

Anno (XIII) 2024
Settembre - Dicembre
Fascicolo 3

ISSN 2281 - 4531

IL DIRITTO DEGLI AFFARI

RIVISTA QUADRIMESTRALE

DIRETTA DA
BRUNO INZITARI



DIRETTORE RESPONSABILE

Bruno Inzitari

COMITATO DI DIREZIONE

Enrico Al Mureden, Laura Baccaglini, Sonia Carmignani, Vincenzo De Stasio, Massimo Franzoni, Francesco Antonio Genovese, Mariacarla Giorgetti, Giuseppe Grisi, Marino Marinelli, Daniela Memmo, Mauro Paladini, Carlo Rimini, Nicola Rondinone, Laura Salvaneschi, Maria Cristina Vanz, Abel Benito Veiga Copo

REDATTORE CAPO

Martino Zulberti

COMITATO DI REDAZIONE

Érico Andrade, Cristina Asprella, Giovanni Battista Barillà, Francesca Benatti, Marcelo José Magalhães Bonizzi, Maria Novella Bugetti, Juliana Cordeiro de Faria, Vincenzo De Sensi, Alessio Filippo Di Girolamo, Laura Durello, Mariangela Ferrari, Beatrice Ficarelli, Elena Gabellini, Federica Godio, Albert Henke, Marek Ivančo, Lucas Carlos Lima, Andrea Lolli, Rita Lombardi, Elena Marinucci, Flavia Marisi, Rita Maruffi, Miguel Martínez Muñoz, Juan Pablo Murga Fernández, Alessandro Nascosi, Pietro Ortolani, Leonardo Netto Parentoni, Paolo Passaniti, Stefano Pellegatta, Giulio Peroni, Giacomo Pirotta, Valentina Piccinini, Alin Speriusti-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, Giulia Ballerini, Francesco Camilletti, Francesco Campione, Daniele Canè, Laura Castelli, Davide Corraro, Fabiano De Santis, Pasqualina Farina, Federico Ferraris, Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves, Giusella Finocchiaro, Mauro Grondona, Lucio Imberti, Nicola Lucifero, Filippo Maisto, Alessandro Martini, Irene Mecatti, Giovanni Meruzzi, Raffaella Muronì, Fabrizio Piraino, Giacomo Pongelli, Carmelita Rizza, Luca Prendini, Paolo Rondini, Andrea Rossetti, Alessandro Semprini, Chiara Tenella Sillani, Emilio Tosi, Renata Vieira Maia, Giovanna Visintini

SEGRETERIA DI REDAZIONE

Andrea Caloni, 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 (XIII) 2024 – N. 3 – Settembre – Dicembre

ARTICOLI

- FILIPPO MAISTO, *La (inesorabile) transizione del condominio negli edifici: da (semplice) diritto reale ad ente con soggettività giuridica*..... 242
- ALESSANDRO MARTINI, *Presenza e distanza delle parti nel contratto telematico* 258
- BEATRICE FICCARELLI, *L'impatto dei fatti di violenza sul processo civile familiare e minorile: lo stato dell'arte di un percorso differenziato, anche a seguito del cd. correttivo Cartabia* 280

GIURISPRUDENZA

Sez. I – Note a Sentenza

- ANGELO CASTAGNOLA, *Esdebitazione e soddisfazione dei creditori in ottica di favor debitoris* 297

Sez. II – Osservatorio

- Procedimenti sommari – Convalida di sfratto per morosità – Ambito di applicazione alla luce delle modifiche apportate all'art. 657, comma 1, c.p.c. dall'art. 3, comma 46, lett. a), d.lgs. n. 149 del 2022: Corte di cassazione, Sez. III, 13 novembre 2024, n. 29253 315
- Fallimento e procedure concorsuali – Esecuzione individuale del creditore fondiario – Privilegio processuale ex art. 41 TUB – Riforma della crisi di impresa – Sopravvivenza – Liquidazione giudiziale e controllata – Prosecuzione dell'azione esecutiva per entrambe le procedure concorsuali: Corte di cassazione, Sez. I, 19 agosto 2024, n. 22914 315

FILIPPO MAISTO
Professore ordinario
nell'Università della Calabria

**LA (INESORABILE) TRANSIZIONE DEL CONDOMINIO NEGLI
EDIFICI: DA (SEMPLICE) DIRITTO REALE AD ENTE CON
SOGGETTIVITÀ GIURIDICA**

SOMMARIO: 1. Il condominio negli edifici nel sistema della contitolarità dei diritti reali. – 2. Le peculiarità ‘strutturali’ del godimento individuale delle parti comuni dell’edificio: la predisposizione di un’organizzazione per la gestione dell’attività collettiva. – 3. La specificità delle dinamiche socioeconomiche inerenti ai rapporti condominiali: il condominio come formazione sociale *ex art. 2 Cost.* – 4. Il ricorso (soprattutto, a fini tributari) del legislatore alla tecnica d’imputare formalmente diritti e obblighi al condominio. – 5. Le ragioni per una rivoluzione copernicana: dal condominio (in generale) come centro d’interessi titolare di specifiche situazioni soggettive al (solo) condominio ‘organizzato’ come ente non-personificato con soggettività giuridica. – 6. Riflessione sistematica: la categoria ordinante della soggettività giuridica rimodulata attraverso il prisma della teoria del darwinismo giuridico.

1. – In un’accezione puramente funzionalistica, il sintagma “condominio negli edifici” designa una tecnica d’individuazione delle pretese intersoggettive giudizialmente perseguibili, la quale è preordinata a permettere ai proprietari esclusivi delle singole unità immobiliari di uno stesso edificio o complesso residenziale (c.d. super-condominio) di usarne le parti comuni. Nella maniera più semplice e diretta, un simile bisogno sociale è attuato, dichiarando l’azionabilità dei poteri e doveri delineati dal criterio di giudizio che i proprietari degli appartamenti siano contitolari della proprietà delle parti comuni.

La contitolarità dei diritti reali (*in primis*, della proprietà) costituisce una tecnica particolare per il frazionamento delle utilità ricavabili dal godimento dei beni¹. In quest’ottica, l’apparato decisorio della contitolarità dei diritti reali dimostra, nella sostanza, una grande affinità con la tecnica dei diritti reali parziari nel senso che: i diritti reali parziari attuano un frazionamento di carattere qualitativo o temporale del godimento del bene tra il proprietario e il titolare, dato che soggetti diversi hanno il potere di usare il

¹ F. MAISTO, *Diritto civile ragionato*, Padova, 2023, p. 226 ss.

bene per soddisfare interessi distinti ovvero il medesimo interesse in maniera diacronica; la tecnica della contitolarità è strumentale a un frazionamento di carattere quantitativo del godimento del bene, dato che gli stessi soggetti sono in condizione di compiere i medesimi atti di godimento dello stesso bene, ma, ovviamente, in misura ridotta rispetto a quelli che potenzialmente potrebbero effettuare con la piena proprietà. Dal punto di vista assiologico-teleologico, questi apparati decisori risultano in grado di attuare l'interesse generale alla massimizzazione dell'uso dei beni, anche se, nell'esperienza giuridica, essi vengono impiegati pure per realizzare delle esigenze socioeconomiche ulteriori.

Molteplici qualifiche sono impiegate per legittimare la determinazione dell'impegnatività di condotte personali o eventi pratico-economici, in cui consiste il godimento uniforme di uno stesso bene da parte di più soggetti. La figura più generale è la comunione dei beni. Altre figure, riguardanti contesti più circostanziati, sono il condominio negli edifici e la multiproprietà.

Il condominio degli edifici, come si è detto in epigrafe, è, di base, una figura specifica di contitolarità della proprietà, in quanto questa tecnica ordinatoria rappresenta la modalità più semplice e diretta per perseguire il fine pratico di consentire ai proprietari esclusivi degli appartamenti di uno stesso edificio o complesso residenziale (c.d. super-condominio) di usarne le parti comuni. Oggetto del condominio negli edifici sono le parti comuni o a uso comune, come scale, lastrico solare, facciate esterne, cortili, giardini, etc., e, nel caso di super-condominî, anche parchi, vialetti interni, piscine, campi da tennis, etc. Il dato che rileva è la destinazione effettiva, dal momento che ci sono parti dell'edificio ontologicamente destinate all'uso comune, ma anche parti il cui godimento separato non pregiudicherebbe l'interesse di alcuno dei condòmini. Ad esempio: rispetto a una scala che serva la verticale di un edificio, il proprietario del sesto piano non potrebbe godere del proprio appartamento, se l'uso esclusivo della scala fosse concesso al proprietario di un appartamento sottostante; rispetto a un cortile, un lastrico solare o l'appartamento del portiere, il riconoscimento di un diritto all'uso esclusivo a favore di uno dei condòmini o di un terzo non pregiudica l'interesse degli altri al godimento dell'appartamento di loro proprietà. In questi casi, se vi è un cambiamento di destinazione, è ammessa anche l'esclusione della contitolarità su queste parti dell'edificio.

2. – Nel sistema della contitolarità dei diritti reali, il condominio negli edifici è una figura di comunione necessaria/forzosa. Rispetto alla costituzione, è acquisito il criterio che la costituzione non dipende dalla volontà dei soggetti, ma una volta che ci sia stata l'alienazione separata dei

singoli appartamenti, in virtù della destinazione, automaticamente si costituisce il condominio². Specularmente, il condominio si estingue, quando un soggetto acquista la proprietà esclusiva di tutto l'edificio o di singole parti prima utilizzate in comune, se è concepibile un mutamento della destinazione d'uso (arg. ex art. 1117-ter c.c.). Non si ammettono, però, una rinuncia o una divisione (irrinunciabilità e indivisibilità), fin quando non cambia la destinazione d'uso. Con il cambiamento della destinazione d'uso, il condominio si trasforma in comunione ordinaria e col voto dell'unanimità il bene può essere anche alienato a singoli.

Nei ragionamenti applicativi, soprattutto, quindi si considerano gli atti diretti a soddisfare gli interessi al godimento e all'amministrazione. Si fa riferimento al concetto di quota. La quota viene calcolata attraverso il frazionamento per millesimi e il riconoscimento ai proprietari dei singoli appartamenti di una certa quantità di millesimi. I millesimi dipendono dalla superficie dell'appartamento e, quindi, non sono disponibili. I millesimi segnano sia la partecipazione alle spese sia la partecipazione all'amministrazione del bene. Per l'amministrazione, vale, innanzitutto, la regola dell'esistenza di un potere dell'assemblea di vincolare i singoli condòmini, sia con maggioranze semplici che con maggioranze qualificate per alcune decisioni più rilevanti. Un ulteriore precetto è che il potere di amministrazione può essere attribuito a un amministratore. In vero, la presenza dell'amministratore è necessaria, se ci sono almeno otto condòmini. Si delinea, infine, il concetto ordinatorio che dei vincoli nello svolgimento dell'attività amministrativa (oltre che di godimento) possono essere fissati preventivamente tramite l'approvazione di un regolamento. In realtà, la redazione del regolamento è necessaria, se vi sono almeno dieci condòmini.

A differenza della comunione ordinaria, nell'impianto valutativo del condominio la quota non consente al titolare di compiere atti i quali siano diretti a dissociare il proprio interesse da quello della collettività (soprattutto, alienazione della quota e scioglimento della comunione). D'altra parte, anche la predisposizione di un'organizzazione per l'amministrazione tende a favorire il compimento di un'attività di godimento collettiva. Un simile assetto d'interessi è evidenziato, oltre che dalla qualificazione come comunione necessaria, dall'accostamento, diffuso, al paradigma della "comunione di tipo germanico/germanistica" (*Gemeinschaft zur gesamten Hand*)³, la quale è il prototipo della

² Per l'approfondimento di talune questioni inerenti alla costituzione del condominio, F.G. VITERBO, *Variabilità e relatività dei rapporti condominiali. Proprietà, persone, "gruppo"*, Napoli, 2021, p. 34 ss.

³ Sulla *Gemeinschaft zur gesamten Hand* (comunione in mano collettiva/a mani riunite), v. A. PALAZZO, *Comunione*, in *Dig. it., disc. priv.*, sez. civ., III, Torino, 1988.

funzionalizzazione dei beni allo svolgimento collettivo delle attività economiche. Detto apparato decisorio, declinato nella forma della “società germanica di tipo comune” (*Gesellschaft zur gesamten Hand*)⁴, è stato anche all’origine del compimento di un’attività economica in comune da parte delle società commerciali, alle quali è stata, progressivamente, riconosciuta la soggettività giuridica.

Lo speciale rilievo dell’organizzazione del condominio ha, da tempi risalenti, generato la contrapposizione tra una teoria ‘individualistica’ del condominio⁵, la quale riferisce l’organizzazione alla volontà dei contitolari, una teoria ‘collettivist(ic)a’⁶, la quale ricostruisce l’organizzazione come un vero e proprio ente personificato (*rectius*, con soggettività giuridica), e una teoria intermedia/mista, la quale ricostruisce l’organizzazione come espressione del perseguimento di un “interesse omogeneo” dei singoli condòmini⁷.

3. – Una ben maggiore divaricazione tra il condominio negli edifici e le altre forme di contitolarità dei diritti reali affiora, considerando, oltre agli aspetti strutturali, anche gli aspetti funzionali (*i.e.* il contesto socioeconomico) dei rapporti condominiali.

Nella prospettiva dell’utilità sociale, come si è detto, le pretese intersoggettive delineate dalla comunione dei beni perseguono, soprattutto, il fine della massimizzazione dell’uso delle risorse (scarsamente) disponibili.

I diritti/poteri e obblighi/doveri inerenti al condominio negli edifici hanno la funzione sociale di favorire il civile svolgimento di atti di condivisione di esperienze di vita comune tra individui. Concretamente,

All’origine, si tratta di una figura di contitolarità delineata da talune regole estrapolate dagli usi germanici, le quali consentivano lo svolgimento di un’attività comune nello sfruttamento economico dei terreni agricoli.

⁴ Cfr. G. COTTINO, *Società commerciale*, in *Enc. scienze soc.* Treccani, VIII, Roma, 1998.

⁵ L. SALIS, *Il condominio negli edifici*, in *Tratt. Dir. Civ. It.* Vassalli, III, 2ª ed., Torino, 1956, p. 258. In quest’ordine d’idee, più di recente, R. CORONA, *La natura giuridica del condominio*, in AA.VV., *Condominio e negli edifici e comunione* a cura di M. Basile, in *Trattato dei diritti reali* dir. da A. Gambaro e U. Morello, III, 2012, p. 73 ss.

⁶ Per questa, a mio avviso davvero lungimirante, ricostruzione, G. BRANCA, *Comunione. Condominio negli edifici*, in AA.VV., *Libro terzo. Della proprietà. Sub Art. 1100-1172*, in *Comm. Cod. Civ.* Scialoja e Branca, 2ª ed., Bologna-Roma, 1955, p. 293 ss. Nella stessa linea di pensiero, con diverse sfumature, anche: A. NICITA, *Appunti sulla soggettività giuridica del condominio*, in *Giust. civ.*, 1985, II, p. 232; M. DOGLIOTTI E A. FIGONE, *Il condominio*, Torino, 1993, p. 555 ss.; C.M. BIANCA, *Nozione di condominio*, in AA.VV., *Il condominio* a cura di C.M. Bianca, Torino, 2007, p. 17.

⁷ Cfr. F.A. MARINA E G. GIACOBBE, *Condominio negli edifici*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 821 ss.; F. GIRINO, *Il condominio negli edifici*, in AA.VV., *Proprietà*, in *Tratt. dir. priv. dir.* da P. Rescigno, 8, II, Torino, 1982, p. 340.

l'androne del palazzo, i pianerottoli davanti agli appartamenti, le scale, l'autorimessa, etc., sono luoghi dove, tra l'altro: le vite delle persone s'intrecciano inevitabilmente in un turbinio di amicizie, inimicizie, rapporti d'affari, etc.; un individuo viene (involontariamente) a conoscenza di dati sensibili della vita dei vicini; si condividono le esigenze esistenziali primarie riguardanti la sicurezza, la salubrità, il decoro, etc., degli ambienti frequentati per buona parte del giorno; le scelte degli uni hanno riflessi importanti anche sul patrimonio degli altri. Detti rilievi sociologici si traducono, sul piano dell'esperienza giuridica, nell'assunto che il condominio negli edifici sia una "formazione sociale" ove si svolge la personalità umana *ex art. 2 Cost.*⁸.

La categoria ordinante della "formazione sociale" non ha un semplice valore descrittivo, ma è (potenzialmente) in grado di giustificare, sul piano della politica del diritto, il riconoscimento giudiziale di diritti/poteri e obblighi/doveri del singolo condomino non soltanto nei rapporti con gli altri condòmini, ma anche nei confronti del condominio quale collettività organizzata. In tal modo, il giudice è competente, in base all'applicazione anche diretta dell'art. 2 Cost., ad adottare la determinazione della vincolatività di condotte personali ed eventi pratico-economici i quali, per mezzo del sacrificio d'interessi individuali o collettivi contrapposti, favoriscono un bisogno esistenziale primario del singolo condomino.

Nel diritto vivente, risulta emblematica la legislazione preordinata all'eliminazione delle "barriere architettoniche"⁹, nelle quali si configurano sia il potere della collettività organizzata del condominio di realizzare, a spese della collettività, opere in grado di favorire l'interesse di tutti i condòmini, presenti e futuri, diversamente-abili e dei soggetti 'esterni' diversamente-abili che, occasionalmente, frequentano l'edificio (art. 2, l. 9 gennaio 1989, n. 13, modificato dall'art. 10, comma 3, lett. a, d.m. 16 luglio 2020, n. 76), sia il dovere del condominio di consentire al singolo condomino di effettuare, a proprie spese, l'opera necessaria per l'abbattimento della barriera che lo ostacola nel godimento del proprio appartamento (art. 10, comma 3, d.m. 16 luglio 2020, n. 76). In tale quadro, si segnala anche la (storica) sentenza della Corte costituzionale, la quale, tramite una sentenza additiva dell'art. 1052 c.c., ha, nella sostanza, sancito l'esistenza di un diritto

⁸ Cfr.: M. BASILE, *Regime condominiale ed esigenze abitative. Contributo alla revisione del condominio negli edifici*, Milano, 1979, p. 211; F. RUSCELLO, *Condominio negli edifici, rapporto di convivenza e principio di solidarietà*, in *Rass. dir. civ.*, 1989, p. 847 ss.

⁹ Sulla necessità di adeguare le regole, preposte a favorire l'accessibilità dell'edificio condominiale anche ai soggetti diversamente-abili, rispetto ai valori del personalismo e solidarismo costituzionale, diffusamente, F.G. VITERBO, *o.c.*, p. 236 ss., il quale considera un'ampia casistica.

di un soggetto diversamente-abile di chiedere la costituzione coattiva di una servitù di passaggio su un orto compreso nel perimetro dell'edificio condominiale, ma riservato alla proprietà esclusiva di taluni condòmini¹⁰. Visto il "doppio binario" risultante dalla legislazione di cui sopra, in conseguenza dell'esercizio di un tale potere, il giudice è indotto a dichiarare l'esistenza della servitù in favore dell'intero edificio facente capo alla collettività organizzata del condominio o, in alternativa (*i.e.* là dove il condominio rifiuti di realizzare l'opera), in favore dell'appartamento di proprietà del singolo condomino diversamente-abile. In tal modo, il condominio avrà il potere di realizzare le opere necessarie per l'abbattimento delle barriere architettoniche anche nell'interesse di tutti i soggetti diversamente-abili che frequentano il palazzo ovvero si troverà in situazione di soggezione rispetto al potere del singolo condomino diversamente-abile di effettuare le opere necessarie per il passaggio anche per mezzo dell'adattamento delle parti comuni dell'edificio.

Concludendo sul punto, è corretto rilevare che la qualificazione del condominio negli edifici come "formazione sociale" *ex art.* 2 cost. ha rappresentato una tappa fondamentale del processo di acquisizione della soggettività giuridica. In tal senso, rileva, essenzialmente, il dato che detta formula ha consentito di concepire la determinazione giudiziale del riconoscimento di diritti/poteri e obblighi/doveri nella titolarità della collettività organizzata del condominio, i quali sono strumentali a soddisfare talune esigenze esistenziali primarie di singoli condòmini.

4. – Un successivo passaggio fondamentale nel processo di metamorfosi del condominio è stato prodotto dall'emanazione della l. 11 dicembre 2012, n. 220, la quale ha novellato, chirurgicamente, talune disposizioni del codice civile¹¹. In tal modo, le nuove norme statuiscono: l'obbligo dell'amministratore di far transitare le somme ricevute a qualunque titolo dai condòmini o da terzi, nonché quelle a qualsiasi titolo erogate per conto del condominio, su uno specifico conto corrente, postale o bancario, intestato al condominio (art. 1129, comma 7, c.c.); l'obbligo, gravante sullo stesso amministratore, di tenere conseguentemente distinta la gestione del patrimonio del condominio da quella propria o di altri condòmini (*arg. ex*

¹⁰ Corte cost., 29 aprile 1999, n. 167, in *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 688 ss., con nota di P. PERLINGIERI, *Principio «personalista», «funzione sociale della proprietà» e servitù coattiva di passaggio*.

¹¹ Per approfondimenti, v. F. LAZZARELLI, *Commento artt. 1117-1139, alla luce della legge 220/2012 (Riforma del condominio)*, in AA.VV., *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza. Aggiornamento* a cura di G. Perlingieri e G. Carapezza Figlia, Napoli, 2016, pp. 401-450.

art. 1129, comma 12, n. 4, c.c.); la costituzione di un fondo speciale per sopperire ai costi delle opere di manutenzione straordinaria e delle innovazioni (art. 1135, n. 4, c.c.); l'intestazione, nei registri pubblici, di diritti reali immobiliari al condominio, tramite l'indicazione dell'eventuale denominazione, dell'ubicazione e del codice fiscale del condominio, in ipotesi di richiesta di trascrizione di atti *inter vivos* (arg. ex art. 2659, comma 1, c.c., il quale si ritiene che abbia recepito una prassi, già in atto, fondata su una Circolare del Ministero delle Finanze-Dipartimento del Territorio-Direzione centrale Catasto-Servizio IV del 2 maggio 1995, n. 128/T.).

Preliminarmente, bisogna osservare che tali precetti presuppongono (in buona misura) la presenza della figura dell'amministratore. Per detta ragione, essi si applicano, essenzialmente, nei casi di edifici con almeno otto condòmini (arg. ex art. 1129 c.c.). Di modo che, affiora la distinzione tra le due figure del condominio 'organizzato' e del condominio 'non-organizzato', per il quale, sostanzialmente, non valgono le novità normative.

È facile notare che le predette tecniche ordinatorie civilistiche (i.e. d'individuazione di diritti e obblighi azionabili nei rapporti intersoggettivi) siano sincronizzate con talune prescrizioni tributarie. In detta prospettiva, merita di essere richiamata la disposizione dell'art. 21, comma 11, lett. b), n. 1, l. 27 dicembre 1997, n. 449, la quale stabilisce che il condominio sia soggetto alla ritenuta «quale sostituto d'imposta anche sui compensi percepiti dall'amministratore di condominio». In secondo luogo, per le parti comuni con rendita catastale (parcheggi condominiali, appartamento destinato ad alloggio del portiere, cantine, etc.) l'amministratore del condominio è responsabile del pagamento dell'IMU e della TARI, ai sensi dell'art. 1, comma 768, l. 27 dicembre 2019, n. 160¹². È evidente che, tra l'altro, l'esistenza di un conto corrente, postale o bancario, intestato al condominio agevola l'adempimento, spontaneo o forzoso, di simili prescrizioni tributarie. Inoltre, rispetto a tali doveri, dal disposto, la cui applicabilità è stata estesa anche all'IMU, dell'art. 10, comma 4, d.lg. 30 dicembre 1992, n. 504, discende, 'a monte', l'obbligo per l'amministratore di condominio di dichiarare «gli immobili indicati nell'art. 1117, n. 2) del codice civile oggetto di proprietà comune, cui è attribuita o attribuibile un'autonoma rendita catastale». Considerato che dalla nota di trascrizione in

¹² Secondo l'art. 1, comma 768, l. 27 dicembre 2019, n. 160: «Per le parti comuni dell'edificio indicate nell'articolo 1117, numero 2), del codice civile, che sono accatastate in via autonoma, come bene comune censibile, nel caso in cui venga costituito il condominio, il versamento dell'imposta deve essere effettuato dall'amministratore del condominio per conto di tutti i condòmini». Già in precedenza la medesima soluzione ordinatoria era stata delineata in base a un'interpretazione fondata sulle disposizioni degli artt. 1, comma 728-bis, l. 27 dicembre 2013, n. 147, e 19, l. 23 dicembre 2000, n. 388.

favore del condominio dipende, surrettiziamente, anche l'intestazione catastale di tali beni, risulta chiaro che una simile vicenda, anche se allo stato reputata non-necessaria, sicuramente, è in grado di fungere per l'assolvimento dell'obbligo dichiarativo da parte dell'amministratore¹³.

Ispirata da ragioni di semplificazione fiscale è anche un'evoluzione della prassi concernente la stipula dei contratti di locazione/affitto di beni condominiali con rendita catastale (soprattutto, l'alloggio-portineria). Attualmente, detti contratti sono, per lo più, stipulati dall'amministratore-rappresentante legale, spendendo una denominazione riferita all'organizzazione condominiale, piuttosto che il nome dei singoli condòmini. Un simile uso contrasta con la lettera dell'art. 1131 c.c., secondo cui «l'amministratore ha la rappresentanza dei partecipanti». Queste modalità di spendita del nome del rappresentato, tuttavia, semplificano senz'altro taluni adempimenti fiscali. In particolare, la registrazione del contratto presso l'Agenzia delle entrate non necessita di essere rinnovata ogni volta che muti taluno dei proprietari delle singole unità immobiliari.

Di là dalle innovazioni normative d'ispirazione tributaria, l'evoluzione del condominio si riscontra anche in taluni ragionamenti applicativi, di matrice giurisprudenziale, preordinati a finalità socioeconomiche inerenti all'attività processualistica e ai rapporti commerciali.

In detta prospettiva, bisogna analizzare, innanzitutto (in ordine, eminentemente, cronologico), una sentenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione in tema di danno da irragionevole durata del processo¹⁴. Detta pronuncia ha attestato l'esistenza di un diritto esclusivo del condominio, quale collettività organizzata, all'indennizzo per l'equa riparazione del danno cagionato dall'irragionevole durata del giudizio intentato dall'amministratore a tutela dell'interesse al godimento dei beni comuni. La S.C. ha adottato una simile soluzione ordinatoria, motivandola con il rilievo

¹³ In vero, appare alquanto sensato ritenere che il dovere di dichiarare i beni condominiali si traduca (di fatto) nell'obbligo per l'amministratore di condominio di procedere alla volturazione catastale dei beni accatastati prima del 2012, quando le formalità pubblicitarie erano svolte, eminentemente, nei confronti (non del condominio, ma) del complesso dei condòmini individuati singolarmente. In tal modo, si potrebbe eliminare una situazione, la quale rischia di ingenerare molta confusione, soprattutto, in occasione del pagamento dei tributi e della circolazione delle singole unità immobiliari. Sul punto, tuttavia, bisogna segnalare che un simile obiettivo di politica del diritto, riconoscendo portata generale alla tecnica dell'intestazione dei beni al condominio, contrasta con la tesi che la norma, la quale ammette la trascrizione nei confronti del condominio, abbia portata limitata e valore di semplice pubblicità-notizia (cfr. E. CAPOBIANCO, *Il condominio come parte negoziale: ente, gruppo, consumatore?*, in *Pers. Merc.*, 2023, p. 457).

¹⁴ Cass., Sez.Un., 2014, n. 19663, in *Riv. not.*, 2015, p. 773, con nota di S. CAMPOLATTARO, *Verso il riconoscimento della personalità giuridica del condominio*.

che le statuizioni della l. n. 220/2012 «vanno nella direzione della progressiva configurabilità in capo al condominio di una sia pure attenuata personalità giuridica, e, comunque sicuramente, in atto, di una soggettività giuridica autonoma».

Sul terreno della giustizia contrattuale, è intervenuta, poi, una sentenza della Corte di giustizia UE sulla nozione di consumatore. In un arresto del 2020¹⁵, il supremo giudice eurounitario ha, attraverso un'interpretazione 'adeguatrice'¹⁶, riconosciuto il potere di un condominio di esperire le tutele concernenti i contratti del consumatore (*i.e.* di beneficiare della nullità delle clausole vessatorie), anche se un simile soggetto difetta del requisito della caratterizzazione come "persona fisica" prescritto dall'art. 2, lett. b), della direttiva 93/13/CEE del Consiglio del 5 aprile 1993¹⁷. In tal modo, la tecnica ordinatoria della non-vincolatività delle clausole abusive è stata rimodulata, in modo da implementare il principio di tutela del contraente-'debole'. Bisogna evidenziare che, in detto teorema decisorio, il Kirchberg ha espressamente richiamato l'assunto che il condominio sia una persona giuridica¹⁸. Naturalmente, in tale contesto, il sintagma "persona giuridica" fa riferimento alla titolarità di diritti e doveri, ma non (come accade nell'esperienza giuridica italiana) anche all'attivazione dell'apparato decisorio dell'autonomia patrimoniale perfetta.

5. – Il mito greco racconta la storia dei fratelli titani Ἐπιμηθεύς, letteralmente "colui che vede dopo", e Προμηθεύς, letteralmente, "colui che

¹⁵ Corte di giustizia UE, 2 aprile 2020, n. 329, Causa C-329/19, Condominio di Milano, via Meda contro Eurothermo SpA, in *Foro it.*, 2020, IV, c. 375.

¹⁶ Cfr. F. MAISTO, *La giurisprudenza eurounitaria a presidio della giustizia contrattuale*, in *Dir. aff.*, 2024, p. 109 s.

¹⁷ Testualmente la Corte di giustizia ha affermato che: «l'articolo 1, paragrafo 1, e l'articolo 2, lettera b), della direttiva 93/13 devono essere interpretati nel senso che non ostano a una giurisprudenza nazionale che interpreti la normativa di recepimento della medesima direttiva nel diritto interno in modo che le norme a tutela dei consumatori che essa contiene siano applicabili anche a un contratto concluso con un professionista da un soggetto giuridico quale il condominio nell'ordinamento italiano, anche se un simile soggetto giuridico non rientra nell'ambito di applicazione della suddetta direttiva».

¹⁸ Diversamente, E. CAPOBIANCO, *o.c.*, p. 459 s., assumendo il superamento della «pretesa idea di un'entificazione del condominio», prospetta di limitare l'operatività della tutela consumeristica ai casi di edifici con (tutti?) appartamenti di proprietà di persone fisiche e destinati ad abitazione. In vero, a mio modesto avviso, l'adozione, a determinate condizioni, della dichiarazione giudiziale della non-azionabilità dei poteri e doveri predisposti per tutelare il consumatore si giustifica, anche postulando che il condominio abbia soggettività giuridica: quando l'edificio sia, integralmente o quasi-integralmente, destinato all'esercizio dell'attività d'impresa dei proprietari degli appartamenti, infatti, il condominio, anche se dotato di soggettività, non avrebbe, comunque, i connotati, dai quali dipende la qualifica di consumatore.

vede prima". Entrambi fecero una brutta fine: Ἐπιμηθεύς ebbe la disgrazia di essere sposato con Πανδώρα (la causa di tutti mali) e Προμηθεύς fu sottoposto al supplizio eterno di Ζεύς. Monito che non bisogna né restare ancorati al passato né lanciarsi in pericolose fughe in avanti. Cionondimeno, è opportuno accogliere le innovazioni, là dove ne siano stati adeguatamente soppesati i pro e i contro.

All'indomani dell'emanazione della legge 11 dicembre 2012, n. 220, appariva quasi scontato il riferimento al (solo) condominio 'organizzato' della soggettività giuridica¹⁹. Il condominio 'non-organizzato', invece, conserverebbe i connotati della mera contitolarità del diritto di proprietà sulle parti comuni dell'edificio.

Cionondimeno, la Corte di cassazione, a Sezioni Unite, ha assunto, da ultimo, un orientamento contrario²⁰. In particolare, tale sentenza ha formalizzato «la sussistenza della facoltà dei singoli di affiancarsi o surrogarsi all'amministratore nella difesa in giudizio dei diritti vantati su tali beni [i.e. le parti comuni dell'edificio]», desumendola dal criterio di giudizio sintetizzato «dalla formula descrittiva di successo che il condominio è un ente di gestione sfornito di personalità distinta da quella dei suoi partecipanti». In detto impianto valutativo, l'attribuzione di una legittimazione processuale attiva esclusiva del condominio, come nel caso del diritto all'equa riparazione del danno da irragionevole durata del processo, avrebbe carattere del tutto eccezionale dipendente dall'assoluta peculiarità degli interessi in gioco.

In sintesi, la Cassazione ha preferito un apparato decisorio, nel quale al condominio è negata la soggettività giuridica salvo l'eccezionale attribuzione di taluni diritti a legittimazione processuale esclusiva, rispetto ad uno alternativo, nel quale al condominio è riconosciuta la soggettività giuridica salva l'operazione di consentire, a condizioni determinate²¹, che anche il singolo condomino agisca in giudizio per tutelare il proprio interesse all'uso delle parti comuni dell'edificio.

¹⁹ *Ex multis*: A. SCARPA, *Condominio (riforma del)*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ., Aggiornamento*, Torino, 2013, p. 161; F. RUSCELLO, *La riforma del condominio tra novità e problemi irrisolti*, in *Vita not.*, 2013, p. 361; S. CAMPOLATTARO, *o.c.*, p. 781.

²⁰ Cass., Sez.Un., 18 aprile 2019, n. 10934, in *Foro it.*, 2019, I, c. 3673.

²¹ Soprattutto, la dichiarazione giudiziale della sussistenza di una legittimazione ad agire concorrente risulta ragionevole, quando nel processo il giudice sia richiesto di adottare un provvedimento dal quale dipenda la perdita/mancata-perdita del diritto del singolo ad usare le parti comuni dell'edificio. Esempiare è il caso in cui un singolo condomino eccepisca nel giudizio contro il condominio di essere titolare della proprietà esclusiva di un bene ricompreso negli elenchi dell'art. 1117 c.c. col rischio di creare un pregiudizio per tutti gli altri condomini (*ex multis*, Cass., Sez.Un., 13 novembre 2013, n. 25454, in *Arch. Loc.* 2014, 1, p. 35).

Dopo la sentenza delle Sezioni Unite, nonostante un atteggiamento ondivago della giurisprudenza²², in dottrina ha finito per prevalere la tesi contraria al riconoscimento della soggettività giuridica del condominio²³.

La teoria contraria al ricorso alla formula della soggettività giuridica del condominio, per modulare le pretese intersoggettive strumentali all'interesse al godimento delle parti comuni dell'edificio, muove da un preciso assunto: che tutte le norme, implicanti (direttamente o indirettamente) la titolarità di diritti e doveri per la collettività organizzata, abbiano carattere eccezionale²⁴. In vero, da una visione più superficiale, risulta, senz'altro, che simili statuizioni sovrane riflettano delle *rationes* circoscritte a settori ben definiti delle relazioni socioeconomiche (soprattutto, di carattere tributario). Approfondendo l'analisi, tuttavia, è dato scorgere una funzione socioeconomica che pervade l'intera materia del condominio negli edifici. La tecnica dell'imputazione di diritti e doveri direttamente alla collettività organizzata del condominio, piuttosto che ai singoli condòmini, soddisfa quelle esigenze di semplificazione e razionalizzazione, le quali sono, oramai, imposte dalla crescente complessità dei rapporti condominiali, sia 'interni' che 'esterni'.

Nei rapporti interni, è evidente che i rapporti condominiali siano molto più articolati, quando concernono un edificio di dieci piani, piuttosto che due villette a schiera. Ad esempio, il condòmino con l'appartamento al piano terra non usa l'ascensore, quello al decimo piano non può farne a meno, quello al secondo è un giovane sportivo e non lo usa, quello al primo piano è un anziano cardiopatico e pure non può farne a meno, ecc. Altrettanto, può dirsi per l'autorimessa condominiale o il lastrico solare, e così via.

Allo stesso modo, più esteso è il condominio (sia in senso fisico che numerico), maggiore è l'articolazione dei rapporti esterni. Ad esempio, bisogna procacciarsi numerosi beni o servizi strumentali al godimento delle parti comuni, concludendo contratti di somministrazione di energia elettrica,

²² In tal senso, meritano di essere attenzionate le seguenti sentenze: Cass., 14 maggio 2019, n. 12715, *Riv. Giur. Ed.*, 2019, I, p. 943; Cass., 19 maggio 2021, n. 13595, in *Guida al dir.*, 2021, p. 26.

²³ Tale stato dell'arte della riflessione scientifica è fotografato, con approfonditi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali e una puntuale replica a tutti gli argomenti esegetici favorevoli alla tesi della soggettività del condominio, da R. TRIOLA, *Condominio: una giurisprudenza in continua evoluzione*, Torino, 2024, p. 1 ss.

²⁴ Ancora più radicale è la posizione assunta da R. TRIOLA, *o.c.*, p. 12, il quale sembra volere, addirittura, negare in radice l'effettiva ricorrenza del fenomeno dell'imputazione di diritti e obblighi al condominio, sostenendo che esso rappresenta soltanto il portato di una sorta d'illusione ottica. In particolare, egli asserisce che: «In conclusione si può affermare che quando il legislatore parla di condominio usa un'espressione ellittica riferibile alla collettività dei condòmini, i quali sono i diretti destinatari delle disposizioni».

contratti di lavoro subordinato per i servizi di portierato, appalti o contratti d'opera per la pulizia, la manutenzione e la vigilanza notturna, appalti per le ristrutturazioni, contratti per la prestazione dei servizi legali e contabili, ecc.²⁵.

Un tale livello di complessità dei rapporti condominiali è imprescindibile, quando il condominio assume le dimensioni per cui la legge impone la nomina di un amministratore (presenza di otto condòmini secondo l'art. 1129 c.c.). In dette circostanze, è evidente che la tecnica dell'imputazione di diritti e doveri all'ente-condominio (invece che ai condòmini) attua la funzione socioeconomica di semplificare e razionalizzare i rapporti strumentali al godimento delle parti comuni dell'edificio, evitando che essi si confondano nel caos delle vicende personali dei singoli condòmini. In un'ottica gius-realistica, una simile considerazione dimostra la correttezza della determinazione giudiziale consistente nell'attribuzione al condominio della titolarità di diritti/poteri e obblighi/doveri concernenti il godimento delle parti comuni dell'edificio, anche là dove manchi un'espressa disposizione legislativa (*i.e.* in via generale/non-eccezionale). Un simile teorema decisivo si delinea, assumendo la premessa dogmatica che il condominio sia un ente (non-personificato) con soggettività giuridica.

In sintesi, sul piano dello stretto diritto positivo, si può convenire col rilievo che la maggioranza degli indici testuali della legge (a partire dalla collocazione topografica delle disposizioni codicistiche intitolate al condominio), allo stato, ancora non riflettano l'assunto che il condominio abbia soggettività giuridica²⁶. Cionondimeno, secondo un'impostazione gius-realistica della legittimazione delle decisioni giudiziali, l'analisi degli interessi coinvolti autorizza, sin da ora, il riconoscimento di pretese intersoggettive desunte dalla formula che il condominio 'organizzato' sia un ente di gestione dotato di soggettività giuridica²⁷. Nei canoni della legalità sostanziale, un simile ragionamento applicativo presenterebbe i connotati

²⁵ Sul "condominio quale parte contrattuale", v. A. BUCELLI, *Abitazione e condominio. Contributo allo studio dei diritti e degli interessi in comunione*, Napoli, 2018 p. 93 ss.

²⁶ Cfr.: R. TRIOLA, *o.c.*, p. 3 ss., spec. p. 4; E. Capobianco, *o.c.*, p. 456 s.

²⁷ In prospettiva comparatistica, degno di nota è il fatto che al condominio è stata riconosciuta la soggettività giuridica nell'esperienza giuridica francese (cfr.: A. FUSARO, *La soggettività giuridica del condominio nel diritto francese*, in *Nuova giur. civ. commentata*, 2008, II, p. 11 ss., e anche in *Tendenze del diritto privato in prospettiva comparatistica*, Torino, 2020, p. 301 ss.; C. GHIONNI, *Proprietà esclusiva, condominio e destinazioni d'uso*, Napoli, 2020, p. 93 ss.).

dell'interpretazione (antiletterale) teleologica/secondo ragionevolezza dei testi legislativi attualmente vigenti²⁸.

A questo punto, resta da dirimere un'ultima questione: se ed a quali condizioni, almeno *de jure condendo*, possa essere recepito il concetto che il condominio sia un ente con piena personalità (e non semplice soggettività) giuridica.

Bisogna premettere che, nell'attuale esperienza giuridica, il concetto di persona giuridica serve a combinare il criterio di giudizio della soggettività giuridica (*i.e.* della titolarità di diritti e obblighi) con quello dell'autonomia patrimoniale perfetta (*i.e.* della responsabilità esclusiva del patrimonio dell'ente per le obbligazioni assunte in suo nome e per suo conto)²⁹. La tecnica della responsabilità patrimoniale presuppone un quadro normativo, nel quale i creditori dell'ente siano, effettivamente, in condizione di soddisfarsi attraverso l'espropriazione delle somme di denaro nella disponibilità dell'ente e dei beni (soprattutto immobili) di proprietà dell'ente. Nel diritto vigente ricorrono, senz'altro alcune situazioni strumentali: l'intestazione al condominio di un conto corrente; la (potenziale) titolarità per il condominio di beni immobili con rendita catastale quali l'autorimessa, l'alloggio del portiere, lo scantinato, i locali lavanderia, etc.; la regola della pignorabilità di tutti i beni e i crediti (anche verso i condòmini) del condominio³⁰. I poteri dei creditori individuati da queste tecniche ordinatorie non si rivelano, però, sufficienti, per diverse ragioni: le somme depositate sul conto corrente sono variabili; la proprietà di beni immobili è soltanto eventuale; taluni dei beni condominiali, non potendo essere sottratti alla destinazione (*arg. ex art. 1117-ter, u.c., c.c.*), sono, di fatto, inalienabili.

De jure condendo, tuttavia, le predette idiosincrasie potrebbero essere superate, introducendo, sul modello delle società di capitali, la previsione di un capitale minimo composto da somme di denaro con consistenza numerica stabile e beni effettivamente monetizzabili. Dal punto di vista sostanziale, una tale statuizione normativa potrebbe risultare opportuna ed

²⁸ Circa l'inerenza della razionalizzazione dei rapporti intersoggettivi (*i.e.* la loro idoneità a pervenire ad un'adeguata composizione degli interessi in gioco) al principio di ragionevolezza costituzionale, v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, II, *Fonti e interpretazione*, 4^a ed., Napoli, 2020, p. 404 s., e IDEM, *Ratio iuris e ragionevolezza nell'ermenutica giuridica di Emilio Betti*, in *Giuristi e loro opere. Un itinerario*, Napoli, 2022, p. 340 ss.

²⁹ F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, I, 3^a ed., Milano, 2014, p. 261 ss., e IDEM, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati. Sub art. 36-42*, in *Comm. Cod. Civ.* Scialoja e Branca, 2^a ed., Bologna-Roma, 1976, p. 123.

³⁰ Cass., 14 maggio 2019, n. 12715, cit.

economicamente sostenibile, soprattutto, con riferimento ai super-condominî e ai complessi residenziali delle multiproprietà immobiliari (richiamati dall'art. 1117-bis c.c.), nei quali la regola della responsabilità personale (arg. ex art. 63, comma 2, disp. att. trans. c.c.)³¹ dei proprietari/multiproprietari dei singoli appartamenti rischia di diventare eccessivamente penalizzante. In tal modo, si distinguerebbero tre figure di condominio: il condominio 'non-organizzato' con la fisionomia di una speciale forma di contitolarità della proprietà delle parti comuni dell'edificio; il condominio 'organizzato' riconosciuto come ente di gestione con soggettività giuridica; il super-condominio modulato quale ente non-lucrativo con (piena) personalità giuridica³².

6. – Le metamorfosi della categoria ordinante della soggettività giuridica si confermano essere il terreno ideale per saggiare la correttezza della teoria del darwinismo giuridico³³.

Seguendo una linea evolutiva, la categoria ordinante della soggettività giuridica si è strutturata come una piramide concettuale³⁴. In principio, si delinea la titolarità esclusiva di diritti e obblighi per i *Quirites patres familias*; progressivamente si afferma l'esigenza di riconoscere, eccezionalmente, la titolarità di particolari diritti e doveri anche alle donne, ai minori, agli stranieri e, addirittura, agli schiavi; successivamente, con l'influsso del Cristianesimo, si acquisisce l'idea che tutti gli esseri umani siano titolari dei diritti fondamentali della persona; in questo modo, dalla contrapposizione tra i suddetti concetti appaiono i caratteri sintetizzati dalla categoria della

³¹ Più precisamente, riguardo alla responsabilità patrimoniale del singolo condomino per le obbligazioni condominiali, vale un apparato decisorio complesso, il quale si articola nel precetto della parziarietà nei rapporti interni e nel criterio di giudizio della sussidiarietà nei rapporti esterni (sul punto, v. A. BUCCELLI, *o.c.*, p. 88 ss.).

³² Sul punto, degna di attenzione è la ricostruzione di F.G. VITERBO, *o.c.*, *passim*, spec. p. 173 ss., il quale, da un lato, condivide l'esigenza di riconoscere una spiccata variabilità dei rapporti condominiali, ma, dall'altro lato, prospetta, in tutti i casi, l'inquadramento nella medesima categoria ordinante del "modello di proprietà oggettivamente e soggettivamente complessa". In tal modo, egli respinge anche rispetto ai condomini 'organizzati' la qualifica di ente non-personificato con soggettività giuridica.

³³ F. MAISTO, *Il "Neorealismo" giuridico tra sussunzione e applicazione diretta dei principi*, in AA.VV., *Scritti in memoria di R. Sacco* a cura di P.G. Monateri, II, Torino, 2024, p. 1063 ss. Sull'origine 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.

³⁴ Sulla teoria della "*Genealogie der Begriffe*" e la nozione di "*Begriffspyramide*", G.F. PUCHTA, *Cursus der Institutionem*, I, Leipzig, 1865, p. 101 ss.

soggettività degli esseri umani. In tempi più recenti³⁵, alla soggettività esclusiva degli esseri umani si contrappone l'opportunità di riconoscere la titolarità di diritti e obblighi anche alle organizzazioni esponenziali, la quale porta ad elaborare l'ulteriore concetto di persona giuridica; successivamente, questo ramo della soggettività giuridica si eleva al livello – di maggior astrazione – della nozione di soggettività degli enti, quando si afferma l'esigenza di distinguere tra enti personificati ed enti senza personalità giuridica³⁶. A séguito di questi processi mentali, la piramide si accresce di un ulteriore gradino rappresentato dalla nozione di soggettività giuridica in senso lato. Con il riconoscimento della soggettività giuridica al condominio, invece, si allarga la base della soggettività degli enti non-personificati con la configurazione della sotto-categoria degli "enti, non-personificati, di (mera) gestione con soggettività giuridica", la quale si aggiunge a quelle preesistenti degli "enti, non-personificati, con scopo di lucro" e degli "enti, non-personificati, a scopo ideale".

Nella dinamica dello *struggle for life/existence* tra categorie ordinanti, rileva il dato che la teoria della soggettività giuridica del condominio 'organizzato' risolve più problemi di quanti non ne crei. In particolare, essa permette di modulare le pretese intersoggettive azionabili nei rapporti, 'interni' ed 'esterni', inerenti all'uso delle parti comuni dell'edificio, in modo da eliminare o, comunque, attenuare i problemi sollevati dalla loro crescente complessità. In conclusione, l'operazione ermeneutica del riferimento della soggettività giuridica all'organizzazione condominiale non rappresenta una pericolosa fuga in avanti, ma appare come la presa d'atto del necessario

³⁵ La piena emersione del concetto di persona giuridica di diritto civile è, convenzionalmente, fatta coincidere con l'istituzione della società anonima Compagnia inglese delle Indie orientali il 31 dicembre 1600 (cfr. F. GALGANO, *Lex Mercatoria*, Bologna, 1993, 76 ss.).

³⁶ Sull'emersione di nuove declinazioni della categoria della soggettività giuridica in atto nell'odierna esperienza giuridica, cfr. M.R. MARELLA, *Antropologia del soggetto di diritto. Note sulla trasformazione di una categoria giuridica*, in *Oss. dir. civ. com.*, 2021, p. 71 ss. Questo ramo della piramide concettuale della soggettività giuridica sarebbe destinato ad estendersi nell'ulteriore livello dei soggetti del diritto non-umani, là dove si consolidasse la proposta teorica di ricorrere a tale categoria per spiegare le determinazioni applicabili al cospetto di attività compiute automaticamente da algoritmi (cfr. G. TEUBNER, *Soggetti giuridici digitali? Sullo status privatistico degli agenti software autonomi* a cura di P. Femia, Napoli, 2019, p. 109 ss.). Un discorso analogo vale per l'attribuzione della soggettività giuridica agli animali di affezione (per approfondimenti, tra gli altri, si segnalano i seguenti contributi: A. ARFANI, *Animali e rapporti di diritto privato*, Napoli, 2023, p. 123 ss.; A.A. MOLLO, *The legal subjectivity of non-human beings: animals*, in *European Journal of Privacy Law & Technologies*, 2020, p. 291 ss.; F. RESCIGNO, *I diritti degli animali: da res a soggetti*, Torino, 2005, *passim*; L. BATTAGLIA, *Etica e diritti degli animali*, Bari, 1997).

adattamento delle determinazioni giudiziali alle incessanti trasformazioni dei rapporti socioeconomici nella società civile.

Abstract

**THE (INESCAPABLE) TRANSITION OF JOINT OWNERSHIP OF A BUILDING
FROM A (SIMPLE) PROPERTY RIGHT TO A LEGAL PERSON**

Lo scritto analizza tutti i passaggi della metamorfosi dell'apparato decisorio, delineato dalla qualifica tecnica del condominio negli edifici, dalla categoria generale della (mera) contitolarità della proprietà delle parti comuni dell'edificio al paradigma dell'ente non-personificato dotato di soggettività giuridica. L'analisi degli interessi coinvolti autorizza un'interpretazione (antiletterale) teleologica/secondo ragionevolezza delle disposizioni di legge attualmente vigenti, la quale legittima il giudice a dichiarare l'azionabilità delle pretese intersoggettive indicate dal criterio di giudizio che il condominio 'organizzato' sia un ente di gestione non-personificato con soggettività giuridica. A livello di teoria generale, nella dinamica dello *struggle for life/existence* tra categorie ordinanti, rileva, essenzialmente, il dato che la teoria della soggettività giuridica consente di risolvere i problemi sollevati dalla crescente complessità dei rapporti condominiali, sia 'interni' che 'esterni'.

The paper analyses every step of the metamorphosis of joint ownership of a building from a (simple) property right to a legal person. The analysis of the interests allows the concept that the organisation of joint ownership of a building is a legal person. From the perspective of legal Darwinism, such a concept depends on the complexity of the relationships concerning the common parts of the building.

PRESENZA E DISTANZA DELLE PARTI NEL CONTRATTO TELEMATICO

ALESSANDRO MARTINI

Professore associato

nell'Università Niccolò Cusano di Roma

SOMMARIO: 1. Presenza e distanza delle parti contrattuali. – 2. L'emersione del contratto telematico. – 3. Quale disciplina per il contratto telematico? – 4. La "presenza virtuale" delle parti nel contratto telematico.

1. – Lo sviluppo incessante della tecnologia e dei sistemi di comunicazione influisce in modo dirompente sui comportamenti economici e sociali e, di conseguenza, sulle attività negoziali delle parti già nella fase di costruzione dell'accordo contrattuale¹.

È appena il caso di ricordare che l'invenzione del telefono ha reso possibile contatti, e quindi contratti, fra soggetti lontani che si trovano a distanza in luoghi diversi da dove emettono e ricevono dichiarazioni.

La particolarità di questa situazione non è sfuggita alla dottrina civilistica che comunemente riteneva i contratti conclusi per telefono come contratti "fra assenti" (*inter absentes*) sulla base della considerazione che i contraenti sono "non presenti" nello stesso luogo².

Diversamente un autore, Carlo Francesco Gabba, docente di filosofia del diritto e di diritto civile³, nel 1913 scriveva che «il contratto per telefono è

¹ Scrive N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 364, e ora anche in *Id.*, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma - Bari, 2006, 187: «La storia del contratto non può separarsi dalla storia delle tecnologie, mediante le quali si determinano i rapporti di scambio».

² Cfr. G. MAJORANA, *Delle convenzioni fra persone lontane*, 2^a ed., Palermo, 1912, 47, secondo cui «Se le persone sono lontane, cioè in luoghi diversi in maniera che sorga la questione sulla legge o sulla competenza da applicarsi al contratto, questo deve ritenersi concluso fra persone lontane per l'applicabilità dell'art. 36 in rapporto al luogo della conclusione del contratto». Tuttavia, v. C. VIVANTE, *La conclusione dei contratti commerciali*, in *Aa. Vv.*, *Studi giuridici dedicati e offerti a Francesco Schupfer nella ricorrenza del XXXV anno del suo insegnamento*, III, *Studii di diritto odierno*, Torino, 1898, 242 il quale sosteneva che «le dichiarazioni telefoniche abbiano per lo più il carattere di trattative, subordinate per la conclusione del contratto allo scambio di una corrispondenza confermativa».

³ Carlo Francesco Gabba (Lodi 1835-Torino 1920) fu professore all'università di Pisa ove dal 1862 insegnò filosofia del diritto e, successivamente, dal 1887 al 1915, diritto civile; inoltre, dal 1890 fu socio nazionale dei Lincei e nel 1900 fu nominato senatore. Sulla vita ed opere di questo Autore v. la relativa voce di R. CATERINA, in *I.*

indubbiamente contratto tra presenti, qualunque sia la distanza fra i corrispondenti. Tale esso è perché immediatamente i contraenti per telefono corrispondono fra di loro: perché nell'atto stesso in cui ogni singola dichiarazione viene affidata al telefono da un contraente, viene anche udita dall'altro»⁴.

Al riguardo Gabba parlava di una "presenza lontana" nella quale «ogni dichiarazione, sia di proposta, sia d'accettazione, viene percepita dal contraente cui è diretta, nello stesso momento in cui dall'altro contraente viene emessa»⁵.

Questa precisazione oggi può ritenersi una felice intuizione dell'Autore che aveva intravisto l'esistenza di uno spazio non fisico, creato dalla linea telefonica, nel quale avveniva lo scambio delle dichiarazioni delle parti che sono lontane, ma comunque presenti nello stesso momento⁶.

Non si tratta, peraltro, di una novità sul piano del formante legale. Il *Bürgerliches Gesetzbuch-BGB*, infatti, sin dalla sua entrata in vigore del 1900 conteneva nel libro primo *Allgemeiner Teil*, il § 147, rubricato "Annahmefrist", secondo cui: «(1) Der einem Anwesenden gemachte Antrag kann nur sofort angenommen werden. Dies gilt auch von einem mittels Fernsprechers von Person zu Person gemachten Antrag».

Nel regolare il tempo di accettazione di una proposta contrattuale, il legislatore tedesco aveva quindi espressamente precisato che questa potesse essere accettata solo immediatamente, sia se trattasi di proposta presentata a una persona presente che di proposta presentata da persona a persona utilizzando un telefono.

Successivamente, nel 2021, la citata disposizione del BGB veniva integrata con l'inciso «(Fernsprechers) oder einer sonstigen technischen Einrichtung»⁷, così prevedendo che la proposta, oltre che per telefono,

BIROCCHI - E. CORTESE - A. MATTONE - M. N. MILETTI (a cura di), *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, Bologna, 2013, 920 ss.

⁴ Così C. F. GABBA, *Il telefono nella giurisprudenza*, in *Riv. dir. comm. e dir. gen. obbl.*, 1913, I, 179.

⁵ Così C. F. GABBA, *Il telefono nella giurisprudenza*, cit., 180.

⁶ Cfr. A. M. BENDETTI, *Il contratto non si conclude per telefono: paradossi dell'asimmetria procedimentale*, in *Contratti*, 2017, 343 che sottolinea la modernità di questa idea, impressionante per l'epoca e che, forse per questo, non fu capita dai suoi contemporanei. Sulla contrattazione telefonica alla luce delle recenti riforme v. M.P. PIGNALOSA, *Se telefonando ... il professionista volesse concludere un contratto l'ennesima riforma dell'art. 51, comma 6°, c.cons. nel segno del contrasto alla velocità e volatilità della telefonia vocale (art. 51, comma 6°, c.cons. novellato dall'art. 9, comma 2°, della l. 30 dicembre 2023, n. 214 - legge annuale per il mercato e la concorrenza 2022)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, II, 937 ss.

⁷ Questo inciso è stato introdotto dall'Art. 1, Nr. 5 „Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr vom 13. Juli 2001”.

potesse anche essere presentata mediante «altro dispositivo tecnico».

Tornando alla “presenza lontana” delle parti di cui parlava Gabba, sembra che tale espressione ben sintetizzi il superamento dell’antitesi presenza/assenza e vicinanza/lontananza quando lo scambio di volontà avvenga mediante l’uso di strumenti di comunicazione, come in origine il telefono.

La validità di questa espressione può dirsi ora immutata in un contesto dominato dagli strumenti di comunicazione che si sono progressivamente affermati: dal telefax al computer collegato alla rete Internet.

La “presenza lontana” delle parti contrattuali potrebbe allora così spiegarsi.

La parola “presenza” indica che le parti sono presenti nello stesso momento in uno spazio non materiale, ossia virtuale; la presenza non è quindi il contrario dell’assenza, tanto che l’espressione *inter absentes* di cui si è fatto prima cenno, indica semplicemente la “non contemporanea presenza” delle parti che comunque “ci sono” per l’ovvia ragione che, se fossero assenti, un accordo fra loro non potrebbe formarsi.

La parola “lontana” indica che il luogo ove si trovano le parti è irrilevante perché queste possono essere geograficamente lontane o vicine (si pensi a soggetti che si scambiano *e-mail* l’uno accanto all’altro), ma, in ogni caso, lo scambio delle dichiarazioni avviene attraverso un mezzo di comunicazione a distanza, vale a dire in uno luogo diverso per entrambe, ossia “telematicamente”.

Questo avverbio, come è noto, deriva dalla parola “telematica”, neologismo di origine francese⁸ che designa, con una crasi fra *telecomunicazione* e *informatica*⁹, il metodo tecnologico di trasmissione del pensiero a distanza mediante l’impiego di un linguaggio computerizzato che veicola informazioni automatizzate¹⁰.

⁸ Il termine “*télématique*” compare per la prima volta nel documento redatto da due alti funzionari francesi S. NORA e A. MINC, *L’informatisation de la Société: rapport à M.[Monsieur] le Président de la République*, Paris, La Documentation française, 1978, 11: «Cette imbrication croissante des ordinateurs et des télécommunications - que nous appellerons la “*télématique*” (...) - ouvre un horizon radicalement neuf».

⁹ Il termine “*informatica*” deriva dal francese *informatique*, per crasi delle parole *information* e *automatique*, e si ritiene coniato nel 1962 dal chimico e fisico francese P. DREYFUS. Tuttavia, il termine *Informatik* già si legge nel saggio del 1957 del fisico tedesco K. W. STEINBUCH *Informatik: Automatische Informationsverarbeitung*, in *SEG-Nachrichten Heft 4/1957*.

¹⁰ Così V. FROSINI, voce *Telematica ed informatica giuridica*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, s.d., ma 1992, 60. Sul punto cfr. anche R. BORRUSO, voce *Informatica giuridica*, in *Enc. dir.*, Agg. I, Milano, Giuffrè, 1997, 650 ss. Sugli aspetti più tecnici v. A. ROVERI, voce *Telematica*, in *Enc. giur.*, App. V, IV, Roma, 1995, 417, anche online in: https://www.treccani.it/enciclopedia/telematica_%28Enciclopedia-Italiana%29/ (consultato il 16.10.2024).

Le parole informatica e telematica non sono peraltro utilizzate nel linguaggio anglosassone che le traduce con le locuzioni, rispettivamente, di *Computer Science* (scienza dei computer) ed *Information Communication Technology-ICT* (tecnologie dell'informazione e della comunicazione-TIC).

La contemporanea presenza di persone lontane è dunque uno spazio che oggi, con una terminologia che si è sviluppata intorno ai nuovi strumenti informatici di comunicazione, si caratterizza come “telematico” e “virtuale” con ciò realizzando un fenomeno di decontestualizzazione del contratto e spersonalizzazione dei rapporti¹¹ tanto da far apparire gli scambi, particolarmente nella contrattazione di massa, privi di accordo¹².

2. - In un contesto sociale immerso nella dimensione delle nuove tecnologie sviluppatesi già da tempo con il progressivo uso dell'informatica e di Internet, e rafforzatosi negli ultimi anni¹³ anche a causa dell'emergenza sanitaria dovuta alla pandemia che ha messo “a distanza” le persone - intensificando il ricorso al c.d. lavoro agile o *smart working* (cfr. art. 18 l. 22 maggio 2017, n. 81) e dando nuovo impulso alle normative sul processo telematico - si pensi, da ultimo, al processo penale telematico previsto dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, c.d. riforma Cartabia -, l'attività negoziale si è confermata in vario modo dando origine a contratti diversamente denominati.

Nel tentativo di delineare una classificazione di questi contratti la dottrina ha adoperato, senza peraltro raggiungere una comune concordanza, molte locuzioni linguistiche che qui brevemente, per mera comodità espositiva, si ricordano¹⁴.

¹¹ In argomento v. A. MUSIO, *La storia non finita dell'evoluzione del contratto tra novità tecnologiche e conseguenti esigenze di regolazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, II, 230 ss.

¹² Nota è la riflessione di N. IRTI, *Scambi senza accordo*, cit., 347 ss., spec. 357 s. secondo cui gli scambi telematici di massa, in cui difetta l'elemento dialogico, si svolgono senza accordo. A questa tesi hanno fatto seguito le obiezioni di G. OPPO, *Disumanizzazione del contratto?*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, 525 ss. con replica di N. IRTI, *‘È vero ma ...’: replica a Giorgio Oppò*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, 273 ss. e poi ancora la critica di C. M. BIANCA, *Diritto Civile, 3 Il contratto*, Milano, 2ª ed., 2000, 43 s. (ora in ID., *Diritto Civile, 3 Il contratto*, Milano, 3ª ed., 2019, 31 s.) con la controreplica di N. IRTI, *Lo scambio dei foulards (replica semiseria al prof. Bianca)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 601 ss., e le ulteriori osservazioni di C. M. BIANCA, *Acontrattualità dei contratti di massa?*, in *Vita not.*, 2001, 1120 ss., e F. GAZZONI, *Contatto reale e contatto fisico (ovverosia l'accordo contrattuale sui trampoli)*, in *Riv. dir. comm. e dir. gen. obbl.*, 2002, I, 655 ss.

¹³ L'impatto della rivoluzione tecnologica nella società ha spinto il governo ha istituire, con d.p.c.m. 15 marzo 2021, il Ministero senza portafoglio “per l'innovazione tecnologica e la transizione digitale”-MITD.

¹⁴ Per un primo inquadramento generale di questi contratti nella dottrina più risalente cfr. V. FRANCESCHELLI, *Computer e diritto. Convenzioni internazionali, legislazione, giurisprudenza, modelli contrattuali*, Rimini, 1989, 160 ss.; E. TOSI, *I contratti*

Il “contratto informatico”, o a forma informatica (o forma e procedimento formativo informatico), è quello non a distanza, ma *inter praesentes*, mentre il “contratto telematico”, o a forma telematica (o forma e procedimento formativo telematico), è quello *inter absentes*.

In ampio senso si parla poi di “contratto virtuale” per designare il contratto quale strumento di comunicazione della volontà dei contraenti, di formazione e di conclusione del contratto mediante l'utilizzo degli spazi virtuali di Internet, riferendo quindi il “virtuale” non ai soggetti che sono reali, né all'oggetto che è un bene materiale o immateriale¹⁵.

Questo contratto può ulteriormente distinguersi in virtuale in senso ampio e virtuale in senso stretto¹⁶.

Il contratto virtuale in senso ampio è il contratto telematico concluso utilizzando la tecnologia *e-mail* o mediante dispositivi telematici basati su servizi Internet che hanno la sola funzione di trasmettere il messaggio a contenuto negoziale.

Il contratto virtuale in senso stretto è il contratto telematico concluso utilizzando lo spazio *word wide web (www)* di Internet, mediante la pressione del c.d. “tasto negoziale virtuale”¹⁷ (c.d. accordi *point and click* o *click-through*) che vale a manifestare l'adesione ad un contratto il cui contenuto non è frutto delle trattative tra le parti, ma predeterminato unilateralmente nelle condizioni generali (v. *infra* par. 3).

Si parla poi di “contratto digitale” per designare il contratto,

di informatica. *Tipi contrattuali, formazione, responsabilità. Casi e materiali*, Milano, 1993, 1 ss.; A. M. GAMBINO, *L'accordo telematico*, Milano, 1997, 3 ss. Nella dottrina più recente v. ancora E. TOSI, *Diritto privato delle nuove tecnologie digitali. Riservatezza, contratti, responsabilità tra persona e mercato*, Milano, 2021, 210 ss., che espone una classificazione dei contratti che verrà in parte ripresa nel testo; S. TROIANO, *Il contratto tra analogico e digitale*, in *Pactum-Riv. dir. dei contratti*: <https://rivistapactum.it/>, 1, 2022, 23 marzo 2022, 52 s., che distingue fra contratto telematico, contratto a oggetto (o contenuto) digitale e contratto algoritmico, una cui variante è il contratto dell'intelligenza artificiale, sul quale v. anche, *infra* nel testo; A. M. GAMBINO, *Contratto informatico e telematico. Inquadramento generale*, in D. VALENTINO (a cura di) *Dei singoli contratti, Leggi collegate*, II, in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario del Codice civile*, Torino, 2016, 3 ss.

¹⁵ Cfr. E. TOSI, *Diritto privato delle nuove tecnologie delle nuove tecnologie digitali. Riservatezza, contratti, responsabilità tra persona e mercato*, cit., 242.

¹⁶ Cfr. E. TOSI, *Diritto privato delle nuove tecnologie delle nuove tecnologie digitali. Riservatezza, contratti, responsabilità tra persona e mercato*, cit., 258.

¹⁷ L'espressione “tasto negoziale virtuale” si deve a E. TOSI, *La conclusione dei contratti “online”*, in Id. (a cura di), *I problemi giuridici di Internet*, Milano, 1ª ed., 1999, 20 che ha integrato l'originaria espressione “tasto negoziale” utilizzata da V. FRANCESCHELLI, *Computer e diritto*, cit., 165 in riferimento alla prassi, di dubbia rilevanza giuridica, di alcune *software house* di consentire l'utilizzo di un dato programma solo per effetto della lettura a video del computer delle condizioni della licenza d'uso ed accettazione delle stesse mediante successiva pressione di un tasto per proseguire nell'utilizzo normale del programma.

informatico o telematico, stipulato mediante utilizzo della firma digitale senza ricorrere a supporti cartacei (c.d. *paperless contract*) (v *infra*).

Ancora si designa “*smart contract*”¹⁸ (“contratto intelligente”) il programma informatico (*software*) operante sulla piattaforma tecnologica *blockchain* (“catena dei blocchi”, nata il 9 gennaio 2009 con l’invenzione della criptovaluta *Bitcoin*), che automaticamente esegue prestazioni, secondo i comandi stabiliti nel suo codice (*code is law*), al verificarsi di una determinata condizione (*if*) così da produrre l’effetto programmato (*then*) in base alla funzione informatica *if this, then that*¹⁹ (es. se si verifica un ritardo del volo aereo, si esegue il rimborso; se scade il termine, si esegue il pagamento; se la criptovaluta raggiunge un certo valore, la si acquista o si vende)²⁰.

Lo *smart contract*, in parole molto semplici, consiste in una traduzione in

¹⁸ L’espressione *smart contracts* si deve a N. SZABO, americano di origine ungherese, informatico e crittografo con competenze giuridiche, e compare per la prima volta nel 1994 nel suo saggio *Smart Contracts*, in: <https://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwin terschool2006/szabo.best.vwh.net/smart.contracts.html> (consultato il 16.10.2024) ove si legge che «A smart contract is a computerized transaction protocol that executes the terms of a contract». Successivamente, nel 1995, in *Smart Contracts Glossary*, in: https://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwin terschool2006/szabo.best.vwh.net/smart_contracts_glossary.html (consultato il 16.10.2024) l’Autore propone una nuova definizione di tale contratto come «A set of promises, including protocols within which the parties perform on the other promises. The protocols are usually implemented with programs on a computer network, or in other forms of digital electronics, thus these contracts are “smarter” than their paper-based ancestors. No use of artificial intelligence is implied»; infine lo stesso N. SZABO nel 1996, in *Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets*, in: <https://www.truevaluemetrics.org/DBpdfs/BlockChain/Nick-Szabo-Smart-Contracts-Building-Blocks-for-Digital-Markets-1996-14591.pdf> (consultato il 16.10.2024), aggiunge una terza definizione: «A smart contract is a set of promises, specified in digital form, including protocols within which the parties perform on these promises».

¹⁹ Sulla funzione “*if this, then that*” come mezzo di attuazione di una condizione cfr. G. MARCHETTI, *Lineamenti evolutivi della potestatività condizionale: dal contratto allo smart contract*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 125 ss.

²⁰ L’argomento ha suscitato l’attenzione della dottrina e, fra molti e più recenti scritti, v. D. Di SABATO, *Tecnologia algoritmica e attività negoziale smart*, in *Contratto impr.*, 2024, 360 ss.; G. BEVIVINO, *Smart contracts e “assestamenti” della disciplina generale del contratto*, in *Contratto impr.*, 2024, 377 ss.; I. MARTONE, *Gli smart contracts. Fenomenologia e funzioni*, Napoli, 2022; A. D’ADDA, *Smart contract e diritto generale dei contratti*, in *Oss. dir. civ. comm.*, Fascicolo Speciale, settembre 2022, 105 ss.; M. R. MAUGERI, *Smart Contracts e disciplina dei contratti- Smart Contracts and Contract Law*, Bologna, 2021; ID., voce *Smart contracts*, in *Enc. dir. – I tematici*, I, *Il contratto*, Milano, 2021, 1132 ss.; G. FINOCCHIARO – G. BOMPRESZI, *A legal analysis of the use of blockchain technology for the formation of smart legal contracts*, in *MediaLaws*, *Riv. dir. dei media*, 2/2020, 111 ss.; A. STAZI, *Automazione contrattuale e “contratti intelligenti”*. *Gli smart contracts nel diritto comparato*, Torino, 2019; F. DELFINI, *Blockchain, Smart Contracts e innovazione tecnologica: l’informatica e il diritto dei contratti*, in *Riv. dir. priv.*, 2019, 167 ss.; G. SALITO, voce *Smart contract*, in *Dig. it., disc. priv., sez. civ., Agg.*, Torino, 2019, 393 ss.

linguaggio informatico della volontà negoziale delle parti, ed è strumento di esecuzione automatizzata (o auto-esecuzione, *self-executing*) di prestazioni senza l'intermediazione del fattore umano e con esclusione, di regola, della possibilità di interruzione dell'esecuzione e di modificazione del contenuto²¹, secondo un sistema basato sull'assenza della fiducia che una parte deve riporre sull'adempimento dell'altra (c.d. *trustless trust system*)²².

Peraltro, quando il legislatore ha avuto occasione di occuparsi della materia, ha definito lo *smart contract* come «un programma per elaboratore che opera su tecnologie basate su registri distribuiti e la cui esecuzione vincola automaticamente due o più parti sulla base di effetti predefiniti dalle stesse», precisando che esso soddisfa «il requisito della forma scritta previa identificazione informatica delle parti interessate, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'Agenzia per l'Italia digitale con linee guida (...)» (art. 8 *ter*, comma 2°, d.l. 14 dicembre 2018 n. 135, convertito, con modificazioni, in l. 11 febbraio 2019, n. 12).

Il legislatore - al quale peraltro non spetta questo compito²³ - offre una definizione di *smart contract* sotto il profilo tecnico e chiarisce che l'esecuzione del contratto vincola automaticamente le parti e che il suo funzionamento è organizzato su tecnologie a registri distribuiti (*distributed ledger technologies*-DLT), ma non individua un tipo di contratto.

Lo *smart contract* appare piuttosto un procedimento di gestione di alcune fasi del contratto e quindi tale espressione vale solo a designare una particolare struttura contrattuale come quella, ad es., dei contratti reali, formali o con effetti reali²⁴.

²¹ Scrivono P. DE FILIPPI - A. WRIGHT, *Blockchain and the law: the rule of code*, Cambridge (MA), 2018, 75: «(...) there may not be a way to halt the execution of a smart contract after it has been triggered by the relevant parties. Once the wheels of a smart contract are put into motion, the terms embodied in the code will be executed, and they cannot be stopped (...)».

²² Sull'inevitabile esecuzione automatizzata dello *smart contract* ed il problema dell'inadempimento v. C. ATTANASIO, *Inadempimento dello smart contract, sistema rimediabile e tutela effettiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2024, 719 ss.; v. anche, sull'integrazione e correzione del programma contrattuale, D. FAUCEGLIA, *Il problema dell'integrazione dello smart contract*, in *Contratti*, 2020, 591 ss.

²³ Cfr. G. FINOCCHIARO, *Intelligenza Artificiale e protezione dei dati personali*, in *Giur. it.*, 2019, 1670 s. che ritiene inutile e dannosa tale definizione normativa in quanto contraria al principio di neutralità tecnologica e perché attribuisce, fra l'altro, la forma scritta solo se le parti siano identificate secondo un processo disciplinato da AgID, benché l'identificazione delle stesse non sia un requisito del contratto.

²⁴ Così A. M. BENEDETTI, *Contratto, algoritmi e diritto civile transnazionale: cinque questioni e due scenari*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 415. F. DI CIOMMO, *Blockchain, smart contract, intelligenza artificiale (ai) e trading algoritmico: ovvero, del regno del non diritto*, in *Riv. infortuni e malattie prof.*, 2019, 5, ritiene lo *smart contract* una «categoria (non giuridica) alla moda», senza nessuna valenza, neppure descrittiva; P. CUCCURU, *Blockchain ed automazione contrattuale. Riflessioni sugli smart contract*, in *Nuova giur.*

Fermo restando che nello *smart contract* «No use of artificial intelligence is implied»²⁵, non può tuttavia escludersi che questo contratto possa avvalersi dell'intelligenza artificiale²⁶ e, cioè, in base ad un algoritmo, assumere autonomamente decisioni rispondendo ad eventi esterni non previsti in fase di programmazione ed anche, eventualmente, apprendere²⁷.

Al riguardo si parla propriamente di “contratto dell'intelligenza artificiale”²⁸ del quale alcune applicazioni si rinvencono nelle “negoiazioni algoritmiche” (c.d. *algorithmic trading*) operanti nel settore dei mercati finanziari²⁹ in cui la valutazione delle condizioni e la conclusione del contratto viene affidata ad automi programmati per ottimizzare le condizioni contrattuali conseguendo il miglior prezzo possibile (c.d. *best*

civ. comm., 2017, II, 111 descrive tali contratti come «un canale per la conclusione e gestione degli accordi, piuttosto che accordi in sé».

²⁵ Così N. SZABO, in *Smart Contracts Glossary*, cit. La locuzione “intelligenti” riferita a questi contratti potrebbe allora risultare ingannevole: A. STAZI, *Automazione contrattuale e “contratti intelligenti”*. *Gli smart contracts nel diritto comparato*, cit., 123 e nota 99.

²⁶ I sistemi di intelligenza artificiale sono oggetto di una prima disciplina normativa contenuta nel “Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024 che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica i regolamenti (CE) n. 300/2008, (UE) n. 167/2013, (UE) n. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e le direttive 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828 (regolamento sull'intelligenza artificiale)”. Per un primo commento al regolamento v. R. PETRUSO e G. SMORTO, *Il Regolamento europeo sull'intelligenza artificiale: una prima lettura*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, II, 989 ss.

²⁷ Per indicare il contratto nel quale il sistema ha la capacità di eseguire le prestazioni contrattualmente programmate e quella di compiere, in automatico, valutazioni circa la sussistenza dei presupposti o delle circostanze o condizioni per detta esecuzione, nella lingua inglese si adopera la locuzione *computable contract* (così H. SURDEN, *Computable Contracts*, in *U.C. Davis Law Rev.*, 2012 [46], 629 ss.) o *algorithmic contracts* (così da L.H. SCHOLZ, *Algorithmic Contracts*, in *Stan. Tech. Law Rev.*, 2017, 128 ss.). In dottrina si evidenzia anche la diversa figura dei “contratti cibernetici”, quali contratti in cui «la volontà non è solo veicolata ma anche (almeno dal lato di una parte) formata dall'elaboratore elettronico»: così A. GENTILI, *La volontà nel contesto digitale: interessi del mercato e diritti delle persone*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, 703.

²⁸ Cfr. S. TROIANO, *Il contratto tra analogico e digitale*, cit., 52.

²⁹ Il Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria-TUF (d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58) fornisce all'art. 1, comma 6 *quinquies*, la definizione di “negoiazione algoritmica” come «la negoziazione di strumenti finanziari in cui un algoritmo informatizzato determina automaticamente i parametri individuali degli ordini, come ad esempio l'avvio dell'ordine, la relativa tempistica, il prezzo, la quantità o le modalità di gestione dell'ordine dopo l'invio, con intervento umano minimo o assente, ad esclusione dei sistemi utilizzati unicamente per trasmettere ordini a una o più sedi di negoziazione, per trattare ordini che non comportano la determinazione di parametri di negoziazione, per confermare ordini o per eseguire il regolamento delle operazioni».

execution) e contenere il rischio di mercato³⁰.

Chiarite brevemente queste distinzioni, conviene ora soffermarsi sulla nozione di contratto telematico inteso come contratto stipulato «in via telematica, ossia mediante l'uso di un elaboratore elettronico o computer»³¹, vale a dire il contratto le cui dichiarazioni di volontà si formano attraverso l'uso di un computer e la rete Internet.

In questa accezione la «novità telematica è data dalla forma elettronica usata»³² dalle parti per manifestare il consenso: telematico è soltanto il contratto il cui consenso viene espresso in via telematica mentre non telematico è il contratto che la parti concludono fra loro redigendolo e stampandolo con l'uso di uno strumento informatico che serve soltanto a produrre il documento rappresentativo del contratto concluso.

Il contratto telematico, nel senso specificato, può avere vari contenuti ed inquadrarsi nel tipo che risulta in base alla propria causa sicché può configurarsi un contratto telematico di vendita, un contratto telematico di locazione, ecc.

La via telematica utilizzata dalle parti per concludere il contratto è il sistema della rete Internet alla quale i contraenti possono accedere secondo due modalità di base³³.

La prima modalità consiste nello scambio delle manifestazioni di volontà mediante l'utilizzo di strumenti di comunicazione idonei a mettere in relazione le parti, come ad es. *e-mail*³⁴, *forum*, *newsgroup*, e in tale ipotesi si configurano i c.d. contratti "a comunicazione diretta".

La seconda modalità consiste nell'accesso al c.d. mercato *online*, inteso come «un servizio che utilizza un software, compresi siti web, parte di siti web o un'applicazione, gestito da o per conto del professionista» (art. 18, comma 1°, lett. n-ter).

In tal caso il contratto è concluso nello spazio *word wide web* (*www*) per visualizzare pagine *web*, o nell'accesso ad un *app* di un dispositivo mobile, allo scopo di accettare offerte di prodotti e servizi, esposti in una vetrina virtuale, mediante compilazione di un modulo d'ordine (*form*) e la pressione

³⁰ Sul punto v. E. BIVONA, *Smart contracts e "interferenze" con la disciplina sui contratti: il sistema dei rimedi alla prova degli algoritmi*, in *Pers. e mercato*, 2021, 784 s.

³¹ Così C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 3 *Il contratto*, Milano, 3ª ed., 2019, 273.

³² *Ibidem*.

³³ Cfr. A. STAZI, in A.M. GAMBINO – A. STAZI, *Contract Automation from Telematic Agreements to Smart Contracts*, in *The Italian Law Journal*, 2021, 100; E. BATTELLI *Riflessioni sui procedimenti di formazione dei contratti telematici e sulla sottoscrizione online delle clausole vessatorie*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, 1054; A. LISI, *L'impresa online ed il commercio elettronico*, in G. CASSANO e I. P. CIMINO (a cura di), *Diritto dell'Internet e delle nuove tecnologie telematiche*, Padova, 2009, 132 ss.

³⁴ Sull'*e-mail* come documento dotato di firma elettronica cfr. G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Il valore dell'email nel quadro della disciplina dei documenti informatici*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 427 ss.

del c.d. “tasto negoziale virtuale” consistente nel puntamento del *mouse* sul tasto (perciò virtuale) di accettazione e la conseguente pressione sullo stesso *mouse* o direttamente sulla tastiera del computer (cfr. art. 51, comma 2°, cod. cons. ove si parla di un «pulsante» per inoltrare l’ordine; v. *infra* par. 3); in tale ipotesi si configurano i c.d. contratti “a comunicazione indiretta” o contratti “*point and click*”.

I contratti telematici sono essenzialmente strumenti negoziali per svolgere attività di commercio in rete come, ad es., l’acquisto di un bene materiale (es. un libro, un computer) da spedire fisicamente all’acquirente, oppure di un bene immateriale (es. un *software*, un brano musicale) da scaricare dal sito *web*.

Inoltre, di regola si tratta di contratti stipulati fra un’impresa ed un consumatore e, sotto questo aspetto sono assoggettati alla specifica normativa prevista in tema di commercio elettronico e tutela dei consumatori (v. *infra* par. 3).

Un esempio ricorrente di contratto telematico è il contratto di *cloud computing*, ossia il contratto concluso nella rete Internet, e quindi fra soggetti distanti fra loro, mediante il quale l’utente (*cloud consumer*) fruisce dei servizi prestati dal fornitore (*cloud provider*), che è un professionista, accedendo alla nuvola informativa (*cloud computing*) ove risiedono le risorse informatiche che possono essere il *software*, la piattaforma, o l’infrastruttura³⁵.

Il *software*, la piattaforma o l’infrastruttura della nuvola (*cloud*) possono essere utilizzati “come un servizio” (*as a Service*) al quale si obbliga il *cloud provider* senza trasferimenti di diritti, e questo servizio viene utilizzato dal *cloud consumer* in modo semplice, efficiente e con risparmio di spesa, considerato che è sufficiente avere un collegamento ad Internet per usufruire di un servizio gestito e sviluppato da società dotate di ampia competenza tecnica.

Dal contratto telematico va distinto il «documento informatico» che, secondo il Codice dell’amministrazione digitale-c.a.d. (d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82) è «il documento elettronico che contiene la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti» (art. 1, comma 1°, lett. p) e che, secondo il reg. U.E. n. 910/2014³⁶, noto come eIDAS-*electronic*

³⁵ Su questo contratto cfr. N. NAPPI, *I contratti di ‘cloud computing’ alla luce dell’entrata in vigore della Direttiva UE 770/2019: species del genus dei contratti di fornitura di contenuti e servizi digitali?*, in *Cyberspazio e diritto*, 2022, 79 ss.; F. TRUBIANI, *I contratti di cloud computing: natura, contenuti e qualificazione giuridica*, in *Dir. inf.*, 2022, 395 ss. Sia consentito rinviare anche a A. MARTINI, *Dalla “nuvola” al negozio: il contratto di cloud computing*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, II, 970 ss., spec. 973 ss.

³⁶ “Regolamento (UE) n. 910/2014 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 23 Luglio 2014 in materia di identificazione elettronica e servizi fiduciari per le transazioni elettroniche nel mercato interno e che abroga la direttiva 1999/93/CE” (c.d. Regolamento eIDAS).

IDentification, Authentication and trust Services – e le cui definizioni valgono ai fini del predetto c.a.d. (art. 1, comma 1° *bis*) – è, in senso molto più ampio, «qualsiasi contenuto conservato in forma elettronica, in particolare testo o registrazione sonora, visiva o audiovisiva» (art. 3, n. 35, reg. eIDAS).

Il documento informatico è un documento non cartaceo, ossia un *file* elettronico, ma questo può acquistare valore di scrittura privata quando sia munito di firma digitale (o altra firma elettronica, qualificata o avanzata)³⁷ intendendosi come tale «un particolare tipo di firma qualificata basata su un sistema di chiavi crittografiche, una pubblica e una privata, correlate tra loro, che consente al titolare di firma elettronica tramite la chiave privata e a un soggetto terzo tramite la chiave pubblica, rispettivamente, di rendere manifesta e di verificare la provenienza e l'integrità di un documento informatico o di un insieme di documenti informatici» (art. 1, comma 1°, lett. s), c.a.d.)³⁸.

In sostanza, quando al documento informatico viene apposto questo segno di autenticità e, cioè, la firma³⁹ digitale, nell'ambito generale della categoria degli atti e contratti telematici può distinguersi la diversa categoria degli atti e dei contratti emessi o stipulati con firma digitale, applicandosi peraltro ai contratti digitali la disciplina generale del contratto e quella speciale prevista per il loro tipo⁴⁰.

La firma digitale (o altro tipo di firma elettronica), per espressa

³⁷ Il c.a.d. fornisce solo la nozione di firma digitale, mentre è nel reg. eIDAS che sono previste tre diverse specie di firma elettronica, distinte secondo un ordine crescente di sicurezza: la firma elettronica semplice (FES), definita come «dati in forma elettronica, acclusi oppure connessi tramite associazione logica ad altri dati elettronici e utilizzati dal firmatario per firmare» (art. 3, n. 10), che è una firma c.d. debole perché l'identificazione del firmatario non è sicura (es. nome utente e password, per accedere ad una PEC o ad un PC; bancomat e PIN per prelevare contanti); la firma elettronica avanzata (FEA), avente i requisiti della «riconducibilità» al titolare, del «controllo esclusivo» sul mezzo di firma e dalla «immodificabilità» dei dati (art. 3, n. 11; art. 26), che è una firma c.d. forte perché il firmatario viene identificato con sistemi o dispositivi personali (es. firma grafometrica su tablet); infine, la firma elettronica qualificata (FEQ), creata da un dispositivo e basata su certificati qualificati (art. 3, n. 12) rilasciati da prestatori di servizi aventi determinati requisiti in materia (art. 28), che è una firma c.d. forte (es. uso di card con chip) con «effetti giuridici equivalenti a quelli di una firma autografa» (art. 25, par. 2).

³⁸ In argomento, nella recente dottrina, G. BUONUOMO, *Il documento informatico e le firme elettroniche*, in G. CIACCI e G. BUONUOMO, *Profili di informatica giuridica*, Padova, 2ª ed., 2021, 252 ss.

³⁹ Cfr. G. FINOCCHIARO, *Il contratto nell'era dell'intelligenza artificiale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 451 la quale segnala che, nonostante si utilizzi il medesimo termine, occorre distinguere fra firme informatiche che si basano sulla tecnica e sono il «risultato di una procedura tecnologica», e sottoscrizione che si basa sulla grafia ed è il «risultato di un gesto umano».

⁴⁰ Cfr. C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 3 *Il contratto*, cit., 275.

previsione di legge (art. 20, comma 1° *bis*, c.a.d.) integra il requisito formale della scrittura privata (art. 2702 c.c.), ma non può perfezionare un atto per il quale è richiesto la forma pubblica a pena di nullità o la scrittura autografa⁴¹: ad esempio oggi il testamento (art. 587 c.c.) non può essere un valido atto digitale.

Volgendo lo sguardo ad altri sistemi giuridici ed alle relative soluzioni normative, può segnalarsi che il *Código Civil* del Distretto federale di Città del Messico ha espressamente previsto, con la riforma del 2021, la possibilità per il notaio di redigere, a determinate condizioni, il testamento pubblico «en el ámbito de su actuación digital» con firma elettronica (art. 1520) e di riceverlo anche «por medios electrónicos» (art. 1520 *bis*), ad esempio in videoconferenza.

3. - Tornando al contratto telematico, quanto alla sua disciplina va sottolineato che essa sia piuttosto frammentaria almeno per due ragioni.

La prima ragione è che l'applicazione delle norme esistenti è avvenuta nel tempo *seguendo* l'attività interpretativa che si è sviluppata nelle riflessioni della dottrina e nelle decisioni della giurisprudenza relativamente alla natura ed alla struttura della nuova fattispecie di contratto telematico.

La seconda ragione è che la produzione di nuove norme, interne e comunitarie, avvenuta anch'essa nel tempo, si è sviluppata soltanto in relazione ad alcuni specifici aspetti rilevanti *inseguendo* faticosamente e con ritardo – come spesso accade⁴² – la fattispecie del contratto telematico già socialmente diffusa.

Per individuare la disciplina del contratto telematico occorre quindi ricordare quanto sinora visto e, cioè, che l'ipotesi in esame configura:

- un contratto che, come atto di autonomia, integra la fattispecie di cui all'art. 1321 c.c.;

- un contratto in cui si ha la “presenza lontana” delle parti perché queste si trovano in luoghi diversi, non sono presenti né fisicamente né simultaneamente, ma mediante l'uso esclusivo di uno o più mezzi di comunicazione a distanza si incontrano *online* nella via telematica con (c.d. contratto “a distanza”) per svolgere un commercio elettronico (c.d. *e-commerce*);

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² Al riguardo restano valide le riflessioni, formulate in relazione al primo periodo di progettazione e di applicazione delle leggi relative al trattamento elettronico delle informazioni, di S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, 42 secondo cui «(...) si ha la sensazione che cresca la distanza tra il mondo velocissimo dell'innovazione tecnologica e quello lentissimo della progettazione socio-istituzionale. Quasi in ogni momento si coglie la rapida obsolescenza delle soluzioni giuridiche riferite ad un solo dato tecnico o ad un solo problema. Si avverte così la necessità di individuare i principi, di riferirli a tendenze di lungo periodo».

- un contratto mediante il quale, di regola, il soggetto che offre prodotti o servizi è un professionista ed il soggetto che li acquista o utilizza è un consumatore (c.d. contratto del consumatore).

La disciplina normativa del contratto telematico si presenta allora complessa perché si rinviene anzitutto in queste tre distinte fonti: il Codice civile, il decreto legislativo sul commercio elettronico (*e-commerce*) (d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70) ed il Codice del consumo (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206).

Per l'applicazione delle norme del Codice civile in materia di contratto rileva la natura contrattuale della fattispecie: il contratto telematico avrà i requisiti previsti dall'art. 1325 c.c. (accordo delle parti, causa, oggetto e forma)⁴³ e sarà assoggettato, fra le altre, alle regole dettate in tema di nullità (art. 1418 ss. c.c.) ed annullabilità del contratto (art. 1425 ss. c.c.)⁴⁴.

Come strumento di commercio svolto in rete a distanza (*e-commerce*) al contratto telematico si applicheranno le norme del d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70 che disciplina i c.d. «servizi della società dell'informazione»⁴⁵.

Precisamente questi servizi sono «le attività economiche svolte in linea – on line» (art. 2, comma 1°, lett. a) nonché «qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza [senza la presenza simultanea delle parti], per via elettronica [inviato all'origine e ricevuto mediante attrezzature elettroniche di trattamento e di memorizzazione dati, e che è interamente trasmesso, inoltrato e ricevuto con fili, radio, mezzi ottici od altri mezzi elettromagnetici], e a richiesta individuale di un destinatario individuale di servizi» (art. 2, comma 1°, lett. a), che richiama l'art. 1, comma 1°, lett. b), l. 21 giugno 1986, n. 317).

Nell'ambito dei «servizi della società dell'informazione» rientra anche la c.d. «piattaforma online» (o «piattaforma digitale») che consente ai consumatori di concludere contratti a distanza con operatori commerciali (es. Amazon, eBay) e che ora è oggetto di regolamentazione europea⁴⁶.

In particolare secondo il reg. U.E. 2022/2065 sui servizi digitali (c.d.

⁴³ Cfr. G. FINOCCHIARO, *Il perfezionamento del contratto on line: opportunità e criticità*, in *Dir. comun. e degli scambi intern.*, 2018, 187 ss.

⁴⁴ Sulla specifica disciplina dell'invalidità ed inefficacia cfr. A. GENTILI, *L'inefficacia del contratto telematico*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, 747 ss.

⁴⁵ Sulle diverse nozioni di commercio elettronico cfr. C. SCAPINELLO, *La nozione di "professionista" nel commercio elettronico*, in *Giur. it.*, 2019, 1813 ss. Secondo M. P. PIGNALOSA, *Contratti a distanza e recesso del consumatore*, Milano, 2016, 261, il commercio elettronico è la vendita per via telematica di beni al pubblico dei consumatori ed è un mezzo di conclusione del contratto.

⁴⁶ In argomento cfr. G. ALPA, *Sul potere contrattuale delle piattaforme digitali*, in *Contratto impr.*, 2022, 721 ss.; C. CAMARDI, *Contratti digitali e mercati delle piattaforme. Un promemoria per il civilista*, in *Jus Civile: www.juscivile.it*, 4, luglio-agosto 2021.

Digital Service Act)⁴⁷ la piattaforma *online* è «un servizio di memorizzazione di informazioni che, su richiesta di un destinatario del servizio, memorizza e diffonde informazioni al pubblico, tranne qualora tale attività sia una funzione minore e puramente accessoria di un altro servizio o funzionalità minore del servizio principale e, per ragioni oggettive e tecniche, non possa essere utilizzata senza tale altro servizio e a condizione che l'integrazione di tale funzione o funzionalità nell'altro servizio non sia un mezzo per eludere l'applicabilità» del citato regolamento (art. 3, lett. i).

Piattaforme *online* sono, ad esempio, le reti sociali (*social network*) o quelle piattaforme che consentono ai consumatori di concludere contratti a distanza con operatori commerciali (*marketplace*) (v. *considerando* 13, reg. U.E. 2022/2065).

Il contratto a distanza è poi definito come «qualsiasi contratto concluso tra i professionista e il consumatore nel quadro di un regime organizzato di vendita o di prestazione di servizi a distanza senza la presenza fisica e simultanea del professionista e del consumatore, mediante l'uso esclusivo di uno o più mezzi di comunicazione a distanza fino alla conclusione del contratto, compresa la conclusione del contratto stesso» (art. 3, lett. l, reg. cit. che rinvia all'art. 3, punto 7, dir. 2011/83/UE sui diritti dei consumatori), ripetendo la medesima definizione già recepita nel Codice del consumo (art. 45, comma 1°, lett. g, come modificato dall'art. 1, d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21 di attuazione della cit. dir. 2011/83/UE).

Inoltre, secondo il reg. U.E. 2022/1925 sui mercati digitali (c.d. *DMA-Digital Markets Act*)⁴⁸, determinanti sono le piattaforme di base (es. motori di ricerca *online*, servizi di intermediazione *online* e di *cloud computing*) fornite dai *gatekeepers* (controllori dell'accesso) che sono le imprese che hanno un impatto significativo sul mercato interno, che forniscono un servizio di piattaforma di base che costituisce un punto di accesso (*gateway*) importante affinché gli utenti commerciali raggiungano gli utenti finali e che, infine, detengono una posizione consolidata e duratura, nell'ambito delle proprie attività, o che possano acquisirla nel futuro (art. 3, par. 1).

Quanto ai rapporti fra Codice civile e d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70 sul commercio elettronico, occorre ricordare che quest'ultimo stabilisce che «Le norme sulla conclusione dei contratti si applicano anche nei casi in cui il destinatario di un bene o di un servizio della società dell'informazione

⁴⁷ "Regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali)".

⁴⁸ "Regolamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 14 settembre 2022 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (regolamento sui mercati digitali)".

inoltri il proprio ordine per via telematica» (art. 13, comma 1°).

Per l'applicazione delle norme del Codice del consumo (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206) rileva anzitutto la qualifica soggettiva delle parti del contratto telematico che, di regola, sono il professionista ed il consumatore (c.d. *Business to Consumer-B2C*), dando luogo alla figura del c.d. "secondo contratto", così denominato per distinguerlo dal "primo contratto" che è quello di diritto comune regolato dal Codice civile ove non rilevano le qualifiche socio-economiche delle parti.

Come è noto, secondo il Codice del consumo professionista è «la persona fisica o giuridica che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale, ovvero un suo intermediario» (art. 3, comma 1°, lett. c), mentre consumatore (o utente) è «la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta (art. 3, comma 1°, lett. a).

Il contratto telematico può anche essere concluso fra professionisti (c.d. *Business to Business-B2B*) (es. una società acquista un servizio di posta elettronica), dando così origine alla controversa figura del c.d. "terzo contratto" qualora l'imprenditore si trovi in una condizione di dipendenza economica nei confronti dell'altro⁴⁹.

Il contratto telematico può anche essere concluso fra consumatori che scambiano direttamente fra loro, "alla pari" (c.d. *Peer to Peer-P2P*), prodotti o servizi (c.d. *Consumer to Consumer-C2C*) (es. aste online), oppure fra professionisti e pubbliche amministrazioni (c.d. *Business to Public Administration-B2Pa* o *Business to gouvernement-B2Go*).

Con riguardo alla piattaforma online, i modelli appena indicati possono dare origine ad una modello *Peer to Peer-P2P*, se la piattaforma è un mero tramite, ovvero ad un modello *Platform to Business-P2B*⁵⁰ o *Platform to Consumer-P2C* se controparte è, rispettivamente, un professionista oppure un consumatore⁵¹.

Il Codice del consumo prevede una normativa specifica per il "contratto a distanza" (artt. 45 e 49-59) del quale fornisce una espressa definizione

⁴⁹ In argomento cfr. G. GITTI e G. VILLA, *Introduzione*, in G. GITTI e G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, Bologna, 2008, 7, volume che raccoglie le riflessioni di molti autori sul c.d. "terzo contratto", espressione che si deve a R. PARDOLESI, *Prefazione*, in G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti, Un'analisi economica e comparata*, Torino, 2004, XIII.

⁵⁰ La materia è regolata dal "Regolamento (UE) 2019/1150 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online" (c.d. regolamento P2B).

⁵¹ Sul tema cfr. E. BATTELLI, *Questioni aperte in materia di contrattazione delle piattaforme online*, in *Contratti*, 2022, 568 ss.

come «qualsiasi contratto concluso tra il professionista e il consumatore nel quadro di un regime organizzato di vendita o di prestazione di servizi a distanza senza la presenza fisica e simultanea del professionista e del consumatore, mediante l'uso esclusivo di uno o più mezzi di comunicazione a distanza fino alla conclusione del contratto, compresa la conclusione del contratto stesso» (art. 45, comma 1°, lett. g).

Inoltre, il Codice del consumo detta una normativa specifica per il “contratto di fornitura di contenuto digitale o di servizi digitali” (artt. 135-*octies* – 135-*vicies ter*)⁵², intendendo per “contenuto digitale” «i dati prodotti e forniti in formato digitale» (art. 135-*octies*, comma 2°, lett. a) e per “servizio digitale” «un servizio che consente al consumatore di creare, trasformare, archiviare i dati o di accedervi in formato digitale», oppure «un servizio che consente la condivisione di dati in formato digitale, caricati o creati dal consumatore e da altri utenti di tale servizio, o qualsiasi altra interazione con tali dati» (art. 135-*octies*, comma 2°, lett. b).

Le norme appena ricordate si applicano, a nostro avviso, ad una specifica ipotesi di contratto telematico e, precisamente, a quello di *cloud computing* di cui prima si è fatto cenno (*supra* par. 2).

Quanto ai rapporti fra Codice civile e Codice del consumo occorre ricordare, da un lato che le disposizioni previste dal primo codice per il contratto in generale (artt. 1321-1469 c.c.) si applicano soltanto se non derogate dal Codice del consumo o da disposizioni più favorevoli al consumatore (art. 1469 *bis* c.c.), dall'altro lato che, per quanto non previsto dal Codice del consumo, ai contratti conclusi tra il consumatore ed il professionista si applicano le disposizioni del Codice civile (art. 38 cod. cons.).

Ciò premesso, in base alla normativa posta dai Codici appena ricordati e dal decreto legislativo sul commercio elettronico, è possibile tracciare in estrema sintesi la disciplina della fase di formazione, conclusione ed esecuzione del contratto telematico concluso “a distanza” fra un professionista ed un consumatore nell'ambito del commercio elettronico⁵³.

Nella fase di formazione dell'accordo, che precede la conclusione del contratto, il professionista ha l'obbligo di fornire al consumatore “informazioni precontrattuali” (cfr. l'intitolazione del titolo III, sez. II, cod.

⁵² Le norme sono state inserite nel Codice del consumo dal d.lgs. 4 novembre 2021, n. 173 “Attuazione della direttiva (UE) 2019/770 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2019, relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali”.

⁵³ Sul tema in generale cfr. P. D'ELIA, *Commercio elettronico e nuove frontiere dell'autonomia privata. Contrattazione online e tutele dell'utente nelle esperienze europea e statunitense*, Torino, 2022, 29 ss.; F. DELFINI, *Forma digitale, contratto e commercio elettronico*, cit., 89 ss.; G. PERLINGIERI, *Formazione e conclusione del contratto telematico*, in D. VALENTINO (a cura di), *Manuale di diritto dell'informatica*, Napoli, 3ª ed., 2016, 281 ss.

cons.) così da rendere palesi al consumatore gli elementi essenziali della contrattazione.

Queste informazioni, fra le altre, riguardano il professionista, l'offerta, l'oggetto del contratto, le modalità di esecuzione delle prestazioni ed il diritto di recesso (art. 49 cod. cons.) e altri dati relativi, ad es., al numero della partita IVA (art. 7 d.lgs. n. 70/2003).

Ulteriori obblighi sono stabiliti per il contratto "a comunicazione indiretta" (es. sito *web*), ossia per i contratti conclusi su mercati *online*, come quello di rendere disponibili informazioni generali in un'apposita sezione dell'interfaccia online che sia direttamente e facilmente accessibile dalla pagina in cui sono presentate le offerte e quello di informare sulla natura commerciale della comunicazione, sulle varie fasi tecniche da seguire per la conclusione del contratto o sui mezzi per correggere gli errori di inserimento dei dati (art. 49 *sbis* cod. cons.; artt. 8 e 12 d.lgs. n. 70/2003).

A questi obblighi di informazione sono connessi requisiti di forma allo scopo di rendere trasparente l'offerta del professionista e consapevole la scelta del consumatore: in particolare le informazioni precontrattuali devono essere facilmente accessibili al destinatario in modo diretto e permanente (art. 7, comma 1°, d.lgs. n. 70/2003) ed espresse in un linguaggio semplice e comprensibile e ciò particolarmente se trattasi di contratto concluso con mezzi elettronici che impone al consumatore l'obbligo di pagare, o mediante siti di commercio elettronico (art. 51 cod. cons.).

Nella fase di conclusione del contratto occorre distinguere, in linea generale, fra contratti a comunicazione diretta o indiretta prima ricordata (*supra* par. 2).

Nel primo caso, ove lo scambio di proposta e accettazione avviene mediante messaggi di posta elettronica, il contratto si conclude, secondo parte della dottrina, quando l'accettazione conforme alla proposta perviene presso il *server* del *provider* del servizio di posta elettronica, fatta salva la prova del destinatario di non averne avuta notizia senza sua colpa (artt. 1326, commi 1° e 4°; 1335 c.c.; art. 45, comma 2°, c.a.d.)⁵⁴.

Nel secondo caso, ove l'offerta commerciale è fatta tramite sito *web*, la legge prevede l'applicazione delle norme sulla conclusione del contratto qualora il destinatario di un bene o di un servizio della società dell'informazione inoltri il proprio ordine per via telematica, con obbligo del prestatore di inviare la ricevuta dell'ordine del destinatario contenente un riepilogo delle condizioni generali e particolari del contratto e le ulteriori informazioni (es. prezzo, recesso, consegna, ecc.); stabilisce, inoltre, che

⁵⁴ In tal senso, fra gli altri, v. A. M. GAMBINO - F. CORRADO, *Conclusione e forma*, in D. VALENTINO (a cura di) *Dei singoli contratti, Leggi collegate*, II, in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario del Codice civile*, Torino, 2016, 58.

l'ordine e la ricevuta si considerano pervenuti quando i destinatari hanno la possibilità di accedervi (art. 13, commi 1°, 2° e 3°, d.lgs. n. 70/2003) e che, se l'inoltro dell'ordine implica di «azionare un pulsante», questo deve riportare in modo facilmente leggibile soltanto le parole "ordine con obbligo di pagare", o formulazione corrispondente da cui risulti che tale inoltro comporti l'obbligo di pagare il professionista (art. 51, comma 2°, cod. cons.).

Se l'offerta rivolta ad un numero indeterminato di soggetti destinatari contiene gli estremi essenziali della proposta contrattuale (es.: elenco dei beni e servizi, caratteristiche, prezzo, ecc.) la fattispecie potrà inquadrarsi nell'«offerta al pubblico» (art. 1336 c.c.) che il consumatore potrà accettare mediante la compilazione di un *form* elettronico e pressione del "tasto negoziale virtuale" predisposto per l'invio dell'ordine - cui segue la conferma del venditore di solito via *e-mail* riassuntiva degli estremi del contratto- che vale come manifestazione della volontà negoziale prescelta dal proponente idonea e sufficiente a manifestare il consenso contrattuale (artt. 1326, commi 1° e 4° e 1335 c.c.; art. 13, comma 3°, d.lgs. n. 70/2003)⁵⁵.

Se poi il consumatore debba inserire, con l'ordine, anche i numeri della carta di credito da digitare sul sito *web*, il contratto si concluderà, secondo un'opinione, con la digitazione di questi numeri che costituisce «inizio di esecuzione» del contratto (art. 1327, comma 1°, c.c.)⁵⁶.

La circostanza che il consumatore consegni "dati" negli spazi digitali e la sempre maggiore diffusione di prodotti connessi a Internet ha peraltro aumentato il volume e il valore potenziale di questi dati per i consumatori, le imprese e la società, inducendo l'Unione europea ha promuovere una strategia fondata sulla necessità non solo di protezione dei dati personali, ma anche di libera circolazione delle informazioni.

Tale strategia si basa su due pilastri: il primo pilastro è costituito dal reg. U.E. 868/2022 sulla *governance* dei dati (c.d. *Data Governance Act-DGA*)⁵⁷

⁵⁵ Fra molti, cfr. ancora M. GAMBINO - F. CORRADO, *Conclusione e forma*, cit., 63 secondo cui «il contratto telematico si perfeziona con l'invio dell'ordine il cui arrivo a destinazione si rappresenta con l'avviso di ricevimento sulla schermata o nella casella elettronica dell'utente».

⁵⁶ Cfr. A. M. GAMBINO, *Contratto informatico e telematico. Inquadramento generale*, cit., 16; E. TOSI, *La dematerializzazione della contrattazione: il contratto virtuale con i consumatori alla luce della recente novella al codice del consumo di cui al d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21*, in *Contratto impr.*, 2014, 1290, secondo cui in tale ipotesi la pressione del tasto negoziale sembra rilevare quale pronto avviso a norma dell'art. 1327, comma 2°, c.c.

⁵⁷ "Regolamento (UE) 2022/868 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 maggio 2022 relativo alla governance europea dei dati e che modifica il regolamento (UE) 2018/1724 (Regolamento sulla governance dei dati)". In argomento v. D. POLETTI, *Il quadro normativo del Data Governance Act: l'esercizio dei diritti dell'interessato nell'attività di intermediazione dei dati*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2024, 533 ss.

che ha lo scopo di garantire la disponibilità dei dati, disciplinando il riutilizzo dei dati pubblici, prevedendo un regime di notifica per i fornitori di servizi di condivisione dei dati ed incoraggiando il trattamento su base volontaria dei dati per finalità di pubblico interesse; il secondo pilastro è costituito dal reg. U.E. 2023/2854 sui dati (c.d. *Data Act*)⁵⁸ che prevede obblighi destinati ad incidere sui rapporti tra imprese, sui rapporti tra imprese e consumatori e sui rapporti tra imprese ed enti pubblici allo scopo di agevolare l'accesso e l'utilizzo ai dati da parte dei diversi attori, soprattutto quelli più deboli, dell'economia digitale, la cui applicazione, fra l'altro, non pregiudica «il diritto dell'Unione in materia di protezione dei dati personali e della vita privata, in particolare i reg. UE 2016/679 e 2018/1725 e la dir. 2002/58/CE» (*considerando* 7).

La proposta contrattuale del professionista contiene di regola condizioni generali di contratto che sono efficaci nei confronti dell'aderente se conoscibili ai sensi dell'art. 1341, comma 1°, c.c.⁵⁹, ed assoggettate, se controparte è un professionista, alle norme del Codice civile che stabiliscono una tutela formale contro le clausole vessatorie (art. 1341, comma 2°), ovvero, se controparte è consumatore, anche a quelle dal Codice del consumo che stabiliscono una tutela sostanziale contro le clausole abusive (art. 33 ss.).

In particolare per quanto concerne il requisito della specifica approvazione per iscritto delle clausole vessatorie (art. 1341, comma 2°, c.c.) unilateralmente predisposte dall'imprenditore sulla piattaforma *online*, alcuni ritengono sufficiente una duplice pressione del tasto negoziale da parte del contraente telematico: una per l'adesione al complessivo regolamento negoziale e l'altra per l'approvazione specifica delle clausole vessatorie⁶⁰, mentre altri ritengono anche necessaria che questa

⁵⁸ “Regolamento (UE) 2023/2854 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2023 riguardante norme armonizzate sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo e che modifica il regolamento (UE) 2017/2394 e la direttiva (UE) 2020/1828 (regolamento sui dati)” che si applicherà a decorrere dal 12 settembre 2025 (art. 50). In argomento v. A. RICCI, *Introduzione al Regolamento europeo sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2024, 799 ss.

⁵⁹ Cfr. Trib. Catanzaro, 30 aprile 2012, in *Dir. inf.*, 2012, 1174 ss. secondo cui la conoscibilità nei contratti telematici è soddisfatta «anche quando le condizioni generali non sono riportate nel testo contrattuale, ma sono contenute in altre schermate del sito o in pagine di secondo livello, purché venga dato risalto al richiamo» e le clausole richiamate siano accessibili «mediante il relativo collegamento elettronico (link)».

⁶⁰ In questo senso v. la risalente e nota decisione Giudice di Pace Partanna, 1° febbraio 2002, n. 15, in *Contratti*, 2002, 869 ss. secondo cui, in relazione ad una clausola di deroga alla competenza territoriale contenuta in un contratto di compravendita concluso *online* tra due imprese, tale clausola vessatoria avrebbe potuto essere valida se accettata dall'aderente mediante uno specifico *click* del *mouse*. Più di recente v. Trib. Napoli, 13 marzo 2018, n. 2508, a giudizio del quale il requisito

approvazione avvenga con una firma digitale⁶¹.

Nella fase di esecuzione del contratto, successiva alla conclusione del contratto e durante la quale «le parti del contratto possono adempiere ai loro obblighi contrattuali» (art. 52, comma 3°, prima parte, cod. cons.), ci limitiamo a segnalare la previsione del diritto di recesso (c.d. recesso di pentimento o diritto di ripensamento o *jus poenitendi*) che attribuisce al consumatore il potere di sciogliersi unilateralmente dal contratto a “distanza” entro quattordici giorni, «senza dover fornire alcuna motivazione» e senza dover sostenere costi particolari (art. 52, comma 1°, cod. cons.), con obbligo del professionista di rimborsare «tutti i pagamenti ricevuti dal consumatore eventualmente comprensivi delle spese di consegna, senza indebito ritardo e comunque entro quattordici giorni dal giorno in cui è informato della decisione del consumatore di recedere dal contratto» (art. 56, comma 1°, cod. cons.)⁶².

4. – Da questa sintetica esposizione in tema di presenza e distanza delle parti nel contratto telematico, che ha preso le mosse dall’espressione “presenza lontana” di cui parlava Gabba (*supra* par. 1), possiamo trarre alcune brevi conclusioni.

Il contratto telematico si afferma rapidamente e incessantemente mediante l’uso sempre più diffuso dell’informatica e della rete Internet, ma

di accettazione per iscritto delle clausole vessatorie è soddisfatto mediante il *point and click*. In dottrina v. G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Specifici approvazione per iscritto delle clausole vessatorie e contrattazione on line*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, II, 408, la quale, rilevando che l’imposizione di utilizzo di firme elettroniche c.d. forti renderebbe concretamente impossibile per i contraenti inserire clausole vessatorie nel caso di stipulazione *online*, ritiene che la predisposizione di un apposito *form* con lo specifico richiamo di tutte le clausole vessatorie del regolamento, da accettare con la pressione del “tasto virtuale”, «magari accompagnata da un ulteriore *login* con digitazione di *username* e *password* dell’aderente, che valga da firma elettronica (semplice), richiamando in modo particolare l’attenzione sull’atto di accettazione che si sta compiendo, sarebbe già idonea a soddisfare la ratio di tutela sottesa all’art. 1341, comma 2°, cod. civ. non diversamente dalla specifica sottoscrizione autografa del documento cartaceo».

⁶¹ Cfr. E. TOSI, *La dematerializzazione della contrattazione: il contratto virtuale con i consumatori alla luce della recente novella al codice del consumo di cui al d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21*, cit., 1294. In modo sintetico Trib. Catanzaro, 30 aprile 2012, cit., afferma che per la validità della clausola vessatoria *on line* non è sufficiente la «sottoscrizione del testo contrattuale», ma è necessaria la «specifici sottoscrizione delle singole clausole, che deve essere assolta con la firma digitale». Più di recente v. Giudice di Pace Trapani, 14 ottobre 2019, in *Danno e resp.* 2020, 243 ss., secondo cui quando si prenota *online*, «l’eventuale spunta della casella delle condizioni generali di contratto non sostituisce la firma» richiesta per la specifica approvazione delle clausole vessatorie di cui all’art. 1341, comma 2°, c.c.

⁶² In argomento, nella dottrina più recente, cfr. A. BARENGHI, *Diritto dei consumatori*, Milano, 2ª ed., 2020, 238 ss.

la sua disciplina normativa è frammentaria e complessa perché si rinviene, nel tempo, in più fonti ciascuna delle quali regola alcuni aspetti della fattispecie soprattutto nella prospettiva di regolarne la forma e di controllarne il contenuto a protezione del contraente più debole.

La legge non offre poi una nozione di contratto telematico e, come visto (*supra* par. 3), usa il termine «distanza» in due occasioni:

- nel decreto sul commercio elettronico, per comprendere tra i “servizi della società dell’informazione” anche quelli svolti a distanza, vale a dire «senza la presenza simultanea delle parti» (art. 1, comma 1°, lett. b), n. 1, l. n. 317/1986, richiamato dall’art. 2, comma 1°, lett. a), d.lgs. n. 70/2003);

- nel Codice del consumo, per definire il “contratto a distanza” come quello formato e concluso «senza la presenza fisica e simultanea del professionista e del consumatore, mediante l’uso esclusivo di uno o più mezzi di comunicazione a distanza» (art. 45, comma 1°, lett. g, cod. cons.; così anche art. 3, lett. l, reg. U.E. 2022/2065 sui servizi digitali).

In definitiva potremmo dire che la creazione, per effetto della telematica, di uno spazio nel quale le parti possono incontrarsi per un accordo, ha determinato il superamento del concetto di distanza⁶³.

Se Gabba parlava di una “presenza lontana” delle parti in riferimento al contratto concluso per telefono, per il contratto telematico non potremmo parlare nemmeno di un “contratto a distanza” perché è proprio la peculiare fattispecie del contratto telematico ad aver determinato la “morte della distanza”⁶⁴ laddove assicura alle parti una “presenza virtuale”.

Abstract

PRESENCE AND DISTANCE OF THE PARTIES IN THE TELEMATIC CONTRACT

Il saggio esamina i contratti che le parti possono concludere utilizzando le nuove tecnologie, ricordando le diverse classificazioni in contratti informatici, telematici e virtuali e le loro ulteriori distinzioni in contratti digitali, intelligenti e dell’intelligenza artificiale.

⁶³ Scrive N. IRTI, *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 629: «lo spazio telematico è sciolto dalla fisicità: non tanto sta oltre i confini territoriali, quanto non ha confini».

⁶⁴ “Morte della distanza” è la traduzione letterale dell’espressione “*The Death of Distance*” che compare nel titolo del saggio dall’economista, accademica e giornalista inglese F. CAIRNCROSS, *The Death of Distance: How the Communications Revolution Is Changing our Lives*, Boston, 1st ed., 1997, la quale evidenzia che, a seguito dell’introduzione di Internet e della tecnologia *wireless*, le nuove tecnologie di comunicazione stanno determinando la fine delle distanze come fattore rilevante nella nostra vita professionale e personale; al saggio sono seguite ulteriori edizioni (2001) ed una trad. it. di R. MERLINI, *La fine delle distanze. Opportunità e sfide di un mondo senza barriere*, Milano, 2002.

Lo scritto si occupa poi del contratto telematico in generale, stipulato mediante l'uso di un computer e la rete Internet, e ricostruisce la sua disciplina come contratto a distanza sulla base del Codice civile, Codice del consumo (d.lgs. n. 206/2005) e decreto sul commercio elettronico (d.lgs. n. 70/2003), nel quadro dei più recenti regolamenti europei in materia, soffermandosi sulla fase di formazione, conclusione ed esecuzione.

In conclusione, il saggio evidenzia che nel contratto telematico le parti non sono a distanza, ma presenti in uno spazio virtuale.

The essay examines the contracts that parties can enter into using new technologies, recalling the various classifications of informatic, telematic, and virtual contracts, as well as their further distinctions into digital, smart and artificial intelligence contracts.

The paper then focuses on telematic contracts in general, concluded through the use of a computer and the Internet, and reconstructs its regulation as distance contract based on the Civil Code, the Consumer Code (Lgs. Decr. No. 206 of 2005), and the Decree on e-commerce (Lgs. Decr. No. 70 of 2003), in the most recent European regulatory framework on the matter, concentrating on the stages of formation, conclusion, and execution.

In conclusion, the essay highlights that in telematic contracts, the parties are not at a distance, but present in a virtual space.

**L'IMPATTO DEI FATTI DI VIOLENZA SUL PROCESSO CIVILE
FAMILIARE E MINORILE: LO STATO DELL'ARTE DI UN PERCORSO
DIFFERENZIATO, ANCHE A SEGUITO DEL CD. CORRETTIVO
CARTABIA**

BEATRICE FICCARELLI
*Professore associato
nell'Università di Firenze*

SOMMARIO: 1. Osservazioni introduttive: i rimedi civilistici alla violenza domestica e di genere nel quadro nazionale e sovranazionale – 2. Le indicazioni della legge delega di riforma del processo civile. – 3. Il decreto legislativo n. 149 del 2022: l'introduzione della sezione speciale dedicata alla violenza domestica o di genere. – 4. La rilevanza delle mere allegazioni. – 5. I “nuovi” ordini di protezione. – 6. Brevi note sull'attività istruttoria ed i poteri officiosi del giudice.

1. – Le questioni processuali legate ai fatti di violenza domestica o di genere sono costantemente oggetto di attenzione da parte del nostro legislatore, sempre più consapevole della necessità di individuare le misure maggiormente idonee a fronteggiare un fenomeno da sempre emergenziale che, in quanto tale, necessita di un pronto ed efficace armamentario di protezione e tutela. Numerose sono state, del resto, le condanne subite dall'Italia per l'inerzia delle proprie autorità giudiziarie di fronte alla violenza domestica, sulla considerazione che gli Stati hanno l'obbligo positivo di istituire e di far rispettare efficacemente un sistema di repressione di tutte le forme di violenza domestica e di fornire sufficienti garanzie processuali alle vittime; cui si aggiunge la richiesta di una particolare diligenza nella gestione delle denunce di violenza domestica, considerando che le specificità di tali casi devono essere presi in considerazione nelle procedure nazionali¹.

Nell'ottica e al fine di dare compiuta attuazione alla Convenzione di Istanbul sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e della violenza domestica entrata in vigore nel nostro ordinamento il 1° agosto 2014, cruciale è il coordinamento tra le diverse autorità giudiziarie che del problema possono essere investite. Partendo dal presupposto che proprio all'interno della famiglia i rapporti fondati sulla prevaricazione e sulla sopraffazione producono gli effetti più gravi -poiché è nel contesto

¹ Così, da ultimo, Corte Edu, Sez. I, Sent. 13 febbraio 2025, causa *P.P. c. Italia*.

familiare che il maggior numero di violenze si esplica- il giudice che sia investito della separazione, del divorzio, dei procedimenti *de potestate* e di ogni causa riguardante l'affidamento di figli minori deve, per esempio, avere pronta e completa conoscenza degli atti relativi agli eventuali procedimenti penali per reato di violenza domestica o di genere in cui siano stati assunti provvedimenti cautelari, di archiviazione o di condanna nei confronti di una delle parti del procedimento pendente innanzi al giudice civile; ciò al fine di evitare provvedimenti in qualche modo confliggenti tra loro, se non addirittura incompatibili. Come evidenziato con la Relazione dell'aprile del 2022 dalla Commissione parlamentare d'inchiesta sul femminicidio, nonché su ogni forma di violenza di genere², non si può infatti reprimere la violenza domestica nella normativa sanzionatoria penale e nei procedimenti penali, ed ignorarne gli effetti nei procedimenti che abbiano ad oggetto la disciplina dell'affidamento dei figli o della responsabilità genitoriale, essendo proprio l'ambito delle relazioni familiari, come sottolineato, quello in cui le condotte di violenza domestica, declinate in tutte le loro forme di violenza fisica, psicologica, economica, hanno maggiore incidenza.

Ciò posto, ancora nelle parole della Commissione, uno stesso ordinamento non può tollerare che da una parte l'autore di violenze venga indagato e condannato per le condotte commesse e dall'altra venga considerato un genitore adeguato al pari di quello che le violenze abbia subito, senza che gli agiti violenti, nei procedimenti civili e minorili vengano accertati e abbiano dirette conseguenze sulla gestione della genitorialità. Per questo, si ritiene necessario garantire "l'adozione di provvedimenti coordinati, nella consapevolezza che la vera efficacia deterrente per reprimere condotte di violenza domestica si realizza verificando la sussistenza di tali condotte, anche e soprattutto, nell'ambito dei procedimenti civili e minorili che hanno per oggetto domande relative ai figli minori, con immediati riflessi, in caso di accertamento della sussistenza delle stesse, anche nelle forme di violenza assistita, sulla disciplina della responsabilità genitoriale e dell'affidamento con adozione di misure limitative a carico del genitore violento"³.

² La relazione è del 20 aprile 2022. La Commissione è stata istituita con delibera del Senato della Repubblica 16 ottobre 2018 in G.U. n. 249 del 25 ottobre 2018 ed ha tra i suoi compiti istituzionali quello di «monitorare la concreta attuazione della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, fatta a Istanbul l'11 maggio 2011[...] e di accertare le possibili incongruità e carenze della normativa vigente rispetto al fine di tutelare la vittima della violenza e gli eventuali minori coinvolti» (articolo 2, comma 1, lettere b) e c)).

³ La diffusione nei procedimenti civili o minorili che abbiano ad oggetto domande di affidamento dei figli minori o di disciplina della responsabilità

Il problema del coordinamento tra autorità giudiziarie e provvedimenti, sul versante penale, è stato in un primo momento affrontato dalla l. n°69 del 2019 nota come “Codice Rosso” recante “Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere” per effetto della quale, per quanto specificamente e direttamente ci occupa, è stato inserito nelle disposizioni di attuazione del codice di procedura penale l’art. 64 *bis* c.p.p.. Tale disposizione, in linea con quanto sopra evidenziato, prevede che nel caso siano pendenti procedimenti di separazione dei coniugi o siano in corso cause relative all’affidamento dei minori o alla responsabilità genitoriale, il giudice penale deve trasmettere senza ritardo al giudice civile copia dei provvedimenti adottati nell’ambito del procedimento penale aperto per il delitto di violenza domestica o di genere. Senza indugio o dilazione, il giudice penale deve trasmettere anche le ordinanze relative a misure cautelari personali, avviso di conclusione delle indagini preliminari, provvedimento di archiviazione e sentenze di condanna.

Anche la Risoluzione del Parlamento europeo del 5 aprile 2022 sulla tutela dei diritti dei minori nei procedimenti di diritto civile, amministrativo e di famiglia (2021/2060 (INI) sottolinea dipoi la necessità di riconoscere lo stretto legame tra procedimenti penali, civili e altri procedimenti giudiziari al fine di coordinare le risposte giudiziarie e le altre risposte legali alla violenza sui minori e alla violenza da parte del partner, invitando gli Stati membri ad adottare misure per collegare i procedimenti penali e civili che coinvolgono una singola famiglia e i minori, al fine di evitare efficacemente discrepanze tra le decisioni giudiziarie e le altre decisioni legali che danneggiano i minori.

Oggi, per effetto del nuovo art. 473-*bis*. 42 c.p.c., nell’ambito di un procedimento familiare con allegazione di fatti di violenza, con il decreto di fissazione dell’udienza, il giudice chiede al pubblico ministero e alle altre autorità competenti informazioni circa l’esistenza di eventuali procedimenti relativi agli abusi e alle violenze allegate, definiti o pendenti, e la

genitoriale, di specifica attenzione alle condotte di violenza domestica, con immediati effetti sulla modalità di affidamento, ritiene la Commissione medesima, potrà avere, nel breve periodo, un’efficacia deterrente maggiore rispetto alla irrogazione di condanne penali, che nella maggior parte dei casi sopraggiungono a notevole distanza dai fatti, e prevedono la sospensione condizionale della pena. La Commissione evidenzia giustamente, infatti, che i profili civilistici di contrasto al fenomeno della violenza domestica e nei confronti delle donne, sono sempre stati per così dire sacrificati, per essere l’attenzione del legislatore e degli operatori giudiziari maggiormente concentrata, a livello nazionale, principalmente nella repressione delle condotte penalmente rilevanti.

trasmissione dei relativi atti non coperti dal segreto di cui all'articolo 329 del codice di procedura penale. Il pubblico ministero e le altre autorità competenti provvedono entro 15 giorni a quanto richiesto. Al di là di questa disposizione, la preoccupazione del collegamento con la Procura è comunque costante in tutto il procedimento.

Su questa indefettibile premessa, il tema di cui ci stiamo occupando tocca inevitabilmente, in linea generale, la delicata e controversa questione relativa all'eventuale accertamento dei fatti compiuto dal giudice penale ed il valore che questo accertamento abbia nell'ambito del processo civile. È ben noto, infatti, che secondo i prevalenti approdi della Suprema Corte in materia nel giudizio civile di danno, è riconosciuto al giudice il potere di accertare autonomamente, con pienezza di cognizione, i fatti dedotti in giudizio sotto il profilo della loro rilevanza civilistica, per pervenire a soluzioni e qualificazioni non vincolate dall'esito del processo penale⁴.

Più precisamente la Suprema Corte ha di recente chiarito che è necessario distinguere i limiti oggettivi del giudicato penale di condanna, maturato a seguito di dibattimento, dall'efficacia probatoria della sentenza penale passata in giudicato. I primi sono quelli segnati dall'art. 651 c.p.p. e attengono alla sussistenza del fatto materiale, alla sua illiceità penale e alla sua ascrivibilità all'imputato: pertanto, una volta intervenuta una sentenza penale irrevocabile di condanna pronunciata in dibattimento, non può essere messo in discussione, nel successivo giudizio civile risarcitorio o restitutorio che il fatto accertato in sede penale si è effettivamente verificato e che è stato commesso dall'imputato, né può essere messa in discussione la sua idoneità ad integrare gli estremi di un reato.

Si è chiarito tuttavia che, precisati i limiti oggettivi del giudicato penale di condanna nel giudizio civile risarcitorio o restitutorio, l'efficacia probatoria della sentenza penale non è circoscritta all'interno di essi, potendo il giudice civile utilizzare tale sentenza, nonché in generale le prove assunte nel processo penale delle quali la sentenza ivi pronunciata costituisce documentazione, ai fini dell'accertamento degli ulteriori elementi costitutivi dell'illecito civile sui quali egli è chiamato ad indagare, con particolare riferimento al nesso causale, al danno risarcibile e all'elemento soggettivo civilistico⁵.

⁴ V. tra le altre, Cass. 20 gennaio 2015, n. 840; Cass. 10 ottobre 2018, n. 25067; Cass. 25 giugno 2019, n. 16893; Cass. 7 maggio 2021, n. 12164; Cass. 7 novembre 2023, n. 30992; Cass. 31 gennaio 2024, n. 2897.

⁵ Così Cass., sez. III, 10 maggio 2024, n. 12901 in il www.ilcaso.it.

Le questioni sopra tratteggiate sono di non poco conto in tutti i casi di un procedimento civile con allegazioni di fatti riguardanti episodi di violenza domestica o di genere. In questo contesto la prova degli stessi può risultare estremamente difficile, giacché il processo civile non ammette, come si sa, la prova testimoniale della parte, consentita invece dal processo penale. Questa prova, invero, spesso o quasi sempre rappresenta l'unico mezzo idoneo ad accertare i fatti proprio a causa dell'ambiente in cui le violenze si perpetrano, ciò a dire la famiglia, la quale raramente contempla la presenza di terzi che abbiano assistito ai fatti stessi se non i figli, spesso minorenni. Nell'ambito del processo penale la vittima di un reato assume la veste di testimone e, in quanto tale, rende dichiarazioni (testimoniali) impegnandosi a dire la verità, commettendo, diversamente, reato di falsa testimonianza (art. 372 c.p.). Sebbene il Giudice penale debba valutare la testimonianza della persona offesa in modo più rigoroso rispetto ai cd. testimoni estranei, la vittima può essere ritenuta pienamente credibile. E il giudice effettua un vaglio di attendibilità intrinseca (ad es. racconto lineare, dettagliato ma non ripetitivo, costante nel tempo), sia di un vaglio di attendibilità estrinseca (riscontri testimoniali, interrogatori dell'imputato ecc.). Nel processo civile, diversamente, dalla dichiarazione della parte eventualmente resa in sede di interrogatorio libero ai sensi dell'art. 117 c.p.c. il giudice può solo ricavare esclusivamente argomenti di prova *ex* art. 116 comma 2 c.p.c.⁶.

⁶ Sull'importanza dello strumento in relazione ai mezzi di prova tipici ed atipici e agli altri strumenti di convincimento del giudice nonché sulla nozione e forza probatoria dell'argomento di prova v. la ricostruzione di Cass. 27016/2022. La Suprema Corte, soffermandosi sui caratteri di struttura e di funzione dell'istituto previsto dall'art. 117 c.p.c. a margine di un caso di violenza sessuale, ricorda che le diverse tesi proposte in dottrina e in giurisprudenza oscillano tra quelle più rigorose – che lo riconducono ad una funzione di mero chiarimento delle allegazioni delle parti e dei fatti di causa, senza peraltro costituire un mezzo di prova (in tal senso, tra le altre, Cass. 17238/2010, 21194/2009, 5290/2008) – quelle che, di converso, ne riconoscono l'attitudine a costituire fonte anche unica del convincimento del giudice pur escludendone la natura di mezzo di prova: in tal senso, Cass. 8066/2009, 15019/2005, 6510/2004 e quelle, per cd. dire "intermedie", che ne ammettono la funzione probatoria allorché le prove già acquisite al processo non siano sufficienti a fondare il pieno convincimento del giudice (tesi, quest'ultima, che secondo la Corte pare peraltro contrastare con lo stesso disposto normativo dell'art. 117 c.p.c., potendo il giudice disporre l'interrogatorio anche *in limine litis*). Il Supremo Collegio afferma come la tesi più restrittiva (funzione dell'interrogatorio libero esclusivamente ausiliaria/sussidiaria rispetto alla valutazione delle altre prove) sia stata oggetto di profonda rimeditazione dottrinale, sostenendosi autorevolmente (e argomentandosi da un'analogia strutturale tra argomento di prova e presunzione semplice) che, almeno in taluni casi, l'argomento di prova possa tingersi di autonoma efficacia probatoria, sufficiente ad offrire al giudice la dimostrazione del *factum probandum*, costituendo una vera e propria inferenza che il giudice può trarre dalle circostanze

A tali problematiche cui in questa sede non può essere dato lo spazio che per importanza meriterebbero -non a caso sempre più variamente affrontate dalla giurisprudenza soprattutto in riferimento al giudizio di rinvio innanzi al giudice civile a seguito di cassazione della sentenza penale a soli fini civili⁷-si affianca il fenomeno cd. della “vittimizzazione secondaria” di chi subisca violenza. La Convenzione di Istanbul, all’articolo 18, stabilisce infatti che gli Stati firmatari si impegnano ad evitare forme di

indicate dalla norma, allo stesso modo in cui, ex art. 2727, può trarre da un fatto noto conseguenze relativa ad un fatto ignorato, e ciò, in particolare, se l’interrogatorio verta su circostanze tali da poter essere conosciute soltanto dalle parti (Cass. 1435/1975; Cass.1481/1968). Ebbene, il collegio ritiene di dover aderire a tale soluzione sulla premessa per cui, in assenza di espresse previsioni normative circa l’efficacia che può o deve essere attribuita alle conclusioni cui gli argomenti di prova consentono di pervenire, tale efficacia sarà maggiore o minore a seconda della forza (o “gravità”) della singola inferenza, e con la conseguenza che l’argomento di prova potrà, o non potrà essere da solo sufficiente a dimostrare la verità o la falsità di un enunciato a seconda del grado di conferma che l’inferenza attribuisce alla conclusione che riguarda quell’enunciato: l’art. 116 comma 2 si limiterebbe, pertanto, ad indicare una serie di possibilità logiche di cui il giudice dispone, nel contesto di un più razionale sfruttamento del sapere delle parti. Su questa base la Cassazione viene così ad affermare in relazione al caso *de quo* i seguenti principi di diritto: a) l’interrogatorio della parte lesa, assunto in sede di giudizio penale, è atto processuale morfologicamente valido, ma funzionalmente inefficace se trasposto in sede di giudizio di appello civile instaurato ex art. 622 c.p.p.; b) quell’atto processuale, a seguito della traslazione nel processo civile, non può assumere il carattere della prova civile o della prova atipica; c) l’interrogatorio della parte reso in sede penale può, peraltro, avere efficacia – ed essere legittimamente utilizzato dal giudice civile – come argomento di prova, ex art. 117 c.p.c., a nulla rilevando che sia stato un altro giudice a raccogliarlo (con tutti i crismi di legittimità indicati dalla norma, ivi compreso il rispetto del principio del contraddittorio, che informa di sé l’intero processo penale nella sua nuova forma accusatoria) e senza escludere la facoltà del giudice del rinvio, ove lo ritenga necessario, di procedere autonomamente a disporlo nuovamente dinanzi a sé; d) l’efficacia di argomento di prova del contenuto dell’interrogatorio trasmigrato nel processo civile consentirà al giudice, in ossequio al principio del suo libero convincimento, di porne, *in parte qua*, il relativo contenuto a fondamento della sua decisione, secondo i canoni interpretativi dianzi esposti, come verificatosi nel caso di specie. Secondo la Corte tali principi sembrano trovare espressa conferma normativa nel disposto dell’art. 159, III comma, del codice di rito civile, improntato, come è noto, ad un criterio di economia processuale: in tema di atti nulli, difatti, la norma stabilisce che “se il vizio impedisce un determinato effetto, l’atto può tuttavia produrre altri effetti ai quali è idoneo”.

⁷ V. ancora Cass. 27016/2022. Nella dottrina, data la complessità del tema che sfugge alla presente trattazione, v. recentemente la limpida ricostruzione di Gambineri, *Annullamento della sentenza penale ai soli effetti civili e rinvio al giudice civile (art. 622 c.p.p.): la domanda di risarcimento del danno tra processo penale e processo civile in www.judicium.it*, cui si rinvia anche per il problema della circolazione delle cd. prove prestate, vale a dire la circolazione delle prove da un giudizio all’altro. Per l’affermazione secondo cui le prove raccolte nel processo penale, mal si prestano ad essere ricondotte alla categoria delle c.d. prove atipiche trattandosi piuttosto di prove acquisite sulla base di una differente legge processuale, si veda VANZ, *La circolazione della prova nei processi civili*, Milano, 2008 p. 24.

vittimizzazione secondaria, la quale consiste nel far rivivere le condizioni di sofferenza a cui è stata sottoposta la vittima di un reato, ed è spesso riconducibile alle procedure delle istituzioni susseguenti ad una denuncia, o comunque all'apertura di un procedimento giurisdizionale. In effetti, come anche sottolineato dalle Sezioni Unite civili della Suprema Corte di Cassazione, la vittimizzazione secondaria è una conseguenza spesso sottovalutata proprio nei casi in cui le donne sono vittima di reati di genere, e l'effetto principale è quello di scoraggiare la presentazione della denuncia da parte della vittima stessa⁸. La vittimizzazione secondaria, diversamente dalla vittimizzazione ripetuta da attribuire allo stesso autore, è effettuata dalle istituzioni con cui la vittima viene in contatto⁹, qualora operino senza seguire le direttive internazionali e nazionali, e non garantiscano comportamenti rispettosi e tutelanti, tali da non ledere la dignità personale, la salute psicofisica e la sicurezza della vittima, sia essa la donna sia esso il minore vittima di violenza assistita¹⁰.

Il quadro sovranazionale può completarsi (ma non esaurirsi) oggi con la adozione da parte dell'Unione europea della Direttiva (UE) 2024/1385 sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica che dovrà essere recepita dagli Stati membri entro il 14 giugno 2027. Essa trova la propria collocazione nell'ambito della strategia per la parità di genere 2020/2025 elaborata dalla Commissione europea che si prefigura di realizzare un'Europa garante della parità di genere in tutti i settori di competenza dell'Unione. Tra le azioni chiave proposte dalla Commissione la strategia individua l'eliminazione delle disuguaglianze tra uomo e donna e la lotta alla violenza di genere e alle discriminazioni sessuali.

⁸ Cass., Sez. Un., 17 novembre 2021, n. 35110.

⁹ Nella Relazione del 20 aprile 2022, la Commissione al Senato sul femminicidio rammenta che una puntuale definizione di vittimizzazione secondaria si rinviene nella Raccomandazione n. 8 del 2006 del Consiglio d'Europa secondo la quale «vittimizzazione secondaria significa vittimizzazione che non si verifica come diretta conseguenza dell'atto criminale, ma attraverso la risposta di istituzioni e individui alla vittima».

¹⁰ L'art.18, comma 3, della Convenzione di Istanbul indica interventi puntuali finalizzati al raggiungimento di questo obiettivo, disponendo che le Parti devono adottare misure che siano basate su una comprensione della violenza di genere contro le donne e della violenza domestica e si concentrino sui diritti umani e sulla sicurezza della vittima; siano basate su un approccio integrato che prenda in considerazione il rapporto tra vittime, autori, bambini e il loro più ampio contesto sociale; mirino ad evitare la vittimizzazione secondaria; mirino ad accrescere l'autonomia e l'indipendenza economica delle donne vittime di violenze; consentano, se del caso, di disporre negli stessi locali di una serie di servizi di protezione e di supporto; soddisfino i bisogni specifici delle persone vulnerabili, compresi i minori vittime di violenze e siano loro accessibili.

2. – È in questa cornice complessa, arricchita dalla normativa relativa agli ordini di protezione contro gli abusi familiari – di cui ai previgenti artt. 342 *bis* e 342 *ter* c.c. introdotti nel sistema ad opera della l. n. 154 del 4 aprile 2001 ed oggi abrogati per effetto dell'introduzione degli artt. 473-*bis* .69, 70 e 71 nel codice di procedura civile –, che si collocano le indicazioni della legge n. 206 del 26 novembre 2021 di delega al Consiglio dei Ministri per una generale riforma del processo civile.

All'art. 1, comma 23 lett. b) della medesima, si prevedeva infatti che nei procedimenti di cui alla lettera a) – vale a dire i procedimenti familiari nella loro più ampia accezione – in presenza di allegazioni di violenza domestica o di genere fossero assicurate su richiesta, adeguate misure di salvaguardia e protezione, avvalendosi delle misure di cui allora art. 342-*bis* del codice civile; le necessarie modalità di coordinamento con altre autorità giudiziarie, anche inquirenti; l'abbreviazione dei termini processuali nonché specifiche disposizioni processuali e sostanziali per evitare proprio la vittimizzazione secondaria.

In relazione ai procedimenti familiari nei quali fossero allegati fatti di violenza domestica o di genere, la puntuale disposizione della legge delega sanciva che i decreti legislativi recanti modifiche alla disciplina processuale dei procedimenti della crisi familiare fossero adottati prevedendo che, anche in presenza di mere allegazioni di violenza domestica o di genere, venissero assicurate, su richiesta delle parti lese, adeguate misure di salvaguardia e di protezione, avvalendosi anche (ma non solo) degli ordini di protezione. La strada indicata era quella di una più intensa collaborazione tra giudice penale e giudice civile, che avrebbe dovuto consentire alle vittime di violenze familiari, almeno negli intenti, una tutela in tempi ragionevoli; ad esempio, prevedendo, in presenza di determinati delitti commessi da un genitore in danno del minore ovvero dell'altro genitore, ulteriori obblighi di comunicazione e/o allegazione fra autorità giudiziarie. Ancora, era prevista l'esigenza di provvedere all'abbreviazione dei termini processuali (di fissazione delle udienze e di adozione dei relativi provvedimenti) e a specifiche disposizioni processuali e sostanziali volte a evitare la vittimizzazione secondaria. In questo senso, provvedevano anche la lettera *m*), che disponeva che la comparizione delle parti alla prima udienza avvenisse mediante convocazione ad orari differiti, e la lettera *t*), la quale indicava che il giudice, previo ascolto del minore ove dotato di discernimento, potesse adottare provvedimenti relativi a quest'ultimo anche d'ufficio e disporre, parimenti d'ufficio, mezzi di prova a tutela delle vittime di violenza, anche al di fuori dei limiti codicistici posti dalle norme sostanziali.

3. – Al fine di dare attuazione ai principi della legge delega in tema di violenza domestica e di genere, il legislatore delegato, nel nuovo Titolo IV *bis* del libro II del codice di procedura civile riguardante il procedimento unitario in materia di persone, minorenni e famiglie, ha dedicato una intera sezione delle “Disposizioni speciali”, la Sezione I, alla violenza domestica o di genere, riferita ai procedimenti familiari nei quali una parte allegghi di essere vittima di violenza cagionata dal partner o dall'*ex* partner o allegghi che la vittima di violenza o di abuso sia il figlio minore. Si tratta, peraltro, di un ambito di applicazione che, in caso di ordini di protezione contro gli abusi familiari, per effetto del d. lgs. n. 164 del 31 ottobre 2024, vale a dire il c.d. decreto correttivo della riforma Cartabia del processo civile, è stato ampliato con l'introduzione nel sistema, dell'art. 473-*bis*. 72 c.p.c. secondo il quale le norme di cui alla sezione dedicata ai procedimenti con allegazioni di fatti di violenza, si applicano, in quanto compatibili, anche nel caso in cui la condotta pregiudizievole sia stata tenuta da altro componente del nucleo familiare diverso dal coniuge, dalla parte dell'unione civile o dal convivente, ovvero nei confronti di altro componente del nucleo familiare diverso dal coniuge, dalla parte dell'unione civile o dal convivente (nel qual caso l'istanza è proposta dal componente del nucleo familiare il danno del quale è tenuta la condotta pregiudizievole).

La sezione speciale, si apre con l'art. 473-*bis*. 40 c.p.c. che prevede una vera e propria corsia preferenziale per i giudizi rientranti nel suo ambito di applicazione. La norma stabilisce precisamente che le disposizioni previste dalla Sezione “si applicano nei procedimenti in cui siano allegati abusi familiari o condotte di violenza domestica o di genere poste in essere da una parte nei confronti dell'altra o dei figli minori”. Dalla lettera dell'articolo emerge anzitutto come l'ambito di applicazione della norma sia estremamente ampio. L'assenza di un'elencazione esemplificativa fa sì, infatti, che il particolare percorso processuale introdotto dal legislatore possa applicarsi ogniqualvolta sia allegato negli atti introduttivi o anche in corso di causa un fatto di violenza fisica o psicologica anche assistita, comprese le fattispecie che prescindono da specifiche ipotesi di reato (es. percosse, violenza economica ecc.). La scelta di non creare limiti all'ambito di applicazione della norma, comporta che le disposizioni speciali possano essere applicate nei procedimenti di separazione, divorzio, di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento dell'unione civile e di regolamentazione della responsabilità genitoriale, nei procedimenti di modifica delle relative condizioni e nei procedimenti *de*

*potestate*¹¹. Nei procedimenti sulla crisi familiare la dimostrazione di fatti di violenza può essere ad esempio causa di addebito della separazione e può anche avere ovviamente rilevanza in merito ai provvedimenti sull'affidamento dei figli minori o altre conseguenze caso per caso¹².

Per rientrare nel perimetro applicativo della Sezione I del Capo III del Titolo IV *bis*¹³, in attuazione del principio di delega contenuto nella lett. b), del comma 23, l. n°206 del 2021, è così sufficiente che in uno degli atti del giudizio (nel ricorso, sia quando proposto dalla parte sia quando proposto dal pubblico ministero, ovvero nella comparsa di costituzione, ma anche in istanze depositate in corso di causa o a verbale di udienza) siano presenti allegazioni di violenza di genere o domestica, o di abuso, sì da imprimere al procedimento una trattazione diversa, siccome più rapida e di protezione per la vittima. Si tratta, nelle sue linee essenziali, di un procedimento i cui termini, ai sensi dell'art. 473-*bis*. 42 ss. c.p.c. possono subire abbreviazioni, che prescinde dall'obbligo di comparizione delle parti in udienza, dal tentativo di conciliazione, dall'ascolto del minore, e dall'esperibilità della mediazione (salvo che nel corso del procedimento non si ravvisi l'insussistenza delle condotte allegate). L'intento di applicare le disposizioni speciali in esame in presenza di mere allegazioni di violenza o di abuso, intese come mera affermazione della parte di essere stata vittima di episodi di violenza domestica, di genere o di abuso, ovvero la mera allegazione che tali condotte siano state poste in essere in danno del figlio minore delle parti, ha la sua ragion d'essere sulla necessità di intercettare, al suo primo manifestarsi, la richiesta di aiuto della vittima per scongiurare il rischio che la mancata attenzione alla violenza e all'abuso, o peggio la sua sottovalutazione o negazione da parte delle istituzioni, possano indurre la vittima medesima a ricadere nel ciclo della violenza, al quale aveva cercato di sottrarsi¹⁴. Poiché i giudizi in materia di famiglia e di minori sono il luogo privilegiato per l'emersione della violenza domestica, le norme in esame si ripromettono il fine di consentire al giudice di riconoscere ed intercettare la

¹¹ V. complessivamente ALBIERO, *I fatti di violenza e il processo*, in *La riforma del processo e del giudice per le persone, per i minorenni e per le famiglie*, a cura di Claudio Cecchella, Torino, 2023, 305-306.

¹² Così DONZELLI, *Manuale del processo familiare e minorile*, Torino, 2024, 180-181.

¹³ Come ben specifica DONZELLI, *Manuale del processo familiare e minorile*, cit., 181, l'art 473-*bis*. 40 c.p.c. è innanzitutto una norma processuale e più precisamente una metanorma, cioè una norma su norme. La sua funzione infatti è quella di consentire che il processo segua le regole previste dall'art. 473-*bis*. 40 ss. c.p.c. "il che è assolutamente fondamentale per comprendere sia come si debba interpretare il riferimento all'allegazione, sia quale rilevanza abbia il fenomeno della violenza sul fronte rimediale, ovvero sul piano dei contenuti delle decisioni adottabili".

¹⁴ V. la Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n°149.

violenza, compendosi già dalle prime battute del giudizio accertamenti preliminari sulla sussistenza dei fatti di violenza o di abuso.

Per addivenire a tale risultato, nel rispetto della normativa sovranazionale, è stato previsto un ampio coordinamento tra le diverse autorità giudiziarie civili, penali e minorili, dinanzi alle quali possono essere pendenti procedimenti relativi alle stesse parti.

Anzitutto il ricorso introduttivo oltre a quanto previsto dagli articoli 473-bis. 12 e 473-bis. 13 c.p.c. indica gli eventuali procedimenti, definiti o pendenti, relativi agli abusi o alle violenze; allo stesso è parimenti allegata copia degli accertamenti svolti e dei verbali relativi all'assunzione di sommarie informazioni e di prove testimoniali, nonché dei provvedimenti relativi alle parti e al minore emessi dall'autorità giudiziaria o da altra pubblica autorità.

Quando nei confronti di una delle parti è stata pronunciata sentenza di condanna o di applicazione della pena, anche non definitiva, o provvedimento cautelare civile o penale ovvero penda procedimento penale in una fase successiva ai termini di cui all'articolo 415-bis c.p.p. per abusi e violenze, il decreto di fissazione dell'udienza non contiene l'invito a rivolgersi ad un mediatore familiare. Quando la vittima degli abusi e delle violenze allegate è inserita in collocazione protetta il giudice, ove opportuno per la sua sicurezza, dispone la segretezza dell'indirizzo ove essa dimora (art. 473-bis. 42 c.p.c., 3 e 5 comma).

Per effetto dell'art. 473-bis. 42 comma 5 c.p.c., infine, con il decreto di fissazione dell'udienza, il giudice chiede al pubblico ministero e alle altre autorità competenti informazioni circa l'esistenza di eventuali procedimenti relativi agli abusi e alle violenze allegate, definiti o pendenti, e la trasmissione dei relativi atti non coperti dal segreto di cui all'articolo 329 del codice di procedura penale. Il pubblico ministero e le altre autorità competenti provvedono entro 15 giorni a quanto richiesto. Certamente fondamentale in tal senso è il ruolo del pubblico ministero, talora quale parte, talaltra quale interveniente necessario nei procedimenti in oggetto. Egli, infatti, in ragione del proprio ruolo e della propria funzione, può meglio veicolare all'interno dei giudizi civili e minorili le risultanze degli accertamenti compiuti nell'ambito degli eventuali procedimenti penali.

Il giudice può anche poi acquisire rapporti di intervento relazioni di servizio redatti dalle forze dell'ordine, se non sono relativi ad attività d'indagine coperta da segreto (art. 473-bis. 44, comma 1 c.p.c.).

Proprio per la particolarità dei procedimenti nei quali sono allegati fatti di violenza domestica o di genere, al fine di garantire la massima tutela alle vittime coinvolte, il legislatore ha attribuito ampi poteri officiosi al giudice, tra cui rientra la già indicata possibilità di ridurre finno alla metà i termini

processuali (art. 473-bis. 42 c.p.c.) o ancora di disporre mezzi di prova al di fuori dei limiti di ammissibilità stabiliti dal codice civile (sia pur, come esplicitamente affermato, nel rispetto del contraddittorio e del diritto alla prova contraria¹⁵).

4. – E veniamo al concetto ed al contenuto delle allegazioni. In riferimento alla relativa espressione contenuta all'interno dell'art. 473-bis. 40 c.p.c. per gli abusi familiari o le condotte di violenza o di genere si rendono necessari alcuni chiarimenti essenziali.

Come di recente ci ricorda opportunamente la miglior dottrina, nel lessico processuale allegare significa affermare, cioè narrare un certo accadimento che si è verificato. Un fatto allegato è un fatto affermato. Pertanto, l'allegazione di un fatto all'interno di uno degli atti di causa o a verbale di udienza prescinde dalla prova, che costituisce un'attività logicamente e giuridicamente distinta e successiva¹⁶.

Ebbene, ai fini dell'applicazione dell'art. 473-bis. 40 ss c.p.c. il novello legislatore ritiene sufficiente la mera affermazione dei fatti di violenza. Per effetto di una allegazione non supportata da prova, si attiva il procedimento speciale e improntato alla rapidità di cui alla Sezione I.

Se l'intento del legislatore di svincolare l'allegazione dalla prova appare indiscutibile, ciò non significa che l'allegazione possa essere generica e appena tratteggiata, vale a dire non chiaramente enunciata e non circostanziata. Per "allegazione" ai sensi dell'art. 473-bis. 40 c.p.c., è infatti ragionevole pensare che debba intendersi la dettagliata enunciazione dell'atto di violenza o dell'atto abusivo, e cioè la descrizione più precisa e minuziosa possibile dei comportamenti violenti o abusanti, ad esempio quando è indicato puntualmente il contesto in cui i fatti si sono verificati e le modalità con cui si sono perpetrati. Ed in caso di intervento delle forze dell'ordine, occorre dare precisa indicazione di data e tempi, se si tratti di Carabinieri, di Polizia o altra autorità.

Non è pertanto sufficiente una generica affermazione di fatti o degli atti violenti, né tantomeno il mero rinvio a documenti eventualmente prodotti in giudizio. Un'allegazione generica dovrebbe già di per sé fondare il convincimento del giudice sulla insussistenza della condotta violenta¹⁷. In

¹⁵ V., se si vuole, il nostro *Riforma del processo della famiglia, minorenni e persone e poteri officiosi del giudice*, in *Judicium.it*, 9 Maggio 2023.

¹⁶ V. DONZELLI, *Manuale del processo familiare e minorile*, Torino, 2024, 181 in riferimento ai procedimenti che ci occupano.

¹⁷ Così CECHELLA, *Il processo in materia di persone, minorenni e famiglie*, Pisa, 2024, 175.

tal caso difetterebbe il presupposto stesso della allegazione alla quale soltanto consegue l'applicazione delle norme degli artt. 473-bis 40 ss. c.p.c.

La parte cui è addebitato il fatto violento ha ovviamente ogni diritto di replica sulle allegazioni di fatti ben circostanziati.

L'allegazione dei fatti di violenza deve apparire, pertanto, in sintesi, ad un primo superficiale esame, "veritiera" e solo in presenza di questi requisiti il giudice può attivare la nuova corsia preferenziale prevista dal codice di procedura civile per tali tipi di procedimento secondo i criteri di cui all'art. 473-bis. 42 ss. c.p.c. Dalla allegazione di un fatto di violenza discende, infatti, come già evidenziato, l'inapplicabilità di tutti gli istituti che implicano la comparizione delle parti in udienza o la presenza nello stesso luogo (art. 473-bis. 42 comma 2 c.p.c.), il tentativo di conciliazione (art. 473-bis. 42 comma 5 c.p.c.), la mediazione familiare (art. 473-bis. 43 c.p.c.).

La *ratio* della norma appare sufficientemente chiara, imponendo un processo, diremmo, per piani successivi: il requisito della mera allegazione del fatto di violenza o del fatto abusivo muove dall'esigenza di salvaguardare la vittima della condotta allegata al fine di riservarle un procedimento differente, con peculiarità idonee ad una migliore protezione¹⁸. Solo in un momento successivo si procederà all'accertamento dell'illecito ai sensi degli artt. 473-bis. 42 e 44 c.p.c.

Se, di conseguenza, secondo i principi generali in tema di allegazione e prova, il fatto allegato si considera vero soltanto se non viene contestato specificatamente o viene provato, nel caso dei procedimenti connotati dall'allegazione di fatti di violenza, l'allegazione medesima acquista un peso specifico sotto il profilo della verosimiglianza del fatto e, sia pure confortata da alcuni elementi, può essere considerata sufficiente per dar luogo ad un procedimento differenziato, caratterizzato peraltro da ampi poteri officiosi del giudice.

Emerge qui un significativo dovere deontologico dell'avvocato che, in conformità al dovere di verità, dovrà rappresentare al proprio assistito la necessità di una ricostruzione precisa dei fatti di violenza o abuso¹⁹.

¹⁸ V. DONZELLI, *Manuale del processo familiare e minorile*, cit., 182.

¹⁹ V. CECHELLA, "Certo è che la allegazione della parte sulla violenza o sull'abuso non potrà essere in alcun modo generica (essendo qui implicato, tra l'altro, un vero e proprio obbligo deontologico del difensore, che dovrà sollecitare il proprio rappresentato a una narrazione della condotta con adeguati elementi di specificità, in ossequio al dovere di verità, essendo implicati diritti indisponibili quali l'integrità fisica e morale e le libertà dell'individuo - cfr. par. 4), ma dovrà essere (come la contestazione agli effetti dell'art. 115 c.p.c.) specifica, quanto a tempo, luogo e modalità della condotta dell'autore della violenza", in *La riforma del processo in materia di persone, minorenni, famiglie*, *Questione Giustizia*, 34, 06/23.

La previsione presenta una stretta connessione anche con il dovere di leale collaborazione tra le parti e il giudice, la cui violazione fa discendere conseguenze sia dal punto di vista della responsabilità processuale aggravata, che da quello delle sanzioni pecuniarie²⁰.

Per far sì che il giudice possa effettuare un controllo immediato sulla fondatezza o meno delle allegazioni, è stato espressamente previsto che il ricorso introduttivo debba contenere, oltre ai requisiti generali di cui agli artt. 473-bis.12 e 13 c.p.c., informazioni relative ad eventuali procedimenti definiti, pendenti, o relativi agli abusi e alle violenze e che detto onere incombe sia nei confronti del ricorrente che della parte resistente.

Entrambe le parti – nel rispetto del principio di delega- debbono fornire al giudice informazioni e/o indicazioni relative ad eventuali procedimenti o accertamenti effettuati davanti a una diversa autorità, tanto giudiziaria che amministrativa, ed in generale documentazione utile a provare la fondatezza delle allegazioni.

Le parti medesime sono libere di produrre in giudizio qualsiasi documento o atto di altro processo utile al fine di sostenere la propria tesi, ivi compresi eventuali condanne e provvedimenti cautelari emessi a carico del presunto autore della violenza, anche se riguardanti fatti perpetrati in pregiudizio di un precedente partner.

È bene precisare che la semplice allegazione richiesta dall'articolo 473-bis. 40 c.p.c. non costituisce una condizione sufficiente a derogare all'onere probatorio in capo al ricorrente (o al resistente) che dovrà pur sempre corredare le proprie allegazioni con adeguati supporti probatori (documentali, ma anche avvalendosi di testimoni) volti a comprovare la fondatezza delle affermazioni rese.

5. – Il sistema degli ordini di protezione esce rinnovato dalla Riforma Cartabia nonchè dal cd. Correttivo della stessa di cui al d.lgs. 31 ottobre 2024, n. 164. Anzitutto i previgenti artt. 342-bis e 342-ter del codice civile nonché l'art. 736-bis c.p.c. introdotti nel sistema ad opera della l. n. 154 del 4 aprile 2001, sono stati abrogati per effetto dell'introduzione degli artt. 473-bis. 69, 70 e 71 nella Sezione speciale VII del Titolo IV, libro II c.p.c. che, nel loro combinato disposto, ne ricalcano sostanzialmente il contenuto. È tuttavia oggi previsto che la tutela possa essere accordata a prescindere dalla circostanza che la convivenza sia cessata in virtù dell'allontanamento volontario della vittima degli abusi che sfuggire alle situazioni di reiterata

²⁰ La norma di riferimento è l'art. 473-bis.18 c.p.c., che disciplina il dovere di leale collaborazione e si riferisce testualmente alle informazioni di carattere economico, ma non sembra errato collocarlo in una prospettiva più ampia, ossia quella di correttezza e trasparenza durante l'intero svolgimento del giudizio.

violenza a suo danno; la possibilità di concedere gli ordini di protezione anche da parte del tribunale per i minorenni, con la conseguenza che la loro pronuncia può avvenire nel corso di giudizi *de potestate*, nonché la soppressione della statuizione contenuta in origine nell'articolo 342-ter c.c. che consentiva al giudice di ordinare l'intervento di un centro di mediazione familiare.

Per effetto del decreto correttivo è stato poi introdotto nel sistema, l'art. 473-bis. 72 c.p.c. secondo il quale le norme di cui alla sezione dedicata ai procedimenti con allegazioni di fatti di violenza, si applicano, in quanto compatibili, anche nel caso in cui la condotta pregiudizievole sia stata tenuta da altro componente del nucleo familiare diverso dal coniuge, dalla parte dell'unione civile o dal convivente, ovvero nei confronti di altro componente del nucleo familiare diverso dal coniuge, dalla parte dell'unione civile o dal convivente (nel qual caso l'istanza è proposta dal componente del nucleo familiare il danno del quale è tenuta la condotta pregiudizievole).

Oltre all'estensione dell'ambito di applicazione, il decreto correttivo stabilisce anche l'ammissibilità della misura di protezione non solo *ante causam* ma anche in pendenza del giudizio di merito con un procedimento sommario che può concludersi con contenuti dell'ordine di protezione (art. 473-bis. 46 c.p.c. comma 1, in richiamo all'art. 473-bis.70 c.p.c. In questo modo l'ordine di protezione perde le sue forme processuali originarie sommarie esclusivamente *ante causam* per assumere il rilievo di un contenuto di tutela che nella forma può essere reso con i provvedimenti indifferibili di cui all'art. 473-bis.15 c.p.c., con i provvedimenti temporanei e urgenti o, infine, con provvedimenti nel corso del giudizio di merito. La forma del provvedimento in cui è contenuto l'ordine regola poi diversamente e conseguentemente il tipo di reclamo consentito. Se *ante causam* resta il mezzo del reclamo al collegio nei sensi dell'art. 473-bis. 71 c.p.c., altrimenti il reclamo alla Corte ai sensi dell'articolo 473-bis. 24 c.p.c.²¹.

²¹ Così CECHELLA, *Il correttivo e il nuovo rito minorile e delle famiglie: questioni risolte e questioni insolte*, in *il Quotidiano giuridico*, 8 gennaio 2025. Sugli ordini di protezione prima della riforma v. CIANCI, *Gli ordini di protezione familiare*, Milano, 2005; Di Lorenzo, *Gli ordini di protezione contro gli abusi familiari*, in *Trattato Bonilini-Cattaneo*, III, *Filiazione e adozione*, Torino, 2007; AULETTA, *L'azione civile contro la violenza nelle relazioni familiari (art. 736 bis c.p.c.)*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 1046; NASCOSI, *Gli ordini di protezione civili contro gli abusi familiari a vent'anni dalla loro introduzione*, in *Fam. dir.*, 2021, p. 1189 ss.; DANOVI, *Ordini di protezione e competenza del giudice del conflitto familiare*, in *Fam. dir.*, 2017, p. 1069 ss.; BASILICO, *Profili processuali degli ordini di protezione familiare*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 1121; D'ALESSANDRO, *Gli ordini di protezione contro gli abusi familiari: profili processuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 225 ss.; Dopo la riforma Cartabia v. NASCOSI, *Nuovi strumenti di tutela per contrastare la violenza domestica: la corsia preferenziale prevista dagli artt. 473-bis.40 ss. c.p.c.*, in *Dir. fam. e pers.*, 2023, p. 1870 ss.; ID. *La tutela delle vittime di violenza domestica*

Il correttivo aggiunge così all'art. 473-*bis*. 71 c.p.c. un sesto comma ai sensi del quale quando la condotta pregiudizievole è tenuta dalla parte che ha introdotto o nei confronti della quale è stato introdotto uno dei procedimenti disciplinati dal capo III, sezione seconda del Titolo IV, vale a dire un procedimento di separazione, di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento dell'unione civile e di regolamentazione dell'esercizio della responsabilità genitoriale, nonché di modifica delle relative condizioni, la domanda si propone al giudice davanti a cui pende la causa, che può assumere provvedimenti aventi contenuti indicati nell'articolo 473- *bis*. 70²².

6. – Una volta istaurato il procedimento, al fine di accertare la fondatezza o meno dei fatti di violenza domestica e di genere allegati, l'art. 473-*bis*. 44 c.p.c. prende posizione sul delicato tema della prova dei fatti medesimi.

La disciplina delle attività istruttorie si articola tra l'art. 473-*bis*. 42 c.p.c. (dedicato però specificamente al procedimento) e l'art. 473-*bis*. 44, dedicato precisamente all'attività istruttoria.

Ai sensi dell'art. 473-*bis*. 42 c.p.c., il giudice al fine di accertare le condotte allegate, può anzitutto disporre mezzi di prova anche al di fuori dei limiti di ammissibilità previsti dal codice civile, nel rispetto del contraddittorio e del diritto alla prova contraria. Si tratta della stessa espressione utilizzata dal legislatore del nuovo rito della famiglia e delle persone nell'art. 473-*bis*. 2 c.p.c. dedicato ai caratterizzanti poteri officiosi del Giudice²³. Novità di rilievo è la possibilità per il giudice, ai sensi dell'art. 473-*bis*. 44 c.p.c., di disporre d'ufficio la prova per testi formulando esso stesso i capitoli di prova (con una deroga, pertanto, non solo all'art. 115 c.p.c. ma anche all'art. 244 c.p.c.).

Al medesimo art. 473-*bis*. 44 c.p.c. si prevede poi che il giudice proceda all'interrogatorio libero delle parti, anche avvalendosi di esperti o ausiliari dotati di competenze specifiche in materia. Gli stessi tuttavia, non possono sostituirsi al giudice in questa attività ma solo supportarlo. Secondo il disposto dell'art. 473-*bis*. 45 c.p.c., inoltre, il giudice procede personalmente

o di genere nel processo civile, Annali on line della Didattica e della Formazione docente, vol. 16, n°27/2024, pp.81-100 e DURELLO, *Abusi familiari e violenza domestica: profili processuali degli strumenti di tutela civili*, in *Judicium.it*, giugno 2024.

²² Sulle novità del cd. Correttivo riguardo al processo di famiglia e delle persone complessivamente considerato v. DONZELLI, *Le modifiche al processo familiare e minorile: prime note illustrative al d.lgs. n°164 del 31 ottobre 2024*, in *Judicium.it*, 19 novembre 2024.

²³ Su cui ci si permette di rinviare al nostro *Riforma del processo della famiglia e delle persone e poteri officiosi del giudice*, in *Judicium.it*.

o senza ritardo all'ascolto minore, anche evitando ogni contatto con la persona indicata come autore degli abusi o delle violenze.

Circa la consulenza tecnica d'ufficio, ai sensi dell'art. 473-bis. 44 comma 2 c.p.c, l'esperto deve essere scelto fra quelli dotati di competenze in materia di violenza domestica e di genere e, anche quando vengono disposte indagini a cura dei servizi sociali, il giudice dovrà indicare nel provvedimento la presenza delle suddette allegazioni, gli accertamenti da compiere e gli accorgimenti necessari a tutelare la vittima i minori, anche evitando la contemporanea presenza delle parti.

Il comma 1 dell'articolo 473-bis. 44 c.p.c. consente infine al giudice medesimo di assumere sommarie informazioni da persone informate dei fatti, previsione questa che potrà rivelarsi utile ai fini della concessione dei provvedimenti temporanei ed urgenti, anche indifferibili²⁴.

Abstract

THE IMPACT OF FACTS OF VIOLENCE ON FAMILY AND JUVENILE CIVIL SUITS: THE STATE OF THE ART OF A DIFFERENTIATED TRACK, EVEN FOLLOWING THE CARTABIA AMENDMENT

L'articolo esamina gli attuali nodi problematici dei procedimenti familiari con allegazioni di fatti di violenza, anche a seguito del correttivo alla Riforma Cartabia del processo civile.

The article examines the current problematic issues of family proceedings with allegations of violence, also following the last amendments of the Cartabia Reform of civil proceedings.

²⁴ Così DONZELLI, *Manuale del processo familiare e minorile*, cit., 185.

Corte di cassazione, Sez. I, 3 ottobre 2024, n. 25946 (ord.)
Pres. Cristiano, Rel. Vella

Ai fini della concessione dell'esdebitazione, una volta che il debitore sia stato ritenuto meritevole per l'esclusione di ragioni ostative riconducibili all'art. 142, comma 1, l. fall., ed una volta escluso che la misura del soddisfacimento parziale di cui all'art. 142, comma 2, l. fall. sia tale da coincidere di fatto con l'assenza di soddisfacimento, la valutazione di tutti gli aspetti della procedura – ivi compresa la destinazione di risorse al pagamento di crediti prededucibili – dovrebbe impedire che il debitore resti escluso dal beneficio per ragioni di ordine meramente quantitativo.

(Omissis). Svolgimento del processo

1. – Dagli atti di causa risulta che in data 16.12.2013 il Tribunale di Cremona dichiarò il fallimento di A.A., quale titolare dell'impresa individuale Monicos; la procedura fu chiusa con decreto del 17.12.2019 e il fallito, con ricorso del 17.9.2020, chiese di essere ammesso al beneficio della esdebitazione.

1.1. – Il curatore fallimentare espresse parere favorevole.

1.2. – Con decreto del 5.3.2021 il Tribunale di Cremona rigettò la domanda, dando atto della insussistenza delle condizioni ostative previste dall'art. 142, comma 1, nn. 3, 4 e 5, l. fall., ma valorizzando il fatto che l'attivo realizzato e distribuito, pari a euro 10.000,00, aveva consentito il pagamento dei soli creditori privilegiati, con una percentuale di soddisfo "irrisoria" (0,6%).

1.3. – A.A. propose reclamo contro il provvedimento, invocando un'interpretazione costituzionalmente orientata o adeguatrice dell'art. 142 l. fall. (salva la rimessione alla Corte costituzionale della questione di legittimità costituzionale della norma), tenuto conto che: i) nella lettera della legge non si rinviene alcun riferimento all'entità della soddisfazione percentuale e alla valutazione della sua esiguità; ii) nemmeno la legge-delega prevede il vaglio della soddisfazione parziale, con conseguente ammissione al beneficio quale che sia la percentuale di soddisfazione dei creditori, la cui misura integra un parametro estraneo alla volontà del debitore, dal momento che il minor realizzo dell'attivo fallimentare dipende dal sistema falciante delle vendite e delle transazioni; iii) gli artt. 278 e ss. CCII sono allineati al principio unionale (racc. 2014/135/UE) sul diritto dell'imprenditore di ottenere la esdebitazione senza alcun vaglio in ordine alla soddisfazione dei creditori e senza valutazione giudiziale dopo tre anni dall'inizio della procedura.

1.4. – La Corte d'Appello di Brescia, con ordinanza del 12/7/2021, ha rigettato il reclamo, osservando che: i) ai fini dell'esdebitazione è sufficiente il pagamento di una parte dei crediti ammessi al passivo, mentre è rimessa al prudente apprezzamento del giudice di merito una valutazione comparativa tra quanto pagato e quanto

complessivamente dovuto (Cass. Sez. Un., 24215/2011; Cass. 16620/2016, 17386/2015, 9767/2012), occorrendo verificare che la soddisfazione non sia irragionevole, tenuto conto dell'importo globale dello stato passivo e del numero dei creditori complessivamente ammessi; ii) l'invocato vaglio di costituzionalità non poteva effettuarsi assumendo quale *tertium comparationis* gli artt. 278 e segg. del Codice della Crisi, non ancora entrato in vigore; iii) la Corte costituzionale, peraltro, con l'ord. n. 49 del 2012, proprio con riguardo all'istituto dell'esdebitazione, aveva già ritenuto insindacabile il criterio cronologico discriminante dell'applicazione di diverse discipline normative (se non affetto da manifesta arbitrarietà intrinseca, fonte di ingiustificata disparità di trattamento) poiché lo stesso naturale fluire del tempo è valido elemento diversificatore delle situazioni giuridiche; iv) la valutazione dei requisiti di cui all'art. 142 l. fall. era stata correttamente compiuta dal primo giudice, perché i crediti privilegiati ammessi al passivo ammontavano a euro 468.738,00 e quelli chirografari a euro 152.372,00 e, rispetto all'attivo realizzato di euro 10.000,00, era stato ripartito in favore dei soli creditori privilegiati un importo di euro 2.719,10, pari ad appena lo 0,6% dei loro crediti; v) il reclamo non censurava in modo specifico l'apprezzamento discrezionale compiuto dal Tribunale circa l'irrisorietà dei crediti soddisfatti rispetto a quelli insinuati; vi) la circostanza che la percentuale di soddisfacimento dei crediti fosse dovuta al minore realizzo conseguito durante le operazioni di liquidazione, che conducono alla "svendita dei beni" e ad "un grave detrimento dell'attivo", era, con evidenza, insita nel possibile esito della procedura fallimentare e non poteva essere valorizzata al fine di svilire il requisito oggettivo previsto dalla norma.

2. – A.A. propone ricorso, affidato a dieci motivi e illustrato da memoria, per la cassazione della pronuncia. L'Inps resiste con controricorso, mentre i restanti intimati non svolgono difese.

Motivi della decisione

2.1. – Con il primo motivo si deduce la violazione degli artt. 142, comma 2, 52 e 111 l. fall., sul rilievo che l'art. 52 l. fall. attrae nel concorso formale tutti i crediti, anche quelli prededucibili *ex* art. 111 l. fall., sicché, per coerenza semantica ed interpretativa, la locuzione "creditori concorsuali" di cui all'art. 142 l. fall. dovrebbe includere anche questi ultimi, la cui soddisfazione rileverebbe perciò anche ai fini dell'esdebitazione e, nel caso in esame, andrebbe considerato anche il loro pagamento integrale.

2.2. – Il secondo motivo denuncia la violazione dell'art. 142, comma 2, l. fall. nella sua formulazione letterale, per cui "L'esdebitazione non può essere concessa qualora non siano stati soddisfatti, neppure in parte, i creditori concorsuali", senza alcun riferimento al "*quantum*" della soddisfazione, sicché, salva la ipotesi di totale insoddisfazione, il fallito "è ammesso" al beneficio laddove non sussistano le cause ostative previste dalla norma.

2.3. – Il terzo mezzo deduce che sarebbe ragionevole e costituzionalmente legittimo che i diritti soggettivi primari di coloro i cui fallimenti siano stati chiusi dopo la pubblicazione del Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza (di seguito CCII) possano ricevere la tutela accordata dalla novella; segnala inoltre l'erroneità del richiamo del giudice del merito all'ordinanza della Corte Costituzionale 7 marzo 2012 n. 49 (che, nell'escludere l'incostituzionalità delle norme sull'esdebitazione applicabili, *ratione temporis*, a un fallimento dichiarato nel 2003 rispetto a quelle promulgate con i D.Lgs. di riforma del 2006-2007, ha sottolineato "l'esigenza di compiere, al fine della concessione del beneficio, una serie di riscontri istruttori, volti alla verifica della effettiva meritevolezza del fallito, che ben difficilmente sarebbero possibili o, comunque, fonte di risultati attendibili, ove fossero svolti in relazione a procedure concorsuali la cui chiusura rimonti a periodi troppo risalenti nel tempo, rientrando, quindi, nella discrezionalità del legislatore la fissazione del detto limite temporale"), trattandosi di precedente inidoneo a sorreggere un giudizio di manifesta infondatezza delle questioni di costituzionalità proposte (motivi nono e decimo) alla luce delle norme introdotte dal CCII.

2.4. – Il quarto motivo denuncia l'assoluta obliterazione del dovere di una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 142, comma 2, l. fall., in relazione agli artt. 2, 3, 41, 42, 76, 10, 117 Cost., e al principio di ragionevolezza, essendosi da tempo questa Corte fatta "paladino" di tale canone ermeneutico, che impone al giudice di applicare la legge in modo da dare concreta attuazione ai principi della Carta (v. Cass. nn. 21020, 19461, 19259, 16279, 15261, 14453 del 2021) o, in alternativa, di sollevare la questione di costituzionalità (Cass. Sez. Un., 15177/2021) e, pertanto, di scegliere, in presenza di una pluralità di interpretazioni possibili di una norma, quella che conduce ad un risultato ermeneutico costituzionalmente compatibile, ricusando le altre (Corte Cost. 22 febbraio 2017, n. 58; cfr. Corte Cost. 14 novembre 2003 n. 198, richiamata da Cass. 15083/2015).

2.5. – Il quinto motivo deduce la violazione dell'art. 142, comma 2, l. fall., in relazione all'art. 76 Cost., per eccesso di delega rispetto ai principi di cui alla legge n. 80 del 2005, che si proponeva di "13) introdurre la disciplina dell'esdebitazione e disciplinare il relativo procedimento, prevedendo che essa consista nella liberazione del debitore persona fisica dai debiti residui nei confronti dei creditori concorsuali non soddisfatti", senza alcun vaglio della soddisfazione parziale e solo al ricorrere dei requisiti di meritevolezza poi recepiti dal legislatore delegato, il quale ha poi inserito come "condizione preclusiva dell'esdebitazione la circostanza che non siano stati soddisfatti, neppure in parte, i creditori concorsuali" (v. Rel. Gov. al D.Lgs. 9 gennaio 2006 n. 5) richiamando non meglio precisati "spunti" della legge-delega militanti in tal senso e al dichiarato obiettivo di incentivare condotte virtuose, cui però la misura non sarebbe in grado di rispondere, dal momento che l'ammissione al beneficio verrebbe a dipendere da fattori del tutto estranei alla volontà e all'agire del fallito.

2.6. – Il sesto mezzo denuncia la violazione degli articoli 10 e 117 Cost., con riferimento alla Raccomandazione 12 marzo 2014 n. 2014/135/UE, che erroneamente la Corte d'Appello avrebbe ritenuto “priva di efficacia vincolante”, in contrasto con le norme menzionate e con i principi euro-unitari (Corte Cost. 21 aprile 2021 n. 76; Cass., 19841/2021).

2.7. – Il settimo mezzo lamenta la violazione dell'art. 142, comma 2, l. fall., in relazione agli articoli 10 e 117 Cost., sul rilievo che il giudice, nella propria attività ermeneutica, deve individuare l'interpretazione che consenta di comporre l'eventuale contrasto fra la norma e i principi costituzionali e comunitari sottesi alle norme richiamate (Cass. 2453/2021), tra i quali quello sancito dalla Racc. 2014/135/UE cit. e recepito dal CCII: basterebbe allora, mediante una interpretazione costituzionalmente orientata, dare letterale applicazione all'art. 142 l. fall. considerando irrilevante la percentuale di pagamento dei crediti.

2.8. – L'ottavo motivo deduce la violazione dell'art. 142, comma 2, l. fall., in relazione agli articoli 2, 3, 41, 42 Cost. e ai principi di ragionevolezza e di tutela del mercato e della concorrenza, rammentando che si è al cospetto di diritti della persona, prima ancora che patrimoniali, quali segnatamente: i) lo svolgimento della personalità, che non può essere ostacolato da una condanna a vita dell'imprenditore onesto causata dalla pochezza dell'attivo, laddove l'art. 2 Cost. valorizza la possibilità di “sviluppo, anche evolutivo”, della persona, in ogni ambito della propria vita (Cass. 15160/2021) e “dopo aver affermato la centralità della tutela della persona nell'ordinamento giuridico nazionale, amplia il novero dei diritti della personalità a quelle situazioni giuridiche soggettive che consentono un pieno ed integrale sviluppo della persona” (Cass. 4477/2021); ii) la parità di trattamento (art. 3 Cost.), essendo macroscopicamente iniquo che, a parità di condizioni, il debitore onesto già fallito non possa avere una seconda possibilità, a differenza di quello che fallirà dopo l'entrata in vigore del CCII); iii) la tutela della concorrenza e del mercato, che non vede di buon occhio la esclusione di possibili *competitors*; iv) la libertà di iniziativa imprenditoriale (art. 41 Cost.), che deve essere garantita a chiunque e non già preclusa, per mere ragioni cronologiche, al soggetto comunque onesto, comunque virtuoso, che però si trovi penalizzato dalla esiguità dell'attivo realizzato; v) la tutela della proprietà (art. 42 Cost.), perché solo grazie alla esdebitazione il fallito potrà fruire di tale diritto costituzionalmente protetto; vi) il principio di ragionevolezza, perché le conclusioni della corte distrettuale, se rapportate alla funzione premiante e incentivante dell'istituto, sarebbero davvero incomprensibili.

2.9. – Il nono mezzo denuncia la violazione dell'art. 23, legge cost. 11 marzo 1953 n. 87, dell'art. 1, legge cost. 9 febbraio 1948 n. 1, degli artt. 3, 2, 41, 42 Cost. (la scelta di diritto intertemporale essendo scrutinabile come ogni altra norma, laddove incida su diritti della personalità), degli artt. 10, 117 Cost. (nella parte in cui impongono l'adeguamento ai principi comunitari, in quanto sin dal 2014 l'Unione ha perseguito gli obiettivi di *discharge*, *second chance* e *fresh start* attraverso

l'automaticità dell'esdebitazione), del principio di ragionevolezza (trattandosi di disparità macroscopicamente inaccettabile e irragionevole), con riferimento agli artt. 389 e 390 CCII, nella parte in cui non contemplano gli artt. 279 comma 1, 280 e 281 CCII: la relativa questione di costituzionalità sarebbe rilevante (poiché se accolta consentirebbe l'esdebitazione) e non manifestamente infondata.

2.10. – Il decimo mezzo lamenta, analogamente, la violazione dell'art. 23, legge cost. 87/1953, dell'art. 1, legge cost. 1/1948, degli artt. 76, 3, 2, 41, 42, 10, 117 Cost. e dei principi di ragionevolezza, tutela della concorrenza e del mercato, con riferimento all'art. 142 l. fall., il quale andrebbe conformato a Costituzione non consentendo alcun apprezzamento del giudice su questioni diverse dalle condotte soggettive che la condotta mira disincentivare, e dichiarando irrilevante la soddisfazione parziale dei creditori, o la sua misura. Tutto ciò si fonderebbe su valori protetti dalla Carta, rispetto ai quali la sensibilità attuale è ben diversa rispetto a quella al 2006 e al 2012; sarebbe altresì mutato, rispetto al 2006 (data di introduzione dell'istituto dell'esdebitazione nel nostro ordinamento) e al 2012 (data del citato intervento della Consulta), il valore attribuito alla esdebitazione e al diritto a una seconda possibilità, oggi ritenuto spettante a chiunque, senza discrezionalità del giudice, in quanto intrinsecamente connesso allo sviluppo della personalità. La violazione dell'art. 76 Cost. per eccesso di delega discenderebbe dall'autonoma introduzione del presupposto oggettivo della soddisfazione almeno parziale dei creditori, in assenza di previsioni in tal senso da parte del legislatore delegante e in disarmonia con l'obiettivo incentivante dell'istituto.

3. – Il ricorso merita, complessivamente, accoglimento.

3.1. – Va innanzitutto disattesa l'eccezione di inammissibilità formulata dal controricorrente Inps.

Il ricorso non afferisce alla valutazione del materiale probatorio: il ricorrente chiede l'affermazione di un principio di diritto sulla corretta interpretazione del requisito della soddisfazione, almeno in parte, dei creditori concorsuali di cui al secondo comma dell'art. 142 l. fall., invocandone una definizione della portata ed uno scrutinio di legittimità costituzionale.

Per le stesse ragioni non ricorre l'ulteriore profilo di inammissibilità asseritamente derivante dalla omessa censura della *ratio decidendi* circa la irrisorietà della soddisfazione dei crediti concorsuali.

Con l'ampio sviluppo dei dieci motivi sopra richiamati, il ricorrente invoca una interpretazione sostanzialmente letterale, o comunque costituzionalmente orientata e conforme ai principi unionali, dell'art. 142, comma 2, l. fall., in modo da evitare la grave disparità di trattamento prospettata fra i soggetti dichiarati falliti, ritenuta lesiva dei diritti della persona; ovvero, in subordine, la sottoposizione della norma al vaglio di costituzionalità, per questioni che si adducono come mai affrontate né dal Giudice di legittimità, né dallo stesso Giudice delle leggi.

4. – La questione posta con il primo motivo riguarda la possibilità di includere o meno i creditori prededucibili fra i creditori concorsuali, ai fini della verifica della (almeno) parziale soddisfazione del ceto creditorio, poiché, in caso positivo, potrebbe essere rivisitato il giudizio di irrisorietà espresso dai giudici di merito sulla percentuale di soddisfazione dei creditori.

Secondo il ricorrente, anche i creditori ammessi in prededuzione rientrano tra i creditori concorsuali, la cui soddisfazione va considerata ai fini dell'art. 142 l. fall., in quanto anche i relativi crediti sono valutati e soddisfatti nell'ambito della procedura fallimentare (art. 52, comma 2, l. fall.).

4.1. – Non v'è dubbio che, con la riforma del 2006, il secondo comma dell'art. 52 l. fall. è stato integrato per chiarire, in uno al nuovo art. 111-bis l. fall., che anche i crediti prededucibili devono essere trattati "con le modalità di cui al Capo V", e sono perciò soggetti al concorso formale; tuttavia è anche contemplata l'esplicita "esclusione di quelli non contestati per collocazione e ammontare, anche se sorti durante l'esercizio provvisorio, e di quelli sorti a seguito di provvedimenti di liquidazione di compensi dei soggetti nominati ai sensi dell'articolo 25", tra i quali rientrano sicuramente le spese di procedura e il compenso al curatore fallimentare.

4.2. – Va anche considerato che l'art. 23, par. 2, lett. e) della "Direttiva (UE) 2019/1023 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019 sui quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e l'efficienza delle procedure concorsuali" (cd. direttiva *Insolvency*) consente agli Stati membri di negare o limitare l'esdebitazione, ovvero prevedere tempi più lunghi, in circostanze ben definite, ivi compreso il caso in cui "non è coperto il costo della procedura che porta all'esdebitazione", assimilabile all'ipotesi di insufficienza dell'attivo a coprire i costi prededucibili.

Tuttavia, stante anche la discrezionalità lasciata sul punto agli Stati membri, l'indizio non è conducente, poiché sta semplicemente ad indicare che attualmente il legislatore unionale ammette che l'esdebitazione sia esclusa, tra l'altro, quando nemmeno i costi della procedura sono stati soddisfatti.

4.3. – Non risulta nemmeno decisivo, in senso favorevole alla tesi del ricorrente, che i crediti prededucibili non rientrino espressamente tra le categorie di debiti esclusi dall'esdebitazione nel terzo comma dell'art. 142 l. fall. (categorie rimaste invariate nel corrispondente art. 278, comma 6, CCII).

Appare invece dirimente, in direzione contraria, l'espresso ed inequivocabile riferimento che l'art. 142 l. fall. fa – tanto nel primo quanto nel secondo comma – proprio e solo ai "creditori concorsuali", categoria ampiamente nota e tradizionalmente ricondotta ai creditori anteriori all'apertura del fallimento (cfr. Cass. 16263/2020, in motivazione), dunque ben distinta da quella dei "creditori prededucibili" (similmente, l'art. 281 CCII fa riferimento ai "debiti concorsuali" non soddisfatti).

Si potrebbe al più discutere dei crediti prededucibili sorti ante procedura (ad esempio in correlazione ad una precedente procedura concordataria avvinta a quella fallimentare dal vincolo della “*consecutio*”), ma l’aspetto non è stato allegato in questa sede né risulta oggetto del *thema decidendum* in sede di merito.

4.4. – Nondimeno, poiché è innegabile che l’attivo fallimentare viene destinato anche (ed anzi prioritariamente) a far fronte ai costi della procedura fallimentare, l’incidenza dei crediti prededucibili può ben essere “recuperata” sotto il profilo della misura della soddisfazione che ne residua in favore dei creditori concorsuali; che è il tema affrontato precipuamente con il secondo motivo e arricchito delle argomentazioni addotte nei restanti otto.

5. – Occorre allora richiamare brevemente il consolidato indirizzo nomofilattico in base al quale il cd. “requisito oggettivo”, cui è condizionato il beneficio della esdebitazione (e dunque l’inesigibilità dei crediti residui verso il fallito), richiede, ai sensi dell’art. 142, comma 2, l. fall., che i creditori concorsuali siano stati soddisfatti almeno “in parte”, e tale condizione s’intende realizzata, secondo un’interpretazione costituzionalmente orientata (e coerente con il *favor* per l’istituto già formulato dall’art. 1, comma 6, lett. a), n. 13 della legge delega n. 80/2005) anche quando taluni di essi non siano stati pagati affatto, risultando invero sufficiente che una parte dei debiti, oggettivamente intesa, sia stata pagata in sede di ripartizione dell’attivo, ed essendo rimessa al prudente apprezzamento del giudice del merito una valutazione comparativa della consistenza di quella “parte” rispetto a quanto complessivamente dovuto (Cass. Sez. Un., 24214/2011; Cass. 9767/2012, 16620/2016).

5.1. – Si è poi ulteriormente precisato che, proprio alla stregua del riferito approdo nomofilattico, l’art. 142, comma 2, l. fall. dev’essere interpretato nel senso che, ove ricorrano i presupposti di cui al primo comma della norma (cd. “requisito soggettivo”), il beneficio dell’esdebitazione dev’essere concesso, a meno che (come del reso recita espressamente la norma) i creditori concorsuali “non siano stati soddisfatti neppure in parte”, e cioè siano rimasti totalmente insoddisfatti, ovvero, si è aggiunto – al fine di attribuire un contenuto fattuale alla nozione, di per sé vaga e generica, di “prudente apprezzamento del giudice” e, soprattutto, di scongiurare il rischio di valutazioni arbitrarie, con pronunce variegiate sul territorio nazionale e magari difformi pur in presenza di situazioni identiche – siano stati soddisfatti in percentuale “affatto irrisoria” (cfr. Cass. 7550/2018, 15586/2018, 16263/2020, 15246/2022, 15155/2024 e, da ultimo, Cass. 19893/2024).

5.2. – Va subito sottolineato che tutte le pronunce di questa Corte ricordano immancabilmente come l’individuazione di quella parziale soddisfazione (che, al ricorrere degli ulteriori presupposti soggettivi, dà accesso al beneficio esdebitatorio) debba essere operata secondo un’interpretazione coerente con il “*favor debitoris*” che ispira la norma interna e, si è aggiunto, anche con il “*favor*” per l’omologo istituto unionale del *discharge of debts* di cui al Tit. III della citata direttiva *Insolvency* (Cass.

15155/2024), che ha infatti indotto il legislatore nazionale ad eliminare il "requisito oggettivo" dalle "condizioni per l'esdebitazione" di cui all'art. 280 CCII).

Già nella Rel. al D.Lgs. n. 5 del 2006 si leggeva che "l'obiettivo è quello di recuperare l'attività economica del fallito per permettergli un nuovo inizio, una volta azzerate tutte le posizioni debitorie", in linea con l'istituto del c.d. *discharge* previsto dalla legislazione americana e di alcuni paesi europei, al fine di consentire al fallito il c.d. *fresh start* ed eliminare il fenomeno delle attività "sommerse".

5.3. – Ma soprattutto preme evidenziare che, grazie a questa piena consapevolezza della *ratio* ispiratrice della legislazione in materia, nazionale e sovranazionale, si è avuto cura di precisare che questa natura "affatto irrisoria" dev'essere riscontrata solo ove il concreto "soddisfacimento" non sia tale da rappresentare il relativo concetto neppure parzialmente, però "tenuto conto di tutte le risultanze della procedura" (Cass. 15246/2022).

6. – Può dunque affermarsi che l'accertamento della natura "affatto irrisoria" in questione non debba (affatto) ridursi alla registrazione del dato percentuale del soddisfacimento dei creditori.

E ciò non tanto perché il secondo comma dell'art. 142 l. fall. si limita, innegabilmente, ad escludere il beneficio quando non vi sia stata soddisfazione alcuna ("neppure in parte", laddove per "parte" in teoria potrebbe intendersi anche un solo euro), senza prevedere alcuna soglia o misura minimale di soddisfacimento; tanto che proprio su questa base è stata ritenuta inammissibile la relativa questione di costituzionalità (v. Cass. 16263/2020).

Quanto, piuttosto, perché l'indirizzo nomofilattico di cui si è dato conto ha consegnato al prudente apprezzamento del giudice di merito una valutazione che non può ridursi ad una mera operazione "matematica", ma deve abbracciare e discernere, anche comparativamente, tutte le peculiarità e le proporzionalità della singola procedura, secondo un'interpretazione che sia per un verso rispettosa di quel "*favor*" esplicitato dal legislatore (dapprima interno e poi unionale) e per altro verso costituzionalmente, unionalmente (ed ora anche evolutivamente) orientata.

6.1. – Non è un caso che l'art. 20 della direttiva (UE) 2019/1023 imponga, stavolta, agli Stati membri di assicurare all'imprenditore-persona fisica l'accesso ad almeno una procedura che porti all'integrale *discharge of debts*, prescrivendo che, qualora gli Stati membri condizionino l'esdebitazione al parziale pagamento dei creditori (come è appunto nell'art. 142 l. fall.), la misura di tale pagamento debba essere proporzionata e parametrata alla concreta situazione patrimoniale del debitore, e che, nel fissarla, si tenga conto "dell'equo interesse dei creditori" (laddove l'aggiunta dell'aggettivo "equo" è la cifra dell'attenzione rivolta al debitore).

6.2. – In questa prospettiva pare allora non solo giusto, ma anche coerente con la logica della concorsualità, che il requisito della "soddisfazione almeno in parte" – sinora inteso ricorrendo al concetto di "irrisorietà" – debba tener conto anche dell'incidenza, sull'attivo, dei costi prededucibili; i quali, nel caso di specie, hanno

assorbito più di 2/3 dell'attivo liquidato, erodendo la più gran parte delle risorse destinate ai creditori concorsuali (euro 7.303,47 su un attivo liquidato di euro 10.000,00) e rendendo disponibile per questi ultimi un residuo di soli euro 2.696,53 (con evidente eterogenesi dei fini rispetto al senso dell'apertura di una procedura concorsuale).

6.3. – Ovviamente, a fronte di costi di procedura più bassi la soddisfazione dei creditori concorsuali sarebbe stata maggiore, ma del resto la liquidazione dei crediti prededucibili (come ad esempio il compenso al curatore fallimentare) avviene per lo più sulla base di parametri normativi ed è rimessa all'apprezzamento del Tribunale, senza che sia assicurata una proporzionalità lineare, sicché all'aumentare dell'attivo è probabile che i costi incidano meno pesantemente sulla soddisfazione dei suddetti creditori.

6.4. – E tuttavia, per quanto detto sopra, il debitore non può essere ostracizzato dal beneficio dell'esdebitazione a causa della scarsa consistenza del suo patrimonio (peraltro spesso dipendente anche dai risultati notoriamente poco soddisfacenti della liquidazione in ambito concorsuale), una volta che sia stato comunque escluso che quella minore entità sia il portato di sue eventuali condotte ostruzionistiche, negligenti, depauperatorie, fraudolente, distrattive o comunque penalmente rilevanti, la cui intercettazione è infatti affidata alla serie di requisiti ostativi elencati nel primo comma dello stesso art. 142 l. fall. (sostanzialmente corrispondenti a quelli recepiti nell'art. 280, comma 1, CCII, salvo il profilo della "recidiva"), che ospita il cd. "requisito soggettivo", sicuramente essenziale e preminente nella *ratio* dell'istituto (tanto da essere l'unico conservato nel CCII, che ha invece eliso proprio il "requisito oggettivo" in disamina).

6.5. – Con ciò si vuol dire che, tra "tutte le risultanze della procedura" di cui occorre tener conto ai fini del riconoscimento del beneficio della esdebitazione (Cass. 15246/2022), bisogna certamente considerare anche l'entità dell'attivo acquisito e di quello che è stato possibile liquidare, il numero dei creditori e l'ammontare dei costi prededucibili (variabile, quest'ultima indipendente dalla condotta del fallito), senza arrestarsi a rilevare la "irrisorietà" della percentuale di soddisfazione dei creditori concorsuali – nel caso in esame indubbiamente bassissima, pari allo 0,6% del credito privilegiato – anche perché, come visto, si tratta di un criterio valutativo nemmeno esplicitato nella norma.

Nel caso di specie, poi, l'esigua entità dell'attivo liquidato si combina con un numero contenuto di creditori (in totale diciassette, di cui nove privilegiati, per complessivi euro 468.738,00, e otto chirografari, per complessivi euro 152.372,00) a testimonianza di una insolvenza che, sebbene non certo irrilevante, non dovrebbe aver destato eccessivo "allarme sociale".

Occorre insomma guardare, nella valutazione del cd. requisito "oggettivo", all'intero contesto della procedura; contesto che, nel caso in esame, registra la presenza di un imprenditore individuale che ha messo a disposizione dei (pochi)

creditori concorsuali tutto il proprio patrimonio, la cui liquidazione, già di per sé risultata esigua, è stata quasi interamente assorbita dai costi prededucibili, con il risultato che due soli creditori privilegiati hanno potuto ricevere una minimale soddisfazione.

6.6. – Si tratta di una prospettiva di cui questa Corte si è già fatta carico, censurando, ad esempio, valutazioni di irrisorietà della percentuale di soddisfazione dei creditori circoscritte al raffronto tra l'attivo distribuito e il passivo totale, senza distinguere fra passività societarie e passività dei singoli soci, né considerare che il valore dell'attivo acquisito era ben superiore a quello poi realizzato (anche per le innumerevoli aste deserte), né infine tener conto dei valori consumati in prededuzioni durante il lungo corso della procedura (cfr. Cass. 15359/2023, 15703/2023, 15694/2023).

6.7. – Ciò che conta, in ultima analisi, è che il soddisfacimento dei creditori concorsuali non risulti meramente simbolico.

Ma, una volta che il debitore sia stato ritenuto “meritevole” ai sensi di legge, per l'esclusione di tutte le ragioni ostative soggettive; e, una volta escluso che la misura di quel soddisfacimento sia tale (“*nummo uno*”) da finire per coincidere, di fatto, con l'ipotesi più radicale dell'assenza di qualsivoglia soddisfacimento (l'unica *expressis verbis* contemplata dall'art. 142, comma 2, l. fall.), la specifica e complessiva valutazione di tutti gli aspetti della procedura – ivi compresa, appunto, la destinazione di risorse al soddisfacimento dei crediti prededucibili – dovrebbe tendenzialmente impedire che il debitore resti escluso dal beneficio dell'esdebitazione per ragioni di ordine meramente quantitativo, indipendenti dalle sue condotte.

7. – Il provvedimento impugnato va quindi cassato con rinvio, affinché la corte territoriale, in diversa composizione, e alla luce degli aspetti sopra evidenziati, svolga in modo più approfondito l'analisi circa il presupposto oggettivo del parziale soddisfacimento dei creditori concorsuali, per come interpretabile in senso costituzionalmente e unionalmente orientato. (*Omissis*).

ESDEBITAZIONE E SODDISFAZIONE DEI CREDITORI IN OTTICA DI FAVOR DEBITORIS

ANGELO CASTAGNOLA

Professore ordinario nell'Università di Milano

1. – La decisione qui annotata¹ è significativa perché è espressione della tendenza che l'istituto dell'esdebitazione sta seguendo negli ultimi anni in

¹ Cui può aggiungersi la di poco successiva Cass., 24 ottobre 2024, n. 27562, in *dejure.it*.

Italia ed in Europa, e – pur riferendosi ad un principio che non è più presente nel codice della crisi e dell'insolvenza, ma lo era nella disciplina dell'esdebitazione così come introdotta nel nostro ordinamento nella passata legge fallimentare – assume ancora un notevole rilievo concreto per la decisione di tutti i casi nei quali la concessione dell'esdebitazione è stata rifiutata sotto la legge previgente con provvedimento poi impugnato, e giudizio ancora pendente.

Come è noto, quando – nell'ormai lontano 2006 – la riforma organica delle procedure concorsuali introdusse per la prima volta l'istituto inedito dell'esdebitazione in un ordinamento nel quale da sempre, alla chiusura del fallimento, i creditori rimasti insoddisfatti riacquistavano il libero esercizio delle loro azioni per capitale ed interessi nei confronti del debitore tornato *in bonis*, prevede, oltre al presupposto soggettivo consistente nella qualità di persona fisica, e ad una serie di presupposti oggettivi² necessari per essere ammessi al beneficio e consistenti nella tenuta o mancata tenuta di determinati comportamenti, anche una sorta di preconditione: la necessità che i creditori concorsuali fossero stati soddisfatti almeno in parte³.

Questa preconditione non era stata estranea agli ordinamenti nei quali l'esdebitazione – con il nome di *discharge of debts* – era conosciuta invece da secoli: mi riferisco in particolare all'ordinamento statunitense⁴. Il *Bankruptcy Act* del 1867 aveva infatti introdotto la necessità, ai fini della concessione della *discharge*, della corresponsione ai creditori di un dividendo minimo del cinquanta per cento del loro *claim*⁵. Un emendamento del 1874 alla legge aveva poi abbassato la percentuale dal cinquanta al trenta per cento per i fallimenti aperti su istanza del debitore stesso, e aveva abolito il requisito del

² Si tratta delle condizioni di cui al primo comma dell'art. 142 l. fall., che alcuni autori definiscono presupposti comportamentali (così si veda, sia pur nel contesto del CCII, M. FABIANI, *Sistema, principi e regole del diritto della crisi d'impresa*, 2ª ed., Piacenza - Roma, 2024, p. 524), e la Cassazione, ad esempio nella sentenza qui annotata, definisce invece presupposti soggettivi o requisito soggettivo: sul punto si veda oltre nel testo.

³ Mi permetto di rinviare ad A. CASTAGNOLA, *L'esdebitazione del fallito*, testo della relazione presentata al Convegno su *Novità recenti e in preparazione nella legislazione concorsuale*, organizzato a Milano dalla S.I.S.CO. – Società Italiana di Studi Concorsuali, in *Giur. comm.*, 2006, I, p. 448, ivi a p. 450. Sull'esdebitazione così come introdotta nel 2006 si vedano ampiamente D. LETIZIA, F. VASSALLI, *L'esdebitazione*, in AA.VV., *Gli effetti del fallimento*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da F. Vassalli, F.P. Luiso e E. Gabrielli, III, Torino, 2014, p. 791 ss.

⁴ Mi permetto ancora di rinviare ad A. CASTAGNOLA, *La liberazione del debitore (discharge) nel diritto fallimentare statunitense*, Milano, 1993; ma ancor prima si veda G. ROSSI, *Il fallimento nel diritto americano*, Milano 1956, p. 142 ss.

⁵ A meno che la maggioranza dei creditori ammessi al passivo, calcolata per numero e valore, avesse prestato il consenso all'esdebitazione malgrado la mancanza di tale requisito.

dividendo minimo per i fallimenti dichiarati invece su istanza dei creditori⁶. Il *Bankruptcy Act* del 1898 aveva infine abolito del tutto il requisito del dividendo minimo, anche per i fallimenti volontari⁷: il che aveva svincolato del tutto la *discharge* dalla necessità di una soddisfazione minima dei creditori⁸.

Un percorso simile è stato seguito nel nostro ordinamento: anche il codice della crisi ha abolito il requisito minimo della parziale soddisfazione dei creditori concorsuali originariamente presente nella legge fallimentare; ed il percorso che ha condotto da quest'ultima al codice è stato largamente influenzato per un verso dal diritto unionale, e per altro verso dalla giurisprudenza, soprattutto di legittimità.

2. – Iniziando dalla dimensione europea, è stata la Raccomandazione della Commissione del 12 marzo 2014, intitolata ad un *Nuovo approccio al fallimento delle imprese e all'insolvenza*, a porre come obiettivo quello di dare una seconda opportunità agli imprenditori onesti, specificando come opportuno a questo fine che l'imprenditore sia ammesso al beneficio della liberazione dai debiti dopo un periodo massimo di tre anni, variamente decorrente secondo che esso sia stato ammesso ad una procedura liquidatoria, o ad una procedura che comprenda un "piano di ammortamento". Nel contempo, la Raccomandazione chiariva tuttavia che l'ammissione al beneficio della liberazione integrale dai debiti dopo poco tempo non è opportuna in tutti i casi, potendo gli Stati membri mantenere o introdurre disposizioni più rigorose per dissuadere gli imprenditori che – prima o dopo l'apertura della procedura fallimentare – hanno agito in modo disonesto o in mala fede.

Poco dopo, nel 2016, veniva formulata una Proposta di Direttiva⁹, che era stata poi seguita nel 2019 dalla Direttiva c.d. *Insolvency (Directive [EU] 2019/1023)*, dedicata non solo ai quadri di ristrutturazione preventiva – seguendo il vento della prevenzione che già aveva iniziato a spirare in

⁶ Su tutto ciò si veda ancora A. CASTAGNOLA, *La liberazione del debitore (discharge) nel diritto fallimentare statunitense*, cit., p. 19 ss.

⁷ A. CASTAGNOLA, *La liberazione del debitore (discharge) nel diritto fallimentare statunitense*, cit., p. 25.

⁸ Oltre che da quel consenso dei creditori che all'inizio era necessario per la concessione dell'esdebitazione, e che al momento dell'abolizione della necessità del dividendo minimo lo era solo per bypassare quest'ultimo: si veda A. CASTAGNOLA, *La liberazione del debitore (discharge) nel diritto fallimentare statunitense*, cit., p. 25.

⁹ Sulla quale si veda almeno L. PANZANI, *La proposta di Direttiva della Commissione UE: early warning, ristrutturazione e seconda chance*, in *Fallimento*, 2017, p. 129 ss.

Europa con la Raccomandazione di alcuni anni prima e appena ricordata¹⁰ – ma anche alla liberazione dai debiti dell'imprenditore insolvente. Anche per la Direttiva l'imprenditore insolvente che abbia agito disonestamente o in mala fede potrà essere trattato diversamente, quanto alla liberazione dai debiti, rispetto al debitore onesto: potrà essergli negato o limitato l'accesso all'esdebitazione, qualora concessa gli potrà venire revocata, e potrà essere previsto per lui un *disqualification period* di durata maggiore rispetto all'imprenditore onesto e in buona fede.

L'imprenditore onesto è, invece, destinatario di un trattamento di grande favore ed apertura, sia nell'ottica della Raccomandazione, sia in quella della Direttiva: gli Stati membri devono assicurare che l'imprenditore insolvente abbia accesso ad almeno una procedura che possa condurre ad una piena liberazione dai debiti; e, qualora l'esdebitazione sia subordinata al parziale pagamento di questi ultimi, simile pagamento deve essere fondato sulla situazione individuale dell'imprenditore.

3. – Il medesimo favore per la liberazione dai debiti è nutrito dalla nostra giurisprudenza (specialmente di legittimità); e la sentenza qui commentata ne è chiaro esempio.

Va da sé che il punto di partenza della sentenza è costituito dall'arresto delle Sezioni Unite del 2011, con le due sentenze gemelle¹¹, che avevano risolto un dubbio fondamentale nell'interpretazione dell'art. 142, c. 2, l. fall., e quindi nell'applicazione concreta dell'esdebitazione: se la "*parziale soddisfazione dei creditori concorsuali*" necessaria per il conseguimento del beneficio dovesse necessariamente consistere nella soddisfazione parziale *di tutti i creditori*, e quindi di ciascun singolo creditore – con la conseguenza che anche i creditori chirografari dovessero trovare una soddisfazione almeno parziale (e quindi solo dopo la completa soddisfazione dei privilegiati, almeno nei limiti della capienza dei beni sui quali godevano di prelazione); o se invece potesse consistere nella semplice soddisfazione *di una parte dei creditori*: con la conseguenza, evidentemente molto più favorevole al fallito, che per ottenere l'esdebitazione fosse sufficiente la (parziale) soddisfazione anche solo dei creditori privilegiati (in quanto anch'essi rientranti nel novero

¹⁰ Raccomandazione che per la verità faceva seguito alla proposta della Commissione del 12 dicembre 2012 (COM (2012) 744 def.), diretta alla rifusione (*recast*) del Regolamento CE 1346/2000 al fine di ricomprendervi le procedure caratterizzate da finalità di «salvataggio, ristrutturazione del debito, riorganizzazione o liquidazione».

¹¹ Cass., Sez. Un., 18 novembre 2011, n. 24214 e n. 24215, entrambe in *Fallimento*, 2012, p. 738 ss.

dei creditori concorsuali), pur a fronte della completa insoddisfazione dei chirografari¹².

Al fine di sciogliere il dubbio, in presenza di un testo obiettivamente equivoco, le Sezioni Unite avevano fatto ricorso al criterio interpretativo logico-sistematico, individuando quale fosse la *ratio* dell'introduzione nel nostro ordinamento dell'istituto dell'esdebitazione.

Sotto questo profilo, la finalità della liberazione dai debiti assumerebbe – secondo le parole delle Sezioni Unite – una duplice valenza: per un verso, la consapevolezza per il fallito di potersi liberare dai debiti lo può spingere ad accedere tempestivamente alla procedura concorsuale: scopo di assoluta rilevanza nel quadro dell'approccio preventivo, che non si deve limitare all'affrontare la crisi il prima possibile al fine di *prevenire l'insolvenza*, ma anche ad affrontare *l'insolvenza stessa* il prima possibile, in modo da scongiurarne l'aggravamento e le conseguenze esterne che la stessa può avere.

Per altro verso, la liberazione dai debiti permette – ed è questa per la verità la *ratio* storica della *discharge* – al fallito tornato *in bonis* di godere del *fresh start* e rientrare così nel circuito produttivo.

Su queste basi, le Sezioni Unite avevano allora sciolto il dubbio, risolvendo la questione nel secondo senso (vale a dire: nel senso della sufficienza del soddisfacimento di *una parte* dei creditori): alla luce dell'importanza di entrambe queste finalità, che avevano condotto il legislatore delegante ad importare la *discharge* in territorio italiano, l'opzione ermeneutica fu dunque nel senso che interpretazioni normative foriere di una più ristretta applicazione dell'istituto non potessero essere accolte, dovendo invece essere preferita un'interpretazione che determini una applicazione più ampia.

In più, condizionare l'esdebitazione alla soddisfazione di tutti i creditori, anche di quelli chirografari, avrebbe significato per la Corte farla dipendere da “*un dato legato a contingenze casuali e non riconducibili all'operato dell'imprenditore, quale il numero dei creditori privilegiati e la consistenza dei loro crediti*”, mentre ciò che deve essere valorizzato è il comportamento del debitore.

4. – Se quindi è sufficiente la “*soddisfazione di una parte dei creditori*”, il problema è naturalmente quello di vedere quali caratteristiche deve avere questa soddisfazione parziale; ed anche su questo le Sezioni Unite si erano

¹² Sulla questione si vedano M. FABIANI, *Diritto fallimentare*, Bologna, 2011, p. 499 s.; A. NIGRO, D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, 4ª ed., Bologna, 2017, p. 277 s.

pronunciate: *“sarà dunque compito del giudice del merito, con il suo prudente apprezzamento, accertare quando ciò si sia verificato, quando cioè la consistenza dei riparti realizzati consenta di affermare che l’entità dei versamenti effettuati, valutati comparativamente rispetto a quanto complessivamente dovuto, costituisca quella parzialità dei pagamenti richiesti per il riconoscimento del beneficio”*¹³.

Il Supremo Consesso, nella massima composizione, aveva dunque affidato al prudente apprezzamento dei giudici di merito la valutazione sull’esistenza della preconditione della soddisfazione di almeno una parte dei creditori, indicandone come termini di riferimento, da un lato, l’entità dei pagamenti effettuati e, dall’altro lato, quanto complessivamente dovuto.

5. – Dopo di che, la giurisprudenza successiva aveva applicato questi principi, ma l’applicazione concreta mi pare essere andata in una direzione non del tutto coincidente con le indicazioni delle Sezioni Unite.

Di fronte, infatti, ad una giurisprudenza di merito che esercitava la sua prerogativa di prudente apprezzamento comparando quanto ricevuto da (una parte dei) creditori con il passivo fallimentare, il successivo intervento della giurisprudenza di legittimità aveva avuto un duplice esito.

Da un lato, un orientamento aveva affermato spettare *“al giudice del merito ed al suo prudente apprezzamento accertare se e quando i riparti realizzati (integrassero) quella parzialità dei pagamenti richiesti per il riconoscimento del beneficio”*, avendo cura di aggiungere: *“senza che tale valutazione possa costituire oggetto di censura in sede di legittimità”*¹⁴, ove ovviamente la valutazione fosse motivata.

Dall’altro lato, però, un’altra parte della giurisprudenza di legittimità aveva riconosciuto bensì che la valutazione comparativa del presupposto è rimessa al prudente apprezzamento del giudice, *“ma deve essere operata secondo un’interpretazione coerente col favor debitoris che ispira la norma”*¹⁵.

Inoltrandosi su questa stessa linea, altre sentenze erano state ancor più decise nel senso di censurare lo *“sterile confronto dei dati suddetti”* che fosse avvenuto *“senza in alcun modo filtrarli attraverso l’esame e la valorizzazione anche dei comportamenti tenuti dal (debitore) prima della procedura fallimentare ... a suo carico e durante la pendenza della stessa”*¹⁶, propugnando così un’interpretazione dell’art. 142, c. 2, l. fall. nel senso che, ove i presupposti di cui al comma 1 della stessa norma – vale a dire quelli che la Cassazione

¹³ V. ancora le sentenze citate in nota 11.

¹⁴ Così Cass., 14 giugno 2018, n. 15586 (ord.). Nel medesimo senso della valutazione discrezionale da parte del giudice del merito anche Cass., 1° settembre 2015, n. 17386, in *Fisco*, 2015, p. 3397.

¹⁵ Così Cass., 30 luglio 2020, n. 16263 (ord.), in *Fallimento*, 2021, p. 32.

¹⁶ Così Cass., 27 marzo 2018, n. 7550 (ord.).

chiama “presupposti soggettivi”¹⁷, ma tali in realtà non sono¹⁸, potendo se mai esser definiti “presupposti comportamentali”¹⁹ – risultino presenti, il beneficio deve essere concesso.

L’unica eccezione che questo orientamento ammette è quella in cui i creditori siano rimasti totalmente insoddisfatti o siano stati soddisfatti “in percentuale affatto irrisoria”: con ciò, tuttavia, questo orientamento per un verso sovrappone i “presupposti soggettivi/comportamentali” a quello oggettivo, che invece per legge devono sussistere entrambi; e, per altro verso, frustra il prudente apprezzamento del giudice del merito, quand’anche (adeguatamente) motivato.

Del resto, era – ed è – la giurisprudenza di legittimità stessa a definire espressamente quale “di per sé alquanto generica e vaga” la nozione di “prudente apprezzamento del giudice”²⁰: ma si noti che si tratta della medesima “nozione” con la quale, per espressa disposizione di legge, il giudice deve procedere comunemente a valutare le prove in giudizio. Ed è consolidata la posizione della Cassazione secondo cui “il potere del giudice di valutazione della prova non è sindacabile in sede di legittimità quale apprezzamento non prudente della prova, sotto il profilo della violazione dell’art. 116 c.p.c., perché l’esercizio del potere non deve uniformarsi ad un parametro astratto e generale di prudente apprezzamento ma è piuttosto estrinsecazione dello specifico prudente apprezzamento del giudice della causa (secondo il “suo” prudente apprezzamento, prevede la norma), a garanzia dell’autonomia del giudizio in ordine ai fatti della causa, salvo il limite che la legge disponga altrimenti”²¹.

6. – La sentenza qui commentata procede nella medesima direzione: prende le mosse dalle indicazioni provenienti dal diritto unionale, ed in particolare dall’art. 20 della Direttiva *Insolvency*, rivolto agli Stati membri in cui l’esdebitazione integrale è subordinata al rimborso parziale del debito da parte dell’imprenditore, come l’art. 142 l. fall. prescriveva. In questo caso, l’obbligo di rimborso deve, in primo luogo, basarsi sulla situazione individuale dell’imprenditore, e, in secondo luogo, deve tenere conto dell’“equo interesse dei creditori”: espressione, quest’ultima, in cui l’utilizzo dell’aggettivo “equo” viene inteso dalla Corte come indicativo dell’attenzione

¹⁷ Si veda *supra*, nota 2.

¹⁸ Più correttamente, infatti, il presupposto soggettivo per l’esdebitazione di cui alla legge fallimentare era costituito dalla qualità di persona fisica dell’imprenditore.

¹⁹ In questo senso si ricorda M. FABIANI, *Sistema, principi e regole del diritto della crisi d’impresa*, già citato alla nota 2.

²⁰ Ad esempio anche la sentenza annotata.

²¹ Cass., 17 novembre 2021, n. 34786 (ord.).

rivolta al debitore. Interesse dei creditori sì, quindi, ma contemperato con quello del debitore.

Dalla combinazione di questi due parametri, la Suprema Corte trae la conseguenza che, nella quantificazione della soddisfazione almeno parziale, sia necessario tenere conto *“anche dell’incidenza, sull’attivo, dei costi prededucibili”*: nel senso che, ove la scarsa soddisfazione dei creditori sia dovuta non tanto e non solo alla quantità dei debiti concorsuali (dovuti sostanzialmente all’attività del debitore), ma anche e soprattutto a quella dei debiti prededucibili (dovuti invece al funzionamento della procedura stessa: *“variabile indipendente dalla condotta del fallito”*, scrive la Corte), il beneficio non potrà essere negato; e ciò, si noti, *“senza arrestarsi a rilevare la ‘irrisorietà’ della percentuale di soddisfazione dei creditori concorsuali”*

Con questo, ci pare che la Corte abbia fatto un passo in più rispetto alla precedente giurisprudenza, che invece dell’irrisorietà teneva conto al fine di negare l’esdebitazione.

Per la Corte di oggi, una volta che al debitore non siano imputabili comportamenti che facciano venire meno la sua meritevolezza soggettiva – perché non sussiste alcuna delle ragioni ostative di cui all’art. 142, c. 1, l. fall. – non può essere l’entità del suo patrimonio (che abbia condotto ad una soddisfazione irrisoria) ad impedirgli di esdebitarsi.

Certo, anche per la Corte di oggi il soddisfacimento dei creditori non deve risultare *“meramente simbolico”*; ma se così non è, pur in presenza di soddisfazione irrisoria, l’esdebitazione deve essere concessa.

Resta da chiarire come distinguere il concetto di soddisfazione simbolica da quello di soddisfazione irrisoria: se è nozione generica e vaga quella di prudente apprezzamento, generici e vaghi, soprattutto nei confini reciproci, sono anche gli aggettivi simbolico e irrisorio. E nel momento in cui una soddisfazione di appena lo 0,6% viene ritenuta *“non meramente simbolica”*, come nel caso affrontato dalla Corte, possono venire dubbi sulla effettiva distinzione tra i due concetti.

Poco male, tuttavia, perché la Corte altro non ha fatto che anticipare la scelta legislativa di abolire il requisito del parziale soddisfacimento dei creditori: il che, in un’ottica di interpretazione evolutiva, può essere considerato con favore.

Abstract

DISCHARGE OF DEBT AND SATISFACTION OF CREDITORS FROM A DEBTOR-FRIENDLY PERSPECTIVE

L’evoluzione normativa e giurisprudenziale dell’esdebitazione ha progressivamente rafforzato il *favor debitoris*, rimuovendo sostanzialmente il requisito della parziale soddisfazione dei creditori. La sentenza esaminata conferma tale

orientamento, valorizzando il comportamento del debitore meritevole rispetto al dato patrimoniale. In linea con il diritto unionale, la Corte afferma che l'esdebitazione non può essere negata per la mera irrisorietà della soddisfazione dei creditori, specie se incisa da costi prededucibili. Tale impostazione anticipa l'eliminazione legislativa del requisito nel Codice della crisi, garantendo al debitore onesto un autentico *fresh start* e un reinserimento nel circuito economico, in conformità con i principi di efficienza e seconda opportunità promossi a livello europeo.

The regulatory and jurisprudential evolution of debt discharge has progressively strengthened the favor debitoris, effectively removing the requirement of partial creditor satisfaction. The examined ruling confirms this trend, prioritizing the conduct of the deserving debtor over mere patrimonial data. In line with Union law, the Court asserts that debt discharge cannot be denied solely due to the insignificance of creditor satisfaction, especially when impacted by pre-deductible costs. This approach anticipates the legislative removal of this requirement in the Crisis Code, ensuring an authentic fresh start for honest debtors and their reintegration into the economic system, in accordance with the principles of efficiency and second chance promoted at the European level.

Corte di cassazione, Sez. III, 13 novembre 2024, n. 29253 (Pres. Frasca, Est. Iannello)

Procedimenti sommari – Convalida di sfratto per morosità – Ambito di applicazione alla luce delle modifiche apportate all'art. 657, comma 1, c.p.c. dall'art. 3, comma 46, lett. a), d.lgs. n. 149 del 2022.

Normativa di riferimento: artt. 657, 658 c.p.c.

A seguito delle modifiche introdotte nell'art. 657 c.p.c. dal d.lgs. n. 149 del 2022, il procedimento speciale di intimazione di sfratto per morosità di cui all'art. 658 c.p.c. è applicabile anche al contratto di affitto di azienda (o di ramo di azienda) che comprenda uno o più beni immobili.

Corte di cassazione, Sez. I, 19 agosto 2024, n. 22914 (Pres. Cristiano, Est. Crolla)

Fallimento e procedure concorsuali – Esecuzione individuale del creditore fondiario – Privilegio processuale ex art. 41 TUB – Riforma della crisi di impresa – Sopravvivenza – Liquidazione giudiziale e controllata – Prosecuzione dell'azione esecutiva per entrambe le procedure concorsuali.

Normativa di riferimento: art. 41 TUB

Il creditore fondiario può avvalersi del privilegio processuale di cui all'art. 41 TUB sia nel caso in cui il debitore esecutato sia sottoposto alla procedura di liquidazione giudiziale di cui agli artt. 121 e ss. del d.lgs. n. 14 del 2019 (Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza), sia nel caso di sottoposizione del debitore esecutato alla procedura concorsuale della liquidazione controllata di cui agli artt. 268 e ss. dello stesso Codice, potendo perciò proseguire l'azione esecutiva già pendente su iniziativa del creditore fondiario al momento dell'apertura di entrambe le procedure concorsuali.