dir. 93/13/CEE si applica a tutte le possibili clausole inserite all'interno di un contratto con i consumatori, fatta eccezione per il caso in cui tali clausole riguardino la definizione dell'oggetto principale del contratto o il prezzo e la remunerazione delle prestazioni al suo interno dedotte, purché tali clausole siano formulate in modo "chiaro e comprensibile" [9]. Sicché, nel caso in cui una delle suddette clausole (definite, pertanto, clausole essenziali o "*core terms*") non risulti sufficientemente chiara, essa verrà sottoposta al medesimo giudizio di abusività previsto per le altre clausole del contratto (identificate, pertanto, come clausole ancillari o "*ancillary terms*") [10].

Sul punto, la Corte di giustizia ritiene che gli effetti sul contratto, derivanti dall'accertata abusività di tali previsioni, siano diversi a seconda che si tratti di clausole essenziali ovvero ancillari. Nel primo caso, infatti, la clausola abusiva costituisce una parte essenziale dell'accordo. Pertanto, la sua disapplicazione o non apposizione comporta la caducazione dell'intero contratto e l'esposizione del consumatore a "conseguenze particolarmente dannose" [11] (tra cui, ad esempio, nei contratti di finanziamento, la restituzione immediata dell'importo residuo dovuto a titolo di prestito). In caso di disapplicazione o non apposizione di una clausola definita accessoria, invece, il contratto sarebbe probabilmente in grado di continuare a vincolare le parti pur in assenza della clausola abusiva.

Alla diversità degli effetti sul contratto derivanti dall'abusività delle sue clausole fa da contrappunto un regime differenziato in termini di integrabilità e revisione del contratto medesimo, a seconda che l'abusività riguardi un *core term* o un *ancillary term*. Nel primo caso, infatti, il riconoscimento del carattere abusivo della clausola, il quale metterebbe intrinsecamente a repentaglio la sopravvivenza del contratto nel suo insieme, giustifica, a detta della Corte di giustizia, una qualche forma di revisione e integrazione del contratto.

Al contrario, qualora l'abusività investisse una clausola definita accessoria, il contratto sarebbe probabilmente in grado di continuare a sussistere pur in assenza della clausola abusiva. In tale scenario, pertanto, troverebbe applicazione un'impostazione più rigida e vicina al dato letterale dell'art. 6, comma 1º, Dir. 93/13/

---

of Economics and Finance, 2009 e Csizmady - Hegedüs - Vonnak, *A Housing Regime Unchanged: The Rise And Fall Of Foreign-Currency Loans In Hungary*, in *Corvinus Journal of Sociology and social policy*, 2019.

[6] Si veda il comunicato stampa della Banca nazionale svizzera, *Swiss National Bank Discontinues Minimum Exchange Rate And Lowers Interest Rate To –0.75%*, Zurigo, 15 gennaio 2015, https://www.snb.ch/en/publications/communication/press-releases/2015/pre_20150115. Si legge all'interno del comunicato che il tasso di cambio minimo è stato introdotto in un periodo di eccezionale sopravvalutazione del franco svizzero e di altissima incertezza sui mercati finanziari. Questa misura eccezionale e temporanea ha protetto l'economia svizzera da gravi danni. Dall'inizio del secondo decennio del XXI secolo, tuttavia, le divergenze tra le politiche monetarie delle principali aree valutarie sono aumentate in modo significativo. L'euro si è notevolmente deprezzato nei confronti del dollaro e questo, a sua volta, ha provocato un indebolimento del franco rispetto a quest'ultimo. In queste circostanze, quindi, a partire dal 2015, la Banca nazionale svizzera è arrivata alla conclusione che l'applicazione e il mantenimento del tasso di cambio minimo del franco svizzero rispetto all'euro non erano più giustificati.

[7] Per un'analisi circa le conseguenze delle politiche monetarie adottate dalla Banca nazionale svizzera sui consumatori si veda Misćenić, *Currency Clauses in CHF Credit Agreements: A "Small Wheel" in the Swiss Loans'Mechanism*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 2020, 226-227.

[8] La maggior parte di questi finanziamenti prevedeva che il calcolo delle rate mensili avvenisse sulla base del tasso di *vendita* della valuta estera applicato dalla banca, mentre l'importo del finanziamento erogato era fissato sulla base del tasso di *acquisto* applicato dalla banca per la stessa valuta. Pertanto, dal punto di vista dei consumatori, le modalità di determinazione dei tassi di cambio nascondevano intrinsecamente la possibilità per la banca di trarre profitto unilateralmente dalle fluttuazioni del mercato, addebitando al solo mutuatario le eventuali oscillazioni dovute all'apprezzamento della valuta estera rispetto alla valuta nazionale.

[9] Più precisamente, l'art. 4, comma 2º, Dir. 93/13/CEE stabilisce che "La valutazione del carattere abusivo delle clausole non verte né sulla definizione dell'oggetto principale del contratto, né sulla perequazione tra il prezzo e la remunerazione, da un lato, e i servizi o i beni che devono essere forniti in cambio, dall'altro, purché tali clausole siano formulate in modo chiaro e comprensibile".

[10] Dellacasa, *Judicial review of "core terms" in consumer contracts: defining the limits*, in *Eur. Rev. Contract Law*, 2015, 2, 156.

[11] Corte giust. UE, 30.4.2014, causa C-26/13, in *www.curia.europa.eu*.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

CEE, il quale, secondo la Corte di giustizia, richiede la disapplicazione pura e semplice della clausola abusiva senza alcuna possibilità di integrazione del contratto o revisione della clausola stessa.

Tale impostazione non è condivisibile. In primo luogo, infatti, una siffatta differenziazione tra *core terms* e *ancillary terms*, circa le conseguenze derivanti dall'abusività delle clausole stesse [12], oltre ad essere ingiustificata, porta ad esiti paradossali e contraddittori [13]. In secondo luogo, anche volendo accogliere l'assunto per cui è necessaria una distinzione tra clausole essenziali e clausole ancillari, le soluzioni proposte nel merito dalla Corte di giustizia, in termini di integrabilità o meno del contratto, sono parimenti criticabili [14].

Per comprendere le debolezze delle argomentazioni adottate dalla Corte di giustizia, tanto nel caso in cui la clausola ritenuta abusiva abbia natura essenziale ovvero accessoria, è necessario, innanzitutto, chiarire quale sia la posizione della Corte di giustizia sul punto.

La Corte [15] ha costantemente sottolineato che "...dal tenore letterale dell'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13 risulta che il giudice nazionale è tenuto unicamente ad escludere l'applicazione di una clausola contrattuale abusiva affinché non produca effetti vincolanti nei confronti dei consumatori, senza essere autorizzato a rivedere il contenuto della medesima. Infatti, detto contratto deve sussistere, in linea di principio, senz'altra modifica che non sia quella risultante dalla soppressione delle clausole abusive, purché, conformemente alle norme di diritto interno, una simile sopravvivenza del contratto sia giuridicamente possibile" [16]. Cosicché, per quanto riguarda le clausole penali abusive, ad esempio, ai giudici nazionali non è concessa la possibilità di ridurre l'importo dovuto al di sotto della "soglia" della (non)-abusività [17], ma essi sono semplicemente tenuti ad espungere (ossia non applicare) la clausola dal tessuto contrattuale nella sua interezza [18].

Infatti, secondo la Corte di giustizia, la possibilità di revisionare o modificare le clausole contrattuali abusive consentirebbe alle stesse di conservare effetti parzialmente vincolanti nei confronti dei consumatori. Una siffatta soluzione andrebbe a vantaggio dei soli venditori di beni e/o prestatari di servizi, ponendosi, pertanto, in aperta violazione dei princìpi espressi all'interno dell'art. 7 [19], comma 1º e dell'art. 6, comma

---

[12] In tale sede, la critica rivolta alla distinzione (ingiustificata e rischiosa) tra *core terms* e *ancillary terms* è limitata agli effetti che tale differenziazione comporta circa il regime di integrabilità e di revisione del contratto. La critica non riguarda, invece, l'opportunità o meno di distinguere tra clausole essenziali e clausole ancillari del contratto in tema di "accesso" al giudizio di abusività stesso. Sul tema da ultimo menzionato si vedano Gòmez Pomar, *Core versus Non-Core Terms and Legal Controls over Consumer Contract Terms: (Bad) Lessons from Europe?*, in *Eur. Rev. Contract Law*, 2019, 2, 185 ss.; Jansen, *Unfair contract terms*, in *Commentaries on European Contract Law*, Oxford University Press, 2018, 981-983; Hesselink, *Unfair Terms in Contracts between Business*, in *Towards a European Contract Law*, a cura di Schulze e Stuyck, Otto Schmidt/De Gruyter, 2011, 133; Micklitz, *Reforming European Unfair Terms Legislation in Consumer Contracts*, in *Eur. Rev. Contract Law*, 2010, 4, 363 e Schillig, *Directive 93/13 and the Price Term Exemption: A Comparative Analysis in the Light of the Market for Lemons Rationale*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 946 ss.

In conclusione, pare opportuno aggiungere che la Corte di giustizia, pur tentando di individuare i criteri in base ai quali valutare se una certa clausola sia o meno relativa all'oggetto principale del contratto, conclude attribuendo al giudice del rinvio, alla luce della natura, dell'economia generale nonché del suo contesto giuridico e fattuale, il compito di dirimere la questione.

[13] Si veda più diffusamente *infra* § 6.

[14] Affronta approfonditamente il tema Farina, *Unfair Terms and Supplementation of the Contract*, in *Eur. Rev. Priv. Law*, 2021, 3, 443 ss. L'a., infatti, si domanda se i) il contratto, a seguito dell'espunzione della clausola abusiva, possa essere soggetto ad operazioni di integrazione contrattuale e ii) tale risposta debba mutare a seconda che il giudizio di abusività riguardi una clausola essenziale o ancillare del contratto. Sul punto si veda anche Pistelli, *L'indicizzazione del regolamento contrattuale*, Editoriale Scientifica, 2023, 195 ss.

[15] Nelle cause riunite Corte giust. UE, 7.8.2018, cause riunite C-96/16 e C-94/17, in *www.curia.europa.eu*, par. 73, la Corte ha fatto riferimento alla propria precedente decisione Corte giust. UE, 14.6.2012, causa C-618/10, in *www.curia.europa.eu*, in cui erano state stabilite con fermezza le implicazioni della non vincolatività delle clausole contrattuali abusive eventualmente contenute in un contratto tra professionisti e consumatori. Questi princìpi sono stati ribaditi in numerose altre decisioni, come Corte giust. UE, 30.5.2013, causa C-488/11, in *www.curia.europa.eu*; Corte giust. UE, 30.4.2014, causa C-26/13, cit.; Corte giust. UE, 21.1.2015, cause riunite C-482/13, C-484/13, C-485/13 e C-487/13, in *www.curia.europa.eu*; Corte giust. UE, 26.01.2017, causa C-421/14, in *www.curia.europa.eu*, par. 71 e Corte giust. UE, 21.12.2016, cause riunite C-154/15, C-307/15 e C-308/15, in *www.curia.europa.eu*, par. 57-61.

[16] Corte giust. UE, 26.1.2017, causa C-421/14, par. 71, cit., e la giurisprudenza in essa citata.

[17] L'impatto di tale impostazione sul diritto nazionale è piuttosto rilevante. Si pensi, ad esempio, al testo dell'art. 1384 cod. civ., il quale stabilisce che la penale può essere diminuita equamente dal giudice se il suo ammontare è manifestamente eccessivo, avuto sempre riguardo all'interesse che il creditore aveva all'adempimento. Sul tema si veda Iamiceli, *The "Punitive Nullity" of Unfair Terms in Consumer Contracts and the Role of National Courts: A Principle-Based Analysis*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 2023, 4, 144.

[18] Corte giust. UE, 30.5.2013, causa C-488/11, par. 59, cit., è stato stabilito che l'art. 6, comma 1º, Dir. 93/13/CEE non può essere interpretato nel senso di consentire al giudice nazionale, qualora quest'ultimo accerti il carattere abusivo di una clausola penale in un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore, di ridurre l'importo della penale imposta a carico del consumatore anziché di disapplicare integralmente la clausola in esame nei confronti di quest'ultimo: "L'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13 deve essere interpretato nel senso che non consente al giudice nazionale, qualora quest'ultimo abbia accertato il carattere abusivo di una clausola penale in un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore, di limitarsi, come lo autorizza a fare il diritto nazionale, a ridurre l'importo della penale imposta da tale clausola a carico di detto consumatore, ma gli impone la pura e semplice disapplicazione di siffatta clausola nei confronti del consumatore".

[19] Ad esempio, in Corte giust. UE, 30.5.2013, causa C-488/11, par. 58, cit., è stato osservato dalla Corte di giustizia che questa interpretazione è supportata dall'obiettivo e dall'economia generale della Dir. 93/13/CEE. La Corte ha sottolineato, in particolare, che, data la natura e l'importanza dell'interesse pubblico sul quale si basa la tutela assicurata ai consumatori, la Dir. 93/13/CEE impone agli Stati membri,

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

1º, Dir. 93/13/CEE[20], il quale stabilisce che "le clausole abusive contenute in un contratto stipulato fra un consumatore ed un professionista non vincolano il consumatore" e che il contratto resta vincolante per le parti secondo i medesimi termini[21], sempre che esso "possa sussistere senza le clausole abusive"[22].

Pertanto, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, da un lato l'espunzione o, per meglio dire, la caducazione pura e semplice della clausola abusiva deve essere riconosciuta come la naturale conseguenza della sua non vincolatività nei confronti dei consumatori, a causa del carattere abusivo della clausola stessa[23]. Dall'altro, la disapplicazione pura e semplice delle suddette previsioni contrattuali dimostra un significativo effetto penalizzante[24] per i professionisti, fungendo così da deterrente contro l'inserimento di clausole siffatte nei propri contratti con i consumatori[25].

La scelta di condividere o meno l'impostazione delineata dalla Corte di giustizia impone non solo di domandarsi come debba essere interpretata la Dir. 93/13/CEE, ma, ancor più significativamente, di prendere posizione circa il *giusto* tipo e il *giusto* livello di protezione che deve essere fornito al consumatore[26], nonché valutare gli sforzi di adeguamento che gli ordinamenti giuridici nazionali dovranno sostenere[27].

A tal proposito, infatti, le diverse tecniche di tutela previste per i consumatori – (innanzitutto) dall'ordinamento giuridico europeo – paiono estremamente flessibili o, quantomeno, facilmente soggette a cambiamenti[28], e spesso interpretate in modo improprio dalle parti coinvolte[29]. Ciò comporta ulteriori complicazioni nell'analisi del tema principale del presente lavoro, ossia l'integrazione del contratto in presenza di clausole abusive, rendendo la questione ancora più intricata[30].

---

come risulta dal suo articolo 7, comma 1º, di predisporre mezzi adeguati ed efficaci "per far cessare l'utilizzo di clausole abusive nei contratti stipulati da un professionista con i consumatori". Se al giudice nazionale fosse concesso il potere di modificare le clausole abusive contenute in tali contratti, ciò comprometterebbe la realizzazione dell'obiettivo di lungo termine indicato all'articolo 7, Dir. 93/13/CEE, ossia verrebbe inesorabilmente ridotto l'effetto dissuasivo che la pura e semplice non applicazione nei confronti del consumatore di siffatte clausole abusive esercita sui professionisti (Corte giust. UE, 14.6.2012, causa C-618/10, par. 66-69, cit.).

[20] Corte giust. UE, 21.12.2016, cause riunite C-154/15, C-307/15 e C-308/15, par. 60 e 62, cit.

[21] L'art. 6 Dir. 93/13/CEE si fonda sul principio del *favor contractus*. Sul tema, si veda Tomás, *Utile Per Inutile Non Vitiatur: Can Favor Contractus Be Considered A European Regula Iuris?*, in *Eur. Rev. Contract Law*, 2016, 3, 275 ss.

[22] Sebbene questa determinazione dipenda da una valutazione fondata sul diritto nazionale applicabile al contratto e su un'analisi caso per caso, dalle decisioni della Corte di giustizia si possono comunque trarre alcuni spunti di riflessione. Un contratto non può "sussistere" (Corte giust. UE, 14.3.2019, causa C-118/17, in *www.curia.europa.eu*, par. 50 e 52), ossia "non può sopravvivere" (*ivi*, par. 53), se si rimuove una clausola che definisce il suo oggetto principale o una clausola indispensabile per il calcolo della remunerazione dovuta dal consumatore. A questo proposito, si veda anche Corte giust. UE, 20.9.2017, causa C-186/16, in *www.curia.europa.eu*, par. 35 e 37, in cui la Corte ha stabilito che il contratto non può continuare a "sussistere" dopo la disapplicazione delle clausole relative alla designazione della valuta in cui devono essere effettuati i pagamenti o di una clausola che stabilisce il tasso di cambio per il calcolo delle rate di rimborso di un prestito denominato in una valuta estera.

[23] Circa una necessaria rilettura della caducazione pura e semplice delle clausole abusive alla luce del principio di proporzionalità Iamiceli, *op. cit.*, 145.

[24] Dal combinato disposto dell'art. 47 Carta dir. UE, dell'art. 19 TUE e dell'art. 4, comma 3º, TUE è possibile desumere il principio secondo il quale gli Stati membri devono garantire sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive per le violazioni del diritto dell'Unione europea. Sul punto si veda anche Mak, *Rights and Remedies: Art. 47 EUCFR and Effective Judicial Protection in European Private Law Matters*, in *Constitutionalization of European Private Law*, a cura di Micklitz, Oxford University Press, 2014, 253; Trstenjack - Beysen, *European Consumer Protection Law: Curia Semper Dabit Remedium?*, in *Common Market Law Review*, 2011, 105 e Iamiceli, *op. cit.*, 142-143.

[25] Diversi autori, all'interno dei propri contesti nazionali, hanno discusso sulla questione della nullità parziale come rimedio deterrente. Si veda, ad esempio, Pagliantini, *Nullità di protezione, integrazione dispositiva e massimo effetto utile per il consumatore: variazioni sul tema dell'asimmetria contrattuale*, in *Pers. e merc.*, 2012, 106 ss., che propone alcune alternative di interpretazione dell'art. 36 cod. cons.: "Di qui allora, scansionando l'argomentazione sul valore di un'eccezione alla regola generale, l'immagine di un art. 36, c.1 come una disposizione il cui *proprium* sta tutto nel disapplicare, a mo' di sanzione per il professionista, un test di essenzialità *in re ipsa* dell'una o dell'altra clausola predisposta, estremizzando la finalità conservativa di un art. 1419, c. 1 che, per il peso isoforme ivi riconosciuto alla volontà di ambedue le parti, finirebbe ineluttabilmente per indurre il consumatore, onde evitare il prodursi di una nullità totale, a prestare 'acquiescenza al contratto viziato'". Si veda anche, Minervini, *Dei contratti del consumatore in generale*, Giappichelli, 2014, 89.

[26] Su questo tema si veda Pagliantini, *Nullità di protezione*, cit., 96-97. Nell'affrontare tale tema, giudici e studiosi, nel corso degli anni, hanno progressivamente introdotto nuovi suggestivi concetti, quale quello di "giusto rimedio" (P. Perlingieri, *Il "giusto rimedio" nel diritto civile*, in *Il Giusto processo civile*, Esi, 2011, 10-11), quello di approccio "personalista" nella tutela del contraente debole (Busnelli, *La faticosa evoluzione dei principi europei tra scienza e giurisprudenza nell'incessante dialogo con i diritti nazionali*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 296-298) e quello di necessario "bilanciamento" degli interessi che l'ordinamento europeo intende perseguire con quelli dei consumatori (Aubert De Vincelles, *Charge des frais liés au remplacement d'un bien vendu non conforme*, in *Revue des contrats*, 2011, 1240).

[27] Sul tema si veda Addis, *Il "codice" del consumo, il codice civile e la parte generale del contratto*, in *Obbl. e contr.*, 2007. Sul piano sovranazionale, Collins, *The Directive on Unfair Contract Terms: Implementation, Effectiveness and Harmonization*, in *Standard Contract Terms in Europe: A Basis and a Challenge to European Contract* Law, a cura di Collins, Kluwer Law International, 2008, 2 ss.

[28] Addis, *op. cit.*, 96-97. La Corte di giustizia, da interprete degli atti compiuti dalle istituzioni dell'Unione europea, si è sempre più trasformata in un "giudice legislatore". A questo proposito, si veda Castronovo, *L'utopia della codificazione europea e l'oscura Realpolitik di Bruxelles. Dal DCFR alla proposta di regolamento di un diritto comune europeo della vendita*, in *Eur. e dir. priv.*, 2011, 845. D'altra parte, Micklitz e Reich, *Und es bewegt sich doch? Neues zum Unionsrecht der missbräuchlichen Klauseln in Verbraucherverträgen*, in *EuZW*, 2012, 126, sembrano essere sostenitori di una Corte "*im Privatrecht bereit ist neue Wege einzuschlagen*".

[29] Pagliantini, *Nullità di protezione*, cit., 97.

[30] Queste difficoltà sono state messe in evidenza da Cherti, *L'art. 3 della direttiva 1999/44/CE al vaglio dei giudici comunitari: l'elevato livello di protezione dei consumatori come criterio di interpretazione privilegiato della normativa consumeristica*, in *Teoria e Storia del Diritto Privato*, 2008, 13-14.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Infine, va aggiunto che l'incarico di (ri)bilanciare i contratti in base a un principio di equilibrio contrattuale si dimostra molto più arduo di quello generalmente assegnato al diritto, ossia determinare la vincolatività dei contratti tra le parti e garantirne l'esecuzione. Infatti, in un'economia di mercato, il benessere della collettività è strettamente legato ai vantaggi che gli operatori economici ottengono attraverso le transazioni che effettuano. Perciò, almeno concettualmente, cercare di governare lo squilibrio contrattuale sembra mettere in discussione un sistema sociale basato sul libero mercato[31].

Certamente, si deve raggiungere un bilanciamento tra la promozione delle transazioni economiche e la tutela delle parti deboli del contratto[32]. Anzi, dal punto di vista della (in)giustizia contrattuale, la ricerca di questo equilibrio è estremamente auspicabile, in particolare da parte di chi ritiene che il mercato sia costituito *hominum causa* e non solo nell'interesse dell'*homo oeconomicus*.

3. L'incerta guida della Corte di giustizia dell'Unione europea.

La Corte di giustizia, in linea di principio, si è opposta a qualsiasi forma di integrazione contrattuale a seguito della non applicazione di una clausola abusiva, nonché a qualsiasi forma di revisione della clausola abusiva stessa. Infatti, come sostenuto dall'Avvocato generale Verica Trstenjak nella causa *Banco Español*[33], la prospettiva che i motivi d'inefficacia del contratto, dovuti alla natura abusiva di certune clausole, possano essere sanati, nonché l'esiguità dei rischi così incorsi dal professionista, ben potrebbero produrre un effetto contrario a quello voluto dal legislatore europeo. Tali fattori potrebbero indurre il professionista semplicemente a "tentare la fortuna" inserendo nel contratto quante più clausole abusive possibile, nella speranza che gran parte di esse sfugga all'attenzione del giudice nazionale[34]. In ultima analisi, il professionista potrebbe vivere una situazione giuridica del genere come una sfida, tanto più che non avrebbe nulla da perdere a tentare di imporre le sue clausole al consumatore[35].

Queste argomentazioni, tuttavia, non sono convincenti. Innanzitutto, come giustamente osservato nella sentenza *Kásler*[36] (cfr. *infra* § 5), l'intento dissuasivo che la Dir. 93/13/CEE si propone di esercitare nei confronti dei professionisti che concludono contratti con i consumatori deve essere letto anche da un diverso angolo prospettico. Se, infatti, è indubbio che la pura e semplice disapplicazione della clausola abusiva sia in grado di svolgere un effetto deterrente nei confronti dei professionisti[37], del pari, un'interpretazione dell'art. 6, comma 1º, Dir. 93/13/CEE, che obblighi il giudice ad estendere la nullità delle clausole all'intero contratto, in quanto incapace di sopravvivere all'espunzione della clausola abusiva al suo interno contenuta, ben potrebbe dissuadere i consumatori dal ricercare un siffatto rimedio.

La caducazione del contratto nella sua interezza potrebbe senz'altro rivelarsi sfavorevole agli interessi della maggior parte dei consumatori e pertanto non auspicabile.

Tale considerazione completa, in certa misura, il ragionamento svolto dalla Corte di giustizia in *Banco Español*, dimostrando che l'art. 6, comma 1º, non sia incompatibile con una disposizione nazionale che rimedi alla nullità di una clausola abusiva sostituendo all'equilibrio formale stabilito contrattualmente, un equilibrio sostanziale tra i diritti e i doveri delle parti, volto a ripristinare un bilanciamento effettivo tra i contraenti[38].

Del pari, la natura non vincolante delle clausole abusive non sembra legittimare, come invece sostiene la Corte di giustizia, rimedi contrattuali che servano principalmente allo scopo di sanzionare i professionisti, che hanno inserito clausole abusive nei propri contratti con i consumatori, piuttosto che operare un effettivo riequilibrio del contratto, garantendo lo scaturire, dallo stesso, dei normali effetti voluti dall'ordinamento giuridico[39]. Infatti, la revisione delle clausole abusive, affinché siano riportate al di sotto della soglia della (non) abusività, ovvero l'integrazione del contratto,

---

[31] Collins, *La giustizia contrattuale in Europa*, in *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*, a cura di Amodio e Somma, Giappichelli, 2007, 83-84. Sull'arduo compito di (ri)equilibrare il rapporto contrattuale Vettori, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, I, 26 e P. Perlingieri, *"Controllo" e "conformazione" degli atti di autonomia negoziale*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, I, 204-228.

[32] Busnelli, *op. cit.*, 294. Sul ruolo svolto dal diritto dei contratti come variabile "endogena" del benessere del mercato si veda Oman, *Markets and Contractual Fairness*, in *Eur. Rev. Contract Law*, 2021, 1, 218.

[33] Corte giust. UE, 14.6.2012, causa C-618/10, cit.

[34] Conclusioni dell'Avvocato generale Verica Trstenjak (par. 88) del 14 febbraio 2022, Corte giust. UE, 14.6.2012, causa C-618/10, cit.

[35] Concorde sul punto pare essere Farina, *op. cit.*, 450.

[36] Corte giust. UE, 30.4.2014, causa C-26/13, cit.

[37] In generale sul ruolo della "dissuasione" esercitata nei confronti degli operatori del mercato contro future violazioni del quadro regolamentare all'interno del mercato dei servizi finanziari si veda Pistelli, *Finanziamenti in valuta estera e rimedi: oltre la conversione*, in *Osservatorio dir. civ. e comm.*, 2022, 274.

[38] Pistelli, *Scelta del rimedio e sua convenienza: il caso dei finanziamenti in valuta straniera ai consumatori. Corte di Giustizia UE, Sez. VI, sentenza 2 settembre 2021, C-932/19*, in *Jus civile*, 2022, 1069-1070 e Id., *Finanziamenti in valuta estera e rimedi*, cit., 281 ss.

[39] La stessa questione è sollevata da D'Adda, *Giurisprudenza comunitaria e "massimo effetto utile per il consumatore": nullità (parziale) necessaria della clausola abusiva e integrazione del contratto*, in *Contratti*, 2013, 26.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

affinché si sopperisca al vuoto lasciato dalla non apposizione della clausola in questione, non farebbero altro che riportare alla luce le conseguenze "normali" della transazione economica sancita e voluta contrattualmente[40]. Infatti, la disapplicazione di una clausola abusiva determina tipicamente la riapplicazione delle norme dispositive (illegittimamente) derogate[41]. A tal proposito, nei casi di clausole penali abusive o clausole limitative della responsabilità, la loro natura non vincolante e la successiva disapplicazione comportano l'applicazione delle ordinarie norme dispositive in materia di risarcimento del danno e responsabilità[42].

Sul punto, tra l'altro, pare importante rilevare che l'art. 36, comma 1º, cod. cons. prevede che "[l]e clausole considerate vessatorie ai sensi degli artt. 33 e 34 sono nulle" e che il contratto "rimane valido per il resto"[43]. Degno di nota, in tale contesto, è ciò che il legislatore italiano, nell'atto di recepire la normativa europea, *non* ha inserito all'interno del proprio dettato normativo, ossia l'inciso "sempre che [il contratto] possa sussistere senza le clausole abusive". Nel tentativo di valorizzare una siffatta omissione, pare lecito ritenere quindi che, se da un lato, il legislatore italiano ha voluto introdurre un regime speciale di nullità per i contratti con i consumatori contenenti clausole abusive, derogando in tal modo alla disciplina ordinaria in tema di nullità del contratto, con particolare riferimento alla nullità parziale *ex* art. 1419 cod. civ.; dall'altro lato, non ha voluto derogare o quantomeno non vieta di applicare la disciplina ordinaria in materia di integrazione del contratto. Tesi, tra l'altro, condivisa da coloro che in passato avevano già affrontato il tema dell'inefficacia delle clausole vessatorie *ex* art. 1341 cod. civ., prospettando l'inclusione, nel regolamento contrattuale, delle disposizioni derogate in modo "abusivo"[44].

Tale impostazione interpretativa sembra essere incoraggiata, altresì, dalla formulazione stessa del § 306 del BGB[45], rubricato "*Rechtsfolgen bei Nichteinbeziehung und Unwirksamkeit*" ("Effetti della non inclusione e della inefficacia"), ove si afferma che, nella misura in cui "le condizioni generali di contratto non sono divenute in tutto o parzialmente parte del contratto o sono inefficaci, il contratto rimane efficace per il resto"[46] ("*Sind Allgemeine Geschäftsbedingungen ganz oder teilweise nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam*"), il contenuto del contratto si regola secondo le disposizioni di legge (*nach den gesetzlichen Vorschriften*), ossia in base alla disciplina prevista da quel tipo specifico di contratto (o quella applicabile per analogia) e anche attraverso la *Ergänzende Vertragsauslegung*, tenendo conto dell'obiettivo che il contratto mirava a perseguire. Solamente al comma 3º della medesima disposizione viene previsto che il contratto "è inefficace se il suo mantenimento, anche tenendo conto della modifica prevista nel comma 2º, presenterebbe impretendibili sacrifici per una parte"[47] ("*Der Vertrag ist unwirksam, wenn das Festhalten an ihm auch unter Berücksichtigung der nach Absatz 2 vorgesehenen Änderung eine unzumutbare Härte für eine Vertragspartei darstellen würde*"). A ben vedere, però, l'inefficacia comminata dal comma 3º del § 306 BGB – inefficacia dovuta a un sacrificio insostenibile di una delle parti – è ben diversa dalla caducazione del contratto prevista dall'art. 6, comma 1º, Dir. 93/13/CEE operante nel caso in cui il contratto non "possa sussistere senza le clausole abusive".

Il ragionamento della Corte di giustizia, poi, sembra cadere in contraddizione. Contrariamente, infatti, all'affermazione secondo la quale l'unico effetto della non vincolatività della clausola abusiva è la sua semplice disapplicazione, è la stessa Corte di giustizia che

---

[40] Vettori, *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Giustizia sociale e mercato*, cit., 259.

[41] Si veda Gentili, *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 432 ss. e D'Adda, *Giurisprudenza comunitaria*, cit., 26. Sul piano sovranazionale hanno trattato il tema del rapporto tra contratti lacunosi e norme dispositive Ayres e Gertner, *Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules*, in *Yale Law Journal*, 1989, 87 e Hesselink, *Non-Mandatory Rules in European Contract Law*, in *Eur. Rev. Contract Law*, 2005, 1, 45.

[42] Cfr. Venuti, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, Cedam, 2004, 56 ss., 117 ss.; D'Amico, *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 646 ss.; D'Adda, *La correzione del "contratto abusivo": regole dispositive in funzione 'conformativa' ovvero una nuova stagione per l'equità giudiziale*, in *Le invalidità nel diritto privato*, a cura di Bellavista e Plaia, Giuffrè, 2011, 380 ss. e Id., *Giurisprudenza comunitaria*, cit., 27 e D'Adda - Bachelet, *Lineamenti di diritto europeo dei contratti. Contratti asimmetrici del consumatore e d'impresa*, Giappichelli, 2020, 52.

[43] Pagliantini, *Nullità di protezione*, cit., 106. L'a. ritiene che la regola per cui "[il contratto] rimane valido per il resto" rappresenterebbe un modo per "restaurare una parità tra i contraenti". Si veda anche Castronovo, *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive*, in *Eur. e dir. priv.*, 1998, 41, il quale parla di "ammanco di [una] volontà iniziale" che giustifica la regola per cui "[il contratto] rimane valido per il resto". Tale soluzione sarebbe, infatti, idonea a comprimere esclusivamente l'autonomia del professionista esponendolo a conseguenze giuridiche non volute.

[44] De Nova, *Nullità relativa, nullità parziale e clausole vessatorie*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, II, 486 ss. Per una interpretazione evolutiva dell'art. 1374 cod. civ. che tenga conto "dell'*evoluzione* dell'ordinamento che ha portato alla configurabilità (inimmaginabile – come già evidenziato – secondo le categorie del codice del 1942) di una "deroga abusiva" al diritto dispositivo, e di una nullità della clausola convenzionale che tale deroga realizzi" si veda D'Amico, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, in *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*, a cura di D'Amico e Pagliantini, Giappichelli, 2013, 245.

[45] Si ricorda a tal proposito come la legislazione tedesca sulle "Condizioni generali del contratto" (poi inserita all'interno del BGB – §§ 305-310) e, in particolare, il § 6 AGB-Gesetz, abbia fortemente influenzato le scelte normative del legislatore europeo. Sul punto, interessante il confronto tra la legislazione tedesca e francese e come entrambe abbiano influenzato il legislatore europeo di Pistelli, *Ritorno al futuro*, cit., 741.

[46] Traduzione italiana di S. Patti, *Codice civile tedesco – Bürgerliches Gesetzbuch*, Giuffrè, 2013.

[47] *Ibidem*.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

impone una revisione del contratto, quando stabilisce che esso continui a vincolare le parti nonostante la lacuna nel suo contenuto.

Questa revisione implicita comporta, infatti, l'applicazione di disposizioni di natura suppletiva che stabiliscono, ad esempio, che "nessun interesse è dovuto" alla banca nei casi in cui il meccanismo di indicizzazione o denominazione al suo interno contenuto sia ritenuto vessatorio[48]. In effetti, si è notato ormai da tempo come la revisione di un contratto possa avvenire anche per "sottrazione"[49] e la nullità di una delle sue clausole comporta sempre una revisione del contratto, rendendolo non più identico rispetto a quanto voluto originariamente tra le parti[50].

Pertanto, una soluzione interpretativa della Dir. 93/13/CEE che lasci spazio ad una possibile revisione e/o integrazione del contratto sembrerebbe sposarsi meglio con i valori fatti propri dalla Direttiva stessa. Il suo obiettivo è, infatti, quello di eliminare il profilo abusivo del contratto senza che ciò scada in una cieca ed eccessiva tutela nei confronti dei consumatori[51], concedendo loro una regolamentazione più vantaggiosa di quella che offrirebbe una clausola ordinaria non abusiva[52].

4. L'impiego di tecniche sanzionatorie da parte della Dir. 93/13/CEE del Consiglio del 5 aprile 1993.

Si potrebbe pensare, almeno in prima battuta, che l'art. 7, comma 1º, Dir. 93/13/CEE, il quale stabilisce che lo scopo primario perseguito dal legislatore europeo è quello di far cessare l'inserzione di clausole abusive nei contratti stipulati tra professionisti e consumatori, legittimi altresì l'impiego di tecniche sanzionatorie. Anche tale argomento, tuttavia, non pare convincente[53].

In primo luogo, questa interpretazione non può essere dedotta dalla lettera dell'art. 7 Dir. 93/13/CEE in quanto esso non affronta esplicitamente questo tema. A tal proposito, è lecito ritenere che lo squilibrio e/o l'ingiustizia contrattuale possano essere risolti con mezzi sanzionatori solo quando il legislatore si esprima chiaramente in tal senso[54]. Ad esempio, l'art. 1815, comma 2º, cod. civ. commina un chiaro effetto sanzionatorio nel caso in cui vengano impiegati tassi di interesse usurari.

In secondo luogo, non può di certo darsi per scontato che l'obiettivo di prevenire l'inserimento di clausole abusive nei contratti tra professionisti e consumatori ammetta, perciò solo, l'uso di strumenti rimediali che sbilanciano chiaramente la tutela offerta a favore di una sola delle parti contraenti e che comportano una forte ingerenza nelle loro scelte contrattuali.

Tale impostazione sembrerebbe corroborata dall'impianto sistemico della Dir. 93/13/CEE stessa. Più precisamente, la collocazione della protezione dei consumatori (solamente) nell'8º, 9º, 10º e 11º considerando, quindi dopo altri obiettivi[55], quali, ad esempio, l'instaurazione progressiva del mercato interno, il superamento delle notevoli disparità nelle legislazioni degli Stati membri, la prevenzione di distorsioni della concorrenza e il superamento dell'insufficiente grado di conoscenza dei consumatori[56], svela l'assunto in base al quale la regolamentazione del mercato da parte del legislatore europeo e l'ingerenza nella contrattazione privata tra i singoli operatori può essere giustificata solamente nella misura in cui contribuisca principalmente a rimuovere gli ostacoli al commercio e ad eliminare i fallimenti del mercato, come le limitazioni

---

[48] Cfr. D'Adda, *Giurisprudenza comunitaria*, cit., 27 e Id., *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Cedam, 2008, 274.

[49] Cfr. Roppo, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, 707 e D'Adda, *Nullità parziale*, cit., 65.

[50] Cfr. Gentili, *op. cit.*, 432 ss.

[51] Per alcune critiche al concetto di "*consumer sovereignty*" si veda Esposito, *The Consumer Welfare Hypothesis in Law And Economics*, Elgar, 2022, 38 ss. Sui rischi di una "*over-deterrence*" si veda, invece, Iamiceli, *op. cit.*, 145.

[52] A questo proposito, si veda D'Adda, *Giurisprudenza comunitaria*, cit., 28. Sul tema, si veda anche Tassikas, *The Court and the Sleeping Beauty 2.0: Filling the Contractual Gap, or Making Valid Consumer Contracts to the Detriment of the Non-consumer?*, in *Eur. Rev. Contract Law*, 2023, 4, 442.

[53] D'Adda, *Giurisprudenza comunitaria*, cit., 28. L'a. sottolinea che "... se è innegabile che rimedi nitidamente orientati in senso punitivo dispiegano un sicuro effetto preventivo, una siffatta descrittiva premessa nulla dice – se non si vuole restare prigionieri di un'argomentazione circolare – delle scelte operate dal legislatore per correggere il contratto abusivo; invece, si tratta proprio di intendere se davvero l'evocato obiettivo "di lungo periodo" debba essere attinto con qualsiasi mezzo anche quello che – rivelandosi nettamente sbilanciato a protezione di uno dei due contraenti – comporta la più radicale interferenza sulle scelte dei contraenti".

[54] D'Adda, *Giurisprudenza comunitaria*, cit., 28. Infatti, l'art. 1815, comma 2º, cod. civ. prevede che "Se sono convenuti interessi usurari la clausola è nulla e non sono dovuti interessi".

[55] Si veda Gentili, *op. cit.*, 408-409.

[56] Più precisamente, il 1º considerando della Dir. 93/13/CEE del Consiglio del 5 aprile 1993 recita: "considerando che è opportuno adottare le misure destinate all'instaurazione progressiva del mercato interno nel corso di un periodo che scade il 31 dicembre 1992; che il mercato interno comporta uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali"; il 2º considerando (*ivi*) recita: "considerando che le legislazioni degli Stati membri relative alle clausole nei contratti stipulati tra il venditore di beni o il prestatario di servizi, da un lato, ed il consumatore, dall'altro, presentano notevoli disparità, con il risultato che i mercati nazionali relativi alla vendita di beni ed all'offerta di servizi ai consumatori differiscono l'uno dall'altro e possono manifestarsi distorsioni di concorrenza tra i venditori di beni e i prestatari di servizi soprattutto in caso di commercializzazione in altri Stati membri" e il 5º considerando (*ivi*) afferma che "considerando che normalmente i consumatori non conoscono le norme giuridiche che disciplinano, negli Stati membri diversi dai loro, i contratti relativi alla vendita di beni o all'offerta di servizi; che tale ignoranza può distoglierli dalle transazioni dirette per l'acquisto di beni o la prestazione di servizi in un altro Stato membro".

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

alla concorrenza. Da ciò, pertanto, deve trarsi la mancanza, in capo al legislatore europeo, di un generale mandato circa l'attuazione di un progetto di giustizia distributiva tra le parti contraenti[57].

Sembra potersi sostenere, quindi, che la corretta interpretazione dell'art. 6 Dir. 93/13/CEE imponga che gli unici rimedi all'abusività delle clausole esclusi debbano essere solo quelli con effetti compensativi per il professionista. La natura non vincolante della clausola abusiva deriva dallo squilibrio che incide negativamente sul consumatore e, pertanto, la suddetta "non vincolatività" dovrà interessare solamente le clausole o quegli elementi delle clausole che impongono obblighi o oneri significativamente sbilanciati in capo al consumatore, ma nulla di più[58]. Da questo punto di vista, si dovrebbe almeno consentire una riduzione della clausola entro i limiti della non abusività e non la sua pura e semplice disapplicazione in ogni caso[59]. Ciò non contraddice l'art. 6 Dir. 93/13/CEE il quale, infatti, stabilisce che il contratto deve continuare a sussistere "secondo i medesimi termini"[60].

5. «Disposizioni di diritto nazionale di natura suppletiva» e «disposizioni nazionali di carattere generale» a confronto.

Come già sottolineato, la Corte di giustizia ha dimostrato una certa riluttanza a permettere che sia posto rimedio alle lacune di un contratto, provocate dalla soppressione delle clausole abusive contenute in quest'ultimo. Tuttavia, in via eccezionale, nel caso *Kásler*[61], la Corte di giustizia ha riconosciuto che se non fosse consentito sostituire ad una clausola abusiva una disposizione di natura suppletiva, obbligando il giudice ad estendere la nullità della clausola abusiva all'intero contratto, il consumatore potrebbe essere esposto a conseguenze particolarmente dannose, talché il carattere dissuasivo risultante dalla caducazione del contratto nel suo insieme rischierebbe di essere compromesso[62]. Nel caso specifico della decisione in *Kásler*, le conseguenze particolarmente sfavorevoli facevano riferimento alla restituzione immediata, da parte del consumatore, dell'importo residuo dovuto a titolo di prestito, il quale avrebbe senz'altro superato la capacità finanziaria del consumatore stesso[63]. Di conseguenza, una siffatta situazione avrebbe penalizzato il mutuatario anziché la banca, che avrebbe potuto continuare a inserire tali clausole nei propri contratti senza essere dissuasa.

Similmente, nella decisione in *Dziubak*[64], la Corte di giustizia ha affermato che, qualora la non apposizione di una clausola abusiva richieda al giudice nazionale di estendere la nullità della clausola abusiva all'intero

---

[57] Si veda Alpa e Bessone, *I contratti standard nel diritto interno e comunitario*, Giappichelli, 1991, 202 ss. e Gentili, *op. cit.*, 409. L'a. riconosce alla nt. 14 "Quella proposta nel testo d'altronde del senso della legge, non dell'intenzione del legislatore europeo. Sono cioè ben lungi dal voler escludere che si sia voluto compiere anche un atto di politica sociale a tutela dei consumatori e si sia trovata questa formula per superare l'ostacolo frapposto dal principio di sussidiarietà. In termini di interpretazione giuridica della legge però, la direttiva è innanzitutto un atto di politica economica, in vista dell'instaurazione del mercato e della tutela della concorrenza".

[58] Diffusamente sul tema anche Serafin, *The Court of Justice on Unfair Terms and Supplementation of the Contract: How Far Is Too Far?*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 2023, 4, 156 ss. Sul punto risultano di particolare interesse le considerazioni di D'Amico, *L'integrazione (cogente)*, cit., 228-229: "Stando così le cose, il rimedio (più appropriato) all'abuso – e alla *ratio* della sua repressione (che non è certo – si ripete – quella di '*imporre*' l'applicazione del diritto dispositivo, ciò che trasformerebbe quest'ultimo in diritto 'cogente') – potrebbe allora ravvisarsi appunto non tanto nella cancellazione *sic et simpliciter* della clausola che produce lo squilibrio (anzi, per essere precisi: uno squilibrio *notevole*), quanto piuttosto nella eliminazione da essa di quell'*eccesso* che ne determina la 'vessatorietà', cercando di ipotizzare quale sarebbe stato (non tanto – si badi – il regolamento cui sarebbero pervenute le parti se avessero contratto *in condizioni di parità*, quanto piuttosto) il regolamento che avrebbe razionalmente accettato un contraente *che avesse potuto 'negoziare' il contratto secondo* standards *di mercato* e con una controparte che si fosse comportata in maniera 'corretta'".

[59] Pagliantini, *Profili sull'integrazione del contratto abusivo parzialmente nullo*, in *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*, cit., 70. L'a. fa, infatti, riferimento a quella "*...geltungserhaltende Reduktion* che, nel sistema tedesco ove meglio e più diffusamente questa tecnica è stata sperimentata, ha il significato di un aggiustamento modificativo della clausola iniqua nella *misura* in cui essa determina più un *vantaggio sproporzionato* a carico di una delle parti. Tecnicamente, perciò, una *revisione conformativa* della pattuizione, che si discosta immotivatamente da ogni tipicità delle relazioni di mercato, rinserrandola nei limiti della deroga *ancora ammissibile*: col qualificativo ad indicare non una deroga che svolge un'(inesistente) volontà ipotetica delle parti bensì *quella deroga* dispiegante un potere conformativo *accettabile* perché rapportabile ad un sinallagma equilibrato". Sul punto si veda anche Cian, *Forma solenne e interpretazione del negozio*, Esi, 1969, 190 ss.

[60] Pagliantini, *Profili sull'integrazione del contratto abusivo parzialmente nullo*, in *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*, cit., 127. L'a. sottolinea, addirittura, parlando di "adattamento giudiziale" della clausola abusiva, che "l'adattamento giudiziale del contratto, che si sostanzi nel conio di una regola casuale non *in peius* bensì di maggior favore rispetto a quanto disponga la disciplina di legge, è pienamente in grado di soddisfare l'*Abschrekungseffekt* dell'art. 7, garantendo nel contempo al consumatore il massimo effetto utile".

[61] Corte giust. UE, 30.4.2014, causa C-26/13, cit.

[62] *Ibidem*, par. 80-83. L'effetto dirompente sul contratto determinato dalla pura e semplice caducazione della clausola abusiva di natura essenziale non risulterebbe neppure compatibile con l'art. 7, comma 1º, Dir. 93/13/CEE. Sul punto si veda Maugeri, *The Rules Applicable When Standard Contract Terms Are Avoided and Contracts with Inequality of Bargaining Power: Construction of a Unitary Model of Invalidity or a Plurality of Models?*, in *Standard Contract Terms in Europe: A Basis for and a Challenge to European Contract Law*, a cura di Collins, Kluwer Law International, 2008, 182.

[63] Corte giust. UE, 30.4.2014, causa C-26/13, par. 84, cit.: "In generale, la conseguenza di un annullamento è che il saldo del prestito diventa immediatamente esigibile, il che probabilmente è superiore alle capacità finanziarie del consumatore e, di conseguenza, tende a penalizzare il consumatore piuttosto che il finanziatore che, di conseguenza, potrebbe non essere dissuaso dall'inserire tali clausole nei suoi contratti".

[64] Corte giust. UE, 3.10.2019, causa C-260/18, in *www.curia.europa.eu*.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

contratto, sottoponendo così il consumatore a conseguenze particolarmente sfavorevoli, al giudice nazionale non è fatto divieto di ovviare alla nullità della suddetta clausola sostituendo a quest'ultima una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva. Tuttavia, la Corte di giustizia, in tale decisione, ha altresì specificato che "l'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13 deve essere interpretato nel senso che esso osta a che sia posto rimedio alle lacune di un contratto, provocate dalla soppressione delle clausole abusive contenute in quest'ultimo, *sulla sola base di disposizioni nazionali di carattere generale che prevedono l'integrazione degli effetti espressi in un atto giuridico mediante, segnatamente, gli effetti risultanti dal principio di equità o dagli usi, disposizioni queste che non sono né di natura suppletiva né applicabili in caso di accordo tra le parti del contratto*"[65].

Tale concezione si fonda, in particolare, sulla presunzione per cui le disposizioni di natura suppletiva, a differenza delle disposizioni nazionali di carattere generale, non contengano clausole abusive[66]. Stando a tale approccio giurisprudenziale, dunque, sia le regole imposte dalla prassi dei rapporti economici, sia l'equità, non possono garantire che nella revisione del rapporto contrattuale non si ripresenti una sbilanciata distribuzione dei diritti e degli obblighi tra i contraenti[67].

Le argomentazioni espresse dalla Corte di giustizia nel caso *Dziubak* sono suscettibili di non poche critiche[68], ancorché lascino maggior spazio alla possibilità di una revisione delle clausole abusive e/o integrazione contrattuale.

Più precisamente, nella sentenza circa il caso *Dziubak*, la Corte di giustizia, in primo luogo, sembra operare sul falso presupposto che l'art. 1, comma 2º, Dir. 93/13/CEE stabilisca una distinzione tra disposizioni introdotte dal legislatore, ritenute non abusive in quanto sottoposte alla sua valutazione e disposizioni che, al contrario, attribuiscono ai giudici nazionali il potere discrezionale di ricavare da esse la norma regolatrice per il caso concreto e che, pertanto, non possono godere di una presunzione di non abusività[69].

In secondo luogo, la Corte di giustizia sembra adottare un formalistico approccio circa il concetto di "libertà contrattuale", in linea con le opinioni espresse dall'Avvocato generale Pitruzzella nelle proprie conclusioni[70]. In effetti, quest'ultimo suggerisce proprio che l'utilizzo di disposizioni nazionali di carattere generale, per colmare le lacune contrattuali generate dalla non apposizione delle clausole abusive contenute nel contratto stesso, costituirebbe un intervento "creativo", in grado, in ultima analisi, di alterare l'equilibrio degli interessi perseguito dalle parti, oltreché di violare, o se si preferisce comprimere inesorabilmente, il principio di autonomia contrattuale[71]. Tale impostazione, tuttavia, sembra contrastare con i fondamenti normativi stessi della Dir. 93/13/CEE concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori[72].

Seppur sia da ammettere che la Dir. 93/13/CEE si basa sulla premessa secondo la quale il consumatore si trova in una situazione di inferiorità rispetto al professionista per quanto riguarda sia il potere nelle trattative che il grado di informazione, l'obiettivo che, in ultima battuta, la Dir. 93/13/CEE mira a perseguire, è quello di impedire, da un lato, che i contratti con i consumatori includano clausole abusive e, dall'altro, quello di proteggere gli interessi economici degli stessi. In altri termini, l'accordo significativamente squilibrato creato dal contraente più forte viene sostituito dall'equilibrio sostanziale imposto dalla legge. E, infatti, nel contesto dei contratti tra professionisti e consumatori, il consenso, la libertà delle parti e l'autonomia contrattuale sono maneggiati in modo diverso rispetto a quanto si farebbe in presenza di contratti negoziati tra parti aventi pari forza contrattuale, nonché uguali informazioni. Infatti, una tutela aprioristica dell'autonomia delle parti nei contratti con i consumatori non può che portare a una formalistica e solo apparente tutela del consumatore medesimo[73]. Sembra irragionevole, dunque, limitare la possibilità di integrazione del con-

---

[65] *Ivi*, par. 62.

[66] *Ivi*, par. 61: "Tuttavia, nel caso di specie, anche supponendo che disposizioni come quelle considerate dal giudice del rinvio, alla luce del loro carattere generale e della necessità di renderle operative, possano utilmente subentrare alle clausole abusive interessate mediante una semplice operazione di sostituzione effettuata dal giudice nazionale, esse non risultano, in ogni caso, essere state oggetto di una valutazione specifica del legislatore al fine di stabilire tale equilibrio, di modo che tali disposizioni non beneficiano della presunzione di non abusività di cui al punto 59 della presente sentenza, come ha altresì rilevato, in sostanza, l'avvocato generale al paragrafo 73 delle sue conclusioni".

[67] Vale la pena di citare, tuttavia, alcuni contributi in cui è stato affrontato il problema del riconoscimento di margini più o meno ampi di ammissibilità della revisione contrattuale da parte del giudice. Si vedano, ad esempio, Azzarri, *Nullità della clausola abusiva e integrazione del contratto*, in *Osservatorio dir. civ. e comm.*, 2017, 81; Navaretta, *Il contratto "democratico" e la giustizia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1280. Sulla possibilità che l'impiego di disposizioni nazionali di carattere generale possa ostacolare il raggiungimento degli obiettivi voluti dalla Dir. 93/13/CEE, si veda Lamicela, *Valutazione di abusività ed effetti della nullità di protezione nei contratti del consumatore: la strategia della deterrenza e l'effettività delle tutele*, in *Jus civile*, 2020, 1548.

[68] Si veda, in particolare, Esposito, *Dziubak Is a Fundamentally Wrong Decision: Superficial Reasoning, Disrespectful of National Courts, Lowers the Level of Consumer Protection*, in *Eur. Rev. Contract Law*, 2020, 4, *passim*.

[69] *Ivi*, 543.

[70] *Ivi*, 540 ss.

[71] Conclusioni dell'Avvocato generale Pitruzzella del 15 maggio 2019, Corte giust. UE, 3.10.2019, causa C-260/18, cit.: "Si tratterebbe di un intervento 'creativo' in grado di alterare l'equilibrio degli interessi perseguito dalle parti e di invadere eccessivamente l'autonomia contrattuale" (par. 74). Sul punto si veda anche Schlesinger, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giurisprudenza italiana*, 1999, 229.

[72] Esposito, *Dziubak Is a Fundamentally Wrong Decision*, cit., 543 ss.

[73] *Ivi*, 546.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

tratto alle sole disposizioni nazionali di carattere suppletivo.

Ulteriori obiezioni circa la distinzione tra disposizioni di diritto nazionale di natura suppletiva e disposizioni nazionali di carattere generale possono essere basate, altresì, sul 13º considerando della Dir. 93/13/CEE medesima [74], il quale afferma che "si parte dal presupposto che le disposizioni legislative o regolamentari degli Stati membri che disciplinano, direttamente o indirettamente, le clausole di contratti con consumatori non contengono clausole abusive". Sulla base di tale assunto, pare lecito affermare che la determinazione indiretta da parte di disposizioni legislative o regolamentari del contenuto delle clausole contrattuali ben possa includere quei princìpi o norme di legge che richiedano un qualche sforzo ermeneutico e di applicazione al caso concreto da parte dei giudici nazionali mediante, segnatamente, gli effetti risultanti dal principio di equità o dagli usi. Anche in questo caso si dovrebbe applicare una presunzione di non-abusività. Inoltre, il 13º considerando afferma che "l'espressione «disposizioni legislative o regolamentari imperative» che figura all'articolo 1, paragrafo 2 comprende anche le regole che per legge si applicano tra le parti contraenti allorché non è stato convenuto nessun altro accordo". Ciò indica che la Dir. 93/13/CEE lascia agli Stati membri la facoltà di decidere come colmare la lacuna [75].

In definitiva, quindi, una interpretazione della Dir. 93/13/CEE che impedisca ai giudici nazionali l'impiego di disposizioni nazionali di carattere generale, da cui sviluppare e trarre le norme suppletive necessarie per dare seguito all'eccezione elaborata dalla Corte di giustizia nel caso *Kásler*, può sollevare problemi significativi di tenuta e coerenza tra la Dir. 93/13/CEE stessa e i Trattati istitutivi dell'Unione europea [76]. A tal proposito, il TUE enfatizza il principio di leale cooperazione tra l'Unione europea e gli Stati membri, imponendo il rispetto e l'assistenza reciproci nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati [77] e obbligando gli Stati membri ad adottare ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione [78]. A ciò si aggiunga che l'art. 288 TFUE stabilisce che una direttiva è vincolante per ciascuno Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi. Pertanto, il potere di individuare le disposizioni opportune, in grado di sopperire alle lacune lasciate dalla non apposizione delle clausole abusive, che sia del legislatore o dei giudici, è principalmente prerogativa degli Stati membri. Di conseguenza, la distinzione proposta dalla Corte di giustizia tra disposizioni di diritto nazionale di natura suppletiva e disposizioni nazionali di carattere generale sembra contraddire questi princìpi [79].

6. Un pericoloso doppio standard.

Se si interpretano le affermazioni contenute nella decisione in *Kásler* come una vera e propria eccezione all'assunto secondo il quale i giudici nazionali sono tenuti unicamente ad escludere l'applicazione di una clausola contrattuale abusiva affinché non produca effetti vincolanti nei confronti del consumatore, senza essere autorizzati a rivedere il contenuto della medesima, ne consegue che i giudici nazionali sono autorizzati ad ovviare alla nullità della suddetta clausola sostituendo a quest'ultima una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva solo se (i) la caducazione del contratto nel suo insieme si riveli necessaria, e (ii) l'estensione della nullità della clausola abusiva all'intero contratto sia in grado di sottoporre i consumatori a conseguenze particolarmente dannose [80]. Si tratta di un'eccezione al principio generalmente noto come *"sanctity of contract"*, ma può essere applicata solo nei casi in cui il contratto, oggettivamente, rischi la caducazione nella sua interezza, in altre parole, quando la clausola colpita da abusività sia essenziale all'interno del contratto.

Per tale via, però, si rischia di creare un regime rimediale diverso a seconda che l'abusività riguardi clausole essenziali o clausole accessorie del contratto e

---

[74] *Ivi*, 543 ss.

[75] *Ivi*, 543-544. Sul punto si veda anche Serafin, *op. cit.*, 154, il quale ritiene che in certune circostanze la mancata integrazione del contratto possa, essa stessa, comportare conseguenze sfavorevoli per il consumatore.

[76] Esposito, *Dziubak Is a Fundamentally Wrong Decision*, cit., 548. L'a. sostiene che, in particolare, dal divieto rivolto ai giudici nazionali di impiegare disposizioni generali per sviluppare le norme di carattere suppletivo necessarie per applicare l'eccezione elaborata nella decisione *Kásler*, derivino seri problemi di divisione in punto di competenza tra l'Unione e gli Stati membri.

[77] L'art. 4, comma 3º, TUE stabilisce che "In virtù del principio di leale cooperazione, l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati".

[78] L'art. 19, comma 1º, TUE stabilisce che "...Gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione".

[79] Una maggiore apertura sembra riconoscersi nella decisione della Corte giust. UE, 31.3.2022, causa C-472/20, in *www.curia.europa.eu*. Sul punto si veda Iamiceli, *op. cit.*, 146 ss. e Esposito, *Loans and the Unfair Contract Terms Directive after C-472/20 Lombard – Where Are We Now?*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 2022, 225. L'a., infatti, spiega che non c'è nulla nella decisione *Lombard* che lasci pensare che il dovere dei giudici di fare tutto il necessario quando non ci sono disposizioni suppletive di diritto nazionale, non consenta loro di fare affidamento su princìpi generali o usi per colmare la lacuna lasciata dalla caducazione della clausola abusiva.

[80] Sul tema anche Serafin, *op. cit.*, 152.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

questa distinzione non può essere giustificata. Se ben si riflette, infatti, gli argomenti che la Corte di giustizia muove attorno al concetto di "conseguenze particolarmente dannose" sembrerebbero avallare una situazione paradossale: per i professionisti, infatti, si rivelerebbe più vantaggioso inserire clausole abusive riguardanti aspetti essenziali del contratto, piuttosto che clausole abusive concernenti aspetti ancillari dello stesso. Nel primo caso, infatti, il riconoscimento del carattere abusivo della clausola metterebbe intrinsecamente a repentaglio la sopravvivenza del contratto nel suo insieme, ciò determinando probabili ricadute particolarmente sfavorevoli per i consumatori. In tale scenario, pertanto, troverebbe facile applicazione l'eccezione elaborata dalla Corte di giustizia nella decisione in *Kásler*, la quale, per quanto controversa, ammette una qualche forma di revisione del contratto e facilita il riequilibrio del rapporto tra le parti.

Al contrario, qualora l'abusività investisse una clausola definita accessoria all'interno del contratto, quest'ultimo sarebbe probabilmente in grado di continuare a sussistere pur in assenza della clausola abusiva. In tale scenario, pertanto, troverebbe applicazione il principio rigoroso stabilito dalla Corte di giustizia in *Banco Español*, il quale richiede la disapplicazione pura e semplice della clausola abusiva senza alcuna possibilità di integrazione o revisione della stessa. In questo caso, il rimedio previsto dalla Corte di giustizia in presenza di una clausola abusiva produrrebbe conseguenze ben più sfavorevole nei confronti dei professionisti [81].

7. L'integrazione contrattuale per mezzo di disposizioni nazionali di carattere suppletivo lasciata alla valutazione unilaterale del consumatore.

I casi *Dunai* [82] e *JZ* v *OTP Jelzálogbank Zrt et alii* [83] offrono ulteriori spunti di riflessione per approfondire il tema circa la *giusta* tutela da predisporre nei confronti dei consumatori in caso di contratti contenenti clausole abusive. Più specificamente, in *Dunai*, la Corte di giustizia ha dovuto verificare se alcune disposizioni di diritto ungherese di natura suppletiva fossero conformi o meno al diritto europeo e potessero, pertanto, essere impiegate al fine di sopperire alla lacuna lasciata dalla disapplicazione delle clausole abusive. Mentre in *OTP Jelzálogbank Zrt et alii*, la Corte di giustizia ha dovuto verificare se la tutela predisposta a favore del consumatore dalla Dir. 93/13/CEE si estenda anche alla possibilità di rinunciare all'applicazione di disposizioni nazionali di carattere suppletivo, in grado di colmare la lacuna lasciata dalla disapplicazione delle clausole abusive, a favore della più radicale opzione dell'estensione della nullità della singola clausola all'intero contratto.

In entrambi i casi, le disposizioni nazionali di carattere suppletivo in questione prevedevano la soppressione delle clausole che consentono alla banca di applicare i propri tassi di acquisto e di vendita di valute nonché la sostituzione retroattiva di questi ultimi con il tasso di cambio ufficiale fissato dalla Banca nazionale per la valuta corrispondente. L'applicazione di tali disposizioni avrebbe avuto, pertanto, l'effetto di eliminare il divario tra i differenti tassi di cambio (acquisto e vendita) applicati dai diversi istituti di credito nei propri contratti con i consumatori.

Come si può leggere, la Corte di giustizia, in *Dunai*, invoca la capacità, da parte delle disposizioni nazionali di carattere suppletivo richiamate, di ripristinare la situazione di fatto e di diritto in cui il consumatore si sarebbe trovato in assenza della clausola abusiva, quale parametro per valutare l'adeguatezza o meno delle norme suppletive nazionali a integrare e/o revisionare il contenuto del contratto stesso [84]. La Corte conclude, dunque, ammettendo che l'art. 6, comma 1º, Dir. 93/13/CEE non osta ad una normativa nazionale che vieta al giudice adito di accogliere una domanda diretta ad ottenere "l'annullamento" [85] di un contratto di mutuo, che sia basata sulla abusività di una clausola relativa al divario nel cambio, purché, però, la constatazione dell'abusività di tale clausola consenta di ripristinare la situazione di fatto e di diritto in cui il consumatore si sarebbe trovato in assenza di tale clausola abusiva [86].

Se ben si osserva la questione, è proprio su tale punto che si annidano gli aspetti più problematici dell'argomentazione della Corte di giustizia.

In primo luogo, infatti, la Corte di giustizia, al fine di ammettere l'integrabilità del contratto a mezzo di disposizioni nazionali di carattere suppletivo, pare aggiungere un requisito non contemplato nelle proprie precedenti decisioni. Tali disposizioni dovranno, infatti, dimostrare di essere in grado di ripristinare la situazione di fatto e di diritto in cui il consumatore si sarebbe trovato in assenza delle clausole abusive. Siffatta affermazione mette in discussione la presunzione secondo la quale le disposizioni nazionali di carattere suppletivo non contengono clausole abusive e, pertanto, debbano ritenersi sempre in grado di ripristinare un equilibrio effettivo nella relazione contrattuale tra le parti.

In secondo luogo, nel caso di specie, pur in presenza di disposizioni nazionali di carattere suppletivo in grado di eliminare il divario tra i differenti tassi di cambio applicati dai diversi istituti di credito nei propri con-

[81] Pistelli, *Scelta del rimedio e sua convenienza*, cit., 1066-1067.
[82] Corte giust. UE, 14.3.2019, causa C-118/17, cit.
[83] Corte giust. UE, 2.9.2021, causa C-932/19, in *www.curia.europa.eu*.
[84] Corte giust. UE, 14.3.2019, causa C-118/17, par. 38 e 41, cit.
[85] Tale espressione viene impiegata in Corte giust. UE, 14.3.2019, causa C-118/17, cit.
[86] Corte giust. UE, 14.3.2019, causa C-118/17, par. 45, cit.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

tratti con i consumatori, la Corte di giustizia conclude negando l'applicabilità della normativa ungherese, valorizzando l'interesse del consumatore a sottrarsi completamente al rischio di cambio, intrinsecamente presente all'interno dei finanziamenti indicizzati e/o denominati alla valuta straniera[87].

Tale impostazione viene parzialmente seguita anche in *JZ* v *OTP Jelzálogbank Zrt et alii*. Più precisamente, nel caso di specie, il consumatore aveva chiesto al giudice del rinvio di astenersi dall'applicare talune disposizioni nazionali di natura suppletiva, in quanto riteneva che sarebbe stato nel suo interesse l'estensione della nullità della singola clausola all'interezza dei contratti conclusi, in quanto ciascuno di essi conteneva una clausola con cui l'istituto di credito imponeva un divario nel tasso di cambio applicato in sede di erogazione e rimborso del finanziamento.

A tal riguardo, la Corte di giustizia ha sottolineato che il diritto del consumatore ad una effettiva tutela include altresì la sua facoltà di rinunciare a far valere i diritti derivanti dal sistema di tutela a suo favore approntato. Su tali premesse, pertanto, la Corte di giustizia ha concluso che così come spetta al giudice nazionale tenere in considerazione, se del caso, la volontà espressa dal consumatore quando quest'ultimo, consapevole del carattere non vincolante di una clausola abusiva, dichiara tuttavia di opporsi a che sia esclusa, dando così un consenso libero e informato a tale clausola; allora il consumatore deve *a fortiori* avere il diritto di opporsi ad essere tutelato avverso le conseguenze pregiudizievoli provocate dalla caducazione del contratto nella sua interezza per il mezzo dell'applicazione delle disposizioni nazionali di carattere suppletivo messe a disposizione dall'ordinamento giuridico.

Così argomentando, tuttavia, la Corte di giustizia paragona due circostanze (*rectius*: due scelte) non sovrapponibili tra loro. Nel primo caso, infatti, il consumatore, optando per l'acquiescenza alla clausola abusiva, compie un effettivo atto di rinuncia alla tutela predisposta dall'ordinamento giuridico, ponendosi in una situazione oggettivamente più svantaggiosa rispetto a quella che l'ordinamento giuridico aveva approntato a sua salvaguardia. Nel secondo caso, invece, il consumatore, posto dinnanzi alla scelta tra nullità del contratto nella sua interezza ed integrazione dello stesso a mezzo di disposizioni nazionali di carattere suppletivo, compie un vero e proprio giudizio sul rimedio opportuno.

Un conto è, infatti, valutare se la revisione e/o integrazione contrattuale non diminuisca la tutela predisposta a favore del consumatore e se la disposizione nazionale di carattere suppletivo sia effettivamente adeguata a rendere la clausola abusiva non vincolante per il consumatore; altro è considerare la soluzione legislativa (*rectius*: la disposizione nazionale di carattere suppletivo) come uno tra gli strumenti correttivi, che il consumatore può discrezionalmente valutare se invocare[88].

Sebbene una siffatta impostazione sia in grado di restituire valore alla volontà e agli interessi della parte debole del contratto nella determinazione del contenuto dell'accordo stesso, per un altro verso, essa solleva non pochi quesiti[89]. In questo quadro, infatti, non solo il consumatore è l'unica parte legittimata a promuovere un'azione giudiziale volta a dichiarare la nullità della clausola abusiva, ma lo stesso godrebbe anche del diritto di decidere unilateralmente se sottoporre o meno il contratto a un meccanismo di revisione[90].

---

[87] A questo proposito, l'avvocato generale Wahl, nelle conclusioni del 15 novembre 2018, Corte giust. UE, 14.3.2019, causa C-118/17, cit., afferma significativamente che "[t]enuto conto di tutte le considerazioni che precedono, si deve rispondere alla prima questione pregiudiziale che la direttiva 93/13 dev'essere interpretata nel senso che essa non osta a una disposizione di diritto nazionale la quale, in caso di invalidità parziale di un contratto concluso con un consumatore derivante dal carattere abusivo di una delle sue clausole, sia volta, in linea di principio, a mantenere valido il contratto senza la clausola abusiva. Il giudice adito non può quindi porre rimedio all'invalidità di una clausola di un contratto concluso tra un professionista e un consumatore per il solo motivo che preservare il contratto sarebbe asseritamente contrario agli interessi economici del consumatore". Si veda anche, Pagliantini, *I mutui indicizzati e il mito di un consumatore "costituzionalizzato": la dottrina della Corte di Giustizia da Árpád Kásler a Dziubak*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 1258 ss.

[88] Alcuni autori parlano di rischi di "subiettivizzazione" o di "relativizzazione" dei rimedi previsti dall'ordinamento giuridico europeo a tutela dei consumatori. In particolare, Pistelli, *Scelta del rimedio e sua convenienza*, cit., 1072 e Lamicela, *op. cit.*, 1555. Sul punto si veda anche Valenza, *Mutui in valuta estera: sulla volontà del consumatore quale limite all'integrazione del contratto mediante norma suppletiva*, in questa ***Rivista***, 2023, I, 1022. L'a. avanza una soluzione diversa rispetto a quella prospettata dalla Corte di giustizia prevedendo che "la volontà del consumatore sia determinante soltanto nell'ipotesi in cui le regole nazionali utili ad integrare il contratto non siano ritenute dal giudice in grado di porre il consumatore nella medesima condizione in cui si sarebbe trovato se nel contratto concluso non vi fosse stata la clausola abusiva".

[89] Sull'impossibilità di una coincidenza sistematica tra l'obiettivo perseguito dal legislatore con disposizioni di diritto nazionale di carattere suppletivo, basate su un complesso processo di bilanciamento, e le finalità perseguite dalle parti chiamate a scegliere tra l'attivazione del meccanismo integrativo e la caducazione dell'intero contratto si veda Denozza, *Fallimenti del mercato: i limiti della giustizia mercantile e la vuota nozione di 'parte debole'*, in *Orizzonti dir. comm.*, 2013, 16-17.

[90] Cfr. Lamicela, *op. cit.*, 1553-1554: "Come nel gioco dell'oca, si intravede un vistoso passo indietro rispetto alla fissazione dei margini entro i quali le limitazioni "positive" dell'autonomia contrattuale da parte del legislatore possano reputarsi ammissibili; ma anche un altrettanto vistoso passo in avanti (o forse nel buio) nell'individuazione dei soggetti cui affidare le sorti della vicenda contrattuale. Il vistoso passo indietro si intravede poiché, ad un controllo giudiziale delle clausole contrattuali che, come si è già visto, potrebbe assumere anche contorni piuttosto invasivi circa la congruità dell'operazione di scambio divisa dalle parti, sembra contrapporsi a un intervento legale di integrazione conformativa dei contenuti contrattuali condizionato alla sua sostanziale coerenza con l'interesse soggettivo del consumatore. Si abdicherebbe quindi all'ipotesi di una rimodulazione del regolamento contrattuale che, seppure rispettosa del profilo causale del contratto, ne im-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Tra l'altro, tale possibilità di scelta potrebbe effettivamente avvantaggiare il consumatore in linea di principio, senza garanzia, tuttavia, di efficacia, in virtù, soprattutto, della frequente assenza sul mercato di opzioni competitive[91]. Per di più, questo continuo atteggiamento critico dimostrato dalla Corte di giustizia nei confronti della capacità delle legislazioni nazionali di garantire la protezione dei consumatori non può che esacerbare la sfiducia nei confronti degli ordinamenti giuridici nazionali come strumenti efficaci di salvaguardia dei consumatori[92].

8. Osservazioni finali.

Il quadro normativo sopra descritto rischia di suscitare un certo disorientamento, soprattutto per il rischio che l'incertezza giuridica, creata in parte dalla Corte di giustizia, faccia moltiplicare, invece che ridurre, le questioni interpretative ancora aperte.

Il caso delle clausole abusive nei contratti di finanziamento in valuta straniera con i consumatori rappresenta uno stimolante banco di prova per interrogarsi circa il tipo e il livello di protezione che deve essere fornito alla parte debole del rapporto contrattuale, nonché per valutare le significative ripercussioni che la scelta dell'una o dell'altra impostazione può determinare sulla coerenza dell'ordinamento giuridico europeo e sulla capacità di adattamento dei sistemi nazionali[93].

In un contesto in cui la naturale propensione è quella di massimizzare la tutela offerta nei confronti dei consumatori, occorre fare un significativo sforzo inverso e chiedersi quali siano i confini di una siffatta protezione e se, in taluni casi, una sua estremizzazione non sia, oltre che contraria ai princìpi fondanti la tradizione giuridica europea, anche causa di conseguenze più negative di quelle che vorrebbe evitare[94].

---

ponga l'esecuzione non più secondo l'equilibrio di diritti e obblighi reciproci ispirato dagli interessi soggettivi del predisponente, ma secondo il diverso assetto suggerito dalla prassi economica e oggettiva formalizzata dal legislatore alla stregua dei criteri di lealtà e correttezza".

[91] Salanitro, *Squilibrio contrattuale e tecniche rimediali*, in *Studi in memoria di G. Gabrielli*, a cura di Pellegrini, Esi, 2018, 1719.

[92] A questo proposito, si veda Lamicela, *op. cit.*, 1559.

[93] Altresì rilevanti risultano le considerazioni in merito agli effetti che le decisioni della Corte di giustizia potrebbero produrre sui singoli mercati nazionali. Si veda sul tema Grundmann e Badenhoop, *Foreign Currency Loans and the Foundations of European Contract Law – A Case for Financial and Contractual Crisis?*, in *Eur. Rev. Contract Law*, 2023, 1, 12 ss.

[94] Tratta di un possibile problema di "*over-protection*" dei consumatori anche Bresci, *Transparency Claims, Intellectual Services and Consumer Contracts: A Case of Consumer Over-Protection and Under-Protection?*, in *Eur. Rev. Contract Law*, 2023, 4, 410 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Terzo settore e aiuti di Stato

di Francesco del Prato*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il Terzo settore: un'area tra Stato e mercato e il suo speciale regime. – 3. Gli aiuti di Stato e il loro ambito. – 4. La complessa fiscalità del Terzo settore tra finalità solidaristiche, attività commerciale e attività non commerciale. – 5. L'area del Terzo settore e l'ambito degli aiuti di Stato.

1. Premessa.

L'art. 101, comma 10º, d. legis. 3.7.2017, n. 117 (codice del Terzo settore), subordina l'efficacia delle disposizioni di cui agli artt. 77, 79, comma 2º *bis*, 80 e 86 all'autorizzazione della Commissione europea, come dispone l'art. 108, par. 3, TFUE, richiesta a cura del Ministero del lavoro e delle politiche sociali. Eguale previsione è nell'art. 18, comma 9º, d. legis. 3.7.2017, n. 112 (revisione della disciplina in materia di impresa sociale), con riguardo all'efficacia degli artt. 16 e 18 del medesimo d. legis.

Allo stato la Commissione europea ha formulato alcune richieste di approfondimento, a cui ha dato riscontro il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, ed è in corso l'*iter* prescritto dal citato art. 108 TFUE. La delicatezza delle questioni trattate è di tutta evidenza per la centralità che il sistema fiscale assume nelle scelte e negli orientamenti dei privati, il cui ruolo, da tempo (art. 148, d.p.r. 22.12.1986, n. 917), ha costituito il motore e il baricentro della determinazione di operare mediante organizzazioni non lucrative di utilità sociale e attività di volontariato.

Si può dire che l'incentivazione di attività non lucrative di utilità sociale mediante agevolazioni fiscali ha introdotto una caratteristica funzionale e di scopo degli enti senza incidere sulla conformazione civilistica degli stessi: ed infatti le ONLUS non si caratterizzavano[1] per una peculiare struttura organizzativa rispetto agli altri enti non lucrativi, ma rappresentano, esclusivamente, una qualifica tributaria che gode di un trattamento fiscale di favore[2] in ragione dell'attività svolta. In questo senso è da ritenere sussistente un'impronta tipologica legata alla natura dello scopo, i cui riflessi si avvertono essenzialmente sul piano fiscale e dipendono dall'effettività del perseguimento dello scopo.

A prescindere dall'eventualità di abusi perpetrati attraverso travestimenti di attività lucrative in attività altruistiche, i quali si sventano "squarciando il velo" formale per riqualificare l'ente, o attraverso l'azione dei privati che lo compongono, secondo il modello dell'impresa collettiva, e cioè societaria, o dell'impresa individuale[3], il punto centrale delle normative di vantaggio fiscale, è dato dalla verifica del loro fondamento in funzione della loro coerenza con i principi ispiratori del diritto europeo in tema di aiuti di Stato: a cui è dedicata questa breve riflessione.

2. Il Terzo settore: un'area tra Stato e mercato e il suo speciale regime.

Dopo il liberismo classico, di matrice ottocentesca, prodotto dalla rivoluzione industriale, il Novecento è stato l'espressione dello Stato, nei suoi vari e contrastanti modelli[4], al cui variegato declino è corrisposta, per un verso, l'emersione di entità sovranazionali, come appunto l'Unione europea, e, per altro verso, una sorta di delega dello Stato ai privati per il perseguimento di finalità di interesse generale. Ne è derivato lo sviluppo della cosiddetta economia sociale di mercato, nella quale le libertà economiche vengono limitate per il perseguimento della giustizia sostanziale bilanciando così lo sviluppo economico con i valori sociali[5]. L'economia sociale di mercato "fortemente competitiva"

---

* **Contributo pubblicato in base a *referee*.**

[1] Il codice del Terzo settore ha superato la figura della ONLUS (Organizzazione non lucrative di utilità sociale) assorbendola nel campo degli enti del Terzo settore. Le stesse hanno dovuto adeguare lo statuto entro il termine di operatività del Runts ai sensi degli artt. 101, comma 2º, e 104, comma 2º, cts.

[2] Tra i molti contributi v. DE GIORGI, *ONLUS (Organizzazioni non lucrative di utilità sociale)*, in *Enti del primo libro e del terzo settore. Ventun scritti fra due secoli*, Pacini, 2021, 75 ss.; CONSORTI - GORI - ROSSI, *Diritto del Terzo settore*, 2ª ed., Il Mulino, 2018, 123 ss.; AN. FUSARO, *Gli Enti del Terzo Settore. Profili civilistici*, nel *Trattato Cicu-Messineo*, Giuffrè, 2022, 26 s., 32 s.

[3] Cfr. DE GIORGI, *Di cosa scriviamo quando scriviamo di trasformazioni (eterogenee)*, in *Enti del primo libro e del terzo settore*, cit., 305, spec. 309.

[4] Tra gli innumerevoli contributi mi limito a ricordare SCHIAVONE, *Il rapporto tra Stato e mercato dagli anni Settanta ad oggi*, in *I beni pubblici: dal governo democratico dell'economia alla riforma del codice civile*, a cura di MATTEI, REVIGLIO e RODOTÀ, Editore commerciale, 2010, e in *www.astrid.it*.

[5] Cfr., ad esempio, FELICE, *L'economia sociale di mercato*, Soveria Mannelli, 2009; SOMMA, *Economia sociale di mercato e scontro tra capitalismi*, in *www.dpceonline*; MICELI, *La funzione degli aiuti di Stato europei nella fiscalità del XXI secolo*, in *Studi tributari europei*, 2021, II, 17 ss.; EAD., Green deal *e politiche fiscali territoriali. Il nuovo quadro europeo dell'integrazione per differenziazione*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2022, 138 ss., spec. 142 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

costituisce un dato normativo nell'art. 3, 3º par., TUE, dove essa è collegata allo "sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi", e "mira alla piena occupazione e al progresso sociale" nonché a "un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente"[6].

In questo contesto ha acquisito un'intensa valorizzazione il principio di sussidiarietà cosiddetta orizzontale o sociale[7], dal 2001 espresso nella Costituzione italiana nell'art. 118, comma 4º, a cui il codice del Terzo settore (art. 1) e il d. legis. n. 112/2017 (artt. 1 e 2) sull'impresa sociale hanno inteso dare un forte impulso.

Il Terzo settore rappresenta, appunto, lo snodo in cui finalità tradizionalmente prerogativa dello Stato e degli enti pubblici vengono perseguite dai privati, e perciò favorite per la funzione vicaria a cui assolvono: da qui l'incontro tra dimensione pubblica e azione privata, che si realizza anche "mediante forme di collaborazione con lo Stato, le Regioni, le Province autonome e gli enti locali" (art. 2 cts, e cfr. gli artt. 55 ss.) e che trova la sua ricaduta, sul piano tributario, in un regime di favore (art. 79 ss. cts).

Quest'ultimo solleva la questione della compatibilità con i vincoli dettati dal TFUE in materia di aiuti concessi dagli Stati (artt. 107 ss.), come attestano le previsioni, richiamate in apertura, che ne subordinano l'efficacia all'autorizzazione della Commissione europea.

3. Gli aiuti di Stato e il loro ambito.

Gli aiuti di Stato sono l'emblema dell'evoluzione dell'ordinamento comunitario dal punto vista dell'impostazione ideologica adottata negli ultimi anni[8]. Infatti, nella prospettiva del diritto europeo – il quale ormai influenza fortemente i caratteri del diritto tributario degli stati membri – economia sociale di mercato e disciplina degli aiuti di Stato sono intimamente connessi perché la loro relazione esprime il rapporto tra Stato e mercato nel promuovere il disegno europeo di politica economica del diritto, improntato alla realizzazione di un regime di concorrenza, la quale potrebbe essere alterata dagli aiuti di Stato stessi anche attraverso discriminazioni fiscali[9].

La salvaguardia della concorrenza nel mercato costituisce il perno su cui poggia il regime degli aiuti di Stato. Una base non immobile, che si modifica nel tempo, e tuttavia tale da costituire il criterio di fondo entro cui conformare la portata di quel regime: il quale, infatti, non si atteggia in un divieto, ma che è concepito per la salvaguardia della concorrenza[10].

Le politiche di sostegno in cui gli aiuti di Stato si concretizzano si coniugano con la libertà economica (art. 41 Cost.), di cui la tutela della concorrenza costituisce un profilo e al contempo un limite interno, che, nella prospettiva della Costituzione italiana, emerge ed è oggetto di tutela in quanto strumento per realizzare l'utilità sociale, come dimostra l'art. 43 Cost.[11]: un limite, appunto connaturato alla libertà economica, che non attribuisce alla concorrenza, colta nella dimensione normativa europea, una posizione diversa da quella che essa occupa nel diritto interno[12].

Tuttavia, l'ordinamento europeo, negli artt. 107 ss. TFUE, espande nella dimensione eurounitaria il principio di non discriminazione delle imprese demandando alla Commissione europea la funzione di contribuire alla definizione di vere e proprie linee di politica industriale dei paesi membri[13]. Tale compito si fonda sugli specifici limiti eurounitari alle normative di incentivazione derivanti dall'art. 107, par. 1, TFUE, secondo cui "salvo deroghe contemplate dai trattati, sono incompatibili con il mercato interno, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza".

La disciplina sugli aiuti di Stato dettata dagli artt. 107-109 TFUE si caratterizza per una certa elasticità perché, dopo aver delineato gli aiuti "incompatibili" (e dunque senza ricorrere alla nettezza di un divieto), definisce gli aiuti compatibili (art. 107, par. 2, TFUE) e gli aiuti che "possono considerarsi compatibili" (art. 107, par. 3, TFUE); demanda al Consiglio la facoltà, "su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo", di dettare regolamenti fun-

---

[6] In argomento v. Contaldi, *Il significato attuale dell'economia sociale di mercato nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2018, 544 ss.

[7] Vi è una mole cospicua di contributi sul tema. V., tra i molti, E. del Prato, *Principi e metodo nell'esperienza giuridica. Saggi di diritto civile*, Giappichelli, 2018, i saggi alle pp. 1 ss., 91 ss., 109 ss., 137 ss.

[8] Miceli, *La funzione degli aiuti di Stato europei nella fiscalità del XXI secolo*, in *Studi Tributari Europei. Vol. 11*, 2021, 18.

[9] Cfr. Orlandi, *Le discriminazioni fiscali e gli aiuti di Stato nel diritto dell'Unione europea*, Aracne, 215 ss.

[10] Osserva Cassese (a cura di), *La nuova costituzione economica*, 6ª ed., Laterza, 2021, 56 che "in materia di aiuti, il trattato non pone un divieto (come per le intese). Dunque gli aiuti sono legittimi se rispettano la concorrenza (ciò che va accertato)".

[11] Lo evidenzia Luciani, *Gli aiuti di Stato nella Costituzione Italiana e nell'ordinamento Europeo*, in *Eurojus*, 2019, 64 ss., spec. 67 s., il quale rileva la copertura costituzionale della concorrenza in quanto connessa all'utilità sociale.

[12] Così Luciani, *Gli aiuti di Stato*, cit., 68, il quale sottolinea (nota 14) che "anche la giurisprudenza costituzionale è costante nell'affermare che il concetto nazionale di concorrenza coincide con quello comunitario".

[13] Così Tesauro, *Diritto dell'Unione Europea*, 6ª ed., Cedam, 2010, 800.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

zionali ad individuare le aree di incidenza degli aiuti di Stato e i criteri di valutazione della Commissione (art. 109 TFUE); consente, infine, al Consiglio, con deliberazione adottata all'unanimità, di derogare all'art. 107 o ai regolamenti di cui all'art. 109 TFUE in "circostanze eccezionali".

La giurisprudenza della Corte di Giustizia UE, sostanzialmente parafrasando l'art. 107, par. 1, TFUE, individua gli aiuti di Stato mediante quattro requisiti di grande ampiezza: che vi sia un "intervento dello Stato o effettuato mediante risorse statali"; che tale intervento sia "idoneo ad incidere sugli scambi fra Stati membri"; che esso si risolva nel "concedere un vantaggio selettivo al suo beneficiario"; che esso falsi o minacci "di falsare la concorrenza"[14].

Col regolamento 651/2014 del 17.6.2014 la Commissione ha adottato una disciplina di esenzione "per categoria", che è stato integrato dal Consiglio col regolamento 2015/1588 del 13.7.2015 delineando alcuni ambiti di esenzione per categoria dall'applicazione del regime sugli aiuti di Stato (art. 1) e demandando alla Commissione la facoltà di dichiarare, mediante regolamenti, le aree in cui gli aiuti sono ritenuti compatibili sia pure per un tempo determinato (art. 4). Tra queste spiccano alcune aree coincidenti con le "attività di interesse generale" in cui si esplica l'azione degli enti del Terzo settore: la ricerca, la tutela dell'ambiente, la formazione, la conservazione delle risorse biologiche del mate e di acqua dolce, lo sport. Ulteriori modifiche sono state adottate dalla Commissione con i regolamenti 2017/1084 del 14.7.2017 (relativo agli aeroporti, ai porti ed al campo di applicazione degli aiuti con finalità regionale)[15].

È diffusa, peraltro, l'opinione che la Commissione europea, che gode di ampia discrezionalità[16], abbia dato un'interpretazione alquanto "largheggiante" dell'art. 107, par. 1, TFUE, concorrendo ad alimentare qualche incertezza[17], a cui, tuttavia, essa ha inteso porre rimedio attraverso le comunicazioni. Tra queste rileva, ai nostri fini, in particolare la Comunicazione "sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'art. 107, paragrafo 1" del TFUE datata 19.7.2016 (2016/C 262/01), con cui la Commissione, "precisa in che modo" essa "intende" la disposizione citata "in base all'interpretazione della Corte di Giustizia e del Tribunale ('gli organi giurisdizionali dell'Unione')" e, illustrando come essa ritiene "che debba essere interpretata la nozione di aiuto di Stato" "riguardo ai temi sui quali tali organi non si sono ancora pronunciati", fermo restando che le posizioni espresse in tale comunicazione "non pregiudicano l'interpretazione della nozione di aiuto di Stato da parte degli organi giurisdizionali dell'Unione" (par. 3).

Se ne traggono alcuni dati di rilievo, che è opportuno sintetizzare.

a) "Le norme in materia di aiuti di Stato si applicano solo se il beneficiario di una misura è 'un'impresa'" (par. 6).

b) Perché si abbia aiuto di Stato "non è necessario che avvenga un trasferimento positivo di fondi", ma "è sufficiente una rinuncia a delle entrate statali" (par. 51)[18]; tuttavia "quando lo Stato agisce come soggetto regolatore può decidere legittimamente di non massimizzare le entrate che potrebbe ottenere senza ricadere nell'ambito di applicazione delle norme sugli aiuti di Stato, a condizione che tutti gli operatori interessati siano trattati conformemente al principio di non discriminazione e che vi sia un collegamento sostanziale tra il conseguimento della finalità normativa e la rinuncia a entrate" (par. 54).

c) "Non sono considerati rilevanti né la causa né lo scopo dell'intervento dello Stato,

ma solo gli effetti della misura sull'impresa" (par. 67) e "può costituire un vantaggio anche qualsiasi intervento che allevii gli oneri economici", con ciò intendendosi "qualsiasi riduzione degli oneri che normalmente gravano sul bilancio di un'impresa" (par. 68).

d) Qualsiasi compensazione di costi derivanti "dall'imposizione di un obbligo legale" e qualsiasi "sgravio di costi" possono costituire aiuto di Stato (par. 69)[19].

e) Perché "la compensazione dei costi sostenuti per la prestazione di servizi di interesse economico generale" sia sottratta alla qualificazione come aiuto di Stato occorrono "quattro condizioni cumulative" (par. 70):

- che "l'impresa beneficiaria" sia "effettivamente incaricata dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico" e che detti obblighi siano "definiti in modo chiaro";

- che "i parametri in base ai quali viene calcolata la compensazione" siano "previamente definiti in modo obiettivo e trasparente";

- che la compensazione non ecceda "quanto necessario per coprire interamente o in parte i costi originati dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico,

---

[14] V., tra le molte, Corte giust. UE, 23.1.2019, causa C-387/2017.

[15] Per una panoramica v. Luchena, in Id. e Raganelli, *Concorrenza e aiuti di Stato in Europa*, Giappichelli, 2022, 51 ss.

[16] In argomento v. Luchena, *Aiuti pubblici e vincoli comunitari*, Cacucci, 2006, 22 ss.; Id., in Luchena e Raganelli, *Concorrenza e aiuti di Stato in Europa*, cit., 71 ss. e spec. 96 ss. circa gli incentivi fiscali.

[17] Cfr. Luciani, *Gli aiuti di Stato*, cit., 70 e qui ulteriori riferimenti; Miceli, *La metamorfosi del divieto di aiuti di Stato nella materia tributaria*, in *Riv. dir. tributario*, 2015, I, 31 ss., spec. 35 s.; Ead., *Il divieto di aiuti di Stato nel contrasto ai* rulings *fiscali. Limiti ed opportunità*, in *Riv. dir. trib. internaz.*, 2021, 71 ss., spec. 88 ss.; diffusamente Ead., *The Role of State Aid in the European Fiscal Integration*, Torino, 2022, spec. 109 ss.

[18] V. sul punto A. Perego, *Il recupero dell'ICI non versata dagli enti non commerciali (anche religiosi). Presupposti ed esiti di una recente pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *www.statoechiese.it*, 2019, n. 26, spec. 12 ss.

[19] V. in proposito *ivi* , spec. 15 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

tenendo conto dei relativi introiti nonché di un margine di utile ragionevole";

- che, quando la scelta dell'impresa non è effettuata mediante un appalto pubblico, "il livello della necessaria compensazione" sia "determinato sulla base di un'analisi dei costi che un'impresa media (...) avrebbe dovuto sopportare per adempiere tali obblighi".

f) "Il criterio dell'operatore in un'economia di mercato dovrebbe essere applicato facendo astrazione da qualsiasi considerazione che derivi esclusivamente dal ruolo dello Stato membro come pubblica autorità (ad esempio, considerazioni di politica sociale, regionale o settoriale)" (par. 77) e, "per stabilire se l'intervento dello Stato sia conforme alle condizioni di mercato, occorre effettuare una valutazione ex ante, tenendo conto delle informazioni disponibili alla data in cui l'intervento è stato deciso" (par. 78);

g) Con riferimento alle misure fiscali sono dettate alcune indicazioni relative alle società cooperative (parr. 157-160), rilevando che esse (definite società cooperative "vere e proprie") "non possono essere considerate in una situazione di fatto e di diritto analoga a quella delle società commerciali e di conseguenza il loro trattamento fiscale preferenziale non può rientrare nel campo di applicazione delle norme sugli aiuti di Stato" purché esse "operino nell'interesse economico dei loro soci", "intrattengano con i soci una relazione non puramente commerciale, bensì personale particolare", "i soci partecipino attivamente all'attività economica" e "abbiano diritto ad un'equa ripartizione dei risultati economici" (par. 158);

h) Tuttavia, se "comparabile alle società commerciali, la società cooperativa in esame dovrebbe essere inclusa nello stesso quadro di riferimento delle società commerciali" (par. 159) [20].

i) L'attitudine dell'aiuto di Stato a falsare la concorrenza si configura "quando è in grado di migliorare la posizione concorrenziale del beneficiario nei confronti di altre imprese concorrenti" e "si riscontra di norma (...) quando lo Stato concede un vantaggio finanziario a un'impresa in un settore liberalizzato dove esiste, o potrebbe esistere, una situazione di concorrenza" (par. 187).

j) Ai fini dell'incidenza sugli scambi tra Stati membri "non è necessario dimostrare l'effettiva incidenza di tale aiuto sugli scambi tra Stati membri, ma basta esaminare se l'aiuto sia idoneo a incidere su tali scambi" (par. 190), "anche se il destinatario non partecipa direttamente a scambi transfrontalieri" (par. 191).

k) Tuttavia, tale incidenza "non può (...) essere semplicemente ipotizzata o presunta, ma devono essere accertate, in base agli effetti prevedibili, le ragioni per cui la misura falsa o minaccia di falsare la concorrenza ed è idonea a incidere sugli scambi tra gli Stati membri" (par. 195). In tale prospettiva sono stati ritenuti non rilevanti sostegni pubblici in favore di "strutture sportive e ricreative destinate prevalentemente a un bacino di utenza locale e non idonee ad attirare clienti o investimenti da altri Stati membri" (par. 197, lett. a) così come per "manifestazioni culturali ed enti culturali svolgenti attività economiche che tuttavia non rischiano di sottrarre utenti o visitatori a offerte analoghe in altri Stati membri" diversamente dai finanziamenti concessi "a istituzioni ed eventi culturali di grande portata e rinomati che si svolgono in uno Stato membro e che sono ampiamente promossi al di fuori della regione d'origine" (par. 197, lett. b).

Con queste indicazioni – selezionate tra le molte indicate nella comunicazione menzionata – possiamo cercare di considerare la portata del diritto "premiale" del Terzo settore segnatamente sotto il profilo tributario.

4. La complessa fiscalità del Terzo settore tra finalità solidaristiche, attività commerciale e attività non commerciale.

Che quello dettato per gli enti del Terzo settore sia un regime tributario "premiale" è cosa nota e indiscussa al punto che tutta la disciplina che ha preceduto l'emanazione del codice del Terzo settore e del d. legis. n. 112/2017 ne ha costituito il "tratto qualificante" [21], la cui ragion d'essere riposa sull'assenza di un fine di lucro e sull'utilità sociale costituita dallo svolgimento di attività di interesse generale.

La complessità di questo regime, da più parti sottolineata [22], non ha soddisfatto le aspettative alimentate dalla legge delega (l. 6.6.2016, n. 106), la quale indicava tra le finalità che la disciplina delegata avrebbe dovuto realizzare (art. 9, comma 1º, lett. a) "la revisione complessiva della definizione di ente non commerciale ai fini fiscali connessa alle finalità di interesse generale perseguite dall'ente e introduzione di un regime tributario di vantaggio che tenga conto delle fina-

[20] Tuttavia il par. 160 dispone che: "Le società cooperative possono beneficiare di una deroga secondo cui non sono tassate a livello societario se distribuiscono tutti gli utili ai propri soci e l'imposta viene riscossa in capo ai soci. In ogni caso, la riduzione dell'imposizione deve essere proporzionata e non eccedere i limiti di ciò che è necessario". Da ultimo Corte giust. UE, 7.7.2022 (cause riunite C-213/21 e C-214/21), ha ritenuto che anche la distribuzione di ristorni consente di espungere le cooperative sociali dal novero degli enti senza scopo di lucro ai fini della direttiva 2014/24/UE perché l'assenza di lucro consiste nel non poter "procurare alcun utile, neppure indiretto" ai membri.

[21] Così Consorti - Gori - Rossi, *Diritto del Terzo settore*, cit., 123.

[22] V., ad es., Consorti - Gori - Rossi, *Diritto del Terzo settore*, cit., 125 ss.; Ceolin, *Codice del Terzo settore, a norma dell'articolo 1, comma 2, lettera b), della legge 6 giugno 2016, n. 106*, nel *Commentario Scialoja-Branca*, Zanichelli, 2023, 364 ss.; un quadro specifico è offerto da Boletto, *Le imprese del terzo settore nel sistema di imposizione dei redditi: tra sussidiarietà orizzontale e concorrenza*, Giuffrè, 2020, 37 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

lità civiche, solidaristiche e di utilità sociale dell'ente, del divieto di ripartizione, anche in forma indiretta, degli utili o degli avanzi di gestione e dell'impatto sociale delle attività svolte dall'ente".

Si attendeva, pertanto, una sistemazione complessiva e organica del regime tributario degli ets e delle imprese sociali (anch'esse ets: cfr. l'art. 40, comma 1º, cts), che, invece, non è stata realizzata [23], causando alcuni problemi applicativi legati ad un sistema fiscale "a doppio binario" [24] perché "la distinzione fra enti commerciali ed enti non commerciali è rimasta immutata e gli ets rimangono in balia di una sorta di 'doppia vita'" [25]: sotto il profilo civilistico acquisiscono lo *status* di ets con l'iscrizione nel Runts (Registro unico nazionale del Terzo settore), mentre, nella prospettiva tributaria, soggiacciono a diversi regimi dettati per gli enti commerciali e per gli enti non commerciali, pur nella prevalenza del regime dettato dall'art. 79 cts, giacché le norme del d.p.r. 22.12.1986, n. 917 (TUIR) si applicano solo "in quanto compatibili" (art. 79, comma 1º, cts), demandando, così, all'interprete il compito, non sempre agevole, di individuare i criteri su cui fondare la compatibilità.

Del resto, è dato pacifico che un ente non lucrativo possa esercitare un'attività di impresa.

Ciò è insito nel caso delle imprese sociali, ma non è escluso per gli ets, la cui attività di interesse generale (art. 5 cts) può essere esercitata anche mediante un'impresa commerciale fermo restando lo scopo non lucrativo, che impedisce "la distribuzione, anche indiretta, di utili ed avanzi di gestione, fondi e riserve comunque denominate a fondatori, associati, lavoratori e collaboratori, amministratori ed altri componenti degli organi sociali" (art. 8, comma 2º, cts) [26].

La difficoltà di discernere la natura, commerciale o non commerciale, dell'attività esercitata emerge in correlazione con l'amplissimo ventaglio di aree in cui gli ets possono operare [27], sicché era opportuna un'indicazione di carattere oggettivo volta a delimitare il confine. Quest'ultimo è stato individuato dall'art. 79 cts nella gratuità dell'attività, nella percezione di corrispettivi che non superino i costi effettivi (comma 2º), nella percezione di ricavi che "non superino di oltre il 6 per cento i relativi costi per ciascun periodo d'imposta e per non oltre due periodi d'imposta consecutivi (comma 2º-*bis*, che il comma 5º sostanzialmente riprende assieme al comma 2º sempre per delimitare il confine) [28], nell'indicazione di un novero di attività, tra quelle indicate nell'art. 5 cts, considerate normativamente non commerciali (comma 3º), nell'esclusione di alcune entrate dalla formazione del reddito (commi 4º e 5º-*bis*), nella destinazione dell'attività delle associazioni del Terzo settore in favore dei propri associati e dei familiari conviventi con gli stessi "in conformità alle finalità istituzionali dell'ente" (comma 6º) [29].

Ne deriva che, in definitiva, il regime fiscale di ogni singolo ets non è dato una volta per tutte, né per il suo *status* né per l'attività esercitata, ma per "il rapporto tra costi effettivi e ricavi ottenuti con la singola attività", da un lato, e, dall'altro, per "il rapporto di prevalenza fra ricavi da attività commerciali e ricavi da attività non commerciali" [30], sicché esso viene determinato di volta in volta annualmente, con la conseguente possibilità di assoggettamento al regime fiscale delle imprese commerciali in base ai risultati della gestione, e la perdita del regime premiale nella sua interezza [31].

Questo orientamento restrittivo, come vedremo, deve essere tenuto in considerazione ai fini della valutazione circa il regime eurounitario degli aiuti di Stato. Se è vero, infatti, che questo complessivo sistema non risolve una volta per tutte il problema della distinzione tra attività commerciale e attività non commerciale perché impone una valutazione episodica ai fini dell'applicazione del regime premiale, è altrettanto vero che, scollegata da una qualifica formale e da uno *status* (il quale, in sé, potrebbe costituire una forma di immunità non giustificata dai fatti), la disciplina premiale troverebbe la sua ragion d'essere solo nella concreta ed effettiva preminenza dell'attività non commerciale, con ciò escludendo in radice la possibilità di configu-

---

[23] V., ad es., Boletto, *op. cit.*, 205 ss.

[24] Così Ceolin, *op. cit.*, 364.

[25] Consorti - Gori - Rossi, *op. cit.*, 125.

[26] In argomento v., tra i molti, di recente, Marasà, *La 'commercializzazione' degli enti del libro I del codice civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2023, 210 ss.

[27] Cfr. Boletto, *op. cit.*, 63 ss.

[28] Sottoposto al vaglio della Commissione europea ai sensi dell'art. 101, comma 10, cts., unitamente all'art. 80, in gran parte ad esso collegato, ed all'art. 86.

[29] L'area di applicazione di questa previsione coincide con le "associazioni di promozione sociale" (art. 35 cts), e tuttavia non si scorgono argomenti per circoscriverla esclusivamente agli enti che rispecchino la consistenza organizzativa dell'associazioni di promozione sociale.

[30] Così Consorti - Gori - Rossi, *op. cit.*, 129, i quali osservano che "questa incertezza impone agli amministratori una significativa capacità di programmare *ex ante* il volume dell'attività che l'ente vorrà svolgere, giacché è necessario formulare un giudizio prognostico sulla permanenza o meno nell'alveo degli enti non commerciali: l'uscita dalla categoria degli Ets non commerciali, infatti, può avere conseguenze molto pesanti sul piano economico e, soprattutto, opera con immediatezza", e 147.

[31] Non si applicheranno, dunque, gli artt. 79, comma 4º, 80, 82, commi 6º e 7º, d. legis. n. 117/2017. Si dubita anche dell'applicazione dell'art. 83, comma 6º.

Rilevano Consorti - Gori - Rossi, *op. cit.*, 131, che "dal complessivo sistema del diritto del Ts appare evidente come il regime giuridico preferenziale (e, conseguentemente, fiscale) dell'Ets commerciale sia quello dell'impresa sociale. Ciò si basa sul presupposto che l'Ets commerciale sia anche una impresa sociale *di fatto*". Tuttavia soggiungono che "molti enti si trovano in una zona intermedia fra gli Ets e le imprese sociali, con alcune attività di interesse generale svolte attraverso l'azione volontaria e altre più vocate a una strutturazione di impresa".

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

rare un aiuto di Stato non consentito dall'art. 107 TFUE.

Tuttavia, è opportuno valutare complessivamente il trattamento fiscale degli ets, considerando che sono ets anche le imprese sociali (che, infatti, l'art. 40 cts contempla per rinviare al d. legis. n. 112/2017), il cui regime tributario – dettato dall'art. 18, d. legis. n. 112/2017, la cui efficacia è anch'essa subordinata (comma 9º) all'autorizzazione della Commissione europea - è diversamente congegnato ed è testualmente coordinato col sostegno economico, come risulta dalla stessa rubrica dell'art. 18 ("misure fiscali e di sostegno economico").

In proposito, si è rilevato che, la disciplina delle imprese sociali, sul presupposto che esse concorrano alle spese pubbliche ai fini dell'art. 53 Cost., rispecchia appieno il principio di sussidiarietà orizzontale (art. 118, 4º commaº, Cost.) nella logica della sussidiarietà fiscale per cui è riconosciuta la funzione solidaristica del reddito dalle stesse prodotto.

Non altrettanto può dirsi, invece, del regime generale degli ets affidato all'art. 79 cts, perché, nonostante lo scopo non lucrativo e le finalità solidaristiche perseguite da tali enti, essi possono restar assoggettati al trattamento fiscale di qualsiasi impresa, pur concorrendo alla realizzazione di interessi generali così come le imprese sociali e gli ets non commerciali.

Da qui un distacco dal modello della sussidiarietà fiscale, quale emerge dagli artt. 3, 53 e 118, 4º comma, Cost. con la conseguente irragionevole disparità di trattamento, in contrasto con l'art. 3 Cost., legata alla sottoposizione a tassazione di utili che non rispecchiano capacità contributiva perché destinati a finalità solidaristiche e di utilità sociale [32].

5. L'area del Terzo settore e l'ambito degli aiuti di Stato.

A questo punto possiamo cercare di coniugare le considerazioni svolte per sondare la compatibilità del trattamento tributario premiale degli ets con il quadro eurounitario in materia di aiuti di Stato, dove è fuori discussione l'operatività delle limitazioni agli aiuti di Stato anche per gli enti non lucrativi, che, del resto, gli artt. 101, comma 10, cts e 18, comma 9, d. legis. n. 112/2017 hanno dato per scontata.

In assenza della previsione di specifiche competenze in materia di enti non lucrativi istituite dal TUE e dal TFUE [33], la relativa attribuzione resta ai singoli Stati membri sulla base del principio di sussidiarietà verticale o istituzionale (art. 5 TUE). E tuttavia l'incidenza della dimensione normativa europea si spiega in relazione allo svolgimento di attività imprenditoriali –pacificamente esercitabili da enti *non profit* – a cui la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE ha costantemente dato rilievo a prescindere dalla natura del soggetto esercente [34].

In proposito, è utile muovere da una non recente decisione della Corte di Giustizia UE [35], pronunciata sulle agevolazioni tributarie concesse alle cooperative di produzione e lavoro dal d.p.r. 29.9.1973, n. 601, la quale ha ritenuto che esse possono configurare aiuto di Stato "solamente nel caso in cui tutte le condizioni di applicazione" dell'art. 87, n. 1 CE (ora 107 TFUE) "siano soddisfatte" [36]. Di conseguenza, la Corte ha rimesso al giudice nazionale di "valutare nello specifico il carattere selettivo delle esenzioni fiscali di cui trattasi, nonché la loro eventuale giustificazione alla luce della natura o della struttura generale del sistema tributario nazionale nel quale si inseriscono, stabilendo, segnatamente, se le società cooperative di cui alle cause principali si trovino di fatto in una situazione analoga a quella di altri operatori costituiti in forma di società a scopo di lucro e, qualora, ciò si verificasse, se il trattamento fiscale più favorevole riservato alle menzionate società cooperative sia, da un lato, inerente ai principi fondamentali del sistema impositivo vigente nello Stato membro interessato e, dall'altro, conforme ai principi di coerenza e proporzionalità" [37].

In definitiva, l'attitudine del regime premiale a fal-

---

[32] In questo senso Consorti - Gori - Rossi, *op. cit.*, 148. I profili costituzionali sono ampiamente trattati da Boletto, *op. cit.*, 181 ss.

[33] Peraltro, il 17.2.2022 il Parlamento europeo ha approvato una risoluzione con cui chiede alla Commissione di presentare, ai sensi dell'art. 114 TFUE, una proposta di direttiva volta a introdurre "norme minime comuni" per le organizzazioni non lucrative nell'Unione europea. In argomento v. Pesticcio, *Organizzazioni senza scopo di lucro: l'Europa spinge per una Statuto europeo*, in *Cooperative. Enti non profit*, 2022, 25 ss.

[34] Un soggetto che "esercita un'attività economica, offrendo beni e servizi su un determinato mercato, a prescindere dallo *status* giuridico e dalle sue modalità di finanziamento": così Corte giust. CE, 10.1.2006 (causa C-222/04), ma già Corte giust. CE, 23.4.1991 (causa C-41/90). In argomento v. An. Fusaro, *Gli Enti del Terzo Settore. Profili civilistici*, cit., 22 s.; Castorina, *Le formazioni sociali del terzo settore: la dimensione partecipativa della sussidiarietà*, in *Riv. Associaz. ital. Costituzionalisti*, 2020, 355 ss. spec. 368 ss.

[35] Corte giust. UE, 8.9.2011 (cause riunite da C-78/08 a C-80/08).

[36] Una conclusione analoga, cioè volta ad accertare di volta in volta la concreta natura dell'attività, di impresa o meno, degli enti beneficiari di aiuti di Stato è stata formulata anche in materia di fondazioni bancarie, là dove l'aiuto di Stato poteva ricondursi alla titolarità di una partecipazione azionaria (Corte giust. UE, 10.1.2006 (causa C-222/04).

Peraltro la Commissione europea, con la decisione del 23.8.2002, aveva escluso che talune agevolazioni fiscali introdotte in Italia in favore di fondazioni bancarie fossero soggette al regime degli aiuti di Stato in quanto "l'attività di gestione del proprio patrimonio e di utilizzazione dei proventi per l'erogazione di contributi ad enti senza scopo di lucro non è un'attività economica", sicché "le fondazioni bancarie non sono qualificabili come imprese ai sensi delle norme comunitarie".

[37] La necessità di un accertamento specifico circa la natura dell'attività esercitata è attestata anche dalla giurisprudenza nazionale in tema di agevolazioni fiscali: v., in tema di fondazioni bancarie, Cass. civ., 11.8.2020, n. 16906.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

sare la concorrenza – che attiene all'indagine circa l'analogia con le società lucrative – non è, da sola, sufficiente a configurare un aiuto di Stato incompatibile col diritto eurounitario, ma va apprezzata in correlazione ai principi che improntano il sistema impositivo nazionale nonché alla coerenza e alla proporzionalità [38].

Ai fini della natura selettiva degli aiuti – cioè l'attitudine a favorire "talune imprese o talune produzioni" [39] – distorcendo la concorrenza negli scambi tra Stati membri dell'Unione "non è necessario dimostrare un'incidenza effettiva dell'aiuto di cui trattasi sugli scambi tra gli Stati membri e un'effettiva distorsione della concorrenza, ma basta esaminare se tale aiuto sia idoneo a incidere su tali scambi e a falsare la concorrenza" [40]. Pertanto, "non è necessario che l'impresa beneficiaria dell'aiuto partecipi direttamente agli scambi intracomunitari" perché "l'attività sul mercato nazionale può risultarne mantenuta o incrementata, con conseguente diminuzione delle possibilità per le imprese con sede in altri Stati membri di penetrare nel mercato di tale Stato membro" [41].

Se la dimensione spaziale è superabile da questa constatazione, resta però la rilevanza della coerenza con i principi del sistema impositivo nazionale e la proporzionalità [42], la quale, pur costituendo un criterio elastico, fornisce un indice in base a cui valutare la ragionevolezza di immunità e discriminazioni. Questo appare il terreno su cui collocare il tema della compatibilità del regime fiscale degli ets con il mercato europeo, tenendo presente che la presentazione del fenomeno come un mero divieto non ne rispecchia la sostanza quale emerge dai dati normativi (artt. 107-109 TFUE e correlative disposizioni).

Collocata in tale prospettiva, la questione è da affrontare, per un verso, tenendo conto degli indirizzi di matrice eurounitaria, ma, per altro verso, dei principi e delle norme di diritto interno, segnatamente di rango costituzionale.

Sul piano eurounitario, è opportuno ricordare che il Comitato economico e sociale europeo (CESE) [43] in un parere del 26.10.2011 ha sottolineato che le imprese sociali svolgono una funzione eminentemente solidaristica, pur nella varietà delle forme giuridiche adottate, di modo che esse rappresentano un aspetto di rilievo della cosiddetta economia sociale. Infatti, pur operando nel mercato in modo imprenditoriale, destinano gli utili "principalmente alla realizzazione di obiettivi sociali" e non si caratterizzano per un fine lucrativo in quanto non distribuiscono i profitti generati, i quali vengono destinati alla missione sociale [44].

Anche la Comunicazione della Commissione del 19.7.2016 (2016/C 262/01), prima richiamata, ha individuato il criterio per escludere che la rinuncia ad entrate statali costituisca aiuto di Stato nel fatto che "tutti gli operatori interessati siano trattati conformemente al principio di non discriminazione e che vi sia un collegamento sostanziale tra il conseguimento della finalità normativa e la rinuncia a entrate" (par. 54) indicando, inoltre, i requisiti affinché "la compensazione dei costi sostenuti per la prestazione di servizi di interesse economico generale" (e ciò vale, pertanto, *a fortiori*, per i servizi di interesse generale non economico) sia sottratta all'area in questione (par. 70) [45].

Relativamente alla proporzionalità del vantaggio di indole fiscale la Corte di Giustizia UE, sottolinea che il carattere discriminatorio di un trattamento fiscale presuppone "situazioni di fatto e di diritto paragonabili" [46], mentre la proporzionalità di un vantaggio selettivo si commisura all'obiettivo della misura ed è tale se "non eccede i limiti di ciò che è necessario per raggiungere tale obiettivo" e "quest'ultimo non potrebbe essere raggiunto attraverso misure di portata minore" [47].

Tale considerazione, sul versante del diritto interno,

---

[38] È di qualche interesse notare che, nelle fattispecie esaminate, era in considerazione anche l'abuso della forma della società cooperativa allo scopo di beneficiare, ingiustificatamente, di vantaggi fiscali. Si legge nella pronuncia della CGUE in esame (punto 27): "Il giudice del rinvio osserva che solo grazie all'intervento della Polizia tributaria è emerso che le società cooperative di cui alle cause principali non perseguivano una finalità mutualistica, contrariamente allo loro affermazioni e a quanto previsto dai rispettivi statuti, mentre gli organi di vigilanza preposti a garantire il rispetto delle condizioni relative allo scopo mutualistico richieste dalla normativa italiano non sono stati in grado di svelare siffatta anomalia. Orbene, simili falle del sistema di vigilanza sarebbero idonee a facilitare gli abusi in sede di applicazione dei criteri che consentono alle società cooperative di godere di un regime impositivo più favorevole".

[39] È da notare, peraltro, che non si rintracciano pronunce in cui emerga una distinzione tra "imprese" e "produzioni", in quanto è costante il riferimento all'attività imprenditoriale. Pertanto, il termine "produzioni" non istituisce una demarcazione dalle imprese quanto piuttosto la caratterizzazione di un complesso di imprese per il tipo di produzione che esercitano, cioè individua un settore economico a prescindere dai modelli organizzativi di impresa.

[40] Così Corte giust. UE, 8.9.2011 (cause riunite da C-78/08 a C-80/08), punto 78.

[41] Corte giust. UE, 8.9.2011 (cause riunite da C-78/08 a C-80/08), punto 80. Cfr. in proposito i parr. 190, 191, 195 e 197 della Comunicazione della Commissione del 19.7.2016 (2016/C 262/01) richiamati in precedenza.

[42] V. da ultimo Corte giust. UE, grande sez., 6.10.2021, n. 52 (causa C-52/19 P).

[43] Esso è un organo consultivo dell'Unione europea formato da rappresentanti delle organizzazioni dei lavoratori, dei datori di lavoro e di altri gruppi di interesse, il quale formula pareri per la Commissione, il Consiglio e il Parlamento europei.

[44] Ne riferisce Castorina, *op. cit.*, 368.

[45] Sintetizzato nel testo *supra*, nel par. 3.

[46] Sicché l'"esame della questione se una tale misura presenti carattere selettivo coincide quindi, in sostanza, con quello se tale misura si applichi ad un insieme di operatori economici in maniera non discriminatoria": così, nella massima, Corte giust. UE, grande sez., 6.10.2021, n. 52 (causa C-52/19 P).

[47] Così Corte giust. UE, grande sez., 6.10.2021, n. 52 (causa C-52/19 P), punto 121, la quale richiama la citata sentenza dell'8.9.2011.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

porta a valorizzare il fatto che gli ets sono soggetti rappresentativi della società solidale, come tali costituenti sul territorio una rete capillare di vicinanza e solidarietà, sensibile in tempo reale alle esigenze che provengono dal tessuto sociale, tali da produrre effetti positivi sia in termini di risparmio di risorse che di aumento della qualità dei servizi e delle prestazioni erogate a favore della società del bisogno. Conseguentemente, tale fenomeno rappresenta "una delle più significative attuazioni del principio di sussidiarietà sociale, valorizzato dall'art. 118, comma 4, Cost." che "identifica un ambito di organizzazione delle libertà sociali non riconducibile né allo Stato, né al mercato, ma a quelle forme di solidarietà che, in quanto espressive di una relazione di reciprocità, devono essere ricomprese tra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico, riconosciuti, insieme ai diritti inviolabili dell'uomo, come base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal costituente"[48].

La Consulta ne ha tratto la conclusione che "agli enti che fuoriescono da tale perimetro legale", cioè quelli che non sono ets, "non possono essere riferibili le medesime forme di coinvolgimento previste dall'art. 55 cts: esiste una stretta connessione tra i requisiti di qualificazione degli ets e i contenuti della disciplina del loro coinvolgimento nella funzione pubblica"[49].

Questa forte correlazione con la funzione pubblica[50], sia pure attraverso modelli di diritto privato, che si manifesta nell'espletamento di attività di interesse generale porta a declinare il principio di sussidiarietà nella dimensione fiscale, nel quadro costituzionale delineato dagli artt. 3, 53 e 118, 4º comma, Cost., che giustifica, nel parametro della proporzionalità, il trattamento tributario premiale previsto per gli ets perché volto a favorirne lo svolgimento non lucrativo (art. 8 cts).

Un dubbio, piuttosto –come è stato evidenziato[51]– emerge nel fatto che il "doppio binario" tributario, di cui si è detto, previsto per tutti gli ets ad eccezione che per le imprese sociali, introduce una diversità di disciplina della cui ragionevolezza è dato dubitare.

[48] Così Corte cost., 26.6.2020, n. 131, con specifico riguardo all'ambito di applicazione dell'art. 55 cts, il quale regola il "coinvolgimento degli enti del Terzo settore" nell'esercizio delle funzioni pubbliche "in attuazione dei principi di sussidiarietà, cooperazione, efficacia, efficienza ed economicità, omogeneità, copertura finanziaria e patrimoniale". Sul punto v. Gori, *La "saga" della sussidiarietà orizzontale. La tortuosa vicenda dei rapporti fra Terzo settore e P.A.*, in *Federalismi*, 2020, 179 ss., spec. 189; Renna, *La dimensione contrattuale nel codice del Terzo settore italiano*, in *Actualidad Juridica Iberoamericana*, 2022, 1802 ss., spec. 1812 ss.; in ambito tributario Boletto, *op. cit.*, 191 ss.

[49] Così ancora Corte cost., 26.6.2020, n. 131.

[50] V., con riguardo al partenariato pubblico-privato Raganelli, in Luchena - Raganelli, *Concorrenza e aiuti di Stato in Europa*, cit., 201 ss.

[51] Da Consorti - Gori - Rossi, *op. cit.*, 149.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Sull'incerto rapporto fra inventario e dichiarazione di accettazione beneficiata

di Luca Ballerini*

SOMMARIO: 1. Introduzione e delimitazione del tema. – 2. Disciplina e lineamenti essenziali dell'accettazione beneficiata. – 3. Modo di intendere l'accettazione beneficiata nel precedente contesto normativo. – 4. Codice del 1942 e asserita duplicità di dichiarazioni integranti l'accettazione beneficiata. – 5. Unità del contegno dichiarativo e supposto concorso causale dell'inventario successivo. – 6. Dichiarazione di accettazione beneficiata e sua efficacia piena, ma precaria, in mancanza delle operazioni inventariali.

1. Introduzione e delimitazione del tema.

Non è dubbia l'importanza di stabilire con sicurezza, rispetto a qualsiasi vicenda successoria, quando un soggetto delato possa considerarsi erede, ma anche, in subordine, invocare il beneficio di inventario. Non lo è, a maggior ragione, se la delazione ricade su individui bisognosi di tutela, sprovvisti di piena capacità legale di agire, come minori, inabilitati e interdetti giudiziali. Eppure, con riguardo all'accettazione beneficiata, l'analisi dei repertori e un sommario esame della produzione scientifica confermano, come dato allarmante, la persistenza di gravi incertezze interpretative.

Lasciando qui impregiudicato il trattamento dei corpi morali, rispondente alla norma dell'art. 473 cod. civ., le maggiori perplessità si registrano, con l'indicata delimitazione di prospettiva, qualora la dichiarazione di accettazione beneficiata, resa in tempo utile e nel rispetto dell'imposta forma solenne, non sia preceduta o accompagnata dalla confezione di un inventario tempestivo, ancóra possibile (sulla successione degli enti, volutamente trascurata, si rinvia a G. PERLINGIERI, 102 ss.; G. GABRIELLI, 225 ss., *infra*, *Nota bibl.*). Non a caso, riferendosi agli evocati soggetti incapaci, la Cassazione ha recentemente promosso l'intervento nomofilattico delle Sezioni Unite, registrando un conclamato dissidio, riconducibile alla giurisprudenza di legittimità, in relazione al modo di intendere l'accettazione con beneficio di inventario (CASS. CIV., 13.12.2023, n. 34852, ord., in *Dejure*). Nel dettaglio, la questione ritenuta meritevole di composizione definitiva è se la dichiarazione realizzata in favore di tali persone, ai sensi dell'art. 484, comma 1º, cod. civ., sia sufficiente a renderle eredi beneficiati o, in mancanza di sollecite operazioni inventariali, il suo compimento ne lasci immutata l'originaria posizione di semplici delati, senza obliterare la possibilità di rinunciare all'eredità, entro un anno dalla maggiore età o dal completo recupero della capacità legale.

Al netto delle specificità associate all'ipotesi dell'individuo minore, inabilitato o interdetto giudizialmente, dipendenti dalle previsioni degli artt. 471 s. e 489 cod. civ., un analogo ordine di problemi, concernente la struttura e le conseguenze giuridiche dell'accettazione beneficiata, si pone in termini più generali. Non si tratta di inezie teoriche, come confermato da una nutrita serie di provvedimenti giurisprudenziali, numerosi essendo i connessi aspetti di sicura rilevanza pratica: *aditio hereditatis* e potere di rifiutare la delazione; responsabilità per i debiti ereditari e relativa ampiezza; prova riguardante l'intervenuta successione, come l'accesso al beneficio di inventario; distribuzione del pertinente carico probatorio, soprattutto, ma non solo, nelle controversie instaurate tra l'asserito successore e i creditori del defunto; rapporti interni, di indole oppositiva, fra costoro e i creditori personali del primo.

È auspicabile, dunque, che la Suprema Corte restituisca al più presto, con l'autorità delle Sezioni Unite, il sollecitato chiarimento, certamente utile, sebbene riferito alla peculiare ipotesi ricordata, per incoraggiare una più uniforme applicazione delle norme raccolte negli artt. 484 ss. cod. civ. Ma, in attesa di un così alto responso, giova ricostruire i diversi orientamenti emersi, anche in dottrina, sulla correlazione esistente fra operazioni inventariali e dichiarazione di accettazione beneficiata.

2. Disciplina e lineamenti essenziali dell'accettazione beneficiata.

A rigore, ben prima di procedere con la rassegna programmata, occorre sottolineare, riprendendo un dato già accennato, che la disciplina dell'accettazione beneficiata si articola diversamente, secondo le condi-

* **Contributo pubblicato in base a *referee*.**

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

zioni del delato, come la capacità legale di agire e l'immissione nel possesso di beni ereditari.

I delati pienamente capaci sono liberi di scegliere se accettare l'eredità in modo puro e semplice, anche sulla base di adeguati comportamenti concludenti, o con il beneficio di inventario. Ma, nei loro confronti, la legge stabilisce precisi termini per compiere la dichiarazione di accettazione beneficiata e le connesse operazioni di inventario, la cui ampiezza, come le ricadute della loro inosservanza, dipende dalla sussistenza o no dell'indicata situazione possessoria (artt. 485 e 487 cod. civ.).

All'opposto, con riguardo a minori, inabilitati e interdetti giudiziali, le norme degli artt. 471 s. cod. civ. configurano l'accettazione beneficiata, sorretta da idonea autorizzazione preventiva, come l'unico modo di adire l'eredità, per il tramite del legale rappresentante o in proprio, sia pure con l'assistenza del curatore. Non è quindi ammissibile, rispetto a simili individui, un'accettazione tacita o bensì espressa, ma pura e semplice; né è immaginabile, come generalmente si insegna, un'accettazione c.d. «legale» o «legalmente tipizzata».

Il vincolo così imposto è giustificato da una chiara esigenza di tutela, garantita dal beneficio di inventario, specie in ordine ai rischi, non trascurabili, di un'eventuale *hereditas damnosa*. L'espressione più intensa di tale beneficio è infatti, assecondando l'impostazione dominante, che l'erede beneficiato subentra nei debiti del defunto, integralmente o *pro quota*, ma di essi, come di ogni peso ereditario, risponde nei limiti dell'attivo ricevuto: cioè, per riprendere la terminologia classica, «*intra vires* (e *cum viribus*) *hereditatis*».

La stessa logica di fondo ispira un'altra regola, meritevole di considerazione. Mentre l'ordinario erede beneficiato, legalmente capace di agire, decade dal beneficio conseguito, trascurando gli adempimenti imposti o come sanzione di comportamenti specifici, quello minore, inabilitato o interdetto giudizialmente non può perderlo, per analoghe ragioni, una volta conquistato e nelle more della sua incapacità legale. Semmai, la decadenza del secondo, originariamente incapace, si può verificare in seguito, dopo l'acquisto o il recupero della capacità piena, se tali adempimenti, rimasti negletti, non sono da lui curati in proprio, regolarizzando la situazione, entro un anno dal momento della guadagnata o ritrovata autonomia giuridica (art. 489 cod. civ.). Anzi, come anticipato, è opinione comune che le norme degli artt. 485 e 487 cod. civ., impositive di scadenze brevi, siano inapplicabili alle evocate categorie di incapaci (meno certo, per la verità, è se il loro stato sia incompatibile con il disposto dell'art. 487, ultimo co., cod. civ.). Se l'atto di accettazione, formalmente idoneo e rivolto a vantaggio di minori, inabilitati o interdetti giudiziali, non è preceduto dalle operazioni di inventario, si ammette infatti, anche in rapporto alle operazioni medesime, l'operatività della più mite disposizione dell'art. 489 cod. civ.: nel rispetto dell'ordinario termine prescrizionale, condizionato dal modo di intendere il nesso fra i due adempimenti, e salvo il coordinamento con la previsione dell'art. 481 cod. civ., diffusamente ritenuta applicabile, l'inventario si può iniziare e concludere, al massimo, entro il limite temporale stabilito dal primo enunciato normativo; dunque, potenzialmente, ben oltre la situazione di perdurante incapacità legale.

Ma, qualunque sia la condizione personale del chiamato, la struttura dell'accettazione beneficiata non cambia più di tanto. La legge prescrive, in ogni caso, una dichiarazione solenne, ricevuta da notaio o da cancelliere territorialmente competente, tendente a manifestare, con il suo minimo nucleo essenziale, la volontà di raccogliere una delazione attuale. Si richiede inoltre, con sicura incidenza sul piano effettuale, la redazione dell'inventario, anteriore o successiva a un simile contegno dichiarativo.

Si noti, per inciso, che la dichiarazione di accettazione beneficiata è soggetta a segnalazione pubblicitaria (artt. 484, 2648 e 2685 cod. civ.). Eppure, in base all'orientamento prevalente, la sua pubblicità non ha una valenza «costitutiva», come usa dirsi, e rimane estranea al discorso intrapreso. Vengono quindi in rilievo due fatti giuridici, nonché, in relazione di possibile causalità immediata o differita, una coppia di effetti finali: da un lato, l'evocato atto dichiarativo e il materiale compimento delle operazioni inventariali; dall'altro, l'adizione dell'eredità e il beneficio di inventario, per tale intendendo, con locuzione di sintesi, l'insieme di conseguenze previste dall'art. 490 cod. civ., riconducibili a un fenomeno di c.d. «separazione patrimoniale». Si tratta di comprendere, insomma, come simili fatti interagiscano fra loro, in funzione giustificativa o conservativa degli effetti ricordati.

Ora, secondo la recente ordinanza interlocutoria della Cassazione, la giurisprudenza di legittimità oscilla, in proposito, fra due poli estremi: un'impostazione più risalente, che riconosce alla dichiarazione di accettazione beneficiata una piena idoneità effettuale, a prescindere dalla confezione dell'inventario, concependo la tempestiva realizzazione di tale ultima operazione, successiva in ordine cronologico, come un mero fatto impeditivo della decadenza dai vantaggi accordati *ex* art. 490 cod. civ.; una costruzione radicatasi con singolare tenacia, in epoca relativamente recente, che ravvisa nell'accettazione medesima una «fattispecie complessa, a formazione progressiva», assegnando alla prescritta opera di inventariazione il diverso ruolo, positivo, di co-elemento necessario per la produzione delle riferite conseguenze giuridiche o di una parte di esse. Ma, rispetto a questa contrapposizione elementare, lo studio della materia rivela un quadro ben più articolato, ricco di sfumature e di soluzioni intermedie.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

3. Modo di intendere l'accettazione beneficiata nel precedente contesto normativo.

La ricostruzione più antica, sviluppata dai commentatori del cod. civ. 1865, configura l'accettazione beneficiata come una dichiarazione unitaria, resa con riserva o sotto condizione, l'unica tollerata, in deroga alla regola attualmente enunciata dall'art. 475, comma 2º, cod. civ. (Degni, 3; N. Coviello, 117, Betti, 235, nonché, in relazione all'esperienza francese, Marcadé, 175, tutti *infra*, *Nota bibl.*). A incoraggiarla, nel precedente contesto normativo, è stato il precetto dell'art. 955 cod. civ. 1865, riguardante la forma e la pubblicità della dichiarazione in rassegna. Con formula involuta, mutuata dal codice napoleonico, esso menzionava un atto dichiarativo del delato, orientato a manifestare la volontà di non conseguire il titolo di successore universale, «se non col beneficio di inventario». Si è osservato allora, parafrasando la disposizione abrogata, che l'accettante intenzionato a guadagnare la posizione di erede beneficiato dichiara di raccogliere la delazione ricevuta, rispettando le formalità prescritte, a condizione di acquisire una limitata responsabilità per i debiti ereditari (Ricci, 88, *infra*, *Nota bibl.*).

È chiaro che il riferimento a una condizione dell'accettazione, volontaria e di indole sospensiva, costituisce l'ideale punto di appoggio per la teoria della fattispecie a formazione progressiva. Si insegna, infatti, che l'evento sospensivamente condizionante trova utile collocazione, come elemento futuro e accidentale, fra l'atto condizionato e i perseguiti effetti finali, dando luogo a un ciclo formativo c.d. «esterno» (Falzea, 177 ss., *infra*, *Nota bibl.*).

Ma i sostenitori dell'opinione riferita non specificano la natura della condizione ipotizzata, né il genere di conseguenze interessate dall'asserito condizionamento (di «*condicio iuris*», non sospensiva, discorre App. Parma, 18.7.1865, in *Legge*, 1865, 327). Si aggiunga che, attenendosi alla piana e più comune enunciazione di tale opinione, l'elemento condizionante è rappresentato dal godimento dei benefici spettanti all'erede beneficiato, non da un fatto oggettivo, proiettato nel futuro, come la tempestiva redazione dell'inventario, qualora la dichiarazione di accettazione sia stata compiuta in precedenza. Molto probabilmente, dunque, la proposta immagine del negozio condizionato ha il limitato scopo di sottolineare, senza eccessive pretese di rigore tecnico, che il dichiarante non intende diventare erede puro e semplice (a un'«autolimitazione» della volontà, simile all'operare di un termine o di una condizione volontaria, accenna Natoli, 130, *infra*, *Nota bibl.*). Certo, insistendo sul profilo volontaristico, nessuno si è mai spinto a sostenere, rispetto all'accettazione beneficiata, che l'adizione dell'eredità non si verifica o viene meno, sempre e comunque, rispettivamente se l'accettante non ottiene i vantaggi auspicati o li perde, dopo il loro conseguimento, per intervenuta decadenza dal beneficio di inventario. Semmai, sotto l'imperio del codice previgente, una parziale interferenza fra il supposto condizionamento e la vicenda successoria è stata prospettata, in via incidentale, occupandosi di un problema collegato all'interpretazione dell'art. 957 cod. civ. 1865.

Seguendo l'esempio della legislazione francese, la soppressa norma di diritto interno escludeva che la dichiarazione di accettazione beneficiata producesse effetti in mancanza di un inventario tempestivo, precedente o successivo. Non si dubitava, dunque, che le prescritte operazioni di inventariazione costituissero, con riguardo a tale contegno dichiarativo, un presupposto o un requisito legale di efficacia. Eppure, la disposizione abrogata lasciava scoperto un certo margine di incertezza. Ben spesso si riconosceva, infatti, che l'indicata dichiarazione solenne, rimasta disgiunta dall'inventario, non bastasse a conquistare i vantaggi riservati all'erede beneficiato. Non era altrettanto pacifico, però, se lo stesso rapporto di subordinazione valesse, in linea di priorità logica, anche per l'adizione dell'eredità: cioè, immaginando l'anteriorità dell'accettazione, rispetto alla confezione dell'inventario, ci si domandava, specie in caso di inutile decorso dei termini assegnati per il secondo adempimento, se l'accettante conservasse la posizione di semplice chiamato alla successione, con la connessa possibilità di rifiutare la delazione pendente, o dovesse qualificarsi, piuttosto, come erede puro e semplice.

Il medesimo interrogativo è stato affrontato dagli interpreti del codice napoleonico, orientandosi a favore della seconda conclusione (Demolombe, 55, *infra*, *Nota bibl.*). Ma quel codice stabiliva, nel suo disegno originario e relativamente alle persone fisiche in stato di capacità piena, i termini ordinari per realizzare l'inventario, prima, nonché la dichiarazione di accettazione beneficiata, poi, a prescindere dal possesso dei beni ereditari e senza indicare precise conseguenze in ordine alla loro inosservanza. Anzi, la normativa d'oltralpe accennava alla possibilità di compiere tale accettazione, nonostante l'infruttuosa scadenza del tempo assegnato, da parte del chiamato che non avesse realizzato alcun atto in qualità di successore, né fosse stato condannato, con sentenza passata in cosa giudicata, come erede puro e semplice. Salve le eccezioni ritagliate in favore dei soggetti incapaci, espressamente o con opportuno sforzo ermeneutico, le disposizioni degli artt. 959 ss. cod. civ. 1865 prevedevano, invece, che analoghi limiti temporali si applicassero solo al delato immesso nel materiale possesso di beni ereditari, imponendo di reputarlo erede puro e semplice, dopo il vano decorso del termine associato alla redazione dell'inventario, indipendentemente, come pure si spiegava, dall'eventuale, precedente accettazione beneficiata (N.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Coviello, 182 s.). Non esisteva, del resto, una regola simile a quella dettata, oggi, dall'art. 487, comma 2º, cod. civ. Mancando, dunque, l'enunciata situazione possessoria, il successibile conservava la più ampia libertà, relativamente al compimento degli atti che qui interessano e nel rispetto del perimetro tracciato dalla disciplina della prescrizione, se l'autorità giudiziaria non imponeva termini specifici, ai sensi dell'art. 962 cod. civ. 1865 (così Losana, 207 s., *infra*, *Nota bibl.*).

Ora, secondo un orientamento, l'atto dichiarativo di accettazione, anche beneficiata, comportava sempre, come esito irretrattabile, l'immediata *aditio hereditatis*, in ragione del suo valore impegnativo (Madia, 17; Paoli, 242 s.; Pacifici-Mazzoni, 299, tutti *infra*, *Nota bibl.*). Si osservava inoltre, in questa prospettiva, che l'accettazione beneficiata, apparentemente unitaria, si compone, in realtà, di due elementi concorrenti, idealmente scindibili: la dichiarazione tendente a raccogliere la delazione ricevuta e una "riserva", ancillare, per il beneficio di inventario (tratteggia un'analoga distinzione, limitatamente al caso dei soggetti incapaci, Butera, 625, *infra*, *Nota bibl.*). Ai sensi dell'art. 957 cod. civ. 1865, solo tale ultimo elemento secondario, non l'altro, principale, avrebbe dovuto ritenersi subordinato, sul piano dell'efficacia giuridica, alla tempestiva realizzazione delle operazioni inventariali. Così, se l'inventario non fosse stato redatto, specie in tempo utile, la citata "riserva" sarebbe rimasta irrilevante, impedendo l'auspicato effetto di separazione patrimoniale, ma, operando comunque l'adizione dell'eredità, l'accettante, in possesso o no dei beni ereditari, avrebbe dovuto qualificarsi come erede puro e semplice (Losana, 210 s., che sembra ammettere, dunque, come l'accettazione beneficiata comportasse, in ogni caso e indipendentemente dalla compiuta opera di inventariazione, l'immediato perfezionamento della vicenda successoria).

La conclusione opposta è stata difesa, invece, sul presupposto che l'accettazione beneficiata integrasse una dichiarazione unica e indivisibile, i cui effetti finali, compresa l'*aditio hereditatis*, erano sottoposti, per intero, al vincolo di subordinazione istituito dalla norma dell'art. 957 cod. civ. 1865 (N. Coviello, 180; Ricci, 88; Cimbali, 441 s., *infra*, *Nota bibl.*). Ma, a ulteriore conferma del fatto che l'autore di tale accettazione conservasse la posizione di mero chiamato all'eredità, sino alla realizzata confezione dell'inventario, si insisteva anche, riprendendo le considerazioni esposte in precedenza, sull'asserita natura "condizionata" dell'atto stesso: cioè, avendo manifestato l'intenzione di non assumere la veste di erede puro e semplice, quel soggetto non avrebbe potuto conseguirla contro la sua volontà, in difetto della prescritta opera inventariale, salvo quanto disposto dall'art. 960 cod. civ. 1865, con riferimento al delato in possesso di beni ereditari, come forma di lata sanzione per l'inosservanza del termine prescritto (N. Coviello, 180; Ricci, 88; ma v. pure Cimbali, 442, che osserva, nel tentativo di spiegare il trattamento riservato al delato stesso, come il reiterato possesso di simili beni fosse legalmente equiparato, dopo l'inutile scadenza del tempo assegnato per la redazione dell'inventario, a una *pro herede gestio*).

4. Codice del 1942 e asserita duplicità di dichiarazioni integranti l'accettazione beneficiata.

Il legislatore del 1942 non ha riprodotto, nel cod. civ. vigente, la norma dell'art. 957 cod. civ. 1865. Sono state invece confermate, con ristrutturazione parziale, le disposizioni degli artt. 959 ss. cod. civ. 1865, introducendo, come novità, la regola dell'art. 487, comma 2º, cod. civ. Attualmente, dunque, l'omessa redazione dell'inventario nei termini prescritti, dopo la dichiarazione di accettazione beneficiata, comporta, per espressa previsione di legge, che l'accettante debba considerarsi erede puro e semplice, a prescindere dal possesso dei beni ereditari. È stata conseguentemente risolta la disputa ricordata, insorta sotto l'imperio del sistema precedente.

Sulla base del rinnovato quadro normativo, si è escluso che la responsabilità limitata, riferita ai debiti del *de cuius*, costituisca una condizione dell'accettazione *ex* art. 484 cod. civ.: da un lato, poiché il beneficio di inventario non sarebbe un fatto incerto e futuro, deducibile *sub condicione*, trattandosi, oltretutto, di una mera situazione giuridica, predeterminata dalla legge; dall'altro, in quanto, ipotizzando una sorta di congegno sospensivo o risolutivo, il mancato, definitivo conseguimento di tale responsabilità o la sua perdita, per decadenza, dovrebbe rendere irrilevante l'originaria manifestazione di volontà, condizionata, diversamente da quanto si ricava, oggi, anche dagli artt. 485 e 487, comma 2º, cod. civ. (Hercolani, 1264 s.; Cicu, 189; Vocino, *Contributo*, 196 ss., *infra*, *Nota bibl.*).

Così, riprendendo e sviluppando una costruzione già proposta, taluno ha sostenuto che l'accettazione beneficiata rappresenta la sintesi di due dichiarazioni, autonome e distinte (in giurisprudenza, per un cenno alla scindibilità del contenuto dichiarativo, Cass. civ., 27.7.1988, n. 4780, in *Vita not.*, 1988, 742): una prima, logicamente presupposta, tendente a esercitare il potere di accettare, cioè a raccogliere la delazione, conseguendo il titolo di erede; l'altra, subordinata sul piano logico, configurabile quale esercizio del diverso, ma connesso potere di limitare la responsabilità evocata, modificando, per volontà dell'accettante, le ordinarie conseguenze dell'acquisto ereditario (Prestipino, 249; Capo, 11; L. Coviello Jr., 498 ss. e nt. 22, tutti *infra*, *Nota Bibl.*; Cicu, 189 s., assumendo la natura sostanziale di entrambi gli atti; nonché, riconoscendo l'indole processuale del secondo, in ragione di una concezione processualistica dell'istituto, Vocino,

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

voce «Inventario (beneficio di)», 17 s., *infra*, *Nota Bibl.*; Id., *Contributo*, 202 ss.).

Secondo l'orientamento prevalente, riconducibile a questo modo di ragionare, le indicate dichiarazioni presentano un certo margine di autonomia, sul piano funzionale ed effettuale, ma sono legate da un vincolo di contestualità necessaria, dovendo compiersi congiuntamente, nel rispetto del formalismo imposto (e con tendenziale condivisione, dunque, del medesimo supporto documentale, ferma restando, alla base, la duplicità di atti incorporati). Non sarebbe ammissibile, cioè, una dichiarazione di accettazione, isolata e seguita poi, a distanza di tempo, dal negozio dipendente, orientato a circoscrivere, nei confronti dei creditori ereditari, la responsabilità patrimoniale del successore universale (Prestipino, 484; Cicu, 190; Vocino, *Contributo*, 258 ss.). Ma, a differenza dell'*aditio hereditatis*, immediatamente provocata dall'esercitato potere di accettazione e incompatibile con il susseguente rifiuto della delazione, le ricadute giuridiche di tale ultimo negozio, simultaneo, sarebbero subordinate alla redazione di un inventario tempestivo, integrante, in rapporto all'atto stesso, un presupposto o un requisito legale di efficacia (L. Coviello Jr., 498, 500 s.; Vocino, *Contributo*, 216, 220, 352).

Sostanzialmente isolata è rimasta, invece, l'opinione propensa a distinguere le due dichiarazioni, accreditando lo schema rappresentato, ma, con particolare riguardo a minori, inabilitati e interdetti giudiziali, pure ad ammettere la loro eventuale scissione cronologica: ossia, che il negozio tendente a provocare la separazione patrimoniale, con il concorso delle operazioni inventariali, ben possa accodarsi, entro i termini stabili dalla legge, alla semplice dichiarazione di accettazione, comportante la definitiva adizione dell'eredità (così Capo, 9 ss., ricalcando, in linea di massima, il pensiero di Butera, 625). Si tratta, infatti, di una posizione singolare, dissociata dal pensiero dominante, che riconosce, insistendo su tale scissione e in relazione ai delati incapaci, la possibilità di un'accettazione tacita o bensì espressa, ma pura e semplice, ritenuta semplicemente "irregolare", nonché riportabile alla normalità, con effetto retroattivo, mediante una pronta, successiva opzione per il beneficio di inventario (e le connesse operazioni di inventariazione, rispettando il limite temporale dell'art. 489 cod. civ.).

Lascia perplessi, peraltro, la conclusione, comune a entrambe le declinazioni della teoria ricordata, che l'accesso al beneficio di inventario sia necessariamente differito, rispetto all'*aditio hereditatis*, se l'adesione alla delazione universale non sia preceduta o accompagnata dalla confezione dell'inventario. Immaginando, infatti, uno spazio intermedio fra l'una, anteriore, e l'altra, susseguente, si è indotti a credere che l'accettante ottenga il titolo di erede, sin da sùbito, assoggettandosi all'ordinaria responsabilità per i debiti ereditari, suscettibile di modifica sopravvenuta, *in melius*, con il sollecito completamento delle operazioni inventariali. Ma, con riferimento a minori, inabilitati e interdetti giudiziali, ciò urta con le coordinate di sistema, chiaramente orientate a esimerli da tale responsabilità, illimitata, nelle more del loro stato di incapacità legale. L'incongruenza non si supera, con discutibile sforzo ermeneutico, ipotizzando la retroattività della modifica citata, incidente sulla responsabilità patrimoniale: del resto, a prescindere dall'impossibilità di argomentare *ex* art. 459 cod. civ., specie ammettendo la duplice anima dell'accettazione beneficata, e dal modo di intendere l'effetto retroattivo, eccezionale o no, l'espediente non risolve il problema delle aggressioni già intentate dai creditori del defunto, anteriormente all'operatività della separazione patrimoniale, nonché alla sua opponibilità nei confronti dei terzi. Né è lecito supporre che la vicenda si articoli diversamente, per l'aspetto in rassegna, secondo la condizione personale del delato, negando, solo in mancanza di capacità attuale, il perfezionamento della vicenda successoria o l'applicazione delle comuni regole di responsabilità patrimoniale, indipendentemente, quindi, dalle operazioni di inventario (*contra*, seguendo la recente teoria della «fattispecie complessa, a formazione progressiva», Cass. civ., 16.11.2018, n. 29665, in *Dejure*). Si aggiunga, considerando pure i soggetti capaci, che il beneficio di inventario non riguarda solo tale responsabilità, coinvolgendo altri aspetti, come l'iscrizione di ipoteche giudiziali (art. 2830 cod. civ.), nonché l'estinzione, per confusione, dei rapporti obbligatori fra l'erede e il *de cuius*, costituiti da posizioni trasmissibili *mortis causa* (art. 490, comma 2º, cod. civ.): così, se davvero quel beneficio potesse conquistarsi dopo l'intervenuta successione dell'accettante e con retroattività piena, si dovrebbero ipotizzare conseguenze anomale, di dubbio fondamento, quale la reviviscenza delle posizioni medesime, dipendente dalla retroattiva cancellazione dell'effetto estintivo.

Deve osservarsi, comunque, che la duplicità di dichiarazioni sottese all'accettazione beneficiata è diffusamente contestata, nelle elaborazioni moderne, riconoscendo la sostanziale unità della figura, intesa come singolo atto negoziale (*ex multis*, Lorefice, 334 e nt. 18; Cavalaglio, 264; Ravazzoni, 1; Grosso-Burdese, 261, tutti *infra*, *Nota bibl.*).

5. Unità del contegno dichiarativo e supposto concorso causale dell'inventario successivo.

Le principali articolazioni dell'orientamento propenso a ravvisare nell'accettazione beneficiata un negozio unico, ma anche a registrare un certo distacco temporale fra il suo perfezionamento e l'eventuale accesso al beneficio di inventario, se le operazioni di inventariazione non precedono l'atto medesimo, si possono iden-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

tificare, con locuzioni di sintesi, nelle teorie *a*) del procedimento, *b*) della fattispecie a formazione progressiva e *c*) della fattispecie complessa. Si tratta di vedere, poi, se queste denominazioni di comodo siano davvero appropriate e, al di là delle apparenze, sottendano posizioni realmente autonome.

a) Secondo la prima ricostruzione, la dichiarazione di accettazione beneficiata e la tempestiva redazione dell'inventario integrano un «procedimento» a sequenza libera, il cui completamento determina, come effetto finale, «l'acquisto dell'eredità beneficiata» (Cariota Ferrara, 467 s.; accenna alla figura del procedimento pure Comunale, 633, entrambi *infra*, *Nota bibl.*). Sembra, quindi, che il ragionamento così impostato presupponga l'inidoneità di tale dichiarazione a realizzare, di per sé, non solo il risultato di separazione patrimoniale, ma anche, a monte, l'adizione dell'eredità. Sviluppandolo, però, si è precisato che, se l'accettazione beneficiata è realizzata in mancanza dell'inventario e il procedimento si interrompe per l'inutile scadenza dei termini associati alle operazioni inventariali, l'atto iniziale può produrre altri effetti giuridici, stabiliti, in ragione della definitiva incompletezza dell'*iter* procedurale, dagli artt. 485 e 487, comma 2º, cod. civ: cioè, il mero «acquisto dell'eredità», senza il beneficio di inventario (Cariota Ferrara, 468 s., implicitamente convinto, all'apparenza, che l'*aditio hereditatis* si verifichi, nell'ipotesi considerata, contestualmente alla scadenza medesima, sia pure con retroattività, impedendo, sino a quel momento e nonostante la dichiarata volontà di accettare, l'assunzione del titolo di erede, in capo all'accettante, e lasciando intatta, a favore di lui, la possibilità di rifiutare la delazione).

La migliore dottrina insegna, però, che una serie di atti strutturalmente autonomi e coordinati fra loro rappresenta un procedimento, in senso tecnico, se l'effetto finale, cui l'intera sequenza tende, è riconducibile all'ultimo degli atti stessi, cronologicamente successivi, mentre gli altri, presupposti, concorrono a rendere legittimo e pienamente valido quello conclusivo dell'intera sequenza, il solo produttivo di un simile effetto, non a realizzare, con questo, il ciclo formativo di una fattispecie unitaria e più complessa, comprensiva di tutti (Pugliatti, 21 s.; Falzea, 189 ss., entrambi *infra*, *Nota bibl.*). Così opinando, dunque, la figura in esame non può ricondursi allo schema del procedimento: anche perché la confezione dell'inventario e la dichiarazione di accettazione beneficiata non conoscono un ordine rigido, in relazione alla loro consecuzione temporale, l'una non costituisce il presupposto necessario per la validità dell'altra; né, se il contegno dichiarativo si pone all'origine, l'«acquisto dell'eredità beneficiata», come vicenda successoria, si può ricondurre, in via esclusiva, alle susseguenti operazioni di inventariazione.

Il riferimento a un procedimento si potrebbe al più giustificare, qui, in un significato diverso e ben più lato, suscettibile di adattarsi a varie ipotesi di connessione fra atti giuridici, compresa la formazione successiva (così, per implicito, Vocino, voce «Inventario (beneficio di)», 20, quando parla di «atto-procedimento»; nonché lo stesso Cariota Ferrara, 467, ragionando, come sembra, in termini di mera efficacia, non di validità sostanziale). Ma, in questa direzione, si stempera di molto, inevitabilmente, la contrapposizione con le altre impostazioni.

b) La teoria della formazione progressiva si regge sul presupposto che, indipendentemente dall'ordine seguito in concreto, la dichiarazione di accettazione beneficiata e la redazione di un inventario tempestivo concorrano a perfezionare una fattispecie unitaria, rilevando entrambe, come co-elementi indispensabili, per la produzione di certi effetti giuridici. Si tratta di una concezione divenuta prevalente in giurisprudenza, all'esito di un deciso *revirement*, relativamente recente (Cass. civ., 15.7.2003, n. 11030, in *Riv. notar.*, 2004, 776, con nota di Musolino, seguita, *ex multis*, da Cass. civ., 12.4.2018, n. 9099, in *Dejure*; Cass. civ., 26.3.2018, n. 7477, *ivi*; Cass. civ., 9.8.2005, n. 16739, in *Vita not.*, 2006, 298). Il suo passaggio chiave è che le operazioni di inventariazione, se successive all'accettazione beneficiata e realizzate in tempo utile, non servono a stabilizzare il beneficio di inventario, già conseguito dall'accettante, cioè a impedire, eliminando il fatto negativo della relativa omissione, la futura decadenza dal beneficio medesimo. La loro funzione specifica sarebbe, sempre e comunque, quella di un elemento estrinseco, non necessario per il perfezionamento del correlato atto dichiarativo, anteriore o susseguente, ma, al pari di esso, determinante nell'ottica dell'efficacia, certamente comprendente, se non altro, la limitazione della responsabilità per i debiti ereditari (conf., discorrendo di «fattispecie complessa, a formazione progressiva», Iaccarino, 251, *infra*, *Nota bibl.*).

La soluzione muove, sul piano argomentativo, dalla constatazione che la legge impone l'accettazione beneficiata e la confezione dell'inventario, senza stabilirne un ordine preciso, né, a ben vedere, autonome conseguenze giuridiche. Anzi, se il delato accetta con beneficio di inventario, in mancanza di precedenti operazioni inventariali, e il termine per concluderle scade inutilmente, le norme degli artt. 485 e 487, comma 2º, cod. civ. prevedono che l'accettante si considera come erede puro e semplice, non che costui incorre nella decadenza dal beneficio medesimo, dandolo per presupposto, in forza dell'accettazione. La formulazione prescelta al riguardo sarebbe significativa, dunque, della circostanza che il legislatore ha inteso configurare tali operazioni, non come un presupposto o un requisito tendente a consolidare il beneficio di inventario, ma, appunto, quale co-elemento indispensabile per conseguirlo, insieme alla formale dichiarazione di ac-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

cettazione. Si è poi osservato, a ulteriore conferma di ciò, che le disposizioni degli artt. 493, 494 e 505 cod. civ. sanciscono la decadenza dai vantaggi riservati all'erede beneficiato, da lui già guadagnati, per una serie di cause diverse dall'omessa redazione dell'inventario e riconducibili, in linea di massima, alla fase liquidativa dell'eredità, successiva alle operazioni di inventariazione, indirettamente confermando, così, la loro collocazione a monte, come co-elemento rilevante per provocare il risultato della separazione patrimoniale, sottinteso al meccanismo decadenziale (v., oltre ai provvedimenti cit. da ultimo, Cass. civ., 27.5.2019, n. 14442, in *Riv. notar.*, 2020, 339; Cass. civ., 23.11.2018, n. 30453, in *Dejure*).

Ma, al netto di questi rilievi condivisi, l'orientamento in rassegna non è affatto omogeneo, conoscendo, al suo interno, due declinazioni estreme e una intermedia.

b.1) La prima e più diffusa, sul versante giurisprudenziale, si caratterizza per il fatto di assumere, in parziale contraddizione con le premesse enunciate, che la dichiarazione di accettazione beneficiata, disgiunta dalla redazione dell'inventario, ha un effetto suo proprio, immediato: l'adizione dell'eredità, eventualmente integrabile, con la realizzazione delle operazioni inventariali, dalle conseguenze di cui all'art. 490 cod. civ. (Cass. civ., 12.4.2018, n. 9099, cit.; Cass. civ., 9.8.2005, n. 16739, cit.; Cass. civ., 15.7.2003, n. 11030, cit.; conf., in dottrina, M. Gorgoni, 87, *infra*, *Nota bibl.*; Hercolani, 1268 s.; nonché, apparentemente, Giannattasio, 141, *infra*, *Nota bibl.*). Assecondandola, quindi, è giocoforza concludere che, a prescindere dall'esistenza dell'inventario, l'accettazione beneficiata, di per sé idonea a procurare il titolo di erede, preclude, in danno dell'accettante, una successiva rinuncia all'eredità. Anche ammettendo, però, che ciò sia giuridicamente possibile, in ragione di un parziale "condizionamento" dell'accettazione, riguardante solo l'effetto di separazione patrimoniale, o perché la stessa costituisce un autonomo fatto causale, rispetto all'*adictio hereditatis*, ma concorre pure all'integrazione di una fattispecie più ampia, comportante l'accesso al beneficio di inventario, riemerge il problema già denunciato: quello concernente il regime di responsabilità da applicare, per i debiti ereditari, nel periodo compreso fra la successione universale, idealmente realizzatasi in difetto delle operazioni inventariali, e il successivo, eventuale conseguimento del beneficio medesimo. Si è anticipato, infatti, che l'ipotetica scissione fra l'una e l'altro dovrebbe rendere operativa, nello spazio intermedio, la comune regola di responsabilità illimitata, *pro quota*, con conseguenze inaccettabili, specie in presenza di minori, inabilitati o interdetti giudiziali.

Si noti che la sentenza posta al vertice del segnalato *revirement* e la gran parte dei provvedimenti conformi, orientate a considerare l'adizione dell'eredità quale effetto immediato dell'accettazione beneficiata, si sono occupate di casi riguardanti soggetti maggiorenni, pienamente capaci di agire. Esse raccolgono, però, un inciso, ambiguo, che lascia intendere, in via indiziaria, come le cose funzionino diversamente per le persone incapaci. Si è detto, cioè, che la mancata confezione di un inventario tempestivo, dopo l'accettazione beneficiata, non è qualificata dalla legge come causa di decadenza dai vantaggi riservati all'erede beneficiato, a parte restando «l'eccezionale previsione dell'art. 489» cod. civ.: quella che, testualmente limitando l'operatività del congegno decadenziale per l'inosservanza delle disposizioni precedenti, «concerne anche l'adempimento di cui si tratta, ma solo con riguardo agli incapaci, per i quali detta comunque una specifica disciplina diversa da quella ordinaria» (Cass. civ., 15.7.2003, n. 11030, cit.). Non è chiaro, tuttavia, se davvero, e come, l'affermazione riportata valga a riconoscere, secondo la condizione personale del delato, una netta differenza nel rapporto esistente fra l'accettazione beneficiata e le operazioni di inventariazione (subordina l'effetto di separazione patrimoniale alla tempestiva redazione dell'inventario, ma ammette senz'altro, con riferimento ai minori, che tale accettazione sia sufficiente per determinare l'adizione dell'eredità, pure in difetto delle operazioni inventariali, Cass. civ., 5.6.2019, n. 15267, in *Dejure*, disconoscendo, all'esito di un simile contegno dichiarativo, la possibilità di rifiutare la delazione).

Ma, incidentalmente, si è ipotizzato che l'accettazione beneficiata, non preceduta dall'inventario, possa bensì rendere eredi, lasciando "in sospeso", anteriormente all'opera di inventariazione e sino alla scadenza del termine utile per compierla, la responsabilità per i debiti del *de cuius* (Cass. civ., 15.7.2003, n. 11030, cit.). Apparentemente, cioè, è stata prospetta una singolare parentesi di irresponsabilità, poiché, in relazione all'accettante, l'impostazione riferita non esclude l'attuale successione nel passivo ereditario (Cass. civ., 12.4.2018, n. 9099, cit.; Cass. civ., 26.11.2014, n. 25116, in *Dejure*; Cass. civ., 9.8.2005, n. 16739, cit.; di periodo transitorio, nel quale l'evocata responsabilità rimane indefinita e il patrimonio del successore non si confonde con quello del defunto, discorre Hercolani, 1269). Per giustificarla, poi, ne è stata professata la compatibilità con il sistema successorio, asseritamente connotato da situazioni analoghe, di temporanea "incertezza", a cominciare da quella registrabile, dopo l'aperta successione, nell'iniziale periodo di vacanza ereditaria. Si tratta, peraltro, di una congettura oscura e inaccettabile (in senso critico, anche Natoli, 131; nonché, in giurisprudenza, Cass. civ., 22.1.1977, n. 329, in *Foro it.*, 1977, I, 637, con nota di Di Lalla). È oscura, perché, assecondandola e assumendo che l'ipotizzata "sospensione" determini una transitoria ir-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

responsabilità dell'accettante, divenuto erede, non si comprende se, in ragione dell'intervenuta successione e nelle more di tale "immunità", i beni da lui conseguiti *mortis causa* rispondano dei suoi debiti personali, con possibile danno per i creditori del *de cuius*. È inaccettabile, in quanto sprovvista di valido fondamento normativo, non potendosi certo attingere alla disciplina dell'eredità vacante o giacente, che presuppone l'inesistenza di un successore attuale. Si aggiunga che, se le operazioni inventariali si ritengono necessarie per legittimare una semplice limitazione di responsabilità patrimoniale, incongruo e sovrabbondante appare, in difetto delle operazioni stesse, tollerare un più intenso regime di irresponsabilità.

b.2) La declinazione intermedia si allinea all'impostazione criticata, ritenendola valida in rapporto alle persone pienamente capaci, ma rifiuta, per implicito, l'esposta idea della "sospensione", come situazione di irresponsabilità provvisoria, e ritaglia un'eccezione concernente i minori, gli inabilitati e gli interdetti giudiziali (Cass. civ., 16.11.2018, n. 29665, cit.; ma v. anche, per analoghe considerazioni, Carresi, 6 s., *infra*, *Nota bibl.*). Siccome, in accordo all'art. 473 cod. civ. e nelle more della loro incapacità, tali ultimi soggetti possono diventare eredi solo con il beneficio di inventario, ipoteticamente subordinato alla tempestiva conclusione delle operazioni inventariali, la dichiarazione di accettazione beneficiata, realizzata in loro favore e disgiunta da simili operazioni, non comporterebbe l'immediata adizione dell'eredità, senza il beneficio stesso (analogamente, riferendosi ai minori e senza prendere posizione, più in generale, sul funzionamento dell'accettazione beneficiata, Cass. civ., 24.7.2000, n. 9648, in *Riv. notar.*, 2000, 1505; Cass. civ., 11.7.1988, n. 4561, in *Vita not.*, 1988, 751; nonché, nella giurisprudenza tributaria, Cass. trib., 6.12.2016, n. 24931, in *Dejure*; Cass. trib., 17.1.2014, n. 84; Cass. trib., 27.10.2009, n. 22712; Cass. trib., 24.10.2008, n. 25666, tutte *ivi*). Così, nonostante quella dichiarazione solenne, i minori, gli inabilitati e gli interdetti giudiziali conserverebbero la posizione di meri delati, con la connessa possibilità: da un lato, di completare il ciclo formativo della fattispecie, redigendo l'inventario e conquistando la qualità di eredi beneficiati (nel rispetto dell'ordinario termine di prescrizione, ai sensi dell'art. 480 cod. civ.); dall'altro, di rinunciare all'eredità, sino al compimento delle operazioni inventariali, durante il loro stato di incapacità o entro il termine di un anno dal relativo superamento, decorso inutilmente il quale, mancando ancóra le operazioni stesse, costoro, ormai capaci, dovrebbero considerarsi eredi puri e semplici.

È discutibile, tuttavia, che gli effetti dell'accettazione beneficiata possano mutare, caso per caso, in ragione della capacità esibita dal destinatario della delazione. Se, poi, l'accettazione beneficata fosse sempre idonea a provocare l'immediata adizione dell'eredità, indipendentemente dalla redazione dell'inventario, ma, in assenza di esso, l'incapacità legale del delato rappresentasse un elemento impeditivo della successione, senza i vantaggi accordati all'erede beneficiato, la prospettazione riportata sarebbe incongrua: una volta rimosso, con il conseguimento o il riacquisto della capacità piena, l'impedimento esterno al libero dispiegarsi dell'effetto che l'accettazione è già astrattamente in grado di produrre, da sola, tale soggetto dovrebbe diventare sùbito erede, non conservare, mancando l'inventario e sino alla scadenza dell'anno successivo, l'originaria qualità di semplice chiamato all'eredità (diversamente, Carresi, 14 ss.).

b.3) Assai più lineare, dunque, appare l'altra declinazione estrema della teoria in rassegna. Salva l'applicazione degli artt. 485 e 487 cod. civ., essa subordina alla redazione di un inventario tempestivo, ancóra possibile, anche l'adizione dell'eredità, senza distinguere in base ai connotati di chi ha ricevuto la delazione (in questa direzione, ravvisando nel sollecito compimento dell'inventario una «condizione sospensiva» del beneficio e ritenendo che l'accettante consegua la qualità di erede puro e semplice con l'inutile esaurimento del tempo medesimo, Gius. Azzariti, 885 s. e nt. 5, *infra*, *Nota bibl.*). Così, nonostante l'accettazione beneficiata e sino all'infruttuoso decorso del tempo concesso per completare le operazioni inventariali, implicitamente si ammette la possibilità, conservata dall'accettante rimasto mero chiamato, di rifiutare la delazione ricevuta (a rimanere aperta però, in quanto collegata al ragionamento di fondo, è la questione, riguardante il delato capace e immesso nel possesso dei beni ereditari, se la rinuncia all'eredità presupponga o no la tempestiva redazione dell'inventario: v., di recente, Pulcini, 1127 ss., *infra*, *Nota bibl.*). Una posizione analoga può rintracciarsi, sul versante giurisprudenziale, in una serie di provvedimenti riguardanti le vicende successorie di corpi morali, soggetti alla disposizione dell'art. 473, comma 1º, cod. civ., poiché, a prescindere dalle peculiarità dei casi presupposti, tali provvedimenti si appellano allo schema della formazione successiva e raccolgono alcune considerazioni di portata generale: in particolare, la constatazione che, rispetto alle persone fisiche e diversamente da quanto accade per gli enti tenuti ad accettare con beneficio di inventario, «il mancato assolvimento dell'onere di far luogo all'inventario nei termini e modi di legge produce l'effetto, escluso il perfezionamento della procedura di legge, dell'accettazione pura e semplice» (così Cass. civ., 12.4.2017, n. 9514, in *Dejure*; nonché Cass. civ., 27.5.2019, n. 14442, cit.; Cass. civ., 29.9.2004, n. 19598, in *Riv. notar.*, 2005, 387, con nota di Margiotta).

Deve osservarsi, peraltro, che lo schema evocato implica, in pendenza del ciclo formativo, la produzione di

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

effetti interinali, prodromici e strumentali alla realizzazione dei risultati finali. Sebbene alcune sentenze accennino a simili effetti, in mancanza delle operazioni inventariali e riferendosi alla dichiarazione di accettazione beneficiata, è difficile individuarne la consistenza esatta (li richiama genericamente, senza precisarne la natura, Cass. civ., 29.9.2004, n. 19598, cit.): non può trattarsi, infatti, dell'incidenza sulla prescrizione, ai sensi dell'art. 487 cod. civ., anche perché, se la sequenza si apre con la redazione dell'inventario, quella norma è inapplicabile; né vale richiamare i poteri assegnati dalle disposizioni degli artt. 460 e 486 cod. civ., rispettivamente dipendenti dalla delazione ricevuta e dal possesso di beni ereditari.

c) Non sembra riscontrabile, dunque, una seria differenza fra l'ultima impostazione esaminata e la teoria della fattispecie complessa, che postula, come l'altra, la necessaria concorrenza fra accettazione beneficiata e inventario tempestivo, specie per l'accesso ai vantaggi della separazione patrimoniale, senza immaginare, in presenza di un singolo co-elemento costitutivo, l'attuale ricorrenza di specifiche conseguenze preliminari (di fattispecie complessa, integrata da una dichiarazione negoziale e da un'operazione materiale, discorrono Lorefice, 332 ss., che ritiene valida la costruzione proposta per ogni categoria di possibili delati, enti e persone fisiche, pienamente capaci o no; Mengoni, 262, nt. 102; Donisi, 421, nt. 49; nello stesso senso, Ceolin, 923 s., tutti *infra*, *Nota bibl.*; Cavalaglio, 270 s.; in giurisprudenza, App. Roma, 9.7.1962, in *Rep. Foro it.*, 1962, voce «Successioni legittime o testamentarie», n. 36; Trib. Napoli, 24.3.1958, *ivi*, 1959, voce cit., n. 37).

6. Dichiarazione di accettazione beneficiata e sua efficacia piena, ma precaria, in mancanza delle operazioni inventariali.

Al pari della ricostruzione incentrata sul modello della formazione progressiva, anche la teoria della fattispecie complessa si regge sulla convinzione che le norme degli artt. 484 ss. cod. civ. non qualifichino la definitiva assenza di un inventario redatto in tempo utile quale causa di decadenza dai vantaggi della separazione patrimoniale. Ma la formulazione letterale di tali disposizioni non è generalmente ritenuta concludente, tanto che buona parte degli interpreti e la giurisprudenza anteriore al rivolgimento segnalato, inaugurato nel 2003, sono propense a ragionare in termini opposti: cioè, riconoscendo alla dichiarazione di accettazione beneficiata, rimasta disgiunta dalle operazioni di inventariazione, l'attitudine a provocare l'*aditio hereditatis*, con il beneficio di inventario, salva la possibilità che l'erede beneficiato lo perda successivamente, conservando il titolo di successore, in caso di inutile scadenza del termine stabilito per completare simili operazioni (cfr. Cass. civ., 27.2.1995, n. 2276, in *Vita not.*, 1996, 256, con riguardo ai minori; Cass. civ., 22.1.1977, n. 329, cit.; Cass. civ., 26.7.1971, n. 2490, in *Foro it.*, 1971, I, 424, con nota di Di Lalla; in dottrina, Bonilini, 124; L. Ferri, 335, entrambi *infra*, *Nota bibl.*; Ravazzoni, 1; Grosso-Burdese, 262; Natoli, 128 ss.).

È questa la soluzione più convincente, che merita di essere difesa. Non è irrilevante, del resto, che il codificatore del 1942 abbia obliterato la previsione dell'art. 957 cod. civ. 1865. Certo, secondo la Rel. Guardasigilli relativa al progetto def. del Libro III cod. civ., n. 36, l'attuale formulazione dell'art. 484 cod. civ. risponde all'esigenza di rendere palese che l'accettazione beneficiata presuppone «due requisiti: la dichiarazione e la formazione dell'inventario». Si legge inoltre, a integrazione di tale precisazione, che i compilatori hanno evitato il riferimento all'inefficacia del richiesto contegno dichiarativo, in mancanza delle operazioni inventariali, con l'intento di prevenire ogni possibile incertezza in ordine alle conseguenze dipendenti dall'inutile decorso dei termini assegnati per la conclusione dell'inventario: cioè, alla circostanza, oggi apertamente confermata dagli artt. 485 e 487 cod. civ., che l'accettante negligente deve ritenersi erede puro e semplice. Ma, discutibile essendo il valore da riconoscere ai lavori preparatori, altri sono gli elementi da considerare, come i dati ritraibili da un'interpretazione sistematica degli artt. 484 ss. cod. civ.

Ora, un indice sicuro dell'autonoma rilevanza assegnata, anche sul piano effettuale, al contegno dichiarativo dell'accettante si rinviene nel fatto che, ai sensi dell'art. 487, comma 1º, cod. civ., la prescrizione è impedita dalla semplice dichiarazione di accettazione, senza il necessario concorso dell'inventario (L. Ferri, 335, nt. 8; Cass. civ., 22.1.1977, n. 329, cit., nonché, più di recente, Oliviero, 325 s., *infra*, *Nota bibl.*; G. Gabrielli, 229, nt. 9). È stato osservato, inoltre, che le operazioni di inventariazione sono principalmente imposte nell'interesse dei legatari e dei creditori ereditari, come adempimento strumentale alla retta amministrazione del patrimonio trasmesso *mortis causa*, il cui ritardo, dunque, non si discosta di molto dai fatti lesivi di tale interesse ed espressamente indicati dalla legge quali cause di decadenza dai vantaggi della separazione patrimoniale (Grosso-Burdese, 262; Natoli, 128 s., 131; Cass. civ., 22.1.1977, n. 329, cit.). Si tratta di un rilievo condivisibile, che tiene in opportuna considerazione il profilo funzionale. Se, infatti, la dichiarazione di accettazione precede l'inventario, è difficile immaginare che il secondo abbia, nell'ottica dell'accettante, lo scopo di orientarne la scelta circa l'adizione dell'eredità, una volta chiarita l'esatta consistenza dell'asse: non solo perché, in base a un certo modo di ragionare, tale dichiarazione consuma la libertà di decidere in proposito; ma anche perché, come

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

diffusamente si riconosce, le operazioni di inventariazione possono essere realizzate, con immediate ricadute nella sfera di lui e senza il suo necessario concorso, su impulso di ogni altro soggetto legittimato a promuoverle. Né vale obiettare che, dopo l'accettazione e in mancanza dell'inventario, l'anticipazione del beneficio si traduce in un possibile nocumento per i legatari e i creditori del defunto, costretti a subire, sino all'eventuale decadenza e senza il mezzo di controllo rappresentato dagli esiti delle operazioni inventariali, l'istituita limitazione di responsabilità, contraddicendo le coordinate suggerite dalla riferita analisi degli interessi: se l'accettante ha debiti personali e non vi è stata separazione dei beni, ai sensi degli artt. 512 ss. cod. civ., la loro posizione è rafforzata, in presenza di attivo ereditario, dalla previsione dell'art. 490, comma 2º, n. 3), cod. civ.

Non è dirimente la circostanza che, rispetto al caso dell'accettazione definitivamente rimasta dissociata da un inventario sollecito, le disposizioni degli artt. 485 e 487 cod. civ. non si esprimano in termini di decadenza dal beneficio, limitandosi a qualificare l'accettante come erede puro e semplice. L'inconcludenza del mero dato testuale è comprovata dalla disposizione dell'art. 498 cod. civ., che sanziona con l'evocata decadenza le omissioni e le infedeltà dell'inventario, imputabili all'erede beneficiato: se, infatti, la sua redazione, corretta o no, fosse davvero indispensabile per l'accesso ai vantaggi della separazione patrimoniale, non di perdita successiva, bensì di loro mancato conseguimento, a monte, si dovrebbe propriamente discorrere, in presenza di simili difetti, posto che l'eccezione di intervenuta decadenza, riservata ai controinteressati, non può ragionevolmente ritenersi costitutiva. Anzi, occorre osservare che, sulla base della piana formulazione letterale, la norma dell'art. 489 cod. civ. esclude la decadenza dal beneficio di inventario, in danno di minori, inabilitati e interdetti giudiziali; eppure, essa è comunemente ritenuta applicabile, pure da chi difende la teoria della fattispecie complessa o della formazione successiva, alle ipotesi contemplate dalle regole degli artt. 485 e 487, comma 2º, cod. civ. (ma, per una lettura singolare, Carresi, 12 ss.).

Si aggiunga che, sia pure in via indiziaria, la disciplina pubblicitaria suggerisce di ammettere, in accordo con l'opinione qui assecondata e contrariamente a quanto sostenuto dalla teoria della fattispecie complessa, l'immediata efficacia dell'accettazione beneficiata, almeno in rapporto all'adizione dell'eredità. La norma dell'art. 484 cod. civ. prevede, infatti, che la dichiarazione di accettazione, disgiunta dall'inventario, è già suscettibile di inserzione nel registro delle successioni, anche se, una volta compiute le operazioni di inventariazione, la sua pubblicità deve essere integrata da opportuna annotazione. Allo stesso modo, in pendenza dei termini concessi per concludere la richiesta inventariazione, tale dichiarazione è trascrivibile, senza necessità di presentare agli uffici competenti, come prova dell'intervenuto acquisto ereditario, pure un'idonea copia dell'inventario: accedendo alla teoria evocata da ultimo, invece, la prova delle operazioni inventariali sarebbe necessaria o la trascrizione si potrebbe bensì attuare, in difetto di esse, ma, con meccanismi analoghi a quelli previsti per gli atti condizionati, dovrebbe segnalarsi l'inattualità dell'*aditio hereditatis* (sostiene, peraltro, che la data dell'inventario debba rendersi pubblica, anche nei registri immobiliari, Vadalà, 816, *infra*, *Nota bibl.*).

Non è mancato chi ha osservato che, se l'omissione delle operazioni inventariali rilevasse quale possibile causa di decadenza dal beneficio già acquisito, solo i legatari e i creditori ereditari potrebbero farla valere, ai sensi dell'art. 505, ultimo co., cod. civ.: di modo che, in mancanza di un inventario tempestivo e di una loro eccezione specifica, i creditori personali dell'erede si potrebbero trovare a subire comunque, irragionevolmente, le ricadute della dissolta separazione patrimoniale (Gius. Azzariti, 886). Ma, a prescindere dalla circostanza che la sfera applicativa dell'art. 505, ultimo co., cod. civ. non è del tutto pacifica, l'«*adducere inconveniens*» ha scarsa importanza. Del resto, assecondando l'enunciato rilievo critico, lo stesso inconveniente pratico si pone, nella logica degli artt. 484 ss. cod. civ., per ogni ipotesi connotata dall'operatività del meccanismo "decadenziale".

Merita segnalare, per concludere, due aspetti di dettaglio. Una situazione irragionevole sembra dipendere, seguendo l'impostazione propugnata, dalla regola dell'art. 510 cod. civ., al centro di un dibattito inesausto. Se l'incapace può conquistare il beneficio di inventario, in forza dell'accettazione compiuta a suo favore e senza il necessario concorso dell'inventario, si potrebbe credere che, sino all'inutile scadenza del termine sancito dalla norma dell'art. 489 cod. civ., il beneficio medesimo sia comunicabile agli eventuali co-chiamati all'eredità, provvisti di capacità piena, indipendentemente dal compimento delle operazioni inventariali. È discusso, più in generale, se la riconosciuta forza espansiva dell'altrui accettazione beneficiata comporti, rispetto ai successibili diversi dall'accettante, l'automatico conseguimento del titolo di erede con beneficio di inventario, salva la possibilità di rifiutarlo in seguito, o si risolva nella mera liberazione dall'incomodo di rinnovare le formalità prescritte dalla legge e già eseguite da altri, come le operazioni di inventariazione, fermo restando, a loro carico, l'onere di accettare la delazione ricevuta, mediante dichiarazione solenne o in altro modo, secondo le diverse interpretazioni proposte. Ma, nell'una e nell'altra prospettiva, il meccanismo non può obliterare le previsioni degli artt. 485 e 487 cod. civ., consentendo ai delati pienamente capaci di accedere, in via indiretta, al più mite trattamento ri-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

servato alle persone in stato di incapacità legale, assoluta o relativa: così, se i primi hanno perso il diritto di accettare o devono ritenersi eredi puri e semplici, ai sensi degli artt. 485 e 487 cod. civ., la successiva accettazione beneficiata di un successibile incapace non può rivolgersi a loro vantaggio; se, invece, i co-chiamati in stato di capacità piena occupano ancóra l'originaria posizione successoria, l'accettazione stessa, disgiunta dall'inventario, non può esimerli dall'incombenza di provocarlo, mancando una più tempestiva iniziativa altrui, nei termini prescritti dalle disposizioni appena evocate, con la precisazione che, per chi non si trova nel possesso di beni ereditari, il tempo concesso dall'art. 487, comma 2º, cod. civ., deve conteggiarsi dalla sua *adictio hereditatis*, determinata o no da autonomo atto di accettazione, in base al modo di intendere la norma dell'art. 510 cod. civ. (v. già, con riguardo all'ordinamento anteriore, Voci, 217, *infra*, *Nota bibl.*).

L'immediatezza degli effetti prodotti dalla dichiarazione di accettazione beneficiata, a prescindere dall'anteriore o contestuale redazione dell'inventario, non è incompatibile, inoltre, con la moderna lettura dell'art. 564, comma 1º, cod. civ., che richiede l'accettazione medesima, da parte del legittimario chiamato all'eredità, come condizione per esercitare fruttuosamente l'azione di riduzione contro legatari e donatari estranei alla cerchia dei delati ulteriori. Si ritiene, infatti, che la norma citata, ispirata da erronee valutazioni dei compilatori, esiga, non solo tale dichiarazione, ma altresì, in linea con la sua *ratio* più plausibile, la concreta realizzazione delle operazioni inventariali, evitando di colpire ingiustamente i soggetti esclusi dalla successione universale, benché gratificati dal *de cuius*, senza un preventivo accertamento circa l'esatta consistenza dell'asse ereditario (Torrente, 182 s., *infra*, *Nota bibl.*). Così, chi accoglie la teoria della fattispecie complessa, osserva che, sebbene l'imposta condizione dell'azione rimanga oggettivamente sproporzionata, il riservatario intenzionato a integrarla non può dichiarare di accettare con beneficio di inventario, astenendosi dal provocarne la confezione tempestiva, anche perché, in difetto di esso, il precedente contegno dichiarativo non basterebbe a completare la necessaria accettazione beneficiata (Mengoni, 262, nt. 102). Ma, insistendo sull'evocata *ratio* normativa, legata alla tutela di certi donatari e onorati testamentari, non vi è insanabile contraddizione nel predicare l'autonomia causale dell'atto compiuto ai sensi dell'art. 484, comma 1º, cod. civ., per poi pretendere, nella logica del successivo art. 564, comma 1º, cod. civ., il concorso di una sollecita opera di inventariazione; semmai, ragionando in questi termini, si può precisare che l'intervenuta decadenza dal beneficio conquistato in forza dell'atto stesso, isolatamente considerato, non limita l'esercizio dell'impugnativa negoziale, in base alla disposizione ricordata da ultimo, solo se la sua causa è diversa dall'insussistenza di un inventario redatto in tempo utile (Voci, 218).

Nota bibliografica

Sull'accettazione beneficiata, in generale, cfr. C.M. Bianca, *Diritto civile*, 2.2., *Le successioni*, 6a ed., a cura di M. Bianca e Sirena, Giuffrè, 2022, 120 ss.; Ciatti, *Il beneficio d'inventario e la separazione dei beni del defunto*, in *Diritto delle successioni e delle donazioni*, I, a cura di Calvo e G. Perlingieri, 2a ed., Esi, 2013, 387 ss.; L. Ferri, *Disposizioni generali sulle successioni*, nel *Commentario Scialoja-Branca*, 3a ed., Zanichelli-Foro it., 1997, *sub* artt. 484 ss., 330 ss. Ampiamente, con riguardo al trattamento dei corpi morali, G. Perlingieri, *L'«acquisto» puro e semplice delle eredità devolute agli enti. Una rilettura degli artt. 473, 485, 487, 488, 493, 527 c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, 102 ss.; G. Gabrielli, *L'accettazione di eredità da parte dei corpi morali*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 225 ss.

Sul cod. civ. 1865 e per la connessa elaborazione scientifica, v. Butera, *Eredità devoluta ad incapaci e beneficio di inventario*, in *Foro it.*, 1937, I, 621 ss.; Degni, *Lezioni di diritto civile. La successione a causa di morte*, III, Cedam, 1937, 3; N. Coviello, *Delle successioni. Parte generale*, 3a ed., Sangiovanni, 1932, 117, 175 ss.; Betti, *Appunti di diritto civile*, Guf, s.d., ma 1929, 235; Losana, *Le disposizioni comuni alle successioni legittime e testamentarie secondo il Codice Civile Italiano*, 2a ed., Utet, 1911, 209 ss.; Ricci, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, IV, 2a ed., Utet, 1893, 88; Madia, *Istituzioni di diritto civile italiano*, III, Sarracino, 1891, 17; Cimbali, *Studi di dottrina e giurisprudenza civile*, Carabba, 1889, 441 s.; Paoli, *Nozioni elementari di diritto civile. Le successioni testamentarie*, Tip. ist. sordo-muti, 1875, 242 s.; Pacifici-Mazzoni, *Istituzioni di diritto civile italiano*, IV, 2a ed., Cammelli, 1872, 299. Ma si vedano pure, in chiave storica, Marcadé, *Spiegazione teorico-pratica del Codice Napoleone*, V, 3a ed. it., Marghieri e Giachetti, 1874, 175; Demolombe, *Corso del codice civile*, VIII, 1a ed. it., Stab. ant. legale, 1859, 55.

Sul vigente quadro normativo e per le diverse teorie moderne, esaminate nel testo, cfr. L. Mandrioli, *L'accettazione beneficiata del minore: profili problematici*, in *Jus civ.*, 2023, 483 ss.; Ceolin, *Sull'accettazione con beneficio di inventario della persona giuridica e sulla sua decadenza: c'è un giudice in Cassazione!*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 923 s.; Oliviero, *Accettazione dell'eredità devoluta agli enti morali e mancata redazione dell'inventario*, in *Giur. it.*, 2018, 322 ss.; Iaccarino, *Accettazione con beneficio di inventario*, diretto da Id., Utet, 2017, I, 251 s.; M. Gorgoni, *Accettazione dell'eredità. Disposizioni generali*, nel *Commentario Schlesinger*, Giuffrè, 2014, *sub* art. 470, 87; Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, 6a ed., Utet, 2013, 124; Cavalaglio,

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

nel *Commentario Gabrielli*, *Delle successioni*, I, a cura di Cuffaro e Delfini, Utet, 2010, *sub* art. 484, 264; Lorefice, *L'accettazione con beneficio d'inventario*, nel *Trattato breve successioni e donazioni*, diretto da Rescigno, I, 2a ed., Cedam, 2010, 329 ss.; Hercolani, *L'accettazione dell'eredità con il beneficio d'inventario*, nel *Trattato dir. successioni e donazioni*, diretto da Bonilini, I, Giuffrè, 2009, 1259 ss.; Mengoni, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, nel *Trattato Cicu-Messineo*, XLIII, 2, 4a ed., Giuffrè, 2000, 262, nt. 102; L. Ferri, *op. cit.*, *sub* artt. 470 e 484 ss., 236 ss., 330 ss.; Ravazzoni, voce «Beneficio d'inventario», in *Enc. giur. Treccani*, IV, Ed. Enc. it., 1988, 1 ss.; Cariota Ferrara, *Le successioni per causa di morte. Parte generale*, Morano ed., s.d., ma 1986, 466 ss.; Gius. Azzariti, *Dichiarazione di accettazione con beneficio e mancata redazione di inventario*, in *Giur. it.*, 1978, I, 885 s. e nt. 4; Vadalà, *Accettazione dell'eredità con il beneficio d'inventario e pubblicità*, in *Scritti in onore di S. Pugliatti*, I, I, Giuffrè, 1978, 796 ss.; Grosso-Burdese, *Le successioni. Parte generale*, nel *Trattato Vassalli*, XII, 1, Utet, 1977, 259 ss.; Donisi, *L'«efficacia estensiva» dell'accettazione di eredità con il beneficio d'inventario*, in *Riv. dir. civ.*, 1975, I, 421, nt. 49; Prestipino, *Delle successioni in generale*, nel *Commentario de Martino*, Pem, 1973, *sub* art. 484, 248 s.; Comunale, voce «Inventario (dir. priv.)», in *Enc. del dir.*, XII, Giuffrè, 1972, 633; Giannattasio, *Delle successioni. Disposizioni generali – Successioni legittime*, nel *Commentario Utet*, 2a ed., Utet, 1971, *sub* art. 484, 141; Cicu, *Successioni per causa di morte. Parte generale*, nel *Trattato Cicu-Messineo*, 2a ed., XLII, Giuffrè, 1961, 188 ss., 262 ss.; Capo, *La accettazione di eredità devolute a minori in potestate*, in *Nuovo dir.*, 1966, 3 ss.; Vocino, voce «Inventario (beneficio di) (dir. civ.)», nel *Noviss. Digesto it.*, IX, Utet, 1963, 14 ss.; L. Coviello Jr., *Diritto successorio*, Cacucci, 1962, 484 ss.; Moscarini, voce «Beneficio di inventario», in *Enc. del dir.*, V, Giuffrè, 1959, 123 ss.; Natoli, *L'amministrazione di beni ereditari*, II, Giuffrè, 1949, 127 ss.; Vocino, *Contributo alla dottrina del beneficio di inventario*, Giuffrè, 1942, 195 ss.

Sulla nozione tecnica di «procedimento», in contrapposizione allo schema della formazione successiva, Pugliatti, *I fatti giuridici*, agg. da Falzea, Giuffrè, 1996, 21 ss.; Falzea, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Giuffrè, 1941, 189 ss. Sul diverso rapporto fra rifiuto della delazione, ricevuta da un soggetto in possesso di beni ereditari, e tempestiva redazione dell'inventario, v. inoltre, di recente, Pulcini, *Il controverso rapporto tra rinuncia all'eredità e (mancata) redazione dell'inventario da parte del chiamato possessore*, in *Dir. succ. e fam.*, 2022, 1127 ss.

Si vedano, per i ricordati lavori preparatori, Pandolfelli-Scarpello-Stella Richter-Dallari, *Codice civile. Libro delle successioni e donazioni illustrato con i lavori preparatori e con note di commento*, 2a ed., Giuffrè, 1940, 58. Con riferimento, invece, alle norme degli artt. 510 e 564 cod. civ., cfr. Mengoni, *op. cit.*, 257 ss.; Voci, *Accettazione con beneficio d'inventario da parte del minore e pretesa efficacia a vantaggio dei coeredi*, in *Giur. it.*, 1950, I, 217 s.; Torrente, *Azione di riduzione e accettazione dell'eredità con beneficio d'inventario*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1949, III, 182 s.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Il Regolamento europeo sull'intelligenza artificiale: una prima lettura

di Rosario Petruso e Guido Smorto*

SOMMARIO: 1. Osservazioni introduttive. – 2. Definizioni e scelte di fondo. – 3. Le pratiche di IA inaccettabili. – 4. I sistemi di IA «ad alto rischio». – 5. *Segue*: requisiti di qualità, obblighi per gli operatori e valutazione della conformità. – 6. Rischi specifici di impersonificazione o inganno. – 7. Rischi limitati o minimi. – 8. L'IA per finalità generali (e l'IA generativa). – 9. La *governance* dell'IA.

1. Osservazioni introduttive.

Il 12 luglio 2024 con la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea del "Regolamento sull'intelligenza artificiale" si è concluso un lungo e articolato procedimento legislativo intrapreso dall'Unione europea – come parte della sua Strategia digitale – per stabilire una disciplina sull'intelligenza artificiale [1].

Dinanzi alla vertiginosa accelerazione delle innovazioni nel settore, già nell'ottobre 2017 il Consiglio europeo aveva invitato la Commissione a proporre le iniziative necessarie per rafforzare la posizione strategica dell'industria europea, garantendo al tempo stesso elevati standard etici e di protezione dei diritti dei singoli, e di farlo entro l'inizio del 2018 [2]. Nella successiva Comunicazione della Commissione al Parlamento e al Consiglio del 4.4.2018 la tempestività di un intervento normativo è considerata un fattore «essenziale» [3]. L'esigenza di intervenire con urgenza, riaffermata in tutte le fasi di gestazione del provvedimento (nell'originaria Proposta esitata dalla Commissione il 21.4.2021 [4], nelle modifiche del Consiglio del 6 dicembre 2022 con la pubblicazione dell'orientamento generale [5] e nel testo approvato in prima lettura dal Parlamento europeo il 13.3.2024 [6]) si accompagna agli imperativi di promuovere lo sviluppo, l'uso e l'adozione dell'intelligenza artificiale [7], di «proteggere l'innovazione» [8] e di consentire che tali tecnologie possano circolare liberamente nell'Unione [9].

D'altra parte, una frammentazione del mercato in punto di disciplina frutto del sopraggiungere di normative nazionali divergenti – si osserva [10] – comprometterebbe la libera circolazione di tali tecnologie e rischierebbe di ostacolare la concorrenza tra le imprese europee. Non a caso la base giuridica dell'atto è individuata nell'art. 114 TFUE sul ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno [11]. L'esercizio dei poteri normativi dell'Unione mira per-

* **Contributo pubblicato in base a *referee*.**

[1] Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13.6.2024 che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica i regolamenti (CE) n. 300/2008, (UE) n. 167/2013, (UE) n. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e le direttive 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828 (regolamento sull'intelligenza artificiale).

[2] Brussels, 19.10.2017 (OR. en), EUCO 14/17, CO EUR 17 CONCL 5, 5 ss.

[3] «L'intelligenza artificiale per l'Europa», 25.4.2018 COM(2018) 237 final, 15.

[4] C.d. «Legge sull'intelligenza artificiale», COM/2021/206 final. La Proposta è stata preceduta dalla istituzione nel giugno 2018 di un Gruppo di esperti ad alto livello sull'intelligenza artificiale (AI HLEG), dalla presentazione nell'aprile 2019 degli «Orientamenti etici per un'IA affidabile» elaborati dall'AI HLEG, dalla pubblicazione nel febbraio 2020 del Libro bianco sull'Intelligenza Artificiale («Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia») e da una consultazione pubblica aperta alle risposte dei cittadini e delle altre parti interessate fino al 31.5.2020.

[5] Brussels, 6.12.2022 (OR. en)15698/22.

[6] L'urgenza di adottare una regolamentazione volta a disciplinare l'IA è dimostrata, tra l'altro, dalla volontà di incanalare il processo decisionale verso la ricerca anticipata di un accordo tra i due co-legislatori al fine di evitare che il sistema delle ripetute letture potesse causare una situazione di stallo. In tale prospettiva, il 6.12.2022 era stato esitato l'orientamento generale del Consiglio, che costituisce la base per i negoziati con il Parlamento europeo (nell'ambito dei negoziati interistituzionali avviati dal Consiglio secondo lo schema del c.d. "trilogo": cfr. il comunicato stampa del Consiglio del 6.12.2022, *https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2022/12/06/artificial-intelligence-act-council-calls-for-promoting-safe-ai-that-respects-fundamental-rights/*), cui ha fatto seguito il testo (modificato e) approvato in prima lettura dal Parlamento europeo il 13.3.2024, poi sostanzialmente confermato dal Consiglio nella votazione del 21.5.2024.

[7] Cfr. *considerando* 8.

[8] Cfr. *considerando* 143, 144, 146.

[9] In tal senso, cfr. le indicazioni del Consiglio europeo (riunione straordinaria del Consiglio europeo, 1-2.10.2020, conclusioni EUCO 13/20, 2020) e del Parlamento europeo (risoluzione del Parlamento europeo del 20.10.2020 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti il quadro relativo agli aspetti etici dell'intelligenza artificiale, della robotica e delle tecnologie correlate (2020/2012(INL)).

[10] Cfr. *considerando* 3.

[11] L'art. 16 TFUE costituisce un'ulteriore base legittimante la nuova regolamentazione. Il legislatore prevede infatti regole specifiche sulla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, «consistenti in limitazioni dell'uso dei sistemi di IA per l'identificazione biometrica remota a fini di attività di contrasto, dell'uso dei sistemi di IA per le valutazione dei rischi delle persone fisiche

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

tanto alla riduzione delle barriere al commercio che rischiano di indebolire la posizione dell'Europa nella competizione digitale globale sul versante dell'automazione: rimanere indietro su questo fronte significherebbe non tanto perdere le opportunità che l'IA è capace di offrire, quanto «diventare un consumatore di soluzioni (...) sviluppate altrove» [12].

Se l'esigenza avvertita dal regolatore è quella di «accelerare il processo di sviluppo e immissione sul mercato dei sistemi di IA» [13], è altrettanto essenziale che il cambiamento sia accettato dai singoli e dal mondo imprenditoriale [14]: «sia i cittadini sia le imprese» – si legge nella Comunicazione – «devono poter avere fiducia nella tecnologia con cui interagiscono, disporre di un contesto normativo prevedibile e contare su efficaci misure di salvaguardia che proteggano i loro diritti e le loro libertà fondamentali» [15].

È in questa prospettiva che l'obiettivo dichiarato del legislatore è che l'IA sia progettata, sviluppata e distribuita in Europa secondo «le proprie modalità e i propri valori» [16]: un'IA «sicura, affidabile ed etica» [17], incentrata sul rispetto dei valori di base dell'Unione e sui diritti fondamentali dei singoli [18].

In modo complementare, l'ambizione del legislatore è anche di influenzare il modo in cui le soluzioni per la sfera digitale sono sviluppate a livello globale e di esportare il modello al di fuori del Vecchio Continente promuovendo così i valori europei e diventando una sorta di *gold standard* in tema di regolazione dell'intelligenza artificiale [19].

2. Definizioni e scelte di fondo.

Dinanzi alla complessità di tale sfida, il regolamento mira a fornire un quadro normativo tecnologicamente neutro, orientato al futuro, orizzontale e modulato sul rischio [20]. La neutralità tecnologica si dovrebbe evincere dalla lettura dell'art. 3, ove i "sistemi di IA" – non l'IA in quanto tale [21] – sono definiti a prescindere dalle caratteristiche tecniche prescelte in fase di progettazione e sviluppo.

Il punto 1 dello stesso articolo definisce "sistema di IA" «un sistema automatizzato progettato per funzionare con livelli di autonomia variabili e che può presentare adattabilità dopo la diffusione e che, per obiettivi espliciti o impliciti, deduce dall'input che riceve come generare output quali previsioni, contenuti, raccomandazioni o decisioni che possono influenzare ambienti fisici o virtuali».

In chiave esplicativa, il *considerando* 12 fornisce alcune indicazioni sulle principali caratteristiche funzionali dell'intelligenza artificiale, legate alla sua «capacità inferenziale». L'inferenza si riferisce al processo attraverso il quale il sistema di IA trae conclusioni o fornisce previsioni a partire da dati o informazioni disponibili. Nel medesimo *considerando* si indicano anche i due approcci su cui si basa questa inferenza: l'apprendimento automatico o la logica e la conoscenza. Il primo consente al sistema di imparare «dai dati come conseguire determinati obiettivi»; il secondo trae «inferenze dalla conoscenza codificata o dalla rappresentazione simbolica del compito da risolvere». In entrambi i casi, la capacità inferenziale consente al sistema «l'apprendimento, il ragionamento o la modellizzazione». Tra i sistemi di IA non rientrano invece i software tradizionali e gli approcci di programmazione più semplici che utilizzano «regole definite unicamente da persone fisiche per eseguire operazioni in modo automatico» [22].

Nei propositi del legislatore non ci sono, dunque,

---

a fini di attività di contrasto e dell'uso dei sistemi di IA di categorizzazione biometrica a fini di attività di contrasto» (cfr. *considerando* 3).

[12] È questa la posizione espressa nel 2018 dalla Commissione nella comunicazione dal titolo «L'intelligenza artificiale per l'Europa», cit., 7 e nella successiva comunicazione dal titolo «Piano coordinato sull'intelligenza artificiale», COM(2018) 795 final, 4.

[13] *Considerando* 141.

[14] «Accettare il cambiamento» sono le parole introduttive della comunicazione «L'intelligenza artificiale per l'Europa», cit.

[15] COM(2018) 237 final, 16.

[16] COM(2018) 237 final, 21.

[17] Cfr. *considerando* 8.

[18] Un'IA che, già negli *Orientamenti etici per un'IA affidabile* (cfr. § 141) e nelle comunicazioni prima citate – COM(2018) 237 final, 18 e COM(2018) 795 final, 9 – era definita come «inclusiva» e «antropocentrica». Questo approccio (ora confermato dal *considerando* 1), diretto a porre le persone al centro dello sviluppo dell'IA era presentato come il grande vantaggio dell'Unione europea rispetto agli altri attori internazionali nella competizione globale su tali mercati.

[19] Di «*Brussels Effect*» parla Bradford, *The Brussels Effect*, in 107 *Northwestern University Law Review*, 1, 2012, 3.

[20] Cfr. risoluzione del Parlamento europeo del 20.10.2020 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti il quadro relativo agli aspetti etici dell'intelligenza artificiale, della robotica e delle tecnologie correlate (2020/2012(INL), § 12.

[21] Al *considerando* 4 si legge, però, una definizione di IA che punta sui benefici che essa è in grado di apportare in tutto lo spettro delle attività industriali e sociali: l'intelligenza artificiale consiste «in una famiglia di tecnologie in rapida evoluzione che contribuisce al conseguimento di un'ampia gamma di benefici a livello economico, ambientale e sociale nell'intero spettro delle attività industriali e sociali. L'uso dell'IA, garantendo un miglioramento delle previsioni, l'ottimizzazione delle operazioni e dell'assegnazione delle risorse e la personalizzazione delle soluzioni digitali disponibili per i singoli e le organizzazioni, può fornire vantaggi competitivi fondamentali alle imprese e condurre a risultati vantaggiosi sul piano sociale e ambientale, ad esempio in materia di assistenza sanitaria, agricoltura, sicurezza alimentare, istruzione e formazione, media, sport, cultura, gestione delle infrastrutture, energia, trasporti e logistica, servizi pubblici, sicurezza, giustizia, efficienza dal punto di vista energetico e delle risorse, monitoraggio ambientale, conservazione e ripristino della biodiversità e degli ecosistemi, mitigazione dei cambiamenti climatici e adattamento ad essi». Al *considerando* 138 l'IA è poi definita con riferimento ai rischi ed alle conseguenze negative che può comportare per le persone fisiche e per la società: l'IA è «una famiglia di tecnologie in rapida evoluzione che richiede sorveglianza regolamentare e uno spazio sicuro e controllato per la sperimentazione, garantendo nel contempo un'innovazione responsabile e l'integrazione di tutele adeguate e di misure di attenuazione dei rischi».

[22] Cfr. *considerando* 12.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

tecnologie ammesse o tecnologie escluse e non sono favoriti o penalizzati prodotti o servizi in funzione della tecnologia impiegata. Ad essere vietati o regolamentati sono soltanto determinati utilizzi delle nuove tecnologie, in relazione alla «finalità prevista», ossia alla destinazione d'uso impressa al sistema dal fornitore [23]. D'altra parte, l'IA può essere progettata anche per scopi generali e applicata in contesti e per finalità inizialmente non previsti, trovando integrazione in altri sistemi di IA. Per questo motivo, il regolamento include «modelli» e «sistemi» di IA per «finalità generali»: quei modelli e sistemi cioè che, come vedremo più avanti, possono «perseguire varie finalità, sia per uso diretto che per integrazione in altri sistemi di IA» [24].

L'ampia definizione dei sistemi di IA è frutto di una precisa scelta legislativa: consentire alla nuova disciplina di guadagnare in flessibilità futura e di fronteggiare la natura evolutiva ed il rapido incedere delle tecnologie legate all'IA. Sempre al fine di fronteggiare i rischi di obsolescenza, il regolamento conferisce alla Commissione ampie competenze normative e di esecuzione, sottraendo gli inevitabili aggiustamenti additivo-riduttivi che nel tempo si renderanno necessari all'intervento dei co-legislatori, affidandoli invece ad una procedura decisionale più snella in cui l'attore principale rimane la Commissione [25].

Allo scopo di dotarsi di un quadro normativo sufficientemente flessibile, che – si precisa – non scoraggi gli investimenti [26], il regolamento adotta un approccio c.d. orizzontale, con norme applicabili in tutti i settori di impiego e a tutti i tipi di IA. Allo stesso tempo, considerata la specificità contestuale dei sistemi di IA [27], l'approccio orizzontale si completa attraverso regole di settore, secondo un quadro comune di riferimento fondato sul «Nuovo Quadro Legislativo» sulla commercializzazione dei prodotti [28]. Questo approccio, seguito dal legislatore europeo a partire dal 2008, delega alle organizzazioni europee di normazione l'individuazione delle soluzioni di dettaglio che traducono i requisiti di legge in precise prescrizioni tecniche.

Prima di entrare nel merito del regolamento, occorre soffermarsi sulla scelta di fondo che informa la logica complessiva dell'intero impianto normativo, e delle regole di dettaglio che lo compongono, quella cioè di regolare i sistemi di intelligenza artificiale attraverso un approccio basato sul rischio [29]. Più nel dettaglio, per garantire un equilibrio tra lo sviluppo di un'IA sicura, affidabile ed etica e la promozione dell'innovazione e della concorrenza tra le imprese europee, il regolamento si focalizza sui rischi associati all'utilizzo dell'IA, definendo una piramide del rischio che distingue i sistemi di IA in quattro categorie differenti basate sul livello di rischio che presentano: inaccettabili, alti, specifici (di impersonificazione o inganno) e limitati o minimi [30]. Per ciascuna di queste categorie il regolamento stabilisce divieti, requisiti minimi obbligatori alla cui stregua progettare e sviluppare i sistemi di IA, obblighi di trasparenza o semplici misure volte a promuovere l'autoregolamentazione, con l'obiettivo di fissare regole proporzionate agli interessi da tutelare nei diversi casi.

In aggiunta e al di fuori di tale piramide, il regolamento stabilisce norme specifiche per i «modelli di IA per finalità generali» [31], adottando una peculiare categorizzazione del rischio incentrata sui c.d. «rischi sistemici» [32].

3. Le pratiche di IA inaccettabili.

La premessa di fondo del quadro regolatorio adottato dall'UE è che le tecnologie dell'IA debbano essere sviluppate, diffuse e utilizzate garantendo «un elevato livello di protezione degli interessi pubblici, quali la salute e la sicurezza e la protezione dei diritti fonda-

---

[23] All'art. 3.1.12 la "finalità prevista" è così definita: «l'uso di un sistema di IA previsto dal fornitore, compresi il contesto e le condizioni d'uso specifici, come dettagliati nelle informazioni comunicate dal fornitore nelle istruzioni per l'uso, nel materiale promozionale o di vendita e nelle dichiarazioni, nonché nella documentazione tecnica».

[24] Cfr. art. 3.1.66.

[25] Cfr. artt. 6.6, 7.1 e *considerando* 173, 175.

[26] Cfr. COM(2018) 795 final, 9.

[27] Cfr. Commissione europea, Direzione generale delle Reti di comunicazione, dei contenuti e delle tecnologie, *Orientamenti etici per un'IA affidabile*, Ufficio delle pubblicazioni, 2019, *https://data.europa.eu/doi/10.2759/640340*, 3.

[28] Ci si riferisce al «Nuovo Quadro Legislativo» («*New Legislative Framework*») adottato dal Consiglio Europeo il 9.7.2008, appositamente richiamato dall'Allegato I del regolamento. Si noti che l'Allegato I è ulteriormente suddiviso in due sezioni. La sezione "A" concerne il nuovo quadro legislativo; la sezione "B" riguarda invece altre normative sulla conformità dei prodotti, modificate dalle disposizioni finali del regolamento (cfr. il *considerando* 49 e il capo XIII). Sul punto, cfr. Veale-Zuiderveen Borgesius, *Demystifying the Draft EU Artificial Intelligence Act, Analysing the good, the bad, and the unclear elements of the proposed approach*, in 22 *Computer Law Review International*, 4, 2021, 102.

[29] Cfr. *considerando* 26.

[30] In dottrina, sull'approccio incentrato sulla *risk regulation*, cfr. De Gregorio-Dunn, *The European Risk-Based Approaches: Connecting Constitutional Dots in the Digital Age*, in 59 *Common Market Law Review*, 2, 2022, 497; Guihot-Matthew-Suzor, *Nudging Robots: Innovative Solutions to Regulate Artificial Intelligence*, in 20 *Vand. J. Ent. & Tech. L.* 385, 446 (2017); Marchant-Stevens, *Resilience: A New Tool in the Risk Governance Toolbox for Emerging Technologies*, in 51 *U.C. Davis L. Rev.* 233, 236 (2017); Scherer, *Regulating Artificial Intelligence Systems: Risks, Challenges, Competencies, and Strategies*, in 29 *Harv. J.L & Tech.* 353, 356 (2016); Solow Niedermann, *Administering Artificial Intelligence*, in 93 S. *Cal. L. Rev.* 633, 691-93 (2020); Chamberlain, *The Risk-Based Approach of the European Union's Proposed Artificial Intelligence Regulation: Some Comments from a Tort Law Perspective*, in 14 (1) *European Journal of Risk Regulation*, 1, 2023, 8; Finocchiaro, *La proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale: il modello europeo basato sulla gestione del rischio*, in *Dir. inf.*, 2022, 303 ss. Infine, sia consentito di rinviare a Smorto, *Distribuzione del rischio e tutela dei diritti nel Regolamento europeo sull'intelligenza artificiale. Una riflessione critica*, in *Il Foro it.*, 2024, V, 208 ss.

[31] Cfr. art. 3.1.63.

[32] Cfr. art. 3.1.65.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

mentali, compresi la democrazia, lo Stato di diritto e la protezione dell'ambiente, come riconosciuti e tutelati dal diritto dell'Unione» [33], e che pertanto tanto maggiori sono i rischi per la società nel suo complesso o per i singoli, più stringente debba essere la regolamentazione.

Su questa premessa, il regolamento colloca al vertice della piramide del rischio alcune «pratiche» [34], ossia determinati usi o impieghi dell'IA, che presentano rischi considerati inaccettabili: il legislatore europeo vieta, dunque, l'immissione sul mercato, la messa in servizio e l'uso di un numero chiuso (e, come vedremo, estremamente limitato) di pratiche di IA che hanno il potenziale di contraddire in radice i valori comuni e di base dell'Unione [35].

Il capo II del regolamento, composto dal solo art. 5, vieta in particolare [36]:

a) i sistemi di IA che utilizzano «tecniche subliminali che agiscono senza che una persona ne sia consapevole o tecniche volutamente manipolative o ingannevoli aventi lo scopo o l'effetto di distorcere materialmente il comportamento di una persona o di un gruppo di persone, pregiudicando in modo considerevole la loro capacità di prendere una decisione informata, inducendole pertanto a prendere una decisione che non avrebbero altrimenti preso, in un modo che provochi o possa provocare a tale persona, a un'altra persona o a un gruppo di persone un danno significativo»;

b) i sistemi di IA che sfruttano «le vulnerabilità di una persona fisica o di uno specifico gruppo di persone, dovute all'età, alla disabilità o a una specifica situazione sociale o economica, con l'obiettivo o l'effetto di distorcere materialmente il comportamento di tale persona o di una persona che appartiene a tale gruppo in un modo che provochi o possa ragionevolmente provocare a tale persona o a un'altra persona un danno significativo»;

c) i sistemi di IA di controllo e valutazione sociale. In particolare, sono vietati i sistemi di IA adoperati per la «valutazione o la classificazione delle persone fisiche o di gruppi di persone per un determinato periodo di tempo sulla base del loro comportamento sociale o di caratteristiche personali o della personalità note, inferite o previste, in cui il punteggio sociale così ottenuto comporti il verificarsi di uno o di entrambi gli scenari seguenti: *i*) un trattamento pregiudizievole o sfavorevole di determinate persone fisiche o di gruppi di persone in contesti sociali che non sono collegati ai contesti in cui i dati sono stati originariamente generati o raccolti; *ii*) un trattamento pregiudizievole o sfavorevole di determinate persone fisiche o di gruppi di persone che sia ingiustificato o sproporzionato rispetto al loro comportamento sociale o alla sua gravità»;

d) i sistemi di IA per effettuare «valutazioni del rischio relative a persone fisiche al fine di valutare o prevedere il rischio che una persona fisica commetta un reato, unicamente sulla base della profilazione di una persona fisica o della valutazione dei tratti e delle caratteristiche della personalità»;

e) i sistemi di IA «che creano o ampliano le banche dati di riconoscimento facciale mediante scraping non mirato di immagini facciali da internet o da filmati di telecamere a circuito chiuso»;

f) i sistemi di IA diretti a «inferire le emozioni di una persona fisica nell'ambito del luogo di lavoro e degli istituti di istruzione, tranne laddove l'uso del sistema di IA sia destinato a essere messo in funzione o immesso sul mercato per motivi medici o di sicurezza»;

g) i sistemi di «categorizzazione biometrica che classificano individualmente le persone fisiche sulla base dei loro dati biometrici per trarre deduzioni o inferenze in merito a razza, opinioni politiche, appartenenza sindacale, convinzioni religiose o filosofiche, vita sessuale o orientamento sessuale»;

h) i sistemi di «identificazione biometrica remota "in tempo reale" in spazi accessibili al pubblico a fini di attività di contrasto (...)» [37].

In tutti questi casi il divieto è strutturato come una proibizione assoluta [38], indipendente cioè da qualsiasi valutazione in concreto del rischio da parte dei fornitori o degli utilizzatori di tali sistemi (definiti «*deployer*» dall'art. 3, comma 1º, n. 4), secondo un apprezzamento da cui non è consentito scostarsi nemmeno con il consenso degli stessi destinatari del risultato finale elaborato dal sistema (il c.d. *output*) [39]. Neppure la Commissione ha le competenze normati-

---

[33] Cfr. *considerando* 8.

[34] Cfr. art. 5.

[35] Cfr. *considerando* 28.

[36] Cfr. art. 5.

[37] Si sottraggono a tale divieto (art. 5.1, lett. *h*) i casi di uso di tali sistemi quando questo sia strettamente necessario per la ricerca di vittime di sottrazione, tratta o sfruttamento sessuale di esseri umani, ricerca di persone scomparse, prevenzione di una minaccia specifica, sostanziale e imminente per la vita o l'incolumità fisica delle persone o di una minaccia reale e attuale o reale e prevedibile di un attacco terroristico, per la localizzazione o l'identificazione di una persona sospettata di aver commesso un reato, ai fini dello svolgimento di un'indagine penale, o dell'esercizio di un'azione penale o dell'esecuzione di una sanzione penale per reati punibili con pena detentiva massima non inferiore quattro anni. Anche in questi casi, l'impiego di queste forme di identificazione biometrica remota in tempo reale è ammesso solo per confermare l'identità della persona specificamente interessata e deve tener conto tanto della natura della gravità, probabilità ed entità del danno che sarebbe causato in caso di mancato uso del sistema, quanto delle conseguenze dell'uso del sistema per i diritti e le libertà di tutte le persone interessate (art. 5.2). Inoltre, tale uso è subordinato a un'autorizzazione preventiva rilasciata da un'autorità giudiziaria o da un'autorità amministrativa indipendente. Rimane fermo che nessuna decisione che produca effetti giuridici negativi su una persona può essere presa unicamente sulla base dell'output del sistema di identificazione biometrica remota in tempo reale (art. 5.3).

[38] Sul punto, cfr. De Gregorio-Dunn, *The European Risk-Based Approaches*, cit., 492.

[39] Si pensi, ad esempio, al divieto di *social scoring*. Se il divieto non fosse assoluto, il singolo potrebbe essere indotto a prendere parte ai

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ve e di esecuzione volte a flessibilizzare tale elenco rivedendo, per aggiunta o per sottrazione, i divieti in parola, diversamente – come vedremo tra breve – da quanto è previsto con riferimento ai sistemi di IA ad alto rischio.

D'altra parte, l'assolutezza di tale previsione esce fortemente ridimensionata da una considerazione delle specifiche caratteristiche delle pratiche di IA che incorrono nel divieto. I divieti prima illustrati sono costruiti, infatti, intorno a una serie di limiti – espliciti o talvolta impliciti – che finiscono con ampliare le maglie dei sistemi di IA che si sottraggono al divieto e il cui utilizzo è ammesso da parte di attori sia pubblici sia privati[40]. L'IA vietata è così ricondotta a un numero limitato di pratiche, le quali sono indicate da disposizioni che per un verso costruiscono in modo molto dettagliato cosa è vietato e per l'altro stabiliscono ampie eccezioni al divieto[41]. Ad esempio, i sistemi di IA che utilizzano «tecniche subliminali che agiscono senza che una persona ne sia consapevole» sono vietati solo se hanno «lo scopo o l'effetto di distorcerne materialmente il comportamento» e devono necessariamente provocare a tale persona o a terzi un danno significativo[42]. Allo stesso modo, i sistemi di IA che sfruttano le vulnerabilità di uno specifico gruppo di persone incorrono nel divieto esclusivamente quando tali vulnerabilità siano dovute a ragioni specifiche (età, disabilità o a una specifica situazione sociale o economica) e solo se il sistema abbia «l'obiettivo o l'effetto di distorcere materialmente il comportamento» di un singolo che appartenga a tale gruppo e finisca con il cagionare a tale persona o a terzi un danno significativo. Analogamente, la portata effettiva del divieto di utilizzo dei sistemi di IA di controllo e valutazione sociale adoperati ai fini della valutazione o della classificazione delle persone fisiche sulla base del loro comportamento sociale o di caratteristiche personali riguarda solamente i sistemi di IA che forniscono un punteggio sociale delle persone fisiche per scopi «generali»[43], mentre non trova applicazione nel caso di sistemi di IA destinati alla valutazione delle persone fisiche effettuata «per uno scopo specifico in conformità del diritto dell'Unione e nazionale»[44]. Anche in questo caso il divieto risulta limitato ad alcune dettagliate ipotesi. L'impiego dell'IA è vietato solo se il punteggio sociale sia utilizzato in contesti sociali non collegati a quello in cui i dati sono stati originariamente generati o raccolti ovvero quando tali sistemi determinino un trattamento pregiudizievole «ingiustificato o sproporzionato»[45]. Con riguardo ai sistemi di IA che possono essere utilizzati per il trattamento dei dati biometrici, il divieto non include i sistemi di riconoscimento delle emozioni (ad eccezione di situazioni specifiche, quali i sistemi utilizzati sul luogo di lavoro e negli istituti di istruzione e sempre che non sia adoperati per motivi medici o di sicurezza), che non sono vietati e ricadono soltanto tra i sistemi di IA ad alto rischio[46]. Inoltre, fuori dalle ipotesi della categorizzazione biometrica (e a condizione che il sistema di IA non sia puramente accessorio ed intrinsecamente legato ad un altro servizio commerciale principale[47]), il divieto riguarda unicamente i sistemi di identificazione biometrica «in tempo reale» quando tali sistemi siano adoperati in spazi accessibili al pubblico, a fini di attività di contrasto, e sempre fatta salva l'applicazione delle eccezioni discusse in precedenza[48].

4. I sistemi di IA «ad alto rischio».

In un impianto normativo centrato sull'entità e sulla portata dei rischi si individuano poi i sistemi di IA «ad alto rischio», ossia i sistemi di IA che «hanno un impatto nocivo significativo sulla salute, la sicurezza

sistemi di credito sociale purché presentati nominalisticamente come ad adesione volontaria: potrebbero però esistere incentivi per chi decide di aderirvi e disincentivi per chi rifiuta di partecipare tali da rendere costretta la scelta del singolo.

[40] Ad esempio, il divieto di utilizzo di sistemi di IA per valutare il rischio di commissione di reati da parte di individui non si applica «ai sistemi di IA utilizzati a sostegno della valutazione umana del coinvolgimento di una persona in un'attività criminosa, che si basa già su fatti oggettivi e verificabili direttamente connessi a un'attività criminosa»; il divieto concernente i sistemi biometrici che categorizzano le persone individualmente in base ai loro dati biometrici per dedurre informazioni su razza, opinioni politiche, affiliazione sindacale, convinzioni religiose o filosofiche, vita sessuale o orientamento sessuale non riguarda «l'etichettatura o il filtraggio di set di dati biometrici acquisiti legalmente, come le immagini, sulla base di dati biometrici o della categorizzazione di dati biometrici nel settore delle attività di contrasto».

[41] Sul punto, in prospettiva critica, cfr. Ebers-Hoch-Rosenkranz-Ruschemeier-Steinrötter, *The European Commission's Proposal for an Artificial Intelligence Act – A Critical Assessment by Members of the Robotics and AI Law Society (RAILS)*, in 4 *J.*, 4, 2021, 592; Ruschemeier, *AI as a challenge for legal regulation – the scope of application of the artificial intelligence act proposal*, in *ERA Forum 23*, 361-376, 2023, 372; Veale-Zuiderveen Borgesius, *Demystifying the Draft EU Artificial Intelligence Act*, cit., spec. 98 ss.; Smuha-Ahmed Rengersb-Harkens-Li-MacLaren-Piselli-Yeungg, *How the EU Can Achieve Legally Trustworthy AI: A Response to the European Commission's Proposal for an Artificial Intelligence Act* (5.8.2021), *https://ssrn.com/abstract=3899991*, 24 ss.

[42] Si noti che il *considerando* 29 prevede che tra i danni significativi vanno intesi anche i «danni che possono essere accumulati nel tempo».

[43] Cfr. il par. 5.2.2 della relazione di accompagnamento della proposta.

[44] Così il *considerando* 31.

[45] Cfr. *considerando* 31.

[46] Ipotesi che, come sostenuto in dottrina, per la gravità delle potenziali conseguenze negative sui singoli, avrebbero dovuto essere ricondotte alle pratiche vietate: cfr. Ebers-Hoch-Rosenkranz-Ruschemeier-Steinrötter, *The European Commission's Proposal for an Artificial Intelligence Act*, cit., 594.

[47] Cfr. *considerando* 16, ove si fa l'esempio dei filtri che classificano le caratteristiche facciali o del corpo utilizzate sui mercati online: si tratterebbe di un servizio accessorio, «in quanto possono essere utilizzati solo in relazione al servizio principale che consiste nel vendere un prodotto consentendo al consumatore di visualizzare in anteprima il prodotto su se stesso e aiutarlo a prendere una decisione di acquisto».

[48] Cfr. art. 5.1, lett. *h*).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

e i diritti fondamentali delle persone» [49], cui è dedicato l'intero capo III del regolamento [50].

A differenza dei sistemi di IA che determinano rischi inaccettabili, la qualificazione di un sistema di IA come «ad alto rischio» non comporta un divieto, ma l'obbligo di ricondurre i rischi generati da questi sistemi entro livelli accettabili così da trovare un equilibrio tra gli interessi in gioco, anche in ragione dei costi che la regolamentazione comporta [51].

All'interno della categoria dei sistemi di IA ad alto rischio, il regolamento distingue, quanto alla disciplina applicabile, due sottogruppi, a seconda che l'IA sia incorporata, anche come componente di sicurezza, in uno dei prodotti la cui fabbricazione è già regolamentata dalla normativa di armonizzazione (ad esempio, giocattoli, ascensori, imbarcazioni da diporto, dispositivi medici o di protezione individuale) ovvero che sia progettata per essere utilizzata come «elemento indipendente» (c.d. sistemi «*stand-alone*») [52].

Nel primo caso, i sistemi di IA possono essere fisicamente incorporati al prodotto (sistemi c.d. «integrati») [53] o assistere la funzionalità di tale prodotto senza esservi incorporati (sistemi c.d. «non integrati») [54]. In tali ipotesi il sistema è considerato «ad alto rischio» ove il prodotto di cui il sistema di IA è componente sia di per sé soggetto ad una valutazione della conformità da parte di terzi ai sensi della normativa sulla sicurezza dei prodotti [55]. Un simile richiamo alla regolamentazione di settore ha lo scopo di evitare duplicazioni di oneri amministrativi e costi di conformità per i produttori [56], oltre che di non alterare i ruoli e le relative responsabilità individuati nelle normative sulla commercializzazione dei prodotti [57].

Quanto all'IA c.d. «indipendente» [58] o «*stand-alone*» [59], ad essere considerati ad alto rischio sono i sistemi di IA impiegati in alcuni «settori» predefiniti, indicati in dettaglio nell'Allegato III del regolamento: 1) biometria; 2) infrastrutture critiche; 3) istruzione e formazione professionale; 4) occupazione, gestione dei lavoratori e accesso al lavoro autonomo; 5) accesso a servizi privati essenziali e a prestazioni e servizi pubblici essenziali e fruizione degli stessi; 6) attività di contrasto; 7) migrazione, asilo e gestione del controllo delle frontiere; 8) amministrazione della giustizia e processi democratici.

Per ciascuno di questi settori, il legislatore europeo individua poi delle sotto-classi (c.d. «casi d'uso» [60]) più circoscritte di sistemi di IA. In particolare, con riferimento al settore della biometria, rientrano tra i casi d'uso (quando non costituiscono forme di biometria vietate) i sistemi di identificazione biometrica remota, i sistemi destinati a essere utilizzati per la categorizzazione biometrica in base ad attributi o caratteristiche sensibili protetti basati sulla deduzione di tali attributi o caratteristiche e i sistemi destinati a essere utilizzati per il riconoscimento delle emozioni. Per le infrastrutture critiche, l'Allegato III include nei casi d'uso i sistemi destinati a essere utilizzati come componenti di sicurezza nella gestione e nel funzionamento delle infrastrutture digitali critiche, del traffico stradale o nella fornitura di acqua, gas, riscaldamento o elettricità. Quanto ai settori dell'istruzione e della formazione professionale, tra gli altri, il regolamento prevede tra i casi d'uso i sistemi di destinati a essere utilizzati per determinare l'accesso, l'ammissione o l'assegnazione dei singoli agli istituti di istruzione e formazione professionale ed anche i sistemi destinati a essere utilizzati per monitorare e rilevare comportamenti vietati degli studenti durante le prove nel contesto o all'interno di istituti di istruzione e formazione professionale. Con riguardo all'occupazione, alla gestione dei lavoratori e all'accesso al lavoro autonomo, i casi d'uso includono i sistemi destinati a essere utilizzati per l'assunzione e la selezione del personale, le decisioni su promozioni e cessazioni del rapporto di lavoro, l'assegnazione di compiti, il monitoraggio o la valutazione dei lavoratori. Con riferimento al settore dell'accesso a servizi privati essenziali e a prestazioni e servizi pubblici essenziali l'Allegato III prevede, tra gli altri, come casi d'uso, i sistemi di valutazione del merito di credito delle persone fisiche, o quelli che determinano l'accesso a risorse finanziarie o a servizi essenziali, come l'alloggio,

---

[49] Così il *considerando* 46.

[50] Cfr. artt. 6 ss. Ai sistemi di IA ad alto rischio è poi dedicato il capo VIII del regolamento (cfr. art. 71), che istituisce con riferimento a tali tecnologie una Banca dati dell'UE accessibile al pubblico, destinata a raccogliere le informazioni elencate nell'Allegato VIII.

[51] Non a caso i costi da sostenere rappresentano per il legislatore uno degli elementi centrali del bilanciamento da effettuare tra rischi e misure da adottare. Si legge, ad esempio, al *considerando* 146 che «alla luce delle dimensioni molto ridotte di alcuni operatori e al fine di garantire la proporzionalità rispetto ai costi dell'innovazione, è opportuno consentire alle microimprese di adempiere a uno degli obblighi più dispendiosi, vale a dire l'istituzione di un sistema di gestione della qualità, in un modo semplificato che ridurrebbe gli oneri amministrativi e i costi a carico di tali imprese senza incidere sul livello di protezione e sulla necessità di rispettare i requisiti per i sistemi di IA ad alto rischio».

[52] Cfr. *considerando* 12.

[53] Cfr. *considerando* 12.

[54] Cfr. *considerando* 12.

[55] Cfr. art. 6.1.

[56] Ad esempio, a norma dell'art. 11.2 dovrà essere redatta un'unica documentazione tecnica.

[57] In chiave critica, si osserva come, se per un verso una simile scelta appare ispirata da ragioni condivisibili, per altro verso ciò comporta che non siano previste valutazioni della conformità che tengano nel debito conto le peculiarità specifiche dell'IA, dato che le verifiche di legge continueranno ad essere effettuate secondo le procedure di valutazione della conformità già previste per ciascun comparto produttivo oggetto, in tutto o in parte, di normative di armonizzazione. Sul punto, cfr. Mökander-Axente-Casolari– Floridi, *Conformity assessments and post-market monitoring: a guide to the role of auditing in the proposed European AI regulation*, in 32 *Minds and Machines*, 2021, 241 ss.

[58] Cfr. *considerando* 52.

[59] Cfr. *considerando* 12.

[60] Cfr. art. 7.1.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

l'elettricità o le telecomunicazioni, o i servizi di assistenza sanitaria. In ambito di attività di contrasto, sono inclusi tra i casi d'uso i sistemi destinati a essere utilizzati per determinare il rischio per una persona fisica di diventare vittima di reati, i sistemi destinati a essere utilizzati per valutare l'affidabilità degli elementi probatori nel corso delle indagini o del perseguimento di reati, i sistemi destinati a essere utilizzati per determinare il rischio di commissione del reato o di recidiva. Con riferimento al settore della migrazione, dell'asilo e della gestione del controllo delle frontiere il regolamento prevede, tra gli altri, i casi d'uso relativi ai sistemi destinati a essere utilizzati per valutare i rischi per la sicurezza, i rischi di migrazione irregolare, i rischi per la salute posti da singoli migranti, ai sistemi destinati a essere usati per assistere le autorità competenti nell'esame delle domande di asilo, di visto o di permesso di soggiorno e per i relativi reclami. Infine, con riguardo al settore dell'amministrazione della giustizia e dei processi democratici, l'Allegato III include tra i casi d'uso dell'IA ad alto rischio i sistemi destinati a essere usati da un'autorità giudiziaria o per suo conto per la ricerca e l'interpretazione dei fatti e del diritto e nell'applicazione della legge a una serie concreta di fatti e i sistemi destinati a essere usati per influenzare l'esito di un'elezione o di un referendum o il comportamento di voto delle persone fisiche nell'esercizio del loro voto alle elezioni o ai referendum.

L'elenco dei casi d'uso previsto dall'Allegato III non è però definitivo. Il regolamento fissa, infatti, i criteri sulla base dei quali la Commissione possa modificare, in senso additivo o riduttivo, tale elenco[61]: la finalità prevista; la misura in cui un sistema di IA è stato usato o è probabile che sarà usato; la natura e la quantità di dati trattati e utilizzati (in particolare l'eventualità che siano trattate categorie particolari di dati personali); la misura in cui il sistema di IA agisce autonomamente e la possibilità che un essere umano annulli una decisione o raccomandazione che potrebbe causare un danno potenziale; la misura in cui l'uso di un sistema di IA ha già causato un danno alla salute e alla sicurezza o un impatto negativo sui diritti fondamentali o ha suscitato gravi preoccupazioni in relazione al verificarsi di tale danno o impatto negativo; la portata potenziale di tale danno o di tale impatto negativo (in particolare in termini di intensità e capacità di incidere su una pluralità di persone o di incidere in modo sproporzionato su un particolare gruppo di persone); la misura in cui le persone che potrebbero subire il danno o l'impatto negativo dipendono dal risultato prodotto da un sistema di IA (in particolare perché per motivi pratici o giuridici non è ragionevolmente possibile sottrarsi a tale risultato); la misura in cui esiste uno squilibrio di potere o le persone che potrebbero subire il danno o l'impatto negativo si trovano in una posizione vulnerabile rispetto al *deployer* del sistema (in particolare a causa della condizione, autorità, conoscenza, situazione economica o sociale o età); la misura in cui il risultato prodotto con un sistema di IA è facilmente correggibile o reversibile, considerando non facilmente reversibili i risultati che hanno un impatto negativo sulla salute, sulla sicurezza o sui diritti fondamentali; l'entità e la probabilità dei benefici derivanti dalla diffusione del sistema di IA per le persone, i gruppi o la società in generale, compresi i possibili miglioramenti della sicurezza del prodotto; la misura in cui il diritto vigente dell'Unione prevede: *i*) misure di ricorso efficaci in relazione ai rischi presentati da un sistema di IA, ad esclusione delle richieste di risarcimento del danno; *ii*) misure efficaci per prevenire o ridurre sostanzialmente tali rischi[62].

In aggiunta, il regolamento stabilisce un'importante eccezione[63] che contribuisce a definire l'IA ad alto rischio al fine di ridurre al minimo «eventuali restrizioni al commercio internazionale».[64] In base al regolamento, non sono considerati ad alto rischio i sistemi rientranti nei settori e nei casi d'uso indicati nell'Allegato III che non presentano un rischio significativo di danno per la salute, la sicurezza o i diritti fondamentali delle persone fisiche. In particolare, tale deroga riguarda i casi in cui il sistema non influenzi «materialmente il risultato del processo decisionale»[65]. Pertanto, salvo il caso di sistemi di IA che effettuino la profilazione delle persone fisiche, non sono considerati ad alto rischio quei sistemi che soddisfano una o più delle seguenti condizioni: *a*) il sistema di IA è destinato a eseguire un compito procedurale limitato; *b*) il sistema di IA è destinato a migliorare il risultato di un'attività umana precedentemente completata; *c*) il sistema di IA è destinato a rilevare schemi decisionali o deviazioni da schemi decisionali precedenti e non è inteso a sostituire o influenzare la valutazione umana precedentemente completata senza un'adeguata revisione umana; *d*) il sistema di IA è destinato a eseguire un compito preparatorio per una valutazione pertinente ai fini dei casi d'uso elencati nell'Allegato III. Al ricorrere anche di una di tali ipotesi, si valuta che il sistema di IA in questione non abbia un impatto sull'esito del processo decisionale, «sia esso umano o automatizzato»[66], e che non comporti un rischio significativo di pregiudicare i diritti o gli interessi protetti dal regolamento[67].

---

[61] Cfr. artt. 7, 97.
[62] Cfr. art. 7.
[63] Cfr. art. 6.3.
[64] Cfr. *considerando* 46, 53.
[65] Cfr. art. 6.3 e *considerando* 53.
[66] Così il *considerando* 53.
[67] Cfr. art. 6.3.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

5. *Segue*: requisiti di qualità, obblighi per gli operatori e valutazione della conformità.

Allo scopo di ricondurre i rischi posti dai sistemi di IA ad alto rischio entro livelli ritenuti «accettabili» [68], il legislatore europeo fissa requisiti di qualità e conseguenti obblighi di conformazione.

Ove un sistema di IA ad alto rischio risponda ai requisiti di mitigazione e di gestione dei potenziali effetti dannosi ad essi correlati [69] «i pertinenti rischi residui associati a ciascun pericolo nonché il rischio residuo complessivo dei sistemi di IA ad alto rischio sono considerati accettabili» [70]. Peraltro, a norma del regolamento, i rischi in questione sono solo quelli che «possono essere ragionevolmente attenuati o eliminati attraverso lo sviluppo o la progettazione del sistema di IA ad alto rischio o la fornitura di informazioni tecniche adeguate» [71].

Fatte queste premesse, esaminiamo in maggior dettaglio le misure di gestione dei rischi e le procedure atte a dimostrare in concreto che le prescrizioni del regolatore, «che dovrebbero garantire che i sistemi di IA ad alto rischio disponibili nell'Unione (...) non presentino rischi inaccettabili» [72], siano effettivamente rispettate.

Quanto al contenuto di tali misure, in base al regolamento la «gestione dei rischi» va realizzata innanzitutto garantendo un'elevata qualità dei dati di addestramento, convalida e prova del sistema di IA [73]. A tal fine, il legislatore prescrive l'adozione di pratiche di *governance* e gestione dei set di dati di addestramento, convalida e prova adeguate alla finalità prevista del sistema di IA [74]. Tali pratiche riguardano la progettazione, la raccolta, il trattamento (annotazione, etichettatura, pulizia, aggiornamento, arricchimento e aggregazione dei dati), e l'individuazione dei rischi legati a distorsioni suscettibili di incidere sulla salute e sulla sicurezza delle persone, di avere un impatto negativo sui diritti fondamentali o di comportare discriminazioni vietate dal diritto dell'Unione, e la predisposizione di misure adeguate al fine di individuare, prevenire e attenuare tali possibili distorsioni [75]. I dati sono considerati di elevata qualità dal regolamento se sufficientemente rappresentativi e, «nella misura del possibile» [76], esenti da errori e completi, tenuto conto della finalità del sistema di IA, delle sue caratteristiche, e dello specifico contesto geografico, comportamentale o funzionale in cui il sistema di IA ad alto rischio è destinato ad essere usato [77]. Per garantire tale qualità dei dati il fornitore deve adottare misure appropriate per il monitoraggio, il rilevamento e la correzione delle distorsioni ed evitare i rischi di discriminazioni, adottando pratiche adeguate già a partire dalla progettazione dei processi di raccolta, trattamento e gestione dei dati. Misure aggiuntive sono previste per categorie particolari di dati personali [78].

La gestione dei rischi impone, inoltre, la redazione di una documentazione tecnica appropriata e costantemente aggiornata, che fornisca alle autorità nazionali competenti tutte le informazioni necessarie per valutare la conformità del sistema ai requisiti di legge [79]. Allo stesso tempo, i rischi devono essere gestiti ed attenuati anche attraverso la registrazione e la conservazione dell'elenco cronologico degli eventi e delle attività svolte dal sistema (i c.d. log «generati automaticamente dal sistema» [80]), così da consentirne il monitoraggio e le opportune verifiche durante il suo ciclo di vita [81].

La gestione dei rischi passa poi attraverso la previsione di requisiti di trasparenza necessari per garantire un utilizzo adeguato del sistema di IA [82]. I *deployer* dei sistemi di IA devono essere messi nelle condizioni di adoperare adeguatamente i sistemi di IA alla luce delle loro finalità e di comprenderne caratteristiche, capacità, livelli di accuratezza e limiti [83]. Per le stesse ragioni, i sistemi di IA devono essere progettati in modo tale da poter essere efficacemente sorvegliati da persone fisiche attraverso misure integrate nello stesso sistema e tali da poter essere attuate dai *deployer* [84], e rispondere a requisiti di accuratezza, robustezza e cibersicurezza [85]. Tali tecnologie devono essere sviluppate in modo tale da poter fronteggiare non solo errori, guasti o difetti di progettazione, ma anche possibili vulnerabilità: tali sistemi devono essere il più possibile «resilienti» [86] anche per quanto riguarda i «tentativi di terzi non autorizzati di modificarne l'uso, gli output o le prestazioni» [87]. Da ultimo, i sistemi di IA devono essere accompagnati da un piano di monitoraggio successivo all'immissione sul mercato [88], in modo tale da consentire un controllo permanente circa l'affidabilità delle prestazioni e, in caso di incidenti gravi, l'adozione di misure tempestive e appropriate [89].

Per quel che riguarda i soggetti tenuti a conformare i

---

[68] Cfr. art. 9.5.
[69] Cfr. la sezione 2 del capo III.
[70] Cfr. art. 9.5.
[71] Cfr. art. 9.3.
[72] Così il *considerando* 46.
[73] Cfr. art. 10.
[74] Cfr. art. 10.1.
[75] Cfr. art. 10.2.
[76] Cfr. art. 10.3.
[77] Cfr. art. 10.3, 10.4.
[78] Cfr. art. 10.5.
[79] Cfr. art. 11.
[80] Cfr. art. 19.
[81] Cfr. art. 12.
[82] Cfr. art. 13.
[83] Cfr. art. 13.
[84] Cfr. art. 14.
[85] Cfr. art. 15.
[86] Cfr. art. 15.4 e *considerando* 75 s.
[87] Cfr. art. 15.5. Si pensi agli attacchi o ai tentativi di terzi volti a modificare l'uso o le prestazioni del sistema, ad esempio, attraverso «l'avvelenamento dei dati» (cfr. art. 15.5 e *considerando* 76, per ulteriori esempi).
[88] Cfr. art. 72.
[89] Cfr. art. 73.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

sistemi di IA ad alto rischio alle prescrizioni normative, il «sistema di gestione dei rischi» [90] coinvolge i diversi operatori economici della complessa catena del valore che caratterizza i sistemi di IA: fornitori (effettivi e putativi), rappresentanti autorizzati, importatori, distributori e *deployer*.

Tra questi, il fornitore è considerato il soggetto principale, il quale è tenuto a garantire sotto la propria responsabilità che il sistema sia conforme al regolamento, tanto nella fase della immissione sul mercato quanto in quella successiva [91], secondo una scelta che allontana il regolamento da altri interventi di armonizzazione, i quali rimettono, invece, ad autorità indipendenti le valutazioni della conformità [92]. Secondo il regolamento, con l'unica eccezione della biometria [93] (per la quale, ci si affida, a scelta del fornitore, al controllo interno [94] o a certificatori esterni [95] – i c.d. «organismi notificati» [96]), la procedura di valutazione della conformità è rimessa ai fornitori, anche in considerazione del fatto che costoro dovrebbero conoscere potenzialità e limiti delle tecnologie distribuite sul mercato.

In maggior dettaglio, il fornitore di sistemi di IA ha l'obbligo di istituire un sistema di gestione della qualità «proporzionato» [97] alle dimensioni della sua organizzazione, di redigere la dichiarazione di conformità UE [98], di apporre la relativa marcatura CE [99] e di attuare la sorveglianza post-commercializzazione [100].

Oltre al fornitore, il regolamento individua altri soggetti che operano nella catena del valore dei sistemi di IA, allo scopo di garantire che vi sia sempre all'interno dell'UE una persona che possa fornire alle autorità tutte le informazioni relative alla conformità di un sistema di IA [101], nelle diverse fasi dello sviluppo, della commercializzazione e dell'uso: importatori, rappresentanti autorizzati, distributori e lo stesso *deployer*.

Il primo tra questi è l'importatore, ossia qualsiasi persona fisica o giuridica ubicata o stabilita nell'Unione che immette sul mercato un sistema di IA recante il nome o il marchio di una persona fisica o giuridica stabilita al di fuori dell'Unione [102]. L'importatore deve garantire che il sistema sia conforme al regolamento, verificando che il fornitore abbia eseguito la procedura di valutazione della conformità, abbia redatto la documentazione tecnica, che il sistema di IA rechi la necessaria marcatura di conformità CE e sia accompagnato dalla dichiarazione di conformità UE e dalle istruzioni per l'uso, e infine che il fornitore abbia designato il rappresentante autorizzato [103].

Inoltre, prendendo atto che nei fatti l'importatore spesso manca, o comunque non possa essere facilmente identificato, il legislatore UE ha introdotto l'obbligo, a carico del fornitore di sistemi di IA ad alto rischio stabilito al di fuori dell'Unione, di nominare un rappresentante autorizzato all'interno dell'Unione, con apposito mandato scritto nel quale conferisce al rappresentante autorizzato il potere di eseguire determinati compiti [104]. Il rappresentante autorizzato è definito dal regolamento come una persona fisica o giuridica ubicata o stabilita nell'Unione che ha ricevuto e accettato un mandato scritto da un fornitore di un sistema di IA (o di un modello di IA per finalità generali) al fine, rispettivamente, di adempiere ed eseguire per suo conto gli obblighi e le procedure stabiliti dal regolamento [105]. Compito del rappresentante autorizzato è quello di eseguire i compiti specificati nel mandato e di adempiere ed eseguire per conto del fornitore tutti gli obblighi e le procedure stabiliti dal regolamento. A tal fine, deve offrire alle autorità le informazioni necessarie sulla conformità del sistema, conservare e rendere disponibili la dichiarazione di conformità e la documentazione tecnica, fornendole dietro richiesta delle autorità nazionali competenti e cooperando con queste [106].

Il regolamento stabilisce inoltre che qualsiasi persona fisica o giuridica nella catena di approvvigionamento, diversa dal fornitore o dall'importatore, che metta a disposizione un sistema di IA ad alto rischio nel mercato dell'Unione sia da considerarsi distributore [107]. I distributori hanno l'obbligo di verificare, prima di im-

---

[90] Il sistema di gestione del rischio è inteso, come si evince dal *considerando* 65, come un «processo iterativo continuo pianificato ed eseguito nel corso dell'intero ciclo di vita di un sistema di IA ad alto rischio». La gestione dei rischi a propria volta è parte integrante del «sistema di gestione della qualità» che deve essere istituito ed attuato dal fornitore (art. 17.1, lett. *g*).

[91] Cfr. artt. 16, 43. La figura del «fornitore» è definita all'art. 3.1.3 nei termini che seguono: «una persona fisica o giuridica, un'autorità pubblica, un'agenzia o un altro organismo che sviluppa un sistema di IA o un modello di IA per finalità generali o che fa sviluppare un sistema di IA o un modello di IA per finalità generali e immette tale sistema o modello sul mercato o mette in servizio il sistema di IA con il proprio nome o marchio, a titolo oneroso o gratuito».

[92] Si pensi al settore farmaceutico in cui – al fine di tutelare la salute pubblica e assicurare la disponibilità di medicinali di elevata qualità, sicuri ed efficaci – è l'Agenzia Europea per i medicinali (EMA) ad autorizzare l'immissione nel mercato di nuovi prodotti e a monitorarne la sicurezza durante il loro intero arco di vita nel quadro del sistema di farmacovigilanza. Il punto è ben argomentato da Veale-Zuiderveen Borgesius, *Demystifying the Draft EU Artificial Intelligence Act*, cit., 102.

[93] Cfr. art. 43.1 e *considerando* 125.

[94] Sulla procedura di valutazione della conformità basata sul controllo interno, cfr. l'Allegato VI.

[95] In tal caso la procedura per la valutazione della conformità è normata nell'Allegato VII.

[96] Cfr. *considerando* 125. La sezione 4 del capo III è dedicata alle autorità di notifica e agli organismi notificati.

[97] Cfr. art. 17.2.

[98] Cfr. art. 47.

[99] Cfr. art. 48.

[100] Cfr. art. 72.

[101] Cfr. *considerando* 9 e art. 25.

[102] Cfr. art. 3.1.6.

[103] Cfr. art. 23.

[104] Cfr. art. 22.

[105] Cfr. art. 3.1.5.

[106] Cfr. art. 22.

[107] Cfr. art. 3.1.7.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

mettere sul mercato un sistema di IA ad alto rischio, che questo rechi la necessaria marcatura CE e sia accompagnato dalle istruzioni per l'uso, di impedire la distribuzione sul mercato di sistemi ad alto rischio non conformi, e di emanare misure correttive o di ritirare o richiamare sistemi ad alto rischio già immessi sul mercato nel caso ritenga che non siano conformi al regolamento, cooperando con le autorità competenti ove necessario [108].

Anche l'utilizzatore (*deployer*) di un sistema di IA ad alto rischio gioca un ruolo cruciale nel ricondurre i rischi generati da tali sistemi entro livelli accettabili. D'altra parte, tali rischi possono derivare non soltanto dal modo in cui i sistemi di IA sono progettati, ma anche dal modo in cui sono utilizzati [109]. In coerenza con questa premessa, il regolamento stabilisce precisi obblighi anche per il *deployer* del sistema di IA, ossia qualsiasi persona fisica o giuridica – compresa un'autorità pubblica, un'agenzia o altro organismo – sotto la cui autorità è utilizzato il sistema [110]. Mentre restano esclusi dalla definizione gli utenti persone fisiche che utilizzano sistemi di IA nel corso di un'attività «personale non professionale» [111].

Dovere principale del *deployer* dei sistemi di IA ad alto rischio è quello di adottare misure tecniche e organizzative idonee a garantire un uso di tali sistemi conforme alle istruzioni per l'uso che lo accompagnano [112]. In maggior dettaglio, il *deployer* è soggetto a diversi obblighi: monitorare il funzionamento del sistema di IA e informare fornitore e autorità competenti in casi di particolari rischi; garantire che i dati di input siano pertinenti e sufficientemente rappresentativi alla luce della finalità prevista; affidare la sorveglianza umana dei sistemi di IA ad alto rischio a persone che hanno la competenza e la formazione per eseguire un simile compito, fornendo loro il sostegno necessario ad esercitare tale attività [113].

Il *deployer* è poi chiamato a svolgere un importante ruolo nel garantire la tutela dei diritti fondamentali [114]. Come chiarito nel *considerando* 93, grazie alla loro conoscenza dettagliata del contesto di utilizzo del sistema di IA e delle persone o dei gruppi interessati dal relativo output, i *deployer* possono comprendere meglio come il sistema di IA ad alto rischio verrà effettivamente adoperato e possono individuare potenziali rischi significativi non previsti durante le fasi di progettazione e sviluppo. Il regolamento attribuisce pertanto ai *deployer* precisi obblighi informativi nei confronti delle persone soggette all'utilizzo del sistema di IA ad alto rischio [115]. Questi includono la finalità del sistema, il tipo di decisioni prese e il diritto alla spiegazione dei singoli processi decisionali [116]. In particolare, con riferimento a tale diritto di spiegazione [117], il regolamento prevede che qualora la decisione di un *deployer* si basi principalmente sugli output di determinati sistemi di IA ad alto rischio, e qualora tale decisione produca effetti giuridici o incida significativamente su una persona in un modo che essa ritenga avere un impatto negativo sulla salute, sulla sicurezza o sui suoi diritti fondamentali, su richiesta della persona interessata il *deployer*, è chiamato a fornire in modo chiaro e significativo (ed in modo tale che possa servire come base per l'esercizio dei relativi diritti) [118] spiegazioni sul ruolo giocato dal sistema di IA nella procedura decisionale e sui principali elementi della decisione adottata [119].

Ulteriori obblighi sono stabiliti per i *deployer* che siano istituti finanziari, datori di lavoro o autorità pubbliche [120]. Nel caso in cui i *deployer* siano organismi di diritto pubblico o enti privati che forniscono servizi pubblici, questi hanno l'obbligo di effettuare una «valutazione di impatto» [121] sui diritti fondamentali che l'uso di tale sistema può produrre prima di utilizzare tali sistemi e di notificare i risultati di tale valutazione all'autorità di vigilanza del mercato [122].

Quanto alle peculiari modalità con cui dare attuazione al sistema di gestione dei rischi e alla valutazione della conformità, il regolamento riprende l'impostazione di fondo del «Nuovo Quadro Legislativo» [123]. In questa cornice, un ruolo centrale è attribuito all'attività di normazione tecnica, cui è dedicata la sezione 5 del capo III del regolamento [124].

La normativa di armonizzazione, infatti, non procede all'individuazione analitica delle caratteristiche tecniche cui i singoli sistemi di IA devono uniformarsi per soddisfare i requisiti essenziali previsti nella sezione 2 del capo III. Si concentra invece sull'armonizzazione dei requisiti essenziali a cui ogni sistema di IA ad alto rischio deve necessariamente conformarsi per poter circolare liberamente [125]. L'individuazione delle specifiche tecniche alla cui stregua valutare il rispetto dei

[108] Cfr. art. 24.
[109] Cfr. *considerando* 93.
[110] Cfr. art. 3.1.4.
[111] Cfr. art. 3.1.4.
[112] Cfr. art. 26.
[113] Cfr. art. 26.
[114] Cfr. art. 26.11 e *considerando* 93.
[115] Cfr. artt. 26.11, 86.
[116] Cfr. *considerando* 93.
[117] Cfr. *considerando* 171 e art. 86.
[118] Cfr. *considerando* 171.
[119] Cfr. art. 86.
[120] Cfr. art. 26.
[121] Cfr. art. 27.
[122] Cfr. art. 27.3.
[123] Che si rifà alla già citata decisione n. 768/2008 CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 9.7.2008 (e del reg. CE n. 765/2008) relativa a un quadro comune per la commercializzazione dei prodotti, la cui impostazione è ben riassunta nel *considerando* 21, ove si legge che il «produttore, possedendo le conoscenze dettagliate relative al processo di progettazione e produzione, si trova nella posizione migliore per eseguire la procedura completa di valutazione della conformità. La procedura di valutazione della conformità dovrebbe quindi rimanere obbligo del solo fabbricante».
[124] Cfr. artt. 40 ss.
[125] Sui vantaggi e sui limiti di tale approccio normativo, sia consen-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

requisiti obbligatori indicati dal legislatore è delegata alle organizzazioni europee di normazione (OEN), chiamate ad elaborare «norme armonizzate» [126] conformemente agli orientamenti e agli obiettivi fissati dalla Commissione [127].

Allo stesso tempo, in alcuni casi, la Commissione può adottare atti di esecuzione che stabiliscano «specifiche comuni» [128]. Ciò può accadere, in particolare, quando: la richiesta di normazione non sia stata accettata da nessuna delle organizzazioni europee di normazione; le norme armonizzate relative a tale richiesta non siano state presentate entro il termine fissato; le norme armonizzate presentate non tengano sufficientemente conto delle preoccupazioni in materia di diritti fondamentali; le norme armonizzate elaborate non siano conformi alla richiesta della Commissione. In tutti questi casi, la Commissione può provvedere direttamente, redigendo specifiche comuni [129].

L'adeguamento dei sistemi di IA agli standard tecnici rimane comunque volontario, e i fornitori restano liberi di sviluppare e immettere sul mercato tali tecnologie senza seguire le norme armonizzate o le specifiche comuni. Ma il mancato adeguamento alle regole tecniche a vantaggio di scelte autonome appare un'evenienza meno probabile. Sebbene le norme armonizzate siano prive di qualsiasi forza cogente, i fornitori sono incentivati al loro rispetto attraverso la previsione di una presunzione di conformità, dato che i sistemi di IA che sono in linea con le norme armonizzate o con o le specifiche comuni «si presumono conformi» [130] ai requisiti essenziali prescritti dal regolamento.

6. Rischi specifici di impersonificazione o inganno.

Il capo IV del regolamento impone a fornitori e *deployer* di «determinati sistemi di IA» [131] l'adempimento di specifici obblighi di informazione e trasparenza a beneficio delle persone che si trovano esposte al relativo funzionamento [132]. Tali obblighi si applicano a prescindere dal fatto che i sistemi siano considerati ad alto rischio e programmati per finalità specifiche o per finalità generali [133].

I requisiti di trasparenza riguardano in particolare quei sistemi di IA – progettati sia per generare contenuti che per interagire con i singoli – che potrebbero comportare rischi di impersonificazione o inganno, in considerazione del fatto che questi sistemi potrebbero arrecare danno ai consumatori o minacciare i processi democratici, diffondendo su vasta scala informazioni false o manipolate [134].

Al fine di contrastare tali rischi, il regolamento stabilisce innanzitutto che, nel caso di sistemi destinati a interagire direttamente con le persone fisiche, come per i *chatbot*, è fatto obbligo ai fornitori di progettare e sviluppare il sistema in modo tale che i singoli siano informati del fatto di rapportarsi con un sistema di IA, salvo che ciò risulti evidente «dal punto di vista di una persona fisica ragionevolmente informata, attenta e avveduta, tenendo conto delle circostanze e del contesto di utilizzo» [135].

I fornitori sono inoltre tenuti a mitigare i rischi di impersonificazione o di inganno discendenti dalla generazione, da parte dei rispettivi sistemi di IA, di contenuti audio, immagini, video o testuali sintetici: tali operatori sono obbligati a marchiare l'output prodotto dal sistema in un formato leggibile meccanicamente, attraverso soluzioni tecniche efficaci, interoperabili, solide ed efficaci e a rilevarne l'origine artificiale [136].

Obblighi di trasparenza sono poi previsti anche per i *deployer*. Si tratta, in primo luogo, di obblighi informativi [137] che hanno lo scopo di consentire ai singoli di fronteggiare specifiche insidie ricollegabili all'uso dell'IA, come quelle derivanti dal trattamento dei loro dati biometrici, dal riconoscimento delle emozioni e delle intenzioni, dall'assegnazione a categorie specifiche (quali, ad esempio, sesso, età, colore dei capelli o degli occhi, tatuaggi, tratti personali, origine etnica, preferenze e interessi personali). In tali casi le persone fisiche esposte al sistema dovranno ricevere un'apposita notifica [138].

Il regolamento prevede inoltre che i *deployer* che utilizzano un sistema di IA capace di generare o manipolare immagini o contenuti audio o video che assomigliano notevolmente a persone, luoghi o eventi esi-

---

tito rinviare a Smorto, voce «Certificazioni di qualità e normazione tecnica», nel *Digesto IV ed.*, *Disc. priv., sez. civ.*, Agg., Utet, 2003, 205 ss.

[126] Cfr. artt. 3.1.27, 40.

[127] Si pensi ad esempio al Comitato europeo di normazione (CEN) o al Comitato europeo di normazione elettrotecnica (CENELEC).

[128] Cfr. artt. 3.1.28, 41.

[129] Cfr. art. 41.

[130] Cfr. artt. 40.1, 41.3.

[131] Così la rubrica dell'art. 50.

[132] Ai sensi dell'art. 50.5 le informazioni in cui si sostanziano gli obblighi di trasparenza dovranno essere fornite alle persone fisiche interessate in maniera chiara e distinguibile, prima dell'interazione con il sistema. Specifici obblighi di trasparenza sono poi previsti a carico dei datori di lavoro, che sono chiamati a informare e a consultare i lavoratori o i loro rappresentanti in merito alle decisioni di mettere in servizio o utilizzare sistemi di IA sul luogo di lavoro: cfr. *considerando* 92 e art. 26.7.

[133] Cfr. *considerando* 132 e art. 50.

[134] Cfr. *considerando* 133. Inevitabilmente, tali disposizioni si intersecano con quelle previste dal reg. UE n. 2065/2022, che prevedono, a carico dei fornitori di piattaforme online di dimensioni molto grandi e di motori di ricerca online di dimensioni molto grandi, di individuare e attenuare i rischi sistemici che possono derivare dalla diffusione di contenuti generati o manipolati artificialmente (si pensi agli impatti negativi effettivi o prevedibili sui processi democratici, sul dibattito civico e sui processi elettorali, anche mediante la disinformazione). Sul punto, cfr. *considerando* 136.

[135] Cfr. art. 50.1 e *considerando* 132.

[136] Cfr. art. 50.2.

[137] Cfr. art. 50.3 e *considerando* 132.

[138] Cfr. art. 50.3 e in chiave chiarificatrice il *considerando* 132.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

stenti e che potrebbero apparire falsamente autentici (i c.d. *deep fake*) rendano noto in modo chiaro e distinto che il contenuto è stato generato o manipolato artificialmente, etichettando di conseguenza i relativi output e rivelandone l'origine artificiale [139].

Allo stesso modo, i *deployer* che utilizzano un sistema di IA per generare o manipolare testi allo scopo di informare su questioni di interesse pubblico sono soggetti ad un medesimo obbligo di trasparenza, ad eccezione dell'ipotesi in cui il contenuto generato dall'IA sia sottoposto a un processo di revisione umana o a un controllo editoriale e una persona fisica o giuridica sia responsabile della sua pubblicazione [140].

7. Rischi limitati o minimi.

La piramide del rischio si conclude con un'ampia base che costituisce una categoria residuale di sistemi di IA che pongono rischi limitati o soltanto minimi. In relazione a tali tecnologie che – nella terminologia adottata dal legislatore – sono individuate con la locuzione di «sistemi di IA diversi dai sistemi di IA ad alto rischio» [141], il regolamento non detta una disciplina specifica, ma incoraggia l'elaborazione di codici di condotta da parte di fornitori e *deployer* e l'adesione ai codici approntati dalle organizzazioni che li rappresentano.

Il legislatore attribuisce alla Commissione – in particolare all'Ufficio per l'IA istituito al suo interno [142] – e agli Stati membri il compito di agevolare l'applicazione volontaria di tali codici di condotta [143], con l'auspicio che i requisiti previsti dalla sezione 2 del capo III del regolamento siano applicati, su base volontaria, anche ai sistemi di IA meno pericolosi [144]. L'adozione di una siffatta scelta in fase di progettazione e sviluppo di tali sistemi – si rileva – contribuirebbe ad una più ampia diffusione di un'IA «etica e affidabile» [145]. Per questo i fornitori sono incoraggiati ad adottare le stesse misure di gestione e mitigazione dei rischi previste per i sistemi di IA ad alto rischio, adattate in funzione della finalità prevista e del minor rischio connesso, «tenendo conto delle soluzioni tecniche disponibili e delle migliori pratiche del settore» [146].

Il regolamento prevede un'apposita procedura, che chiama in causa l'autorità di vigilanza del mercato, per correggere la classificazione come "non ad alto rischio" effettuata in autonomia dal fornitore. Nei casi in cui ritenga che un sistema di IA classificato dal fornitore come non ad alto rischio possa essere in realtà ad alto rischio, l'autorità di vigilanza del mercato effettua una valutazione del sistema in relazione alla sua classificazione. Se nel corso di tale valutazione giunge alla conclusione che il sistema di IA in questione sia effettivamente ad alto rischio, chiede al fornitore di adottare le misure necessarie per rendere il sistema di IA conforme ai requisiti e agli obblighi previsti dal regolamento. L'autorità di vigilanza del mercato, ove ritenga che l'uso di tale sistema non sia limitato al territorio nazionale, è tenuta ad informare «la Commissione e gli altri Stati membri senza indebito ritardo dei risultati della valutazione e delle misure che ha chiesto al fornitore di adottare» [147].

Il fornitore che non ottemperi alla richiesta e non renda il sistema di IA conforme ai requisiti e agli obblighi del regolamento è soggetto a sanzioni pecuniarie [148]. Allo stesso modo, nel caso in cui l'autorità di vigilanza del mercato dovesse accertare che il sistema di IA è stato classificato dal fornitore come non ad alto rischio al fine di eludere l'applicazione dei requisiti per i sistemi di IA ad alto rischio, si applicheranno le sanzioni pecuniarie previste dal regolamento [149].

8. L'IA per finalità generali (e l'IA generativa).

Nella versione approvata, il regolamento prevede un apposito capo V, diviso in quattro sezioni [150], relativo all'IA per «finalità generali» [151], ossia a quei modelli di IA capaci di svolgere con competenza un'ampia gamma di compiti distinti [152], e alla c.d. intelligenza artificiale generativa [153], ossia quella particolare categoria di

---

[139] Cfr. art. 50.4 e *considerando* 134. Un obbligo di trasparenza "attenuato" è previsto, però, con riferimento ai *deep fake* che facciano parte di «un'opera o di un programma manifestamente creativo, satirico, artistico o fittizio»: in tali casi, si legge al *considerando* 134, «l'obbligo di trasparenza per i *deep fake* di cui al presente regolamento si limita alla rivelazione dell'esistenza di tali contenuti generati o manipolati in modo adeguato che non ostacoli l'esposizione o il godimento dell'opera, compresi il suo normale sfruttamento e utilizzo, mantenendo nel contempo l'utilità e la qualità dell'opera».

[140] Cfr. art. 50.4, cpv. 2º. Allo stesso modo, tale obbligo non si applica se l'uso è autorizzato dalla legge per accertare, prevenire, indagare o perseguire reati.

[141] Cfr. art. 95.

[142] Cfr. art. 3.1.47.

[143] Cfr. il capo X del regolamento.

[144] Per completezza, resta da dire che (cfr. *considerando* 166) con riferimento ai sistemi di IA integrati in prodotti che non ricadono tra le tecnologie «ad alto rischio» dovrebbe trovare applicazione la normativa relativa alla sicurezza generale dei prodotti (reg. UE n. 988/2023 del Parlamento europeo e del Consiglio del 10.5.2023).

[145] Cfr. *considerando* 165.

[146] Cfr. *considerando* 165.

[147] Cfr. art. 80.3.

[148] Cfr. art. 80.

[149] Cfr. art. 99.

[150] Cfr. art. 51 ss.

[151] All'art. 3.1.63 l'IA per finalità generali è definita come «un modello di IA, anche laddove tale modello di IA sia addestrato con grandi quantità di dati utilizzando l'autosupervisione su larga scala, che sia caratterizzato una generalità significativa e sia in grado di svolgere con competenza un'ampia gamma di compiti distinti, indipendentemente dalle modalità con cui il modello è immesso sul mercato, e che può essere integrato in una varietà di sistemi o applicazioni a valle, ad eccezione dei modelli di IA utilizzati per attività di ricerca, sviluppo o prototipazione prima di essere immessi sul mercato».

[152] Cfr. *considerando* 97.

[153] Cfr. *considerando* 99, 105.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

intelligenza artificiale che – come precisato dal legislatore – consente «una generazione flessibile di contenuti, ad esempio sotto forma di testo, audio, immagini o video, che possono prontamente rispondere a un'ampia gamma di compiti distinti» [154].

Oggetto di disciplina nel capo V del regolamento sono i «modelli» [155] di IA per «finalità generali» e gli obblighi che incombono sui relativi fornitori.

Ai sensi del regolamento, i «modelli» di IA sono «componenti essenziali» dei «sistemi» di IA [156]. Tali modelli non costituiscono di per sé sistemi completi. Per diventare «sistemi» che possano funzionare in un contesto operativo, i «modelli» richiedono l'aggiunta di altri componenti, come ad esempio «un'interfaccia utente» [157].

In particolare, un modello di IA per finalità generali è un tipo di modello progettato, dal punto di vista delle caratteristiche funzionali, per affrontare con competenza una vasta gamma di compiti distinti, piuttosto che essere specializzato in una singola attività. Tali modelli di intelligenza artificiale per finalità generali si caratterizzano per la duplice circostanza di essere addestrati con diversi metodi [158] su grandi quantità di dati e di poter essere adoperati in molteplici contesti e per una varietà di compiti, sia singolarmente sia come componenti di altri sistemi di IA [159].

Se il sistema di IA, in cui un modello di IA per finalità generali è integrato, ha anch'esso la capacità di perseguire varie finalità si parla di «sistema di IA per finalità generali» [160]. Più nello specifico, il regolamento definisce sistema di IA per finalità generali «un sistema di IA basato su un modello di IA per finalità generali e che ha la capacità di perseguire varie finalità, sia per uso diretto che per integrazione in altri sistemi di IA» [161]. A propria volta, i sistemi di IA per finalità generali possono essere utilizzati direttamente o essere integrati in ulteriori sistemi di IA [162].

Il capo V del regolamento disciplina gli obblighi che devono essere rispettati dai fornitori di modelli di IA per finalità generali, alla luce del loro ruolo nella catena del valore dell'IA. Tali modelli, infatti, possono servire da base per lo sviluppo di sistemi IA più complessi o specifici (c.d. «sistemi a valle» [163]), destinati a svolgere compiti particolari, con l'effetto di comportare un'estensione della catena del valore dell'IA e imporre l'individuazione di eventuali responsabilità dei fornitori a monte [164].

Il capo V del regolamento fissa, per i fornitori di modelli di IA per finalità generali, obblighi articolati su due livelli. In maggior dettaglio, la sezione II prevede il rispetto di requisiti di base, valevoli cioè per tutti i modelli di IA per finalità generali; la sezione III prescrive invece il rispetto di requisiti aggiuntivi che si applicano esclusivamente ai modelli di IA che presentano rischi sistemici.

Nel disciplinare gli obblighi dei fornitori dei modelli di IA per finalità generale, il regolamento individua pertanto le «regole di classificazione» [165], ossia le condizioni che devono essere soddisfatte affinché un modello di IA per finalità generali possa comportare rischi sistemici.

Il concetto di «rischio sistemico» [166] si riferisce a quei rischi specifici – che si possono propagare lungo i molteplici anelli della catena del valore dell'IA – che derivano dalle «capacità particolarmente elevate» [167] dei modelli di IA per finalità generali più avanzati [168], quando ad essere minacciati siano la salute pubblica, la sicurezza, i diritti fondamentali o la società nel suo complesso [169].

Per identificare i sistemi di IA che presentano rischi sistemici, il regolamento fa perno su due condizioni alternative (le c.d. «regole di classificazione») [170]: 1) la capacità di impatto elevato, valutata in base a strumenti tecnici adeguati e a indicatori e parametri di riferimento [171]; 2) la decisione assunta dalla Commissione, *ex officio* o su qualificata segnalazione del Gruppo di esperti scientifici, che assoggetta uno specifico modello alla relativa disciplina laddove essa ritenga che, sulla base dei criteri di cui all'Allegato XIII [172],

---

[154] Cfr. *considerando* 99.

[155] Cfr. art. 3.1.63.

[156] Così il *considerando* 97.

[157] Cfr. *considerando* 97.

[158] Cfr. *considerando* 97 ove vengono citati tra i metodi di addestramento, l'apprendimento autosupervisionato, non supervisionato o per rinforzo.

[159] Cfr. *considerando* 100.

[160] Cfr. art. 3.1.66. Si noti che ai fornitori dei sistemi di IA per finalità generali che generano contenuti audio, immagine, video o testuali sintetici si applicano gli obblighi di trasparenza previsti dall'art. 50.2.

[161] Cfr. art. 3.1.66.

[162] Cfr. *considerando* 100.

[163] Cfr. *considerando* 101.

[164] Queste peculiarità fanno sì che le specifiche previsioni contenute nel regolamento con riguardo a tali modelli troveranno applicazione insieme alle norme previste per i sistemi di IA nei quali saranno integrati: cfr. *considerando* 97.

[165] Così è intitolata la sezione 1 del capo V del regolamento.

[166] Cfr. art. 3.1.65.

[167] Cfr. *considerando* 111.

[168] Cfr. art. 3.1.64.

[169] Cfr. *considerando* 110, ove si legge testualmente che «I modelli di IA per finalità generali potrebbero comportare rischi sistemici che includono, tra l'altro, qualsiasi effetto negativo effettivo o ragionevolmente prevedibile in relazione a incidenti gravi, perturbazioni di settori critici e serie conseguenze per la salute e la sicurezza pubbliche; eventuali effetti negativi, effettivi o ragionevolmente prevedibili, sui processi democratici e sulla sicurezza pubblica ed economica; la diffusione di contenuti illegali, mendaci o discriminatori».

[170] Cfr. art. 51.

[171] Cfr. art. 3.1.64 e Allegato XIII.

[172] L'Allegato XIII, tra gli altri criteri, fa riferimento al numero di parametri del modello; alla qualità o alla dimensione del set di dati; alla quantità di calcolo utilizzata per addestrare il modello; alle modalità di input e output del modello.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

il modello abbia comunque una capacità o un impatto elevato.

Nel primo caso, il fornitore del modello è tenuto ad informare la Commissione, senza ritardo e in ogni caso entro due settimane, del soddisfacimento di tale requisito. La notifica «comprende le informazioni necessarie a dimostrare che il requisito in questione è stato soddisfatto» [173]. Resta salva la possibilità che il fornitore dimostri, in via eccezionale, che il modello di IA, pur integrando formalmente quei parametri, non comporti i rischi ad essi normalmente associati [174]. A tal fine, può presentare «argomentazioni sufficientemente fondate per dimostrare che, in via eccezionale, sebbene soddisfi tale requisito, il modello di IA per finalità generali non presenta, a causa delle sue caratteristiche specifiche, rischi sistemici e non dovrebbe essere pertanto classificato come modello di IA per finalità generali con rischio sistemico» [175]. Nel secondo caso, quando sia la Commissione a designare *ex officio* un modello di IA per finalità generali come modello che presenta rischi sistemici, il fornitore, con richiesta motivata, può chiedere una nuova valutazione. Tale richiesta deve basarsi su «motivi oggettivi, dettagliati e nuovi emersi dopo la decisione di designazione» [176].

Il regolamento presume che un modello di IA abbia una capacità di impatto elevato e sia, come tale, da considerarsi con rischio sistemico, ove sia superato un determinato coefficiente-soglia, parametrato sulla capacità computazionale del modello [177]: attualmente questo valore – modificabile dalla Commissione attraverso atti delegati al fine di riflettere «lo stato dell'arte» [178] – si ritiene soddisfatto quando «la quantità cumulativa di calcolo utilizzata» per l'addestramento del modello in questione «misurata in operazioni in virgola mobile è superiore a 10^{25}» [179]. La Commissione garantisce inoltre che sia pubblicato un elenco di modelli di IA per finalità generali con rischio sistemico e lo mantiene aggiornato [180].

Individuate le «regole di classificazione», è possibile adesso entrare nel merito delle prescrizioni stabilite dal regolamento per disciplinare gli obblighi dei fornitori dei modelli di IA per finalità generali.

Il primo livello di tali obblighi [181], valevoli per tutti i fornitori di modelli di IA per finalità generali, deriva dal fatto che lo sviluppo e l'addestramento dei modelli per finalità generali (e, in particolare, dei grandi modelli generativi) richiede l'accesso a grandi quantità di testo, immagini, video e altri dati [182]. L'estrazione di tali dati pone un duplice problema: di trasparenza per i fruitori di tali sistemi e di tutela dei diritti d'autore e dei diritti connessi per i relativi titolari. In ragione di ciò, tutti i fornitori di modelli di IA per finalità generali sono tenuti a redigere e mettere «a disposizione del pubblico una sintesi sufficientemente dettagliata dei contenuti utilizzati per l'addestramento del modello» [183] e ad attuare «una politica volta ad adempiere alla normativa dell'Unione in materia di diritto d'autore» [184].

La peculiare complessità della catena del valore relativa a tutti i modelli di IA per finalità generali giustifica l'imposizione di una serie di obblighi che riflettono il ruolo, e le speciali responsabilità, che i fornitori di tali modelli hanno nel processo volto a garantire la conformità dei sistemi da essi derivati (i «sistemi a valle» [185]). Tali soggetti sono tenuti a redigere e ad aggiornare sia la documentazione tecnica del modello, che le informazioni e la documentazione che verranno messe a disposizione dei «fornitori a valle» [186]. Tutti i fornitori dei modelli di IA per finalità generali devono consentire ai fornitori di sistemi di IA a valle di avere una buona comprensione delle capacità e dei limiti del modello di IA per finalità generali e di adempiere agli obblighi previsti dal regolamento. Tali operatori devono inoltre indicare una descrizione generale del modello, dei suoi elementi e del processo relativo al suo sviluppo secondo le indicazioni contenute nell'Allegato XII [187].

Obblighi aggiuntivi e più rigorosi sono poi previsti per i modelli di IA per finalità generali che pongono «rischi sistemici» [188]. Si tratta del secondo livello di adempimenti, previsti per i soli fornitori di modelli di IA per finalità generali che, a causa delle avanzate potenze di calcolo, possono incidere negativamente e su larga scala sulla salute pubblica, sulla sicurezza, sui diritti fondamentali o sulla società nel suo complesso. Questi obblighi supplementari impongono al fornitore

---

[173] Cfr. art. 52.1.
[174] Cfr. art. 52.2.
[175] Cfr. art. 52.2.
[176] Cfr. art. 52.5.
[177] Si noti che, al *considerando* 110 si chiarisce che «i rischi sistemici sono da intendersi in aumento con le capacità e la portata del modello».
[178] Cfr. art. 51.3.
[179] Analogamente, a norma degli artt. 51.3 e 52.4, la Commissione può adottare atti delegati a norma dell'art. 97 per modificare o integrare i parametri di riferimento, gli indicatori e i criteri di cui all'Allegato XIII «alla luce degli sviluppi tecnologici in evoluzione, quali miglioramenti algoritmici o una maggiore efficienza dell'hardware, ove necessario, affinché tali soglie riflettano lo stato dell'arte» (così l'art. 51.3).
[180] Cfr. art. 52.6.
[181] Cfr. art. 53.
[182] Cfr. *considerando* 105.
[183] Cfr. art. 53.1, lett. *d*).
[184] Cfr. art. 53.1, lett. *c*). Su come l'IA generativa metta in discussione dalle fondamenta l'intero impianto del diritto d'autore, cfr. Nivarra, *Intelligenza artificiale e lesione della proprietà intellettuale*, in questa ***Rivista***, 2024, II, 153 s.
[185] Cfr. *considerando* 101.
[186] Cfr. *considerando* 101.
[187] L'Allegato XII tra le informazioni sulla trasparenza prevede ad esempio i compiti che il modello è destinato a eseguire, il tipo e la natura dei sistemi di IA in cui può essere integrato, le politiche di utilizzo accettabili applicabili, l'architettura e il numero di parametri.
[188] Cfr. art. 55.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

di: *a*) effettuare una valutazione dei modelli in conformità di protocolli e strumenti standardizzati al fine di individuare e attenuare i rischi sistemici; *b*) valutare e attenuare i possibili rischi sistemici, che possono derivare dallo sviluppo, dall'immissione sul mercato o dall'uso di tali modelli; *c*) tenere traccia, documentare e riferire alle autorità competenti, le informazioni pertinenti su incidenti gravi ed eventuali misure correttive per porvi rimedio; *d*) garantire un livello adeguato di protezione della cibersicurezza [189].

Anche per l'IA a finalità generali vale la presunzione di conformità ai requisiti fissati nel regolamento nel caso in cui i relativi fornitori si uniformino alle norme armonizzate [190]. In assenza di queste ultime, i fornitori dei modelli di IA per finalità generali possono fare affidamento su codici di buone pratiche elaborati su impulso della Commissione al fine di dimostrare la conformità agli obblighi pertinenti [191].

9. La *governance* dell'IA.

La strategia europea volta a disciplinare gli impieghi dell'intelligenza artificiale passa anche attraverso la delineazione di un complesso sistema di *governance* [192], chiamato a garantire la corretta applicazione e attuazione del regolamento. Tale sistema è costruito su due livelli, europeo [193] e nazionale [194].

Le basi del sistema di *governance* per l'IA sono state gettate dalla Commissione europea già prima dell'approvazione del regolamento. Con decisione 24.1.2024, n. C/2024/1459, la Commissione ha infatti istituito al proprio interno un apposito Ufficio per l'IA, al quale è attribuito un ruolo chiave nel supportare gli organi della *governance*, sia a livello europeo che degli Stati membri, nell'esercizio delle loro mansioni.

Compito dell'Ufficio per l'IA è quello di assistere la Commissione nella preparazione degli atti di esecuzione e delegati e delle richieste di normazione, incoraggiare e agevolare l'elaborazione di codici di buone pratiche e di codici di condotta, e contribuire alla cooperazione internazionale con i paesi terzi e le organizzazioni internazionali in tema di IA [195].

Competenze ulteriori sono riconosciute all'Ufficio, con riferimento specifico all'IA per finalità generali (settore in cui la Commissione gode di competenze centralizzate [196]) e ai modelli di IA per finalità generali di dimensioni molto grandi con rischi sistemici [197]. Tali competenze riguardano principalmente il monitoraggio dell'eventuale insorgenza di rischi imprevisti derivanti da tali modelli di IA e lo svolgimento di indagini su eventuali violazioni delle norme.

Il regolamento istituisce poi un Consiglio per l'IA europeo per l'intelligenza artificiale («Consiglio per l'IA») [198], composto da un rappresentante per ciascun Stato membro (con la partecipazione in veste di osservatore del Garante europeo della protezione dei dati e dell'Ufficio per l'IA) [199]. Compito del Consiglio è quello di fornire consulenza e assistenza alla Commissione e agli Stati membri al fine di agevolare l'applicazione coerente ed efficace del regolamento. A tale scopo, il Consiglio può contribuire al coordinamento tra le autorità nazionali competenti, fornire consulenza, formulare raccomandazione e pareri, e facilitare lo sviluppo di criteri comuni e una comprensione condivisa tra gli operatori del mercato e le autorità competenti dei concetti pertinenti di cui al regolamento [200].

Al Consiglio, il regolamento affianca un Forum consultivo [201], istituito per fornire consulenza e competenze tecniche al Consiglio e alla Commissione, e che tra i suoi compiti ha quello di preparare una relazione annuale. Il Forum è composto da rappresentanti dei diversi portatori di interessi, tra cui l'industria, le *start-up*, le PMI, la società civile e il mondo accademico, nominati dalla Commissione. In aggiunta, sono membri permanenti del forum consultivo l'Agenzia per i diritti fondamentali, l'Agenzia dell'Unione europea per la cibersicurezza (ENISA), il Comitato europeo di normazione (CEN), il Comitato europeo di normazione elettrotecnica (CENELEC) e l'Istituto europeo per le norme di telecomunicazione (ETSI) [202].

Il complesso sistema di *governance* prevede inoltre l'istituzione da parte della Commissione di un Gruppo di esperti scientifici [203] con il compito di fornire consulenza e sostegno all'Ufficio per l'IA relativamente alle attività di esecuzione e di attuazione del regolamento, in particolare al fine di segnalare rischi sistemici, di contribuire allo sviluppo di strumenti e metodologie per valutare le capacità dei modelli e sistemi di IA per finalità generali [204].

Infine, anche gli Stati membri svolgono un ruolo chiave nell'applicare ed eseguire la normativa in commento [205]. A tale riguardo, il regolamento prevede che ciascuno Stato membro designi, o istituisca una *ex novo*, almeno una autorità di notifica e almeno una

[189] Cfr. art. 55.
[190] Cfr. art. 53.4.
[191] Cfr. art. 56.
[192] Cfr. *considerando* 148 e Capo VII.
[193] Cfr. artt. 64 ss.
[194] Cfr. art. 70.
[195] Cfr. l'art. 2 della decisione della Commissione 24.1.2024, n. C/2024/1459, che istituisce l'Ufficio europeo per l'intelligenza artificiale.
[196] Cfr. *considerando* 161 s.
[197] Cfr. l'art. 3 della decisione della Commissione, del 24.1.2024, cit.
[198] Cfr. artt. 65 s.
[199] Cfr. art. 65.
[200] Cfr. art. 66.
[201] Cfr. art. 67.
[202] Cfr. art. 67.
[203] Cfr. art. 68.
[204] Cfr. art. 68.
[205] Cfr. art. 70.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

autorità di vigilanza del mercato come autorità nazionali competenti al fine di controllare l'applicazione e l'attuazione del regolamento [206], designando la prima quale responsabile dell'istituzione e dell'esecuzione delle procedure necessarie per la valutazione, la designazione e la notifica degli organismi di valutazione della conformità e per il loro monitoraggio [207].

[206] Cfr. art. 70.

[207] Cfr. art. 3.1.19.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

DIREZIONE e REDAZIONE hanno sede presso:
Dipartimento di Scienze Politiche, Giuridiche e Studi Internazionali, Palazzo del Bo, via VIII Febbraio 2, 35122 PADOVA, Tel. 049.8278912 (P. Zatti); 049.8273475 (A. Fusaro); 049.8278919 (M. Piccinni); 049.8278918 (M. Cinque). Fax e segreteria 049.655644
La corrispondenza per la Rivista va indirizzata ad Arianna Fusaro, Dipartimento di Scienze Politiche, Giuridiche e Studi Internazionali, Palazzo del Bo, via VIII Febbraio 2, 35122 PADOVA
L'indirizzo di posta elettronica è il seguente: nuovagiurisprudenza@unipd.it

Condizioni di abbonamento

Gli abbonamenti hanno durata annuale e si intendono rinnovati, in assenza di disdetta da comunicarsi entro 60 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@wkicert.it.
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/NGCC, 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: IT61M0306933684100000002208 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: 300,00
Abbonamento digitale 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione:
255,00 + iva 4%

ESTERO
Abbonamento annuale cartaceo solare (gennaio - dicembre) oppure 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione: 410,00
Abbonamento digitale 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione:
255,00 (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).

SERVIZIO CLIENTI CEDAM
Informazioni commerciali ed amministrative:
tel. 02.824761 - Indirizzo internet: *www.servizioclienti.wki.it* - e-mail: *servizio.clienti@wolterskluwer.com*

Editore: Wolters Kluwer Italia Srl, Via Bisceglie, n. 66 - 20152 Milano (MI))

Iscrizione al Registro Stampa del Tribunale di Milano del 24 maggio 2021, n. 113
Direttore responsabile: PAOLO ZATTI

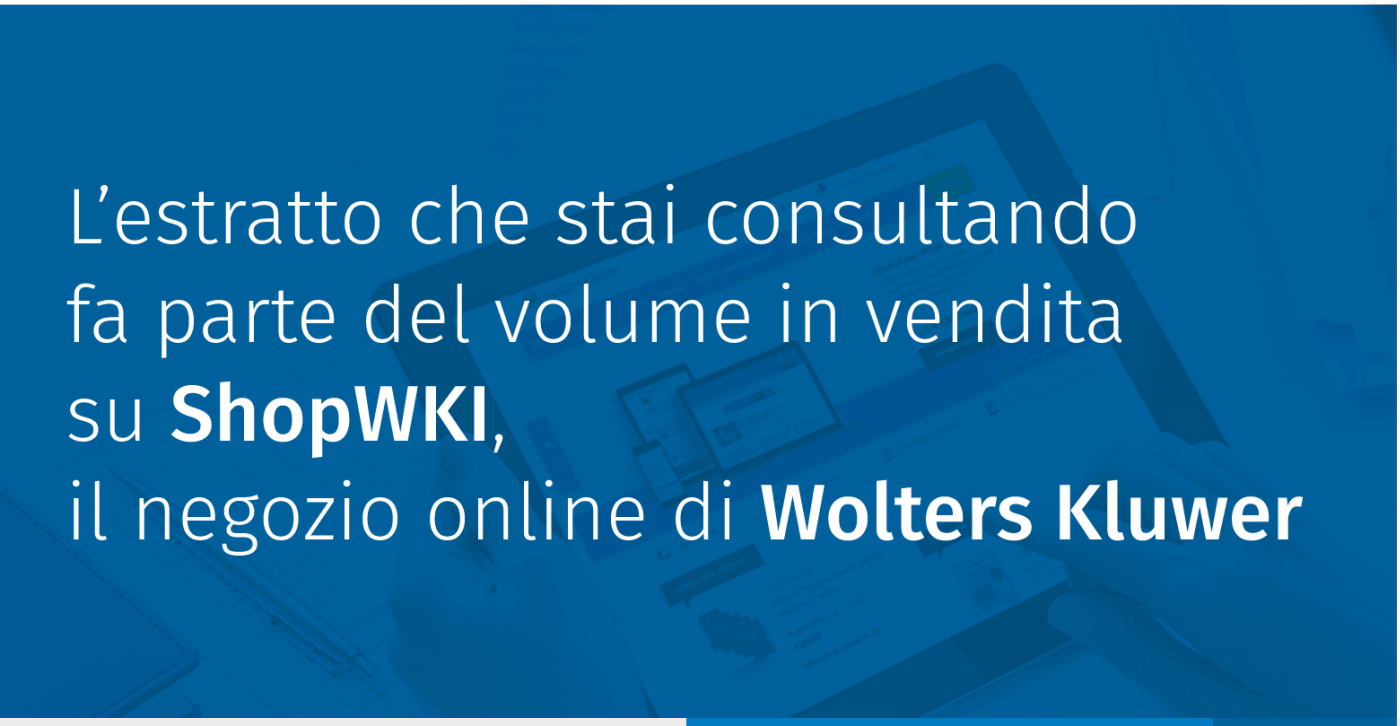
Fotocomposizione: Sinergie Grafiche Srl - Viale Italia, 12 - 20094 Corsico (MI)
Stampa: GECA s.r.l. - Via Monferrato, 54 - 20098 San Giuliano Milanese (MI)

FSC
MISTO
Carta | A sostegno della gestione forestale responsabile
FSC® C007287

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

€ 55,00 I.V.A. INCLUSA

Wolters Kluwer



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 GIURIDICA il fisco ALTALEX