

Anno (XI) 2022
Gennaio - Aprile
Fascicolo 1

ISSN 2281 - 4531

IL DIRITTO DEGLI AFFARI

RIVISTA QUADRIMESTRALE

DIRETTA DA
BRUNO INZITARI



DIRETTORE RESPONSABILE

Bruno Inzitari

COMITATO DI DIREZIONE

Enrico Al Mureden, Vincenzo De Stasio, Massimo Franzoni, Francesco Antonio Genovese, Mariacarla Giorgetti, Giuseppe Grisi, Daniela Memmo, Mauro Paladini, Carlo Rimini, Nicola Rondinone, Laura Salvaneschi, Maria Cristina Vanz

REDATTORE CAPO

Martino Zulberti

COMITATO DI REDAZIONE

Érico Andrade, Laura Baccaglini, Michela Bailo Leucari, Francesca Benatti, Marcelo José Magalhães Bonizzi, Maria Novella Bugetti, Juliana Cordeiro de Faria, Elena Depetris, Vincenzo De Sensi, Alessio Filippo Di Girolamo, Laura Durello, Mariangela Ferrari, Beatrice Ficarelli, Elena Gabellini, Albert Henke, Marek Ivančo, Lucas Carlos Lima, Andrea Lolli, Rita Lombardi, Elena Marinucci, Flavia Marisi, Rita Maruffi, Juan Pablo Murga Fernández, Alessandro Nascosi, Pietro Ortolani, Leonardo Netto Parentoni, Paolo Passaniti, Stefano Pellegatta, Giulio Peroni, Giacomo Pirotta, Valentina Piccinini, Vincenzo Ruggiero, Alin Speriusi-Vlad, Tania Tomasi, Michelle Vanzetti, Alberto Villa, Diego Volpino, Martino Zulberti

COMITATO SCIENTIFICO

Paola Bilancia, Maria Costanza, Vincenzo Franceschelli Alessio Lanzi, Raffaella Lanzillo, Stefania Pacchi, Gabriele Racugno, Giuseppe Sbisà

COMITATO PER LA VALUTAZIONE SCIENTIFICA

Vincenzo Ansanelli, Francesco Camilletti, Pasqualina Farina, Federico Ferraris, Giusella Finocchiaro, Mauro Grondona, Lucio Imberti, Filippo Maisto, Irene Mecatti, Giovanni Meruzzi, Raffaella Muroi, Fabrizio Piraino, Giacomo Pongelli, Carmelita Rizza, Paolo Rondini, Andrea Rossetti, Alessandro Semprini, Chiara Tenella Sillani, Emilio Tosi, Giovanna Visintini

SEGRETERIA DI REDAZIONE

Andrea Caloni, Davide Corrado, Livia Marcinkiewicz

EUROPEAN PRESS ACADEMIC PUBLISHING

Via Gramsci, 101 – Lamporecchio (PT)

www.e-p-a-p.com

email: info@e-p-a-p.com

PROCEDURA DI REFERAGGIO

I contributi pubblicati nella Rivista sono sottoposti ad un giudizio di idoneità alla pubblicazione da parte di due revisori anonimi (*double blind peer review*) scelti nell'elenco pubblicato nel presente fascicolo.

I contributi sono sottoposti in forma anonima al revisore, il quale entro quindici giorni comunica se il contributo è meritevole di pubblicazione, non meritevole di pubblicazione o se è meritevole subordinatamente a modifiche.

In caso di parere negativo il contributo non viene pubblicato.

INDICE DEL FASCICOLO

Anno (XI) 2022 – N. 1 – Gennaio – Aprile

ARTICOLI

- BRUNO INZITARI, *La sentenza del Landgericht Berlin di inammissibilità degli interessi negativi ed i presupposti per la produzione degli interessi sui debiti pecuniari*..... 3
- FILIPPO MAISTO, *Il dilemma “contratti collegati in funzione di affitto di azienda o locazioni separate di beni aziendali?: teoria “funzionalistica” del collegamento contrattuale vs metodo tipologico*... 16
- GIULIO PERONI, *Limiti dell’ordine economico neoliberista e tensione verso un nuovo modello di crescita sostenibile* 38
- CARMINE GUERRA, *La nullità della testimonianza resa da persona incapace ..* 65

DIBATTITI

- MARIA COSTANZA, *Il contratto autonomo di garanzia non si addice al consumatore. Riflessioni a margine di Cass. 18 febbraio 2022, n. 5493* ... 89

GIURISPRUDENZA

Sez. I – Note a sentenza

- BEATRICE FICCARELLI, *Ancora sul sequestro giudiziario di prove e la sua controversa funzione di acquisizione di documenti al processo*..... 102
- ALESSIO FILIPPO DI GIROLAMO, *Abolizione del libro soci e nullità delle clausole statutarie che continuano a prevederlo* 110

Sez. II – Osservatorio

- Le Sezioni Unite ampliano a dismisura la discrezionalità del giudice nel disporre la sospensione a norma dell’art. 337, comma 2, c.p.c.: Corte di cassazione, Sez. Un., 29 luglio 2021, n. 21763* 130

Concordato preventivo omologato – Inadempimento – Fallimento – Istanza – Ammissibilità – Preliminare risoluzione del concordato – Esclusione: Corte di Cassazione, Sez. Un., 14 Febbraio 2022, n. 4696.....	135
Concordato preventivo – Omologazione coattiva – Presupposti – Adesione determinante dell’amministrazione finanziaria o degli enti previdenziali – Mancata adesione – Voto contrario – Interpretazione – Equiparazione all’inerzia – Valutazione del giudice – Convenienza rispetto all’alternativa liquidatoria: Tribunale di Como, 1 dicembre 2021	135
Restituzioni conseguenti alla cassazione – Ordinanza di ingiunzione <i>ex art. 186-ter c.p.c.</i> – Giudizio di rinvio – Inammissibilità: Corte d’appello di Milano, 1 dicembre 2021.....	135

LA SENTENZA DEL LANDGERICHT BERLIN DI INAMMISSIBILITÀ DEGLI INTERESSI NEGATIVI ED I PRESUPPOSTI PER LA PRODUZIONE DEGLI INTERESSI SUI DEBITI PECUNIARI

BRUNO INZITARI
Professore
nell'Università Bocconi

SOMMARIO: 1. La politica di contenimento del tasso degli interessi da parte della BCE. – 2. La modificazione dei contratti di deposito bancario con l'inserimento della clausola di addebito degli interessi. – 3. La sentenza del Tribunale di Berlino sull'invalidità e l'inefficacia delle clausole bancarie di addebito degli interessi negativi. – 4. Segue. – 5. Presupposti dell'obbligazione degli interessi. – 6. Inesigibilità dei c.d. interessi post-fallimentari.

1. – Il tema dei presupposti e dei limiti per la produzione degli interessi è stato di recente riproposto in relazione alla pretesa manifestatasi da parte di diverse banche dell'Unione europea di traslare sulla clientela gli oneri conseguenti alla politica di contenimento del tasso degli interessi adottata dalla BCE.

Il carattere del tutto nuovo ed insolito della questione potrebbe indurre a richiamare ironicamente la celebre frase *ein Gespenst geht um in Europa* e lo spettro in questo caso si è annunciato con la tentazione di applicare interessi negativi sui depositi della clientela bancaria.

La produzione degli interessi sulle somme depositate sui conti dalla clientela è stata, infatti, di recente rivendicata a proprio vantaggio da alcune banche che hanno ritenuto di addebitare interessi negativi calcolati in misura proporzionale alle somme giacenti sul conto sulle somme depositate dalla clientela sui conti bancari aperti presso la banca.

L'obbligazione assunta dalla banca di detenere o custodire le somme raccolte dalla clientela comporterebbe per quest'ultima una onerosità che consisterebbe nella produzione di interessi negativi per la clientela stessa e positivi per la banca stessa¹.

Tale onerosità verrebbe giustificata con riferimento alla tendenza delle banche centrali e della BCE a contenere i tassi di interesse a livelli anche

¹ Cfr. S. ALVARO – A. GENTILI – C. MOTTURA (a cura di), *Effetti dei tassi di interesse negativi su mutui e obbligazioni a tasso variabile. Un'analisi dei profili giuridici e finanziari*, Quaderni giuridici della CONSOB, 14, 2017, *passim*; e M.F. CAMPAGNA, *Il credito strutturato rischio e autonomia nei contratti di credito*, Milano, 2020, 273 ss.

negativi secondo una prassi volta a stimolare l'economia minacciata dalle tendenze recessive diffusamente manifestatasi in molti paesi.

La BCE nelle operazioni di deposito delle eccedenze di liquidità effettuate dalle banche commerciali presso la banca centrale (*deposit facility*) ha fissato per la prima volta nel giugno del 2014 un *deposit rate* negativo dello 0,1% successivamente confermato e leggermente aumentato.

Di qui il manifestarsi della tentazione secondo cui un analogo *deposit rate* negativo possa essere applicato anche a carico della clientela sulla liquidità raccolta e giacente sui conti e sui depositi.

A tal fine talune banche hanno apportato modifiche alle condizioni contrattuali che regolano i rapporti di conto corrente. Sono state così inserite clausole che prevedono a carico del cliente l'applicazione sulla parte di giacenza attiva eccedente un certo ammontare, la maturazione di un interesse positivo per la banca e negativo per il cliente. Questi si trova quindi onerato in proporzione dell'ammontare della liquidità di cui quale depositante è creditore verso la banca.

La prima significativa risposta viene dalla Germania e precisamente dal *Landgericht Berlin* (LG Berlin, Urteil vom 2.09.2021 – 16 O 43/21) con una recentissima pronuncia emessa a seguito di una specifica azione di classe promossa da una organizzata associazione di consumatori

La decisione è significativa non solo per la tematica che è stata oggetto della decisione ma si segnala anche per l'efficienza, linearità e rapidità del percorso, attraverso il quale sono stati esaminati e decisi interessi diffusi, quali quelli che fanno capo all'amplessissima platea della clientela bancaria in relazione ad una fattispecie del tutto nuova e per molti versi problematica, quale quella degli interessi negativi.

A seguito della modifica unilaterale delle condizioni contrattuali effettuata nel settembre 2020 dalla banca berlinese Sparda-Bank attraverso l'inserimento di clausole di addebito degli interessi negativi sui conti che presentino giacenze superiori ad un determinato limite, l'associazione dei consumatori *Bundesverband der Verbraucherzentralen* (VZBV) ha nel novembre dello stesso anno intimato e quindi citato in giudizio la banca attraverso un'azione di classe nell'interesse indistintamente di tutta la clientela interessata avanti al Tribunale di Berlino per l'eliminazione delle clausole che la banca aveva appena allora introdotte.

A pochissimi mesi di distanza con la sentenza in parola, la decisione del Tribunale di Berlino.

Prima ancora di ogni altra considerazione sui termini e sul contenuto della decisione dei giudici della capitale tedesca, va rilevato che le modalità ed i tempi che hanno contrassegnato il sorgere, la trattazione e quindi la soluzione dell'intera vicenda che ha visto contrapposti le iniziative della banca con gli interessi della clientela risultano particolarmente significativi.

Il merito di questi risultato risiede sicuramente nell'adeguato sistema di *class action* che ha consentito l'immediata rilevazione da parte della associazione dei consumatori della modifica delle condizioni contrattuali potenzialmente lesiva di interessi della clientela bancaria. Di qui l'immediata valutazione della loro rilevanza e quindi, se del caso, la pronta applicazione dei rimedi, quali come in questo caso la dichiarazione di inefficacia delle clausole ritenute illegittime nell'interesse di tutta la clientela della banca.

Con le modifiche dei contratti apportate dalla banca ai contratti con la clientela, veniva previsto a carico del cliente l'addebito a titolo di compenso per la custodia dello 0,5% sulle giacenze attive superiori a euro 25.000 nei conti correnti e nei conti di deposito su giacenze superiori a euro 50.000.

Tali iniziative venivano giustificate adducendo la circostanza che i tassi di interesse negli ultimi anni risultano molto bassi e che, per effetto della politica monetaria, la stessa Banca Centrale Europea applica un tasso di interesse negativo sulla liquidità ricevuta in deposito dalle banche nazionali.

L'applicazione dell'addebito a titolo di compenso per la custodia della liquidità giacente sul conto veniva quindi giustificata quale conseguenza, sostanzialmente speculare, dell'assunzione da parte delle banche dell'onere richiesto per le somme depositate presso la BCE.

Questo argomento viene contrastato dalle associazioni di consumatori sulla base della considerazione che solo una frazione della raccolta ricevuta viene dalle banche depositata presso la BCE e solo su una parte di essa vien poi concretamente applicato l'addebito da parte della BCE. Secondo le associazioni dei consumatori, infatti dai bilanci delle stesse banche risulterebbe che il volume dei prelievi effettuati a tale titolo sui conti della clientela sono nettamente superiori agli oneri che le banche hanno dovuto riconoscere alla BCE.

Il Tribunale di Berlino ha dichiarato l'illegittimità degli addebiti degli interessi negativi, genericamente denominati spese di custodia, *Verwahrtgelte*, dalle banche, condannando queste ultime alla restituzione di quanto addebitato a tutta la clientela della banca convenuta. Va segnalato che contemporaneamente la associazione dei consumatori VZBV, al fine di ottenere un orientamento uniforme in tutta la nazione, ha proposto la medesima azione presso diversi Tribunali della Germania, convenendo in giudizio le banche che nelle diverse regioni hanno modificato le condizioni contrattuali e addebitato alla clientela interessi negativi.

2. – Le argomentazioni delle parti, come pure le motivazioni della sentenza muovono dall'inquadramento del contratto di conto corrente bancario *Girovertrag*, con il quale la banca assume la funzione di realizzare i servizi di pagamento e svolge tutte le connesse prestazioni di incasso e di trasferimento del danaro per conto del cliente.

Conformemente al modello del codice tedesco che non contiene una specifica disciplina dei contratti bancari, a differenza del successivo e più analitico codice italiano del '42, la sentenza richiama le norme, talora modificate ed aggiornate che nel BGB stabiliscono i principi cardine della prestazione di servizi.

L'invalidità delle clausole inserite nei contratti dalla banca deriva secondo l'associazione dei consumatori dai principi relativi al controllo di contenuto, *Inhaltskontrolle*, di cui al § 307 BGB sulle AGB, condizioni generali di contratto². I giudici berlinesi ritengono che tali clausole non trovino valida giustificazione in quanto non possono essere ricomprese in alcuna effettiva prestazione causalmente tipica del contratto, *nicht überprüfbare Hauptleistungspflicht*. Allo stesso modo, secondo la sentenza, la pretesa pecuniaria introdotta dalla banca a carico della clientela non trova giustificazione in alcuna effettiva e reale controprestazione da parte della banca.

Questi argomenti sono sorretti nella motivazione della sentenza da altre rilevanti considerazioni sui caratteri tipici del contratto e sulle connesse funzioni causali.

Il riferimento è rivolto al contratto di servizi § 675 *Entgeltliche Geschäftsbesorgung*, ed in particolare al collegato e successivamente introdotto § 675 f ABS 5³, che ha specificato la disciplina nel contratto dei

² § 307 *Inhaltskontrolle*. (1) Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist.

(2) Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung: 1. mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist oder; 2. wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist.

(3) Die Absätze 1 und 2 sowie die §§ 308 und 309 gelten nur für Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzenden Regelungen vereinbart werden. Andere Bestimmungen können nach Absatz 1 Satz 2 in Verbindung mit Absatz 1 Satz 1 unwirksam sein.

³ § 675f *Zahlungsdienstvertrag*. (1) Durch einen Einzelzahlungsvertrag wird der Zahlungsdienstleister verpflichtet, für die Person, die einen Zahlungsdienst als Zahler, Zahlungsempfänger oder in beiden Eigenschaften in Anspruch nimmt (Zahlungsdienstnutzer), einen Zahlungsvorgang auszuführen.

(2) Durch einen Zahlungsdiensterahmenvertrag wird der Zahlungsdienstleister verpflichtet, für den Zahlungsdienstnutzer einzelne und aufeinander folgende Zahlungsvorgänge auszuführen sowie gegebenenfalls für den Zahlungsdienstnutzer ein auf dessen Namen oder die Namen mehrerer Zahlungsdienstnutzer lautendes Zahlungskonto zu führen. Ein Zahlungsdiensterahmenvertrag kann auch Bestandteil eines sonstigen Vertrags sein oder mit einem anderen Vertrag zusammenhängen.

servizi di pagamento, *Zahlungsdienstevertrag*, stabilendo peraltro il principio della proporzionalità e della corrispondenza del corrispettivo ai reali costi del servizio stesso.

Il *Landgericht* rileva che l'introduzione dell'addebito dello 0,5% sui conti della clientela, la cui giacenza superi per i *Girokonten* la somma di euro 25.000 e per i conti di deposito la somma di euro 50.000, confligge con i fondamentali principi del controllo di contenuto delle condizioni generali di contratto AGB, § 307 BGB⁴, realizzati principalmente attraverso i principi della buona fede, *Treue und Glauben* secondo le diverse proiezione contenute nella disciplina delle AGB.

Ne consegue l'invalidità ed inefficacia delle clausole che comportano oneri per l'aderente come pure delle clausole che non siano facilmente comprensibili o che la loro portata risulta non adeguatamente avvertita dall'aderente stesso.

Questa conclusione è confermata dalla stessa disciplina del contratto di deposito irregolare relativa al deposito di cose generiche da restituire nella stessa specie e quantità. Vengono richiamati i principi del deposito irregolare di cose generiche o di danaro di cui al § 700, *Unregelmäßiger Verwahrungsvertrag* BGB⁵ (nel nostro sistema art. 1782 c.c.), che nel caso di

(3) Der Zahlungsdienstnutzer ist berechtigt, einen Zahlungsauslösedienst oder einen Kontoinformationsdienst zu nutzen, es sei denn, das Zahlungskonto des Zahlungsdienstnutzers ist für diesen nicht online zugänglich. Der kontoführende Zahlungsdienstleister darf die Nutzung dieser Dienste durch den Zahlungsdienstnutzer nicht davon abhängig machen, dass der Zahlungsauslösedienstleister oder der Kontoinformationsdienstleister zu diesem Zweck einen Vertrag mit dem kontoführenden Zahlungsdienstleister abschließt.

(4) Zahlungsvorgang ist jede Bereitstellung, Übermittlung oder Abhebung eines Geldbetrags, unabhängig von der zugrunde liegenden Rechtsbeziehung zwischen Zahler und Zahlungsempfänger. Zahlungsauftrag ist jeder Auftrag, den ein Zahler seinem Zahlungsdienstleister zur Ausführung eines Zahlungsvorgangs entweder unmittelbar oder mittelbar über einen Zahlungsauslösedienstleister oder den Zahlungsempfänger erteilt.

(5) Der Zahlungsdienstnutzer ist verpflichtet, dem Zahlungsdienstleister das für die Erbringung eines Zahlungsdienstes vereinbarte Entgelt zu entrichten. Für die Erfüllung von Nebenpflichten nach diesem Untertitel hat der Zahlungsdienstleister nur dann einen Anspruch auf ein Entgelt, sofern dies zugelassen und zwischen dem Zahlungsdienstnutzer und dem Zahlungsdienstleister vereinbart worden ist; dieses Entgelt muss angemessen und an den tatsächlichen Kosten des Zahlungsdienstleisters ausgerichtet sein.

(6) In einem Zahlungsdiensterahmenvertrag zwischen dem Zahlungsempfänger und seinem Zahlungsdienstleister darf das Recht des Zahlungsempfängers, dem Zahler für die Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstruments eine Ermäßigung oder einen anderweitigen Anreiz anzubieten, nicht ausgeschlossen werden.

⁴ V. supra nota 2.

⁵ § 700 Unregelmäßiger Verwahrungsvertrag. (1) Werden vertretbare Sachen in der Art hinterlegt, dass das Eigentum auf den Verwahrer übergehen und dieser verpflichtet sein soll, Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzugewähren, so finden bei Geld die

deposito di cose generiche con facoltà del depositario di utilizzarle e di servirsene, prevede se l'oggetto del deposito è il danaro, l'applicazione della disciplina del mutuo, § 488 *Vertragstypische Pflichten beim Darlehensvertrag*⁶.

È sulla base di questi principi che la sentenza opportunamente amplia l'analisi alla funzione che svolge della liquidità raccolta dalla banca e giacente sui diversi conti della clientela. Questa, rileva la sentenza, è utilizzata e costituisce lo strumento per lo svolgimento della stessa attività caratteristica della banca consistente nella erogazione del credito. Il deposito da parte della clientela di somme di danaro sui conti bancari da luogo, secondo i giudici berlinesi, a rapporti tra banca e clientela depositante, che debbono essere necessariamente ricondotti alla disciplina del mutuo.

Di qui la conferma della inefficacia ed invalidità di clausole che comportino l'addebito di oneri proporzionati all'entità della giacenza nel deposito bancario. Queste, infatti, risultano contrarie ai doveri che tipicamente e causalmente regolano e contraddistinguono le prestazioni delle parti del contratto di mutuo, *Vertragstypische Pflichten*. Tali doveri prevedono infatti l'obbligo del pagamento degli interessi a carico del mutuatario, e la banca si trova a rivestire nel rapporto con la clientela questo ruolo e questa posizione. Al contrario risulta impossibile ricondurre il cliente della banca che presso la banca ha depositato somme di danaro nel ruolo di mutuatario mentre ad esso piuttosto spetta il ruolo di mutuante di somme di danaro alla banca che effettua la raccolta di liquidità pecuniaria.

Vorschriften über den Darlehensvertrag, bei anderen Sachen die Vorschriften über den Sachdarlehensvertrag Anwendung. Gestattet der Hinterleger dem Verwahrer, hinterlegte vertretbare Sachen zu verbrauchen, so finden bei Geld die Vorschriften über den Darlehensvertrag, bei anderen Sachen die Vorschriften über den Sachdarlehensvertrag von dem Zeitpunkt an Anwendung, in welchem der Verwahrer sich die Sachen aneignet. In beiden Fällen bestimmen sich jedoch Zeit und Ort der Rückgabe im Zweifel nach den Vorschriften über den Verwahrungsvertrag.

(2) Bei der Hinterlegung von Wertpapieren ist eine Vereinbarung der im Absatz 1 bezeichneten Art nur gültig, wenn sie ausdrücklich getroffen wird.

⁶ § 488 *Vertragstypische Pflichten beim Darlehensvertrag*. (1) Durch den Darlehensvertrag wird der Darlehensgeber verpflichtet, dem Darlehensnehmer einen Geldbetrag in der vereinbarten Höhe zur Verfügung zu stellen. Der Darlehensnehmer ist verpflichtet, einen geschuldeten Zins zu zahlen und bei Fälligkeit das zur Verfügung gestellte Darlehen zurückzuzahlen.

(2) Die vereinbarten Zinsen sind, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, nach dem Ablauf je eines Jahres und, wenn das Darlehen vor dem Ablauf eines Jahres zurückzuzahlen ist, bei der Rückzahlung zu entrichten.

(3) Ist für die Rückzahlung des Darlehens eine Zeit nicht bestimmt, so hängt die Fälligkeit davon ab, dass der Darlehensgeber oder der Darlehensnehmer kündigt. Die Kündigungsfrist beträgt drei Monate. Sind Zinsen nicht geschuldet, so ist der Darlehensnehmer auch ohne Kündigung zur Rückzahlung berechtigt.

Secondo la sentenza berlinese, le clausole di addebito di oneri percentuali alla giacenza sul conto introdotte unilateralmente non possono essere ricondotte, come sostenuto dalla banca, ad una prestazione di custodia della stessa liquidità che la banca raccoglie dalla clientela. Nel contratto di conto corrente, infatti, la prestazione di custodia costituisce il principale tratto tipico e funzionale del contratto: *die Verwahrfunction ist dem Girovertrag immanent*. La prestazione di custodia non può essere in nessun modo considerata quale possibile prestazione ulteriore rispetto a quelle tipicamente e causalmente previste nel contratto, né al cliente potrebbe mai essere riconosciuta la facoltà di rinunciare o meno ad una tale prestazione da parte della banca, in quanto verrebbe meno una delle componenti causali necessarie alla funzionalità dell'intero contratto.

Di qui la dichiarazione di inefficacia delle clausole introdotte dalla banca, la condanna della medesima alla restituzione alla clientela delle somme ingiustificatamente incassate, prevedendo a tal fine la connessa condanna della banca a comunicare i nominativi dei clienti interessati alla restituzione al fine di consentire l'esecuzione della sentenza.

3. – La decisione del *Landgericht Berlin* è particolarmente significativa e va oltre i confini del contenzioso sorto in Germania anche in considerazione della circostanza che il fenomeno dell'inserimento nei contratti bancari di clausole volte a consentire alla banca l'addebito di interessi negativi si è contemporaneamente affacciata nei diversi contesti europei.

Si tratta inoltre di una delle tematiche che si possono definire d'elezione per la comparazione, considerato il carattere pressoché universale in ogni sistema giuridico ed economico sia della obbligazione degli interessi, sia degli istituti che ne regolano la fonte, come pure dei soggetti investiti dalla questione, tutti riconducibili ad una platea uniforme e ricorrente consistente nella clientela bancaria.

Posizioni non lontane da quelle dalla sentenza sono state espresse dalla dottrina tedesca che maggiormente ha approfondito il tema del progressivo contenimento del tasso di interessi, sino all'annullamento ed alla negativizzazione del tasso stesso. Anche di recente è stato rilevato che nell'intero diritto civile il sorgere di un obbligo al pagamento degli interessi può essere previsto soltanto a carico del soggetto *accipiens* della somma di danaro e non certo a carico di colui che tale somma fornisce. Questo si collega del resto con la definizione degli interessi come frutti civili e come controprestazione dovuta da colui che si avvantaggia della disponibilità del danaro altrui per un certo lasso di tempo⁷.

⁷ S. OMLOR, *Negativzinsen*, Bankrechtstag, 2017, 45 ss.

In conclusione, i c.d. interessi negativi non sono interessi, né sono riconducibili agli interessi. Le banche (come nel caso della banca tedesca di cui alla sentenza), probabilmente nella consapevolezza della non riconducibilità degli oneri addebitati alla clientela per giacenze oltre un certo limite agli interessi in senso giuridico, hanno tentato di costruire una definizione meno impegnativa, quale il diritto di custodia o simili. Ma anche questa via non risulta invero percorribile. Infatti una tale attività di custodia è già ricompresa nella prestazione cui è tenuta la banca in ogni tipo di contratto che preveda il deposito di somme di danaro presso di essa. La custodia costituisce una prestazione tipica necessariamente dovuta dalla banca in ogni momento del contratto di deposito, considerato che, come ha osservato la sentenza del Tribunale di Berlino, la prestazione della custodia è immanente, deve essere svolta dalla banca in ogni caso ed anche se tale rapporto avesse una durata limitatissima di giorni o di ore⁸.

4. – Le modificazioni anche rilevanti che si possono verificare nel mercato dei capitali influiscono sulla misura del vantaggio che può essere tratto dalla disponibilità di un capitale monetario sino ad arrivare in determinati casi ad escludere la stessa possibilità di un vantaggio, rendendo al limite possibile anche l'ipotesi che il tasso degli interessi non superi lo 0%.

La raccolta effettuata dalla banca potrebbe in determinate situazioni incontrare forti limiti nel livello della remunerazione ma in ogni caso resterebbe del tutto priva di giustificazione la pretesa della banca di pretendere un corrispettivo, sia che esso sia definito quale interesse negativo o quale commissione di custodia della liquidità.

Deve essere inoltre considerato che l'insieme dei depositi effettuati dalla clientela costituisce la raccolta che nella misura consentita dalla disciplina di settore, costituisce lo strumento con il quale la banca svolge l'attività di erogazione del credito. Questa è la principale e caratteristica attività riservata alla banca ed appare contraddittorio e ingiustificato gravare di ulteriori oneri la clientela che tale raccolta ha fornito. L'erogazione del credito consente inoltre alla banca di realizzare a proprio vantaggio un flusso di interessi positivi corrisposti da parte dei soggetti finanziati. Pertanto la pretesa di onerare la clientela di interessi negativi appare contraddittoria e priva di giustificazione. La circostanza che i depositi effettuati dalla banca presso la BCE possano in taluni casi risultare onerosi per la banca non costituisce una ragione per "trasferire" impropriamente una siffatta onerosità alla clientela. Essa è piuttosto parte del complessivo

⁸ S. OMLOR, *Lückenfüllung bei unwirksamen Zinsanpassungsklauseln*, in ZBB, 2020, 355; S. OMLOR – F. LIMBACH – V. DE STASIO, *Lückenschlussung bei unwirksamen Zinsanpassungsklauseln im anglo-amerikanischen, romanischen und deutschen rechtskreis*, in ZBB, 2021, 282 ss.

coacervo di costi ed oneri che di volta in volta possono accompagnarsi all'attività di gestione dell'attività bancaria ed in particolare possono caratterizzare l'accesso ai diversi strumenti di sostegno alla liquidità offerti dalla BCE.

L'introduzione nei contratti di deposito e conto corrente di clausole di addebito degli interessi negativi sulla raccolta darebbe luogo inoltre ad un inammissibile sistema di onerosità ingiustificato ed incompatibile con la natura e la funzione causale dei contratti di deposito bancario ma verrebbe in modo del tutto arbitrario a contraddire la necessaria correlazione che il regime degli interessi deve necessariamente avere con l'andamento del tasso di inflazione ed il rendimento dei titoli pubblici.

Basta considerare le recenti modificazioni del tasso legale degli interessi in Italia. Il decreto 13 dicembre 2020 del Ministero dell'economia dal 1° gennaio 2021 ha portato il tasso degli interessi legali dal 0,01% al 1,25% con un aumento del precedente tasso di ben 125 volte.

La misura del tasso degli interessi legali dopo essere stata fissata nel testo originario del Codice civile al 5% e poi portata dal 1990 al 10% e poi dal 1997 di nuovo al 5% sino al 1997, dalla fine del secolo scorso viene fissata annualmente tenendo conto del rendimento medio dei titoli di Stato di durata non superiore a dodici mesi e del tasso di inflazione registrato nell'anno.

Considerata la funzione generale di determinazione del costo del danaro secondo il tasso di interesse legale che viene determinato di anno in anno, risulterebbe del tutto contraddittorio ed ingiustificato che la liquidità monetaria raccolta dalla banca oltre a consentire alla banca di realizzare sulle somme della raccolta destinate ai finanziamenti interessi corrispettivi per le erogazioni di credito effettuate, potesse nello stesso tempo fornire ulteriori proventi nella forma di interessi negativi addebitati alla clientela.

5. – L'obbligazione degli interessi dunque continua a richiamare l'attenzione degli interpreti non soltanto in relazione agli innumerevoli profili applicativi, quale da ultimo quello degli interessi negativi, ma anche in relazione della individuazione dei presupposti del sorgere della stessa obbligazione degli interessi⁹. Da questo l'emergere di una variegata serie di fattispecie di cui gli interessi negativi sono l'ultimo esempio, che richiedono una valutazione di ammissibilità della pretesa degli interessi in diversi e anche inaspettati ambiti.

L'art. 820 c.c. collegando gli interessi alla teoria dei beni, stabilisce che il denaro può essere "fruttuoso" (così come con "linguaggio datato" afferma il

⁹ Cfr. B. INZITARI, sub Art. 1282, in B. INZITARI, *Obbligazioni pecuniarie*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Bologna, 2011, 265 ss.

Codice civile nel Libro terzo della proprietà) solo ed in quanto sia detenuto da altri – *corrispettivo del godimento che altri abbia* –, così recita il terzo comma dell'art. 820 c.c., e quindi giustifica la produzione degli interessi quale corrispettivo per il vantaggio tratto dal godimento di un capitale dovuto dal debitore pecuniario.

La mera esistenza dell'obbligazione pecuniaria non è sufficiente per il sorgere dell'obbligazione accessoria per interessi (legali o corrispettivi) calcolati sulla somma capitale dovuta.

Perché sorga dell'obbligazione degli interessi, debbono ricorrere specifici presupposti, quali principalmente l'esigibilità del credito pecuniario. Questa può sussistere solamente se il debitore pecuniario si trova nella posizione di poter legittimamente eseguire la prestazione pecuniaria o comunque se è effettivamente attuale l'obbligo di eseguire il pagamento, in quanto fintanto questo non sia esigibile ed attuale, l'obbligazione accessoria degli interessi non può sorgere.

L'ordinamento prevede infatti significativi esempi di crediti pecuniari in cui è esclusa la produzione degli interessi legali o corrispettivi per motivi direttamente o indirettamente collegati alla mancanza di esigibilità del credito.

Sono questi i casi degli artt. 2033 e 2036, nonché degli artt. 1207, comma 1 e 1714 c.c. oltre ad altre analoghe fattispecie.

Nell'indebito oggettivo di cui all'art. 2033 c.c., maturano interessi sul debito restitutorio solo se, nel ricevere la prestazione non dovuta, l'*accipiens* risultava in mala fede. Per l'*accipiens* infatti, solo da quel momento l'obbligo di pagamento restitutorio sarà attuale ed essendo l'*accipiens* stesso consapevole del carattere indebito di quanto ricevuto, il credito pecuniario sarà esigibile e, quindi, produttivo di interessi *ex art.* 1282 c.c.

Al contrario, la maturazione di interessi sul debito pecuniario restitutorio è esclusa allorquando l'*accipiens* era in buona fede nel ricevere e ritenere l'indebita prestazione. L'onere degli interessi può gravare sul debitore pecuniario, infatti, solo se questi è in grado di potersi liberare pagando il debito pecuniario, ma se, al contrario, l'ignoranza dell'esistenza del debito di restituzione gli impedisce di fare questa scelta liberatoria, il debito pecuniario restitutorio non può essere considerato esigibile nei confronti del debitore pecuniario *accipiens* e, conseguentemente, non può essere produttivo di interessi ai sensi dell'art. 1282 c.c.

Allo stesso modo e per le stesse ragioni, in caso di indebito soggettivo, *ex art.* 2036 c.c., non decorrono interessi sul debito pecuniario restitutorio sull'*accipiens* in buona fede.

Ed ancora, la mora del creditore pecuniario *ex art.* 1207 c.c. comporta la cessazione della maturazione degli interessi a carico del debitore pecuniario, in quanto lo stesso verificarsi della mora del creditore fa venir meno

l'esigibilità del credito e, dunque, fa venir anche l'idoneità richiesta dall'art. 1282 c.c. perché il debito pecuniario possa produrre interessi.

Infine, significativo è quanto previsto nel mandato dall'art. 1714 c.c. Il debito pecuniario del mandatario connesso al pagamento delle somme riscosse per conto del mandante produce interessi dal giorno in cui il mandatario avrebbe dovuto fargliene la consegna. Questo perché il denaro riscosso e detenuto comporta certamente un obbligo di restituzione del danaro ma tale debito pecuniario non produce interessi e li può produrre solo dal giorno in cui è stata prevista la consegna delle somme, ossia è scattata, per accordi negoziali o per la natura dell'affare, l'esigibilità delle somme, con conseguente produzione solo da quel momento degli interessi in conformità all'art. 1282 c.c.

Quelle esemplificativamente descritte sono tutte fattispecie nelle quali, pur essendo sorto un debito pecuniario liquido e perfetto, se per un qualsivoglia motivo si verifica l'esclusione dell'esigibilità, nello stesso tempo e necessariamente non si verifica o cessa la maturazione degli interessi, siano essi legali o convenzionali.

L'art. 1499 c.c. conferma, inoltre, che non decorrono interessi sul debito pecuniario relativo al prezzo, quando questo non è ancora esigibile, ma lo stesso articolo aggiunge che, in quel caso, per giustificare la decorrenza degli interessi è necessaria una ulteriore circostanza, vale a dire il godimento da parte dell'acquirente della cosa compravenduta prima che abbia effettuato il pagamento del prezzo.

Quanto invece al mutuo di cui all'art. 1815, comma 1, c.c. ma anche l'art. 1825 c.c. in materia di conto corrente, la decorrenza degli interessi compensa il vantaggio conseguito dal mutuatario dall'avvenuta detenzione della somma di denaro mutuata e conferma, anche in questo caso, che il presupposto per la decorrenza degli interessi risiede in un vantaggio conseguente al godimento di un capitale.

Risulta quindi confermato che il credito pecuniario produce interessi soltanto se è effettivamente esigibile. Mancando l'esigibilità il credito pecuniario non è affatto idoneo a produrre interessi corrispettivi o legali o di qualsiasi altro tipo¹⁰.

6. – Una recente, peraltro, del tutto isolata pronuncia della Cassazione¹¹ ha a mio parere erroneamente riconosciuto la decorrenza degli interessi a carico del fallito esigibili dopo il ritorno *in bonis* dello stesso fallito. In senso contrario va rilevato che la maturazione degli interessi nel corso del

¹⁰ Cfr. B. INZITARI, *Obbligazioni pecuniarie*, cit., 268.

¹¹ Cass., 19 giugno 2020, n. 11983; Cass., 9 luglio 2020, n. 14527, in *Rivista della banca e mercati finanziari*, 2020, II, 689 (con nota critica di M. ANELLINO, *Il decorso e la prescrizione degli interessi in pendenza di procedure concorsuali*).

fallimento è esclusa da quanto disposto dall'art. 55 l. fall. e dall'art. 120 l. fall. che rispettivamente prevedono la sospensione degli interessi nel corso della procedura e l'esigibilità del credito per gli interessi *pre-fallimentari* ammessi al passivo ma rimasti insoddisfatti nel fallimento¹².

Alla maturazione degli interessi a carico del fallito nel corso della procedura concorsuale si oppongono inoltre ulteriori ragioni connesse alla natura ed alla causa giustificatrice del sorgere della obbligazione per interessi. Sono ragioni di natura civilistica, le quali si confrontano con la disciplina fallimentare in relazione alla situazione in cui versa il debitore fallito nella procedura concorsuale.

Va considerato a questo riguardo il profilo della esigibilità del credito, richiesto dall'art. 1282 c.c., quale presupposto per il sorgere dell'obbligazione degli interessi e, nello stesso tempo, la circostanza della non esigibilità del credito nei confronti del debitore fallito durante la procedura concorsuale. Da questo discende l'esclusione della stessa configurabilità della fattispecie degli interessi *post-fallimentari* a carico del debitore fallito.

Gli interessi di cui si ipotizza la maturazione nel corso del fallimento costituirebbero un'obbligazione accessoria verso il debitore fallito del credito *pre-fallimentare* sorto nei suoi confronti prima del fallimento. Ma tale credito per capitale sorto prima della dichiarazione di fallimento non è in alcun modo esigibile nel corso del fallimento nei confronti del debitore fallito. Esso è del tutto privo della qualità di *esigibilità*, in quanto una volta aperta la procedura di fallimento, né il creditore può richiedere al debitore il pagamento, né il debitore, quand'anche volesse, potrebbe eseguire il pagamento.

Al debitore, una volta aperta la procedura concorsuale, è tassativamente preclusa la possibilità di adempiere alle obbligazioni sorte prima della dichiarazione di fallimento, alla cui soddisfazione provvede, nelle forme del concorso tra i creditori, la procedura. Con l'apertura del fallimento il credito diviene tassativamente inesigibile nei confronti del debitore e le condizioni di esigibilità mai si verificano nel corso della procedura. Al debitore fallito è precluso, anzi è fatto divieto, di pagare

¹² Cfr. B. INZITARI, sub Art. 55, in B. INZITARI, *Effetti del fallimento per i creditori*, in F. BRICOLA – F. GALGANO – G. SANTINI (a cura di), *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, Bologna, 1988, 135. Una domanda di insinuazione tardiva volta alla liquidazione degli interessi che si assumeva si fossero prodotti a carico della società debitrice nel corso della procedura di amministrazione straordinaria, che presentava in questo caso un attivo prospetticamente superiore al fabbisogno concorsuale, è stata rigettata da Trib. Milano, 10 maggio 2012, in *Il fallimentarista* (con nota di B. INZITARI, *Interessi endofallimentari: inammissibilità della domanda di insinuazione, vanno azionati dopo la chiusura della procedura*).

crediti sorti prima della dichiarazione di fallimento, al punto che il compimento di un tale atto configurerebbe il reato di cui all'art. 216, comma terzo, l. fall. e, in ogni caso, il pagamento eseguito dopo la dichiarazione di fallimento sarebbe comunque inefficace ai sensi dell'art. 44 l. fall.

Non appare quindi possibile configurare l'esistenza di un credito esigibile da parte di tutti i creditori che partecipano al fallimento, in quanto nessuno di essi potrebbe pretendere dal debitore il pagamento, né tantomeno agire esecutivamente verso il debitore, considerato l'intervenuto divieto di azioni esecutive individuali di cui all'art. 51 l. fall.

La possibilità della maturazione degli interessi durante il fallimento a carico del debitore fallito è esclusa perché la fattispecie produttiva degli interessi richiede che il soggetto che si assume essere obbligato al pagamento degli interessi, si trovi nella condizione giuridica di poter effettuare il pagamento del debito per capitale, in quanto è dal mancato colpevole adempimento di questa obbligazione per capitale che sorge l'obbligazione accessoria agli interessi¹³.

In conclusione perché sia possibile la produzione degli interessi è necessario che sussista una effettiva esigibilità del credito da parte del creditore, presupposti che non ricorrono per i depositi effettuati dalla clientela presso la banca, per il debito fallimentare cui è tenuto il fallito come pure nelle accennate diverse ipotesi.

Abstract

THE JUDGMENT OF THE LANDGERICHT BERLIN ON INADMISSIBILITY OF NEGATIVE INTEREST AND THE CONDITIONS FOR THE PRODUCTION OF INTEREST ON PECUNIARY DEBTS

In seguito ad una politica di bassi tassi di interesse, alcune banche europee hanno addebitato ai clienti interessi negativi nella misura della quantità di denaro nei loro conti. Il Landgericht Berlin, decidendo su un'azione collettiva promossa da un'associazione di consumatori, ha dichiarato nulle tali disposizioni contrattuali con effetto per tutti i clienti. L'autore commenta il fenomeno e la decisione approfondendo i profili che caratterizzano l'obbligazione degli interessi.

As a result of a policy of low interest rates, some European banks have been charging customers negative interest to the extent of the amount of money in their accounts. The Landgericht Berlin, deciding on a class action brought by a consumer association, declared these contractual provisions null and void with effect for all customers. The author comments on the phenomenon and the decision by delving into the profiles characterising the interest obligation.

¹³ V. per una completa trattazione B. INZITARI, *Presupposti e limiti della maturazione degli interessi nell'obbligazione pecuniaria: inammissibilità fallimentare e civilistica dei cc.dd. interessi post-fallimentare*, in *Banca borsa tit. di cred.*, 202, I, 1.

**IL DILEMMA “CONTRATTI COLLEGATI IN FUNZIONE DI AFFITTO
DI AZIENDA O LOCAZIONI SEPARATE DI BENI AZIENDALI?”:
TEORIA “FUNZIONALISTICA” DEL COLLEGAMENTO
CONTRATTUALE VS METODO TIPOLOGICO**

FILIPPO MAISTO

Professore ordinario

nell'Università della Calabria

SOMMARIO: 1. La valenza decisoria della categoria del collegamento contrattuale tra tecnicità scientifica e politica del diritto. – 2. Apprezzabilità dell'impiego della formula-motiva dell'esistenza di un collegamento contrattuale effettuato dalla (recentissima) pronuncia di Cassazione, 4 giugno 2021, n. 15603. – 3. Riflessi sistematici e metodologici: le ragioni per un costante riferimento, nei ragionamenti applicativi, ai principi informatori della convivenza civile.

1. – La categoria del “collegamento volontario tra contratti” è da tempo acquisita nell'esperienza giuridica. Nei ragionamenti applicativi, essa si segnala per le sue spiccate attitudini di *problem solving*. Per detta ragione essa merita di essere ulteriormente approfondita, soprattutto, alla luce dei più recenti *trends* giurisprudenziali.

Il ruolo decisivo della categoria scientifica del collegamento volontario tra contratti emerge ben definito, ricostruendolo in una prospettiva analitica¹. In questo senso, si delinea un impianto valutativo, il quale si attiva al cospetto di un autoregolamento “complesso”: impiegando la formula-motiva che esiste un collegamento tra contratti, s'inferisce la decisione, in astratto, di riconoscere agli interessati taluni diritti e obblighi distinti da quelli desumibili dal rilievo che le parti abbiano concluso un contratto unitario “misto” o, all'opposto, una pluralità di contratti separati. In concreto, l'argomento che, in conseguenza del collegamento, esistono particolari diritti e obblighi contrattuali per gli interessati induce il giudice ad adottare la decisione dell'impegnatività di determinate condotte personali ed eventi pratico-economici, i quali sono strumentali all'attuazione della complessiva operazione economica o ad una più razionale distribuzione del rischio contrattuale.

In particolare, la locuzione “autoregolamento complesso” evoca il caso che le parti abbiano integralmente convenuto l'impegnatività di molteplici gruppi/fasci/coppie di prestazioni, spostamenti patrimoniali o utilità pure di

¹ *Amplius*, F. MAISTO, *Diritto contrattuale avanzato*, Padova, 2022, 377 ss.

carattere organizzativo o processuale, anche insieme a prestazioni “isolate”, i quali perseguano, in maniera articolata, un’operazione economica o un’interazione sociale unitaria.

Le nozioni fondamentali della tradizionale teoria del collegamento tra contratti sono, comunemente, fatte risalire al recepimento del paradigma (essenzialmente classificatorio) dei *Verbundene Rechtsgeschäfte* elaborato nell’esperienza giuridica germanica². Una simile genealogia, in vero, risulta sin troppo enfaticizzata, dal momento che questa tecnica valutativa si è sviluppata, nell’esperienza giuridica italiana, secondo indicazioni elaborate in modo originale dalla nostra dottrina³.

Nel diritto vivente, il ragionamento applicativo sotteso alla teoria del collegamento contrattuale è svolto, impiegando talune nozioni specifiche elaborate dalla dogmatica scientifica e acquisite dalla prassi giurisprudenziale. Per quanto riguarda l’individuazione delle condizioni di fatto ritenute essenziali per azionare la tecnica argomentativa del collegamento tra contratti (c.d. struttura del collegamento), si segnalano i seguenti concetti esplicativi⁴: che la struttura del collegamento sia composta da un elemento oggettivo e da un elemento soggettivo; che l’elemento oggettivo consista nell’unitarietà dell’operazione economica/funzione pratica/assetto d’interessi; che l’elemento soggettivo sia costituito dalla

² Essenzialmente, agli inizi è costante il riferimento alle classificazioni di L. ENNECERUS – H. LEHMANN, *Lehrbuch Des Bürgerlichen Rechts*, II, Marburg, 1932, 354 ss., riprese, nell’immediato, da G. PACCHIONI, *Dei contratti in generale*, Padova, 1936, 30 ss., spec. 40 ss., e riproposte, all’alba dell’emanazione del nuovo codice civile, da G. OPPO, *Contratti parasociali*, Milano, 1942, 67 ss. Significativamente, Giorgianni definisce Ennecerus come «lo scrittore che, forse l’unico, si è, sia pure sommariamente, occupato del nostro problema» (M. GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, in *Scritti minori*, 2, Napoli, 1988 [già in Riv. it. sc. giur., 1937, 275 ss.], 57). Per la riproposizione, nell’esperienza giuridica tedesca, del dilemma negozi giuridici collegati/negozio giuridico unitario in relazione alla tecnica decisoria della nullità parziale (§ 139 BGB), W. ODERSKY, *Verbundene Rechtsgeschäfte – einheitliches Rechtsgeschäft*, in M. HABERSACK – P. HOMMELHOFF – U. HÜFFER – K. SCHMIDT (a cura di), *Festschrift für Peter Ullmer zum 70. Geburtstag am 2. Januar 2003*, Berlin-Boston, 2013, 1263 ss.

³ Considerata l’esiguità dei riferimenti alla dottrina tedesca (v., *supra*, nota 2), sviluppi affatto originali meritano di essere riconosciuti alle fondamentali riflessioni di M. GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, cit., *passim*, con riguardo alla soluzione del dilemma unità/pluralità di negozi e alla valenza decisoria del collegamento negoziale.

⁴ Per un’accurata ricognizione delle teorie consolidate relative alla struttura del collegamento negoziale, V. BARBA, *La connessione tra i negozi e il collegamento negoziale*, in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, Napoli, 2008, 42 ss. In giurisprudenza molte sentenze hanno dichiarato di aderire al medesimo ordine d’idee. Tra le altre, merita di essere segnalata la declamazione di Cass., 27 gennaio 1997, n. 827, in *Foro it.*, I, 1142 ss.

volontà di unificare le vicende dei singoli spezzoni di autoregolamento. Con riferimento alla valenza decisoria della categoria del collegamento tra contratti (c.d. rilevanza del collegamento), risulta centrale, innanzitutto, il costruito ermeneutico secondo cui, nell'evenienza che sia stata pronunciata l'invalidità/inefficacia rispetto ad un singolo fascio delle attribuzioni complessivamente convenute viziato nei suoi caratteri intrinseci, il collegamento giustifichi la decisione di estendere, agli spezzoni di regolamento esenti da vizi, la medesima determinazione precettiva preordinata ad impedire o rimuovere le prestazioni e gli spostamenti patrimoniali programmati (c.d. interdipendenza delle vicende dei singoli contratti collegati/spezzoni di autoregolamento, declinata *sub specie* di "patologia derivata", sintetizzata dall'aforisma "*simul stabunt, simul cadent*")⁵. È alquanto consolidato, inoltre, il canone che ciascuna frazione di autoregolamento abbia una distinta causa (in senso giuridico) e sia capace di perfezionare isolatamente un tipo legale di contratto, il quale è richiamato nei ragionamenti applicativi diretti a stabilire, con varie motivazioni legali, i diritti e doveri degli interessati in considerazione delle caratteristiche funzionali dell'autoregolamento⁶.

⁵ L'impostazione tradizionale assegna alla disciplina riconducibile al canone dell'interdipendenza una precisa fisionomia. Tale fenomeno, come si è detto, concernerebbe l'ipotesi della dichiarazione d'invalidità o inefficacia di uno dei contratti della serie. In una simile eventualità opererebbe una tecnica decisoria diretta ad estendere la medesima statuizione di invalidità o inefficacia agli altri spezzoni di autoregolamento, pur essendo questi privi di vizi intrinseci (*ex multis*, v. V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2001, 390; per una rassegna di questo orientamento, V. BARBA, *op. cit.*, 57 ss.).

⁶ L'opinione che i singoli contratti collegati siano provvisti di una causa propria e in grado di perfezionare, di per sé, un tipo contrattuale legale è ampiamente accolta in giurisprudenza. Paradigmatica è la pronuncia di Cass., 12 febbraio 1980, n. 1007, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, 1537 ss., ove si esprime la convinzione che «le parti nell'esercizio della loro autonomia contrattuale possono dare vita con un solo atto a diversi e distinti contratti che, pur conservando l'individualità propria di ciascun tipo negoziale e pur rimanendo sottoposti alla relativa disciplina, possono tuttavia risultare collegati tra loro». Seguendo il suddetto orientamento, Cass., 12 luglio 2005, n. 14611, in *Contratti*, 2006, 241, ha avuto modo di chiarire che, «se pure il collegamento dei contratti delineato dalle parti può determinare un vincolo di reciproca dipendenza tra di essi, così che le vicende relative all'invalidità, all'inefficacia o alla risoluzione dell'uno possano ripercuotersi sugli altri, detto collegamento non esclude che i singoli contratti si caratterizzino ciascuno in funzione di una propria causa e conservino una distinta individualità giuridica». Il medesimo ordine d'idee è, solitamente, sostenuto anche dalla dottrina sul collegamento (v., tra gli altri, G. FERRANDO, *Recenti orientamenti in tema di collegamento negoziale*, in *Nuova giur. civ. commentata*, 1997, II, 237 ss.). Non si distacca di molto da questa visione, pur facendo delle precisazioni, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3. *Il contratto*, 3ª ed., Milano, 2019, 439 ss. Egli sostiene che «nel collegamento negoziale, invece, le singole

Le suddette nozioni sono risultate, però, contraddittorie e, soprattutto, inadeguate rispetto agli obiettivi di politica del diritto conseguibili con l'apparato decisorio del collegamento contrattuale⁷.

Rilevate queste aporie (*pars destruens*), la rimodulazione dell'impianto valutativo del collegamento contrattuale (*pars construens*) deve partire dalla ricognizione di talune proprietà economiche degli autoregolamenti complessi⁸.

Il dato da considerare è che dette attività programmatiche risultano in grado di implementare la massimizzazione degli interessi individuali (soprattutto negli scambi), in quanto consentono di estrinsecarsi ad alcuni fattori di riduzione dei costi/marginalizzazione dei profitti dipendenti da circostanze specifiche, come, soprattutto, le qualità o l'attività professionale delle parti. Ad es., se Tizio concede in locazione a Caio un appartamento bisognoso di ristrutturazioni, rileva la circostanza che costui eserciti la professione di imprenditore edile: in queste circostanze è intuitiva la vantaggioosità per entrambe le parti della programmazione dell'impegno "aggiuntivo" del locatario a svolgere dei lavori edili da imputare "a sconto fitto"⁹.

È facile osservare, innanzitutto, che la predetta ingegneria economica richiede che le prestazioni e spostamenti patrimoniali strumentali siano

prestazioni sono autonomamente inquadrabili in distinti schemi causali [...] Nei contratti collegati deve pertanto identificarsi la causa parziale dei singoli contratti e la causa complessiva dell'operazione». È evidente che una simile duplicazione del concetto di causa, implicando per definizione una ripartizione (e quindi una circoscrizione) delle questioni sciolte da ciascuna delle due declinazioni, impedisce di riconoscere una valenza decisoria generale (e non eccezionale) al rilievo della funzione unitaria complessivamente perseguita. Influenzato da questa dottrina, anche M. NUZZO, *Contratti collegati e operazioni complesse*, in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, cit., 1231 ss., fonda la distinzione tra "contratto unico a contenuto complesso" e "pluralità di contratti collegati", riprendendo la tesi suesposta. Così, secondo questo a., «si avrà collegamento negoziale quando le parti perseguono un risultato economico complesso, che viene realizzato attraverso una pluralità coordinata di contratti, i quali conservano una loro causa autonoma, anche se il loro insieme è finalizzato ad un risultato ulteriore rispetto a quello espresso nella causa dei singoli contratti».

⁷ Per un approfondimento, sia consentito il rinvio a F. MAISTO, *Collegamento tra contratti*, in A. FEDERICO – G. PERLINGIERI (a cura di), *Il contratto*, Napoli, 2019, 279 ss. e 284 ss.

⁸ V. F. MAISTO, *Il collegamento volontario tra contratti nel sistema dell'ordinamento giuridico*, Napoli, 2000, 30 ss.; ID., *La logica del collegamento funzionale tra contratti nell'attuale esperienza giuridica*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, 507, spec., nota 20; ID., *Aporie e iniquità scaturenti dalla teoria tradizionale del collegamento contrattuale*, in *questa Rivista*, 2015, 9, spec. nota 21.

⁹ L'esempio prende spunto dal caso sottoposto al giudizio di Cass., 18 febbraio, 1977, n. 751, in *Giur. it.*, 1978, I, 1, 599.

coordinati in gruppi ristretti (soprattutto coppie) o (addirittura) isolati, in modo da adattarsi ad un maggior numero di variabili e sopravvenienze concrete. Data questa frammentazione dell'autoregolamento, il valore aggiunto (potenzialmente) offerto dal ricorso ad accordi "complessi" risulterebbe perduto in caso di attuazione "incompleta" dell'operazione economica convenuta. Al fine d'implementare queste pratiche sociali, pertanto, diviene particolarmente meritevole l'interesse delle parti alla conservazione e alla procedimentalizzazione della complessiva operazione economica (dotata delle susesposte capacità massimizzanti). Tali esigenze dimostrano l'opportunità della predisposizione di tecniche decisorie, le quali, pur avendo i caratteri dell'interdipendenza delle vicende dei singoli spezzoni di autoregolamento, divergano sensibilmente dallo schema "meccanicistico" della patologia derivata (c.d. *simul stabunt, simul cadent*)¹⁰. In questo senso, è utile osservare che l'obiettivo della conservazione della complessiva operazione economica risulta assecondato dalla seguente tecnica decisoria¹¹: in caso di vizi o inadeguatezze della singola frazione di autoregolamento inglobata in uno dei contratti collegati, si determina la statuizione dell'inefficacia¹² rispetto agli altri contratti della serie (i.e. spezzoni di autoregolamento non direttamente inficiati), (non automaticamente, ma) soltanto là dove non intervenga la sostituzione delle utilità originariamente programmate con altre equipollenti¹³. Allo stesso

¹⁰ È opportuno sottolineare che queste tecniche decisorie informate all'interdipendenza dei contratti collegati hanno modo di essere estrapolate, sia pure forzando il dato letterale, da una particolare interpretazione delle disposizioni in tema di impossibilità sopravvenuta temporanea (comb. disp. artt. 1256, comma 2, e 1463 c.c.) e di formazione del contratto (art. 1326 ss. c.c.). Per questa ragione, l'operazione ermeneutica che si propone non ha la fisionomia di una vera e propria *Drittwirkung* del principio dell'utilità sociale (*ex* art. 41 cost.), ma configura un'interpretazione adeguatrice delle norme ordinarie. Per una simile esegesi delle disposizioni di cui agli artt. 1256, comma 2, c.c. e 1463 c.c., cfr. F. MAISTO, *Il collegamento volontario tra contratti nel sistema dell'ordinamento giuridico*, cit., 123 ss. e 131 ss. Un *input* decisivo, nel senso di inferire la disciplina dell'interdipendenza delle vicende dei contratti collegati dal canone dell'impossibilità sopravvenuta, proviene da F. DI SABATO, *Unità e pluralità di negozi*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, 438.

¹¹ Cfr. F. MAISTO, *La categoria del «collegamento volontario tra contratti»*, in *Studi in memoria di Bruno Carboni*, Napoli, 2010, 602 ss.

¹² Tecnicamente, con i caratteri della risoluzione per impossibilità temporanea "persistente" *ex* comb. disp. artt. 1256, comma 2, c.c. e 1463 c.c. (*retro*, nota 10).

¹³ È bene notare che un simile impianto valutativo si distingue, oltre che dallo schema decisorio della patologia derivata (*simul stabunt, simul cadent*), pure dalle soluzioni ordinatorie (anch'esse connotate da un rigido automatismo) comportate dalle teorie della discendenza dell'interdipendenza delle vicende concernenti le singole frazioni di autoregolamento da una condizione (in dottrina, invece, l'assimilazione tra le due figure è variamente sostenuta da: F. CARNELUTTI, *La transazione è un contratto?*, in *Riv. dir. proc.*, 1953, I, 188; A. VENDITTI, *Appunti in tema di*

modo, bisogna rimarcare che l'interesse alla procedimentalizzazione del definitivo assetto d'interessi richiede le seguenti soluzioni ordinatorie¹⁴: da un lato, è opportuno sancire l'immediata vincolatività dei singoli spezzoni di autoregolamento già programmati nei dettagli, prima ancora della definizione di tutti i gruppi di attribuzioni strumentali all'unitaria operazione economica perseguita¹⁵; dall'altro lato, si giustifica la decisione

negozi giuridici collegati, in *Giust. civ.*, 1954, 269; G. LENER, *Profili del collegamento negoziale*, Milano, 1999, 43 ss. e 63; V. BARBA, op. cit., 38, il quale ritiene che l'affinità tra i due paradigmi sia confinata al risultato pratico-giuridico, ferme restando le diversità di struttura e funzione) ovvero da una presupposizione (S. NARDI, *Causa del contratto, collegamento negoziale e presupposizione*, in *Giur. mer.*, 2006, 567 ss.). Il carattere "elastico" di questo apparato decisorio, inoltre, impedisce anche l'accostamento con la tecnica decisoria della nullità parziale di cui all'art. 1419 c.c.: alla luce dell'elemento oggettivo del collegamento (i.e., l'unitarietà dell'operazione economica), infatti, questa formula condurrebbe automaticamente alla soluzione della nullità dell'intero autoregolamento (cfr. F. MAISTO, *Il collegamento volontario tra contratti nel sistema dell'ordinamento giuridico*, cit., 21).

¹⁴ Cfr. F. MAISTO, *La categoria del «collegamento volontario tra contratti»*, cit., 602 ss. In particolare, una simile ricostruzione presenta i caratteri sintetizzati dalla categoria della «formazione progressiva (dell'impegnatività) dell'autoregolamento». Una simile materia non va confusa con la distinta nozione cristallizzata dalla locuzione «formazione progressiva della fattispecie», la quale implica la configurabilità, prima del definitivo perfezionamento di tutti gli atti della serie, soltanto di pretese costituenti effetti giuridici "preliminari", piuttosto che "finali" (cfr. D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, *passim*). Premessa questa distinzione, è opportuno segnalare che il fenomeno della "formazione progressiva dell'autoregolamento" si rivela, comunque, contiguo rispetto al più generale tema dell'autonomia procedimentale e dei procedimenti "atipici" di formazione del contratto, i quali astrattamente rappresentano delle "fattispecie a formazione progressiva" (cfr. F. MAISTO, *Diritto contrattuale avanzato*, cit., 204 ss.).

¹⁵ È bene notare che il suddetto apparato decisorio risulta incompatibile con il dogma della tassatività dei procedimenti di formazione dei contratti. Infatti, il modello legale dello scambio dei consensi (arg. ex art. 1326 c.c.) contempla il requisito della completezza della proposta, il quale implicherebbe che il singolo contratto stabilisca tutte le attribuzioni essenziali per la realizzazione del bilanciamento d'interessi definitivamente concordato (circa il canone per cui un singolo contratto non può reputarsi perfezionato fino all'integrale manifestazione di un accordo su tutti gli elementi essenziali dell'operazione economica pianificata dagli interessati, cfr. G.B. FERRI, *In tema di formazione progressiva del contratto e di negozio formale "per relationem"*, in *Riv. dir. com.*, 1964, II, 194). Simili implicazioni valutative della categoria del contratto unitario emergono anche dalla ricostruzione di C.M. BIANCA, *Diritto civile, 3. Il contratto*, 3ª ed., op. cit., 202 ss., il quale asserisce che «fino a quando il contratto non è concluso i contraenti non sono vincolati in ordine ai punti via via definiti, trattandosi di intese provvisorie che ciascuna parte può rivedere in relazione all'ulteriore svolgimento delle trattative». Sul punto, v. anche A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto, I, Le fasi del procedimento*, Milano, 1966, 80 ss., il quale, conviene sull'assunto che la struttura del procedimento di formazione del contratto implichi la non-vincolatività delle intese su singole porzioni della complessiva

della loro inefficacia “eliminativa”, se gli altri fasci di prestazioni e attribuzioni patrimoniali non sono convenuti in tempo utile per l’attuazione dell’affare programmato. In prospettiva sistematica, è bene segnalare che simili determinazioni, le quali si attivano in reazione al c.d. “rischio contrattuale”, divergono sia dai rimedi azionabili in presenza di un contratto unitario sia da quelli desumibili dalla premessa dell’esistenza di una pluralità di contratti separati. Un tale rilievo conferma l’utilità del ricorso alla categoria ordinante del “collegamento contrattuale”.

Alla luce delle suddette premesse, è esclusa l’esigenza di differenziare ulteriormente – rispetto alle prescrizioni operative concernenti il rischio contrattuale – il paradigma dei contratti collegati da quello del contratto unitario. Risulta privo di qualsivoglia motivazione, anche da un punto di vista strettamente logico oltrech  sistematico¹⁶, l’assunto che ciascuno dei contratti collegati sia dotato di una propria causa e risulti in grado di costituire isolatamente un tipo legale¹⁷. Viceversa, la considerazione

operazione economica fino al raggiungimento di un accordo integrale, pur riconducendo un simile criterio di giudizio (non al parametro della completezza della proposta, ma) alla statuizione della conformità dell’accettazione di cui all’ultimo comma dell’art. 1326 c.c. Egli, tuttavia, propugnando un’esegesi elastica di tale disposizione, ammette, a determinate condizioni, il potere delle parti di scindere il complessivo affare in più contratti con efficacia diacronica (84 ss.). Ad ogni modo, il suddetto canone non può essere reputato dirimente, visto che è degna di accoglimento la tesi della relativizzazione della forza normativa del principio di tassatività degli schemi legali di perfezionamento del contratto in funzione della realizzazione di superiori obiettivi di politica socioeconomica (cfr. F. MAISTO, *L’autonomia contrattuale nel prisma della sussidiarietà orizzontale*, Napoli, 2016, 45 ss., spec. 53 ss.).

¹⁶ Dal punto di vista sistematico, l’unica spiegazione della vigenza di un simile criterio di giudizio è data dalla convergenza con la teoria (superata) della causa come funzione economico-sociale del contratto. Data l’identificazione tra causa e tipo contrattuale, surrettiziamente implicata da tale teoria (cfr. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 2ª ed. corr., Napoli, 1994 [rist. anast., Torino, 1950], 186 ss. e 192 ss.), si sviluppa il seguente iter decisorio (cfr. F. DI SABATO, *Unità e pluralità di negozi*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, 412 ss., spec. 422 ss.; in senso adesivo, C. DI NANNI, *Collegamento negoziale e funzione complessa*, in *Riv. dir. com.*, 1977, I, 297 ss., spec. nota 35): *premissa*, ogni spezzone di autoregolamento in grado di integrare un tipo legale è provvisto di una propria causa; *prima deduzione*, i gruppi di prestazioni e spostamenti patrimoniali convenuti dagli interessati in grado di perfezionare simultaneamente più tipi legali, avendo cause distinte, devono essere considerati una pluralità di contratti (es., locazione di appartamento e comodato del mobilio); *seconda deduzione*, una diversa rappresentazione sarebbe corretta, soltanto là dove l’intero autoregolamento risultasse, al contempo, anche conforme al tipo sociale di un contratto unitario (es., locazione di appartamenti con uso del mobilio a favore di studenti “fuorisede”).

¹⁷ Questo rilievo enfatizza la distinzione rispetto agli apparati decisorii comportati dalle categorie ordinanti della condizione e della presupposizione (v., *retro*, nota 13). Bisogna concludere che tali formule – a differenza del collegamento

dell'unitaria operazione economica/finalità sociale è essenziale per un equo bilanciamento degli interessi sottesi al complessivo autoregolamento. Si dimostra, pertanto, la correttezza della tesi di concepire un apparato decisorio così strutturato: invocando la formula del collegamento contrattuale, si motiva la decisione di riconoscere, a vario titolo, agli interessati i diritti e gli obblighi risultanti maggiormente adeguati rispetto alla realizzazione dell'operazione economica complessivamente programmata. In detti ragionamenti applicativi, la categoria del collegamento individua le dichiarazioni autoregolamentari, al cospetto delle quali al giudice è consentito un uso "adattato" delle qualifiche legali concernenti l'assetto d'interessi allestito dalle parti. Pertanto, il collegamento tra contratti non assume un'autonoma valenza ordinatoria, ma risulta in grado di rimodulare le pretese basate sulle diverse formule tecniche predisposte, a seconda delle circostanze, per l'adeguamento dell'autoregolamento agli interessi meritevoli in gioco. Tra queste, si segnalano: la nullità per mancanza di causa o di oggetto idoneo¹⁸; la nullità per illiceità della causa¹⁹; l'interpretazione secondo buona fede²⁰;

contrattuale – implicano la rappresentazione che ciascuno degli spezzoni di autoregolamento predisposta dalle parti sia provvisto di una propria causa e sia atomisticamente in grado di costituire uno schema legale tipico. Ad es., si prospetta un contratto condizionato ad un altro, se Tizio acquista una casa a Milano (compravendita) a condizione che venga assunto a lavorare in quella città (contratto di lavoro). Differentemente, ricorrono gli estremi di un collegamento contrattuale se il datore di lavoro cede in godimento ad un lavoratore "fuorisede" un appartamento presso il luogo di lavoro, decurtandogli un corrispettivo agevolato dal salario. Rispetto a tale accordo, considerando le utilità finali effettivamente perseguite dagli interessati, non sarebbe corretto fare riferimento ai tipi legali della locazione o del comodato modale. Avanzando il rilievo dell'inapplicabilità della disciplina vincolistica della locazione e del comodato modale, in conseguenza del collegamento contrattuale, potrebbe operare il precetto che il rapporto concernente il godimento dell'appartamento si scioglie prima del decorso dei termini (contrattuali e legali) in caso di scioglimento "fisiologico" del rapporto di lavoro.

¹⁸ Cfr. F. MAISTO, *Il collegamento volontario tra contratti*, cit., 13 ss. e 177 ss. In proposito, merita di essere segnalata la posizione di V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 389. Questo a. conviene sulla possibilità di (ri)orientare il criterio di giudizio della nullità dei singoli contratti per mancanza di causa, richiamando il paradigma del collegamento negoziale. Egli, però, avanza l'idea che un tale profilo disciplinare insieme a quello dell'interdipendenza delle vicende patologiche esaurisca la rilevanza della suddetta qualifica giuridica. Con riguardo a un caso pratico, v. Coll. Arb. Liebman (pres.), Galgano e Montanari, lodo 29 marzo 1977, inedito, ma ampiamente citato da L. FERRIGNO, *L'uso giurisprudenziale del concetto di causa del contratto*, in *Contr. impr.*, 1985, 134.

¹⁹ Per puntuali riferimenti, cfr. M. NUZZO, *Contratti collegati e operazioni complesse*, cit., 1228 ss. Ivi, si legge che «la novità sostanziale, che segna un'evoluzione qualitativa nell'utilizzo del collegamento tra contratti, è che al fine del controllo di

l'integrazione secondo buona fede²¹; l'esperibilità dell'azione revocatoria (art. 2901 c.c.)²²; soprattutto, la conformità ad un tipo legale²³. In ambiti

liceità assume proprio ed autonomo rilievo, accanto alla causa dei singoli contratti, la funzione complessiva dell'operazione negoziale con essi realizzata».

²⁰ Cfr. F. MAISTO, *Il collegamento volontario tra contratti*, cit., 38 ss. e 186 ss.

²¹ Si consenta il rinvio a F. MAISTO, *L'esecuzione secondo buona fede dei contratti collegati*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, 855 ss., e ID., *Il collegamento volontario tra contratti nel sistema dell'ordinamento giuridico*, cit., 42 ss. e 194 ss. Sul punto sono degne di nota le osservazioni di G. FERRANDO, *I contratti collegati: principi della tradizione e tendenze innovative*, in *Contr. impr.*, 2000, 134 e 137. La succitata a. profila l'assunto che, alla luce dei più recenti orientamenti giurisprudenziali, sarebbe corretto per l'interprete, al cospetto degli accordi individuati dalla categoria del collegamento contrattuale, un impiego della formula dell'esecuzione secondo buona fede dei contratti collegati, il quale consenta di motivare la decisione giudiziale dell'impegnatività di condotte personali ed eventi pratico-economici adeguati all'operazione economica complessivamente pianificata dagli interessati. Per un'interessante esemplificazione, v. Coll. Arb. Ricciotti (pres.), Blandini e Conte, lodo 4 ottobre 2007, in *Rass. dir. civ.*, 2008, 845 ss.

²² Cfr. F. MAISTO, *Il collegamento volontario tra contratti nel sistema dell'ordinamento giuridico*, cit., 31, nt. 30. L'assunto che la categoria del collegamento possa avere una simile incidenza sul regime dell'azione revocatoria è stato autorevolmente disvelato nel diritto vivente da una pronuncia della Cassazione (sent., 6 ottobre 1994, n. 8188, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 768 ss.). In questo ragionamento applicativo, è decisivo, soprattutto, il passaggio logico che le attribuzioni "isolate" programmate da un singolo contratto della serie possano essere reputate "a titolo oneroso" ai sensi dell'art. 2901, comma 1, n. 2, c.c., se inquadrare nell'operazione economica complessivamente allestita dagli interessati (ad es., una cessione del credito con funzione di garanzia). Di guisa che, in questi casi, il giudice è legittimato ad adottare la decisione di negare la revocatoria, se non risulta provato il *consilium fraudis* del contraente beneficiario dell'attribuzione.

²³ Accolta l'idea che la causa dei singoli contratti collegati è data dalla loro funzione complessiva, l'interprete si trova in condizione di rimodulare l'applicazione della disciplina prescritta dalla legge per i singoli tipi contrattuali. Un simile procedimento ermeneutico si articola in una serie di passaggi logici. È frequente che taluno dei contratti collegati (nel senso di spezzoni di autoregolamento) stabilisca le attribuzioni costitutive di un certo schema legale, ma insieme agli altri contratti della serie sia diretto a realizzare una funzione economica del tutto anomala rispetto a quella di quest'ultimo. In una simile ipotesi, l'interprete avrebbe ragione ad escludere le prescrizioni operative predisposte per il suddetto tipo contrattuale (all'opposto, per R. SACCO, *A metà strada tra unicità e pluralità dei regolamenti contrattuali: i contratti collegati*, in R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, in R. SACCO (a cura di), *Tratt. dir. civ.*, 3ª ed., Torino, 2004, 87 ss., la formula del collegamento servirebbe proprio a motivare la decisione di riconoscere l'azionabilità delle pretese fondate sul tipo legale perfezionato isolatamente da ciascuno degli spezzoni di autoregolamento). A questo punto, l'iter decisorio si dovrebbe declinare, alternativamente, in due ordini di valutazioni. Alle volte il giudice dovrà individuare le vicende giudizialmente perseguibili in conseguenza del singolo contratto della serie, ricavandoli dalla disciplina generale del contratto piuttosto che dai criteri di

disciplinari contigui, il canone della rilevanza dell'unitaria operazione economica si riflette anche: nella regola internazionalprivatistica dell'unificazione del diritto applicabile ai singoli spezzoni di autoregolamento²⁴; nella regola processualciviltistica dell'unificazione della giurisdizione sui singoli contratti²⁵.

Nella prospettiva così delineata, bisogna notare, empiricamente, che, quando pianificano la realizzazione di un unico affare attraverso gruppi di attribuzioni, normalmente, le parti tendono a manifestare la volontà che il complessivo autoregolamento non sia qualificato come un contratto unitario. Soprattutto, una simile intenzione si esplica nelle seguenti circostanze: predisposizione di documenti distinti; manifestazione diacronica del consenso sui singoli gruppi di prestazioni e/o spostamenti patrimoniali; redazione di clausole alludenti alla stipulazione di una pluralità di contratti; frazionamento del regolamento all'interno di rapporti tra più di due soggetti; etc. Una simile osservazione induce a ritenere l'opportunità d'identificare l'elemento soggettivo, il quale funga da condizione per l'impiego della formula del collegamento tra contratti, con la volontà di non unificare tutti i gruppi di attribuzioni in un solo contratto (c.d. volontà di

giudizio predisposti per il tipo legale ricorrente nel singolo fascio di attribuzioni convenute (ad es., al pagamento traslativo non si applicano i criteri di giudizio predisposti per il perfezionamento della donazione, ma le tecniche decisorie dirette a configurare i procedimenti generali di formazione del contratto; cfr. F. MAISTO, *Il collegamento volontario tra contratti*, cit., 61 ss.). Altre volte, il giudice dovrà stabilire le pretese azionabili dalle parti dei contratti collegati, estrapolandole dai ragionamenti applicativi concepiti per il tipo contrattuale funzionalmente più simile – piuttosto che da quelli evocati dal tipo strutturalmente più vicino – al singolo gruppo di prestazioni e/o spostamenti patrimoniali concordati. Ad es.: nell'ipotesi di una pluralità di contratti di locazione dei singoli beni aziendali, la formula del collegamento potrebbe motivare l'attivazione dei criteri di giudizio predisposti per il tipo legale dell'affitto di azienda ex art. 2562 c.c. (su questa linea, Cass., 4 giugno 2021, n. 15603, in *CED Cassazione*); rispetto al *leasing finanziario* e al *project finance/financing* si rivela opportuna l'emanazione delle determinazioni precettive preposte ad impedire il pagamento d'interessi usurari nel mutuo (in questo senso, Trib. Milano, 13 novembre 1997, in *Foro it.*, 1998, I, 1607 ss.); in caso di accordo sulla cessione in godimento degli impianti di carburante sarebbero auspicabili i provvedimenti configuranti la garanzia per vizi inerente al tipo della locazione, piuttosto che quelli predisposti per il comodato (così, Cass., 9 febbraio 1977, n. 580, in *Arch. civ.*, 1977, 401).

²⁴ Per una messa a fuoco delle questioni applicative concernenti il diritto civile transnazionale, v. A. IZZO, *Il collegamento contrattuale: note in materia civile, arbitrale, internazionale e di conflitti di legge*, in *Nuova giur. civ. commentata*, 1998, II, 69 ss.

²⁵ Spunti nella stessa sentenza di Cass., 4 giugno 2021, n. 15603, cit., soprattutto, al punto 11, dove si richiama l'art. 40 c.p.c.

‘frazionamento’)²⁶. In questo modo, tra l’altro, viene risolto – in presenza dell’elemento oggettivo del collegamento – il dilemma tra unità e pluralità di contratti, senza bisogno di dover postulare alcun artificio dogmatico.

Tirando le fila del discorso, sono emerse le ragioni sostanziali per correggere la tradizionale teoria del collegamento tra contratti con questi concetti ordinatori: riguardo alla struttura, l’assunto che l’elemento soggettivo consiste nella volontà di escludere che gli accordi specifici sui

²⁶ Questa ricostruzione si distingue da altre teorie, le quali pure sono orientate a riconoscere rilevanza alla volontà di scindere l’autoregolamento complesso preordinato ad attuare un’unica operazione economica (v.: F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 1, Padova, 1990, 192 ss.; A.M. AZZARO, *Contratto e negozio nel “frazionamento” del rapporto giuridico*, Torino, 2009, 206 ss.). Nella concezione qui sostenuta, infatti, il suddetto atteggiamento volitivo è reputato in grado di giustificare il ricorso proprio al paradigma del collegamento, consentendo di risolvere contestualmente il dilemma unità/pluralità di contratti al cospetto di un complessivo accordo sulle molteplici attribuzioni patrimoniali strumentali ad un unico affare. Diversamente, l’altra visuale delineata dalla dottrina stabilisce che un tale elemento soggettivo abbia il ruolo d’identificare un fenomeno simmetrico (e quindi distinto) rispetto al collegamento contrattuale. Segnatamente, contrapponendo i due paradigmi, si reputa che «la differenza fondamentale sta nel fatto che, se mediante il frazionamento si opera la scomposizione di un negozio che per sua natura o in ragione di un determinato assetto di interessi prefigurato dall’ordinamento avrebbe di regola una configurazione unitaria, con il collegamento, al contrario, si tende ad aggregare, sul piano funzionale entità negoziali distinte» (così, A.M. AZZARO, op. loc. cit.). È facile notare che una simile definizione del collegamento presuppone che il dilemma unità o pluralità di contratti sia risolto *a priori* attraverso ulteriori costrutti dogmatici o vincoli strutturali imposti dalla legge. Questa considerazione si forma, osservando che la richiamata descrizione del collegamento prospetta la seguente scansione logica: prima si fissa l’opinione che un complessivo accordo sulle attribuzioni patrimoniali preposte ad attuare un’unitaria operazione economica (c.d. elemento oggettivo del collegamento) costituisca una pluralità di contratti; soltanto a questo punto ci sarebbero le condizioni per procedere all’apprezzamento della ricorrenza di un collegamento contrattuale in alternativa ad una pluralità di contratti separati. Sul punto, infine, merita di essere segnalata anche la concezione di M. NUZZO, *Contratti collegati e operazioni complesse*, cit., 1229, 1231 e 1236. Questo a. non intende distaccarsi apertamente dalla tesi tradizionale, la quale riferisce l’elemento soggettivo del collegamento al «comune intento pratico delle parti di volere non solo l’effetto tipico dei singoli negozi in concreto posti in essere, ma anche il coordinamento tra di essi per la realizzazione di un fine ulteriore». Nella sua analisi, però, si possono scorgere talune notazioni di evidente rottura con i dogmi tradizionali. In primo luogo, egli riconduce la categoria del collegamento al «potere di autonomia contrattuale delle parti [di] scomporre in più contratti, funzionalmente collegati, un’operazione economica conseguibile mediante un unico contratto». Nel medesimo senso, poi, l’a. rileva che, analizzando le fattispecie concrete di accordi diffusamente considerate come collegamento tra contratti, una loro caratteristica fondamentale è data dal fenomeno del «frazionamento di un’operazione economica unitaria in una pluralità di contratti».

gruppi di prestazioni e spostamenti patrimoniali o sulle attribuzioni 'isolate' strumentali all'unico affare costituiscano, nel complesso, un contratto unitario; riguardo alla valenza decisoria, l'assunto che il collegamento giustifica delle statuizioni ordinatorie concernenti il rischio contrattuale con i tratti dell'interdipendenza tra le vicende degli spezzoni di autoregolamento, ma che, a differenza della patologia derivata, risultino rispettose degli interessi meritevoli alla conservazione e alla procedimentalizzazione del complessivo affare; sempre riguardo alla valenza decisoria, l'assunto che, in considerazione del collegamento, opera il criterio di giudizio per cui la causa dei singoli contratti s'identifica con la complessiva operazione economica, il quale, attraverso l'uso di molteplici formule tecniche, consente di motivare la decisione dell'impegnatività di condotte personali e di eventi pratico-economici adeguati all'effettiva funzione dell'autoregolamento "complesso". Tali concetti ordinatori meritano di essere accolti, essenzialmente, perché essi – come si è cercato di dimostrare – permettono d'inferire dalla formula del collegamento un apparato decisorio in grado di promuovere le importanti attitudini economistiche da riconoscersi alla pratica di programmare autoregolamenti coinvolgenti un'ampia gamma di utilità individuali (*i.e.* autoregolamenti "complessi").

2. – Nella giurisprudenza più recente, oltre ad atteggiamenti di rigetto nei confronti della categoria del collegamento contrattuale²⁷, si registrano anche degli impieghi oltremodo apprezzabili nell'ottica di un'evoluzione della teoria tradizionale. Degna di nota è, soprattutto, una pronuncia focalizzata sulla *quæstio juris* «contratti separati di locazione di beni aziendali o contratti collegati in funzione di affitto di azienda?»²⁸.

Nei fatti, era accaduto che un'impresa privata e un ente pubblico, operanti nel settore sanitario, si erano accordate su tre "coppie" di attribuzioni: la cessione del godimento di un immobile, adibito a poliambulatorio, verso il corrispettivo del pagamento di un canone mensile; la cessione del godimento di un'universalità di mobili, costituita da una pluralità di apparecchiature mediche diagnostiche e terapeutiche da impiegare nel poliambulatorio, verso il corrispettivo del pagamento di un canone mensile; la cessione successiva di ulteriori locali, destinati al poliambulatorio, verso il corrispettivo di una maggiorazione del canone mensile. Alla prima scadenza, tutti i rapporti erano stati espressamente rinnovati, mentre alla seconda scadenza non era intervenuta alcuna dichiarazione diretta a manifestare la volontà delle parti di continuare i singoli rapporti. In séguito all'instaurazione di una controversia giudiziaria,

²⁷ Il riferimento è alle seguenti pronunce: Cass., 11 settembre 2014, n. 19161, in *Foro it.*, 2014, I, 3459; Cass., Sez. Un., 5 ottobre 2015, n. 19785, in *Foro it.*, 2016, I, 1380.

²⁸ Cass., 4 giugno 2021, n. 15603, cit.

la Corte d'appello di Genova aveva adottato un provvedimento di condanna dell'ente pubblico al pagamento di canoni corrispettivi al godimento dei locali nel periodo successivo alla (seconda) scadenza dei termini contrattuali, motivando dall'assunto che i (soli) contratti concernenti il godimento degli immobili si erano tacitamente rinnovati ai sensi dell'art. 28, l. 27 luglio 1978, n. 392.

La S.C. ha ribaltato la decisione della Corte d'appello, ricorrendo alla tecnica decisoria del collegamento contrattuale. In vero, il ragionamento applicativo sviluppato dalla sentenza merita di essere apprezzato, essenzialmente, nella sua parte finale. Alquanto contraddittorie, invece, si rivelano talune delle premesse sistematiche adottate. In particolare, la Cassazione ha individuato il sostrato empirico del collegamento nelle circostanze della contestualità della stipula, della preesistente presenza delle apparecchiature nei locali del poliambulatorio e in talune clausole statuenti un'interdipendenza tra le vicende dei singoli rapporti. Tali dati fattuali appaiono in grado di spiegare la rappresentazione mentale che esiste una pluralità di contratti collegati soltanto in alternativa a quella che sussistono una pluralità di contratti separati. Diversamente, essi non impediscono di qualificare, preferenzialmente, il complessivo accordo come un contratto unitario "misto". In detta prospettiva, l'operazione ermeneutica allestita dalla S.C. si rivela carente, in quanto non risolve il dilemma "unità o pluralità di contratti?". Più correttamente, l'impiego della formula del collegamento contrattuale richiederebbe che, una volta dimostrata l'unitarietà funzionale (che esclude la ricostruzione dell'esistenza di una pluralità di contratti separati), siano valorizzate le circostanze dirette a manifestare la volontà delle parti contraria alla considerazione dell'accordo come un unitario contratto "misto" (ad esempio, la separazione documentale e il riferimento testuale a contratti distinti)²⁹.

Di là dalle predette aporie, la decisione della Cassazione presenta carattere profondamente innovativo nel suo stadio conclusivo. Al termine del ragionamento, è delineato il costrutto che, essendo corretta la qualificazione dell'accordo complessivo come una pluralità di contratti collegati in funzione di affitto di azienda, non si applicano ai contratti della serie concernenti i beni immobili gli artt. 27 e 28 della legge 27 luglio 1978, n. 392. *A contrario*, al cospetto di un simile accordo, vale la regola comune della cessazione di ciascun rapporto della serie alla scadenza dei termini previsti dalle dichiarazioni contrattuali. Da un simile criterio di giudizio, la S.C. ha dedotto la determinazione (opposta a quella adottata dalla Corte d'appello) di escludere l'impegnatività del pagamento di canoni relativi a periodi successivi alla (seconda) scadenza dei termini contrattuali. Dal punto di vista

²⁹ V., *retro*, nota 26.

teorico-sistematico, detto impianto valutativo presenta i caratteri della disapplicazione della disciplina del tipo contrattuale strutturalmente corrispondente al singolo contratto e dell'applicazione del regime del tipo contrattuale informato dalla complessiva operazione economica.

Il carattere innovativo della decisione risalta maggiormente, dimostrando, innanzitutto, che la medesima soluzione ordinatoria non sarebbe desumibile da un ragionamento applicativo sviluppato dal tradizionale criterio di giudizio della patologia derivata³⁰. In quest'ottica, la cessazione dell'efficacia della locazione immobiliare dovrebbe discendere dalla cessazione dell'efficacia della locazione mobiliare. La vicenda della cessazione del rapporto per scadenza del termine, tuttavia, non presenta affatto i caratteri della patologia (semmai, rientra nella fisiologia) del contratto di locazione mobiliare, i quali sono richiesti dalla tecnica della patologia derivata per consentirne la trasmissione agli altri contratti della serie. Tali rilievi confermano l'estraneità della soluzione ordinatoria concepita dalla sentenza in esame rispetto alla tradizionale teoria del collegamento tra contratti.

Approfondendo l'analisi, è dato rilevare (non soltanto l'estraneità, ma) addirittura la netta contrapposizione tra la suesposta decisione della Corte di cassazione e la teoria tradizionale del collegamento contrattuale. Secondo detta impostazione, dal dogma, secondo il quale la valenza decisoria della formula del collegamento è limitata alle determinazioni della patologia derivata, si estrapola il criterio di giudizio consistente nell'assunto che ciascuno dei contratti collegati è provvisto di una propria causa ed è in grado di perfezionare autonomamente un tipo contrattuale legale³¹. In tal modo, si delinea un ragionamento applicativo in cui sono giudizialmente perseguibili le vicende utilitaristiche disposte per i tipi legali perfezionati dai singoli contratti collegati, anche là dove esse si rivelino inadeguate rispetto alla definitiva trama degli interessi complessivamente intrecciata dai singoli contratti della serie.

Fa d'uopo segnalare che la decisione della Cassazione sui contratti collegati in funzione di affitto d'azienda contrasta anche con altre tecniche decisorie, le quali sono state concepite dalla dottrina in alternativa alla tradizionale teoria del collegamento.

Il metodo tipologico³² presenta una premessa in comune con la moderna teoria sul collegamento contrattuale, la quale consiste nell'assunto

³⁰ V., *retro*, nota 5.

³¹ V., *retro*, nota 6.

³² G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, 57, sostiene l'esistenza di una «spinta alla tipizzazione», professando la convinzione che nell'ordinamento sia «la tradizione [che] dissuade il giudice dal motivare invocando esclusivamente una clausola generale». In particolare, una simile tecnica qualificatoria consentirebbe

dell'assimilazione dei contratti collegati al contratto unitario nell'attivazione dei precetti concepiti per i tipi contrattuali. Quest'idea, tuttavia, risulta declinata in modo diametralmente opposto, dal momento che si combina col concetto che i singoli spezzoni di regolamento di un contratto unitario sono "atomisticamente" capaci di perfezionare un tipo legale. In detto impianto valutativo, al cospetto di un autoregolamento complesso, indipendentemente dal dilemma unitarietà/pluralità di contratti, si giustificerebbe la determinazione della vincolatività degli eventi pratico-economici prescritti in relazione ai tipi legali integrati da ciascun gruppo/fascio/coppia di attribuzioni complessivamente programmate, anche se inadeguati rispetto all'operazione economica unitariamente perseguita³³.

l'applicazione ai contratti empirici della disciplina dei tipi legali corrispondenti alle attribuzioni convenute, anche se, in concreto, esse promuovano una funzione "anomala".

³³ La teoria c.d. del metodo tipologico – analogamente all'identificazione tra causa e tipo (*retro*, nota 16) – è in grado di conferire forza suggestiva al concetto che i singoli spezzoni di autoregolamento siano in grado di integrare isolatamente gli schemi contrattuali preposti dalla legge. La ragione dell'allineamento della teoria maggioritaria sul collegamento contrattuale alla concezione sistematica del metodo tipologico si rivela, considerando che quest'ultima sembra in grado di fornire una specifica spiegazione ad un postulato della prima. L'anello di congiunzione tra le due concezioni è dato dall'assunto che l'interprete deve applicare meccanicamente la disciplina dei tipi legali, i quali risultano perfezionati atomisticamente da ciascuno dei contratti collegati (*i.e.* dei molteplici gruppi di attribuzioni complessivamente concordati). In particolare, un simile procedimento ermeneutico sarebbe giustificato indipendentemente da una verifica dell'effettiva funzione economica perseguita. Per questo ordine d'idee, R. SACCO, *A metà strada tra unicità e pluralità dei regolamenti contrattuali: i contratti collegati*, cit., 84 ss. L'illustre a. sottolinea la sostanziale coincidenza del concetto che i singoli spezzoni delle operazioni contrattuali complesse siano capaci di perfezionare separatamente gli schemi previsti dalla legge, il quale risulta estrapolabile sia dal metodo tipologico sia dalla teoria dominante sul collegamento contrattuale. Da una simile premessa, però, egli ricava non tanto la conclusione che la teoria del collegamento può essere fondata sul metodo tipologico, quanto quella dell'assoluta ridondanza della categoria del collegamento contrattuale. Viceversa, l'attitudine del metodo tipologico a supportare (piuttosto che ad esaurire) l'apparato decisorio, il quale è delineato dalla tradizionale teoria dei contratti collegati, si manifesta, soprattutto, con l'analisi delle direttive esplicative enunciate dagli orientamenti giurisprudenziali. Assecondando la propria tendenza a tipizzare, la giurisprudenza perviene all'affermazione dell'esistenza di una pluralità di contratti tipici anche nella considerazione di accordi su una molteplicità di fasci di prestazioni e/o spostamenti patrimoniali o altre utilità preposti alla realizzazione di un'unitaria operazione economica o interazione sociale. La diffusione di questo modo di ragionare nella giurisprudenza riceve una puntuale attestazione nella descrizione dei contratti collegati. La giurisprudenza è solita indicare la struttura del collegamento tramite l'uso simultaneo delle denominazioni legali dei singoli tipi contrattuali, i quali si suppongono perfezionati nel complessivo autoregolamento. Si possono ricordare una serie di formulazioni più significative. Talune sentenze hanno

In tal modo, le soluzioni ordinatorie individuate dal metodo tipologico finiscono per convergere con quelle predicate dalla teoria tradizionale del collegamento contrattuale, rispetto alla quale si prospetta un elevato grado di succedaneità³⁴. Al contempo, esse risultano diametralmente opposte rispetto alle determinazioni giudiziali promosse dalla teoria del collegamento contrattuale adattata in chiave "funzionalistica". Ad esempio, nel caso di specie, rileverebbe la coincidenza contenutistica dello spezzone di autoregolamento, focalizzato sulla cessione del godimento dei locali del poliambulatorio e sul pagamento di un canone mensile, con la figura legale della «locazione di immobili urbani adibiti ad uso diverso da quello di abitazione». Data una simile qualificazione, sarebbe reputato corretto azionare la regola della rinnovazione tacita, ai sensi dell'art. 28, l. 27 luglio 1978, n. 392. In concreto, il giudice sarebbe legittimato ad adottare un provvedimento di condanna del locatario al pagamento di canoni corrispettivi al godimento dei locali nel periodo successivo alla scadenza dei termini indicati dalle dichiarazioni contrattuali (come, nel caso di specie, aveva deciso la Corte di appello di Genova).

In estrema sintesi, la sentenza sui contratti collegati in funzione di affitto di azienda merita di essere fortemente apprezzata in considerazione

parlato di "mutuo di scopo" collegato alla "compravendita di un veicolo" (Cass., 23 aprile 2001, n. 5966, in *Rass. dir. civ.*, 2003, 489 ss.). Una decisione ha fatto riferimento ad un "mutuo" collegato ad una "somministrazione di caffè" (Cass., 17 novembre 1983, n. 6864, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, 1459 ss.). Frequente è l'uso della dizione "comodato degli impianti di erogazione del carburante" collegato alla "somministrazione del carburante" (Cass., 18 novembre 1983, n. 6881, in *Riv. giur. circol. e trasp.*, 1984, 508 ss.). In altre circostanze ricorre l'espressione "deposito di garanzia di una somma di danaro" collegato alla "compravendita di un immobile" (Cass., 15 gennaio 1937, n. 123, in *Foro it.*, 1937, I, 1476 ss.; Cass., 7 aprile 1995, n. 4071, in *Riv. not.*, 1996, 594 ss.). In una pronuncia si rinviene la dizione "contratto d'opera per la ristrutturazione di un appartamento" collegato alla "locazione del medesimo" (Cass., 18 febbraio 1977, n. 751, cit.). Da segnalare anche la locuzione "contratto di appalto per il completamento di un fabbricato in costruzione" collegato alla "compravendita di una porzione di esso" (Cass., 28 marzo 1977, n. 1205, in *Foro it.*, 1977, I, 1089 ss.). Giudicando sui contratti incentrati sul godimento di beni informatici, infine, la giurisprudenza adopera le parole "compravendita di software" collegata alla "compravendita di hardware" ovvero ad un "contratto d'opera per la manutenzione o assistenza" (Corte d'appello Torino, 15 febbraio, 1985, in *Foro it.*, 1985, I, 2718 ss., con nota – dalla significativa intitolazione – di M.R. MARELLA, *Vendita di «hardware» con «software» e risoluzione del contratto per inadempimento*).

³⁴ Di una simile concorrenzialità si avvede R. SACCO, *A metà strada tra unicità e pluralità dei regolamenti contrattuali: i contratti collegati*, cit., 87 ss., il quale, coerentemente, assume una diversa ricostruzione della rilevanza del collegamento rispetto alle decisioni concernenti la configurabilità di diritti e doveri desunti dalla ricorrenza degli elementi di un tipo contrattuale (v.: *retro*, nota 33).

delle soluzioni ordinatorie adottate, anche se si registrano delle aporie con le argomentazioni utilizzate nella motivazione.

3. – La suesaposta analisi dimostra, innanzitutto, che la giurisprudenza è incline, alle volte, a fare un uso fortemente innovativo della tecnica decisoria del collegamento contrattuale. D'altra parte, considerando le aporie che pure si riscontrano in tali decisioni, bisogna concludere che, in questi casi, l'azione dei giudici appare ispirata da esigenze equitative, maggiormente che dall'acquisizione della teoria dell'adeguamento in chiave assiologico-teleologica dell'apparato decisorio del collegamento volontario tra contratti.

Bisogna osservare che il ragionamento applicativo dispiegato dalla S.C. si riduce al seguente teorema logico: poiché sussiste un collegamento tra contratti, si attiva la regola dell'esistenza dei diritti e degli obblighi predisposti per il tipo contrattuale corrispondente all'operazione economica complessivamente perseguita. In tal modo, il giudice motiva la decisione dell'impegnatività delle condotte personali e degli eventi pratico-economici giudizialmente perseguibili in considerazione della trama d'interessi sottesa al complessivo accordo tra le parti. Dal punto di vista teorico-sistematico, una simile operazione ermeneutica presenta, sostanzialmente, i tratti dell'impiego "dogmatico" (*i.e.* assiologicamente-teleologicamente neutro) della categoria del collegamento contrattuale, il quale è indicato, in sede di teoria generale, con il termine tecnico "sussunzione" (richiamato dalla stessa Cassazione nella sentenza sull'affitto di azienda).

Alle medesime soluzioni ordinatorie si sarebbe pervenuti, articolando il ragionamento applicativo su considerazioni di politica del diritto. Si prospetta una precisa sequenza logica: *premessa*, al cospetto di autoregolamenti complessi, la determinazione dell'impegnatività di vicende utilitaristiche adeguate all'operazione economica unitariamente convenuta dalle parti promuove la realizzazione di una miglior allocazione delle risorse disponibili; in considerazione del tipo contrattuale corrispondente alla complessiva operazione economica sono prestabiliti una serie di diritti e doveri delle parti; in tali circostanze, per mezzo della formula dell'esistenza di un collegamento tra contratti si giustifica la determinazione della vincolatività delle condotte personali e degli eventi pratico-economici individuati dai suddetti diritti e doveri. Dal punto di vista teorico-sistematico, evidentemente, un simile impianto valutativo presenta i caratteri dell'uso "funzionalistico" (assiologicamente-teleologicamente orientato) della categoria del collegamento contrattuale, dato che si focalizza sull'analisi degli interessi coinvolti.

La convergenza delle determinazioni giudiziali ricavabili dalle due opposte impostazioni metodologiche non è casuale (né occasionale). La

ragione della discreta probabilità di una simile evenienza è spiegata dalla teoria del darwinismo giuridico³⁵.

A fondamento della valenza decisoria delle categorie ordinanti si pone lo *struggle for existence*³⁶ tra concetti contrapposti. In detta prospettiva, un concetto diviene obsoleto, quando induce il giudice ad adottare soluzioni ordinarie inique o, comunque, inadeguate rispetto agli obiettivi di politica del diritto in quel momento emergenti. Al contempo, in dette circostanze, si afferma un concetto in grado di motivare delle determinazioni giudiziali opposte. In tal modo, piuttosto che un semplice avvicendamento dei “dogmi”, con definitivo esautoramento di quelli più risalenti, si verifica una loro progressiva relativizzazione. Emblematico è il caso della nozione di soggettività degli enti, la quale tempera il dogma del riconoscimento esclusivo della titolarità delle situazioni giuridiche soggettive agli esseri umani³⁷. Significativo, in un campo operativo più specifico, poi, è il dogma della nullità per mancanza di legittimazione degli atti di disposizione su beni altrui, al quale si contrappone, nella sostanza (*i.e.* con il velo di taluni artifici concettuali), l’assunto della validità della compravendita di beni altrui. *In fieri*, una suggestiva valenza applicativa merita di essere riconosciuta anche alla contrapposizione concettuale tra le categorie ordinanti dei contratti aleatori e dei contratti commutativi con alea normale: tradizionalmente, s’insegna l’assunto che l’assicurazione, data l’indeterminatezza delle prestazioni indennitarie dovute dall’assicuratore, sia un contratto aleatorio³⁸; in considerazione del valore riconosciuto (anche in sede accademica) alla scienza dei calcoli attuariali, i tempi sembrano maturi per acquisire il teorema “concorrente” che l’assicurazione sia un contratto commutativo con alea normale³⁹.

In conclusione, nel lungo periodo, assumono portata decisoria i concetti scientifici, i quali assicurano l’adozione della decisione dell’impegnatività di condotte personali ed eventi pratico-economici adeguati rispetto al modello

³⁵ Circa l’emersione della concezione del darwinismo giuridico in Italia, v.: P. COGLIOLO, *La teoria dell’evoluzione nel diritto privato. Prelezione al corso di Diritto romano letta il 21 novembre 1881*, Camerino, 1882; G.P. CHIRONI, *Il darwinismo nel diritto. Discorso pronunciato per la commemorazione di C. Darwin tenuta nella R. Università di Siena il 21 maggio 1882*, Siena, 1882.

³⁶ L’espressione è il titolo del terzo capitolo di C. DARWIN, *On The Origin of Species*, London, 1859. Nel (sottotitolo del) libro, Darwin usa anche le parole «*struggle for life*».

³⁷ Cfr. F. MAISTO, *Il (potenziale) ruolo del principio di sussidiarietà nell’espansione dell’autonomia contrattuale*, in questa Rivista, 2021, 35 ss.

³⁸ Per il costrutto tradizionale che l’assicurazione presenta i connotati di un contratto aleatorio, v. A. GAMBINO, *L’assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, Napoli, 2015 [rist. anast. Milano, 1964], *passim*, spec. 11 ss.).

³⁹ F. MAISTO, *Diritto contrattuale avanzato*, cit., 363, nota 82.

di convivenza civile voluto dalle manifestazioni di sovranità espresse o riconosciute dall'Autorità politica. Una tale ricostruzione, *a posteriori*, rivela la dinamica giudiziaria (*i.e.* la selezione naturale delle decisioni giudiziali in base all'esigenza di un equo temperamento degli interessi coinvolti) per cui le soluzioni ordinatorie desunte dalle categorie scientifiche (avalutative) tendono a coincidere con quelle delineate dall'applicazione (diretta o indiretta) dei principi dell'ordinamento.

Il darwinismo giuridico fa emergere, innanzitutto, i dati d'esperienza in cui si esplica la vantaggiosità dell'impiego delle categorie giuridiche nei ragionamenti applicativi⁴⁰. Esse agevolano il giudice nell'individuare le soluzioni ordinatorie adeguate ai principi da azionare nel caso concreto, limitandone, al contempo, la discrezionalità. Soltanto, se le soluzioni ordinatorie ricavate dalle categorie già acquisite si rivelano contrarie ai valori emergenti della civile convivenza, il giudice deve illustrare le ragioni assiologico-teleologiche del ricorso a nuove categorie. In tal modo, si attua, sicuramente, un'economia della motivazione delle sentenze, la quale è imprescindibile data la massificazione dell'accesso ai servizi giudiziari.

Dalla precedente analisi, però, emergono anche le concatenazioni fattuali per cui, nei ragionamenti applicativi, è necessario relativizzare le categorie giuridiche, subordinandone la valenza decisoria alla verifica dell'adeguatezza ai principi. Innanzitutto, bisogna osservare che, nel lungo periodo i concetti scientifici tendono, inevitabilmente, a divenire obsoleti, nel senso che si distaccano dalle soluzioni equitative richieste dai valori emergenti nella società civile⁴¹. In secondo luogo, contrariamente a quanto comunemente ritenuto, la naturale dialettica tra i concetti contrapposti genera un elevato tasso d'imprevedibilità e discrezionalità delle decisioni⁴².

L'affermazione della categoria del collegamento contrattuale nell'esperienza giuridica spiega anche perché il metodo funzionalistico non sia assimilabile, nei risultati applicativi, all'artificio retorico per cui "l'eccezione conferma la regola". In vero, in altri campi del diritto questo "luogo comune", nella sua semplicità, si presta ad un uso per niente banale⁴³. Soprattutto, in campo penalistico, esso appare in grado di mitigare

⁴⁰ In prospettiva "darwinistica", l'uso delle categorie (vecchie e nuove) si giustifica per un'utilità pratica, piuttosto che rispecchiare una necessità logica (in tal senso, invece, appare orientata la dotta ed appassionata ricostruzione di A. GENTILI, *Crisi delle categorie e crisi degli interpreti*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 463 ss., spec. nota 18 e 645 ss.).

⁴¹ Un simile distacco è attestato dall'esigenza di ricorrere agli artifici retorici espressi dagli aforismi «*dura lex, sed lex*» e «*summum jus, summa injuria*».

⁴² Per il rilievo "controintuitivo" che il dogmatismo aumenta l'incertezza giuridica, N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Ars interpretandi*, 2015, 2, 55 ss.

⁴³ Una simile argomentazione è stata esplicitamente richiamata, soprattutto, in un'ottica gius-penalistica e gius-pubblicistica; cfr.: G. FORNASARI, *Antinomie giuridiche*,

gli eccessi del garantismo formalista (essenzialmente, tassatività dei reati e irretroattività assoluta) in favore dell'esigenza di giustizia sostanziale (essenzialmente, tenuta dell'ordine democratico e salvaguardia della coesione sociale). In campo civilistico, però, rileva il dato che il distacco dei concetti tradizionali dagli obiettivi emergenti di politica del diritto assume carattere "fisiologico". Pertanto, il giudice civile deve sentirsi, normalmente (e non soltanto come *extrema ratio*), libero di abbandonare i dogmi tradizionali entro il perimetro fissato, eminentemente, dal dovere di motivazione (art. 111, comma 6, cost.): occorre che sia effettuata in maniera assolutamente rigorosa la dimostrazione dell'opportunità, in considerazione degli obiettivi di politica del diritto in gioco, di decidere la vincolatività di condotte personali ed eventi pratico-economici, i quali siano antitetici a quelli ricavati dalla lettera della legge per mezzo delle tradizionali categorie ordinanti. Altrimenti, il procedimento ermeneutico di superamento della lettera della legge, piuttosto che presentare i connotati dell'applicazione (diretta o indiretta) dei principi, si ridurrebbe alla mera sostituzione di un concetto *démodé* con uno *à la page*.

È opportuno rimarcare che i predetti ragionamenti applicativi consentono anche di legittimare la decisione dell'impegnatività di vicende utilitaristiche contrarie o, comunque, diverse a quelle espressamente predisposte dalla legge. Cionondimeno, essi non risultano incompatibili con la disposizione costituzionale secondo cui "i giudici sono soggetti soltanto alla legge" (art. 101, comma 2, cost.). Bisogna, preliminarmente, osservare che il Costituente ha usato la parola "legge" per indicare la stessa Costituzione (XVIII, comma 4, disp. trans. fin. cost.). Essendo la Costituzione composta, essenzialmente, da enunciati di principio, non appare corretto riferire il disposto dell'art. 101, comma 2, cost. ai soli enunciati normativi provenienti dal Parlamento e con i caratteri delle disposizioni a struttura regolamentare⁴⁴. Alla luce di un tale rilievo, è corretto escludere che il testo

norme di civiltà e l'ideologia dell'eccezione, in S. BONINI – L. BUSATTA – I. MARCHI (a cura di), *L'eccezione nel diritto*, Trento, 2015, 417 ss.; C. CASONATO, *Eccezione e regola: definizioni, fisiologie e patologie, responsabilità*, *ibidem*, 423 ss. In una prospettiva di teoria generale, C. NITSCH, *La regola e l'eccezione. Su defettibilità, ambiguità e vaghezza delle norme giuridiche*, in R. BRIGHI – S. ZULLO (a cura di), *Filosofia del diritto e nuove tecnologie. Prospettive di ricerca tra teoria e pratica*, Ariccia, 2015, 341 ss.

⁴⁴ Circa la differenza tra "disposizioni regolamentari" ed "enunciazioni di principio": P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, I, *Metodi e tecniche*, 4^a ed., Napoli, 2020, 168 ss.; ID., *Legal principles and values*, in *ItaLJ*, 2017, 1, 135 ss.; ID., *Il diritto civile tra regole di dettaglio e principi fondamentali. Dall'interpretazione esegetica all'interpretazione sistematica*, in *Foro nap.*, 2019, 379 ss. Circa la distinzione, prodromica, tra "disposizione" e "norma": T. ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, 351 ss.

in questione sia preordinato a vincolare, surrettiziamente, il giudice ad adottare il procedimento logico della sussunzione, il quale presuppone, ontologicamente, una norma strutturata con tecnica regolamentare (i.e., secondo il noto aforisma “se c’è A, ci deve essere B”, la previsione di: una fattispecie astratta; un nesso di causalità giuridica; una regola di condotta). Il principio di legalità, piuttosto, impone al giudice, semplicemente, d’illustrare le volizioni sovrane, provenienti o riconosciute dall’Autorità politica (anche attraverso enunciati di principio) o, comunque, legittimate dal principio di sussidiarietà (perciò anche fonti *extra-ordinem*), le quali abbiano orientato la propria decisione⁴⁵.

A livello della teoria generale, alla luce delle precedenti considerazioni, merita di essere anche rimodulata la concezione che la giurisprudenza non sia fonte del diritto. Acquisito il metodo dell’applicazione, anche diretta, dei principi, detto argomento non può essere sollevato per attivare la contestazione di una decisione, la quale si limiti a richiamare in motivazione l’esigenza di attuare un bene per la collettività identificato, direttamente o indirettamente, da un’enunciazione di principio di un’Autorità politica di livello “apicale” (essenzialmente, Costituzione e Carte dei diritti europee). È facile osservare che, in tali ragionamenti applicativi, il giudice non assume la veste di “automa della sussunzione”, ma esplica una discrezionalità pari a quella del legislatore (purché la motivazione sia congrua). In conclusione, nell’attuale esperienza giuridica, la formula che la giurisprudenza non è fonte del diritto non riflette il dato dell’assenza di discrezionalità valutativa nelle decisioni dei giudici.

Piuttosto, l’assioma che la giurisprudenza non è fonte del diritto risulta ridimensionato al concetto che, pur riconoscendosi un condizionamento psicologico dei giudici ad uniformarsi agli orientamenti espressi dalle giurisdizioni superiori, non vale la regola dello *stare decisis*. In questa prospettiva, l’argomento della conformità rispetto al consolidato orientamento giurisprudenziale non è in grado di motivare alcuna determinazione circa l’impegnatività di condotte personali ed eventi pratico-economici nei rapporti intersoggettivi. Semplificando, il giudice non può dire “decido così, perché lo dice il giudice superiore”. Operativamente,

⁴⁵ Data la necessità del riferimento, diretto o mediato dal principio di sussidiarietà, a testi in cui si manifesta la volontà sovrana dell’Autorità politica di perseguire taluni obiettivi socioeconomici per implementare la civile convivenza, non appare corretto il procedimento valutativo di desumere le soluzioni ordinatorie, da applicare ai casi controversi, dal quadro dei valori condivisi dalla c.d. «comunità interpretativa», vale a dire dall’aggregato degli operatori teorici e pratici del diritto condividenti la cultura giuridica imperante in un certo momento storico (così, invece, N. LIPARI, *Dottrina e giurisprudenza quali fonti integrate del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 1158 ss.).

azionando il criterio di giudizio che la giurisprudenza non è fonte del diritto, può essere pretesa (nei limiti del giudicato) la riforma di una decisione giudiziale non adeguatamente motivata sul tema della conformità ad una manifestazione di sovranità (espressa dall'Autorità politica in forma di disposizione regolamentare o anche come enunciato di principio o legittimata in base al principio di sussidiarietà).

Abstract

**THE QUESTION "LEASING OF BUSINESS
OR LEASING OF BUSINESS ASSETS?":**

"COLLEGAMENTO CONTRATTUALE" VS "METODO TIPOLOGICO"

Lo scritto approfondisce l'impianto valutativo sotteso alla categoria del "collegamento volontario tra contratti" in una prospettiva gius-realistica. L'analisi è focalizzata su una sentenza, la quale ha adottato la decisione dell'impegnatività delle condotte personali e degli eventi pratico-economici predisposti in considerazione di un tipo contrattuale corrispondente all'operazione economica unitariamente perseguita dai contratti della serie. Pur essendo una simile soluzione ordinatoria corretta, sarebbe opportuno motivarla con argomentazioni diverse da quelle usate dalla S.C.

The paper delves into the way Courts use the doctrine of "collegamento contrattuale". In particular, the proposition that "contracts are linked" was used in a ruling that the events established in consideration of the overall economic operation are enforceable. Such a legal solution is right, but it must be legitimised by arguments other than those used by the Court.

LIMITI DELL'ORDINE ECONOMICO NEOLIBERISTA E TENSIONE VERSO UN NUOVO MODELLO DI CRESCITA SOSTENIBILE

GIULIO PERONI

*Professore associato
nell'Università di Milano*

SOMMARIO: 1. L'Ordine economico neoliberista e l'influenza del modello del *Washington consensus*. – 2. L'eccessivo ricorso al capitalismo finanziario e la ricerca della stabilità economica. – 3. La stabilità economica quale obiettivo di sistema per la Comunità internazionale. – 4. Verso un ordine economico internazionale ispirato al Principio dello Sviluppo sostenibile.

1. – Con la fine del Secondo conflitto mondiale, entro la Comunità internazionale venne ad affermarsi l'idea che per assicurare e mantenere la Pace tra le nazioni, fosse necessario favorire la cooperazione tra gli Stati per realizzare un sistema di relazioni economiche e commerciali in grado di garantire vantaggi per tutti i Paesi¹, così da superare ogni forma di pericolosa deriva protezionistica e nazionalistica con annesso dogma della sovranità assoluta² che, anche a causa della Grande Depressione del 1929³, favorirono, nel periodo intercorrente i due più importanti eventi bellici del secolo scorso, l'ascesa dei regimi totalitari.

Forte fu l'esigenza di superare il diffuso ricorso al metodo bilaterale nella gestione delle politiche di cooperazione economico-commerciale internazionali a favore di quello multilaterale⁴ così da prevenire il ricorso a politiche protezionistiche adottate sino ad allora e con lo scopo di realizzare un sistema di regole ispirato essenzialmente a principi e valori liberali, quali

¹ M. GRAFF – A.G. KENWOOD – A.L. LOUGHEED, *Growth of the International Economy 1820-2015*, London, 2014, 225.

² Come sottolineato da L. EINAUDI, *La guerra e l'Unità europea. Discorso alla Costituente del 29 luglio 1947*, «il nemico numero uno della civiltà, della prosperità e oggi si deve aggiungere della vita medesima dei popoli, è il mito della sovranità assoluta». Il discorso di Einaudi alla Costituente si trova in *Atti Parlamentari, Assemblea Costituente, Discussioni*, seduta n. 208, vol. VI, Tipografia della Camera dei Deputati, Roma, 6422-6426; ristampato in L. EINAUDI, *La guerra e l'unità europea*, Bologna, 1986, 43-51.

³ S. HSU, *Financial Crises, 1929 to the Present*, New York, 2017; J.D. WISMAN, *The Financial Crisis 1929 Reexamined: The Role of Soaring Inequality*, in *Review of Political Economy*, 2014, 372-391; J.K. GALBRAITH, *Il grande crollo*, Milano, 2006.

⁴ E.U. PETERSMANN, *Economic Organizations and Groups, International*, in *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, 1995, 32.

su tutti: la tutela della proprietà e dell'iniziativa economica privata, nonché la libera concorrenza tra i vari operatori economico-commerciali⁵.

Un sistema caratterizzato da regole certe e governato da Organizzazioni internazionali non più destinate a operare come semplici fori negoziali, in cui concordare poche regole, peraltro, di carattere essenzialmente tecnico, bensì enti funzionalmente preordinati al perseguimento di obiettivi difficilmente realizzabili da ciascun singolo Stato⁶. Infatti, le Istituzioni internazionali, nate nel 1944 con gli accordi di *Bretton Woods* (Fondo Monetario Internazionale, Banca Mondiale e successivamente il GATT 1947)⁷ furono chiamate a disegnare il sistema economico e commerciale mondiale *post* bellico, con l'intento di promuovere la cooperazione in chiave multilaterale tra i vari Paesi e favorire l'implementazione dei vari accordi conclusi in materia, vigilare sul rispetto delle regole concordate e accettate, prevenire pericolose iniziative unilaterali, il tutto con l'obiettivo di fare sì che la maggiore interazione tra Paesi costituisse un'opportunità per lo

⁵ P. SALIN, *Liberalismo*, Soveria Mannelli, 2002 che avanza una rivalutazione profonda del pensiero liberale, sostenendo la necessità di procedere a un'applicazione effettiva dei principi liberali per una soluzione dei problemi che affliggono i tempi attuali a partire dalla globalizzazione, alla gestione del fenomeno migratorio, dalla difficile sostenibilità della previdenza sociale, ai problemi dell'ambiente, alle politiche di stabilizzazione economica e finanziaria adottata per la soluzione dei recenti *shock* economici.

⁶ J. KLABBERS, *Two Concepts of International Organization*, in *International Organizations Law Review*, 2005, 277-293.

⁷ In particolare, il GATT o Accordo Generale sulle Tariffe e sul Commercio fu rappresentativo della prima e a lungo più importante manifestazione di cooperazione multilaterale in materia commerciale, concluso a Ginevra, dai rappresentanti di ventitré governi, il 30 ottobre 1947, e aperto all'adesione di altri Paesi ad economia di mercato. Esso nacque quasi per caso, a margine dell'iniziativa del Consiglio economico e sociale delle Nazioni Unite, che si propose di realizzare l'idea, di cui gli Stati Uniti furono i principali fautori, quella di dare vita ad una conferenza in cui si sarebbero dovuti approfondire i problemi dell'espansione del commercio internazionale attraverso la creazione di un organismo internazionale di cooperazione economica di più vasto respiro, l'International Trade Organization (ITO), che avrebbe, poi, dovuto essere collegato alle Nazioni Unite, come sua agenzia specializzata. L'istituzione dell'ITO era strettamente connessa all'adozione della "Carta dell'Avana per l'Organizzazione del commercio internazionale" le cui disposizioni erano ispirate al libero-scambio, al principio di non-discriminazione e alla reciprocità nei rapporti commerciali internazionali. Tuttavia, l'eccessiva ampiezza e complessità della Carta, unitamente al fatto che l'istituenda ITO non si sarebbe fondata, come nel caso del Fondo monetario e della Banca mondiale, sul principio plutocratico bensì su quello democratico "*one state, one vote*", determinarono l'impossibilità pratica di una sua entrata in vigore.

sviluppo economico complessivo del Pianeta, condizione ritenuta essenziale per il mantenimento della Pace e della Sicurezza su scala mondiale⁸.

È, dunque, con il passaggio dal bilateralismo al multilateralismo e dal “diritto della coesistenza” al “diritto della cooperazione”⁹ che si è venuta a plasmare la realtà delle relazioni economiche e commerciali internazionali dalla fine del Secondo dopoguerra ai giorni nostri, tanto da condurre parte della dottrina ad affermare che gli enti costituiti dopo il 1945 «si presentano e operano nella realtà internazionale come veri e propri centri sovrani e indipendenti di potere, che si giustappongono e contrappongono non solo di fronte ai Governi che hanno concorso alla loro realizzazione e concorrono alla loro permanenza in vita, ma anche di fronte agli altri Governi»¹⁰.

Con *Bretton Woods* si venne, pertanto, a realizzare un nuovo ordine economico internazionale di matrice liberista, ma regolamentato su base multilaterale tramite l'azione delle citate Organizzazioni intergovernative¹¹. Un ordine economico da cui ha avuto avvio un graduale processo di internazionalizzazione dell'economia con il moltiplicarsi degli investimenti diretti all'estero e all'ampliamento delle attività delle imprese multinazionali. Ciò ha comportato, a sua volta, la progressiva internazionalizzazione e multinazionalizzazione dei processi produttivi, estesasi ulteriormente con la globalizzazione economica e commerciale favorita, in particolare modo, dall'introduzione nel 1994 del sistema di regole sugli scambi commerciali dell'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC/WTO), sostitutivo del precedente e ormai obsoleto sistema GATT 1947, e dall'affacciarsi sullo scenario economico-politico internazionale di nuove potenze, come il gruppo dei Paesi dell'area BRICS¹² e, all'interno di questi, della Cina in particolare.

La fase descritta ha posto, in vero, nuove sfide sia in capo agli Stati, sia al complesso sistema del diritto internazionale dell'economia, in quanto, pur

⁸ J.G. RUGGIE, *International Regimes, Transactions and Change, Embedded Liberalism in the Postwar Economic Order*, in *International Organization*, 1982, 379-415; C. TIETJE, *Global Governance and Inter-Agency Cooperation in International Economic Law*, in *Journal of World Trade*, 2002, 501-515; W.L. CLAYTON, *Proposals for Expansion of World Trade and Employment*, Department of State of Usa, Washington, 1945, 1-28.

⁹ P. DAILLIER, *Les organisations internationales économiques*, in P. DAILLIER – G. DE LA PRADELLE – H. GHERARI, *Droit de l'économie internationale*, Paris, 2004, 59-66.

¹⁰ Così M. GIULIANO, *La cooperazione degli Stati e il commercio internazionale*, Milano, 1978, 13.

¹¹ A. COMBA, *Il neoliberismo internazionale*, Milano, 1995, 3; A. PELLET, *Le droit international du développement*, Parigi, 1987, 15.

¹² Acronimo utilizzato per indicare un gruppo di Paesi in rapida e costante crescita economica, nonché dotati di significativo peso politico nello “scacchiere” internazionale; si tratta precisamente di Brasile, Russia, India, Cina e Sudafrica.

rimanendo inalterata la sovranità dei primi sul rispettivo territorio, è profondamente mutata la capacità che gli stessi hanno di esercitare un effettivo ed efficace controllo sulle varie dinamiche economiche che li vede a diverso titolo coinvolti. Ciò accade da un lato, per la pressione esercitata da nuovi centri di potere esterni alle rispettive economie nazionali (come imprese multinazionali, grandi banche d'affari, *hedge funds*, agenzie di *rating* e altro ancora) e dall'altro lato, per il peso che la componente internazionale dei vari problemi di politica economica esercita in forma sempre più determinante sulle singole scelte assunte, tanto che ormai si parla sempre più spesso di interdipendenza economica, quale ulteriore effetto della globalizzazione dei mercati.

Un quadro, quello fino ad ora descritto, fortemente condizionato dall'egemonia statunitense derivante dal ruolo guida che gli USA sono riusciti a riservarsi con la fine della Seconda Guerra Mondiale e a mantenere nel tempo entro i sistemi di *governance* delle principali Organizzazioni internazionali economiche, quali su tutti il Fondo Monetario Internazionale e la Banca Mondiale¹³. Giova ricordare, infatti, che entrambe prevedono una partecipazione differenziata dei singoli Stati membri nella composizione dei rispettivi organi e con riguardo alla formazione delle relative decisioni¹⁴. Ciò determina, inevitabilmente, che le Organizzazioni in questione finiscano per esprimere la posizione di quelle che sono le forze economiche e sociali

¹³ Il potere di voto di ciascun Paese membro è largamente determinato dalle risorse finanziarie versate da ognuno al momento della sottoscrizione della quota a esso spettante, secondo quanto previsto dal Trattato istitutivo. A una determinata quota corrisponde un certo ammontare di voti a favore dello specifico Paese membro. Attualmente, gli Stati Uniti detengono poco più del 17% delle quote totali del Fondo a cui corrisponde una simile percentuale di voti. In occasione, perciò, dei processi decisionali per i quali è necessaria una maggioranza ultra qualificata dei voti pari all'85% (è il caso di quanto previsto dall'art. III del Trattato del FMI per quanto concerne la riforma delle quote detenute dai singoli Stati membri) è evidente come gli Stati Uniti siano titolari di un vero e proprio "diritto di veto" riguardo alle decisioni più importanti da assumere.

¹⁴ La critica nei confronti del sistema di voto ponderato entro le principali Organizzazioni internazionali economiche è diffusa sia in dottrina, sia negli ambienti diplomatici ove, puntualmente, vengono avanzate, per lo più dai Paesi in via di sviluppo, proposte dirette a introdurre meccanismi di voto che consentano un'effettiva applicazione in senso sostanziale del principio dell'eguaglianza sovrana degli Stati. A dette critiche fanno, tuttavia, da contraltare quelle avanzate dai Paesi economicamente più forti riguardo all'egemonia esercitata da quelli in via di sviluppo entro l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite. Per una ricostruzione delle diverse posizioni si veda R.P. ANAND, *Sovereign Equality of States in International Law*, in *Recueil des cours*, 1986, 17 ss.; T.V PAUL – D.B. LARSON – W.C. WOHLFORT, *Status in World Politics*, Cambridge, 2014, 3-30.

prevalenti entro la Comunità internazionale¹⁵. In tale prospettiva, pertanto, la Comunità internazionale, sia che la si consideri come ente sociale o istituzione autonoma sovraordinata agli Stati che la compongono¹⁶, sia che la si intenda come società paritaria di coordinazione, sprovvista di un potere di governo centralizzato (secondo il principio *reges superiores non recognoscentes*) e, quindi, tendenzialmente anarchica¹⁷ è soggetta, sin dalla conclusione del Secondo conflitto mondiale, all'influenza ancora oggi prevalente degli Stati Uniti, nonostante l'emergere, come prima osservato, di nuove potenze economiche globali come su tutte, quella cinese¹⁸. Ne deriva che le regole dell'ordinamento internazionale economico che, indipendentemente dalle differenze di peso politico si applicano, almeno formalmente, allo stesso modo a tutti gli Stati membri della Comunità internazionale sulla base del principio di parità ed eguaglianza tra Stati, esprimono in gran parte la visione economica e politica di natura liberista caratterizzante da sempre la posizione degli USA. Visione che, grazie alla caduta dei regimi comunisti, ha potuto estendersi anche a quei Paesi che, prima della caduta del Muro di Berlino (9 novembre 1989), adottarono, invece, il modello di economia pianificata.

In particolare modo, si osserva con riguardo alle trasformazioni che hanno inciso sull'Ordine economico neoliberista, come tra la fine degli anni '60 e gli inizi dei '70 del secolo scorso, si determinarono condizioni economiche di "disordine internazionale" dovute alla fine del sistema monetario internazionale creato con *Bretton Woods* nel 1944, con cui si sancì il passaggio dal regime dei cambi fissi a quello a cambi variabili¹⁹. La fine di

¹⁵ P. PICONE – G. SACERDOTI, *Diritto internazionale dell'economia*, 1982, 45-52 e 76-77.

¹⁶ P. PICONE – G. SACERDOTI, *ibidem*, 45-46, in particolare la nota 26.

¹⁷ La Comunità internazionale non è, tuttavia, una comunità *primitiva*, anche se al suo interno lo svolgersi dei rapporti sociali si basa su di un modello del tutto peculiare, in cui le funzioni tipiche di ciascun ordinamento giuridico (produzione, accertamento e attuazione del diritto) sono in capo agli stessi destinatari delle norme. Si tratta, pertanto, di un sistema *policentrico*, in cui i soggetti che creano le norme coincidono con i destinatari delle stesse. Cfr. sul punto M. GIULIANO, *La Comunità internazionale e il diritto*, Padova, 1950, 11-42 e 221-264; R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, Napoli, 1968, 25 ss.; A. MALINTOPPI, *Su la "gestione delle funzioni" nell'ordinamento internazionale*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 1975, 749-753; B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 2014, 1-19.

¹⁸ J. ANDREAS, *Il mistero del dragone. La dinamica economica della Cina*, Trieste, 2019.

¹⁹ Tale passaggio fu dovuto alla Dichiarazione del Presidente americano Nixon del 15 agosto 1971 con cui si stabilì la sospensione temporanea della convertibilità del dollaro in oro o in altri strumenti di riserva. La valuta statunitense cessava, pertanto, non solo di essere convertibile, ma diveniva una divisa fluttuante come le altre. La situazione fu resa legale con la modifica intervenuta il 1° aprile del 1978, dell'art. IV dello Statuto del Fondo dedicato alla disciplina dei cambi delle monete.

quel sistema valutario, dovuta a diversi fattori²⁰, pose le basi per un deciso “cambio di rotta” in termini di politica economica e monetaria a livello internazionale, favorito anche dall’affermazione sul piano accademico-scientifico della Scuola statunitense di stampo monetarista. Un movimento che, sebbene eterogeneo al suo interno e che copre un esteso spazio di tempo e ampi settori di ricerca, ha recuperato ed esaltato alcuni principi basilari del pensiero liberale classico; in specie, quello per cui i mercati, in condizione di concorrenza, sono capaci di destinare le risorse economiche e distribuire il reddito disponibile in modo decisamente più efficiente rispetto all’azione dello Stato che, a loro avviso, invece, dovrebbe limitare il più possibile ogni tipo di intervento in economia²¹.

Negli anni immediatamente successivi, si assistette a una completa adesione verso la Scuola monetarista e al tipo di liberismo “estremo” dalla stessa sostenuto, principalmente da parte dei governi degli Stati Uniti e della Gran Bretagna, storicamente considerati *lands of liberalism*, guidati rispettivamente dal repubblicano Ronald Reagan e dalla *leader* del partito conservatore Margaret Thatcher. Gli indubbi successi economici, quantomeno a livello di crescita del relativo prodotto interno lordo – (pil) e del tasso di occupazione, che conobbero tali Paesi sotto la guida di quelle amministrazioni, finirono per rafforzare a livello internazionale e all’interno delle Organizzazioni internazionali economiche l’idea che, solo attraverso un massiccio ricorso a politiche *intransigentemente* liberiste, si potesse favorire la crescita economica globale, a cui avrebbero potuto partecipare, per la prima volta, anche i Paesi in Via di Sviluppo (PVS) e quelli Meno Avanzati (PMA) fino ad allora di fatto esclusi, per la contrapposizione tra i blocchi di influenza americana e sovietica e dal fallito tentativo di dare

²⁰ Sul tema, i profili più rilevanti furono rappresentati dalla forte crescita del *deficit* della bilancia dei pagamenti americana, causata da un lato, da un robusto deflusso di dollari verso l’estero e dall’altro lato, dal sensibile incremento delle spese belliche sostenute dagli Stati Uniti durante il conflitto in Vietnam (prevalentemente nel periodo 1965-1975). A quei fattori, si aggiunsero anche la crescente domanda di oro da parte di quei Paesi che detenevano, tramite le rispettive banche centrali, una forte quantità di riserve valutarie in dollari, tanto da mettere a rischio il sistema della convertibilità dollaro-oro sul quale *Bretton Woods* si fondava; la progressiva liberalizzazione dei movimenti dei capitali; il riaccendersi dell’inflazione dovuta sia a una forte spinta salariale, sia al forte aumento del prezzo del petrolio causato dal conflitto arabo-israeliano (1967-1973).

²¹ Una visione decisamente opposta a quella di stampo keynesiano, per cui, al contrario, l’intervento pubblico in economia è necessario in quanto, attraverso la leva fiscale, si può determinare un aumento del livello di occupazione e una crescita dei redditi delle famiglie e, quindi, dei consumi assicurando così, non solo l’equilibrio del mercato e dei conti pubblici, ma, soprattutto, la stabilità dei sistemi nazionali non solo dal punto di vista economico, ma anche politico e sociale.

origine, tra la fine degli anni '70 e gli inizi degli anni '80, al modello del Nuovo Ordine Economico Internazionale (NOEI)²².

È all'interno di detto quadro che il *paradigma* economico e politico del *Washington consensus* venne ad affermarsi e a innovare l'Ordine economico internazionale di stampo neo liberista. Espressione, quella del *Washington consensus*, che fu coniata nel 1989 dall'economista Williamson per evidenziare l'insieme di politiche economiche condivise dalla Banca Mondiale, dal Fondo Monetario Internazionale e dal Tesoro americano (tutte istituzioni con sede fisica a Washington) fondate, essenzialmente, su quattro pilastri: stabilizzazione macroeconomica²³, liberalizzazione del commercio e

²² L'istituzione di un Nuovo Ordine Economico Internazionale (NOEI) fu ufficialmente approvata per *consensus* dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 1° maggio 1974, nel corso della sua sesta sessione speciale, con la risoluzione n. 3201 *Declaration on the Establishment of a New International Economic Order*. Detta risoluzione insisteva sul fatto che il NOEI si sarebbe dovuto fondare su una lista di venti principi così riassumibili: a) il diritto degli Stati di scegliersi il proprio sistema economico e sociale in base all'eguaglianza sovrana; b) la sovranità permanente sulle risorse naturali e sulle attività economiche, libera da ogni forma di coercizione esterna e il diritto di nazionalizzare la proprietà straniera e regolare le attività delle società transnazionali nei Paesi dove esse operano; c) la partecipazione su una base di eguaglianza dei PVS nelle relazioni economiche internazionali e la più ampia cooperazione di tutti gli Stati in modo tale da eliminare le principali disparità a livello mondiale; d) il trattamento preferenziale non reciproco per i PVS in ogni settore della cooperazione economica; e) un giusto ed equo rapporto tra i prezzi delle materie prime, prodotti primari e beni esportati dai Paesi in via di sviluppo e quelle dei materiali prodotti e beni importati dagli stessi; f) il diritto dei Paesi in via di sviluppo all'aiuto allo sviluppo e al trasferimento di risorse finanziarie e di tecnologia. Giova, tuttavia, precisare (si veda in specie G. SACERDOTI, *Nascita, affermazione e scomparsa del Nuovo Ordine Economico Internazionale*, in A. LIGUSTRO – P. PICONE (a cura di), *Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia*, Liber amicorum in onore di Paolo Picone, Napoli, 2011, 127-152, in specie 149) che né il diritto consuetudinario, né quello convenzionale, nei loro sviluppi hanno seguito i principi e l'impostazione del NOEI, pur dando atto del fatto che il diritto allo sviluppo degli Stati e degli individui unitamente al diritto all'assistenza allo sviluppo siano divenuti nel tempo la base dell'azione delle Organizzazioni internazionali a favore dei Paesi in via di sviluppo.

²³ Si fa riferimento all'impiego di politiche monetarie o fiscali (o loro combinazioni) con riguardo a variabili macroeconomiche (quali, l'andamento del tasso di inflazione, il livello dell'occupazione) con lo scopo di contenere le loro fluttuazioni nel tempo. Le politiche di stabilizzazione riguardano anche gli aggiustamenti dei tassi di cambio, intendendo in detto caso, il ricorso a provvedimenti di politica economica e monetaria funzionali a neutralizzare le oscillazioni dei corsi delle valute. Sul punto, si veda J. WILLIAMSON, *What Washington Means by Policy Reform. From Latin American Adjustment. How Much Has Happened?*, Peterson Institute for International Economics, Washington, 1990.

degli investimenti, privatizzazione e de-regolamentazione²⁴. Un modello che fu, inizialmente, pensato per creare all'interno delle economie meno industrializzate e, soprattutto dei Paesi economicamente svantaggiati, condizioni favorevoli per ottenere nel breve-medio periodo nel contempo stabilità e adeguata crescita economica.

La forte affermazione delle note "Tigri asiatiche" (Taiwan, Corea del Sud, Singapore, Hong Kong) avvenuta *a cavallo* degli anni '80 e '90 e, soprattutto, la successiva interpretazione che di quel successo ne diede la Banca mondiale, con il noto report *East Asian Miracle* (1993)²⁵ in cui si evidenziò come la relativa crescita dipendesse dallo scarso intervento in economia da parte dei governi, come sostenuto dai fautori del *Washington consensus*, fece sì, quasi per inerzia, che tale modello divenisse oggetto di crescente interesse come schema di convergenza universale delle varie economie nazionali, ormai votate al liberismo anche grazie, come prima accennato, alla caduta dei sistemi comunisti e al sostanziale insuccesso del tentativo di dare vita al NOEI.

Non sono, tuttavia, mancate numerose e, talvolta, feroci critiche che, prendendo sempre spunto dal caso delle "Tigri asiatiche", hanno evidenziato come l'adozione aprioristica del *Washington consensus*, senza considerare le sue ricadute operative caso per caso, abbia inciso negativamente sull'attività svolta dal Fondo monetario internazionale e non abbia facilitato la soluzione delle crisi economiche e finanziarie successivamente intervenute, nonché la crescita delle economie meno avanzate²⁶. Si spiegherebbe, così, il tentativo, a partire dalla fine degli anni

²⁴ Le *politiche di liberalizzazione* sono relative all'abolizione delle varie restrizioni tariffarie e non (es. dazi, divieti, contingentamenti, monopoli nazionali di produzione, limiti all'accesso di mestieri e professioni) riguardo al movimento dei beni, servizi persone e capitali. Le *privatizzazioni* consistono in un processo economico e giuridico avente a oggetto il trasferimento della proprietà di beni e la titolarità di determinate attività economiche dal regime del diritto pubblico a quello del diritto privato. Con l'espressione *deregolamentazione* si suole, invece, indicare la rimozione da parte delle autorità competenti, di norme legislative e procedure amministrative ritenute tali da ostacolare e disincentivare gli investimenti, così da stimolare l'attività di impresa. Per approfondimenti, si rinvia a G. ROLAND, *Privatization: Successes and Failures*, New York, 2008; M.E. BEESLEY, *Privatization, Regulation and Deregulation*, London, 1992.

²⁵ WORLD BANK, *The East Asian Miracle. Economic Growth and Public Policy*, New York, 1993.

²⁶ J.E. STIGLITZ, *La globalizzazione che funziona. Un mondo migliore è possibile*, Torino, 2006, 267 per cui il «FMI è ormai talmente ossessionato dall'inflazione che spesso dimentica quanto siano importanti la crescita e la stabilità reale e non presta la dovuta attenzione alla volatilità della produzione e all'occupazione. Di conseguenza, anziché rimediare alle carenze dei mercati finanziari privati, cercando di compensarne gli effetti, spesso le ha aggravate. Anziché fornire fondi per finanziare

'90, da parte dello *United Nations Development Programme*, in particolare con l'elaborazione degli "Obiettivi del Millennio" di affermare una lettura più moderata del modello in questione, ponendo l'attenzione sulla ricerca di un maggiore equilibrio tra meccanismi di mercato e interventi in ambito economico e sociale. Cosa che, secondo alcuni²⁷, avrebbe aperto una nuova fase definita come *Post Washington consensus*. Un nuovo orientamento quest'ultimo che, pur non mettendo in discussione i fondamenti dell'economia capitalista, non intenderebbe applicare in modo aprioristico politiche di privatizzazione, liberalizzazione e stabilizzazione dando, invece, maggiore rilievo alla lotta alla povertà, vista come obiettivo centrale della cooperazione allo sviluppo e non intesa come un semplice effetto *collaterale* della crescita economica, soprattutto quando troppo repentina e disordinata.

Nonostante il tentativo sopradescritto che, come vedremo, è oggi al centro anche dell'azione promossa dalle Nazioni Unite attraverso l'Agenda 2030 per lo Sviluppo sostenibile, l'impostazione liberista di stampo monetarista che sta alla base del *Washington consensus* non ha perso del tutto la sua influenza, pur essendo oggetto di critiche costanti nel tempo. Al posto del pieno impiego e del benessere sociale perseguite dai *keynesiani*, alla tutela dei beni comuni come l'ambiente o i diritti umani economico-sociali, gli obiettivi da perseguire che si sono venuti a consolidare nel corso degli anni, grazie ai processi di liberalizzazione, privatizzazione, deregolamentazione prima citati, si sono sostanzialmente per lo più nella ricerca della stabilità dei prezzi e in quella dei conti pubblici. È accaduto così che ha via via preso a prevalere la tendenza a ridurre la spesa sociale, ritenuta "superflua", ma che, in particolare modo, in Europa è alla base del noto *Welfare State*²⁸. Inevitabilmente, si è assistito all'emersione di nuove forme di povertà, che vanno oltre a quella della semplice privazione di beni essenziali²⁹.

politiche anticicliche, il più delle volte ha imposto ai Paesi in fase recessiva di seguire le politiche di contrazione».

²⁷ I. LESAY, *How "post" is The Post Washington Consensus?*, in *Journal of Third World Studies*, 2012, 183-198; H.C. MONTIEL, *Incompleteness of post Washington Consensus: A Critique of Macro-Economic and Institutional Reforms*, in *International Studies*, 2007, 103-122; R. CADIN, *Il diritto internazionale dello sviluppo: genesi, evoluzione e prospettive*, in E. SPATAFORA – R. CADIN – C. CARLETTI, *Sviluppo e diritti umani nella cooperazione internazionale. Lezioni sulla cooperazione internazionale per lo sviluppo umano*, Torino, 2012, 2-134, in specie 78-79.

²⁸ Espressione comunemente utilizzata per indicare il complesso delle politiche pubbliche adottate da uno Stato all'interno di un'economia di mercato per garantire l'assistenza e il benessere dei cittadini, intervenendo in modo deliberato e regolamentato sulla distribuzione dei redditi prodotti dal mercato medesimo.

²⁹ La rivoluzione tecnologica, la globalizzazione dell'economia e dei mercati, il mutamento climatico, le pandemie, oltre a costituire l'occasione per nuove opportunità di crescita, innovazione e occupazione, incidono pesantemente sul

Quanto descritto è una conseguenza di un altro profilo qualificante il *Washington consensus*, quello legato alla condizionalità economica a cui fanno abitualmente ricorso il FMI e la BM nei rispettivi programmi di prestito verso gli Stati in difficoltà economica e beneficiari del relativo sostegno finanziario³⁰. Si tratta di piani di sostegno che, a fronte degli aiuti economici concessi, prevedono, in capo ai relativi destinatari, l'obbligo di raggiungere determinati obiettivi di carattere generale (condizionalità macroeconomica) oppure l'implementazione di specifiche politiche pubbliche volte a realizzare riforme organiche (condizionalità strutturale)³¹. Uno strumento che ha sollevato diversi dubbi sia con riguardo alla sua reale efficacia di risolvere le situazioni di crisi, sia intorno alla sua legittimità³².

2. – La progressiva liberalizzazione dei mercati, in dipendenza dell'affermazione dell'Ordine economico neo liberista, ha avuto tra i suoi molteplici effetti anche quello di favorire un'accentuata finanziarizzazione dell'economia³³ con l'effetto che la finanza, comunemente intesa come l'attività di negoziazione di titoli di credito a breve e a lunga scadenza a fini di investimento, ha acquisito una sua sempre maggiore rilevanza e

mondo del lavoro, eliminando numerose figure un tempo richieste dal mercato. Vengono così a prodursi nuove forme di emarginazione sociale, nuovi tipi di disuguaglianze e povertà. A fianco dei *winners*, coloro che sono in grado di cogliere le nuove opportunità, vi sono in misura sempre più crescente sparsi per il Pianeta milioni di *losers*, senza lavoro o con lavori precari. Per una ricognizione delle nuove forme di povertà e sulle soluzioni sino a ora approntate in specie a livello europeo da parte dei singoli Stati, si veda FONDAZIONE ASTRID E CIRCOLO FRATELLI ROSSELLI (a cura di), *Nuove (e vecchie) povertà, quale risposta: reddito d'inclusione, reddito di cittadinanza, e oltre*, Bologna, 2018.

³⁰ Per una ricostruzione del concetto di condizionalità, quale meccanismo con cui subordinare all'adozione di determinati programmi di politica economica la concessione di aiuti finanziari ai Paesi in difficoltà, si vedano E. PAPARELLA, *Il Fondo Monetario Internazionale nell'Eurozona: la stretta condizionalità e la sovranità condizionata*, Napoli, 2018; A. BARAGGIA, *Ordinamenti giuridici a confronto nell'era della crisi: la condizionalità economica in Europa e negli Stati nazionali*, Torino, 2017.

³¹ In estrema sintesi, si fa riferimento a misure dirette a modificare il tessuto di un'economia, ossia il quadro istituzionale e regolamentare entro cui operano cittadini e imprese. Sono misure concepite per rafforzare un dato sistema economico e migliorare la sua capacità di realizzare il proprio potenziale di crescita in modo equilibrato.

³² J. STIGLITZ, *La globalizzazione e i suoi oppositori*, Torino, 2006; M. GOLDSTEIN, *IMF Structural Conditionality: How Much Is Too Much?*, Institute for International Economics, Working Paper n. 01-04, 15 February 2002.

³³ Sul tema, si veda, in particolare, L. GALLINO, *Finanzcapitalismo. La civiltà del denaro in crisi*, Torino, 2011, in specie 107 ss.; J.E. STIGLITZ, *Il prezzo della disuguaglianza*, Torino, 2013; F. MARCELLI, *Capitalismo finanziario e diritto internazionale: una partita aperta*, in F. MARCELLI – I. TAGLIAMONTE, *Il diritto contro la crisi*, Roma, 2012, 43-160.

autonomia riuscendo, addirittura, a subordinare ad essa l'industria cessando, così, di essere considerata come un mezzo a servizio del settore produttivo. La disponibilità, inoltre, di strumenti di comunicazione e contrattazione telematici sempre più sofisticati e rapidi, ha contribuito ulteriormente a dilatare tale settore, fino a renderlo prevalente rispetto a quello produttivo. Tale trasformazione epocale ha riguardato in specie il tessuto economico-produttivo delle economie più avanzate che, a causa anche del crescente fenomeno della delocalizzazione delle rispettive imprese in territori più appetibili per il contenimento dei costi di produzione, sono stati costretti a ripensare le rispettive economie, favorendo la loro finanziarizzazione, mediante importanti piani di liberalizzazione dei flussi di capitale congiuntamente alla liberalizzazione dei sistemi bancari e creditizi nazionali.

Il prevalere della finanza sull'economia reale è stato favorito anche dall'eccessivo ricorso a meccanismi di regolamentazione basati su modelli di *soft law*, tramite, soprattutto, il ricorso a *standard* relativi a comportamenti non vincolanti, nonché alla delega di competenze a organismi spesso ritenuti non sufficientemente trasparenti e *accountable*, tesi a uniformarsi eccessivamente ai paradigmi tipici del liberismo più stringente³⁴.

È dall'eccessivo diffondersi di questo modello di capitalismo, oltre che dai limiti di regolamentazione e supervisione che ne stanno alla base, che è derivato il fenomeno economico recessivo legato alla nota crisi finanziaria del 2008 e le cui conseguenze non possono ancora dirsi del tutto superate. Anzi, è concreto il rischio di un loro aggravamento a seguito degli effetti economici e sociali devastanti derivanti dalla pandemia da Covid-19.

Dalla crisi del 2008 è derivata in particolare modo una condizione di insostenibilità del debito³⁵ inizialmente solo privato³⁶ e, poi, rapidamente

³⁴ Così P. PICONE, *Capitalismo finanziario e nuovi orientamenti dell'ordinamento internazionale*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2014, 5-26.

³⁵ Sull'esplosione della questione del debito nota anche come *debt nation* si veda L. GALLINO, cit., 48 ss.; M. HARDT – A. NEGRI, *Questo non è un manifesto*, Milano, 2012, 15 ss.

³⁶ In particolare, le classi meno agiate hanno fatto ricorso al debito per le loro esigenze di consumo, attratte dalla politica del credito facile, promossa da numerosi enti finanziari, per realizzare in realtà operazioni altamente speculative e rischiose, come avvenuto con il noto scandalo dei mutui *sub-prime*. Per una completa ricostruzione di quest'ultimo fenomeno, di fatto scaturigine della grave crisi finanziaria, si veda E. MOSTACCI, *Stati finanziari e mercati sovrani: la crisi economica e gli strumenti per fronteggiarla*, in *Mercato, concorrenza e politiche sociali*, 2009, 305-324, in specie 306-308. Sul processo che ha portato gli istituti di credito americani e britannici ad assumere sempre più rischi nell'emissione di titoli garantiti dai mutui *sub-prime* si veda, invece, F. CARLUCCI, *La grande crisi e i suoi effetti sull'Europa*, in *Rivista di studi politici internazionali*, 2011, in specie 492-494; L. SPAVENTA, *La crisi della nuova finanza*, in R. PEREZ (a cura di), *Finanza privata e finanza pubblica, i mutui subprime e la*

trasformatasi in crisi del debito pubblico per numerose economie nazionali (in specie europee)³⁷, che ha finito per incidere in modo sensibile sul godimento di una significativa parte dei diritti economico-sociali riconosciuti agli individui, accentuando così le disuguaglianze, che la pandemia da Covid-19 rischia di aggravare ulteriormente. Una situazione quella della crescente disparità di reddito tra le persone che, soprattutto durante gli anni della crisi finanziaria, è riconducibile a politiche statali a carattere fortemente recessivo strumentali al perseguimento della stabilità economica sia dal punto di vista prettamente finanziario, sia con riguardo all'equilibrio dei conti pubblici.

Categoria, quella della stabilità economica che, pur essendo menzionata in differenti strumenti normativi a seconda dei casi nella forma della stabilità monetaria o dei prezzi o dell'equilibrio finanziario o dei conti pubblici³⁸, non riceve alcuna definizione dal punto di vista giuridico, limitandosi il diritto, in specie quello internazionale dell'economia, a recepire quanto elaborato dalla scienza economica³⁹. Peraltro, tra gli studiosi di detta scienza, sul punto non vi è una unanimità di vedute tanto che, con tono quasi sarcastico, ma efficace nel sottolinearne le difficoltà ricostruttive, la stabilità viene considerata «*like beauty always lies in the eyes of the beholder*»⁴⁰. Questo avviene perché, a seconda dell'evento scatenante la perturbazione che la minaccia o la mette effettivamente in crisi (come, il crollo del valore di una valuta, il *default* di uno Stato, la forte crescita inflazionistica entro una data area monetaria), la stabilità economica può coincidere con quella dei corsi di cambio, con la stabilità fiscale (quale equilibrio dei conti pubblici) o, con riferimento a quanto accaduto con la crisi del 2008, con la stabilità del sistema finanziario e, dunque, alla tenuta del sistema bancario e creditizio in genere.

Si comprende, così, come la stabilità economica, complessivamente considerata, sia un concetto molto ampio che si articola al suo interno in diverse *sub specie* di stabilità che contribuiscono a definire la prima sul piano dei contenuti. Si tratta della menzionata stabilità monetaria, nella sua

spending review, Rimini, 2009, 23; M. SARCINELLI, 2007: *la crisi da subprime*, *ibidem*, 97 ss. e in specie 110.

³⁷ Sul tema v. G. PERONI, *La crisi dell'Euro: limiti e rimedi dell'Unione economica e monetaria*, Milano, 2012.

³⁸ Vedi ad esempio gli artt. I (iii), IV, sez. 1, sez. I (i) e (ii), sez. IV del Trattato FMI; art. 3, par. 3 TUE; artt. 119, 127 (parr. 1, 5), 141 (par. 2), 219 (parr. 1, 2), 282 (par. 2) TFUE.

³⁹ V. ad esempio gli artt. XII e XVIII: b) dell'accordo GATT 1994 e dell'art. XII dell'accordo GATS/WTO.

⁴⁰ Così H. DIETER, *The Stability of International Financial Markets: A Global Public Good?* in S.A. SCHIRM (ed.), *New Rules for Global Markets. Public and Private Governance in the World Economy*, New York, 2004, 23-43, in specie 28.

duplice versione *interna* (stabilità dei prezzi e contenimento del tasso di inflazione) ed *esterna* (stabilità del valore della valuta nazionale rispetto alle altre divise), della stabilità dei conti pubblici o fiscali (contenimento del debito e del *deficit* pubblico rispetto alla ricchezza prodotta in termini di PIL) e, infine, della stabilità del sistema finanziario.

Dette forme di stabilità che formano la più ampia stabilità economica, si comportano tra loro come dei “vasi comunicanti”, per cui gli effetti negativi che possono colpire una determinata area dell’economia il più delle volte si diffondono alle altre⁴¹, favorendo l’insorgere del noto “effetto contagio”⁴² che può destabilizzare non solo il singolo sistema economico coinvolto dalla crisi in atto, ma, bensì, minacciare l’intero ordine economico internazionale⁴³.

3. – La ricerca della stabilità economica a livello globale⁴⁴ ha aperto un’ampia riflessione sulla sua natura giuridica, intorno alla quale vi è, ormai, una sostanziale concordia nell’inserirla nel gruppo dei beni pubblici globali (BPG)⁴⁵. Si tratta precisamente di quei beni «*with benefits that extend to*

⁴¹ Si pensi, solo a titolo di esempio, a come la stabilità dei tassi di cambio tra le diverse divise nazionali sia stata ritenuta fondamentale nella costruzione dell’architettura dell’Ordine economico internazionale neo liberista di *Bretton Woods* del 1944, sulla scorta degli effetti distorsivi prodottisi sugli scambi commerciali dalle politiche aggressive di dumping valutario che caratterizzarono il periodo tra le due guerre mondiali, in cui l’approccio unilateralista, protezionista e autarchico, allora prevalente, fu tra le cause dell’avvento dei ben noti totalitarismi. Si consideri, poi, come, successivamente all’abbandono del sistema a cambi fissi e alle misure di restrizione valutaria con le derivate politiche di liberalizzazione dei capitali e pagamenti indotte dalla nota Dichiarazione unilaterale di Nixon del 1971, si assistette, verso la fine degli anni ‘70 e inizi degli ‘80 a una ridefinizione dei compiti del FMI, che portò quest’ultimo a occuparsi non più unicamente della stabilità dei cambi e di crisi valutarie a essa connesse, ma anche di crisi fiscali degli Stati. Ancora, volgendo questa volta lo sguardo alla crisi del 2008, non si può fare a meno di notare come siano state prima la stabilità finanziaria e, poi, la stabilità fiscale a costituire i nodi critici rispetto ai quali oggi si persegue la più ampia stabilità economica, così come si è cercato di definirla nel testo.

⁴² Si fa riferimento a una situazione in cui uno *shock* economico riguarda inizialmente solo una data realtà economica (Paese, settore produttivo, società) per, poi, propagarsi rapidamente in modo incontrollato agli altri settori economici e agli altri Stati, dando vita così a una crisi generalizzata di sistema.

⁴³ *Special Edition: Progress towards the Sustainable Development Goals*, Report of the Secretary-General of Economic and Social Council (8 May 2019), 4 ss.

⁴⁴ In generale sul tema, si consenta di rinviare a G. PERONI, *Stabilità economica*, cit. e, ID., *Crisi e ricerca della sostenibilità economica nella prospettiva di un nuovo ordine economico internazionale orientato allo sviluppo sostenibile*, in *Il Diritto dell’economia*, 2020, 259-298.

⁴⁵ Sul punto si vedano M. ADENAS – I.H. CHIU, *Financial Stability and Legal Integration in Financial Regulation*, in *European Law Review*, 2003, 335-360, in specie 342; R. CRONSTON, *Principles of Banking Law*, Oxford, 2003, 66; S.L. SCHWARCZ, *Systemic*

all countries, people and generations», così come evidenziato dallo *United Nations Development Program* con suoi tre studi nel 1999 e fatti propri⁴⁶ dalle Nazioni Unite nello stesso anno con il rispettivo *Human Development Report*⁴⁷. In detto documento, è stato evidenziato come i BPG costituiscano una tipologia particolare di beni pubblici di cui condividono i caratteri della non escludibilità e della non rivalità, differenziandosi da quelli domestici in forza di tre aspetti: geografico (l'efficacia del bene si estende su più di un gruppo di Paesi), socio-economico (l'efficacia del bene interessa tanto i Paesi ricchi quanto quelli poveri) e generazionale, in quanto relativi all'intera Umanità⁴⁸.

Risk, in *Georgetown Law Journal*, 2008, 193-249, in particolare 206; BANCA D'ITALIA, *Rapporto sulla stabilità finanziaria*, 2015; M. QUINTYN – M. TAYLOR, *Regulatory and Supervisory Independence and Financial Stability*, in IMF WP/02/46, 2002, 8 ove espressamente si afferma che «*the achievement of financial system [...] is now generally considered a public good*»; D. BIERI, *Regulation and Financial Stability and the Age of Turbulence*, in R. KOLB (ed), *Lessons from The Financial Crisis*, Hoboken, 2010, 327-336. Sulla natura della stabilità economica dal punto di vista, invece, prettamente monetario-valutario quale bene pubblico globale (bpg) si vedano M. CAMDESSUS, *International Financial and Monetary Stability. A Global Public Good?*, in IMF Research Conference, 1999; B. EICHENGREEN, *Hegemonic Stability Theories of International Monetary System*, in MBER Working Paper, March, 1987; E. DORRUCCI. – E. MC KAY, *The International Monetary System after the Financial Crisis*, in ECB Occasional Paper series, February 2011; C. TIETJE, *The Role of Law in Monetary Affairs: Taking Schock*, in T. COTTIER – R. M. LASTRA – C. TIETJE – L. SATRAGNO (eds), *The Rule of Law in Monetary Affairs*, Cambridge, 2014, 11-44. In merito alla stabilità fiscale quale BPG si veda F. GIANVITI, *Relationship between Monetary Policy and Exchange Rate Policy*, in T. COTTIER – R. M. LASTRA – C. TIETJE – L. SATRAGNO (eds), *ivi*, 544-569.

⁴⁶ I. KAUL – I. GRUNBERG – M.A. STERN, *Global Public Goods: International Cooperation in the 21st Century*, Oxford, 1999, 1 dove si ritrova la definizione sopra indicata. Si veda, inoltre, I. KAUL – P. CONCEICAO – K. LE GOULVEN – R.U. MENDOZA (eds), *Providing Global Public Goods: Managing Globalization*, New York, 2003; I. KAUL – P. CONCEICAO, (eds) *The New Public Finance: Responding to Global Challenges*, New York, 2006.

⁴⁷ In <http://hdr.undp.org/> si trova il report del 1999 in specie si consultino le 92-94, 99 e 111-114 con specifico riguardo alla stabilità economica e finanziaria.

⁴⁸ La definizione di bene pubblico globale è stata successivamente precisata dalla Banca Mondiale, con specifico riguardo alle questioni legate al tema dello sviluppo, per cui «*global public goods are commodities, resources services and also substantial cross-border externalities that are important for development poverty reduction and can be produced in sufficient supply only through cooperation and collective action by developed and developing countries*» (v. DEVELOPMENT COMMITTEE (2000), *Poverty Reduction and Global Public Goods. Issues for the World Bank in Supporting Global Collective Action?*, Joint Ministerial Committee of the Boards of Governors of the Bank and Fund, DC/200-16, 6 September) e, successivamente, nel 2006 dall'*International Task Force on Global Public Goods*, costituita in occasione del *Johannesburg World Summit on Sustainable Development* del 2002, per cui i beni pubblici globali sono «*issues that are broadly conceived as important to the international community that for the most part cannot or will not be adequately addressed by individual countries*

Ciò nonostante, a livello internazionale, si osserva una certa difficoltà nell'individuare gli effettivi confini e caratteristiche della categoria giuridica dei beni qui considerati. Problematiche che sono dovute in primo luogo, all'assenza di un governo globale in grado di operare nell'interesse generale della Comunità internazionale e dotato di potestà di regolazione riguardo alla fornitura e allo sfruttamento di detti beni e di risoluzione dei possibili conflitti nascenti in ordine al relativo utilizzo; in secondo luogo, per le caratteristiche e carenze strutturali tipiche del diritto internazionale che si rivelano attraverso i modi di creazione delle sue regole, dei suoi mezzi di soluzione delle controversie e di assicurare l'osservanza delle norme, nonché, infine, con riguardo alle peculiarità dei rispettivi soggetti di diritto. Si tratta di elementi tutti strettamente correlati a quello posto alla base della Comunità internazionale stessa: la sua anorganicità e conseguente mancata istituzionalizzazione⁴⁹.

A quanto descritto, si associa lo sforzo di individuare la comunità dei fruitori dei beni pubblici globali sebbene, in forza della loro natura globale, si ritiene opportuno non limitare la platea dei relativi beneficiari ai tipici soggetti del diritto internazionale (Stati e Organizzazioni governative), bensì all'intero genere umano, con l'effetto che detti beni risultano caratterizzati da una titolarità diffusa, tale da richiedere di essere amministrati in forma indipendente e maggiormente partecipata da parte di tutti gli *stakeholders* a qualsiasi titolo coinvolti nel relativo consumo.

Benché «*The concept of GPGs is so prominent in international development discourse*»⁵⁰, la discussione che è maturata a livello giuridico internazionale non è ancora riuscita a risolvere le criticità indicate. Non si può, tuttavia, fare a meno di considerare come la tutela dei beni in esame possa provenire anche da altre categorie giuridiche note e familiari al diritto internazionale, come quella degli obblighi *erga omnes*⁵¹ e dei *common concerns of humankind*.

acting alone and that are defined through broad international consensus or a legitimate process of decision making» (v. INTERNATIONAL TASK FORCE ON GLOBAL PUBLIC GOODS, *Meeting Global Challenges: International Cooperation in the National Interest*, Final Report, 2006, 13).

⁴⁹ Sui caratteri del diritto internazionale, si veda L. CONDORELLI, voce *Diritto internazionale*, in *Enciclopedia Treccani on line*, 2014.

⁵⁰ «*That one commentator has called it the "buzzword" of the last decade, like the New International economic order in the 1970s, good governance, in 1980s, and sustainable development in 1990s*». Così D. BODANSKY, *What's in a Concept? Global Public Goods, International Law and Legitimacy*, in *European Journal of International Law*, 2012, 651-668, in specie 654, nota 21.

⁵¹ Tali obblighi si configurano, sulla base della sintetica definizione datane in un celebre *obiter dictum* della nota sentenza *Barcelona Traction* (ICG, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited – Belgium v. Spain*, Judgment of 24 July 1964), come degli obblighi derivanti da una particolare categoria di norme primarie dell'ordinamento internazionale che per tutelare specifici beni e valori della

Soprattutto, il riconoscimento che la fornitura di un dato bene costituisca un *common concern*⁵² non è privo di conseguenze giuridiche, in quanto indicherebbe la disponibilità da parte degli Stati a favorire un'azione tra loro concertata per il perseguimento di un valore condiviso che, a livello normativo, si sostanzierebbe nell'elaborazione non solo di regole comuni, ma anche di condotte concrete volte a realizzare l'obiettivo stabilito. In altre parole, gli obblighi internazionali che discendono dal concetto di *common concern* impongono determinate condotte nei confronti non solo degli Stati direttamente interessati da rischi ambientali o economico-finanziari che siano in grado di incidere sul sistema della Comunità internazionale, ma obbligano anche gli altri suoi membri, proprio per il fatto che a essere messa a repentaglio è la *Societas* internazionale⁵³.

Fenomeni di rilevanza planetaria come il cambiamento climatico, le epidemie, l'esaurimento delle risorse naturali o crisi economico-finanziarie a carattere sistemico in grado di compromettere l'Ordine economico internazionale esistente, vanno affrontati tutti entro un quadro di effettiva e leale cooperazione multilaterale, soprattutto quando mancano appropriate strutture intergovernative a ciò dedicate. Tale atteggiamento cooperativo riguarda anche la stabilità economica, in quanto si tratta di un bene pubblico

Comunità internazionale, attribuiscono a tutti gli Stati, operanti *uti universi* per conto della medesima, il compito e il potere di garantirne il rispetto e attuazione nei confronti dei singoli Paesi. Per approfondimenti, si consenta di rinviare anche per i numerosi rimandi bibliografici in nota a G. PERONI, *Stabilità economica*, cit., 91-92.

⁵² Tale categoria si è formata essenzialmente nel quadro del diritto internazionale dell'ambiente con specifico riguardo alle questioni legate al cambiamento climatico e all'inquinamento globale. Per approfondimenti, si rinvia a K.N. SCHEFER – T. COTTIER, *Responsibility To Protect (R2P) and The Emerging Principle of Common Concern?*, in P. HIPOLD (ed.), *The Responsibility To Protect: A New Paradigm of International Law?*, Leiden, 2015, 123-142; T. COTTIER – N. SHARIF, *International Trade and Climate Change*, in *Research Handbook on Environment, Health and WTO*, Bern, 2013, 413-447.

⁵³ Nell'Introduzione a *The Expansion of International Society*, Oxford, 1984, volume curato da Hedley Bull e Adam Watson, viene proposta la seguente definizione di Società internazionale e precisamente come «... un insieme di Stati (o, più generalmente, un insieme di comunità politiche indipendenti) che non formano semplicemente un sistema, nel senso che il comportamento di ciascuno è un fattore necessario nei calcoli degli altri, ma che hanno anche stabilito norme e istituzioni comuni fondate sul dialogo e il consenso, per regolare i loro rapporti reciproci; gli Stati che fanno parte di una società internazionale riconoscono il loro comune interesse nell'adeguarsi alle norme istituite». Sulla possibilità di distinguere tra Società e Comunità internazionale, si veda P. PICONE, *Diritto internazionale dell'economia e costituzione economica dell'ordinamento internazionale*, in *Comunicazioni e Studi*, 1980, 148, in specie la nota 12.

di tipo *weakest link*, poiché la sua produzione dipende tanto dal contributo più piccolo che da quello più grande⁵⁴.

Ciò nondimeno, pur essendo ormai acclarata l'esistenza di interessi comuni e di obblighi cooperativi verso la produzione e fornitura di un dato bene strategico, come è nel nostro caso la stabilità economica nelle sue diverse declinazioni (monetaria, fiscale e finanziaria), non appare corrispondere un'effettiva disponibilità degli Stati ad accettare possibili limitazioni alla propria sovranità e nonostante, sia ormai acclarato, come avvenuto nel caso delle recenti crisi finanziarie, che, indipendentemente dal luogo fisico in cui detti eventi traggono origine, gli stessi si diffondono con una rapidità tale da colpire anche quei Paesi potenzialmente immuni da difficoltà economiche e ciò a causa della citata interdipendenza tra i diversi mercati e aree regionali⁵⁵. Si consideri, poi, che a essere compromessa, soprattutto da fenomeni di instabilità economica di significativa intensità, vi è la *Rule of law*⁵⁶ che è alla base della tutela e promozione dei diritti umani⁵⁷ e di un corretto funzionamento dell'economia di mercato, oltre che del sistema giustizia in generale⁵⁸. Un sistema economico stabile non è solo condizione

⁵⁴ Crisi economico-finanziarie di rilevanza globale possono, infatti, dipendere sia da Paesi di importanza economica secondaria (come fu il caso della Thailandia nel 1997 o la Grecia nel 2010), sia da settori finanziari specifici (come il collasso del gestore patrimoniale americano *Long Term Investment Management* nel 2000 o il più noto fallimento della banca d'affari statunitense di *Lehman Brothers* occorso nel settembre 2008).

⁵⁵ Su come gli effetti economici e materiali negativi generati da fenomeni di crisi economica siano alla base del deterioramento sociale, nonché della cultura civica di una nazione si veda P. COLLOCA, *La «recessione» civica. Crisi economica e deterioramento sociale*, Bologna, 2016. Su come la sicurezza economica costituisca una dimensione fondamentale per il benessere sociale si rinvia a J. STIGLITZ, *Bancarotta*, cit., 412-413.

⁵⁶ Secondo A. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London, 1908, 198-199 la *Rule of law* ha tre diversi significati: (1) «*the absolute supremacy or predominance of regular law as opposed to the influence of arbitrary power, and excludes the existence of arbitrariness, of prerogative, or even of wide discretionary authority on the part of the government; (2) equality before the law, or the equal subjection of all classes to the ordinary law of the land; and (3) a formula for expressing the fact that the law of the constitution, the rules which in foreign countries naturally form part of a constitutional code, are not the sources but the consequence of the right of individuals, as defined and enforced by the Courts*».

⁵⁷ Così si ricava dall'analisi dell'Agenda 2030 per lo Sviluppo sostenibile in particolare con riguardo al goal n. 16 «Promuovere società pacifiche e inclusive per uno sviluppo sostenibile, garantire a tutti l'accesso alla giustizia, e creare istituzioni efficaci, responsabili e inclusive a tutti i livelli».

⁵⁸ In detti termini, si esprimono J. LOCKE, *Two Treatises of Government*, Cambridge, 1967; F. HAYEK, *The Constitution of Liberty*, London, 1960; B. WEINGAST, *Political Foundations of Democracy and The Rule of Law*, in *American Political Science Review*, 1997, 245-263; S. HAGGARD – A. MAC INTYRE – L. TIEDE, *The Rule of Law and Economic Development*, in *Annual Review of Political Science*, 2007, 205-234; secondo cui

essenziale per una crescita e uno sviluppo economico ordinato, ma anche condizione necessaria per un buon funzionamento delle istituzioni e dello Stato di diritto in generale.

Dalle considerazioni sin qui svolte, si può immaginare che un sistema economico stabile a livello internazionale sia il risultato di un'azione di politica economica condotta collettivamente, in cui parte attiva devono essere tanto i Paesi più sviluppati, quanto quelli in via di sviluppo e meno avanzati; insomma l'intera Comunità internazionale, unitamente alle Organizzazioni internazionali, in specie quelle economiche⁵⁹. Tuttavia, vanno considerati due fattori che, ostacolano la realizzazione di tale fondamentale bene-obiettivo: in primo luogo, come già visto l'assenza di un governo globale dell'economia legittimato ad agire nell'interesse generale della Comunità internazionale e, poi, il fatto che un sistema economico stabile produce inevitabilmente dei *losers*, che vanno a coincidere, di norma, proprio con coloro che da quelle situazioni di instabilità sono in grado di trarre significativo profitto, come nel caso dei grandi fondi speculativi e all'interno di questi dei cosiddetti fondi avvoltoio⁶⁰. Da qui, l'inevitabile resistenza a possibili *cambi di sistema* e di approccio economico a livello

fasi prolungate di instabilità possono compromettere il corretto funzionamento delle istituzioni tanto politiche, quanto tecnocratiche preposte alla regolazione dell'economia e del mercato in genere.

⁵⁹ Infatti, se si considera, per esempio, la politica valutaria dei Paesi in via di sviluppo che commerciano tanto verso i Paesi dell'Eurozona, quanto verso quelli in cui la moneta di riferimento per gli scambi commerciali è il dollaro, quella politica non potrà mai beneficiare di un cambio stabile per la rispettiva valuta nazionale nei rapporti tra il dollaro e l'euro (che sono le valute più scambiate del mondo) se il cambio tra queste due divise non risulterà a sua volta stabile. Allo stesso modo, le economie maggiormente sviluppate da sole non saranno in grado di produrre e fornire stabilità economica, soprattutto, nella forma della stabilità finanziaria. Infatti, le economie di quei Paesi, come è a tutti noto, sono sempre più sottoposte ad attacchi speculativi condotte dai noti fondi speculativi (*hedge funds*). Ma, la capacità di tali Paesi di riuscire a limitare l'azione di quel tipo di operatori economico-finanziari, essenzialmente privati, si scontra con il fatto che quelli hanno principalmente sede in centri finanziari *offshore* che, a loro volta, nella maggiore parte dei casi, coincidono con il territorio di alcuni Paesi in via di sviluppo, soprattutto di piccole dimensioni. Se i Paesi (quelli maggiormente sviluppati) intendono limitare le azioni speculative nei confronti delle loro valute o dei rispettivi debiti pubblici o dei propri sistemi bancari-creditizi da parte di quegli attori economici, non possono, pertanto, prescindere dal collaborare con gli Stati ove *hedge funds* e altri tipi di speculatori esercitano il rispettivo diritto di stabilimento.

⁶⁰ Noti anche con il termine di *vulture fund*, sono un tipo di fondi comuni speculativi che finanziano l'acquisto di società in condizione di insolvenza, a costi inferiori rispetto al loro effettivo valore nominale, cercando poi di risollevarle e ricavando così cifre che, migliorate da interessi ed eventuali sanzioni, possono diventare anche molto consistenti.

domestico e sovranazionale da parte di chi teme di perdere le rispettive rendite di posizione, decisamente profittevoli, ma che, nella gran parte dei casi risultano svantaggiose per molti.

4. – Alla luce degli effetti prodotti dalla Crisi del 2008 e a quelli legati alla pandemia da Covid-19, l'instabilità economica nelle sue diverse varianti (si veda, in particolare, la sempre più marcata e pericolosa crescita inflazionistica di questi ultimi tempi idonea a minacciare la stabilità dei prezzi)⁶¹ è destinata a caratterizzare ancora per un tempo indefinito le relazioni economico-commerciali internazionali, con il rischio che nei Paesi economicamente più deboli⁶², come quelli del Nord Africa e del Medio Oriente, si possa assistere a una nuova ondata di sollevazioni popolari, come quelle che hanno dato origine alla nota Primavera araba⁶³. Senza dubbio, non accennerà a diminuire, anzi forse si aggraverà ancora di più la crisi migratoria che sta investendo l'Unione europea, con decine di migliaia di persone che, alla ricerca di salvezza e di condizioni di vita migliori, premono sui relativi confini generando nuove paure e incertezze tra i cittadini europei, con l'effetto di avere trasformato l'assetto politico del "Vecchio continente". Infatti, di fronte alle insidie di un futuro dominato dall'incertezza sia economica sia politica, prima gli elettori britannici hanno deciso di lanciarsi nel "vuoto" della *Brexit*, poi, i francesi nel 2017, con l'elezione di Macron, hanno deciso di bocciare l'intera classe politica del loro Paese, facendo affidamento su di una persona che si è messa a capo di un partito creato per l'occasione. La Germania, invece, nello stesso anno riaffermandosi per la quarta volta ad Angela Merkel ha visto, cosa mai accaduta dalla fine della Seconda Guerra Mondiale, un partito di estrema destra entrare in Parlamento con diversi rappresentanti e divenire, al contempo, il più forte partito di opposizione. Da ultimo, nel 2018, gli elettori italiani hanno "scartato" i vecchi partiti di centrosinistra e centrodestra, dando vita a quella che è stata definita come "Terza Repubblica", oggi anch'essa in crisi a causa delle numerose divisioni emerse tra le forze politiche alla base di quel supposto cambio di sistema politico.

Detti eventi, a cui se ne potrebbero aggiungere altri ancora (si pensi all'ascesa al potere di Trump in America e alla sua successiva e contestata caduta con annessa violenta protesta condotta contro la sua mancata

⁶¹ IMF, *Rising Caseloads, A Disrupted Recovery, and Higher Inflation*, in *World Economic Outlook Update*, January 2022.

⁶² S. DAL BIANCO (et. al), *The Impact of The Global Financial Crisis and The Role of External and Internal Factors in Emerging Countries*, in *Emerging Markets Finance and Trade*, vol. 53, n. 2, 2017, 229-249.

⁶³ A. BAYAT, *Revolution without Revolutionaries: Making Sense of the Arab Spring*, in *International Journal of Middle East Studies*, vol 50. N. 3, 2018, 613-614.

rielezione o ancora l'irrisolta crisi economico-umanitaria venezuelana o quella oserei definire ormai strutturale dell'Argentina in costante default) sono espressione della volontà di ampi strati della popolazione mondiale non solo di sbarazzarsi del "vecchio" per lasciare spazio al "nuovo", ma, soprattutto, di dire basta ad anni di austerità economica a cui si è fatto ricorso in modo eccessivo secondo le tradizionali ricette neo liberiste per ridare fiducia ai mercati e, quindi, stabilità agli stessi⁶⁴.

Un desiderio senza dubbio condivisibile, unitamente a quello di non essere più ostaggio degli eventi economici e di vivere in una costante condizione di equilibrio precario. Tuttavia, non si può fare a meno di osservare come i cambiamenti di varia natura avvenuti in questi ultimi anni si siano susseguiti e continuino a susseguirsi ad un ritmo travolgente, compresa la drammatica aggressione militare russa a danno dell'Ucraina,⁶⁵ e le risposte sin qui date a livello tanto nazionale, quanto sovranazionale non sono state, purtroppo, sufficienti per le persone rispetto al loro naturale bisogno di ricevere maggiore sicurezza economica e sociale. È accaduto, così, che ampi strati della popolazione hanno deciso di appoggiare movimenti politici che, nel tentativo di dare nuove certezze economiche a coloro che li hanno votati, vedono con favore la possibilità di mettere in discussione alcuni pilastri fondanti l'attuale ordinamento economico e internazionale. Faccio riferimento alla regola "*pacta sunt servanda*", al metodo multilaterale e al principio di non discriminazione. Non rispettare detti principi, come è avvenuto, ad esempio, con l'amministrazione Trump in tema di applicazione di dazi verso la Cina o verso il Messico⁶⁶ o non volere più rispettare il Patto di stabilità e crescita⁶⁷, come a suo tempo paventato dal Governo italiano, non significa solo porsi in rotta di collisione con il diritto WTO nel primo caso e con il diritto UE nel secondo, ma destabilizzare le relazioni economiche e commerciali come fino ad ora sono state concepite per creare un nuovo sistema di regole, fondato a prima vista sul nazionalismo economico e, quindi, su pericolose politiche protezionistiche

⁶⁴ R. CAVAGHAN – M. O' DWYER, *European Economic Governance in 2017: A Recovery for Whom?*, in *Journal of Common Market Studies*, vol. 56, 2018, 96-108.

⁶⁵ Il sostegno dato alle autoproclamatesi repubbliche "indipendenti" del Donbass, dalla Russia e il relativo intervento militare in Ucraina, hanno determinato la violazione di principi fondamentali del diritto internazionale, quali quello della non ingerenza negli affari interni degli Stati, l'integrità e la sovranità territoriale, il divieto dell'uso della forza armata nelle relazioni internazionali.

⁶⁶ A. BELLADONNA – A. GILI, *Fact checking: i dazi di Trump*, 2 Luglio 2019 <https://www.ispionline.it/it/pubblicazione/fact-checking-i-dazi-di-trump-23390>.

⁶⁷ M. BUTI – M.S. EIJJFINGER – D. FRANCO, *Revisiting Emu's Stability Pact: A Pragmatic Way Forward*, in *Oxford Review of Economic Policy*, 2003, 100-111; J. CREEL – J. SARACENO, *Automatic stabilization, discretionary policy and the Stability Pact*, in J. CREEL – J.M.C. SAWYER (eds), *Current Thinking on Fiscal Policy*, New York, 112-144.

già viste in passato e che hanno caratterizzato la prima parte del secolo trascorso.

L'Ordine internazionale economico che ha visto il definitivo affermarsi del sistema neo liberista, attraverso il modello capitalistico che ne sta alla base e che ha conquistato la gran parte del Pianeta espugnando e pervadendo di sé anche Russia e Cina, un tempo baluardo dei modelli economici ispirati all'ideologia comunista, oggi è in crisi per le diverse cose sin qui dette e con esso anche il sistema di regole del WTO alla base della globalizzazione economico-commerciale⁶⁸, che dal fallimento del *Doha round*⁶⁹ del 2003 non conosce di fatto più progressi rilevanti nel tentativo di regolamentare efficacemente gli scambi commerciali alla luce delle nuove sfide globali. Una crisi che deriva dal fatto di non essere riusciti a trovare soluzioni valide a questioni cruciali e ormai annose come quelle relative al fenomeno del *dumping* sociale, ambientale e fiscale⁷⁰, alla base delle profonde asimmetrie che caratterizzano le relazioni economiche tra Stati, almeno degli ultimi venti anni. La competizione al ribasso tra Stati nella protezione ambientale, nella tutela dei diritti economici e sociali, nonché, nella tassazione dei redditi conduce, inevitabilmente, a minare certe conquiste sociali che nei Paesi occidentali si davano ormai per acquisite, favorendo inevitabilmente la nascita dei movimenti populistici-sovranisti.

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, ci pare che dell'analisi critica del capitalismo, su cui il liberismo in genere si fonda, riconducibile al pensiero di Marx, possa risultare ancora attuale l'intuizione per cui detto sistema in nome del profitto, ha suscitato e scatenato forze che fa fatica a governare⁷¹. Forze che, oggi, non sono più le ribellioni delle classi operaie oppresse di un tempo, ma strati sempre più ampi di popolazione che soffrono una continua e progressiva contrazione del loro benessere e dei relativi diritti economici e sociali in dipendenza della crisi economica, a cui si aggiungono altre ferite irreparabili come quelle inflitte all'ambiente sempre in nome del profitto e della crescita economica⁷².

⁶⁸ A.H. QURESHI, *The World Trade Organization. Implementing International Trade Norms*, Manchester – New York, 1996; J. JACKSON, *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations*, London, 1997.

⁶⁹ P. VINCENT, *Les résultats de la quatrième conférence ministérielle de l'Omc-vers un cycle du développement?*, in *Revue Belge de Droit International*, 2003, 111 ss; *Doha Work Programme, Decision adopted by the General Council on 1 August 2004*, see the web page <http://www.wto.org>

⁷⁰ A. SANTA MARIA, *Le dumping et les subventionnées dans la cadre du droit international et du droit des Communautés européennes*, in *Le droit international à l'heure de sa codification*, in *Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, vol. IV, Milano, 1987, 295 ss.

⁷¹ K. MARX, *Capital. A Critique of Political Economy*, London, 1890. Vedi anche le riflessioni svolte da L. CANFORA, *La schiavitù del capitale*, Bari, 2017, in specie 81-82.

⁷² L. CANFORA, *ibidem*.

È in questo quadro che può inserirsi l'attualità del messaggio pratico fondamentale della *Teoria Generale* di Keynes⁷³ per cui l'economia capitalistica fondata sul libero mercato può, anzi, necessita di essere stabilizzata usando appropriate politiche monetarie e fiscali per assicurare un'equa distribuzione delle ricchezza, così da ridurre le disuguaglianze, senza, peraltro, rinunciare a quelli che sono i valori su cui quel tipo di sistema economico si fonda: libera iniziativa e tutela della proprietà privata.

Il ricorso a politiche di stabilizzazione condivise a livello internazionale, risulta sempre più necessaria se si considera il fatto che ad oggi non esiste una reale alternativa alla globalizzazione economica e degli scambi commerciali che ha determinato una forte interdipendenza tra le diverse economie nazionali e aree e mercati regionali con una decisa riduzione delle prerogative fondamentali connesse e legate inscindibilmente alla soggettività internazionale dello Stato. Tuttavia, la ricostruzione dei mutamenti vissuti dalla sovranità economica dello Stato⁷⁴, salvo casi evidenti come l'adozione della Moneta unica, a livello europeo, è opera decisamente non facile non solo perché il concetto di sovranità da un lato, è mutato nel corso del tempo, ma anche perché, dall'altro, soffre del contrasto esistente nella dottrina internazionalistica tra chi ritiene che la competenza dello Stato in una data materia esista solo in quanto espressamente prevista da una norma internazionale e coloro che, invece, ritengono che le competenze statali preesistano all'ordinamento internazionale, il quale interviene solo per limitarle in funzione della pacifica convivenza dei soggetti dell'ordinamento stesso. Rimane, ad avviso di chi scrive, attuale quanto sostenuto dalla Corte Permanente di Giustizia nel celebre caso *Wimbledon* del 1923⁷⁵, ove è stato evidenziato, come i limiti alla sovranità di uno Stato derivanti da un trattato (o addirittura cessioni di sovranità, come nel caso della partecipazione alla moneta unica di parte dei Paesi dell'Unione europea) sono, comunque, e sempre espressione della sovranità statale nel senso che, come rilevato dalla Corte, la stipula di un trattato internazionale non è mai, per il solo fatto di prevedere l'assunzione di obblighi, un abbandono della propria sovranità, bensì un suo specifico attributo.

È, dunque, fuorviante se non errato l'approccio di chi cerca di legare il tema della definizione di una nuova stabilità economica a quella del

⁷³ J.M. KEYNES, *The General Theory of Employment, Interest and Money*, 1935, London.

⁷⁴ D. CARREAU, *Souveraineté et co-opération monétaire internationale*, Paris, 1970, 52-54; M.R. SHUSTER, *The Public International Law of Money*, Oxford, 1973, 9; G. BURDEAU, *L'exercice des compétences monétaires par les états*, in *Recueil des Cours*, 1988, 236; F.A. MANN, *The Legal Aspect of Money*, Oxford, 1992, 461.

⁷⁵ Permanent Court of Justice, Case of the S.S. "Wimbledon", *Britain et al. v. Germany*, (1923) PCIJ Series A01.

possibile recupero della sovranità da parte dello Stato. Il vero snodo è dato dal fatto che i Paesi non hanno ancora dato piena implementazione a quello che è il progetto più significativo della storia recente delle relazioni internazionali anche economiche: realizzare il programma politico-economico, sociale ed ambientale elaborato dalle Nazioni Unite con l'Agenda 2030⁷⁶, documento politico programmatico che, come riconosciuto anche recentemente dal Parlamento europeo⁷⁷, ha una valenza trasformativa, poiché stabilisce obiettivi universali, ambiziosi, globali, indivisibili e interconnessi che mirano a eradicare la povertà, lottare contro le crescenti disparità e la discriminazione, promuovere la prosperità, la sostenibilità, la responsabilità ambientale, l'inclusione sociale, l'uguaglianza di genere e il rispetto dei diritti umani, garantendo la coesione economica, sociale e territoriale, rafforzando la pace e la sicurezza.

L'Agenda 2030 costituisce una "tappa" fondamentale nel tentativo di realizzare uno sviluppo sostenibile⁷⁸, così come inteso dal rapporto ONU "Our common future" della Commissione Brundtland del 1987, come quello sviluppo capace di assicurare «il soddisfacimento dei bisogni della generazione presente senza compromettere la possibilità delle generazioni future».

La sua realizzazione avviene attraverso l'attuazione dei *Sustainable Development Goals* (SDGs) che pur facendo propria l'esperienza maturata con i *Millennium Development Goals* (MDGs)⁷⁹ si distinguono da questa sotto

⁷⁶ Vedi Risoluzione adottata dall'Assemblea generale, il 25 settembre 2015, n. 70/1 *Transforming Our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development*.

⁷⁷ Si veda la relativa Relazione strategica annuale sull'attuazione e la realizzazione degli obiettivi di sviluppo sostenibile (SDGs) (A8-0160/2019) del 4 marzo 2019. In detto documento, si evidenzia come vi sia piena coincidenza tra i valori unionali e quelli espressi dall'Agenda 2030 in quanto quest'ultima «si basa sui valori fondamentali dell'Unione concernenti la democrazia, la partecipazione, il buon governo, la giustizia sociale, la solidarietà, la sostenibilità, il rispetto dello Stato di diritto e dei diritti umani, all'interno dell'Ue, nei suoi Stati membri e in tutto il mondo; che l'impegno a conseguire gli obiettivi di sviluppo sostenibile segue, quindi, naturalmente i piani dell'Unione volti a creare un futuro migliore, più sano e più sostenibile per l'Europa» il che figura tra le priorità strategiche dell'UE. V. *Verso un'Europa sostenibile entro il 2030* del 30 gennaio 2019 (https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/rp_sustainable_europe_30-01_en_web.pdf) e la *Comunicazione della Commissione sul futuro sostenibile dell'Europa: prossime tappe. L'azione europea a favore della sostenibilità* (COM(2016) 0739).

⁷⁸ Sul punto, si vedano anche le riflessioni condotte, in particolare con riguardo agli interessi delle generazioni future, nel seguente studio G. PERONI, *Crisi e ricerca della stabilità economica*, cit., 259-298.

⁷⁹ Gli MDGs sono otto obiettivi, elaborati per dare attuazione alla Dichiarazione del Millennio sottoscritta nel settembre del 2000 alle Nazioni Unite da 191 Capi di Stato e di Governo. Formatesi con l'ambizione di dimezzare la povertà e garantire un'istruzione primaria universale, sono stati inizialmente accolti dalla comunità

diversi aspetti, a cominciare dalla loro numerosità. Gli MDGs, infatti, si articolavano in 8 obiettivi e 21 *target*, mentre gli SDGs sono 17 e i *target* addirittura 169. Le differenze più importanti sono, però, altre due. La prima è relativa all'ambito di applicazione dei rispettivi *goals*, la seconda è il differente significato di sviluppo che è posto alla base di quelli. In merito al primo profilo, si nota come i MDGs facessero essenzialmente riferimento ai soli Paesi in via di sviluppo, sostanziosi in un insieme di obiettivi funzionalmente diretti a sconfiggere la povertà. Gli SDGs, invece, pur riconoscendo centralità a detto tema, entro il complesso programma d'azione contenuto nell'Agenda 2030, fondato sul principio "non lasciare indietro nessuno", vanno oltre riscrivendo il modello di crescita economica, ispirandolo allo *human rights based approach*⁸⁰.

In merito alla seconda differenza, si osserva come gli MDGs promuovessero lo sviluppo economico entro i soli Paesi meno sviluppati, mentre gli SDGs esortano tutti gli Stati ad avviare percorsi distintamente orientati allo sviluppo (sostenibile), fondati su specifiche strategie e piani nazionali in attuazione dell'Agenda 2030, con la piena partecipazione di tutti gli *stakeholders* interessati⁸¹. La risoluzione n. 70/1 assume un atteggiamento olistico, nel senso che gli obiettivi individuati sono "integrati e indivisibili", insistendo in più punti sulla necessità di combinare e bilanciare le tre dimensioni dello sviluppo sostenibile: economica, sociale e ambientale. Per

scientifica con più di qualche scetticismo; questo non ha, però, loro impedito di diventare negli ultimi quindici anni il *framework* centrale per la cooperazione internazionale e, più in generale, per le politiche pubbliche orientate allo sviluppo.

⁸⁰ Per cui i diritti umani sono un mezzo per contribuire allo sviluppo umano così come lo sviluppo è funzionale ad assicurare un godimento effettivo e duraturo dei diritti umani. Questa strategia a livello teorico è stata contemplata per la prima volta nel Rapporto UNDP sullo sviluppo umano del 2000 dedicato ai diritti umani e raccomandata nel 2005 dall'allora Segretario generale delle Nazioni Unite, Kofi Annan, a tutti gli istituti specializzati delle Nazioni Unite.

⁸¹ Nei primi anni di implementazione dell'Agenda 2030, le tematiche collegate alla realizzazione degli Obiettivi del Millennio hanno man mano guadagnato un ruolo di primaria rilevanza nel dibattito politico coinvolgendo, altresì, numerosi *stakeholders* sia sul piano interno, sia internazionale per realizzare percorsi di sviluppo sostenibile più equi e condivisi. Con riguardo all'Italia, è opportuno rinviare alla "Strategia Nazionale per lo Sviluppo Sostenibile" in attuazione dell'Agenda 2030, predisposta dal Ministero dell'Ambiente e della Tutela del territorio e del mare nell'ottobre 2017, adottata dal CIPE il 22 dicembre 2017 ed emanata con Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 16 marzo 2018. Sull'adesione dell'Italia all'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile, si vedano L. GRADONI – L. PASQUET, *Failing To Protect Basic Human Rights: The Fight against Poverty and The Right to Development in Italy's Legal Practice*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2018, 295-322.

questo motivo, a differenza degli obiettivi di sviluppo del millennio, gli SDGs risultano universali, trasversali e interconnessi⁸².

Il tentativo di definire un nuovo ordine economico orientato allo sviluppo sostenibile trova realizzazione in particolare nella definizione dell'ottavo, nono e decimo *goals* dell'Agenda 2030. I primi due sono dedicati allo sviluppo economico e industriale⁸³; mentre, il decimo tratta il tema della riduzione delle disuguaglianze sia tra Stati, sia all'interno di ciascuno di essi. Un obiettivo molto ambizioso che concerne ambiti tra loro differenti, infatti, sebbene le ineguaglianze di reddito siano le più evidenti, l'obiettivo in questione vuole eliminare ogni tipo di divario, anche quelli che riguardano «età, sesso, disabilità, etnia, origine, religione, *status* economico o altro». A detto scopo, si invitano gli Stati ad adottare misure legislative e azioni strumentali ad assicurare l'eguaglianza di opportunità e ridurre le disparità di reddito, eliminando norme e prassi discriminatorie: tutti fattori che, se soddisfatti, sono in grado di migliorare la coesione sociale e ridurre le crescenti disuguaglianze economiche tra Stati e all'interno di ciascuna comunità nazionale⁸⁴.

⁸² Detti profili sono stati recentemente ribaditi il 22 gennaio 2020 dal Segretario generale delle Nazioni Unite, in *Remarks to the General Assembly on the Secretary-General's priorities for 2020*.

⁸³ Si afferma, in particolare, l'impegno a sostenere la crescita del reddito *pro capite* con specifica attenzione ai Paesi meno sviluppati che dovrebbero crescere a un tasso non inferiore al 7% annuo del prodotto interno lordo. L'obiettivo finale dichiarato è quello di realizzare entro il 2030 il pieno impiego della forza lavoro disponibile. La risoluzione sul punto evidenzia come si debba sconfiggere, soprattutto, la disoccupazione giovanile esortando gli Stati a prendere «*immediate and effective measures*» per l'eliminazione del lavoro forzato e della tratta degli esseri umani. Imprescindibile è, altresì, la necessità di migliorare le capacità produttive, la generazione di entrate fiscali, l'industrializzazione, favorendo nuovi modelli sostenibili di consumo e produzione, il commercio, lo sviluppo del settore privato, dei contesti economici, delle infrastrutture e del turismo. Strettamente correlato a quanto descritto, risulta, pertanto, il *goal* n. 9 che, proprio ai fini di realizzare una crescita economica sostenibile, individua come condizione necessaria la costruzione di infrastrutture adeguate, la promozione dell'innovazione e un'industrializzazione equa, responsabile e sostenibile: tre elementi indispensabili per lo sviluppo di qualsiasi Paese, diversi tra loro, ma strettamente interdipendenti. Per approfondimenti, si vedano D.F. FREY, *Economic Growth, Full Employment and Decent Work: the Means and Ends in SDG 8*, in *The International Journal of Human Rights*, 2017, 1164-1184; D.F. FREY – G. MAC NAUGHTON, *Full Employment and Decent Work in the Post 2015 Development Agenda*, in N. SHAWKI (ed), *International Norms, Normative Change and the UN Sustainable Development Goals*, Lanham, 2016, 185-201; WORLD BANK, *Poverty and Shared Prosperity 2016: Taking on Inequality*, Washington, 2016.

⁸⁴ V. *Implementation of the outcome of the World Summit for Social Development and of the twenty-fourth special session of the General Assembly*. Report of the Secretary-General (A/74/205) 22 July 2019; nonché la Risoluzione 73/141 del 17 dicembre 2018,

In detti termini, il processo di lotta alla povertà e riduzione delle disuguaglianze avviato con l'implementazione dell'Agenda 2030, seppure lento, è in corso con risultati soddisfacenti come ha indicato, peraltro, il Comitato economico e sociale delle Nazioni Unite⁸⁵. Tuttavia, è necessario accelerarlo il più possibile, alla luce anche dei più recenti eventi che stanno coinvolgendo (e sconvolgendo) l'intera umanità, e a questo fine sarebbe necessario procedere a un rafforzamento del ruolo dei Paesi in via di sviluppo⁸⁶ all'interno della *governance* economica globale migliorando i livelli di *transparency* e *accountability* delle Organizzazioni internazionali economiche⁸⁷ definendo, così, un nuovo sistema di regole economiche internazionali con cui andare oltre al PIL e alle altre variabili econometriche su cui si sono sostanzialmente fondate le scelte macroeconomiche di questi ultimi anni, senza, tuttavia, rincorrere utopistici modelli di decrescita "felice" che denotano paura e insicurezza verso il futuro.

Il ricorso a nuovi indicatori e soprattutto a *target* e obiettivi che rafforzino il citato *human rights approach*, così come sostenuto sempre dall'Agenda 2030, è una sfida ambiziosa e chiara nel definire un nuovo assetto di relazioni politiche ambientali, economiche e sociali a livello globale. Una sfida che va raccolta, se si hanno "a cuore" realmente gli interessi delle generazioni future⁸⁸, fine ultimo dello sviluppo sostenibile, come ci insegna il noto Rapporto *Brundtland* (1987) da cui detto principio ha avuto fondamentalmente origine.

Solo così, si possono evitare pericolosi conflitti tra principi, valori e obiettivi che, se non opportunamente ed efficacemente coniugati, sono capaci di fare ricadere non soltanto i singoli Stati, ma anche l'intera Comunità internazionale, in pericolose situazioni di instabilità economico-sociale e non solo.

Abstract

THE NEO-LIBERAL ECONOMIC ORDER'S LIMITS AND THE TENSION TOWARDS A NEW MODEL OF SUSTAINABLE GROWTH

Implementation of the outcome of the World Summit for Social Development and of the twenty-fourth special session of the General Assembly.

⁸⁵ Per un complessivo esame dello stato dell'arte riguardo ai progressi e risultati raggiunti nell'implementazione dei diversi *goals* dell'Agenda 2030 si veda il *Report of the Secretary General on Sdgs Progress 2019. Special edition*, scaricabile alla pagina <https://sustainabledevelopment.un.org/>

⁸⁶ Così come evidenziato nella risoluzione n. 71/243, 4 e 12.

⁸⁷ Si veda la Risoluzione n. 72/279 dell'Assemblea Generale del 31 maggio 2018 *Repositioning of the United Nations development system in the context of the quadrennial comprehensive policy review of operational activities for development of the United Nations system*.

⁸⁸ G. PERONI, *Crisi e ricerca della sostenibilità*, cit., 291-297.

Le diverse emergenze economico-sociali a carattere globale, occorse in questi ultimi anni (crisi finanziaria del 2008, crisi del debito sovrano dei Paesi euro del 2011, crisi economica in dipendenza dalla pandemia da Covid-19) destinate molto probabilmente ad acuirsi a causa dell'attuale intervento militare russo in Ucraina, hanno messo a dura prova il sistema neoliberista e l'Ordine economico internazionale su cui lo stesso si fonda. Ciò è accaduto, in quanto sono venuti meno gli altri modelli economici a quello alternativi, a seguito prima della caduta del Muro di Berlino (1989) e, poi, per l'affermarsi della globalizzazione economica e commerciale, favorita dall'introduzione del sistema multilaterale degli scambi rappresentato dalla WTO (1994) che, di fatto, ha creato un mercato unico su scala mondiale.

Sempre più sentita è, dunque, l'esigenza di superare il sistema economico neo liberista così come è stato per lungo tempo pensato, indirizzando, come cerca di fare l'Agenda 2030 delle Nazioni Unite, l'azione degli Stati verso un nuovo modello di crescita economica, sociale e ambientale che trovi nel Principio dello Sviluppo sostenibile il suo *driver* fondamentale.

The various economic and social emergencies of a global nature, which have occurred in recent years – the 2008 financial crisis, the 2011 Euro Sovereign Debt crisis, the 2020 (economic crisis due to) Covid-19 pandemic – most likely destined to worsen due to the current Russian military intervention in Ukraine, have put a strain on the neo-liberal system and the international economic order on which it is based. The other alternative economic models have ceased to exist (and this) fundamentally due to the fall of the Wall of Berlin (1989), and then due to the diffusion of economic and commercial globalization favored by the introduction of the multilateral trading system represented by the WTO (1994) able to create a single market on a world scale.

Therefore, the need to overcome the neo-liberal economic system (as it was thought for a long time is increasingly felt), directs, as the United Nations Agenda 2030 tries to do, the action of States towards a new model of economic, social and environmental growth that finds its fundamental driver in the Principle of Sustainable development.

LA NULLITÀ DELLA TESTIMONIANZA RESA DA PERSONA INCAPACE

CARMINE GUERRA
*Assegnista di ricerca
nell'Università di Milano-Bicocca*

SOMMARIO: 1. Il consolidato indirizzo giurisprudenziale in tema di nullità della testimonianza resa da persona incapace *ex art. 246 c.p.c.* – 2. Riconducibilità del fenomeno alla disciplina della nullità degli atti processuali. – 3. La natura e il regime della nullità di cui trattasi – 4. (Segue). La capacità estensiva della nullità probatoria. Profili impugnatori.

1. – Con orientamento granitico la Suprema Corte predica la nullità relativa della testimonianza resa dal soggetto incapace *ex art. 246 c.p.c.* e la necessità di reiterare l'eccezione processuale dopo l'assunzione della prova, in sede di precisazione delle conclusioni e attraverso i mezzi di impugnazione.

Più specificamente, secondo le massime ormai largamente adoperate nella prassi, la «nullità della testimonianza resa da persona incapace, essendo posta a tutela dell'interesse delle parti, dà luogo ad una nullità relativa che, in quanto tale, deve essere eccepita subito dopo l'assunzione della prova, rimanendo altrimenti sanata ai sensi dell'art. 157 c.p.c., comma 2, e qualora l'eccezione sia stata respinta, la parte interessata ha l'onere di riproporla in sede di precisazione delle conclusioni e nei successivi atti di impugnazione, dovendosi altrimenti ritenere rinunciata, con conseguente sanatoria della nullità per acquiescenza»¹.

Il presente scritto intende soffermarsi su queste enunciazioni, approvando, per un verso, i presupposti sistematici da cui arresti come quello riportato prendono le mosse, e, per altro verso, evidenziando i profili critici del regime di nullità congegnato, con interesse infine alle zone d'ombra, accentuate dalla riscrittura dell'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c., inerenti alla denuncia del vizio in sede di legittimità.

¹ Così Cass., 21 luglio 2021, n. 20917; in senso conforme, limitando i richiami alle pronunce più recenti, Cass., 20 aprile 2021, n. 10374; Cass., 19 febbraio 2021, n. 4518; Cass., 12 febbraio 2021, n. 3685; Cass., 9 novembre 2020, n. 25021; Cass., 6 maggio 2020, n. 8528.

2. – Le conclusioni enucleate dalla Suprema Corte presuppongono l'applicabilità della disciplina in materia di nullità degli atti processuali al fenomeno probatorio.

Nonostante non vi sia unanimità di vedute in dottrina, tale punto di partenza appare condivisibile, attesa anzitutto l'appartenenza dell'atto istruttorio al *genus* degli atti processuali.

Invero, la stessa nozione di atto processuale non è del tutto pacifica. Se in via generale si è soliti premettere che il processo si snoda attraverso una serie di atti coordinati al fine di pervenire alla tutela giurisdizionale del diritto, talvolta tuttavia si esclude la processualità degli atti compiuti da coloro che non siano qualificabili come soggetti del processo. Di conseguenza l'atto processuale andrebbe individuato in base ad una prospettiva soggettiva e consterebbe nell'atto posto in essere nel processo da una parte (direttamente o per il tramite del difensore), dal giudice, ovvero da altro soggetto legittimato (come il cancelliere o l'ufficiale giudiziario). Così ragionando, la testimonianza sarebbe un mero fatto (e non già un atto) processuale².

Una simile definizione appare peraltro arbitrariamente limitativa nella misura in cui, se è vero che non ogni atto idoneo a spiegare effetti sul processo può definirsi processuale, è altresì vero che per la processualità dell'atto pare sufficiente che quest'ultimo si immetta nella serie procedimentale di atti e provvedimenti previsti dalla legge processuale al fine di approntare la tutela giurisdizionale, indipendentemente, dunque, dalla fonte che pone in essere l'atto (giudice, parte, cancelliere, ufficiale giudiziario, pubblico ministero o testimone). Una volta individuati il momento iniziale, la domanda di parte, e quello finale, la decisione del giudice passata in giudicato formale, tutti gli atti compiuti all'interno di questo *spatium temporis* possono quindi definirsi processuali³.

Se pertanto, come appare preferibile, si adotta una nozione ampia di atto processuale, tesa a ricomprendere ogni atto attraverso cui viene realizzata la tutela giurisdizionale dei diritti, e nello specifico, dal punto di vista delle parti, l'atto attraverso cui viene esercitato il potere di azione, e, dal punto di vista del giudice, l'atto attraverso cui si realizza la funzione

² In questo senso E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, agg. a cura di V. COLESANTI – E. MERLIN, Milano, 2021, 175 e 176; G.F. RICCI, *Le prove illecite nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, 45; *contra* V. DENTI, *Concetto e classificazione degli atti processuali*, in ID., *Dall'azione al giudicato*, Padova, 1983, 161; E. MERLIN, *Elementi di diritto processuale civile*, Pisa, 2017, 301.

³ C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, *Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, Torino, 2017, 651; C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, I, *I soggetti e gli atti*, Torino, 2010, 34 ss.

giurisdizionale⁴, non può residuare alcun dubbio in ordine alla riconducibilità di ogni singolo atto istruttorio alla categoria degli atti processuali. Va d'altronde rilevato che anche chi muove dalla menzionata prospettiva soggettiva, tale per cui non sarebbero atti processuali quelli posti in essere da terzi come il testimone, non manca di rilevare la natura processuale dell'assunzione della testimonianza da parte del giudice e della sua verbalizzazione⁵.

Procedendo oltre, non pare che gli atti istruttori viziati, nella qualità di atti processuali, possano sottrarsi alla disciplina della nullità⁶ e integrare imperfezioni diverse come l'inutilizzabilità o l'inefficacia⁷.

Seppure non manchino riferimenti in specifiche disposizioni⁸, è perlomeno dubbia la dignità sistematica della categoria dell'inutilizzabilità

⁴ Così R. POLI, *Commento all'art. 156*, in C. CONSOLO (diretto da), *Codice di procedura civile*, I, Milano, 2013, 1865; ID., *Invalità ed equipollenza degli atti processuali*, Torino, 2012, 137 ss.

⁵ E.T. LIEBMAN, *op. loc. cit.* In quest'ottica, anche la confessione stragiudiziale, ad esempio, che prescinde dall'instaurazione di un processo, assume natura e rilevanza processuale attraverso l'atto di produzione, grazie a cui lo scritto viene acquisito al processo (E. REDENTI – M. VELLANI, *Diritto processuale civile*, Milano, 2011, 92).

⁶ In questo senso cfr. F. AULETTA, *Nullità e «inesistenza» degli atti processuali civili*, Padova, 1999, 176, nt. 39; *contra* B. CAVALLONE, *Critica della teoria delle prove atipiche*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, 733, nt. 146.

⁷ A sostegno di tali categorie viene evocata la distinzione tra atti propulsivi e atti eventuali. Gli atti istruttori rappresentano parentesi eventuali nella serie procedimentale e in ciò si contrappongono agli atti propulsivi che costituiscono per converso elementi necessari, che (in caso di mancata sanatoria) portano ad una pronuncia di *absolutio ab instantia*. In relazione agli atti di acquisizione probatoria, invece, il vizio della prova non preclude la pronuncia di merito, ma comporta semplicemente la necessità, nel caso in cui non si possa procedere alla rinnovazione dell'atto, di «ignorare le illazioni che potrebbero inferirsene nel quadro dialettico della pronuncia di merito» (così F. CORDERO, *Riflessioni in tema di nullità assolute*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, 254; ID., *Nullità, sanatorie, vizi innocui*, *ivi*, 1961, 694). Sulla distinzione cfr. soprattutto V. DENTI, voce *Nullità degli atti processuali civili*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965, 473; ID., *Volontarietà e volontà nel trattamento degli atti processuali*, in ID., *Dall'azione al giudicato*, cit., 208, per il quale le norme dettate in materia di nullità degli atti processuali sono inapplicabili agli atti eventuali (ossia non propulsivi) della serie procedimentale quali sono gli atti istruttori. La nullità di un atto istruttorio non esonera infatti il giudice dal decidere nel merito la controversia come invece accadrebbe in presenza della nullità di un atto propulsivo, ma delimita soltanto il materiale probatorio a disposizione del giudice per la ricostruzione del fatto. In argomento cfr. inoltre C. BESSO, sub *art. 121*, in C. BESSO – M. LUPANO, *Atti processuali*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, Bologna, 2016, 6 e 721.

⁸ L'art. 222 c.p.c. dispone l'inutilizzabilità del documento in caso di risposta negativa all'interpello attivato dalla proposizione della querela di falso. Giova inoltre richiamare gli artt. 10, comma 1, d.lgs. n. 28/2010 e 9, comma 2, d.l. n. 132/2014, che

nel processo civile, diversamente da quanto avviene in ambito penalistico, ove esiste una norma generale – l'art. 191 c.p.p. – adibita specificamente al comparto probatorio⁹.

Parimenti, una categoria autonoma di inefficacia, sganciata dalla disciplina della nullità dell'atto, non pone compiutamente l'accento sul vizio che affligge l'atto istruttorio (bensì soltanto sull'effetto). Sancita la nullità della prova, l'inevitabile conseguenza è certamente l'inefficacia dei risultati ottenuti¹⁰. L'inefficacia dell'atto di acquisizione probatoria si traduce – dal momento che l'istruzione è diretta alla formazione di elementi utili alla decisione e alla formazione del convincimento in ordine agli enunciati fattuali oggetto di allegazione – nell'impossibilità per il giudice di valutare gli elementi di prova raccolti, ossia nell'impossibilità che gli elementi di prova possano attraverso l'attività intellettuale del giudice divenire risultati

prevedono la non utilizzabilità in giudizio delle dichiarazioni rese o delle informazioni acquisite nel corso del procedimento rispettivamente di mediazione e di negoziazione assistita.

⁹ In argomento L. PASSANANTE, *La prova illecita nel processo civile*, Torino, 2017, 193 ss. Si v. però G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, *Il processo ordinario*, Bari, 2019, 193, per il quale «sebbene manchi una disposizione *ad hoc*, non v'è ragione perché non debba trovare applicazione anche nel processo civile il principio di assoluta inutilizzabilità della prova enunciato dall'art. 191 c.p.p.». Per una prima indicazione bibliografica sulla categoria della inutilizzabilità nel processo penale si v. F.M. GRIFANTINI, voce *Inutilizzabilità*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, Torino, 1993, 242 ss.; F.R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, Milano, 2008; A. SCCELLA, voce *Inutilizzabilità della prova (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir. Annali*, vol. II, t. I, Milano, 2008, 479 ss.; M. DANIELE, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Torino, 2009.

¹⁰ Il termine «inefficacia» viene estrapolato dall'art. 159, comma 3, c.p.c., in forza del quale «Se il vizio impedisce un determinato effetto, l'atto può tuttavia produrre gli altri effetti ai quali è idoneo»; orbene, dalla disposizione si deduce che la conseguenza della verifica del vizio di nullità consta nell'impedimento alla produzione di effetti. In generale sui rapporti tra nullità ed inefficacia si v. l'analisi di R. POLI, *Invalidità ed equipollenza degli atti processuali*, cit., 315 ss.; W.M. RUOSI, *Commento all'art. 156*, in L.P. COMOGLIO – C. CONSOLO – B. SASSANI – R. VACCARELLA (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, II, Torino, 2012, 1079. In ambito istruttorio cfr. E. ALLORIO, *Efficacia giuridica di prove ammesse ed esperite in contrasto con un divieto di legge?*, in *Giur. it.*, 1960, I, 2, 868, che formula l'equazione «prova irritualmente ammessa = prova processualmente inefficace»; C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, I, *I soggetti e gli atti*, cit., 84; A. ATTARDI, *Diritto processuale civile*, I, *Parte generale*, Padova, 1994, 411, secondo cui la nullità di un atto di assunzione probatoria impedisce al giudice di tenerne conto nella decisione; M. TARUFFO, *Fatti e prove*, in ID. (a cura di), *La prova nel processo civile*, Milano, 2012, 76, per il quale la prova nulla è «*tamquam non esset* e non può essere utilizzata in alcun modo dal giudice»; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2014, 437; *contra* G.F. RICCI, *Le prove illecite nel processo civile*, cit., 52 ss.; G. FRANCHI, *La perizia civile*, Padova, 1959, 320.

di prova¹¹, contribuendo alla dimostrazione del *factum probandum*. L'inefficacia, tuttavia, non sembra rappresentare una categoria autonoma di invalidità processuale, bensì la diretta conseguenza della nullità, che sancisce l'inidoneità dell'atto a produrre i propri effetti.

Inoltre, inutilizzabilità e inefficacia non consentono oggi – come si chiarirà in seguito – un approdo sicuro in sede di legittimità e rischiano così di pregiudicare la tutela della legalità probatoria.

In posizione mediana un diverso indirizzo correla la nullità ai soli vizi di assunzione della prova¹². Nondimeno, malgrado per i divieti probatori (tra cui rientra l'incapacità del teste) l'aggancio alla disciplina della nullità

¹¹ I termini «elemento di prova» e «risultato di prova» sono utilizzati nell'accezione di G. UBERTIS, voce *Prova (in generale)*, in *Dig. disc. pen.*, X, Torino, 1995, 307.

¹² Si v. A. TEDOLDI, *L'istruzione probatoria nell'appello civile*, Padova, 2000, 259: «la prova nulla non è la prova da cui la parte è decaduta [...] né può identificarsi con la deduzione istruttoria dichiarata inammissibile o irrilevante»; B. CIACCIA CAVALLARI, *La rinnovazione nel processo di cognizione*, Milano, 1981, 412; A. RONCO, *Testimonianza e documento unilaterale tra regole ed eccezioni*, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 240: «una cosa è il difetto dei requisiti formali di cui agli artt. 121 e segg. c.p.c., altra cosa è l'inammissibilità o l'inutilizzabilità processuale di un determinato strumento di conoscenza del passato»; C.E. BALBI, *Omessa verbalizzazione della parola «giuro» nel giuramento decisorio*, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, 1671, 1672, per il quale «l'acquisizione probatoria [...] è pur sempre un procedimento che si compone di atti ammissivi e di atti assuntivi della prova, e che gode di una propria autonomia rispetto alla serie di atti di cui si compone il procedimento di cognizione. Se può ammettersi che la carenza di presupposti per l'ammissione di una prova può dare luogo ad un tipo di nullità che non rientra nella disciplina degli artt. 156 e segg. del codice di proc. civ. e che, quindi, può essere rilevata d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento, questa soluzione non è più così sicura quando si tratti di una nullità per vizi di forma degli atti di assunzione di una prova. Il difetto di forma di un atto del procedimento probatorio comporta una difformità rispetto al modello legale, ma è una difformità che, riguardando esclusivamente la forma, potrebbe rientrare analogicamente nell'ambito delle previsioni delle norme sulla nullità per vizi di forma degli atti del processo»; in senso diametralmente opposto G.F. RICCI, *Le prove illecite nel processo civile*, cit., 46, secondo cui «con riferimento all'atto di assunzione non si può mai parlare di invalidità o di inefficacia, ma al massimo si dovrà vedere se il suo risultato debba o non debba essere preso in considerazione». Per contro, «di nullità si potrà tutt'al più parlare con riferimento all'ordinanza di ammissione della prova illecita. Più che revocabile, essa potrà pertanto essere dichiarata nulla secondo l'art. 156 c.p.c., e la nullità potrà essere sollevata ovviamente anche dopo l'assunzione della prova».

sia meno immediato¹³, non sembra che la patologia istruttoria possa evocare conseguenze diverse in ragione della fase di genesi del vizio¹⁴.

Anzitutto, l'applicabilità della normativa in parola ad ogni vizio riscontrato nella fase istruttoria sarebbe *de plano* risolta in senso positivo se si adottasse una nozione ampia di forma dell'atto processuale, idonea a ricomprendere non solo la veste esteriore dell'atto ma ogni prescrizione inerente ad adempimenti necessari perché l'atto possa coordinarsi con altri inserendosi in una serie di atti tesi ad un risultato finale¹⁵.

¹³ Non a caso nel processo penale è sorta l'esigenza di generalizzare la categoria dell'inutilizzabilità, specialmente destinata a regolare i c.d. divieti d'uso probatorio (per tutti A. SCELLA, *op. loc. cit.*).

¹⁴ Cfr. M. TARUFFO, *Fatti e prove*, in ID. (a cura di), *La prova nel processo civile*, cit., 75, per il quale «la prova è nulla quando è stata ammessa in violazione di una norma che ne stabilisce l'inammissibilità, oppure quando è stata assunta violando le norme che ne regolano le modalità di assunzione in giudizio»; A. GRAZIOSI, *Usi e abusi di prove illecite e prove atipiche nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 700, nt. 15, ritiene che la disciplina della nullità degli atti sia applicabile tanto ai vizi di ammissione quanto ai vizi di assunzione della prova: «è possibile che una prova (costituenda) si formi in modo illegittimo anche all'interno del processo, allorchando la stessa venga ammessa, o assunta dal giudice, al di fuori o in contrasto con i limiti fissati dalla legge». Il problema che si pone in queste ipotesi è «quello della validità degli atti processuali che hanno condotto alla formazione del mezzo istruttorio; pertanto è alla disciplina della nullità degli atti (artt. 156 ss. c.p.c.) che si deve fare riferimento, più che a quella probatoria in senso stretto»; si v. inoltre E. ALLORIO, *Efficacia giuridica di prove ammesse ed esperite in contrasto con un divieto di legge?*, cit., 869, 870, per il quale «condizione perché una prova costituenda possa legalmente spiegare efficacia in sede di formazione del convincimento del giudice è che si sia compiuto nella sua interezza il procedimento probatorio, composto, in primo luogo, del provvedimento (ordinanza) ammissivo della prova, ed in secondo luogo dell'atto di istruzione probatoria, col quale al provvedimento ammissivo sia stata data esecuzione». Così ragionando, «l'ammissione di una prova, che non doveva ammettersi all'esperimento o alla produzione, è atto invalido: l'efficacia di quella prova manca quindi del necessario piedistallo, e deve escludersi».

¹⁵ R. ORIANI, voce *Atti processuali I) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, 11; L. MONTESANO, *Questioni attuali su formalismo, antiformalismo e garantismo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, 3 ss.; R. POLI, *Invalitità ed equipollenza degli atti processuali*, cit., 42 ss., per il quale «dalle disposizioni del codice di rito sembra che il legislatore abbia adottato un concetto estremamente ampio di forma dell'atto processuale, in grado di ricomprendere tutti i requisiti previsti dal modello legale». «La forma non rileva come uno dei requisiti della fattispecie dell'atto, ma viene intesa come l'insieme dei requisiti che concorrono alla formazione dell'atto stesso, alla sua realizzazione materiale; aventi o meno, tali requisiti, una connotazione estrinseca, che si manifesta nella realtà concreta dell'atto: il concetto di forma connota quindi le condizioni – percettibili o meno alla realtà esterna – che hanno strutturato il procedimento di formazione dell'atto processuale». Con specifico riferimento al settore d'interesse l'A. rileva che anche nelle ipotesi in cui «il requisito extraformale sembra conservare autonoma rilevanza – come, ad es., la volontà nella confessione –

Da diversa angolazione, anche non attribuendo alla nozione di forma dell'atto questa latitudine, la prova testimoniale, al pari degli altri mezzi di prova, è connotata da presupposti, come la capacità del terzo, che ne condizionano la validità¹⁶.

Sul punto può essere evocata la distinzione elaborata in materia di nullità degli atti processuali tra vizi formali ed extraformali. In virtù di questa, come noto, sono considerati vizi formali quelli relativi alla veste esteriore dell'atto, alla forma-contenuto¹⁷; i vizi extraformali sono invece in via residuale gli ulteriori vizi, ovvero quelle difformità che comunque si manifestano nella fattispecie e inficiano i presupposti per il valido compimento dell'atto¹⁸, tra i quali si è soliti tradizionalmente ricomprendere, ad esempio, i vizi di capacità e legittimazione¹⁹.

non mutano le premesse e le conclusioni di fondo [...]. Infatti, nulla impedisce di affermare che, anche in questi casi, la presenza o la mancanza di quel requisito afferiscono al procedimento di formazione dell'atto, e dunque al suo modo di essere, pur in mancanza di evidenze percettibili alla realtà esterna».

¹⁶ Oltre ai divieti probatori, è sufficiente pensare al rispetto dei principi che informano l'istruttoria, primo fra tutti il principio dispositivo. Ancora, secondo la tesi qui sostenuta, l'art. 2732 c.c. valorizza l'elemento della volontà quale presupposto extraformale per la validità della dichiarazione confessoria.

¹⁷ Come noto, con l'espressione *forma dell'atto* si rinvia invero ad un *quid pluris*, comprensivo anche del contenuto dell'atto (è sufficiente evocare la disciplina dell'atto di citazione *ex art. 163 c.p.c.*).

¹⁸ E. GRASSO, *La regola della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e la nullità da "ultra" ed "extra" petizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1965, 411. A *contrariis* può dirsi che per forma deve intendersi ciò che non è presupposto, ciò che non sta prima e al di fuori dell'atto: cfr. F. CORDERO, *I fatti giuridici processuali penali*, Milano, 1955, 165 ss.

¹⁹ Senza pretesa di completezza, distinguono tra nullità formali ed extraformali V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Napoli, 1979, 535 ss.; F. AULETTA, *Nullità e «inesistenza» degli atti processuali civili*, Padova, 1999, 146; G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, *I principi*, Bari, 2019, 295, il quale ritiene che la disciplina generale dettata per le nullità formali sia in larga parte adattabile a quelle non formali; A. LUGO, *Manuale di diritto processuale civile*, a cura di C. DE ANGELIS, Milano, 2012, 153, per il quale non è possibile riferire, almeno direttamente, le norme relative alla nullità degli atti processuali ai vizi derivanti da «motivi sostanziali, come il difetto di legittimazione o di capacità delle parti»; B. CIACCIA CAVALLARI, *La rinnovazione nel processo di cognizione*, cit., 98; L.P. COMOGLIO, *Forma e nullità degli atti*, in L.P. COMOGLIO – C. FERRI – M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, I, *Il processo ordinario di cognizione*, Bologna, 2011, 398, che ricomprende tra i presupposti extraformali i requisiti di titolarità e di esercizio dei corrispondenti poteri di compiere atti processuali determinati; F. DANOVI, *Il linguaggio del processo*, Milano, 2018, 10 ss.; V. DENTI, voce *Invaldità (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, Agg., I, 1997, 709; E. GRASSO, *La regola della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e le nullità da "ultra" ed "extra" petizione*, cit., 410 ss.; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, *Principi generali*, Milano, 2021, 435; S. LA CHINA, *Diritto processuale civile. Le disposizioni generali*, Milano, 1991, 749 ss., individua i vizi extraformali nelle nullità riguardanti:

Orbene, se il punto di partenza è perlopiù rappresentato dall'asserzione che gli artt. 156-162 c.p.c. riguardano i vizi formali degli atti processuali, nelle poliedriche ricostruzioni dottrinali sul tema emerge non già un'aprioristica esclusione dell'applicabilità della disciplina in materia di nullità ai vizi extraformali ma al contrario una diffusa ritrosia a ritenere la disciplina dettata in tema di vizi formali *tout court* inapplicabile ai vizi extraformali. Si registra una ragionevole cautela interpretativa, ravvisabile nella condivisibile posizione di chi ha osservato che la normativa relativa alla nullità degli atti possa trovare applicazione per i vizi non formali, se non

a) atti compiuti da soggetti non formalmente legittimati a compierli; b) atti compiuti oltre il termine perentorio; c) atti compiuti in violazione del contraddittorio; d) atti dipendenti da atti precedenti nulli. Ai riscontrati vizi extraformali ritiene che possano applicarsi i primi due commi dell'art. 156 c.p.c. e, talvolta, non in via generale, anche gli artt. 156, 3° comma, e 157 c.p.c.; G. MARTINETTO, *Della nullità degli atti processuali*, in E. ALLORIO (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, I, 2, Torino, 1973, 1579 ss.; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., *passim*, ricomprende nella categoria dei vizi non formali quelli relativi alla costituzione del giudice, giurisdizione, competenza, capacità di essere parte, capacità processuale, difesa tecnica, legittimazione ad agire, integrità del contraddittorio e interesse ad agire; G. VERDE, *Diritto processuale civile* 1. *Parte generale*, agg. a cura di F. AULETTA, G.P. CALIFANO – G. DALLA PIETRA – N. RASCIO, Bologna, 2015, 276, per il quale la circostanza che soltanto l'art. 158 c.p.c. disciplini un tipo di nullità extraformale conferma l'inapplicabilità in via diretta della disciplina generale sulle nullità alla categoria dei vizi non formali: «la soluzione dei vari problemi pratici va ricercata nei luoghi in cui sono disciplinati i singoli presupposti», e così ad es. negli artt. 37, 38, 75, 182 c.p.c. In senso critico su tale distinzione, nella misura in cui su di essa si fonda la mancata applicazione ai vizi extraformali della disciplina generale in materia di nullità, C. FURNO, *Nullità e rinnovazione degli atti processuali*, in *Studi in onore di E. Redenti*, I, Milano, 1951, 410 ss.; C. MANDRIOLI, *In tema di vizi c.d. «non formali» degli atti processuali civili*, in *Jus*, 1966, 320 ss.; L. MONTESANO, *Questioni attuali su formalismo, antiformalismo e garantismo*, cit., 3 ss.; L. MONTESANO – G. ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, I, 1, Padova, 2001, 806 ss.; C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, I, *I soggetti e gli atti*, cit., 81, che annovera tra i requisiti non formali la volontarietà dell'atto, la capacità e la legittimazione processuale, ma evidenzia come la distinzione sia utile soltanto a fini descrittivi e non certo per fondare su di essa un rigido e differente regime applicativo; R. POLI, *Invalidità ed equipollenza degli atti processuali*, cit., 34 ss.; N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, Milano, 2013, 268, ritiene che anche le nullità extraformali rientrino nell'ambito della disciplina generale di cui agli artt. 156 ss., in quanto non derogata da specifiche disposizioni (è il caso degli artt. 37, 38 e 182 c.p.c.); C. BESSO, *Il processo civile. Nozioni generali*, Torino, 2015, 215, per la quale i requisiti di capacità e legittimazione del soggetto che pone in essere l'atto e i c.d. presupposti processuali non si sottraggono all'applicazione della disciplina della nullità degli atti.

in via diretta, almeno in via analogica²⁰, ovvero, similmente, in coloro che sottolineano l'esigenza di una verifica nel caso concreto²¹.

Inoltre, «anche i requisiti non formali di titolarità o di esercizio dei poteri finiscono con l'assumere una rilevanza formale indiretta, nella concatenazione del procedimento, inficiando a loro volta la validità formale degli atti compiuti (nonché quella degli atti posteriori che ne dipendano)²²».

Anche con riferimento all'istruzione probatoria sembra possibile individuare nullità extraformali²³ – come il difetto di capacità del teste – idonee a contaminare la veste formale dell'episodio istruttorio. In conclusione, si ritiene di non condividere l'idea che la prova nulla si identifichi soltanto con la prova acquisita in dispregio delle regole fissate per l'assunzione. Per converso, l'assunzione potrà risultare viziata tanto per vizi propri, cioè inerenti alla fase assuntiva, quanto in via derivata per vizi risalenti ad un'errata ammissione della prova, non potendosi peraltro escludere che l'assunzione cumuli più profili di nullità, alcuni in via derivata, altri propri.

²⁰ F. CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, I, Roma, 1956, 337, 338 e G. TARZIA, *Profili della sentenza civile impugnabile*, Milano, 1967, 133.

²¹ R. ORIANI, voce *Nullità degli atti processuali I) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, 2.

²² Così L.P. COMOGLIO, *Forma e nullità degli atti*, in L.P. COMOGLIO – C. FERRI – M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, cit., 398 e 403, che conclude: «in definitiva, non potrebbe mai reputarsi formalmente valido un atto comunque posto in essere nell'esercizio di un potere viziato»; pertanto «non è da escludere la possibilità di applicare anche ai vizi non formali talune regole sancite dagli artt. 156-162 per i vizi di forma»; nello stesso senso C. MANDRIOLI – A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, I, *Nozioni introduttive e disposizioni generali*, Torino, 2019, 517, secondo cui «anche i requisiti che inizialmente hanno natura non formale finiscono – con lo svolgersi della serie degli atti – col divenire formali anch'essi, poiché quando un atto si compie senza che quello precedente abbia posseduto tutti i requisiti, si estrinseca in condizioni diverse da quelle volute dalla legge»; N. PICARDI, *op. cit.*, 268, per il quale «l'esercizio di un potere, anche se carente o viziato, si traduce, sempre e necessariamente, in un atto nullo, che, a sua volta, si comunicherà ex art. 159 agli atti successivi e dipendenti. Finiamo, pertanto, per trovarci sempre in presenza di requisiti di forma contenuto e della loro validità».

²³ Per l'adozione di questa prospettiva cfr. S. LA CHINA, *Diritto processuale civile. Le disposizioni generali*, cit., 753, secondo cui la consulenza tecnica svolta da un perito non iscritto all'albo o ad un albo differente rispetto a quello cui si riferiscono le indagini affidategli integra la carenza di un vizio extraformale per difetto di legittimazione a compiere l'atto. Si v. altresì F. AULETTA – V. CAPASSO, *Lo statuto dei poteri del consulente tecnico d'ufficio: ansia da nomofilachia... con colpo di scena finale*, in *Corr. giur.*, 2020, 1536; F. MARELLI, *La conservazione degli atti invalidi nel processo civile*, Padova, 2000, 140 ss.

3. – Se è corretto relazionare la nullità agli atti di acquisizione probatoria, è possibile proseguire nell'indagine e calibrare il regime d'invalidità della testimonianza resa dal terzo incapace.

La non appartenenza della capacità testimoniale ai requisiti formali *stricto sensu* intesi non è a questo fine risolutiva, se è vero che la distinzione tra nullità formali ed extraformali non erige insuperabili regimi applicativi²⁴.

Così, se è pacifico che la testimonianza dell'incapace – come la natura di ogni divieto probatorio impone – non possa essere oggetto di rinnovazione o sanatoria per raggiungimento dello scopo, desta incertezza la configurata natura relativa della nullità.

Per giungere a questo risultato la giurisprudenza adotta il criterio dell'interesse, pubblico ovvero privato, sotteso alla norma di volta in volta considerata²⁵. In particolare, la rilevabilità officiosa scaturisce dalla violazione di un requisito previsto dalla legge per interessi di natura pubblicistica²⁶; la rilevabilità su istanza di parte scaturisce invece dalla violazione di un requisito stabilito nell'interesse esclusivo delle parti, quale sarebbe, in tesi, la capacità del teste chiamato a deporre²⁷.

²⁴ Come è stato rilevato, basti pensare alla circostanza che la legge attribuisce ad un vizio formale, la mancata sottoscrizione della sentenza *ex art.* 161, comma 2, c.p.c., il regime più grave di nullità (R. POLI, *Commento all'art. 156*, cit., 1823). Hanno pertanto solo valore tendenziale le indicazioni provenienti dalla dottrina, in virtù delle quali, ad esempio, le nullità extraformali si distinguerebbero da quelle formali in quanto caratterizzate dalla insanabilità (E. GRASSO, *La regola della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e le nullità da "ultra" ed "extra" petizione*, cit., 419; G. MARTINETTO, *Della nullità degli atti processuali*, cit., 1614 ss.).

²⁵ Così E. MINOLI, *L'acquiescenza nel processo civile*, Milano, 1942, 191; F. MARELLI, *op. cit.*, 142.

²⁶ E. GRASSO, *La regola della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e la nullità da "ultra" ed "extra" petizione*, cit., 418 ss., osserva come il corretto dispiegarsi del processo non possa considerarsi esclusivamente a beneficio pubblico e dunque come la selezione tra interesse pubblico o privato sotteso alla norma debba essere risolto sulla scorta di un criterio di prevalenza tra i due interessi, giacché è palese che anche le parti che usufruiscono del servizio giustizia hanno interesse ad una decisione che sia la risultante di un processo condotto in ossequio ai canoni del contraddittorio e della parità delle armi. In ugual modo, a ben vedere, ogni norma processuale è tesa a massimizzare l'efficienza della macchina processuale e dunque in ognuna può essere rinvenuto un interesse pubblico. Per la distinzione sulla base del criterio dell'interesse pubblico o privato cfr. R. ORIANI, *Nullità degli atti processuali I) Diritto processuale civile*, cit., 10; G. MARTINETTO, *op. cit.*, 1596.

²⁷ D'altro canto, simile criterio distintivo è stato oggetto di critiche nella misura in cui appare generico, privo di una base normativa che ne avvalori la fondatezza, e non esente da consistenti margini di discrezionalità, «con la conseguenza che la rilevabilità d'ufficio finisce per essere strettamente condizionata a monte dalla personale concezione più o meno pubblicistica sia del processo unitariamente considerato, sia dello specifico requisito che viene preso in considerazione» (R. POLI, *Invalidità ed equipollenza degli atti processuali*, cit., 193).

Più voci hanno tuttavia evidenziato come – a prescindere beninteso dalla condivisione ideologica del dettato normativo – l'art. 246 c.p.c. sia posto a tutela del corretto convincimento del giudice, funzione di ordine pubblico che non può essere rimessa alla (tempestiva) eccezione delle parti²⁸.

Si è inoltre rilevato che ulteriore funzione di matrice pubblicistica della disposizione, del pari idonea a giustificare il rilievo officioso dell'incapacità, vada individuata nella tutela del testimone – parte potenziale perché titolare di un diritto o interesse che ne legittimerebbe l'intervento in giudizio –, chiamato a deporre con obbligo di verità sanzionato penalmente su fatti che possono senz'altro rilevare nell'accertamento della propria situazione giuridica soggettiva non ancora azionata²⁹.

Oltre a tali considerazioni, ritenere che l'incapacità del teste non sia sottratta al meccanismo di sanatoria soggettiva presuppone a ben vedere la risoluzione in una certa direzione di questioni di non poco momento.

In primo luogo, si deve accettare che l'eccezione di inammissibilità della parte interessata si atteggi a condizione necessaria per la pronuncia del giudice d'inammissibilità della prova: in altri termini, il giudizio di ammissibilità verrebbe condizionato all'istanza di parte, che sarebbe onerata di «attivarlo». La conclusione implicherebbe una lettura disinvolta dell'art. 183, comma 7, c.p.c. a tenore del quale «il giudice provvede sulle richieste istruttorie fissando l'udienza di cui all'articolo 184 per l'assunzione dei mezzi di prova ritenuti ammissibili e rilevanti», e dell'art. 245 c.p.c., in forza del quale il giudice «elimina i testimoni che non possono essere sentiti per legge». In effetti dalle disposizioni si evince l'attribuzione al giudice (e non alle parti) di un potere-dovere di valutare l'ammissibilità (e la rilevanza) della prova³⁰, esegesi che porterebbe a confermare l'esclusione ufficiosa delle prove inammissibili dal novero delle prove da assumere³¹.

²⁸ M. TARUFFO, voce *Prova testimoniale (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 738; V. ANDRIOLI, voce *Prova testimoniale (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1967, 338; A. DONDI, voce *Prova testimoniale nel processo civile*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., vol. XVI, Torino, 1997, 49; L. DITTRICH, *I limiti soggettivi della prova testimoniale*, Milano, 2000, 373 ss.; ID., *Le prove nel processo civile e arbitrale*, Milano, 2021, 295; A. RONCO, *Sulla rilevanza dei limiti oggettivi (e soggettivi) della prova testimoniale*, in *Giur. it.*, 2021, 870.

²⁹ L. DITTRICH, *I limiti soggettivi della prova testimoniale*, cit., 375; ID., *Le prove nel processo civile e arbitrale*, Milano, 2021, 321 e 322, che ravvisa inoltre la violazione dell'art. 3 Cost., considerato che la parte attuale del processo non ha alcun obbligo di verità, «mentre la parte potenziale, nonostante l'esistenza dell'art. 246 c.p.c., che lo esime dal rendere testimonianza, potrebbe trovarsi, a causa dell'inerzia (o la collusione) delle parti ad eccipire l'incapacità, a rendere una deposizione sotto giuramento potenzialmente a lui gravemente sfavorevole».

³⁰ In questo senso cfr. Cass., 20 marzo 1998, n. 2935, per la quale «il giudice di merito ha il potere-dovere di rilevare i casi di inammissibilità della prova [...], indipendentemente dall'istanza della parte interessata, fin quando la prova non

In secondo luogo, se si lega il rilievo di inammissibilità all'istanza della parte interessata, occorre altresì accettare che nei processi contumaciali il giudice (salvo inopportune diversificazioni, con la creazione di un regime *ad hoc* per i processi contumaciali) sia tenuto ad ammettere in ogni caso tutte le prove la cui inammissibilità trovi fondamento in una norma apprezzata a tutela delle sole parti³².

Ferme le criticità che precedono, può darsi conto delle conseguenze che la giurisprudenza trae dalla ritenuta natura relativa della nullità studiata.

È pacifica la necessità di eccepire la nullità della prova nel momento immediatamente successivo all'assunzione³³, senza che la preventiva eccezione di incapacità di testimoniare possa ritenersi comprensiva dell'eccezione di nullità della testimonianza comunque ammessa e assunta nonostante quella previa opposizione³⁴.

abbia avuto concreto inizio. Ed infatti, l'art. 184 c.p.c. (*in seguito alla l. 263/2005, art. 183 c.p.c.*), nello stabilire che il giudice ammette i mezzi di prova se ritiene che siano ammissibili e rilevanti, gli attribuisce un potere officioso di sindacare l'ammissibilità delle stesse»; conf. Cass., 27 gennaio 1981, n. 611. In dottrina, per questi rilievi, F. DE STEFANO, *L'istruzione della causa nel processo civile*, Padova, 1999, 286; L. MONTESANO – G. ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, I, 2, Padova, 2001, 1200; A. RONCO, *Sulla rilevanza dei limiti oggettivi (e soggettivi) della prova testimoniale*, cit., 870.

³¹ Peraltro, l'elaborazione di un regime a corrente alternata – di modo che il rilievo officioso sarebbe consentito sino all'assunzione della prova, dopodiché la denuncia del vizio spetterebbe soltanto alla parte – sembra entrare in contraddizione con la predicata natura relativa della nullità e con la libera modificabilità e revocabilità delle ordinanze istruttorie.

³² In senso critico, considerata la posizione neutra accolta dal codice di rito nei confronti della parte contumace, A. RONCO, *op. ult. cit.*, 868 e 870. Sulla questione cfr. in giurisprudenza Cass., 18 luglio 2008, n. 19942; Cass., 9 gennaio 2002, n. 194; Cass., Sez. Un., 13 gennaio 1997, n. 264, per le quali se la parte interessata deve far valere le nullità (relative) della prova nella prima istanza o difesa successiva al loro verificarsi, ne deriva che «dette nullità non possono essere fatte valere in sede di impugnazione, per cui neppure alla parte contumace è consentito dedurre in tale sede l'inammissibilità della prova testimoniale, una volta che in primo grado la prova sia stata ammessa ed espletata senza opposizione».

³³ Oppure, in caso di assenza del procuratore della parte all'incombente istruttorio, entro la successiva udienza (*ex plurimis* Cass., 12 febbraio 2021, n. 3685).

³⁴ Così, tra i numerosi arresti giurisprudenziali, Cass., 20 aprile 2021, n. 10374; Cass., 19 agosto 2014, n. 18036; Cass., 7 agosto 2004, n. 15308; Cass., 1 luglio 2002, n. 9553. Si è evidenziato come l'indirizzo sia oltremodo rigoroso: cfr. R. CREVANI, *La prova testimoniale*, in M. TARUFFO (a cura di), *La prova nel processo civile*, Milano, 2012, 333, che ritiene l'interpretazione giurisprudenziale «irragionevolmente formalistica» e pur confidando in un rapido cambio di orientamento auspica che «all'eccezione di nullità possa equipararsi ad ogni effetto l'istanza di revoca dell'ordinanza ammissiva della testimonianza del soggetto incapace e, comunque, ogni difesa da cui possa desumersi che la parte non ritiene valida o utilizzabile la dichiarazione resa»; ID., *Commento all'art. 246 c.p.c.*, in M. TARUFFO (a cura di), *Istruzione probatoria*, in S.

Pur volendo qualificare la nullità in discussione come relativa, una conclusione simile non sembra coerente con la disciplina della nullità degli atti. Nell'ambito del singolo mezzo di prova costituenda, va infatti considerata l'esistenza di fasi tra loro concatenate, così che i vizi relativi a una specifica fase istruttoria, se non sanati, si ripercuotono *ex art.* 159 c.p.c. sulla validità dell'intero sub-procedimento istruttorio ed eventualmente dell'elemento probatorio formato³⁵: l'incapacità del teste si riverbera dunque sull'attività di deduzione, e per derivazione sull'ordinanza ammissiva e sulla successiva assunzione testimoniale³⁶. Pertanto, l'eccezione di incapacità testimoniale formulata prima dell'assunzione dovrebbe stimarsi idonea a denunciare la nullità dell'episodio istruttorio per difetto di un requisito, non potendo per contro fungere da mera riserva di eccepire una nullità soltanto potenziale e in attesa di realizzarsi con l'assunzione³⁷.

CHIARLONI (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, Bologna, 2014, 691; M. MONTANARI, *Spunti critici in tema di giurisprudenza sui divieti legali di prova testimoniale*, in *www.unicatt.it*, § 3, per il quale l'eccezione di nullità della prova ugualmente raccolta deve ritenersi implicita nell'eccezione di inammissibilità. Si v. infine Cass., 6 maggio 2020, n. 8528, per la precisazione che «l'eccezione di incapacità a deporre, sollevata nel rispetto dell'art. 157, comma 2, all'esito dell'escussione del teste si deve intendere come idonea manifestazione della proposizione di una eccezione di nullità della prova assunta»: ciò che rileva dunque è la posteriorità dell'eccezione rispetto all'assunzione e non già la terminologia utilizzata per proporre l'eccezione.

³⁵ Oltretutto, contrariamente ad altre disposizioni in materia di nullità degli atti processuali, l'art. 159 c.p.c. non contiene riferimenti ai soli requisiti di forma. La disposizione, quindi, sembra a maggior ragione applicabile anche ai vizi non incidenti sulla forma-contenuto dell'atto, e in particolare ai limiti di ammissibilità, i quali saranno idonei a viziare l'acquisizione probatoria. Deve tenersi altresì presente che nel propagarsi agli atti successivi la nullità conserverà la natura, assoluta o relativa, propria del vizio da cui è scaturita (L. MONTESANO – G. ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, I, 1, cit., 826).

³⁶ Portando alle estreme conseguenze l'applicazione dell'art. 157, comma 2, c.p.c. alla nullità studiata, dovrebbe allora dirsi che quest'ultima deve essere eccepita nell'istanza o difesa successiva alla deduzione testimoniale, primo atto che di regola presuppone il vizio. Nella pratica però non sempre il difensore è in grado di conoscere l'interesse che legittimerebbe un intervento in giudizio del terzo e così di formulare questa eccezione dopo l'indicazione *ex art.* 244 c.p.c. di fatti e testimoni, potendo a volte i profili di incapacità emergere in seguito e segnatamente all'udienza di escussione. In queste ipotesi, si realizzerebbe un'ulteriore complicazione della disciplina, dovendo giocoforza considerarsi tempestiva l'opposizione spiegata nella difesa successiva alla notizia della nullità dell'atto.

³⁷ In questa prospettiva, invece, Cass., 19 settembre 2013, n. 21443, in *Dir. & giust.*, 2013, 1322, con osservazioni di S. CALVETTI, *Inammissibilità della prova testimoniale da eccepire ex ante, la nullità, invece, ex post*, per la quale sarebbe opportuno «ragionare tenendo in considerazione il principio acquisitivo della prova. L'eccezione di inammissibilità della prova, infatti, opera *ex ante* per impedire un atto invalido. L'eccezione di nullità della prova assunta, invece, agisce *ex post*, per evitare che gli

Sempre con riferimento al regime consolidatosi nella prassi, va segnalata la sostanziale applicazione della seconda parte dell'art. 157, comma 3, c.p.c., a tenore del quale la nullità non può essere eccepita dalla parte «che vi ha rinunciato anche tacitamente». In particolare, il principio di rinuncia tacita ad eccepire la nullità trova applicazione con riferimento alla mancata reiterazione della stessa in sede di precisazione delle conclusioni. E infatti, la giurisprudenza richiede alla parte che abbia visto respinta (anche solo implicitamente) l'eccezione di nullità della prova testimoniale di reiterare la propria eccezione in sede di precisazione delle conclusioni, dovendo altrimenti la stessa ritenersi rinunciata³⁸. Tale onere viene rappresentato nella prassi come un ulteriore corollario della disciplina delle nullità relative; la presunzione di rinuncia che esso comporta non è di poca importanza se solo si rimanda all'improponibilità davanti al giudice d'appello della questione³⁹.

In conclusione, affiora il dubbio che attraverso l'attribuzione del carattere relativo alla nullità e l'elaborazione di un severo regime di riproposizione dell'eccezione all'interno dello stesso grado di giudizio, la

effetti della prova si consolidino. Valutabili in senso diacronico, detti interessi possono essere apprezzati in modo differente dalla medesima parte, la quale, valutata la prova, può ritenerne vantaggioso l'esito, che per il principio acquisitivo giova o nuoce indipendentemente da chi abbia dedotto il mezzo istruttorio».

³⁸ Cfr. Cass., 10 agosto 2016, n. 16886; Cass., Sez. Un., 23 settembre 2013, n. 21670; conf. Cass., 10 aprile 2012, n. 5643; Cass., 30 ottobre 2009, n. 23054; Cass., 30 luglio 2004, n. 14587; Cass., 24 novembre 2004, n. 22146, in *Foro it.*, 2005, I, 370, con osservazioni di C.M. BARONE e in *Guida dir.*, 2005, 2, 76; nella giurisprudenza di merito App. Firenze 6 ottobre 2014; Trib. Treviso 4 marzo 2015; Trib. Milano 10 giugno 2013; Trib. Modena 9 febbraio 2010, che considera tardivo il rilievo effettuato con la comparsa conclusionale. In senso critico su quest'indirizzo M. MONTANARI, *Spunti critici in tema di giurisprudenza sui divieti legali di prova testimoniale*, cit., § 3, secondo cui il semplice silenzio serbato dalla parte sulla nullità probatoria al momento della precisazione delle conclusioni non può essere considerato indice sufficiente a stimare rinunciata l'eccezione. Per l'A. tale silenzio dovrebbe se non altro trovare riscontro anche nella comparsa conclusionale.

³⁹ A parere della Suprema Corte questa chiave di lettura risulta oltretutto «rispondente al valore costituzionale del contraddittorio tra le parti e dello svolgimento dello stesso nel pieno dispiegamento del diritto di difesa, coordinato con la lealtà necessaria per l'esplicazione della difesa della controparte». L'importanza della precisazione delle conclusioni risiede proprio nella tutela del principio del contraddittorio, e in particolare nell'esigenza di ciascuna parte «di conoscere la formulazione definitiva e non più mutabile delle posizioni assunte dalle altre parti». Così ragionando, «ciò che è omissso nella precisazione delle conclusioni è corretto che si intenda rinunciato, rispetto alla controparte che non avrà l'esigenza di controdedurre su quanto non espressamente richiamato» (Cass., 27 aprile 2011, n. 9410; il principio è stato successivamente condiviso anche da Cass., 27 giugno 2012 n. 10748).

giurisprudenza raggiunga l'obiettivo di una indiretta (ma consistente) erosione del limite soggettivo della prova testimoniale, accrescendo a conti fatti i dati conoscitivi a disposizione del giudice⁴⁰.

4. – Come noto, tra le cause della nullità dell'atto debbono essere ricomprese anche le nullità derivate o «per estensione», che si verificano quando un atto (o una parte dell'atto) è invalido non per un proprio vizio

⁴⁰ Così A. RONCO, *Sulla rilevanza dei limiti oggettivi (e soggettivi) della prova testimoniale*, cit., 865 e 866; L. DITTRICH, *Le prove nel processo civile e arbitrale*, cit., 295. La tendenza caratterizza l'intero comparto probatorio e interessa, per rimanere in ambito testimoniale, anche i limiti oggettivi di ammissibilità della testimonianza, con (da ultimo) Cass., Sez. Un., 5 agosto 2020, n. 16723, che ha enunciato il seguente principio di diritto: «L'inammissibilità della prova testimoniale di un contratto che deve essere provato per iscritto, ai sensi dell'art. 2725 c.c., comma 1, attenendo alla tutela processuale di interessi privati, non può essere rilevata d'ufficio, ma deve essere eccepita dalla parte interessata prima dell'ammissione del mezzo istruttorio; qualora, nonostante l'eccezione d'inammissibilità, la prova sia stata egualmente assunta, è onere della parte interessata opporre la nullità secondo le modalità dettate dall'art. 157 c.p.c., comma 2, rimanendo altrimenti la stessa ritualmente acquisita, senza che detta nullità possa più essere fatta valere in sede di impugnazione» (per un commento alla decisione, oltre al contributo di A. Ronco già citato in questa nota, si v. T.M. PEZZANI, *L'eccezione di inammissibilità della prova testimoniale per violazione dell'art. 2725, comma 1°, c.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, 685 ss.; G. TOTA, *Le Sezioni unite sul regime di rilevanza dei vizi derivanti dall'inosservanza del divieto di prova testimoniale di cui all'art. 2725, comma 1, c.c.*, in *www.judicium.it*).

All'aumento dei dati conoscitivi a disposizione dell'organo giudicante contribuisce un ulteriore e non secondario aspetto, che tutte le modalità di convalidazione soggettiva della nullità (relativa) esaminata condividono. Si è visto che la mancata eccezione di nullità comporta la sanatoria e l'impossibilità di rilevare successivamente il vizio. Per contro, l'omessa o intempestiva eccezione di inammissibilità e nullità della prova, così come la rinuncia ad eccepirla la nullità, sono rilevabili officiosamente in ogni stato e grado del processo. Esemplificativa in questo senso Cass., 1 luglio 2002, n. 9553, per la quale diversamente «dalle disposizioni limitative della capacità dei testimoni, le quali sono dettate nell'esclusivo interesse delle parti, la sanatoria [...] della nullità della deposizione resa da teste incapace, per decadenza della parte interessata dalla facoltà di eccepirla il vizio, risponde ad un principio di ordine pubblico, rappresentato dall'esigenza di speditezza del procedimento, i cui atti non possono restare esposti ad eccezioni di nullità per un periodo di tempo indefinito. La decadenza della parte dalla eccezione di nullità e la corrispondente sanatoria della nullità dell'atto sono, pertanto, rilevabili di ufficio dal giudice in ogni stato e grado del procedimento (salva la preclusione da giudicato) e possono, quindi, essere prospettate per la prima volta anche nel giudizio di cassazione»; conf. Cass., Sez. Un., 23 settembre 2013, n. 21670; Cass., 30 ottobre 2009, n. 23054. In definitiva, se il silenzio serbato dalla parte interessata a rilevare la nullità è utile alla controparte, viceversa, il silenzio serbato dalla parte interessata ad eccepirla l'intempestiva (o la rinuncia alla) proposizione dell'eccezione di nullità ad opera dell'avversario non si rivela utile, non essendo configurabile una sanatoria per intervenuta decadenza ad eccepirla la tardività dell'eccezione di nullità della prova.

bensì perché dipendente (e di regola successivo) da un atto (o da un segmento dell'atto) viziato⁴¹.

Si è detto che gli effetti della nullità si propagano internamente alla singola prova, considerata l'esistenza di fasi tra loro concatenate. Al contempo, tuttavia, ogni esperimento probatorio rappresenta un universo impermeabile alle nullità riguardanti gli altri mezzi istruttori che compongono complessivamente il mosaico probatorio⁴².

Pertanto, la nullità della testimonianza resa dal soggetto incapace – ma a questo punto dell'indagine il discorso può coinvolgere tutte le nullità probatorie – riguarda l'episodio istruttorio *uti singulus* e non può – di regola⁴³ – riversarsi su ulteriori prove.

Problematiche maggiori destano gli effetti espansivi «esterni»⁴⁴ delle nullità probatorie, ovvero l'idoneità delle nullità riguardanti gli atti istruttori a ripercuotersi sugli atti successivi e diversi, e in particolare sull'atto finale, cioè la sentenza.

⁴¹ L'art. 159 c.p.c., nel disporre che «la nullità di un atto non importa quella degli atti precedenti, né di quelli successivi che ne sono indipendenti», risponde a finalità di economia processuale e intende circoscrivere i confini e le conseguenze della nullità di un atto processuale, attuando il principio *utile per inutile non vitiatur*. Per l'inquadramento della norma quale espressione dei principi di economia processuale e di conservazione dell'atto cfr. L.P. COMOGLIO, *Il principio di economia processuale*, I, Padova, 1980, 167 ss.

⁴² «Ad es., l'ordinanza che ammetta a testimoniare A e B, se affetta da nullità per incapacità del teste A ex art. 246, conserverà valore per l'ammissione del teste B, immune da quella ragione di incapacità» (N. PICARDI, *op. cit.*, 271; identicamente F.P. LUISSO, *Diritto processuale civile*, I, *Principi generali*, cit., 430: «la nullità nell'assunzione di un testimone non impedisce che l'assunzione degli altri testimoni sia pienamente valida ed efficace. Se ad es. un testimone era incapace di deporre (art. 246 c.p.c.), la prova testimoniale è invalida con riferimento a quel testimone e non agli altri»); F. DANOVÌ – L. SALVANESCHI, *Diritto processuale civile. I principi*, Milano, 2021, 407. Per un ulteriore e differente esempio cfr. ancora N. PICARDI, *op. cit.*, 272: «annullata la consulenza tecnica d'ufficio per mancato rispetto del contraddittorio, non ne seguirà la nullità della successiva ordinanza con la quale, nel corso della stessa istruzione probatoria, si siano chieste informazioni ex art. 213 su altro punto della vertenza e viceversa».

⁴³ In qualche caso limite è tuttavia legittimo chiedersi se una prova nulla possa contagiare un altro mezzo istruttorio. Si ponga l'esempio del teste incapace ex art. 246 c.p.c. che faccia riferimento nella propria deposizione a persone in grado di conoscere i fatti di causa e che grazie a questa indicazione venga disposta l'audizione del terzo ai sensi dell'art. 257 c.p.c. In base alla risoluzione della questione la deposizione del c.d. teste di riferimento potrà essere considerata validamente assunta oppure invalida.

⁴⁴ Per la distinzione tra effetti espansivi interni ed esterni all'atto processuale cfr. S. SATTA – C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova, 2000, 245.

Se è certamente da escludere la sussistenza di un nesso di dipendenza con atti processuali diversi⁴⁵, occorre chiedersi se tale inidoneità a propagare effetti invalidanti sugli atti successivi venga confermata anche nel caso in cui il giudice assuma a fondamento della propria decisione una prova nulla, ossia una prova che sia il risultato di un atto di acquisizione viziato⁴⁶.

Se il quesito ha scarsa rilevanza avanti al giudice d'appello, ove l'eccezione di nullità della deposizione del teste incapace deve essere formulata con motivo di gravame, ovvero, se sollevata dalla parte vittoriosa in primo grado, da questa riproposta nel giudizio di gravame a norma dell'art. 346 c.p.c.⁴⁷, in sede di legittimità dalla risoluzione della questione prospettata dipende la (possibilità e) scelta del motivo di impugnazione della sentenza fondata sulla prova nulla⁴⁸.

⁴⁵ Cfr. *ex plurimis* V. DENTI, *Volontarietà e volontà nel trattamento degli atti processuali*, in ID., *Dall'azione al giudicato*, cit., 205 ss.; R. ORIANI, voce *Nullità degli atti processuali* I) *Diritto processuale civile*, cit., 13; G. MARTINETTO, *op. cit.*, 1625; F. MARELLI, *La conservazione degli atti invalidi nel processo civile*, cit., 68; G. TARZIA – F. DANOVÌ – L. SALVANESCHI, *Lineamenti del processo civile di cognizione*, Milano, 2021, 12; L.P. COMOGGIO, *Forma e nullità degli atti*, in L.P. COMOGGIO – C. FERRI – M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, cit., 411; R. VACCARELLA, *Inattività della parti ed estinzione del processo di cognizione*, Napoli, 1975, 74 ss.; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 212.

⁴⁶ Per tale inidoneità G. MONTELEONE, *Manuale di diritto processuale civile*, I, *Disposizioni generali. I processi di cognizione di primo grado. Le impugnazioni*, Padova, 2015, 306; B. CAVALLONE, *Critica della teoria delle prove atipiche*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, 733, nt. 146; G.F. RICCI, *Il giudizio civile di cassazione*, Torino, 2019, 168; ID., *Diritto processuale civile*, I, *Disposizioni generali*, Torino, 2017, 290, secondo cui gli atti istruttori «non sono atti di impulso processuale, ma si pongono quali eventi distinti e separati l'uno dall'altro, destinati unicamente a dare la dimostrazione del fatto, per cui i loro vizi si sostanziano nell'eliminazione della prova dalla trama dei restanti atti del processo e cioè nella loro semplice inefficacia al raggiungimento dello scopo. Non si pone pertanto per esse [...] il problema dell'estensione del vizio di cui all'art. 159, 1° comma»; C. BESSO, *Il processo civile. Nozioni generali*, Torino, 2015, 218, per la quale mentre gli atti propulsivi determinano l'invalidità degli atti posteriori, gli atti istruttori non operano in questo senso, «anzi rispetto ad essi [...] sarebbe più corretto parlare, anziché di nullità, di irrilevanza dell'atto viziato rispetto alla decisione»; F. AULETTA, *La nullità della relazione del consulente tecnico: un confronto tra principi di offensività del vizio e di coerenza nella difesa della parte*, in *Corr. giur.*, 2016, 262 e 263, con riferimento alla consulenza tecnica, afferma l'estendibilità della nullità all'atto finale (la relazione), ma esclude che la nullità possa propagarsi sino alla sentenza.

⁴⁷ *Ex multis* Cass., 23 novembre 2016, n. 23896; Cass., 29 marzo 2005, n. 6555; Cass., 26 maggio 1986, n. 3521; Cass., 9 febbraio 1973, n. 392.

⁴⁸ È utile osservare che il giudizio di fondatezza della censura per violazione dell'art. 246 c.p.c. risulta quasi sempre precluso dal regime di nullità descritto. Agli effetti dell'art. 366, comma 1, n. 6, c.p.c., il ricorrente deve infatti indicare di aver sollevato tempestiva eccezione di nullità della testimonianza e di aver riproposto la stessa eccezione nel prosieguo del giudizio, in sede di precisazione delle conclusioni

E infatti, se si esclude la propagazione dei vizi inerenti alle prove alla decisione finale, quest'ultima non sarà nulla, bensì ingiusta nel merito, proprio perché fondata su prove inefficaci⁴⁹. Ne deriva che non è possibile censurare *ex art. 360, n. 4, c.p.c.* la sentenza che sia fondata su una prova nulla perché tale vizio presuppone la nullità della sentenza o del procedimento⁵⁰.

Con la previgente formulazione del vizio di motivazione - «omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio» - la giurisprudenza, in sintonia con un orientamento dottrinale, riteneva in effetti che la sentenza fondata su risultanze istruttorie nulle non potesse dirsi anch'essa viziata in via derivata, bensì fosse carente sotto il profilo giustificativo e motivazionale. Più specificamente, «la nullità di un atto di acquisizione probatoria non incide sulla sentenza che da esso prescinda e non comporta, in ogni caso, la nullità (derivata) della stessa, atteso che i rapporti tra atto istruttorio nullo e sentenza non possono definirsi in termini di eventuale nullità derivata di quest'ultima, quanto, piuttosto, di giustificatezza o meno delle statuizioni in fatto della sentenza, la quale, in quanto fondata sulla prova nulla (che quindi non può essere utilizzata) o sulla esclusione di una prova con provvedimento nullo, è priva di (valida) motivazione, non già nulla a sua volta, atteso che l'atto istruttorio, puramente eventuale, non fa parte dell'indefettibile serie procedimentale che conduce alla sentenza ed il cui vizio determina la nullità, ma incide soltanto sul merito delle valutazioni (in fatto) compiute dal giudice, sindacabili in sede di legittimità esclusivamente nei limiti consentiti dall'art. 360, 1° comma, n. 5, c.p.c.⁵¹».

La Suprema Corte autorizzava quindi a censurare sotto il profilo motivazionale l'utilizzo da parte del giudice del merito di una prova nulla, fermo il limite rappresentato dal carattere di decisività del vizio, ovvero sia dalla sua idoneità a ripercuotersi in modo determinante sul dispositivo. In altri termini, la censura giustificativa veniva ammessa nel caso in cui fosse stata ritenuta decisiva una prova nulla, come tale insuscettibile di rientrare

e in appello (si v. tra le numerose pronunce Cass., 21 luglio 2021, n. 20917; Cass., 19 febbraio 2021, n. 4518; Cass., 12 febbraio 2021, n. 3685; Cass., 5 maggio 2020, n. 8478).

⁴⁹ Così G. MONTELEONE, *Manuale di diritto processuale civile*, I, cit., 306.

⁵⁰ G.F. RICCI, *Il giudizio civile di cassazione*, cit., 168, per il quale, dunque, «la nullità di una prova sia che dipenda da vizi intrinseci (ad es. consulenza tecnica, in cui non sono stati notiziati i consulenti di parte o espletata in violazione dell'art. 195, terzo comma), che da vizi estrinseci (ad es. una prova ammessa nonostante sia stata dedotta oltre i termini di cui ai nn. 2 e 3 dell'art. 183), si esaurisce in se stessa» e il vizio rileverà tutt'al più secondo i criteri dei nn. 3 e 5 dell'art. 360 c.p.c.

⁵¹ Così Cass., 3 settembre 2014, n. 18587; conf. Cass., 11 marzo 2013, n. 5976; Cass., 27 luglio 2011, n. 16441; Cass., 28 luglio 2006, n. 17247; Cass., 23 settembre 2004, n. 19072.

nel coacervo probatorio idoneo a fondare la decisione⁵². In quest'ultimo caso l'omissione consisterebbe nel non aver motivato l'invalidità della prova e nel diverso esito a cui si sarebbe pervenuti ove per contro fosse stata correttamente sancita l'inefficacia della prova.

La sussunzione delle nullità istruttorie *sub* art. 360, n. 5, c.p.c., d'altro canto, non poteva e tuttora non può dirsi pacifica. Secondo un diverso indirizzo il vizio istruttorio andrebbe denunciato *ex* art. 360, n. 4, c.p.c., come *error in procedendo*. E infatti, benché non possa stabilirsi un nesso di dipendenza necessario tra atto probatorio e sentenza, tale nesso non può dirsi in assoluto inesistente ma potrà essere riscontrato in via eventuale. La dipendenza della sentenza dall'atto viziato non sarebbe *a priori* insussistente ma meramente eventuale, da accertarsi nel caso concreto, cosicché la sentenza risulterebbe viziata soltanto là dove l'atto istruttorio nullo venisse in concreto utilizzato dal giudice del merito. La circostanza che il vizio dell'atto di acquisizione probatoria non impedisca mai la decisione nel merito non esclude la nullità di quella specifica decisione che in concreto recepisca nella risoluzione della *quaestio facti* la prova viziata⁵³.

⁵² Cfr. Cass., 10 ottobre 2014, n. 21418, che ha ritenuto inammissibile per difetto di interesse processuale all'impugnazione il ricorso avverso la sentenza che aveva giudicato tardiva l'eccezione di inammissibilità della prova testimoniale *ex* art. 246 c.p.c., in quanto la testimonianza assunta non si era rivelata decisiva ai fini della decisione della controversia. Si v. poi Cass., 31 gennaio 2007, n. 2201, per la quale quando «con il ricorso per cassazione venga censurata l'ammissione, da parte del giudice del merito, di una prova in seguito regolarmente espletata è necessario che il ricorrente indichi le ragioni del carattere decisivo di tale mezzo istruttorio in ordine alla risoluzione della controversia giacché, per il principio di autosufficienza del ricorso, il controllo della decisività della prova che si assume illegittimamente ammessa ed assunta deve essere consentito alla Corte sulla base delle deduzioni contenute nell'atto impugnatorio, alle cui lacune non è possibile sopperire con indagini integrative».

⁵³ In questo senso G. TARZIA, *Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 654 ss.; R. VACCARELLA, *Inattività delle parti ed estinzione del processo di cognizione*, cit., 75; ID., *Lezioni sul processo civile di cognizione. Il giudizio di primo grado e le impugnazioni*, Bologna, 2006, 233 ss.; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 212: «la nullità di un atto di acquisizione probatoria non si estende agli altri atti del procedimento e incide sulla validità della sentenza solo se questa prende in considerazione la prova acquisita in modo nullo»; G. VERDE, *Diritto processuale civile 2. Processo di cognizione*, agg. a cura di F. AULETTA – G.P. CALIFANO – G. DELLA PIETRA – N. RASCIO, Bologna, 2015, 243, per il quale al motivo n. 4 andrebbero ricondotte «sia l'ipotesi in cui il giudice si sia avvalso per la ricostruzione del fatto di prove inammissibili, sia l'ipotesi in cui abbia escluso prove, ritenendole erroneamente irrilevanti o inammissibili; e ciò sempre che la corte giudichi che l'errore sia stato o possa essere stato decisivo»; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile, I, Principi generali*, cit., 430, per il quale vi sono «due ipotesi in presenza delle quali un processo, in cui è presente un atto nullo, non produce a sua volta una sentenza nulla. La prima ipotesi è fisiologica e si ha quando il giudice riconosce che l'atto è nullo e

In questo senso, peraltro, si orientano alcuni (meno recenti) arresti di legittimità⁵⁴.

In tale scenario si innesta la modifica dell'art. 360, n. 5, c.p.c. ad opera dell'art. 54 del d.l. n. 83/2012, convertito in l. n. 134/2012. Nel sistema attuale, a una parte della dottrina è sembrato ragionevole ricondurre l'erroneo impiego di una prova invalida all'«omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio»: l'omissione sarebbe in questo caso integrata dal non aver considerato correttamente la circostanza impeditiva all'impiego della prova⁵⁵.

quindi non ne tiene conto nella decisione. Ad es., è stato assunto un testimone che non poteva deporre, il giudice riconosce tale invalidità, e non tiene conto delle dichiarazioni di quel testimone. L'altra ipotesi si ha quando di fatto l'atto nullo non è utilizzato dal giudice, ancorché il giudice non ne dichiari espressamente la nullità»; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, *Profili generali*, Torino, 2010, 291, 292, che considera in via derivata illegittima, ovverosia emessa in violazione di norme processuali, la sentenza fondata su assunzioni probatorie invalide; seppur con riferimento alla sola consulenza tecnica, A. LEVONI, *Le disposizioni di attuazione del codice di procedura civile*, Milano, 1992, 222.

Autorevole dottrina considera invece la violazione delle regole probatorie deducibile ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c. (E.F. RICCI, *Il giudizio civile di rinvio*, Milano, 1967, 77 e 78; E. FAZZALARI, *Il giudizio civile di cassazione*, Milano, 1960, 66; V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979, 859; M. ZULBERTI, *Le impugnazioni delle decisioni equitative*, Torino, 2018, 135 ss.; ad avviso di L. LOMBARDO, *Il sindacato di legittimità della corte di cassazione*, Torino, 2015, 168, nt. 83, «fanno eccezione a questo inquadramento tra gli *errores in iudicando* ex art. 360 n. 3 cod. proc. civ. le violazioni delle disposizioni che disciplinano l'assunzione delle prove»). Per questa lettura, in giurisprudenza, Cass., 19 marzo 2014, n. 6332, secondo cui le norme poste dal codice civile in materia d'onere della prova e di ammissibilità attengono al diritto sostanziale, sicché la loro violazione integra un *error in iudicando*, e non in *procedendo*; conf. Cass., 4 febbraio 2000, n. 1247.

⁵⁴ Cfr. in particolare Cass., 15 dicembre 2003, n. 19186, a tenore della quale se il giudice, non rilevando l'intervenuta decadenza, fonda la propria decisione su una prova tardivamente acquisita al processo, la sentenza così pronunciata sarebbe affetta da nullità derivante dalla violazione di una norma sul procedimento; Cass., 18 marzo 2003, n. 3989, per la quale «in base al principio contenuto nell'art. 159 c.p.c., la nullità del singolo atto processuale dà luogo alla nullità della sentenza solo se posta in rapporto di dipendenza con l'atto nullo e, in particolare, l'eventuale nullità di una prova non comporta la nullità della sentenza adottata a definizione della controversia nella quale è stata assunta se la decisione finale della controversia non è in alcun modo fondata su detta prova»; Cass., 17 maggio 1999, n. 4796, in *Giust. civ.*, 1999, I, 2659, con nota di C. ASPRELLA, secondo cui «l'escussione di un teste da parte del giudice di pace in assenza dei difensori delle parti dà luogo a nullità insanabile della prova per violazione del principio del contraddittorio. Tale vizio, attinente alla violazione di regole processuali, è deducibile con il ricorso per cassazione» a meno che «la decisione non abbia preso in considerazione detta prova».

⁵⁵ G.F. RICCI, *Il giudizio civile di cassazione*, cit., 207.

Questa chiave di lettura appare tuttavia smentita dagli interventi della giurisprudenza di legittimità, che ha interpretato la riformulazione dell'art. 360, n. 5, c.p.c. in termini restrittivi. In particolare, ad avviso della Suprema Corte, la nuova versione della disposizione comporterebbe «la riduzione al minimo costituzionale del sindacato sulla motivazione in sede di giudizio di legittimità», con la conseguente possibilità di denunciare esclusivamente l'anomalia motivazionale «che si tramuta in violazione di legge costituzionalmente rilevante e attiene all'esistenza della motivazione in sé, come risulta dal testo della sentenza e prescindendo dal confronto con le risultanze processuali, e si esaurisce, con esclusione di alcuna rilevanza del difetto di "sufficienza", nella "mancanza assoluta di motivi sotto l'aspetto materiale e grafico", nella "motivazione apparente", nel "contrasto irriducibile fra affermazioni inconciliabili", nella "motivazione perplessa ed obiettivamente incomprensibile"». Ancora, «il nuovo testo dell'art. 360 c.p.c., n. 5), introduce nell'ordinamento un vizio specifico che concerne l'omesso esame di un fatto storico, principale o secondario, la cui esistenza risulti dal testo della sentenza o dagli atti processuali, che abbia costituito oggetto di discussione tra le parti e abbia carattere decisivo (vale a dire che se esaminato avrebbe determinato un esito diverso della controversia)». Tuttavia – prosegue la Corte di cassazione – «l'omesso esame di elementi istruttori non integra di per sé vizio di omesso esame di un fatto decisivo, se il fatto storico rilevante in causa sia stato comunque preso in considerazione dal giudice, benché la sentenza non abbia dato conto di tutte le risultanze probatorie⁵⁶».

Non sembra che il precedente indirizzo giurisprudenziale possa trovare conferma nel modello interpretativo così proposto dalla Cassazione e che la denuncia di invalidità della prova riesca a trovare sfogo in ciò che resta del vizio motivazionale *ex art.* 360, n. 5, c.p.c.⁵⁷.

⁵⁶ I passaggi citati nel testo si riferiscono a Cass., Sez. Un., 7 aprile 2014, n. 8053; le espressioni utilizzate sono state in seguito riprese ad es. da Cass., Sez. Un., 20 ottobre 2015, n. 21216; Cass., 5 ottobre 2017, n. 23323; Cass., Sez. Un., 18 aprile 2018, n. 9558; Cass., sez. un., 31 dicembre 2018, n. 33679; Cass., 8 febbraio 2021, n. 2968.

⁵⁷ Tra gli innumerevoli contributi dedicati alla nuova versione dell'art. 360, n. 5, c.p.c., cfr. C. CONSOLO, *Nuovi ed indesiderabili esercizi normativi sul processo civile: le impugnazioni a rischio di "svaporamento"*, in *Corr. giur.*, 2012, 1139 ss.; M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza: riforme in peius*, in *Lav. e dir.*, 2014, 380; F. PORCELLI, *Sul vizio di «omesso esame circa un fatto decisivo»*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 1594 ss.; L. LOMBARDO, *Il sindacato di legittimità della corte di cassazione*, Torino, 2015, 184 ss.; C. DI IASI, *Il sindacato della Cassazione sulla motivazione*, in M. ACIERNO – P. CURZIO – A. GIUSTI (a cura di), *La Cassazione civile*, Bari, 2015, 331 ss.; L. PASSANANTE, *Le sezioni unite riducono al «minimo costituzionale» il sindacato di legittimità sulla motivazione della sentenza civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 179 ss.; B. SASSANI, *Variations sérieuses sul riesame della motivazione*, in *www.judicium.it*; G. RAITI, *Il nuovo art. 360, n. 5, c.p.c.: l'omesso esame di un fatto «oggetto di discussione fra le parti»*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 1440 ss.; A. SALETTI, *Il*

A maggior ragione, dunque, si rende opportuno l'inquadramento delle nullità probatorie – anche se scaturenti dalla fase di ammissione, come quella in discussione⁵⁸ – tra gli *errores in procedendo*⁵⁹, rifuggendo il pericolo che una sentenza fondata su prove nulle (e in ipotesi persino soltanto su queste) sia incensurabile in sede di legittimità⁶⁰.

La denuncia di incapacità del teste non può comunque cagionare la nullità della sentenza se quest'ultima non ha preso in considerazione la deposizione. Per rendere effettivo questo scrutinio è fondamentale valorizzare, in controtendenza rispetto agli impulsi del recente passato, il ruolo (costituzionale) della motivazione, almeno con riguardo alle prove poste effettivamente a fondamento della decisione⁶¹.

Meno agevole è comprendere se l'utilizzo della prova viziata sia sufficiente a invalidare la sentenza, oppure occorra a tale scopo altresì ponderare il ruolo, decisivo o meno, della prova viziata nella risoluzione della questione di fatto⁶². L'esito sarebbe in questo modo non distante dal

controllo della motivazione della sentenza nel giudizio di cassazione, in *Riv. dir. proc.*, 2018, 965 ss.; A. SCARPA, *Il nuovo art. 360 n. 5 c.p.c. nell'applicazione giurisprudenziale*, in *Giust. civ.*, 2018, 925 ss.

⁵⁸ Del resto, la qualificazione come *error in procedendo* di un vizio nell'ammissione della prova è adoperata dalla Suprema Corte per il giudizio di indispensabilità della prova richiesto dalla previgente formulazione dell'art. 345, comma 3, c.p.c. e dagli artt. 437, comma 2, e 702-*quater* c.p.c. (cfr. Cass., 30 settembre 2020, n. 20870; Cass., 29 settembre 2020, n. 20525).

⁵⁹ Cfr. L. PASSANANTE, *La prova illecita nel processo civile*, cit., 205, secondo cui, in seguito alla riforma dell'art. 360, n. 5, c.p.c., potrebbe rivelarsi attuale l'inquadramento dei vizi istruttori tra gli *errores in procedendo*.

⁶⁰ Proprio con riguardo all'art. 246 c.p.c. e alla censura di omessa motivazione per non essersi il giudice del merito espresso sull'eccezione di incapacità a testimoniare, Cass., 1 agosto 2017, n. 19144, esclude la deducibilità in cassazione ai sensi dell'art. 360, n. 5, c.p.c.

⁶¹ Non è pertanto soddisfacente un richiamo acritico o superficiale alle risultanze istruttorie. È l'autorevole e attuale insegnamento di G. TARZIA, *Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 654 ss., secondo cui è preferibile optare per la deducibilità in cassazione *ex art.* 360, n. 4, c.p.c. anche perché la giurisprudenza si accontenta di una motivazione sintetica sul fatto, e non si cura di scendere in una motivazione analitica sui singoli mezzi di prova (se non altro dei mezzi di prova effettivamente assunti a fondamento della decisione), legittimando un richiamo generale e indiscriminato alle risultanze probatorie emerse nel corso del processo. Questa circostanza comporta una sostanziale «assenza di tutela contro la effettiva valorizzazione, nel momento del giudizio, della prova inammissibile o irregolare».

⁶² Recentemente, Cass., 21 dicembre 2021, n. 41030, pare in effetti orientata in questa direzione, laddove afferma l'erroneità della sentenza impugnata «per avere respinto l'eccezione di incapacità del teste sollevata dall'appellato e quindi per avere tenuto conto, ai fini della ricostruzione dei rapporti intercorsi tra le parti, conferendole un autonomo rilievo in termini di decisività, della dichiarazione

precedente approdo giurisprudenziale, con il vantaggio di sottrarre il vizio istruttorio al controverso art. 360, n. 5, c.p.c. (ma con il perdurante e inevitabile rischio di sconfinamenti nel merito).

Percorrendo questa strada, si realizzerebbe inoltre un accostamento a quanto avviene nel processo penale, ove l'art. 606, lett. c), c.p.p. annovera tra gli *errores in procedendo* denunciabili in cassazione l'inosservanza delle norme stabilite a pena di inutilizzabilità della prova⁶³ e l'interpolazione giurisprudenziale esige che il ricorrente, oltre a denunciare l'invalidità probatoria, superi la cosiddetta «prova di resistenza», ossia dimostri nel motivo di impugnazione l'incidenza dell'eventuale eliminazione dell'elemento probatorio invalido, considerato che «gli elementi di prova acquisiti illegittimamente diventano influenti se, nonostante la loro espunzione, le residue risultanze risultino sufficienti a giustificare l'identico convincimento⁶⁴».

Occorre tuttavia evidenziare, da ultimo, che un simile ragionamento, pur avendo il pregio di salvaguardare la legalità istruttoria senza rinunciare

testimoniale del teste incapace, fondando così il proprio convincimento su una prova nulla».

⁶³ Giova ricordare che nel vigente codice di procedura penale sia l'inosservanza delle norme processuali stabilite a pena di nullità sia quelle stabilite a pena di inutilizzabilità (e dunque – a prescindere dallo spazio applicativo delle due patologie – sia le norme relative all'*an* che quelle relative al *quomodo* della prova) sono deducibili in Cassazione, quali *errores in procedendo*, mediante un unico motivo di ricorso (art. 606, lett. c, c.p.p.). Sul tema è condivisibile il pensiero di A. NAPPI, *Il sindacato di legittimità nei giudizi civili e penali di cassazione*, Torino, 2006, 113 ss., per il quale non è ipotizzabile «che la violazione delle regole di esclusione delle prove assuma una rilevanza differenziata nei giudizi civili e penali di cassazione».

⁶⁴ Così, *ex plurimis*, Cass. pen., 24 settembre 2020, n. 37803; Cass. pen., 6 ottobre 2020, n. 31823; Cass. pen., 11 maggio 2017, n. 30271; Cass. pen., 18 novembre 2016, n. 7986. Tale dimostrazione aggiuntiva richiesta dalla prassi è criticata, tra gli altri, da O. MAZZA, *Il crepuscolo della legalità processuale al tempo del giusto processo*, in *Studi senesi*, 2017, 121, per il quale la Suprema Corte, «a fronte di una censura di mero diritto (art. 606 comma 1 lett. c c.p.p.), si arroga il potere di valutare il fatto o meglio di rivalutare le prove con logica controfattuale. Quando la sentenza si fonda su una prova inutilizzabile, la stessa è invalida e va sostituita da una nuova pronuncia (di merito) che, esclusa la prova inutilizzabile dall'orizzonte decisorio, rivaluti il restante compendio probatorio». Sull'argomento cfr. inoltre le riflessioni trasversali di A. NAPPI, *Il sindacato di legittimità nei giudizi civili e penali di cassazione*, cit., 116, secondo cui «poiché l'invalidità di una prova può incidere su una decisione solo in quanto ne invalidi il giudizio di fatto, che nel giudizio di legittimità può essere sindacato solo nei limiti della sua giustificazione, ne consegue che, accertata l'esistenza di un tale *error in procedendo*, ne deve essere verificata la rilevanza, mediante un controllo sulla motivazione della decisione sul fatto. Occorre verificare, cioè, se la motivazione in fatto argomenti effettivamente sulla base della prova inutilizzabile; ed eventualmente se, pur prescindendo dalla prova inutilizzabile cui effettivamente si riferisca, residui una motivazione idonea a giustificare la decisione sul fatto».

a sindacare l'effettiva incidenza del vizio sulla sentenza, esige sul piano pratico una compiuta valorizzazione in motivazione del grado di efficacia e della forza persuasiva di ogni singola prova.

Abstract

THE NULLITY OF TESTIMONY GIVEN BY AN INCAPABLE PERSON

Lo scritto esamina il fenomeno della nullità della testimonianza resa da persona incapace ai sensi dell'art. 246 c.p.c. L'indagine approva i presupposti sistematici da cui la giurisprudenza prende le mosse, ma al contempo evidenzia le criticità del regime di nullità congegnato, con attenzione altresì al problema della denuncia del vizio probatorio dinanzi alla Suprema Corte.

The aim of this paper is to explore the matter of nullity of a testimony given by a incapable person pursuant to Art. 246 of the Italian Code of Civil Procedure. This analysis embraces the systematic premises the Italian jurisprudence takes steps from, but at the same time it reveals some criticalities concerning the legal regime of nullities as currently designed, focusing moreover on the problematic issues pertaining to the claim of evidentiary faults before the Supreme Court.

**IL CONTRATTO AUTONOMO DI GARANZIA
NON SI ADDICE AL CONSUMATORE.
RIFLESSIONI A MARGINE DI CASS. 18 FEBBRAIO 2022, N. 5493**

MARIA COSTANZA
*Professore ordinario
nell'Università di Pavia*

SOMMARIO: 1. La non autonomia della fideiussione. – 2. Spazi ampi di autonomia per la garanzia autonoma. – 3. Garante consumatore o professionista? – 4. Garanzia e contratti dei consumatori.

1. – I rapporti fra fideiussione e contratto autonomo di garanzia nonostante la qualificazione del secondo come contratto atipico e perciò diverso e distinto dall'altro non sono del tutto ancora chiariti. Il tema della accessorietà, requisito che connota la fideiussione, viene escluso là dove la garanzia sia assunta con clausola a prima richiesta e senza eccezioni¹; anzi, ogni volta in cui tale tipo di clausola compare in un accordo avente funzione di garanzia, si afferma la natura autonoma dell'impegno del garante. Anche per i contratti strutturati in forma di polizza assicurativa finalizzata ad assolvere funzioni di garanzia o cauzionali² si riporta la figura nell'area dei contratti di garanzia autonoma, pur leggendosi le c.d. polizze fideiussorie come convenzioni alle quali si applica la disciplina codicistica del contratto di fideiussione, anziché di assicurazione³.

La disciplina della fideiussione non vieta che il fideiussore rinunci al beneficio della preventiva escussione del debitore principale. Il presupposto del diritto del creditore garantito di rivolgere le sue pretese nei confronti del fideiussore resta l'inadempimento del debitore principale, tenuto perciò a risarcire la controparte creditrice⁴. La solidarietà che unisce debitore garantito e fideiussore postula che vi sia omogeneità fra le rispettive prestazioni, una omogeneità che pur potendo mancare nel momento in cui la fideiussione viene prestata, si recupera proprio nel momento della inadempienza del debitore garantito. La sussidiarietà dell'obbligazione fideiussoria⁵, che può esistere in qualsiasi rapporto obbligatorio con pluralità di condebitori, può essere convenzionalmente derogata con vantaggio del

¹ Cass., 31 maggio 2021, n. 15091.

² Trib. Salerno, 5 marzo 2020, n. 893, in *Dejure*.

³ Trib. Roma, 1 marzo 2019, n. 4669, in *Dejure*.

⁴ M. COSTANZA, *La fidejussione personale ovvero la c.d. garanzia di firma*, in E. CAPOBIANCO (a cura di), *I contratti bancari*, Milano, 2021, 2235 ss.

⁵ Da ultimo: Trib. Perugia, 10 marzo 2022, n. 354, in *Dejure*.

creditore. Il fideiussore inoltre può essere esposto a richieste del creditore anche se il suo diritto possa essere oggetto di contestazione. Il fideiussore è pure onerato di cautelarsi (art. 1953 c.c.), per non vedere pregiudicati i propri diritti di rivalsa verso il debitore garantito. L'accessorietà della fideiussione rispetto all'obbligazione principale fa perdere effetto alla garanzia, se essa accede ad un rapporto invalido (art. 1936 c.c.).

2. – Nella prassi e segnatamente nelle relazioni creditizie assistite da garanzia fideiussoria prestata da un terzo è invalsa la predisposizione di modelli contrattuali nei quali la figura del fideiussore si ridisegna⁶, per rafforzare la posizione della banca creditrice che, acquisendo la garanzia fideiussoria, rende l'operazione conforme ai canoni ai quali è sottoposta la erogazione creditizia. Questa prassi ha trovato censura presso le autorità di vigilanza e da questa censura si è aperto il dibattito giurisprudenziale che si è composto con l'intervento delle Sezioni Unite della Cassazione⁷. Con la loro decisione le S.U. hanno depurato *ex art. 1419 c.c.* le condizioni negoziali di fideiussione, almeno per quanto colpite dalla censura dell'Autorità di vigilanza. Si tratta delle pattuizioni che pongono il fideiussore in una posizione deteriore, pur nella derogabilità della normativa codicistica, rispetto a quella che esso dovrebbe rivestire secondo il più equilibrato assetto previsto dalla disciplina di riferimento.

Per superare o tentare di superare la declaratoria di invalidità, anche solo parziale, dei contratti di fideiussione sottoposti allo scrutinio del giudice, si è dedotto come argomento difensivo che la garanzia della quale si discuteva non si ascrive fra le fideiussioni, bensì si configura come contratto autonomo di garanzia, e come tale necessariamente regolato da condizioni che svincolano gli impegni del garante dalle sorti del rapporto garantito o meglio degli obblighi che ne siano derivati. Il contratto autonomo di garanzia cioè non potrebbe che conformarsi a certe regole. Diversamente la autonomia della garanzia risulterebbe snaturata. Il contratto autonomo di garanzia non potrebbe sussistere che nella divaricazione da qualsiasi relazione coi rapporti ai quali accede.

⁶ Nella modulistica che le banche presentano ai propri clienti, il fideiussore non soltanto è richiesto di rinunciare al beneficio della preventiva escussione, ma pure di mantenere la sua responsabilità in ordine alle somme che il debitore principale avesse versato al creditore garantito in base ad un rapporto dichiarato inefficace successivamente, nonché di derogare al disposto dell'art. 1957 c.c.

⁷ Cass., S.U., 30 dicembre 2021, n. 41994.

3. – La autonomia della garanzia si rifletterebbe anche sui profili soggettivi delle relazioni implicate. Con una qualche corritività⁸ si è separata ogni valutazione circa la qualificazione, come professionista o come consumatore, del garante, dalla valutazione che per dette figure si compia rispetto al soggetto garantito. Questo percorso non si potrebbe evitare rispetto alla figura del fideiussore, il quale si omologherebbe al debitore garantito, fungendo la fideiussione da veicolo dei suoi rapporti⁹.

Invero né il fideiussore né il garante autonomo subiscono delle omoplasie con il debitore principale. La sua condizione di professionista o di consumatore non trova simmetrie con la condizione del prestatore di garanzia autonoma o meno essa sia. Il fideiussore del resto può prestare la sua garanzia anche all'insaputa del debitore principale ed indipendentemente da convergenze con lo stesso (art. 1936, co. 2, c.c.). L'interesse del fideiussore alla concessione di credito al debitore garantito non fa confluire sul fideiussore esigenze che appartengono al debitore principale. Il caso del finanziamento erogato ad una società di capitali grazie pure alla garanzia fideiussoria prestata da un socio, non può assumersi come vicenda paradigmatica, perché ricorrente nelle relazioni economico giuridiche. La garanzia fideiussoria, sebbene collaterale ad una operazione economica in cui l'obbligazione a cui si riferisce la fideiussione sia assunta da un professionista, ben può essere prestata verso il creditore da un non professionista; allo stesso modo l'obbligazione garantita può far capo ad un consumatore ed il fideiussore può essere qualificabile come non consumatore, come accade quando il datore di lavoro presta fideiussione per debiti personali di un dipendente. La prestazione di garanzia fideiussoria non è prerogativa del professionista, perché la assunzione di garanzia di per sé non dà luogo al compimento di attività incompatibili con la condizione di

⁸ Cass., 18 febbraio 2022, n. 5423: «Nel contratto autonomo di garanzia 'a prima richiesta e senza eccezioni', l'accertamento della qualità di consumatore del garante dev'essere effettuato con riferimento a quest'ultimo contratto (e non a quello garantito) e, in caso di esito positivo, ne deriva l'applicazione dell'art. 33, comma 2, lett. t), c. cons., la cui previsione circa la limitazione della facoltà di opporre eccezioni va riferita sia a quelle relative al rapporto di garanzia sia a quelle relative all'inadempimento del rapporto garantito da parte del debitore, con la conseguenza che, in quest'ultimo caso, ove la clausola venga riconosciuta abusiva, il contratto conserverà validità ai sensi dell'art. 36, comma 1, c. cons., e il garante potrà opporre le suddette eccezioni».

⁹ Ancora Cass. 18 febbraio 2022, n. 5423, ha affermato: «Il Collegio rileva che questa Corte ha espresso una decisione, Cass. n. 25914 del 2019 (non massimata), la quale ha affermato in via generale che la configurabilità della posizione di consumatore in capo al garante [autonomo] va apprezzata direttamente con riguardo allo stesso rapporto di garanzia e non in via derivata e riflessa mutuandola da quella del debitore garantito, desunta dal rapporto oggetto della prestazione di garanzia».

consumatore. Se mai la posizione di consumatore del fideiussore richiede che il relativo contratto, qualora concluso con un professionista sia conforme al regime dei contratti dei consumatori.

Il giudizio di conformità con le prescrizioni stabilite per i contratti dei consumatori impone che sotto la lente cadano le pattuizioni che gravano il fideiussore consumatore di limiti all'esercizio dei propri diritti o ne estendano le responsabilità in assenza di un bilanciamento con oneri posti a carico della controparte professionista.

L'autonomia della garanzia non è circostanza che da sola valga a individuare nel garante un soggetto a cui può attagliarsi la qualità di consumatore, perché sul garante non si rifletterebbe la condizione del debitore garantito, qualora professionista. La prestazione di una garanzia autonoma è atto che presuppone la solvibilità del garante, anche indipendentemente da controgaranzie.

Il *performance bond* tipicamente presente nelle operazioni economicamente rilevanti e spesso articolate come contratti internazionali è impegno richiesto e accettato, in quanto proveniente da un soggetto istituzionalmente accreditato come finanziariamente affidabile e assicurante per il creditore. L'autonomia della garanzia vuole che gli impegni del garante corrano su binari diversi da quelli percorsi dal rapporto garantito. L'adempimento dei propri impegni da parte del garante è presidiato dal principio della sola opponibilità al creditore dell'*exceptio doli*¹⁰ e/o della prova liquida della inesigibilità della garanzia. Il che non si traduce nella possibilità che il creditore possa incamerare somme indebite. Il creditore garantito potrà subire le contestazioni del debitore principale e a questo, se le contestazioni risulteranno fondate, rendere quanto incassato dalla escussione della garanzia, ma in effetti non dovuto¹¹. Dall'esito dell'eventuale controversia fra creditore e debitore dipenderà il riequilibrio delle posizioni del garante e del debitore garantito. Infatti il recupero dell'indebito incassato dal creditore consente al debitore di reintegrare il decremento patrimoniale subito, quando abbia prestato controgaranzia a favore del garante o subito addebiti imputatigli dal garante escusso e adempiente. La partita della garanzia autonoma non si esaurisce nella relazione garante creditore garantito. Questo rapporto è certamente quello rilevante sotto il profilo del senso della garanzia. Il funzionamento della garanzia però non può osservarsi, dimenticandone il più complesso reticolo dell'operazione negoziale. Questa si profila con tratti che non si armonizzano con la fisionomia del consumatore definito come persona fisica che accede a beni o servizi per esigenze di natura non lavorativa e non

¹⁰ Trib. Padova, 12 luglio 2021, n. 1394, in *Dejure*.

¹¹ Cass. 12 settembre 2012, n. 15216. G. STELLA, *Le garanzie del credito*, Milano, 2010, 1, 879.

professionale. Il prestatore di garanzia autonoma non è mosso dall'interesse di agevolare il debitore garantito o meglio non è mosso da questo solo interesse, perché la prestazione della garanzia non si deve risolvere in un puro rischio. Il garante si cautela o almeno valuta costi e benefici nell'ottica di una razionale analisi del proprio equilibrio economico finanziario, secondo logiche che non appartengono al consumatore.

4. – Il contratto autonomo di garanzia è effettivamente cosa diversa dalla fideiussione, ma questa non diviene altro da sé solo perché le condizioni che la regolano contengano clausola a prima richiesta e senza eccezioni. Questo tipo di clausola può essere prossima al patto *solve et repete*¹², in base al quale la contestazione della effettiva debenza da parte del debitore non è interdetta in modo assoluto e definitivo, ma è rimandata.

L'affermazione secondo la quale ogni garanzia prestata con modalità a prima richiesta e senza eccezioni è garanzia autonoma da un lato impoverisce questo contratto e dall'altro rende atipiche le garanzie fideiussorie sorte, invece, nel solco dell'accessorietà e dei legami con le obbligazioni garantite e con le loro sorti.

La atipicità del contratto autonomo fondata sulla assenza dell'elemento dell'accessorietà è costruzione che non si mette in discussione così come non si mette in discussione che sia connaturale al contratto autonomo di garanzia la necessità che esso operi a prima richiesta. La necessità della clausola a prima richiesta e senza eccezioni nel relativo contratto non sembra ragione sufficiente per escluderne il carattere vessatorio, dato che la elisione di ogni eccezione potrebbe intendersi come dichiarazione che comprime il diritto del garante di avvalersi pure dell'*exceptio doli*. Si è fatta menzione del carattere vessatorio della clausola a prima richiesta e non di abusività, ritenendosi inappropriata alla condizione di consumatore la prestazione di garanzia autonoma. Quand'anche si dissentisse da questa conclusione, la disciplina dei contratti dei consumatori non condurrebbe a sollevare la clausola da qualificazione di abusiva, facendo leva sul fattore della intervenuta negoziazione. La negoziazione di cui si legge nell' art. 34 co. 4 cod. cons. riporta la clausola contrattuale nell'area degli accordi in cui le parti trattano liberamente le relative condizioni. Queste possono anche essere poco equilibrate, ma in quanto liberamente accettate divengono insindacabili per lo spazio concesso alla autonomia privata.

L'autonomia privata può spingersi sino alla definizione di contratti atipici con il limite della meritevolezza degli interessi perseguiti. La

¹² F. MASTROPAOLO – A. CALDERALE, *Fideiussione e contratti di garanzia*, in P. RESCIGNO – E. GABRIELLI (diretto da), *I contratti di garanzia*, 1, in *Trattato dei contratti*, 2006, 536.

disposizione dell'art. 1322 c.c. non incontra barriera nella qualità di consumatore di una delle parti contrattuali. La atipicità del contratto non interferisce con il regime declinato negli art. 33 sgg. cod. cons. La atipicità del contratto piuttosto riduce la casistica in tema di clausole abusive, pur se riproduttive di norme di legge (art. 34 co. 3 cod. cons.). Al contratto atipico manca per definizione un apparato normativo di riferimento.

La compatibilità del carattere atipico del contratto con la sua eventuale appartenenza all'area dei contratti consumeristici, però, non basta per superare a priori il vaglio sulla effettiva adeguatezza del suo contenuto con la disciplina delle clausole abusive, sull'assunto che il connotato atipico del contratto legittima ogni clausola che sia consunstanziale alla tipologia dell'operazione negoziale. Soprattutto non pare che il passaggio al territorio dell'atipico sia sufficiente percorso per mettere al riparo in via generale dallo stigma dell'abusività condizioni negoziali sfavorevoli per il contraente non professionista.

Quando si afferma che un contratto di garanzia fideiussoria a cui accede una clausola a prima richiesta è da qualificarsi come contratto atipico di garanzia autonoma, il contratto viene derubricato come fideiussione e inquadrato in altro tipo, mentre questa migrazione non è ineludibile, se il significato della clausola a prima richiesta non cancella la accessorialità della garanzia, ma impone al garante l'obbligo di pagamento alla cui esecuzione restano subordinate le possibili eventuali contestazioni.

Si può cioè dubitare della correttezza della metamorfosi in contratto autonomo di garanzia di ogni garanzia pattuita con modalità a prima richiesta, perché l'operazione negoziale di prestazione di garanzia autonoma ha elementi ulteriori e diversi dal contratto di fideiussione di cui è dovuta la riqualificazione soltanto nel momento in cui la sua elasticità tipologica si esaurisca.

In sostanza le modalità della prestazione di garanzia fideiussoria possono essere più o meno stringenti secondo convenzione per il fideiussore, il quale conserva egualmente la sua posizione di assuntore di impegni non avulsi dalle relazioni del creditore garantito con il debitore principale. Qualora il fideiussore sia pure un consumatore la normativa stabilita per i contratti dei consumatori sarà applicabile e guiderà il giudizio sulla efficacia o meno delle previsioni convenzionali. Il passaggio dal contratto di fideiussione a quello di garanzia autonoma si potrebbe compiere soltanto nel momento in cui la prestazione di garanzia si atteggi per la sua complessiva regolamentazione convenzionale come prestazione di un servizio di natura economico finanziaria, una prestazione che rende il suo autore professionista ovvero l'antagonista del consumatore.

Abstract

**THE AUTONOMOUS GUARANTEE CONTRACT DOES NOT SUIT THE
CONSUMER.**

REFLECTIONS IN THE MARGIN OF CASS. 18 FEBRUARY 2022, NO. 5493

L'autore, muovendo dalla decisione della Cassazione n. 5493/22, esamina il tema della posizione del garante e segnatamente consumatore, avendo riguardo sia alla fideiussione che al contratto autonomo di garanzia.

The author, starting from the Supreme Court decision No. 5493/22, examines the issue of the position of the guarantor and, in particular, the consumer, with regard to both the surety bond and the autonomous guarantee contract.

Tribunale di Udine, Sez. Lavoro, ord. 1° giugno 2021

Il sequestro giudiziario di cui all'art. 670, comma 1, n. 2 c.p.c. può essere concesso anche successivamente alla pronuncia di un ordine di esibizione, purché sussistano reali esigenze cautelari di custodia.

Con ricorso datato 23.10.19, (...) agiva nei confronti della società (...) esponendo di essere socio, nonché di aver presentato la propria attività di agente con esclusiva in favore della stessa dal 10.6.1997 al 10.1.2019.

Lamentava che, da aprile 2010 in avanti, la società preponente aveva sistematicamente violato l'obbligo – posto a suo carico dall'art. 12 del contratto di agenzia, oltre che dall'art. 1749 c.c. – di inviargli l'estratto conto delle provvigioni maturate e un estratto dei libri contabili per consentirgli la verifica del conteggio delle provvigioni maturate.

(...) rimarcava che, in forza del contratto dd. 01.07.07 da ultimo sottoscritto fra le parti, la sua esclusiva si riferiva a tutto il territorio della Provincia di Udine e, per l'individuazione dell'appartenenza di un cliente alla zona a lui assegnata, occorreva fare riferimento all'ubicazione geografica dell'effettuazione della fornitura e non alla sede legale del cliente.

Rientrava nell'esclusiva dell'agente anche la cliente promossa attraverso gli studi tecnici (...) e attraverso l'impresa (...).

Non era, viceversa, riconosciuto all'agente il diritto alla provvigione per tutti gli affari conclusi direttamente dalla preponente con clienti direzionali e fornitori, nonché per gli appalti pubblici e per tutte le iniziative immobiliare che la preponente (o società ad essa collegate, controllate o partecipate) eseguiva nella zona assegnata, così come la provvigione non spettava neppure sulla differenza risultante tra il valore contrattuale della commessa ed il valore di eventuali permutate ritenute necessarie ai fini dell'acquisizione del contratto.

Secondo la difesa del ricorrente la mancata consegna della documentazione contabile era, pertanto, particolarmente grave, poiché aveva reso impossibile a (...) accertare se la società resistente avesse concluso anche direttamente contratti nella zona di sua competenza esclusiva con clienti che avessero le caratteristiche idonee alla maturazione delle provvigioni in suo favore.

L'attore chiedeva, quindi, che la società (...) fosse condannata alla consegna e produzione in giudizio – relativamente al periodo da aprile 2020 a gennaio 2019 – del registro IVA vendite, delle fatture emesse, dei contratti relativi a forniture effettuate in provincia di Udine, anche attraverso studi tecnici ... e attraverso --- e delle relative bolle di trasporto/consegna.

Chiedeva, poi, che la resistente fosse condannata al pagamento in suo favore delle provvigioni nella percentuale contrattualmente determinata e delle indennità terminative risultanti come dovute sulla base della documentazione acquisenda.

Con memoria difensiva di data 2.1.2020 si costituiva in giudizio la (...), chiedendo il rigetto delle avversarie domande ed eccependo, oltre alla prescrizione

ed all'infondatezza nel merito delle pretese di (...), – per quanto qui rileva – l'inammissibilità della richiesta di consegna della documentazione contabile, poiché del tutto esplorativa e funzionale non al pagamento delle provvigioni, bensì a finalità trasversali, consistenti nella creazione di una fortissima conflittualità processuale ed extra-processuale ai danni della società (...) da parte di (...) e di suo figlio (...) (entrambi soci della resistente), con lo scopo di negoziare la cessione delle rispettive quote ad un prezzo di almeno 3,1 milioni di euro

Nel giudizio di merito il Giudice del Lavoro a più riprese ordinava, ai sensi dell'art. 210 c.p.c., alla (...) l'esibizione dei documenti indicati al punto 1) della domanda proposta da (...). (*Omissis*).

Tali ordini rimanevano inattuati.

La difesa di (...), quindi, proponeva ricorso cautelare in corso di causa (depositato il 1.2.21) ex art. 670, n. 2 e 700 c.p.c. per ottenere il sequestro giudiziario dei documenti in questione o comunque – in via subordinata alternativa – la loro consegna, anche in copia.

A tal fine il ricorrente evidenziava che la documentazione in parola era per lui rilevante ai fini della prova e non altrimenti acquisibile e che sussisteva un'effettiva controversia sull'acquisizione, attestata dallo stesso rifiuto opposto da (...) di dare esecuzione all'ordine di esibizione.

L'agente aggiungeva che vi era anche l'opportunità di provvedere alla custodia della succitata documentazione, per trarne informazioni a cui egli aveva diritto.

(...), costituitasi nel procedimento cautelare, replicava che le istanze istruttorie del ricorrente erano manifestamente esplorative, in quanto volte a supplire un onere probatorio da esso non assolto e strumentalmente mirate ad acquisire informazioni societarie riservate.

La preponente negava, poi, la necessità di provvedere alla custodia temporanea del materiale in questione, in difetto di allegazione circa eventuali rischi di un suo deterioramento, ovvero di una sua sottrazione o alterazione e rimarcava che il pericolo non poteva neppure individuarsi nella mera inottemperanza all'ordine di esibizione, giacché altrimenti il legislatore avrebbe previsto una forma di coercibilità dello stesso, di fatto non rinvenibile nel sistema.

Il giudice di prime cure, a scioglimento della riserva presa, con ordinanza datata 25.04.21, autorizzava il sequestro giudiziario dei documenti meglio specificati in seno all'ordinanza stessa, nominando custode la società (...) e ordinando alla stessa di consentire al CTU l'esame di detta documentazione.

Avverso tale ordinanza la (...) proponeva reclamo (*Omissis*).

Reputa il Collegio che il reclamo sia fondato e debba trovare accoglimento.

Oggetto della cognizione del procedimento di reclamo è il provvedimento di sequestro giudiziario ex art. 670 n. 2 c.p.c. richiesto e ottenuto da (...). Dopo che l'istanza di ordine di esibizione della documentazione (in senso ampio) contabile dalla quale avrebbero potuto evincersi i suoi ulteriori crediti per provvigioni era stata accolta, ma era rimasta concretamente inattuata.

Benché, dunque, la legittimità dell'ordine di esibizione non possa essere direttamente vagliata in questa sede, tuttavia non si può evitarne una valutazione almeno incidentale, posto che espressamente il giudice di prime cure ha voluto porre

rimedio, proprio tramite la concessione del sequestro, alla pervicace volontà della società preponente di non ottemperare all'ordine giudiziale e di mantenere un atteggiamento ostruzionistico.

Il tema da affrontare concerne la dibattuta questione dell'ammissibilità di un sequestro giudiziario a fini probatori avente lo scopo di attuare forzosamente un ordine di esibizione che la parte non abbia spontaneamente adempiuto in tutto o in parte.

La giurisprudenza della Suprema Corte, nonché quella prevalente di merito, benché si sia occupata di questa specifica tematica solo in un numero molto limitato di fattispecie concrete ha tuttavia affermato in via nettamente maggioritaria il principio di incoercibilità dell'ordine di esibizione di documento (cfr. Cassazione sent. n. 18.833/03 "...L'ordine di esibizione di documenti non è suscettibile di esecuzione coattiva né per iniziativa del giudice, non esistendo nel codice di procedura civile disposizione analoghe a quelle del codice di procedura penale circa il potere di ricercare documenti o cose pertinenti al reato, né a iniziativa della parte interessata, non costituendo l'ordinanza titolo esecutivo e non potendo essere, quindi, attuata con gli strumenti di cui agli articoli 605 e ss. c.p.c.; il rifiuto dell'esibizione può, pertanto, costituire esclusivamente un comportamento dal quale il giudice può desumere argomenti di prova ex art. 116, comma 2, c.p.c.").

Tale principio si presta certamente ad una rivisitazione critica, se non altro perché deriva da un equivoco interpretativo dovuto al richiamo all'art. 118 c.p.c. compiuto dall'art. 210 c.p.c.

In forza di tale richiamo, infatti, gran parte della dottrina che si occupata di questa materia ha ritenuto di dover estendere all'ordine di esibizione l'interna disciplina prevista per l'ispezione giudiziale ed in particolare l'operatività dell'art. 118, comma 2, c.p.c., secondo il quale "se la parte rifiuta di eseguire tale ordine senza giustificato motivo, il giudice può da questo desumere argomento di prova a norma dell'art. 116, comma 2, c.p.c.".

Perciò sia la dottrina che la giurisprudenza sono pervenute a tipizzare un'unica ed esplicita conseguenza per tale comportamento, anche in omaggio al principio racchiuso nel brocardo *nemo edere contra se tenetur*.

In realtà il dato testuale dell'art. 210 c.p.c. è chiaro nell'estendere all'ordine di esibizione soltanto il regime dei limiti oggettivi e soggettivi di ammissibilità previsti pre l'ispezione e non anche le conseguenze in caso di mancata ottemperanza.

Semmai la possibilità di desumere argomenti di prova dall'ingiustificato rifiuto della parte di esibire in giudizio documenti deriva dalla norma di carattere generale e processuale contenuta nell'art. 116, comma 2, c.p.c.

È però proprio la necessità di dover ricorrere a tale norma processuale di carattere generale che appalesa la lacuna normativa esistente in relazione agli effetti dell'inadempimento all'ordine di esibizione.

Nel contempo il ricorso, in via di rimedio residuale, all'utilizzo dell'art. 116 c.p.c. non appare affatto risolutivo nei casi, come quello di specie, in cui la problematica da risolvere attiene non a omento successivo della valutazione delle prove e della formazione del convincimento del giudice, bensì al momento anteriore dell'effettiva acquisizione al processo dei mezzi istruttori.

I sostenitori dell'impossibilità di adottare un sequestro per dare materiale attuazione all'ordine di esibizione evidenziano che, per come è formulato l'art. 670 n. 2 c.p.c., si potrebbe dare coro ad un sequestro di documenti solo in un momento precedente alla pronuncia di un eventuale ordine di esibizione avente ad oggetto il medesimo documento.

Infatti, poiché il presupposto del sequestro è che sia "controverso il diritto all'esibizione", una volta emesso l'ordine di esibizione non sarebbe più neppure astrattamente configurabile alcuna controversia, dato che l'ordine giudiziale avrebbe già definito qualsiasi contestazione sul diritto/dovere di esibire (in tal senso di veda Tribunale Genova 19.12.16, n. 3801 in *Dejure* "Difatti i presupposto dell'esibizione e del sequestro giudiziario sono incompatibili tra loro: il primo ricorre quando vi sia il diritto (almeno sul piano probatorio) all'esibizione, l'altro quando sia controverso il diritto all'esibizione e vi sia l'esigenza di custodia legata all'acquisizione del documento; anche le finalità sono ben differenti: mentre con l'esibizione il documento esibito viene acquisito come prova al processo e quindi viene letto, copiato, valutato, nel sequestro giudiziario deve solo essere custodito e non può certo essere consegnato in copia alla controparte (che, solo all'esito del giudizio di merito che accerti il diritto al documento, potrà averne la consegna in originale o in copia). ...Peraltro anche inteso come *step* successivo alla esibizione, il sequestro giudiziario probatorio non può essere utilizzato per ovviare alla notoria incoercibilità dell'ordine di esibizione, perché svolge una funzione del tutto differente, ossia quella di custodire dei documenti in relazione ai quali sussista una controversia circa il diritto all'esibizione quando sia necessario provvedere alla loro custodia temporanea perché se ne teme la dispersione...").

Per il vero il significato del termine "controverso" impiegato dall'art. 670 n. 2 c.p.c. sembra piuttosto doversi intendere nel senso di "contrapposizione di interessi", situazione questa sostanziale e non formale, che può non essere risolta dalla semplice emanazione di un provvedimento giudiziale che sul punto statuisca, allorché il destinatario di tale provvedimento scelga di non darvi materiale esecuzione.

Piuttosto va osservato che, nel sistema previsto dall'art. 670 n. 2 c.p.c., il sequestro giudiziario a fini probatori è concepito unicamente come misura cautelare, scevro di qualsiasi connotazione esecutiva e, nel contempo, data la tassatività dei titoli esecutivi e la mancanza di altri strumenti dotati di tale effetto nei confronti di un ordine di esibizione, lo stesso non può che dirsi incoercibile, in linea peraltro con il principio dispositivo delle prove, che regge il processo civile ed anche quello del lavoro seppure in forma attenuata.

Secondo la maggioranza dei commentatori ne discenderebbe che il sequestro giudiziario non potrebbe essere praticato una volta emesso l'ordine di esibizione, perché in tal modo l'effetto pratico raggiunto non sarebbe più quello suo proprio di semplice conservazione e custodia del documento, bensì garantirebbe un risultato agguintivo non previsto, né compatibile con la disciplina dell'esibizione.

Tale assunto non risulta però del tutto convincente perché, così argomentando, il sequestro giudiziario della prova manterrebbe un ambito di utilità estremamente circoscritto ed una funzione meramente conservativa testa unicamente di impedire temporaneamente che il documento possa essere occultato o distrutto dalla parte che

lo possiede e, quindi, finalità del tutto avulse dallo scopo probatorio che chi lo richiede si prefigge e che potrebbe dirsi pienamente attuato solo con l'effettiva produzione in giudizio del documento *de quo*.

Non vi è effettivamente alcuna disposizione nel codice di rito che espressamente chiarisca che il sequestro probatorio sia preordinato all'effettiva produzione del documento in giudizio e, tuttavia, un argomento a favore di tale conclusione può essere rinvenuto nell'art. 677 c.p.c., che richiama quale mezzo di attuazione del sequestro giudiziario la disciplina dettata per l'esecuzione per consegna e rilascio ed in particolare all'art. 606 c.p.c.: tale disposizione autorizza l'ufficiale giudiziario a recarsi sul luogo in cui le cose si trovano per cercarle e consegnarle all'avente titolo, il quale dunque – una volta entratone in possesso – le potrà utilizzare a proprio vantaggio (ossia acquisendole al processo come mezzi istruttori).

Sembra, perciò, possibile pervenire ad una ricostruzione che ammette la pronuncia di un sequestro giudiziario di documenti anche dopo che il giudice ne abbia ordinato infruttuosamente l'esibizione, non essendovi insormontabili ostacoli normativi o espressi divieti ed anzi essendo possibile reperire all'interno del sistema una serie di agganci ermeneutici che consentono, in via interpretativa, tale opzione costituzionalmente orientata, proprio perché volta a garantire l'effettiva applicazione dell'art. 24 della Costituzione nella parte in cui tutela il cosiddetto "diritto alla prova", in linea anche con la normativa di promanazione comunitaria.

Ciò tuttavia non esime il giudice attinto da una domanda di sequestro giudiziario a fini probatori di verificare se effettivamente sussistono, nel caso concreto al suo esame, le reali esigenze cautelari di custodia sottese a tale rimedio e se l'ordine di esibizione rimasto inattuato non avesse in realtà una finalità meramente esplorativa e di ricerca della prova, piuttosto che di sua conservazione e acquisizione al processo.

È proprio sotto questo profilo che il provvedimento reclamato appare meritevole di essere riformato.

In primo luogo nel caso di specie non ricorre alcuna effettiva esigenza di custodia delle scritture di cui è stata chiesta l'esibizione ed il sequestro, trattandosi di contabilità e di corrispondenza commerciale rientrante negli obblighi civilistici di conservazione.

A questo proposito va valorizzata la condotta della società (...) che, a oltre un anno dalla pronuncia del primo ordine di esibizione e pur non essendo ormai più tenuta alla conservazione di una parte di questi documenti (quantomeno le annualità risalenti ad oltre dieci anni), non ha posto in essere alcuna condotta dispersiva o dalla quale si possa dedurre la volontà di disfarsi degli stessi, tanto è vero che l'ufficiale giudiziario, recatosi sul posto per dare attuazione al sequestro, ha reperito tutta la contabilità anche relativa agli anni 2010 e 2011.

Nel contempo non può trascurarsi che, pur avendo l'attività della (...) s.p.a. (e quindi anche il contratto di agenzia) ad oggetto la realizzazione di immobili commerciali (ben difficilmente occultabili per chi, come il reclamato, operava da decenni nella stessa zona della Provincia di Udine ed era a conoscenza degli affari della società, essendone socio e per un periodo anche amministratore) le istanze di

(...) non hanno dato alcuna indicazione, neppure sommaria, su quali sarebbero i contratti conclusi direttamente dalla preponente, ulteriori rispetto a quelli evidenziati in ricorso.

A fronte della condotta inadempiente della (...) – che dal 2010 in avanti non ha più trasmesso al suo agente gli estratti conto in chiaro, ma ne ha omesso del tutto la consegna ovvero vi ha provveduto cancellando le voci che a suo giudizio si riferivano ad affari per i quali l'agente non aveva diritto alla provvigione – (...) ha atteso oltre nove anni senza adottare alcun tipo di iniziativa per tutelare il suo diritto a verificare l'esattezza delle provvigioni che gli venivano corrisposte.

Il lungo tempo trascorso finisce per snaturare la funzione dell'esibizione e del conseguente sequestro richiesti: la finalità che concretamente si vuole realizzare mediante l'esibizione ed il sequestro ormai non è più quella di verificare se, in un singolo periodo e per specifici determinati affari direttamente conclusi, la preponente abbia ingiustificatamente escluso il diritto alla provvigione dell'agente, bensì quella di poter ispezionare quasi dieci anni di documentazione societaria di qualunque natura (libri, contratti, fatture, bolle...) per cercare la prova di fatti (o meglio di contratti) che non vi è nemmeno certezza che siano mai esistiti.

L'attività già eseguita dall'ufficiale giudiziario e che dovrebbe essere proseguita dal CTU non potrebbe che materialmente essere sovrapposta ad una perquisizione a fini di sequestro, un mezzo di ricerca della prova di stampo schiettamente penalistico e del tutto avulsa al procedimento civile e al principio dispositivo che lo regge, seppure in modo attenuato (ma non azzerato) nel rito del lavoro.

Di fatto vi sono nove anni di contabilità sociale sigillata ed in attesa di essere ispezionata dal CTU che dovrebbe ricercarvi la prova di condotte inadempienti della società preponente, che ... ipotizza ma di cui allo stato non vi è prova alcuna.

È vero che l'art. 1749, comma 3, c.c. prevede un diritto molto esteso dell'agente "di esigere che gli siano fornite tutte le informazioni necessarie per verificare l'importo delle provvigioni ed in particolare un estratto dei libri contabili", ma nel caso di specie proprio l'inerzia protratta di (...) ha comportato che ora la sua pretesa di verifica, per potere essere effettiva, vada ben oltre l'estratto dei libri e coinvolga contratti, fatture e volle di trasporto, ossia tutta la contabilità in senso ampio della società di oltre nove anni: un controllo globale di questo genere non può che essere, per definizione, esplorativo.

Anche in tema di provvigioni indirette, è pacifico il principio secondo cui grava sull'agente l'onere di allegare e di provare la conclusione degli affari in relazione ai quali richieda il pagamento della provvigione, in forza del suo diritto di esclusiva: "Con riferimento al contratto di agenzia, chi agisce in giudizio per ottenere il pagamento delle provvigioni ha un onere di allegazione, nel senso che deve indicare specificamente gli affari ai quali essere si riferiscono, con elementi sufficienti a consentirne l'identificazione e non può limitarsi a chiedere una consulenza tecnica delle scritture contabili del preponente, o l'emissione di un ordine di esibizione, anche quando vuole provare la conclusione di affari diretti da parte del preponente, in violazione del patto di esclusiva" (Trib. Milano, sez. lav., 8.3.2018, n. 223, in *Redazione Giuffrè*, 2018, ma anche Cass. sent. n. 14181/21).

La prova può essere fornita con ogni mezzo, anche facendo ricorso alle presunzioni.

La Suprema Corte ha già affermato in molteplici occasioni che “l’agente che, al fine di ottenere il pagamento delle relative provvigioni, deduca la conclusione di affari diretti da parte del preponente, in violazione del patto di esclusiva, nella zona a lui riservata, ha l’onere di provare l’avvenuta conclusione di tali affari, e non può supplire al mancato assolvimento dello stesso mediante richiesta di esibizione della contabilità aziendale del preponente relativa agli anni nei quali assume essersi verificata la violazione del patto, potendo richiedere solo che siano esibiti atti e documenti specificamente individuati e individuabili” (Cass. sent. 6258/96; conforme Cass. sent. 8310/02, del pari in tema di provvigioni indirette) e ha chiarito, anche di recente con la pronuncia n. 30224/19, che la decisione del giudice di non dare ingresso all’ordine di esibizione di documentazione (libri contabili e fatture) richiesto *ex art. 210 c.p.c.*, rientra nei poteri istruttori discrezionali del giudice di merito (“...in tema di poteri istruttori d’ufficio del giudice del lavoro l’emanazione di ordine di esibizione di documenti è discrezionale e la valutazione di indispensabilità non deve neppure essere esplicitata nella motivazione; ne consegue che il relativo esercizio è svincolato da ogni onere di motivazione e il provvedimento di rigetto dell’istanza di ordine di esibizione non è sindacabile in sede di legittimità, neppure sotto il profilo del difetto di motivazione, trattandosi di strumento istruttorio residuale, utilizzabile soltanto quando la prova dei fatti non possa in alcun modo essere acquisita con altri mezzi e l’iniziativa della parte istante non abbia finalità esplorativa” (vedi anche Cass. 25.10.2013, n. 24188/13 e n. 22196/10).

Se, dunque, non esiste un diritto assoluto della parte istante ad ottenere da parte del giudice del merito l’accoglimento dell’istanza di ordine di esibizione, quando la stessa abbia finalità meramente esplorative, a più forte ragione dovrà ammettersi che non possa per il medesimo fine essere richiesto ed ordinato il sequestro giudiziario per dare forzosa attuazione ad un ordine avente finalità esplorativa che non sia stato spontaneamente ottemperato dalla parte destinataria. (*Omissis*).

ANCORA SUL SEQUESTRO GIUDIZIARIO DI PROVE E LA SUA CONTROVERSA FUNZIONE DI ACQUISIZIONE DI DOCUMENTI AL PROCESSO

BEATRICE FICCARELLI

*Professore associato
nell’Università di Siena*

1. – Nell’ordinanza in commento, il Tribunale di Udine, Sezione Lavoro, adito in sede di reclamo ai sensi dell’art. 669-terdecies c.p.c., affronta la dibattuta questione dell’ammissibilità di un sequestro giudiziario a fini probatori avente lo scopo di attuare forzosamente un ordine di esibizione

processuale che la parte destinataria dello stesso non abbia spontaneamente adempiuto in tutto o in parte.

La controversia, che qui si semplifica tenendo fermi i dati essenziali, originava dal mancato pagamento di provvigioni maturate in favore di un agente di commercio da parte di una società di cui peraltro il medesimo era anche socio.

Al fine di accertare se la preponente avesse concluso anche direttamente contratti nella zona di competenza esclusiva dell'agente medesimo con clienti che avessero le caratteristiche idonee alla maturazione delle provvigioni in suo favore – il tutto in forza del contratto intervenuto *inter partes* atto a disciplinare le zone oggetto di esclusiva nonché i criteri per la loro individuazione –, nel giudizio di *prime cure* l'agente aveva richiesto alla società l'esibizione *ex art. 210 c.p.c.* del registro IVA vendite, delle fatture emesse, nonché dei contratti relativi a forniture effettuati nella provincia interessata nonché altra documentazione ritenuta necessaria. Il Giudice, a più riprese, aveva ordinato l'esibizione richiesta ma gli ordini erano sempre rimasti inattuati. Veniva pertanto proposto ricorso cautelare in corso di causa ai sensi degli artt. 670, comma 2 e 700 c.p.c. per ottenere il sequestro giudiziario dei documenti già oggetto dell'ordine di esibizione o comunque, in via subordinata alternativa, la loro consegna, anche in copia. A tal fine il ricorrente aveva evidenziato come la documentazione in parola fosse per lui rilevante ai fini della prova e non altrimenti acquisibile e che sussisteva un'effettiva controversia sull'acquisizione, attestata dallo stesso rifiuto opposto di dare esecuzione all'ordine di esibizione. L'agente aggiungeva che vi era anche l'opportunità di provvedere alla custodia della documentazione oggetto della richiesta per trarne le informazioni a cui egli aveva diritto. La società convenuta eccepiva l'esploratività delle istanze istruttorie in quanto asseritamente volte a supplire un onere probatorio non assolto e strumentalmente mirate ad acquisire informazioni societarie riservate.

Il Giudice autorizzava il sequestro giudiziario e, avverso l'ordinanza ammissiva dello stesso, veniva proposto reclamo allegandosi violazione della regola del *nemo tenetur edere contra se* e invocandosi la natura officiosa dei poteri attribuiti al Giudice del Lavoro che però non consentono di disporre un sequestro al di là dei limiti consentiti dall'ordinamento. Il sequestro era stato infatti autorizzato a seguito dell'inadempimento dell'ordine di esibizione la cui conseguenza è l'argomento di prova *ex art. 116 c.p.c.*, mutuandosi tale disciplina dal richiamo all'art. 118 c.p.c. in tema di rifiuto a consentire l'ispezione. Veniva anche contestata la sussistenza del *periculum in mora*, sia pure nei termini attenuati richiesti in caso di sequestro giudiziario.

Il Collegio del Tribunale di Udine accoglie il reclamo all'esito di un articolato ragionamento che muove dal problema dell'incoercibilità dell'ordine di esibizione come affrontato dalla prevalente giurisprudenza di legittimità e di merito, le quali propendono per la tesi dell'argomento di prova *ex art. 116, comma 2, c.p.c.* quale unica conseguenza del rifiuto ad ottemperare all'ordine del giudice e ciò anche in ossequio del principio del *nemo tenetur edere contra se*, con ciò appalesando la lacuna normativa esistente in relazione agli effetti dell'inadempimento dell'ordine medesimo. Il Tribunale prosegue chiarendo che l'utilizzo dello strumento del sequestro giudiziario di prove di cui all'*art. 670, comma 2, c.p.c.*, svolge di per sé, rispetto al rimedio esibitorio volto all'acquisizione del documento al giudizio, una funzione del tutto diversa, vale a dire quella di custodire dei documenti in relazione ai quali sussista una controversia circa il diritto all'esibizione quando sia necessario provvedere alla loro custodia temporanea perché se ne teme la dispersione. Si tratta, cioè, unicamente di una misura cautelare, scevra peraltro di qualsiasi connotazione esecutiva.

Concludendo che se non esiste un diritto assoluto della parte istante ad ottenere da parte del giudice del merito l'accoglimento dell'istanza di esibizione quando la stessa abbia, come nel caso di specie, finalità meramente esplorative, a più forte ragione, secondo il Collegio, non può per il medesimo fine essere richiesto ed ordinato il sequestro giudiziario per dare forzosa attuazione ad un ordine con finalità esplorativa che non sia stato spontaneamente ottemperato dalla parte destinataria. Nello specifico, tuttavia, il Tribunale non sembra di per sé escludere che il sequestro di prove possa essere preordinato all'effettiva produzione del documento in giudizio dal momento che si tratta pur sempre di un rimedio suscettibile di essere attuato con le forme del processo esecutivo, ma ritiene che, nel caso di specie, non sussistano le reali esigenze cautelari di custodia sottese a tale rimedio; oltre al fatto che il giudice non può esimersi dal verificare se la finalità dell'ordine di esibizione sia meramente esplorativa e di ricerca della prova, piuttosto che di sua acquisizione al processo.

2. – Il problema affrontato dalla decisione in commento, apparentemente concentrata sui requisiti per concessione del sequestro giudiziario di prove *ex art. 670, comma 2, c.p.c.* pare piuttosto doversi individuare nelle gravi ricadute della persistente lacunosità della normativa processuale in tema di attuazione degli ordini di esibizione processuale, vale a dire la carenza, nell'ordinamento, di strumenti che permettano l'effettiva acquisizione al processo della *res exhibenda ex art. 210 c.p.c.*; una lacunosità che, come nel caso affrontato dal Tribunale di Udine, trova conferma nell'orientamento di tutte le voci giurisprudenziali sia molto risalenti che più recenti, nonché di parte della dottrina, che hanno visto nella suddetta

tipologia di sequestro la risposta più soddisfacente rispetto alla totale mancanza di sanzioni che si possano applicare nel caso in cui il provvedimento esibitorio del giudice resti inosservato.

L'art. 670, comma 2, c.p.c. collocato nel codice di procedura civile tra i procedimenti cautelari, stabilisce, come ben noto, la possibilità per il giudice di autorizzare il sequestro giudiziario di libri, registri, documenti e di ogni altra cosa da cui si pretende desumere elementi di prova quando sia "controverso" il diritto alla loro esibizione o comunicazione e sia opportuno provvedere alla loro custodia temporanea.

Ma il problema dei rapporti tra l'art. 670, comma 2, c.p.c. e la disciplina dell'esibizione di cui all'art. 210 c.p.c. è estremamente complesso e lo è ancor più anche di quanto appare nel provvedimento annotato, non potendo trovare una risposta nell'orientamento che vede le due norme in termini complementari¹.

Il principale nodo interpretativo al riguardo pare appuntarsi sulla nozione di "controversia sul diritto di esibizione": se cioè sia tale solo quella che abbia ad oggetto un vero e proprio diritto sostanziale all'esibizione (quali ad esempio i diritti attribuiti ai soci di società di capitali dagli artt. 2422 e 2490 c.c.) o se sia sufficiente che si controverta intorno all'esercizio del potere processuale di chiedere l'emanazione di un ordine di esibizione da parte del giudice ed alla accoglibilità o meno di tale azione, il cui fondamento è collegato unicamente a presupposti e limiti processuali. Nel primo caso, legittimato a chiedere il sequestro sarebbe il titolare di un diritto sostanziale sul documento o di un diritto sostanziale all'esibizione dotato di una propria autonomia giuridica e quindi suscettibile di essere fatto valere con l'esercizio di un'autonoma azione giurisdizionale, in sede di cognizione o anche in sede cautelare. Nel secondo caso, che vede nel sequestro di cui all'art. 670, comma 2, c.p.c. l'aspetto cautelare dell'esibizione di cui all'art. 210 c.p.c., vi è chi ha ricostruito, per via di interpretazione, uno strumento di esecuzione coattiva dell'ordine di esibizione, aggirando la sua estraneità al novero tassativo dei titoli esecutivi.

La seconda tesi, apparentemente di per sé accolta anche dal recente provvedimento che si commenta, è suscettibile di critica.

¹ In generale, sul controverso rapporto tra sequestro giudiziario di prove e ordine di esibizione processuale v. B. CAVALLONE, *Esibizione delle prove nel diritto processuale civile*, in *Dig. it., disc. priv.*, sez. civ., vol. VII, Torino, 1991, 666 ss.; R. BONATTI, *Il difficile compromesso tra sequestro di prove e ordine di esibizione: una proposta interpretativa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, 691; C. FERRI, voce *Sequestro*, in *Dig. civ.*, XVIII, Torino, 1998, 460; D. DALFINO, voce *Sequestro giudiziario*, in *Treccani-online*, Roma, 2013; C. MANDRIOLI – A. CARRATTA, *Diritto processuale civile. L'esecuzione forzata. I procedimenti sommari, cautelari e camerali*, IV, Torino, 2016, 324.

A favore dell'orientamento c.d. "sostantivistico" militano intanto numerosi ed inequivocabili argomenti, primo fra tutti la stessa denominazione dell'istituto di cui all'art. 670 c.p.c. come sequestro *giudiziario*. Questo tipo di sequestro, infatti, presuppone sempre una "controversia" intorno a vantati diritti soggettivi. Inoltre, mentre il sequestro presuppone la possibilità di un'esecuzione coattiva ed è eseguibile coattivamente ai sensi dell'art. 677 c.p.c., l'ordine di esibizione, per interpretazione costante, non può essere eseguito nelle forme dell'esecuzione forzata, in quanto non ricompreso nel novero dei titoli esecutivi di cui all'art. 474 c.p.c. In base a questo presupposto, sarebbe pertanto incongruo che, ai fini del sequestro, si potesse preventivamente apprendere con una cognizione sommaria quanto non si possa apprendere dopo lo svolgimento di normale contraddittorio circa la legittimità dell'ordine di esibizione e dopo il constatato inadempimento dell'ordine stesso.

Secondo la presente ricostruzione, pertanto, chi si prospetti la possibilità di chiedere al giudice l'ordine di esibizione di prove a norma dell'art. 210 c.p.c. e tema che nelle more dell'accoglimento della sua richiesta la prova possa scomparire, non può richiedere l'applicazione dell'art. 670, comma 2, c.p.c., anche se sia esistente il *fumus boni iuris* della sua pretesa. E tale sequestro non può neppure essere richiesto con riferimento a documenti di cui sia già stata ordinata infruttuosamente l'esibizione.

In altre parole, pare possibile affermare che il sequestro *ex art. 670*, comma 2, c.p.c. non può essere messo in relazione con l'esibizione *processuale*, ma solo con quella *sostanziale*.

In ordine a questo punto di centrale importanza circa l'individuazione dei rapporti tra esibizione processuale e sequestro di prove, la decisione annotata, in riferimento al termine "controverso" impiegato dall'art. 670, comma 2, c.p.c., afferma che lo stesso «sembra doversi intendere nel senso di contrapposizione di interessi», e che trattasi di situazione sostanziale e non formale «che può non essere risolta dalla semplice emanazione di un provvedimento giudiziale che sul punto statuisca allorquando il destinatario di tale provvedimento scelga di non darvi materiale esecuzione». E si aggiunge che, sebbene nessuna disposizione del codice di rito espressamente chiarisca che il sequestro probatorio sia preordinato all'effettiva produzione del documento in giudizio, vi sono certamente argomenti in favore di tale conclusione come, ad esempio, quello per cui l'art. 677 c.p.c. che richiama quale mezzo di attuazione del sequestro giudiziario la disciplina dettata per l'esecuzione per consegna o rilascio ed in particolare l'art. 606 c.p.c. (la quale, come noto, autorizza l'ufficiale giudiziario a recarsi sul luogo in cui le cose si trovano per cercarle e consegnarle all'avente titolo, il quale, dunque,

entratone in possesso le potrà utilizzare a proprio vantaggio ossia acquisendole al processo come mezzi istruttori).

Il Collegio del Tribunale di Udine conclude pertanto in senso favorevole ad una ricostruzione che ammetta la pronuncia di un sequestro giudiziario di documenti anche dopo che il giudice ne abbia ordinato infruttuosamente l'esibizione per non esservi «insormontabili ostacoli normativi o espressi divieti» ed anzi ritenendo la disposizione atta a garantire il diritto alla prova di cui all'art. 24 Cost. ma ritiene che debbano sussistere, caso per caso, le reali esigenze cautelari di custodia sottese al rimedio nonché la necessità di verifica di sussistenza dei presupposti dell'ordine di esibizione (nel caso sottoposto al suo esame mancanti sotto entrambi i profili).

Da parte nostra, si continua a concordare² con chi ha da sempre escluso la possibilità di utilizzare il sequestro giudiziario di prove in funzione dell'esecuzione coattiva dell'ordinanza istruttoria di esibizione, affermando che è più corretto prendere atto della difficile applicabilità di una norma esistente che patrocinare l'applicazione di una norma inesistente³. *De iure condendo* ciò conferma la convinzione che gli strumenti adeguati per assicurare l'acquisizione processuale di prove documentali debbano essere ricercati altrove; vale a dire, in rimedi elaborati *ad hoc* per dotare di effettività lo strumento di cui agli artt. 210 ss. c.p.c. e che l'assenza di sanzioni che rendano effettivo un provvedimento di esibizione processuale non può comportare l'applicabilità di una norma preposta ad uno scopo differente.

² Ci sia consentito il richiamo al nostro *Esibizione di documenti e discovery*, Torino, 2004, 285 ss.

³ Vedi in particolare, nella dottrina più risalente, B. CAVALLONE, *Esibizione delle prove e sequestro giudiziario*, in *Riv. dir. proc.*, 1970, 155 e ID., *Esibizione delle prove nel diritto processuale civile*, cit., 681-682; E. LANCELLOTTI, *Esibizione di prove e sequestri, Aspetti sostantivi e processuali dell'esibizione delle scritture dell'imprenditore*, in *Riv. dir. proc.*, 1971, 143 ss. Aderisce a tale ricostruzione anche A. GRAZIOSI, *L'esibizione istruttoria nel processo civile italiano*, Milano, 2003, *passim*, il quale afferma che se non può essere accolta la tesi sostanzialista giacché, il sequestro di prove, a suo modo di vedere, serve solo ad impedire che i documenti possano andare distrutti, «nemmeno merita accoglimento una concezione rigidamente processualistica del sequestro di prove, in forza della quale la misura possa essere autorizzata solo a cautela dell'ordinanza istruttoria ex art. 210 c.p.c.» sempre per il fatto che il sequestro ex art. 670 c.p.c. è esclusivamente atto a garantire la custodia delle prove esibende. L'Autore, all'esito della propria analisi dell'istituto, conclude comunque che il sequestro ex art. 670, n. 2, c.p.c. rimane uno strumento proficuo, in quanto da un lato facilita il ricorso alla presunzione di ammissione dei fatti che si sarebbero dovuti provare tramite l'esibizione, mentre dall'altro può agevolare l'ispezione giudiziale della prova ex art. 118 c.p.c. ove il giudice intenda avvalersi di questo mezzo istruttorio (*op. cit.*, spec. 363 ss., 371 ss. e 391).

Su questa linea all'art. 1, comma 21, della legge 26 novembre 2021, n. 206 di delega al Governo per la riforma del processo civile prevede che nell'esercizio della delega di cui al comma 1, il decreto o i decreti legislativi recanti modifiche al codice di procedura civile dirette a rafforzare i doveri di leale collaborazione delle parti debbano prevedere conseguenze processuali e sanzioni pecuniarie nei casi di rifiuto non giustificato di consentire l'ispezione prevista dall'art. 118 c.p.c. e nei casi di rifiuto o inadempimento non giustificati dell'ordine di esibizione previsto dall'articolo 210 c.p.c..

Si tratta di un'innovazione che, intervenendo a rafforzare l'istituto esibitorio⁴, consentirà anche di delimitare l'effettivo ambito di applicazione dello stesso, evitando la necessità di ricorrere, al fine di ottenere l'effetto dell'acquisizione del documento in giudizio a fini probatori, a strumenti per loro natura pensati per una diversa finalità ed il cui utilizzo "distorto" o ulteriore finisce per aggravare inutilmente il contenzioso, pesantemente incidendo sulla ragionevole durata del processo come è accaduto nel caso in esame.

Abstract

THE JUDICIAL SEIZURE OF EVIDENCE AND ITS CONTROVERSE FUNCTION OF ACQUISITION OF DOCUMENTS TO THE PROCESS

Il lavoro si ripromette di affrontare l'incessante dibattito relativo all'ammissibilità di un sequestro giudiziario a fini probatori avente lo scopo di attuare forzosamente un ordine di esibizione processuale che la parte destinataria dello stesso non abbia spontaneamente adempiuto in tutto o in parte.

The work promises to address the debate relating to the admissibility of a judicial seizure for evidential purposes with the purpose of execution, implementing a procedural performance order that the recipient party has not spontaneously fulfilled in whole or in part.

⁴ In tema di inosservanza dell'obbligo esibitorio gravante sulla parte mi permetto di rinviare nuovamente al nostro *Esibizione di documenti e discovery*, cit., 274 ss. Circa le proposte di riforma, rinvio a quanto osservato ne *L'attuazione degli ordini esibitori in una recente proposta di riforma del processo civile*, in *Studi Senesi*, 2019, 210 ss. In riferimento ai dubbi di costituzionalità della previsione, nel progetto di riforma, ed ora nella legge delega di riforma del processo civile, di sanzioni pecuniarie a carico della parte inadempiente all'ordine di esibizione, v. G. SCARSELLI, *Note critiche sul disegno di legge delega di riforma del processo civile*, in *www.judicium.it*. come anche evidenziate da G. CAMPEIS – A. DE PAULI, *Ne ultra crepidam sutor – Quando il giudice si allarga*, in *www.judicium.it*.

Tribunale di Trento, Sez. Spec. in materia di Imprese, ord. 15 novembre 2021
Giudice Dott. Benedetto Sieff

L'art. 2470, commi 1 e 2, c.c., così come novellato con la legge 28 gennaio 2009 n. 2, di conversione del d.l. 29 novembre 2008 n. 185, ha natura inderogabile, pertanto sono nulle, per contrarietà a norma imperativa, le clausole statutarie che ancora oggi subordinino (oppure, se redatte anteriormente al 2009, continuino a subordinare) l'opponibilità alla società del trasferimento della partecipazione e/o l'esercizio dei diritti sociali alla iscrizione nel libro dei soci, anziché al mero deposito dell'atto di trasferimento nel registro delle imprese. (massima non ufficiale)

(Omissis) 3. Le successive acquisizioni di partecipazioni sociali da parte di B, mediante i citati otto atti di cessione del 26 e 27 agosto 2021, sono pure da ritenersi sottratte all'operatività del diritto di prelazione in esame, giacché rientranti nell'altro caso di esclusione del diritto di prelazione costituito dal «trasferimento della partecipazione ad altri soci», secondo formula letterale che, invero, non lascia spazio a dubbio interpretativo alcuno.

3.1. A tale riguardo, non merita séguito la tesi dei ricorrenti secondo cui [B] non avrebbe potuto beneficiare di tale esclusione giacché, all'atto della conclusione dei contratti del 26 e 27 agosto 2021, essa non era ancora iscritta nel libro dei soci.

Preme preliminarmente osservare che la norma contrattuale in esame non prevede che il trasferimento debba avvenire tra soci iscritti al libro dei soci. Sul piano letterale ciò assume un pregnante significato, atteso che, altrove, nel testo dello statuto, viene talora fatto richiamo all'iscrizione nel libro dei soci. Ad esempio, secondo le segnalazioni degli stessi ricorrenti, là dove si prevede: che la comunicazione del trasferimento, ai fini dell'esercizio del diritto di prelazione, sia effettuata ai soci iscritti nel relativo libro; che la violazione del diritto di prelazione impedisce l'iscrizione nel libro in parola (art. 8); che il recesso dev'essere iscritto nello stesso libro (art. 10); che hanno diritto di voto i soci iscritti nel relativo libro (art. 24).

In ogni caso, venuto meno l'obbligo legale di tenere il libro dei soci (come riconoscono gli stessi ricorrenti), l'art. 2470 c.c. stabilisce che il trasferimento della partecipazione ha effetto di fronte alla società dal momento del deposito dell'atto di trasferimento presso il registro delle imprese, introducendo una regola che – proprio perché impone in via generale una forma di pubblicità legale che in maniera indistinta e uniforme riguarda tutti i rapporti sociali, a garanzia di esigenze superindividuali di certezza nella circolazione delle partecipazioni sociali, con ciò contestualmente ingenerando presso il pubblico un legittimo affidamento rispetto a quanto risulti dal registro delle imprese – assume carattere inderogabile e, come tale, non si presta in alcun modo ad essere superata da disposizioni negoziali di diverso tenore che, in quanto tali, sono da ritenersi nulle, quand'anche anteriori alle modifiche introdotte al cit. art. nel 2009 nel senso di prevedere quale unica forma

pubblicitaria quella del deposito presso il registro delle imprese, tenuto conto dell'obbligo degli amministratori, alla data di entrata in vigore delle modifiche, di allineare le risultanze del registro delle imprese con quelle del libro dei soci.

Questo senza considerare che il trasferimento della partecipazione non costituisce esercizio di diritti sociali nell'ambito dell'esecuzione del contratto sociale, bensì esercizio dei diritti che a ciascun socio competono, nei rapporti esterni, quale titolare della partecipazione, e segnatamente del diritto di poter liberamente disporre del valore patrimoniale che essa partecipazione esprime. (*Omissis*).

ABOLIZIONE DEL LIBRO DEI SOCI NELLE S.R.L. E NULLITÀ DELLE CLAUSOLE STATUTARIE CHE CONTINUINO A PREVEDERLO

ALESSIO FILIPPO DI GIROLAMO

Dottore di ricerca

1. – L'ordinanza qui commentata è stata resa dal Tribunale di Trento a definizione di un procedimento *ex art. 700 c.p.c.* avente ad oggetto un'intricata questione societaria relativa alla asserita violazione¹ di una clausola di prelazione statutaria.

La controversia era assai complessa ma, ai fini che qui rilevano, è sufficiente ricordare, in estrema sintesi e non senza fare ricorso a talune semplificazioni, che, in un primo momento, la società resistente (B) aveva acquisito la qualità di socio della società ricorrente (A) mediante fusione per incorporazione di una società che già era socia di quest'ultima: in quella occasione, ai soci di A non veniva riconosciuto il diritto di prelazione perché l'ipotesi di trasferimento della partecipazione a séguito di fusione rientrava tra quelle espressamente escluse dalla sfera di operatività della predetta clausola statutaria di prelazione².

¹ In realtà, poi esclusa dal Tribunale di Trento con l'ordinanza qui commentata, con decisione poi confermata anche in sede di reclamo.

² Peraltro, anche in caso di mancata esclusione, è da ritenere che (eccezion fatta per il caso in cui lo statuto non preveda espressamente il contrario) la clausola di prelazione – di interpretazione necessariamente restrittiva in quanto derogatoria del principio generale della libera trasferibilità delle partecipazioni sociali (artt. 2355-*bis* c.c., per le azioni, e 2469 c.c., per le quote sociali) – non possa operare allorché la partecipazione venga trasferita non mediante compravendita, bensì attraverso altre operazioni, inclusa la fusione, dal momento che il fatto che la *denuntiatio*, di regola, debba contenere l'indicazione del prezzo (oltre che delle modalità di pagamento, così da assicurare il rispetto della parità di condizioni) fa sì che la prestazione offerta dal socio prelazionario (e, cioè, il pagamento del prezzo) non presenti il requisito della fungibilità rispetto alla prestazione che, nell'ambito della fusione (così come nel caso di scissione o conferimento o anche di permuta della partecipazione con un bene non fungibile), è attesa dal socio alienante, in quanto partecipante, per l'appunto, alla fusione, il quale riceve, in funzione corrispettiva, non già danaro bensì una

Una volta divenuta socia della società ricorrente A, la società resistente B – che aveva depositato presso il registro delle imprese, così come previsto dall'art. 2470, commi 1 e 2, c.c.³, l'atto di trasferimento⁴, ma che non aveva ancora ottenuto l'iscrizione nel libro dei soci di A, il cui statuto ancora lo prevedeva tra i libri sociali – acquistava le partecipazioni detenute da altri otto soci di A, così acquisendone la maggioranza del capitale sociale: anche in questo caso, agli altri soci di A non veniva riconosciuto il diritto di prelazione, in quanto l'ipotesi di trasferimento delle partecipazioni tra soci era anch'essa espressamente esclusa dalla sfera di operatività della clausola di prelazione statutaria⁵.

La società ricorrente A ed alcuni suoi soci, ritenendo – erroneamente, come poi accertato dal Tribunale di Trento con l'ordinanza qui commentata⁶ – che la società resistente B avesse, dapprima e sotto un primo profilo, acquisito la qualità di socio di A e, successivamente e sotto un secondo profilo, incrementato la propria partecipazione in violazione della clausola

partecipazione nella società riveniente dalla fusione. In questo senso, in dottrina, v.: F. BONELLI, *La prelazione prevista in caso di "vendita" delle azioni non opera in caso di "conferimento" delle azioni*, in *Giur. comm.*, 1994, I, 975 ss.; P. DIVIZIA – L. OLIVIERI, *Rapporti tra prelazioni legali ed operazioni di fusione e scissione. Lettura critica del problema fra diritto amministrativo ed attività notarile*, in *Vita not.*, 2009, 1223 ss.; A.M. MAROCCO – A. MORANO – D. RAYNAUD, *Società a responsabilità limitata*, Milano, 1992, 196. In giurisprudenza, v., con riferimento alla fusione, Trib. Milano, 8 marzo 1971, in *Foro pad.*, 1971, I, 918, e, con riferimento all'operazione di conferimento o di permuta ma, pur sempre, per ragioni riferibili anche alla fusione quanto alla infungibilità della prestazione: Cass., 25 luglio 2008, n. 20462, in *Giur. comm.*, 2010, II, 626, con nota di S. PARMIGGIANI, *Limiti interpretativi e applicativi della clausola di prelazione in caso di permuta di partecipazioni sociali*; Trib. Venezia, ord. 7 novembre 2003, in *Banca Borsa tit. cred.*, 2004, II, 688; Trib. Milano, ord. 9 marzo 2002, e Trib. Milano, ord. 8 febbraio 2002, entrambe in *Giur. it.*, 2002, I, 1220; App. Cagliari, 26 marzo 1993, in *Riv. giur. sarda*, 1994, 571; Trib. Foggia, 19 ottobre 1991, in *Dir. e giur.*, 1992, 590.

Del resto, come pure osservato dalla dottrina, l'impossibilità di esercitare la prelazione a parità di condizioni, nel caso di operazioni straordinarie quali quelle sopra indicate, è confermata dal fatto che, ove si pretendesse, cionondimeno, di istituire, per vero artificiosamente, quella parità di condizioni che è l'elemento qualificante della prelazione, si renderebbe inevitabile l'alterazione del contenuto negoziale predisposto dal socio alienante (e cioè dell'operazione straordinaria che verrebbe ad interessarlo): il che non sarebbe ammissibile (in questo senso, v. F. BONELLI, *op. cit.*, 975 ss.; A. LOLLI, *Diritto di prelazione e trasferimento di pacchetti azionari*, in *Giur. comm.*, 1997, I, 536; N. SQUILLACE, *La prelazione societaria*, in *Giur. comm.*, 1989, II, 563).

³ Nel testo attualmente in vigore, così come modificato con la legge 28 gennaio 2009 n. 2, di conversione del d.l. 29 novembre 2008 n. 185.

⁴ In questo caso, l'atto di fusione.

⁵ La quale, in particolare, prevedeva espressamente l'esclusione del diritto di prelazione nel caso di trasferimento delle partecipazioni tra soci.

⁶ Con decisione poi confermata anche in sede di reclamo.

di prelazione statutaria, chiedevano al Tribunale di Trento, ai sensi dell'art. 700 c.p.c., di inibire a B l'esercizio dei diritti sociali.

In particolare, per quel che maggiormente rileva ai fini della presente nota, va ricordato, con specifico riferimento al secondo profilo sopra ricordato, che i ricorrenti sostenevano che, anche a volere ritenere che, attraverso la fusione, fosse legittimamente divenuta socia di A⁷, la società resistente B non avrebbe comunque potuto poi beneficiare della esenzione, prevista dalla clausola di prelazione statutaria, relativa ai trasferimenti delle partecipazioni tra soci. Ed infatti, secondo la tesi sostenuta dai ricorrenti, quando ha acquistato le predette partecipazioni degli altri otto soci di A, B non poteva essere considerata socia di A (e, dunque, un soggetto legittimato all'esercizio dei relativi diritti sociali), dal momento che non aveva ancora ottenuto l'iscrizione nel libro dei soci⁸.

Il Tribunale di Trento, con l'ordinanza qui commentata, ha ritenuto infondata la tesi dei ricorrenti, innanzitutto, perché la formulazione testuale della clausola statutaria di prelazione non consentiva di addivenire ad una simile conclusione perché non subordinava l'operatività della esenzione in discorso⁹ ai (soli) trasferimenti tra soci iscritti nel libro dei soci, bensì, più in generale, a tutti i trasferimenti intervenuti tra i soci: e, in forza della disciplina attualmente vigente, contenuta nell'art. 2470, commi 1 e 2, c.c., la qualità di socio si acquisisce con il deposito dell'atto di trasferimento presso il registro delle imprese e, dunque, prima della (ed indipendentemente dalla) iscrizione nel libro dei soci, anche ove mai ancora previsto dallo statuto tra i libri sociali¹⁰.

Inoltre, ed è questo il passaggio maggiormente interessante, il Tribunale di Trento ha ritenuto infondata la tesi dei ricorrenti anche perché una clausola che subordini l'opponibilità alla società del trasferimento della partecipazione (e quindi anche l'acquisto della qualità di socio, così come l'esercizio dei relativi diritti sociali) alla iscrizione del trasferimento nel libro dei soci sarebbe, in ogni caso, nulla per contrarietà alla norma di cui all'art. 2470, commi 1 e 2, c.c. attualmente vigente, da considerare imperativa ed inderogabile.

La pronuncia in esame è interessante perché, come si dirà di qui a breve, rappresenta una delle pochissime prese di posizione della

⁷ Ciò che essi, comunque, negavano.

⁸ In quanto, secondo la tesi sostenuta dai ricorrenti, l'acquisizione della qualità di socio a séguito della fusione per incorporazione, in assenza della iscrizione nel libro dei soci, non sarebbe stata opponibile ad A (indipendentemente dal deposito e/o dalla iscrizione dell'atto di trasferimento nel registro delle imprese).

⁹ Quella, cioè, relativa ai trasferimenti di partecipazioni tra i soci.

¹⁰ Questa è la premessa (implicita) dalla quale, evidentemente, muove il Tribunale di Trento nell'ordinanza qui commentata.

giurisprudenza con riferimento al tema relativo alla (quantomeno, dubbia) legittimità della prassi, assai diffusa, di continuare a prevedere, negli statuti delle s.r.l., il libro dei soci, pur a séguito della soppressione, da parte del legislatore del 2009, di tale libro sociale per le s.r.l.

2. – Al fine di inquadrare correttamente la questione, pare opportuno ricordare, *ante omnia*, che la legge 28 gennaio 2009 n. 2, di conversione del d.l. 29 novembre 2008 n. 185¹¹, ha introdotto, all'art. 16 del predetto d.l.¹², i commi 12-*quater* ss., mediante i quali, per quanto maggiormente rileva, è stato soppresso – a far tempo dal 30 marzo 2009¹³ – il libro dei soci per le s.r.l.: conseguentemente, sono stati modificati anche tutti gli articoli del codice civile che facevano riferimento a tale libro sociale e, dunque, gli artt. 2470, 2471, 2472, 2478, 2478-*bis* e 2479-*bis* c.c.

Nel quadro della nuova disciplina, particolare rilievo assumono il novellato art. 2478, comma 1, c.c. ed il novellato art. 2470, commi 1 e 2, c.c.: con il primo, infatti, il libro dei soci è stato escluso dai libri sociali obbligatori per le s.r.l.; con il secondo, invece, è stato previsto che il momento in cui il trasferimento della partecipazione produce effetti nei confronti della società (legittimando il socio, tra l'altro, all'esercizio dei diritti sociali) sia quello di deposito dell'atto di trasferimento presso il registro delle imprese (e non più, dunque, quello di iscrizione nel libro dei soci, come era in passato).

Per completezza, va peraltro precisato che le modifiche in discorso non hanno riguardato la disciplina delle società cooperative, con la conseguenza che queste, anche ove adottino la forma della s.r.l., dovranno comunque continuare a tenere il libro dei soci, il quale sarà chiamato a svolgere le medesime funzioni assolve in passato¹⁴.

3. – L'intervento normativo appena ricordato è stato, fin da subito, oggetto di aspre critiche – tanto da essere stato auspicato il ripristino del regime previgente – da parte della maggior parte degli interpreti, i quali hanno rilevato come l'eliminazione del libro dei soci per le s.r.l. non solo non comporti alcuna significativa riduzione dei costi amministrativi, ma, soprattutto, sia idoneo a creare taluni inconvenienti pratici, di rilevanza non

¹¹ Rubricato "Misure urgenti per il sostegno a famiglie, lavoro, occupazione e impresa e per ridisegnare in funzione anti-crisi il quadro strategico nazionale".

¹² Rubricato "Riduzione dei costi amministrativi a carico delle imprese".

¹³ Sessantesimo giorno dall'entrata in vigore della legge di conversione.

¹⁴ In questo senso, tra gli altri, v. G. PETRELLI, *La soppressione del libro soci delle s.r.l.*, in *Società*, 2009, 425 ss. Altro regime peculiare è stato di recente introdotto per le s.r.l.-P.M.I.: sul punto, v. L. SALVATORE, sub Art. 2470, in *Commentario Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna, 2022, 426, nt. 3.

certo marginale, ai quali il legislatore, tuttavia, non si è curato di porre rimedio¹⁵.

Le critiche sono molte ed assai articolate, tuttavia quelle principali possono essere riassunte nei termini che seguono:

(i) l'abbandono del sistema dei rapporti sociali basato sulla iscrizione nel libro dei soci, a favore di un sistema fondato esclusivamente sulle risultanze del registro delle imprese, costringe gli organi sociali ad un monitoraggio costante, gravoso¹⁶ e comportante oggettivi condizionamenti¹⁷, oltre che inefficiente sotto taluni profili¹⁸;

¹⁵ In questo senso, v.: CONSIGLIO NOTARILE DI MILANO, *Massima n. 115*, 10 marzo 2009; ASSONIME, *Circolare n. 21/2009*, in *Riv. soc.*, 2009, 863 ss.; CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *Studio n. 71-2009/I*, in *Studi e Materiali CNN*, 2009, 676 ss.; ORDINE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI DI BRESCIA. COMMISSIONE CONSULTIVA DIRITTO SOCIETARIO E COMMERCIALE, *Abolizione del libro soci per le s.r.l.*, 1 ss.; G.A. RESCIO, *La legittimazione dell'acquirente di quota di s.r.l. affidata al libro dei soci: autonomia statutaria e ruolo del registro delle imprese*, in *Società*, 2009, 1500 ss.; G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, II, in *Commentario Schlesinger – Busnelli*, Milano, 2010, 1181 ss.; V. DONATIVI, *Dal libro dei soci al registro delle imprese: profili sistematici*, in *Società*, 2009, 1355 ss.; A. RUOTOLO, *Brevi note a margine del provvedimento del Tribunale di Verona*, in *Riv. notariato*, 2009, 1557 ss.; F. TASSINARI, *Nuovo libro dei soci pubblico on-line e sistema dei controlli preventivi*, in *Società*, 2009, 1367 ss.; V. MELI, *Soppressione del libro dei soci nella s.r.l. e limiti alla circolazione delle quote*, in *Riv. notariato*, 2009, 973 ss.; ID., *L'opponibilità alla società dei trasferimenti di partecipazioni di s.r.l. dopo la soppressione del libro dei soci*, in *Riv. soc.*, 2011, 16 ss. (pubblicato anche in *Scritti in onore di Marcello Foschini*, Bari, 2011, 339 ss.); G. PETRELLI, *La soppressione*, cit., 425 ss.; D. FICO, *Effetti conseguenti alla soppressione del libro soci e possibili rimedi statutari*, in *Società*, 2009, 1509 ss.; L. FURGIUELE, sub Art. 2470, in N. ABRIANI – M. STELLA RICHTER (a cura di), *Codice commentato delle società*, 2010, 1869 ss.; L. SALVATORE, *op. cit.*, 431; B. LABATE, *Abolizione del libro soci tra spinte di rinnovamento ed esigenze di certezza nella circolazione delle quote di s.r.l.*, in *BusinessJus*, 26 maggio 2020, 1 ss.; G. RIZZI, *L'abolizione del libro soci nella società a responsabilità limitata*, in *Federnotizie*, 8 giugno 2015, 1 ss.; V. DE STASIO, *Sulla "eliminazione" del libro dei soci nella s.r.l. (prime osservazioni ai commi da 12-quater a 12-undecies dell'art. 16 del d.l. "anti-crisi" 29 novembre 2008, n. 185, nel testo risultante dalla legge di conversione 28 gennaio 2009, n. 2, pubblicata in G.U. n. 22 del 28 gennaio 2009, Suppl. Ord. n. 14)*, in *Studi in onore di Umberto Belviso*, Bari, 2011, 441 ss.

¹⁶ Non vai infatti dimenticato, infatti, che ogni collegamento telematico con il registro delle imprese impone l'impiego di risorse, sia in termini di tempo che economici.

¹⁷ Basti considerare che in ogni assemblea e, più in generale, in ogni luogo e momento nel quale viene esercitato un diritto sociale, si impone la verifica dell'esistenza della legittimazione e, dunque, si richiede la praticabilità di un contestuale collegamento telematico.

¹⁸ In particolare, v. V. DE STASIO, *op. cit.*, 444-445, il quale sottolinea che il controllo degli amministratori in vista dell'iscrizione nel libro dei soci consentiva di verificare, tra l'altro, «la corrispondenza fra il valore nominale alienabile e quello effettivamente alienato»: controllo, questo, di rilevanza centrale e che «trova la sua

(ii) il fatto che il trasferimento sia efficace nei confronti della società dal momento del deposito dell'atto di trasferimento presso il registro delle imprese, e non da quello della (successiva) iscrizione del registro medesimo, è idoneo ad ingenerare una situazione di forte incertezza, posto che il deposito, a differenza della iscrizione, non produce una evidenza esterna, con la conseguenza che, nelle more, il cessionario della quota sociale sarebbe, ai sensi del novellato art. 2470 c.c., legittimato all'esercizio dei diritti sociali, ma agli organi sociali sarebbe tecnicamente preclusa la possibilità di avere notizia di tale circostanza (pur tenendo costantemente monitorato il registro delle imprese)¹⁹: tanto più che il legislatore non ha neppure previsto l'onere, per il cedente e/o per il cessionario, né per il notaio o per il commercialista che li assistono, di comunicare alla società la stipulazione dell'atto di trasferimento ed il deposito del medesimo presso il registro delle imprese. Senza, poi, considerare, sempre sotto questo profilo, che non vi è neppure la garanzia che al deposito faccia sempre séguito l'iscrizione nel registro delle imprese, potendo questa anche essere rifiutata dal conservatore²⁰, con la conseguenza che si pone, tra gli altri, il (complesso e

ragione essenziale nel principio di fissità del capitale sociale e serve ad evitare il surrettizio "annullamento" di quote esistenti o la creazione "*ex nihilo*" di quote inesistenti».

¹⁹ Sotto questo profilo, parte della dottrina suggerisce di ovviare al problema interpretando la parola "deposito" come sinonimo di "iscrizione", così da potere ritenere che il trasferimento della partecipazione sia opponibile alla società solo al momento della iscrizione nel registro delle imprese, tuttavia tale interpretazione "ortopedica" viene respinta da altra parte della dottrina, che la ritiene – come, in effetti, appare – radicalmente incompatibile con la lettera del novellato art. 2470 c.c. e con la *ratio* della riforma. Con riferimento a tale dibattito, anche per gli approfonditi richiami bibliografici, v.: L. SALVATORE, *op. cit.*, 432 ss.; V. DE STASIO, *op. cit.*, 446-447; N. CIOCCA – G. MARASÀ, *Il trasferimento delle partecipazioni*, in *Le società a responsabilità limitata*, I, Milano, 2020, 683 ss.

²⁰ Deve essere ricordato, a questo proposito, che al conservatore non è rimesso un controllo meramente formale, bensì un più pregnante controllo c.d. "qualificatorio". Come osservato dalla giurisprudenza, in particolare, «un controllo meramente formale non esaurisce i poteri (e la funzione) del conservatore. Al conservatore, infatti, è demandato anche il compito di verificare il "concorso delle condizioni richieste dalla legge per l'iscrizione" (art. 2189, comma 2, c.c.): tale compito, evidentemente, implica l'accertamento della corrispondenza dell'atto o del fatto del quale si chiede l'iscrizione a quello previsto dalla legge (art. 11 d.p.r. 7 dicembre 1995, n. 581) in ciò sostanziosamente il c.d. controllo qualificatorio» (Trib. Roma, Giudice del Registro delle Imprese, 14 marzo 2018, in www.giurisprudenzadelleimprese.it). Sul punto, v. anche: Trib. Milano, Giudice del Registro delle Imprese, 29 febbraio 2016, e Trib. Reggio Emilia, Giudice del Registro delle Imprese, 29 febbraio 2016, entrambe in *Società*, 2016, 1088; Trib. Milano, Giudice del Registro delle Imprese, 28 novembre 2018, e Trib. Roma, Giudice del Registro delle Imprese, 15 aprile 2015, entrambe in www.giurisprudenzadelleimprese.it). Con riferimento alla estensione ed ai limiti del potere di controllo affidato al conservatore,

delicato) problema della validità, o meno, delle deliberazioni assembleari assunte con il voto determinante del socio ammesso all'esercizio dei diritti sociali a séguito del (mero) deposito dell'atto di trasferimento, al quale non abbia poi fatto seguito, per qualsiasi ragione, l'iscrizione nel registro delle imprese²¹;

(iii) la regola secondo cui il semplice deposito dell'atto di trasferimento presso il registro delle imprese rende il trasferimento medesimo efficace nei confronti della società solleva anche problemi di coordinamento con l'art. 2469 c.c., il quale, nell'ammettere le clausole limitative della circolazione delle quote (peraltro, assai frequenti nella prassi), sembra escludere che il mero deposito dell'atto di trasferimento presso il registro delle imprese possa legittimare il cessionario all'esercizio dei diritti sociali, prima cioè che sia data agli organi sociali la possibilità di verificare il rispetto di quelle clausole nel caso di specie²²: con la conseguenza che, nel nuovo sistema, risulterebbe ben più elevato che in passato il rischio di «abusiva circolazione delle quote sociali»²³.

Nel tentativo di porre rimedio agli inconvenienti già ricordati²⁴, da più parti è stato suggerito di reintrodurre, in via volontaria (i.e. statutaria), il

anche per ulteriori richiami bibliografici, v.: E.E. BONAVERA, *Il potere di controllo del conservatore del registro delle imprese: controllo formale e controllo qualificatorio*, in *Società*, 2016, 1090 ss.; ID., *Iscrizione d'ufficio nel registro delle imprese del recesso del socio*, *ivi*, 2017, 1234 ss.; C.S. HAMEL, *Sull'estensione del potere di controllo del conservatore del registro delle imprese*, *ivi*, 2014, 420 ss.; R. RORDORF, *Il giudice del registro delle imprese*, *ivi*, 1996, 1249 ss.; V. SALAFIA, *Poteri di controllo del conservatore del registro delle imprese*, *ivi*, 1997, 700 ss.; V. FURFARO, *Ancora sui poteri del conservatore del registro delle imprese*, *ivi*, 2001, 219 ss.; A. ZANARDO, *Cancellazione di s.r.l. dal registro delle imprese: presupposti e ruolo del conservatore*, *ivi*, 2010, 92 ss.; C. IBBA, *La pubblicità delle imprese*, IV, *Il controllo del Conservatore*, Padova, 2012, 65 ss.; G. MARASÀ – C. IBBA, *Il registro delle imprese*, Torino, 1997, 144 ss.; N. CIOCCA – G. MARASÀ, *op. cit.*, 682, nt. 308; G. RAGUSA MAGGIORE, *Il registro delle imprese*, Milano, 1996, 78 ss.; A. PAVONE LA ROSA, *Il registro delle imprese*, in V. BUONOCORE (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, I, 4, Torino, 2001, 49 ss.; V. DONATIVI, *Sui poteri-doveri di controllo dell'ufficio del registro delle imprese in merito alla validità degli atti sottoposti ad iscrizione o a deposito*, in *Giur. comm.*, 1998, I, 57 ss.; P. REVIGLIONE, *Il "nuovo" Registro delle imprese: struttura e procedimento*, *ivi*, 1996, I, 296 ss.

²¹ Problemi analoghi, del resto, potrebbero porsi in tutti i casi in cui, nelle more tra il deposito dell'atto di trasferimento ed il rifiuto della iscrizione, il cessionario avesse esercitato qualsiasi diritto sociale.

²² Verifica che, come è noto, nel sistema previgente veniva svolta dall'organo amministrativo allorché il cessionario formulava richiesta documentata di iscrizione nel libro dei soci e, dunque, prima ed in vista di tale eventuale iscrizione.

²³ L'espressione è di A. BUSANI, *Abolizione del libro soci delle s.r.l.*, in *Dir. e prat. soc.*, 2009, 4, 16.

²⁴ Nonché ad altri inconvenienti, ancorché di rilevanza secondaria, pure rilevati dagli interpreti.

libro dei soci, al quale attribuire le medesime funzioni che esso era chiamato a svolgere prima del 2009, così da reinstaurare, sostanzialmente, il regime previgente: tale soluzione, tuttavia, è stata – con la precisazione di cui subito si dirà – non solo avversata da una parte della dottrina, ma, quel che maggiormente rileva, è stata considerata illegittima dai (pochissimi) interventi giurisprudenziali editi che si registrano sulla questione in esame, nel cui solco si è inserita l’ordinanza qui commentata.

Peraltro, a questo proposito, deve essere precisato che nessuno, a quanto è noto, ha mai dubitato della legittimità della scelta, anche nell’attuale regime normativo, di istituire volontariamente un libro dei soci nelle s.r.l.²⁵, purché volto unicamente a fornire agli amministratori informazioni utili per l’invio delle comunicazioni sociali e ad integrare i dati informativi che, di regola, non sono contenuti nel registro delle imprese²⁶: il dibattito è sorto e si è sviluppato, invece, in merito alla possibilità di (continuare a) prevedere, anche oggi, che l’opponibilità del trasferimento della partecipazione alla società (e, dunque, la legittimazione all’esercizio dei diritti sociali) possa essere statutariamente subordinata, oltre che al deposito dell’atto di trasferimento presso il registro delle imprese, anche alla successiva iscrizione nel libro dei soci volontariamente istituito²⁷.

È, dunque, opportuno ricordare, con riferimento a tale dibattito, dapprima gli orientamenti espressi dalla dottrina e, poi, quello accolto dalla giurisprudenza, così da rappresentare in modo esauriente lo stato dell’arte.

4. – Come già anticipato più sopra, buona parte della dottrina²⁸ ha sostenuto la possibilità (anzi, la vera e propria opportunità) di istituire un libro dei soci “volontario” e, per quanto maggiormente rileva, di subordinare alla iscrizione in tale libro l’opponibilità alla società del trasferimento della partecipazione nonché l’esercizio dei diritti sociali, così, sostanzialmente, restaurando il regime previgente²⁹.

²⁵ Oppure, come meglio si vedrà al successivo § 9, un libro con denominazione analoga, ma non sovrapponibile, al fine di non ingenerare confusione.

²⁶ Quali gli indirizzi di posta elettronica certificata dei soci e le eventuali variazioni riguardanti la denominazione ed i riferimenti dei soci medesimi.

²⁷ In sostanziale deroga all’art. 2470, commi 1 e 2, c.c., nella formulazione attualmente vigente.

²⁸ Con l’adesione, tra l’altro, di importanti associazioni di categoria, il che spiega come, nella prassi, sia frequente imbattersi in statuti che ancora prevedono, tra i libri sociali, anche il libro dei soci.

²⁹ In questo senso, v.: CONSIGLIO NOTARILE DI MILANO, *Massima n. 115*, 10 marzo 2009, *cit.*; ASSONIME, *op. cit.*, 877 ss.; COMITATO TRIVENETO DEI NOTAIO IN MATERIA DI ATTI SOCIETARI, *Orientamento I.L.3*; ORDINE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI DI BRESCIA. COMMISSIONE CONSULTIVA DIRITTO SOCIETARIO E COMMERCIALE, *op. cit.*, 6 ss.; G. ZANARONE, *op. cit.*, 1181 ss.; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto*

Le argomentazioni addotte dagli interpreti che sostengono tale possibilità (*rectius*, vera e propria opportunità) sono molteplici, tuttavia quelle maggiormente ricorrenti sono le seguenti:

(i) il fatto che l'istituzione del libro dei soci non sia più obbligatoria non varrebbe ad impedire che l'autonomia statutaria possa reintrodurre tale libro sociale, tanto più che questa autonomia, con riferimento al tipo s.r.l., è stata estremamente valorizzata ed ampliata in occasione della riforma del 2003³⁰;

(ii) la subordinazione dell'esercizio dei diritti sociali all'iscrizione nel libro dei soci volontariamente istituito non si porrebbe, in realtà, in contrasto con il novellato art. 2470, commi 1 e 2, c.c., stante il fatto che detta norma si limiterebbe a prevedere che la cessione della partecipazione non possa produrre effetti per la società anteriormente al deposito dell'atto di trasferimento presso il registro delle imprese, senza vietare affatto che il prodursi di tali effetti possa essere pattiziamente posticipato³¹. Del resto, la previsione in discorso – sempre secondo l'argomentazione qui esaminata – non inciderebbe su diritti di terzi³², ma opererebbe esclusivamente sul piano della mera organizzazione interna della società ed imporrebbe nulla più che un adempimento ulteriore, ossia l'iscrizione nel libro dei soci, per l'esercizio

commerciale, II, *Diritto delle società*, Torino, 2012, 578; V. DE STASIO, *op. cit.*, 449; A. RUOTOLO, *op. cit.*, 1557 ss.; G.A. RESCIO, *op. cit.*, 1500 ss.; N. CIOCCA – G. MARASÀ, *op. cit.*, 687 ss.; A. BUSANI, *Abolizione*, *cit.*, 15 ss.; G. PETRELLI, *op. cit.*, 425 ss.; A. BARTALENA, *Efficacia del trasferimento della partecipazione nei confronti della società*, in A.A. DOLMETTA e G. PRESTI (a cura di), *S.r.l. Commentario*, Milano, 2011, 365 ss.; D. FICO, *op. cit.*, 1509 ss.; G. MARASÀ, *Soppressione del libro dei soci nella s.r.l. e sue conseguenze*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, II, 658 (pubblicato anche in *Studi in onore di Umberto Belviso*, *cit.*, 595 ss.); L. FURGUELE, *op. cit.*, 1869 ss.; F. LANDUZZI, *Libro soci di Srl facoltativo e effetti sul trasferimento delle quote*, in *EuroconferenceNews*, 13 maggio 2015, 1 ss. In favore di tale soluzione, ancorché in termini non particolarmente chiari, sembrano propendere anche: V. SALAFIA, *Le recenti modifiche di alcune regole sulla s.r.l.*, in *Società*, 2009, 330; L. SALVATORE, *op. cit.*, 434 ss., nota 17.

³⁰ Con la conseguenza che sarebbe irrilevante anche il fatto che l'art. 2470 c.c. – così come altre norme, di portata pacificamente dispositiva e, in quanto tali, derogabili – non faccia espressamente salva la diversa volontà dei soci.

³¹ Con la precisazione che il momento in cui il trasferimento diviene opponibile potrebbe essere modificato (ossia posticipato a quello di iscrizione nel libro dei soci volontariamente istituito), oltre che nei confronti del cedente e del cessionario, anche nei confronti della società, stante la particolare posizione da essa rivestita nella vicenda circolatoria, ma non degli altri terzi, dal momento che la disciplina di cui all'art. 2193 c.c. ha carattere imperativo ed impone che questi ultimi possano fare affidamento sulle (sole) risultanze del registro delle imprese (sul punto, v. N. CIOCCA – G. MARASÀ, *op. cit.*, 687 ss.).

³² Non riguardando, ad esempio, la soluzione di possibili conflitti tra più acquirenti, risolta dalla specifica regola di cui all'art. 2470, comma 3, c.c.

dei diritti sociali³³: ciò che, del resto, in passato era pacificamente ammesso, laddove si consentivano clausole statuarie (non infrequenti nella prassi) volte a posticipare l'efficacia della cessione nei confronti della società rispetto all'iscrizione nel libro dei soci, a condizione soltanto che ciò non determinasse una dilazione irragionevole ed ingiustificata;

(iii) la previsione di un "filtro", costituito dal controllo degli amministratori in sede di iscrizione nel libro dei soci, si giustificherebbe alla luce dell'interesse dei soci, tuttora meritevole di tutela, a che il rispetto delle clausole limitative della libertà di circolazione delle partecipazioni sociali³⁴ sia adeguatamente verificato in via preventiva³⁵, così da evitare che, a séguito del mero deposito dell'atto di trasferimento presso il registro delle imprese, il cessionario possa essere legittimato ad esercitare i diritti sociali. Sotto questo profilo, anzi, la clausola statutaria che subordini l'esercizio di tali diritti all'iscrizione del libro dei soci, volontariamente istituito, sarebbe da considerare – alla stregua dei sostenitori della argomentazione qui esaminata – valida proprio ai sensi dell'art. 2469 c.c., in quanto «clausola limitativa della circolazione della quota [...] sub specie di clausola limitativa dell'acquisto della legittimazione relativa alla quota oggetto di trasferimento»³⁶;

(iv) la previsione del novellato art. 2470, comma 7, c.c.³⁷ si giustificherebbe soltanto in ragione del fatto che l'efficacia del trasferimento per la società può prodursi anche successivamente rispetto al deposito dell'atto di trasferimento presso il registro delle imprese: ed infatti, se così non fosse, la decorrenza del termine previsto per il deposito della dichiarazione di unipersonalità o di ricostituzione della pluralità dei soci dovrebbe, a rigore, essere ancorata non già al momento della «variazione della compagine sociale», bensì al deposito dell'atto di trasferimento presso il predetto registro³⁸;

(v) non si porrebbero problemi né sotto il profilo della pubblicità, che sarebbe comunque assicurata dall'iscrizione nel registro delle imprese, né

³³ Adempimento, questo, al quale il cessionario ha implicitamente accettato di sottostare nel momento in cui ha acquisito la partecipazione sociale.

³⁴ Espressamente previste dall'art. 2469 c.c. ed assai diffuse nella prassi.

³⁵ Dovendosi escludere che tale verifica sia demandata, invece, al notaio che riceve l'atto traslativo delle quote, al commercialista che vi assista oppure al conservatore del registro delle imprese.

³⁶ Così, G.A. RESCIO, *op. cit.*, 1506.

³⁷ Secondo cui gli amministratori sono tenuti a depositare nel registro delle imprese la dichiarazione di unipersonalità o di ricostituzione della pluralità dei soci entro trenta giorni «dall'avvenuta variazione della compagine sociale» e non già, in ogni caso, dal deposito dell'atto di trasferimento presso il registro medesimo.

³⁸ Rappresentando questo, *in thesi*, il momento di efficacia, per la società, del trasferimento.

sotto quello della tipicità degli atti da iscriversi nel predetto registro, dal momento che tale principio attiene alla identificazione degli atti e dei fatti oggetto di pubblicità e non anche ai relativi effetti (in questo caso, l'attribuzione della legittimazione all'esercizio dei diritti sociali), che potrebbero benissimo essere posticipati.

5. – Altra parte degli interpreti ha, invece, sostenuto – ferma comunque la legittimità, come già si è detto, della istituzione di un libro dei soci volontario, con finalità meramente organizzative/informative – la illegittimità della scelta di subordinare alla iscrizione in tale libro l'opponibilità del trasferimento della partecipazione alla società nonché l'esercizio dei relativi diritti sociali³⁹.

Anche in questo caso, le argomentazioni addotte dagli interpreti che aderiscono all'orientamento qui considerato sono molteplici e, tra queste, quelle maggiormente ricorrenti sono le seguenti:

(i) la reintroduzione del libro dei soci, così come previsto e disciplinato prima del 2009, finirebbe per porre nel nulla l'intervento del legislatore, che resterebbe, sostanzialmente, lettera morta;

(ii) la norma di cui al novellato art. 2470, commi 1 e 2, c.c. dovrebbe essere considerata di natura imperativa ed inderogabile, come tale sottratta ad interventi dell'autonomia statutaria, in quanto posta a presidio di interessi di matrice pubblicistica, quali l'esigenza di semplificazione amministrativa e di riduzione dei costi per le imprese, la eliminazione della duplicazione delle iscrizioni (una delle quali, quella nel libro dei soci, inaccessibile ai terzi), l'implementazione del processo di informatizzazione della documentazione amministrativa e la tracciabilità della circolazione della ricchezza: il profilo di inderogabilità, in particolare, sarebbe ravvisabile non nel fatto che gli effetti nei confronti della società non potrebbero essere anticipati rispetto al deposito dell'atto di trasferimento nel registro delle imprese, bensì «*nel collegamento non più scindibile tra l'effetto di fronte alla società' ed il deposito presso il pubblico registro*»⁴⁰;

(iii) la natura imperativa ed inderogabile della norma di riferimento troverebbe conferma, seppure indirettamente, anche nel fatto che essa non prevede la formula «*salvo diversa previsione dell'atto costitutivo*» oppure altre

³⁹ In questo senso, v.: V. DONATIVI, *op. cit.*, 1361 ss.; F. TASSINARI, *op. cit.*, 1384 ss.; V. MELL, *Soppressione, cit.*, 973 ss.; ID., *L'opponibilità, cit.*, 34 ss.; G. MARTINA, *Il "fu" libro dei soci delle società a responsabilità limitata*, in *Corr. giur.*, 2009, 727; F. MURINO, *Prima considerazione sulla novella dell'art. 2470 riformato dalla L. 28 gennaio 2009, n. 2*, in *Giur. it.*, 2009, 2232; G. RIZZI, *L'abolizione, cit.*, 1 ss.; L. QUATTROCCHIO, *sub Art. 2478, in Readkong*, 1 ss.

⁴⁰ Così, in particolare, F. TASSINARI, *op. cit.*, 1384.

formule analoghe, benché a tale tecnica redazionale il legislatore faccia spesso ricorso;

(iv) se la volontà del legislatore, espressa attraverso il novellato art. 2470, commi 1 e 2, c.c., fosse stata nel senso di affermare che il deposito dell'atto di trasferimento presso il registro delle imprese è soltanto un "pre-requisito" per la produzione degli effetti del trasferimento nei confronti della società, facendo così salvi eventuali ulteriori requisiti di fonte statutaria, il legislatore avrebbe più coerentemente fatto ricorso ad un'espressione quale quella utilizzata, a tal fine, dall'art. 2436, comma 5, c.c., secondo cui la deliberazione di modificazione dello statuto «*non produce effetti se non dopo l'iscrizione*»;

(v) il sistema normativo, laddove disciplina le vicende circolatorie delle quote di s.r.l. ed i relativi assetti proprietari, si è evoluto, individuando nel momento della iscrizione del trasferimento (o del deposito del relativo atto) nel registro delle imprese la decorrenza di molteplici effetti: il che troverebbe la sua giustificazione teleologico/funzionale in esigenze di certezza e di razionalizzazione, che avrebbero indotto – anche per trasparenza nei confronti dei terzi e, più in generale, del mercato (ancorché si tratti di società "chiuse") – a fare decorrere ogni effetto giuridico di rilievo non più da un adempimento di natura "privata" (l'iscrizione del libro dei soci)⁴¹, ma da una formalità di natura "pubblica" (l'iscrizione del registro delle imprese);

(vi) la rimozione del "filtro", rappresentato dalla iscrizione nel libro dei soci a cura degli amministratori, consentirebbe quantomeno di ridurre, se non di eliminare del tutto, il rischio di abuso, da parte degli amministratori medesimi, ai danni del cessionario della partecipazione, realizzato attraverso il ricorso a manovre volte a procrastinare il momento di efficacia del trasferimento nei confronti della società⁴²;

⁴¹ Tenuto anche conto del fatto che, come osservato dalla dottrina, nel regime previgente si verificavano spesso «sfasamenti temporali o discordanze tra libro dei soci e iscrizioni nel registro delle imprese», dal momento che «l'aggiornamento annuale dell'elenco dei soci, previsto dal testo previgente dell'art. 2478-bis, 2° comma, c.c. (adempimento ora anch'esso venuto meno per le s.r.l.: cfr. art. 16, comma 12-octies, del testo convertito del d.l. "anti-crisi")», era in molti casi largamente ineffettivo» (V. DE STASIO, *op. cit.*, 443).

⁴² Situazione di abuso, peraltro, non certo infrequente nella prassi, soprattutto ove si consideri che spesso gli amministratori di s.r.l. sono essi stessi soci (o, comunque, espressione diretta dei soci di maggioranza) e, dunque, possono avere tutto l'interesse a porre in essere – come, del resto, nella fattispecie decisa dal Tribunale di Trento – manovre volte ad impedire che il cessionario della partecipazione possa opporre alla società la sua qualità di socio e, dunque, possa acquisire la legittimazione all'esercizio dei diritti sociali: a maggior ragione laddove tali amministratori/soci sappiano (o anche soltanto temano) che il nuovo socio, ove abbia acquisito una partecipazione sufficiente a tal fine, provvederà alla nomina di nuovi amministratori.

(vii) non dovrebbero porsi particolari problemi con riferimento alla possibilità, per gli organi sociali, di verificare il rispetto delle clausole statutarie limitative della circolazione delle partecipazioni, quantomeno ove si aderisca all'orientamento (peraltro, non pacifico) secondo cui, anche a fronte del deposito dell'atto di cessione nel registro delle imprese e, addirittura, della iscrizione nel registro medesimo, agli organi sociali competerebbe, comunque, il potere-dovere di impedire all'acquirente di esercitare i diritti sociali, laddove ravvisino la violazione delle predette clausole statutarie.

6. – Venendo alla giurisprudenza, questa, nei due (soli) precedenti che – prima dell'ordinanza qui in commento – risultavano editi, ha aderito all'orientamento dottrinale da ultimo richiamato, ritenendo illegittima la clausola statutaria che subordini l'opponibilità del trasferimento della partecipazione alla società e la legittimazione all'esercizio dei diritti sociali, oltre che al deposito dell'atto di trasferimento presso il registro delle imprese, anche alla iscrizione nel libro dei soci, volontariamente istituito: in particolare, prima del Tribunale di Trento, in tal senso si erano espressi soltanto il Tribunale di Verona, Giudice del Registro delle Imprese⁴³, ed il Tribunale di Roma, Sezione Specializzata in materia di Impresa⁴⁴.

Andando con ordine, va sottolineato che, per quanto concerne il provvedimento del Tribunale di Verona, il Giudice del Registro delle Imprese è stato adito dal conservatore del registro medesimo presso la CCIAA di Verona, il quale aveva chiesto, con ricorso *ex art.* 2190 c.c., «l'iscrizione della cancellazione parziale della clausola statutaria» di uno statuto sociale, ritenuta dallo stesso conservatore «illegittim[a...] per contrasto con il precetto inderogabile di cui all'art. 2470, comma 1, c.c., come novellato dall'art. 12 *quater* della L. n. 2/2009», in quanto quello statuto «subordina[va] l'esercizio dei diritti sociali del cessionario (e, in definitiva, l'acquisizione da parte di questi dello status di socio) non già al 'deposito' dell'atto di trasferimento presso il Registro delle Imprese bensì al momento dell'iscrizione nel libro soci da essa volontariamente istituito».

Il Giudice del Registro delle Imprese, pur respingendo il ricorso del conservatore⁴⁵, ha comunque dedicato ampio spazio alla questione di diritto

⁴³ Trib. Verona, Giudice del Registro delle Imprese, 14 settembre 2009, n. 1289, in *Società*, 2009, 1497 ss. (con note critiche di G.A. RESCIO, *op. cit.*, e di D. FICO, *op. cit.*), ed in *Riv. notariato*, 2009, 1552 (con nota critica di A. RUOTOLI, *op. cit.*, 1557 ss.).

⁴⁴ Trib. Roma, Sezione Specializzata in materia di Impresa, 15 gennaio 2015, in *www.giurispudenzadelleimprese.it*.

⁴⁵ Sul presupposto che al conservatore (così come, per conseguenza, allo stesso giudice del registro) è rimesso, ai sensi dell'art. 2436, comma 2, c.c., un mero «controllo di legittimità formale dell'atto della cui iscrizione di tratta» (dal quale

sollevata dal conservatore medesimo – a conferma del rilievo della medesima – ed è giunto, in particolare, a concludere per la «manifesta nullità, ex art. 1418, comma 1, c.c. della clausola [...] per manifesto contrasto con norma imperativa» e, cioè, con il novellato art. 2470 c.c., aggiungendo che tale nullità è «insanabile in quanto non riconducibile al catalogo delle peculiari nullità di cui al comma terzo dell'art. 2479 *ter* c.c.».

In particolare, il provvedimento in esame si fonda sulle seguenti considerazioni principali:

(i) non vi sarebbe «alcuna fondata ragione di diritto positivo che possa indurre a dubitare della natura imperativa del primo comma dell'art. 2470 c.c.», come confermato: sul piano letterale, dal «secco tenore testuale della norma, significativamente irrobustito dalla mancata previsione della salvezza della diversa volontà dell'autonomia privata, diversamente da quanto sovente prevede il sistema giuridico delle società», il quale, già di per sé, basterebbe a «non autorizzare forzature esegetiche»; sul piano sistematico, dalla «sincronia della novella dell'art. 2470 c.c. con l'abolizione dell'obbligatorietà del libro-soci», dalla quale discende che «il legislatore si è trovato tecnicamente costretto ad individuare altro e diverso atto cui conferire l'effetto pubblicitario dell'opponibilità alla società della cessione, non potendo più fare utile riferimento alla tradizionale iscrizione a libro-soci, ormai definitivamente venuta meno»;

(ii) la reintroduzione, per via statutaria, di un libro dei soci (di per sé consentita), alla cui iscrizione subordinare l'opponibilità alla società del trasferimento della partecipazione nonché l'esercizio dei diritti sociali, non sarebbe, in ogni caso, possibile, «confligge[ndo] con la teleologia della disciplina in esame [quella introdotta nel 2009, ndr]»: ed infatti, la «ratio perseguita dalla Legge n. 2/2009 è [...] proprio quella di assicurare, anche (ma non solo) per intuibili finalità di ordine pubblico, la trasparenza dei passaggi della partecipazioni sociali» e «[c]iò rende, allora, ineludibile l'abbandono di quei congegni interni alle società – di regola inaccessibili ai terzi (come accade con l'iscrizione a libro soci) – tramite i quali viene condizionata l'effettività dello status di socio».

Passando, poi, al provvedimento del Tribunale di Roma, va sottolineato che questo è stato adito, ai sensi dell'art. 700 c.p.c., dal cessionario di una partecipazione sociale di una s.r.l., il quale – pur dopo avere depositato l'atto di trasferimento presso il registro delle imprese ed avere altresì trasmesso copia della relativa documentazione all'amministratore unico della società – si era visto negare l'esercizio dei diritti sociali, non avendo poi ottenuto⁴⁶ l'iscrizione nel libro dei soci, volontariamente istituito e mantenuto pur dopo

esula qualunque potere di verifica circa la legittimità delle singole clausole statutarie).

⁴⁶ Secondo quanto affermato, ma non provato, dalla società resistente.

la riforma del 2009: il ricorrente, pertanto, aveva chiesto l'emissione di un provvedimento d'urgenza che lo legittimasse all'esercizio di tali diritti⁴⁷.

Il Tribunale di Roma, dopo avere peraltro dato espressamente conto della natura controversa della questione e del diverso orientamento espresso dal Consiglio Notarile di Milano con la già ricordata massima n. 115 del 10 marzo 2009⁴⁸, ha affermato di ritenere comunque preferibile – «vista la ratio sottesa all'innovazione del 2008 [2009, ndr] ed al dettato normativo in cui, a differenza di altre disposizioni, non vi è alcun riferimento all'inciso 'salva diversa disposizione dell'atto costitutivo'» – aderire all'orientamento inaugurato dal Tribunale di Verona, nel precedente sopra richiamato.

In particolare, il Tribunale capitolino ha precisato che, «pur non potendosi escludere che i soci abbiano legittimamente la possibilità di istituire e prevedere la tenuta del libro soci anche solo per finalità pratiche, p. es. per tenere aggiornata la compagine sociale e l'anagrafica dei soci per la corretta convocazione degli stessi, deve invece escludersi la possibilità di continuare a subordinare all'iscrizione nel libro soci, volontariamente istituito e tenuto dall'amministratore, l'efficacia, di fronte alla società, dell'atto di trasferimento di partecipazioni sociali»: ciò dal momento che, «[o]ve si ammettesse una tale eventualità, si rimetterebbe di fatto alla volontà dei soci, peraltro neanche prevista attraverso il su richiamato inciso di salvaguardia, una sorta di abrogazione della legge, ripristinando il vecchio sistema».

Pertanto, il Tribunale di Roma ha concluso che, «apparendo verosimilmente non legittima la previsione statutaria, la stessa non è tale da impedire l'esercizio dei diritti sociali da parte della ricorrente, pacificamente cessionaria delle quote, con atto debitamente non solo depositato, ma anche debitamente iscritto nel Registro delle Imprese».

I due precedenti giurisprudenziali fin qui esaminati hanno rivestito, e rivestono tuttora, evidentemente, un ruolo centrale nel panorama delle tesi interpretative del novellato art. 2470, commi 1 e 2, c.c. e, pur non valendo a sopire il dibattito ancora in corso tra gli interpreti, hanno, comunque, indotto taluni di essi – sul presupposto che, in caso di contestazione, la decisione circa la validità, o meno, di una clausola statutaria come quella di cui si discute spetterebbe, comunque, pur sempre alla magistratura – ad assumere una posizione maggiormente cauta⁴⁹.

⁴⁷ In particolare, il ricorso era volto all'esercizio del diritto di consultazione e di ispezione di cui all'art. 2476, comma 2, c.c.

⁴⁸ Citata in nota al precedente § 4.

⁴⁹ È questo, ad esempio, il caso di A. BUSANI, il quale, dopo avere inizialmente sostenuto la legittimità di una tale clausola (si veda il contributo, risalente al 2009, dal titolo *Abolizione del libro soci delle s.r.l.*, in *Dir. e prat. soc.*, 2009, 4, 16), più di recente ha preferito limitarsi ad affermare che è «dubbio se sia legittima oppure no la clausola

7. – Nell'ambito del – come si è detto, per nulla sopito – dibattito in corso tra gli interpreti, si è inserita la recente ordinanza qui commentata, la quale aderisce all'orientamento giurisprudenziale inaugurato dalle due pronunce appena ricordate, giungendo anch'essa a ritenere nulle le clausole statutarie che subordinino (o, se risalenti a data anteriore rispetto alle modifiche normative del 2009, che continuino a subordinare⁵⁰) l'opponibilità alla società del trasferimento della partecipazione, e dunque la legittimazione all'esercizio dei relativi diritti sociali, all'iscrizione nel libro dei soci.

In particolare, il Tribunale di Trento, in linea di continuità con quanto affermato dal Tribunale di Verona e da quello di Roma, ha motivato la conclusione alla quale è pervenuto in forza del carattere imperativo ed inderogabile della disciplina sulla circolazione delle partecipazioni prevista dal novellato art. 2470, commi 1 e 2, c.c., dal momento che tale disposizione – per usare le parole contenute nell'ordinanza qui commentata – «impone in via generale una forma di pubblicità legale che in maniera indistinta e uniforme riguarda tutti i rapporti sociali, a garanzia di esigenze superindividuali di certezza nella circolazione delle partecipazioni sociali, con ciò contestualmente ingenerando presso il pubblico un legittimo affidamento rispetto a quanto risulti dal registro delle imprese»: con la conseguenza che si tratta di una disciplina che «non si presta in alcun modo ad essere superata da disposizioni negoziali di diverso tenore che, in quanto tali, sono da ritenersi nulle, quand'anche anteriori alle modifiche introdotte al cit. art. nel 2009».

La conclusione alla quale è pervenuto il Tribunale di Trento, così come, prima di quest'ultimo, il Tribunale di Verona ed il Tribunale di Roma, appare condivisibile.

Pur non potendosi, infatti, negare la validità e, sotto diversi profili, la persuasività degli argomenti addotti dagli interpreti che sostengono la tesi contraria⁵¹, determinante sembra il rilievo secondo cui la nuova disciplina è volta, anche per finalità sistematiche e di razionalizzazione⁵², ad imporre, con riferimento alle vicende circolatorie delle quote di s.r.l., un sistema di

statutaria che subordina l'efficacia della cessione di quota di s.r.l. bei confronti della società e l'esercizio dei diritti sociali all'iscrizione dell'atto di cessione della quota nel libro dei soci facoltativamente adottato» (così, A. BUSANI, *Massimario delle operazioni societarie*, Milano, 2016, 1447, in cui vengono espressamente richiamati i due precedenti giurisprudenziali qui esaminati).

⁵⁰ In questo caso, ovviamente, si tratterà di nullità sopravvenuta, essendo le clausole in discorso perfettamente valide e legittime prima del 2009.

⁵¹ Ricordati al precedente § 4.

⁵² In questo senso, v. le considerazioni illustrate al precedente § 5., *sub (ii)* e *sub (v)*.

pubblicità legale che – come, in effetti, sottolineato anche nell’ordinanza – è destinato ad incidere non soltanto sulla posizione dei soci e degli organi sociali, bensì, più in generale, sulla posizione dei terzi e del “mercato”⁵³, i quali possono oggi fare legittimo affidamento⁵⁴ sul fatto che la compagine sociale corrisponda, a tutti gli effetti, a quella risultante dal registro delle imprese, senza che possano avere rilievo circostanze meramente interne all’ambito sociale e, in quanto tali, non conosciute né conoscibili dai terzi⁵⁵, quali la mancata iscrizione nel libro dei soci.

Per questa ragione, sembra corretto ritenere che la nuova disciplina abbia carattere imperativo ed inderogabile e sia, pertanto, sottratta alla disponibilità dei soci, così come condivisibile pare l’ulteriore (e conseguente) considerazione secondo cui una clausola statutaria volta a “reinstaurare”, per via volontaria, il regime previgente (oppure a mantenerlo in vita) finirebbe per porsi in contrasto con tale disciplina, con conseguente nullità ai sensi dell’art. 1418, comma 1, c.c.

Ciò premesso, quel che rileva – ed è la ragione che rende rilevante l’ordinanza qui commentata – è che quest’ultima, nel conformarsi all’orientamento giurisprudenziale inaugurato dalle due pronunce sopra ricordate, ed in assenza di precedenti di senso opposto⁵⁶, fa sì che tale orientamento vada consolidandosi, contribuendo a fornire agli interpreti ed a tutti coloro che hanno il compito di predisporre e/o di tenere “aggiornati” gli statuti sociali, per quanto possibile, una indicazione certa (*rectius*, un po’ meno incerta) con riferimento al fatto che, a séguito delle modifiche normative apportate nel 2009, gli statuti delle s.r.l. non possono più subordinare (o continuare a subordinare) l’opponibilità alla società del trasferimento della partecipazione e/o l’esercizio dei diritti sociali alla

⁵³ Ancorché si tratti di società “chiuse”.

⁵⁴ Salva l’oggettiva incertezza determinata dal fatto che l’attuale disciplina ancora l’opponibilità, alla società, del trasferimento della partecipazione al momento del deposito dell’atto di trasferimento nel registro delle imprese e, pertanto, ad un momento necessariamente antecedente rispetto a quello della relativa iscrizione: con la conseguenza che, nel periodo intercorrente tra il deposito e l’iscrizione, vi sarà una inevitabile discrasia tra chi ha già acquisito la qualità di socio (il cessionario) e chi, invece, nel registro delle imprese risulterà ancora munito di tale qualità (il cedente). Senza considerare, poi, le questioni assai problematiche che insorgerebbero laddove, come si è già ricordato al precedente § 3, *sub (ii)*, l’iscrizione, per qualsiasi ragione, venisse poi rifiutata e, nelle more, il cessionario avesse esercitato taluni diritti sociali (si pensi, a mero titolo esemplificativo, all’ipotesi di deliberazione assembleare assunta con il voto determinante proprio del cessionario della partecipazione, ammesso al voto in forza del mero deposito, presso il registro delle imprese, dell’atto di trasferimento).

⁵⁵ I quali non hanno accesso al libro dei soci.

⁵⁶ Quantomeno, edite.

iscrizione nel libro dei soci e, ove le prevedano, le relative clausole statutarie sono da considerare nulle per contrarietà a norma imperativa.

8. – Riassumendo, pur nel quadro di considerevole incertezza che continua a caratterizzare la questione fin qui esaminata⁵⁷, sembra che, allo stato, possano ritenersi acquisiti i seguenti punti:

(i) è certo che le s.r.l., se lo ritengono opportuno, possono tuttora prevedere l'istituzione del libro dei soci su base volontaria, purché gli attribuiscono funzioni esclusivamente organizzative/informative;

(ii) ove, invece, le s.r.l. intendano altresì subordinare – così, sostanzialmente, reintroducendo il regime previgente – l'opponibilità alla società del trasferimento delle partecipazioni e l'esercizio dei diritti sociali alla iscrizione dei soci nel predetto libro, non possono non tenere conto⁵⁸ del fatto che la giurisprudenza, negli unici precedenti che risultano editi, è motivatamente (e fondatamente) giunta ad affermare la illegittimità, per contrasto con norma imperativa (rappresentata dall'art. 2470 c.c.), della clausola statutaria che non si limiti ad istituire il libro dei soci, ma subordini altresì all'iscrizione nel medesimo l'opponibilità del trasferimento della partecipazione alla società e l'esercizio dei diritti sociali da parte dei soci.

In questa situazione, è del tutto evidente il (più che concreto) rischio che, in caso di contestazione⁵⁹ in eventuale sede giudiziaria, la clausola statutaria, che preveda la istituzione volontaria del libro dei soci nonché, soprattutto, la predetta subordinazione, possa andare incontro ad una declaratoria di nullità.

Il che dovrebbe indurre a modificare gli statuti già esistenti rimuovendo la clausola di cui sopra e, comunque, a non introdurla più nei nuovi statuti.

9. – Ferma la conclusione che precede, sembra opportuno aggiungere che – al fine di adottare una soluzione che consenta, per quanto possibile, di evitare (quantomeno) taluni degli (oggettivi e non certo irrilevanti) inconvenienti che si sono generati a séguito delle modifiche introdotte nel 2009⁶⁰, pur sempre senza esporre le previsioni statutarie che si tratterebbe di

⁵⁷ Tanto più, come si è detto, che entrambi gli orientamenti qui considerati si fondano su argomentazioni valide e, in buona parte, persuasive, oltre che autorevolmente sostenute.

⁵⁸ Indipendentemente dai due orientamenti espressi in dottrina, tra loro nettamente contrapposti e pur autorevolmente sostenuti sulla base di argomentazioni abbastanza persuasive.

⁵⁹ Verosimilmente, da parte del cessionario di una partecipazione che non venga ammesso all'esercizio dei diritti sociali, in quanto non iscritto nel libro dei soci.

⁶⁰ E di cui si è detto al precedente § 3.

inserire negli statuti sociali a possibili declaratorie di nullità – si potrebbero adottare gli accorgimenti qui di séguito elencati⁶¹.

Innanzitutto, si potrebbe istituire un libro sociale facoltativo, avendo però l'accortezza di denominarlo – al fine di non ingenerare confusione e di non esporsi, dunque, a rischi di alcun tipo – in modo differente rispetto al libro dei soci⁶²: in questo libro, potrebbero essere annotati, a cura degli amministratori⁶³, i dati di ciascun socio ed i recapiti da utilizzare per l'invio delle comunicazioni sociali nonché, più in generale, tutti i dati e le informazioni, non necessariamente contenuti nel registro delle imprese, ritenuti utili per la efficiente e rapida gestione sociale.

In questo modo, sarebbe possibile ovviare, sul piano organizzativo, alle carenze informative che derivano dal fatto che il registro delle imprese, come è noto, consente l'indicazione soltanto di un numero limitato di informazioni con riferimento alla posizione di ciascun socio.

Inoltre, si potrebbe prevedere una clausola che imponga al cedente e/o al cessionario della partecipazione di dare tempestivamente comunicazione agli amministratori della cessione, inoltrando loro l'atto di trasferimento nonché la prova dell'avvenuto deposito del medesimo presso il registro delle imprese, così da consentire agli amministratori medesimi di procedere, con immediatezza e, comunque, tempestivamente, agli adempimenti imposti dalla legge e dallo statuto.

Tale soluzione, da un lato, consentirebbe di limitare il rischio che, nelle more tra il deposito dell'atto di trasferimento della partecipazione nel registro delle imprese e la relativa iscrizione⁶⁴, gli amministratori si trovino nella oggettiva impossibilità di conoscere l'esatta composizione della compagine sociale e, dall'altro lato, consentirebbe loro di adottare tutte le cautele più opportune con riferimento al periodo di incertezza intercorrente tra il deposito dell'atto di cessione e la relativa iscrizione, che, come si è detto⁶⁵, potrebbe poi anche essere rifiutata⁶⁶.

⁶¹ Così come suggerito da taluni interpreti, tra cui: CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *Studio n. 71-2009/I, cit.*; A. RUOTOLO, *op. cit.*, 1557 ss.; B. LABATE, *op. cit.*, 3; G. RIZZI, *op. cit.*, 1 ss.

⁶² Un'ipotesi potrebbe essere quella di denominarlo «libro delle comunicazioni sociali» oppure fare ricorso a formulazioni analoghe.

⁶³ Che dovranno, peraltro, tenerlo costantemente aggiornato non soltanto sulla base delle informazioni fornite direttamente dai soci, ma anche di quelle direttamente reperite presso il registro delle imprese.

⁶⁴ Quando, cioè, del trasferimento della partecipazione non vi è ancora traccia nel registro medesimo, ma, ai sensi dell'art. 2470, commi 1 e 2, c.c., ad essere legittimato all'esercizio dei diritti sociali è già il cessionario, e non più il cedente della partecipazione.

⁶⁵ V. il precedente § 3, *sub (ii)*, in cui si è dato conto anche di tutti i relativi inconvenienti laddove, nelle more tra il deposito dell'atto di trasferimento della

Non solo, ma, sempre in virtù della soluzione qui considerata, gli amministratori potrebbero più agevolmente difendersi nell'ipotesi di eventuali azioni promosse, nei loro confronti, da parte del cedente e/o del cessionario, volte a lamentare che, nel periodo di cui si tratta, gli amministratori medesimi abbiano considerato, ad ogni fine, socio il cedente anziché il cessionario⁶⁷.

Ed infatti, nell'ipotesi in discorso, essi potrebbero sempre opporre al cedente e/o al cessionario che tale "errore" sarebbe scusabile, per essere integralmente imputabile a questi ultimi, laddove non abbiano assolto all'onere, espressamente previsto dallo statuto sociale⁶⁸, di dare tempestiva comunicazione (agli amministratori della società) dell'avvenuto deposito dell'atto di trasferimento presso il registro delle imprese.

Abstract

ABOLITION OF SHAREHOLDERS' REGISTER IN LIMITED LIABILITY COMPANIES AND INVALIDITY OF THE BY-LAWS CLAUSES, WHICH CONTINUE TO PROVIDE FOR IT

L'Autore si occupa della questione relativa alla invalidità delle clausole statutarie, che subordinano l'opponibilità alla società a responsabilità limitata del trasferimento della partecipazione o l'esercizio dei diritti sociali alla iscrizione nel libro dei soci.

The Author deals with the issue of the invalidity of the by-laws clauses, which make the transfer of the shareholding or the exercise of shareholders' rights enforceable against the limited liability company subject to registration in the shareholders' register.

partecipazione e la (mancata) iscrizione, il socio abbia esercitato uno o più dei diritti sociali.

⁶⁶ Sapendo che è stato depositato l'atto di trasferimento della partecipazione, ma che non è ancora intervenuta la relativa iscrizione (che potrebbe poi anche essere rifiutata), ad esempio, gli amministratori, tenendo conto della situazione, potrebbero ritenere opportuno attendere a convocare l'assemblea e procedere soltanto una volta che, intervenuta l'iscrizione, non sussistano più margini di incertezza circa i soggetti legittimati all'esercizio dei diritti sociali.

⁶⁷ Benché fosse già stato effettuato il deposito dell'atto di trasferimento presso il registro delle imprese, anche se non ancora seguito dalla relativa iscrizione nel registro medesimo.

⁶⁸ Da ritenere perfettamente noto, nel suo contenuto, sia al cedente che al cessionario.

**LE SEZIONI UNITE AMPLIANO A DISMISURA LA
DISCREZIONALITÀ DEL GIUDICE NEL DISPORRE LA SOSPENSIONE
A NORMA DELL'ART. 337, COMMA 2, C.P.C.**

Corte di cassazione, Sezioni Unite, 29 luglio 2021, n. 21763 (Pres. Tirelli, Est. Carrato)

Con la sentenza in epigrafe (su cui già G. TRISORIO LIUZZI, *Le Sezioni unite e la sospensione del processo civile: un'altra occasione persa*, in *Giusto proc. civ.*, 2021, 721 ss.; A. GIUSSANI, *Sulla ratio della sospensione per pregiudizialità*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, 290; G. FINOCCHIARO, *Una decisione condivisibile e giusta nello spirito della riforma del 1990*, in *Guida al diritto*, 2021, 64), le Sezioni unite della Cassazione, pur dichiarando di porsi sulle orme della nota sentenza n. 10027 del 2012, che sotto molti profili ha rappresentato una svolta nel modo di interpretare la disciplina della sospensione del processo di cognizione [Cass., sez. un., 19 giugno 2012, n. 10027, in *Corriere giur.*, 2012, 1178 (con nota di B. ZUFFI, *Le Sezioni Unite ammettono la sola sospensione discrezionale del processo sulla causa dipendente allorché la causa pregiudiziale sia stata decisa con sentenza di primo grado impugnata*, in *Corr. giur.*, 2012, 1322 ss.); in *Giur. it.*, 2012, 2601 (con nota di E. D'ALESSANDRO, *Le sezioni unite e la tesi di Liebman sui rapporti tra artt. 295 e 337 c.p.c.: Much Ado About Nothing?*); in *Riv. dir. proc.*, 2013, 684 ss. (con nota di S. MENCHINI, *Le Sezioni Unite sui rapporti tra gli articoli 295, 297 e 337, comma 2°, c.p.c.: una decisione che non convince*, *ivi*, 700 ss.); in *Foro it.*, 2014, 950 (con nota di A. PROTO PISANI, *Ancora sulla sospensione c.d. necessaria dei processi civili per pregiudizialità*); v. altresì C. CONSOLO, *Nuovi ed indesiderabili esercizi normativi sul processo civile: le impugnazioni a rischio di svaporamento*, in *Corr. giur.*, 2012, 1143 ss. Quanto all'ordinanza di rimessione: ord. 13 gennaio del 2012, in *Foro it.*, 2012, I, 768 ss., con nota di G. TRISORIO LIUZZI. Si vedano anche C. CAVALLINI, *L'efficacia della sentenza impugnata*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 339 ss.; A. GIUSSANI, *Intorno alla durata della sospensione necessaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 1149 ss.; e G. TRISORIO LIUZZI, *La sospensione del processo civile per pregiudizialità gli articoli 295 e 337, 2° comma, c.p.c.*, in *Giusto proc. civ.*, 2015, 633 ss. Sulla scia delle Sezioni unite del 2012, si sono espresse Cass., 17 novembre 2021, n. 34966; Cass., 1° giugno 2021, n. 15230; Cass., 4 gennaio 2019, n. 80; Cass., 3 novembre 2017, n. 26251 e Cass., 18 marzo 2014, n. 6207], assumono in realtà sotto alcuni aspetti una posizione ben diversa e, per il vero, addirittura parzialmente in contrasto col precedente invocato: esse, infatti, nell'ammettere la sospensione puramente discrezionale del processo dipendente, ai sensi dell'art. 337, comma 2, c.p.c., aggiungono che, nel caso in cui quest'ultimo venga fatto proseguire, il giudice può (motivatamente)

discostarsi dalla decisione resa nella causa pregiudiziale e oggetto di impugnazione.

È noto che, con la menzionata decisione del 2012, le stesse Sezioni unite, nel regolare i rapporti tra processi legati da un nesso di pregiudizialità-dipendenza, avevano affermato che la causa sospesa a norma dell'art. 295 c.p.c. può essere riassunta non appena sia pronunciata una sentenza sulla causa pregiudiziale e, correlativamente che il giudice, dinanzi al quale fosse stata invocata l'autorità di una sentenza, e questa fosse oggetto di impugnazione, anche ordinaria, avrebbe dovuto applicare l'art. 337, co. 2, e non l'art. 295 c.p.c. (sul problema, ampiamente dibattuto in dottrina, se la sospensione necessaria debba durare sino al passaggio in giudicato della sentenza sulla causa pregiudicante, oppure solo sino alla sua pubblicazione in prime cure, si vedano, da un lato, E.T. LIEBMAN, *Efficacia e autorità della sentenza*, ristampa della prima edizione, Milano, 1983, 93 ss.; ID., *Sulla sospensione propria ed «impropria»*, in *Riv. dir. proc.*, 1958, 158 ss.; ID., *Sentenza e cosa giudicata, recenti polemiche*, *ivi*, 1980, 7 ss.; ID., *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 2021, 221; E.F. RICCI, voce *Accertamento giudiziale*, in *Dig. it., disc. priv.*, sez. civ., VII, Torino, 1987, 16 ss.; ID., *Enrico Tullio Liebman e la dottrina degli effetti della sentenza*, in *Enrico Tullio Liebman oggi. Riflessioni sul pensiero di un maestro*, Milano, 2004, 83 ss.; A. PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, Napoli 1965, 61 ss.; ID., *Sulla sospensione necessaria del processo civile*, in *Foro it.*, 1969, I, 2516 ss.; C. VOCINO, *Considerazioni sul giudicato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, 1527; G. FABBRINI, *Contributo alla dottrina dell'intervento adesivo*, Milano, 1963, 89; A. GIUSSANI, voce *Sospensione del processo*, in *Dig. it., disc. priv.*, sez. civ., XVIII, Torino, 1998, 603 ss.; M. FORNACIARI, *La provvisoria efficacia delle sentenze di accertamento e costitutive*, in *Giusto proc. civ.*, 2012, 385 ss. i quali affermano che l'efficacia di accertamento, pur caducabile, si produce fin dalla pubblicazione della sentenza di primo grado e, conseguentemente, ove questa sia impugnata, il giudice della causa dipendente deve applicare l'art. 337, co. 2, in luogo dell'art. 295 c.p.c.; e, dall'altro lato, E. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Ristampa, Milano, 1992; ID., *Postilla a Zamboni, Condizione giuridica della sentenza soggetta a impugnazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1948, II, 24 ss.; A. ATTARDI, *La cosa giudicata*, in *Jus*, 1961, 186 ss.; ID., *Ancora sulla portata dell'art. 337 cpv*, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, 1240; ID., *Conflitto di decisioni e sospensione necessaria del processo*, in *ivi*, 1987, IV, 417; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Torino, 2019, 114 ss.; ID., *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2012, 88 ss.; F. CIPRIANI, *Le sospensioni del processo civile per pregiudizialità*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 239 ss.; S. MENCHINI, *Limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987, 278; A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., 136, spec. sub nota 151; G. TRISORIO LIUZZI, *La sospensione del processo civile di cognizione*, Bari, 1987, 288 ss.; ID., *Le Sezioni unite e la*

sospensione, cit., 728 s.; A. CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili. Struttura e funzione*, Padova, 1973, 465 ss.; L. MONTESANO, *La sospensione per dipendenza di cause civili e l'efficacia dell'accertamento contenuto nella sentenza*, in *Riv. dir. proc.*, 1983, 385 ss., ad avviso dei quali, viceversa, il vincolo di cui si tratta si produrrebbe solo dopo il passaggio in giudicato formale della sentenza pregiudicante e pertanto la sospensione necessaria dovrebbe durare sino a questo momento). In particolare, egli avrebbe avuto la facoltà di scegliere, sulla base di una motivata prognosi circa l'esito dell'impugnazione della sentenza pregiudicante, se sospendere oppure proseguire il giudizio dinanzi a lui pendente: la sospensione sarebbe stata dichiarata quando si fosse ritenuta verosimilmente fondata l'impugnazione; la prosecuzione del giudizio sarebbe stata prescelta, invece, in caso di prognosi negativa circa l'esito del gravame. Naturalmente, sempre secondo la sentenza del 2012, qualora il giudice della causa dipendente avesse optato per la prosecuzione del giudizio, avrebbe dovuto uniformarsi alla decisione sull'oggetto pregiudiziale, non potendosene neppure motivatamente discostare; ciò in quanto alla sentenza, seppur ancora caducabile, si riteneva non potersi negare l'effetto di costituire un vincolo per il giudice della causa dipendente.

Nella sentenza in rassegna, viceversa, esclusa a monte la necessità della sospensione, si afferma che, ai sensi dell'art. 337, comma 2, c.p.c., il giudice della causa dipendente avrebbe bensì la facoltà di scegliere tra la prosecuzione del processo e la sua sospensione, naturalmente spiegando le ragioni della scelta; tuttavia, nel caso in cui egli decida di proseguire, non sarebbe affatto vincolato dalla precedente statuizione sulla causa pregiudiziale oggetto di impugnazione, rimanendo libero di uniformarsi o non uniformarsi. L'eventuale conflitto tra gli accertamenti resi nei due processi, sempre secondo la sentenza in commento, andrebbe risolto con l'applicazione alla sentenza pronunciata nella causa dipendente, anche se già trascorsa in giudicato formale, della disciplina relativa all'effetto espansivo esterno (extraprocessuale) di cui all'art. 336, comma 2, c.p.c., che opererebbe come «meccanismo di coordinamento "a posteriori"» [sul punto, G. TRISORIO LIUZZI, *Le Sezioni unite e la sospensione*, cit., 731 ss.; e, *si vis*, M. VANZETTI, *Ambito di applicazione della c.d. sospensione discrezionale, ex art. 337, comma 2, c.p.c., al giudizio di contraffazione brevettuale*, in questa *Rivista*, 2021, 270 ss.].

Come già accennato, quindi, la sentenza in commento non si pone totalmente in linea con il precedente del 2012: l'unico principio riconosciuto da entrambe le decisioni è quello secondo cui la sospensione necessaria cessa di operare quando sopravvenga la sentenza con oggetto pregiudiziale (e questa sia impugnata), dovendosi in tal caso applicare al processo dipendente l'art. 337, comma 2, c.p.c.; principio che si fonda sulla valorizzazione degli artt. 111 Cost. e 6 CEDU, e sulla lettura dell'art. 297 c.p.c. che identifica il termine di tre mesi dal passaggio in giudicato della

sentenza pregiudicante come termine ultimo per evitare l'estinzione del processo. Quanto al resto, mentre la decisione del 2012 sembrava accogliere sotto più profili la nota tesi di Liebman sull'efficacia naturale della sentenza (secondo questa tesi, per quel che qui rileva, gli effetti dichiarativi di una sentenza si producono dal momento in cui essa vede completarsi il suo *iter* formativo, e dunque a seguito della sua pubblicazione; e proprio l'art. 337, comma 2, c.p.c., rappresenterebbe uno dei punti di emersione di questa regola, imponendo al giudice, che abbia optato per la prosecuzione del processo, di uniformarsi alla statuizione pronunciata nella causa pregiudiziale, ancorché oggetto di gravame: E.T. LIEBMAN, *Efficacia e autorità della sentenza*, cit., 93 ss.; ID., *Manuale di diritto processuale civile*, cit., 221; E.F. RICCI, voce *Accertamento giudiziale*, cit., 16 ss.; ID., *Enrico Tullio Liebman e la dottrina degli effetti della sentenza*, cit., 83 ss.); la decisione in epigrafe abbandona questa strada, disconoscendo qualsivoglia efficacia vincolante alla precedente pronuncia pregiudiziale e così rimettendo alla discrezionalità del giudice della causa dipendente la scelta se uniformarsi oppure no, e quindi lasciandogli la possibilità di condurre una nuova istruttoria su una questione *aliunde* già decisa.

A noi pare che, con questa più recente sentenza, le Sezioni unite - pur dopo un accurato esame delle diverse posizioni espresse da dottrina e giurisprudenza in tema di sospensione per pregiudizialità-dipendenza fra cause - contraddicano uno dei "valori funzionali" del processo più volte ribaditi negli ultimi anni dalla stessa Cassazione, cioè quello di economia extra-processuale. Esse, infatti, con la lettura che forniscono degli artt. 337, comma 2, e 336, comma 2, cit., impediscono il corretto operare del meccanismo della sospensione per pregiudizialità, volto a nostro avviso a prevenire il mero conflitto logico tra giudicati (e, dunque, in ultima analisi, appunto, l'inutile dispendio di risorse), così trascurando di considerare la giustizia come "risorsa non illimitata". Non del tutto convincente è peraltro il correlato passaggio in cui la sentenza in epigrafe afferma che, in caso di contrasto tra le due decisioni, sarà l'applicabilità dell'effetto espansivo esterno di cui all'art. 336, comma 2, c.p.c., a "ristabilire - ancorché *ex post* - l'armonia tra giudicati": in realtà, ove si consenta al giudice della causa dipendente di non uniformarsi al *dictum* della decisione pregiudicante, può accadere che, in sede di impugnazione, questa decisione, dalla quale il giudice della causa dipendente si sia discostato, venga confermata e non riformata, e quindi manchi addirittura il presupposto per l'applicazione dell'art. 336, comma 2, c.p.c. Qualora si rifiuti la ricostruzione "liebmaniana" degli istituti in esame, più solida e coerente appare pertanto la ricostruzione secondo cui l'applicazione dell'art. 295 c.p.c. va ristretta alle ipotesi in cui la legge impedisce al giudice una soluzione *incidenter tantum* della questione pregiudiziale, mentre negli altri casi i due processi legati da un nesso di

pregiudizialità dipendenza proseguono del tutto autonomamente e il contrasto logico che può verificarsi in conseguenza di ciò non deve essere sopravvalutato, dato che il nostro ordinamento, quantomeno in base alla lettura tradizionale dell'art. 34, lo tollera (G. TRISORIO LIUZZI, *Le Sezioni unite e la sospensione*, cit., 729, sub nota 11, ove tutti i necessari riferimenti).

MICHELLE VANZETTI

Corte di Cassazione, Sez. Un., 14 Febbraio 2022, n. 4696 (Pres. Curzio, Est. Stalla)

Concordato preventivo omologato – Inadempimento – Fallimento – Istanza – Ammissibilità – Preliminare risoluzione del concordato – Esclusione

Articoli di riferimento: artt. 1, 5, 6, 7, 186 l. fall.

Nella disciplina della legge fallimentare risultante dalle modificazioni apportate dal d.lgs. n. 5 del 2006 e dal d. lgs. n. 169 del 2007, il debitore ammesso al concordato preventivo omologato che si dimostri insolvente nel pagamento dei debiti concordatari può essere dichiarato fallito, su istanza dei creditori, del PM o sua propria, anche prima ed indipendentemente dalla risoluzione del concordato ex art. 186 l. fall.

Corte d'appello di Milano, 1 dicembre 2021 (Pres. Bonaretti)

Restituzioni conseguenti alla cassazione – Ordinanza di ingiunzione ex art. 186-ter c.p.c. – Giudizio di rinvio – Inammissibilità

Articoli di riferimento: artt. 186-ter, 389 c.p.c.

È inammissibile l'istanza di pronuncia di ordinanza di ingiunzione ex art. 186-ter c.p.c. formulata nel giudizio di rinvio avente ad oggetto le restituzioni di quanto pagato in forza della sentenza cassata.

Tribunale di Como, 1 dicembre 2021 (Pres. Parlati; Est. Mancini)

Concordato preventivo – Omologazione coattiva – Presupposti – Adesione determinante dell'amministrazione finanziaria o degli enti previdenziali – Mancata adesione – Voto contrario – Interpretazione – Equiparazione all'inerzia – Valutazione del giudice – Convenienza rispetto all'alternativa liquidatoria

Articoli di riferimento: Artt. 160, 161, 177, 180 l. fall.

L'espressione "anche in mancanza di adesione" dell'amministrazione finanziaria o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie alla

proposta di concordato preventivo contenuta nell'art. 180, comma 4 l. fall., come novellato dal d.l. n. 118/2021, conv. con modificazioni nella l. n.147/2021, va interpretata come comprensiva sia del caso di dissenso espresso che del caso di mera inerzia e dunque va omologato dal tribunale il concordato preventivo pur se l'amministrazione finanziaria, la cui adesione è determinante per il raggiungimento delle maggioranze di cui all'art. 177 l.fall., abbia espresso voto contrario, sempre che emerga dall'ammontare, dalla tempistica e dall'effettività delle proposte di adempimento e dalle eventuali garanzie, anche sulla base della relazione del professionista attestatore e del commissario giudiziale, che l'erario in ambito fallimentare otterrebbe una minore soddisfazione.

Hanno contribuito al fascicolo:

Ficcarelli, Beatrice – Professore associato nell'Università di Siena

Costanza, Maria – Professore ordinario nell'Università di Pavia

Guerra, Carmine – Assegnista di ricerca nell'Università di Milano-Bicocca

Di Girolamo, Alessio Filippo – Dottore di ricerca

Inzitari, Bruno – Professore nell'Università Bocconi, Professore ordinario f.r.
nell'Università di Milano-Bicocca

Maisto, Filippo – Professore ordinario nell'Università della Calabria

Peroni, Giulio – Professore associato nell'Università di Milano

Vanzetti, Michelle – Ricercatore nell'Università di Milano