

rivista di diritto privato

1 anno XVI - gennaio/marzo 2011

Comitato scientifico

Giorgio De Nova
Natalino Irti
Pietro Rescigno
Piero Schlesinger
Paolo Spada
Adriano Vanzetti

Direzione

Giorgio De Nova
Michele Capodanno
Mario Cicala
Enrico Gabrielli
Luigi Augusto Miserocchi
Vincenzo Roppo
Giuliana Scognamiglio
Giuseppe Tucci
Giuseppe Vettori



**CACUCCI
EDITORE**

rivista di diritto privato

Pubblicazione trimestrale

Editrice

Cacucci Editore S.a.s.
Via D. Nicolai, 39 – 70122 Bari (BA)
www.cacuccieditore.it
e-mail: riviste@cacuccieditore.it
Telefono 080/62030890
Fax 080/5234777

Direttore responsabile

Nicola Cacucci

Comitato scientifico

Giorgio De Nova, Natalino Irti, Pietro Rescigno,
Pietro Schlesinger, Paolo Spada, Adriano Vanzetti

Direttore

Giorgio De Nova

Condirettori

Michele Capodanno, Mario Cicala, Enrico Gabrielli,
Luigi Augusto Miserocchi, Vincenzo Roppo,
Giuliana Scognamiglio, Giuseppe Tucci, Giuseppe Vettori

Comitato editoriale

Pietro Abbadessa, Fabio Addis, Giuseppe Amadio,
Franco Anelli, Ciro Caccavale, Cristina Campiglio,
Paolo Carbone, Angelo Chianale, Massimo Confortini,
Giovanni D'Amico, Enrico del Prato, Valerio Di Gravio,
Fabrizio di Marzio, Aldo Angelo Dolmetta,
Andrea Fusaro, Carlo Ibba, Giancarlo Laurini,
Raffaele Lener, Francesco Macario, Vincenzo Meli,
Massimo Miola, Mario Notari, Giacomo Oberto,
Gustavo Olivieri, Mauro Orlandi, Fabio Padovini,
Giuseppe B. Portale, Renato Rordorf, Luigi Salvato,
Giuseppe Santoni, Davide Sarti, Michele Sesta,
Michele Tamponi, Federico Tassinari,
Gian Roberto Villa, Massimo Zaccaro,
Attilio Zimatore, Andrea Zoppini

Redazioni

Milano: Francesco Delfini, Gregorio Gitti, Arturo Maniaci
Bari: Adriana Addante, Caterina Calia,
Claudia Morgana Cascione

Realizzazione grafica

Quorum Italia S.r.l. – Bari

Fotocomposizione e stampa

Ragusa Grafica Moderna S.r.l. – Modugno (BA)

Autorizzazione Tribunale di Bari n. 16 Reg. Stampa
del 16/04/2009. Num. R.G. 1500/2009
Tariffa R.O.C.: Poste Italiane S.p.A. – Spedizione
in abbonamento postale – D.L. 335/2003 (conv.
in L. 27 febbraio 2004, n. 46) art. 1, comma 1.

Abbonamenti

Gli abbonamenti hanno durata annuale e si intendono rinnovati per l'anno successivo se non disdetti entro la scadenza a mezzo di semplice lettera o e-mail.

Italia

Abbonamento annuale: € 125,00.

Esteri

Abbonamento annuale: € 250,00.

Magistrati e Uditori giudiziari

Sconto del 30% sull'acquisto dell'abbonamento annuale alla rivista, applicabile rivolgendosi alla Cacucci Editore S.a.s., Via Nicolai, 39, 70122 Bari, o via Fax al n. 080/5234777 o rivolgendosi al Servizio clienti al n. 080/62030890, o via e-mail rivista@cacuccieditore.it. Nell'ordine d'acquisto i magistrati dovranno allegare fotocopia del proprio tesserino identificativo attestante l'appartenenza alla magistratura e dichiarare di essere iscritti all'Associazione Nazionale Magistrati.

Prezzo singola copia: € 35,00.

Arretrati: prezzo dell'anno in corso all'atto della richiesta.

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per gli effetti del combinato disposto dall'art. 74 del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989 e successive modificazioni ed integrazioni.

Per l'invio di corrispondenza:

Cacucci Editore S.a.s. - Redazione, Via Nicolai, 39,
70122 Bari.

Per informazioni su gestione abbonamenti, numeri arretrati, cambi d'indirizzo, ecc.

Cacucci Editore S.a.s. – Servizio clienti,
Via Nicolai, 39, 70122 Bari.
Tel. 080/62030890, Fax 080/5234777,
e-mail: riviste@cacuccieditore.it

Egregio abbonato,
ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003,
n. 196, La informiamo che i Suoi dati saranno
conservati nel data base informatico del titolare
del trattamento Cacucci Editore S.a.s..

I Suoi dati saranno utilizzati dalla nostra società,
da enti e società esterne ad essa collegati,
nonché da soggetti terzi, titolari autonomi
del trattamento, solo per l'invio di materiale
amministrativo-contabile, commerciale e pro-
mozionale.

Ai sensi dell'art. 7 del citato D.Lgs., Lei ha
diritto di conoscere, aggiornare, rettificare,
cancellare i Suoi dati, nonché di esercitare tutti
i restanti diritti ivi previsti, mediante comu-
nicazione scritta a Cacucci Editore S.a.s., Via
Nicolai, 39, 70122 Bari.

rivista di diritto privato

2011

Comitato scientifico

Giorgio De Nova

Natalino Irti

Pietro Rescigno

Piero Schlesinger

Paolo Spada

Adriano Vanzetti

Direzione

Giorgio De Nova

Michele Capodanno

Mario Cicala

Enrico Gabrielli

Luigi Augusto Miserocchi

Vincenzo Roppo

Giuliana Scognamiglio

Giuseppe Tucci

Giuseppe Vettori



CACUCCI
EDITORE

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

Ai sensi della legge sui diritti d'Autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro, senza il consenso dell'autore e dell'editore.

SOMMARIO 1/2011

Saggi e pareri

- La tutela del figlio disabile tra nuove “fiducie” e/o “affidamenti fiduciari”, trust e clausole testamentarie tradizionali**
di Giuseppe Tucci 7
- Gli atti di destinazione nell’interesse della famiglia e dei disabili**
di Andrea Fusaro 33
- Il dovere di coerenza nell’atto di recesso (note sull’abuso del diritto)**
di Francesco Gambino 61
- La rilevanza della posizione dominante nel codice civile e nel diritto della concorrenza**
di Laura Cerroni e Giulia Zanchi 81
- L’azione di classe come azione collettiva risarcitoria di gruppo per la tutela di diritti omogenei. Una *class action* all’italiana**
di Paolo Gentile 99

Difese e decisioni

- Uso indebito del cognome maritale da parte della donna divorziata e lesione dell’“identità familiare” (Trib. Milano 12 gennaio 2010)**
di Michele Sesta 121

Saggi e pareri

La tutela del figlio disabile tra nuove “fiducie” e/o “affidamenti fiduciari”, trust e clausole testamentarie tradizionali*

di Giuseppe Tucci

SOMMARIO: 1. Differenziazione del fenomeno successorio rispetto all'erede disabile: le prospettive di una possibile riforma. – 2. Fedecommissio familiare ex art. 692 cod. civ., trust e contratti di affidamento fiduciario a tutela del disabile. – 3. I tradizionali istituti di diritto successorio e la posizione del disabile: prelegato e clausola si sine liberis decesserit. – 4. L'interpretazione della clausola testamentaria. – 5. Prelegato, clausola si sine liberis decesserit e fedecommissio familiare ex art. 692 cod. civ.: differenze. – 6. Istituti alternativi al diritto successorio e tutela del disabile: atti di destinazione (art. 2645-ter cod. civ.), negozi gestori e contratti di affidamento fiduciario. – 7. Le lacune della disciplina degli atti di destinazione ex art. 2645-ter cod. civ. e i contratti di affidamento fiduciario. – 8. Trust, atti di destinazione ex art. 2645-ter cod. civ. e segregazione patrimoniale. – 9. I vantaggi del ricorso ai contratti di affidamento fiduciario a tutela del disabile. – 10. Segregazione patrimoniale, responsabilità patrimoniale ex art. 2740 cod. civ. e tutela del disabile. – 11. La fiducias a scopo assistenziale di cui al disegno di legge 1° marzo 2010 di delega al governo (art. 10, comma 6°, lett. d), n. 2): il confronto con l'affidamento fiduciario in favore di soggetti deboli di cui all'art. 11 della l. 1° marzo 2010 della Repubblica di San Marino. – 12. (Segue): non gratuità dell'atto e valore eccessivo dei beni rispetto alle esigenze del disabile beneficiario: i possibili rimedi.

1. Avere un figlio disabile, non autosufficiente per la sua invalidità, ha rappresentato in tutti i tempi una delle più grandi sventure umane. La sventura, poi, raggiunge un livello più alto di drammaticità, quando il genitore prova ad immaginare il possibile destino dello stesso dopo la sua morte, perché, a partire da quel momento, l'unica ancora di salvezza di quel figlio potrà essere soltanto la dubbia generosità degli altri figli o dei parenti più vicini.

Il diritto successorio moderno, figlio della Rivoluzione francese e della lotta alla nobiltà terriera, con la rigida previsione della legittima e con la battaglia contro le sostituzioni fedecommissarie, ha reso estremamente difficile soddisfare questa esi-

* Il presente articolo è destinato agli Studi in memoria di Giuseppe Panza.

genza fondamentale, sicché non a caso, con riforme transdisciplinari, si tende oggi ad abbandonare quelle rigidità, sedimentatesi nel corso della storia, ma ormai prive di ogni giustificazione funzionale¹.

Naturalmente, non si tratta tanto di abrogare il principio della successione dei legittimari, quanto quello dell'unità della successione, che implica un rigido atteggiamento ad ogni differenziazione del regolamento successorio dal punto di vista dell'origine o della natura dei beni e delle qualità personali degli eredi; con la conseguenza di applicare, a livello di vocazione ereditaria, il criterio della chiamata in quota astratta uguale, statuendo, poi, in sede di divisione dell'eredità, la regola dell'eguaglianza qualitativa e quantitativa dei lotti, sancita negli artt. 718 e 727 c.c.².

L'aver abbandonato ogni collegamento tra l'interesse soggettivo protetto e la natura dei beni o la qualità delle persone ha reso la vicenda ereditaria completamente indifferente ai problemi della persona ed ha finito con il relegare il diritto successorio ad una dimensione puramente patrimonialistica, rendendolo assolutamente estraneo ad ogni prospettiva di funzione sociale. Il possibile recupero di tale funzione si realizza allora non attraverso un ritorno della vicenda successoria ad una logica da antico regime, ma attraverso un più ampio riconoscimento del ruolo dell'autonomia privata. Quest'ultima, sottoposta ad un adeguato controllo della meritevolezza degli interessi perseguiti, può infatti consentire di creare un assetto di interessi idoneo alla tutela di particolari soggetti, come appunto i disabili, allo stesso modo in cui, sotto altri profili, si tenta di trovare una disciplina adeguata della trasmissione dell'impresa di famiglia³.

Per realizzare tali interessi, senza alcun dubbio meritevoli di tutela, con riferimento alla tutela del figlio disabile, si vanno diffondendo istituti alternativi alla classica successione testamentaria, prima di tutto il trust⁴.

Alla disciplina dei trust istituiti in favore di persone portatrici di *handicap* è espressamente dedicata la proposta di legge, di iniziativa dell'on. Migliori, presentata alla Camera dei Deputati il 10 luglio 2008 con il n. 1471. Essa, oltre a riconoscere in generale il trust (art.1), istituisce e disciplina, in termini molto articolati, il

¹ Per un documentato bilancio in tal senso v. G. Panza, *Il problema e la sua evoluzione legislativa*, in G. Panza, F. Panza, *Successioni in generale tra codice civile e Costituzione*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da Perlingieri, Napoli, 2004, 3 ss., 18ss., nonché Liserre, *Evoluzione storica e rilievo costituzionale del diritto ereditario*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, V, Torino, 1984, 7 ss.

² V. Palazzo, *Le successioni*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica e Zatti, I, Milano, 2000, 5 ss.

³ Per il dibattito sul tema v. Bonilini, *Sulla proposta di novellazione delle norme relative alla successione necessaria*, in *Fam., pers. succ.*, 2007, 581 ss.; Amadio, *La successione necessaria tra proposte di abrogazione e istanze di riforma*, in *Riv. not.*, 2007, 803. I termini del problema sono chiaramente delineati da Palazzo, *Le successioni*, in *Trattato di diritto privato*, cit., 6.

⁴ La giurisprudenza offre ormai un'ampia casistica formatasi in materia di ordinanze con cui il Giudice tutelare autorizza l'amministratore di sostegno a istituire un trust con beni dell'amministrato. A riguardo v. Trib. Genova, 17 giugno 2009, in *La giurisprudenza italiana sui trust. Dal 1899 al 2009*, Milano, 2009, 13 ss., ed ivi richiami agli altri precedenti.

trust in favore di persone portatrici di *handicap*, prevedendo, tra l'altro, una specifica disciplina del patrimonio in trust (art. 9), dell'impiego e dell'amministrazione dello stesso (art. 10), del Guardiano del trust (art. 12) e l'intero Capo II (artt. 15-33), dedicato alla disciplina tributaria di tale trust⁵.

Malgrado la diffusione dell'istituto del trust nella nostra esperienza giuridica, certamente possono ben essere utilizzati, in sua alternativa, i contratti di affidamento fiduciari, con la conseguenza di ottenere effetti segregativi in senso proprio senza ricorrere al trust ed al necessario rinvio ad una legge straniera⁶.

Il contratto di affidamento fiduciario è stato elaborato dalla dottrina per spiegare numerose fattispecie previste nel nostro ordinamento e interpretate dalla nostra giurisprudenza in termini spesso corretti, anche se attraverso il riferimento improprio allo schema del negozio fiduciario⁷.

In tale contratto l'affidante attribuisce all'affidatario determinati beni e diritti, da destinare a vantaggio di uno o più beneficiari in base ad un programma, alla cui realizzazione l'affidatario si obbliga.

Nel contratto di affidamento fiduciario il programma precisa le modalità attraverso le quali deve essere realizzata la destinazione dei beni a vantaggio dei beneficiari. Esso rappresenta, pertanto, l'oggetto e, sotto il profilo funzionale, la causa del contratto, che, in quanto tale, può essere tipizzata in maniera specifica soltanto nella prassi.⁸

Il recente art. 10 dello schema di Disegno di legge, approvato dal Consiglio dei Ministri in data 1° marzo 2010, che contiene la delega al Governo per la disciplina della fiducia, nel legittimare, sia pure implicitamente, come si vedrà, molti dei risultati ottenuti dalla dottrina attraverso il ricorso ai contratti di affidamento fiduciario, prevede espressamente, all'art. 10, comma 6°, lett. d), n. 2), il contratto di fiducia a scopo assistenziale, con una disciplina estremamente privilegiata a favore del beneficiario disabile⁹.

Analoga disposizione particolare è prevista nella recente l. 1° marzo 2010, n. 43 della Repubblica di San Marino, il cui art. 11 è espressamente dedicato alla disciplina dell'affidamento fiduciario in favore di soggetti deboli, tra cui il disabile¹⁰.

⁵ Il progetto di legge si può consultare sul sito www.trusts.it, dove è possibile reperire una ampia documentazione sull'intera materia.

⁶ Sui contratti di affidamento fiduciari v. Lupoi, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, Padova, 2008, 197 ss.; Id., *I trust nel diritto civile*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, 13 ss., con particolare riferimento alle situazioni affidanti.

⁷ V. *Infra*, par. 8.

⁸ A riguardo v. ancora Lupoi, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, cit., 226, e, con riferimento alla diversa prospettiva del tradizionale negozio fiduciario, Id., *La consunzione del negozio fiduciario*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2010, 128 ss.

⁹ Si tratta dello Schema di Disegno di legge recante disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità Europee – Legge comunitaria 2010, in www.politichecomunitarie.it

¹⁰ La l. 1° marzo 2010 n.43 della Repubblica di San Marino è rintracciabile sul sito http://www.bcsm.sm/index.php?option=com_content&task=view&id=690&Itemid=252 oltre che sul più volte richiamato www.trusts.it.

Tutte le sopra indicate innovazioni, che modificano e sono destinate a modificare il nostro ordinamento, impongono una diversa lettura del diritto successorio tradizionale, con la conseguenza che, come si vedrà, può essere anche utilizzato, per le sopra richiamate finalità, pur con molti limiti, il normale testamento ed i suoi antichi istituti.

2. Preordinata alla tutela del figlio, del nipote o del coniuge interdetto, ma non a quella di altri soggetti deboli, è l'attuale sostituzione fedecommissaria disciplinata dall'art. 692 cod. civ., come rinnovellato dopo la riforma del 1975¹¹.

I limiti di tale sostituzione sono, come è noto, estremamente ristretti e risultano amplificati nella loro negatività sopra tutto con riferimento a soggetti deboli, come il disabile non autosufficiente, ma pienamente capace di intendere e di volere; figura, quest'ultima, destinata a presentarsi in concreto molto spesso nel prossimo futuro per una serie di ragioni connesse all'intervento di tecnologie, idonee a prolungare la vita anche a soggetti non più autosufficienti o per ragioni di età oppure a causa di incidenti traumatici. Infatti, nella logica dell'art. 692 del nostro codice civile, sostituti dell'incapace possono essere solo le persone o gli enti che, sotto la vigilanza del *tutore*, si sono presi cura di lui, ma entro ben precisi limiti soggettivi, in quanto l'istituto, come si è detto, può essere soltanto l'interdetto o il minore che si trova in condizioni di abituale infermità mentale che prelude all'interdizione, mentre i secondi istituiti possono essere soltanto quelli indicati nello stesso art. 692 cod. civ., cioè la persona o gli enti che hanno avuto cura dell'interdetto medesimo; soggetti che possono anche mancare¹².

I sopra indicati limiti del fedecommissario assistenziale spiegano la diffusione sempre più ampia dei trust a favore di disabili. Infatti, si può ricorrere al trust non solo quando il disabile sia figlio, nipote o coniuge, ma anche quando sia altro familiare, come ad esempio un fratello, ed anche quando manchi o non sia assolutamente prevedibile l'interdizione, ma sia comunque opportuno e meritevole di tutela provvedere alla tutela di un disabile, affetto da gravi disabilità fisiche non tali però da legittimare l'interdizione, oppure quando i familiari del disabile non intendono ricorrere all'interdizione, ma, ad esempio, al più moderno istituto dell'amministrazione di sostegno¹³.

¹¹ V. Palazzo, *Le successioni*, in *Trattato di diritto privato*, II, cit., 777

¹² Deriva da tali limiti l'esigenza di ripensare la stessa sostituzione fedecommissaria. A riguardo v. Pacia, *Sostituzione fedecommissaria tra tradizione e modernità*, in *Riv. not.*, 2008, 555 ss.

¹³ In questo senso v. Monegat, *Trust per la protezione di soggetti deboli*, in Monegat, Lepore, Valas, *Trust. Aspetti sostanziali e applicazioni nel diritto di famiglia e delle persone*, I, Torino, 2007, 333 ss. Sul tema specifico e le relative implicazioni v. Lupoi, *I trust nel diritto italiano*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, Torino, 2004, 317, 318, 334-336.

Le differenze tra fedecommesso e trust sono notevoli e sono state messe in rilievo dalla nostra dottrina.

Il fedecommesso appartiene al diritto successorio; il trust, invece, è, il più delle volte, atto tra vivi. Inoltre, nel caso del fedecommesso assistenziale i beni non possono più tornare in famiglia, in quanto essi sono ormai da devolvere alle persone oppure agli enti che hanno avuto cura del disabile interdetto; nel caso del trust, invece, può avvenire esattamente il contrario¹⁴.

Sotto il profilo della segregazione patrimoniale, i negozi di affidamento fiduciario si pongono in alternativa al trust¹⁵. Si tratta allora di verificare entro quali limiti essi possano sostituire il trust laddove quest'ultimo incrocia il diritto di famiglia a molti livelli e per ragioni molteplici¹⁶.

Per evidenti ragioni di economia del lavoro e di omogeneità del discorso si fa riferimento esclusivo all'uso del trust a tutela di persone disabili o, più genericamente, deboli, visto che la "realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità" è la prima delle ipotesi considerate dall'art. 2645-ter c.c. per legittimare gli atti di destinazione¹⁷.

Certamente il sopra indicato uso del trust, come dei negozi di affidamento fiduciario, si coniuga con la rilevante novità rappresentata dall'introduzione nel nostro ordinamento dell'amministrazione di sostegno in seguito alla nuova formulazione degli artt. 404 ss. c.c. da parte della l. 9 gennaio 2004, n. 6¹⁸.

Con tale istituto si è inteso fornire uno strumento alternativo all'interdizione (art. 414 c.c.) ed all'inabilitazione (art. 415 c.c.), tutelando, con la minore limitazione possibile della capacità di agire, le persone prive in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana mediante interventi di sostegno temporanei o permanenti; con ciò limitando il campo di applicazione dell'interdizione solo ai casi in cui ciò risulti necessario per assicurare l'adeguata protezione

¹⁴ Per le differenze tra trust e sostituzione fedecommissaria, v. Porcelli, *Successioni e trust*, Napoli, 2005, 182 ss.

¹⁵ V. Lupoi, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, cit., 242.

¹⁶ Per i problemi richiamati nel testo v. Mariani, *Il trust familiare: l'ontologica differenza con gli altri istituti*, in *Trusts*, 2008, 282 ss.; Dogliotti, Piccaluga, *I trust nella crisi della famiglia*, cit., 303, nonché, in giurisprudenza, Trib. Milano, 7 giugno 2006, in *Trust e diritto di famiglia: applicazioni pratiche*, a cura di M. Monegat, in *@Sinacta* dal 19 giugno 2007; Lupoi, *I trust nel diritto civile italiano*, cit., 341, e, con riferimento al passaggio generazionale della conduzione dell'impresa, v. Salvatore, *L'utilizzazione del trust al servizio dell'impresa*, in *Riv. not.*, 2006, particolarmente 127 ss.

¹⁷ Sul significato di tale priorità v. Morace Pinelli, *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, cit., 191; Bartoli, *Prime riflessioni sull'art. 2645-ter e sul rapporto tra negozio di destinazione di diritto interno e trust*, in *Corr. merito*, 2006, 697 ss.

¹⁸ V. Bonilini, Tommaseo, *Dell'amministrazione di sostegno – Art. 404-413.*, Milano, 2008; Mirabella, Aimerito e Altri, *Tutela, curatela e amministrazione di sostegno. La centralità della persona nell'approccio multidisciplinare alla fragilità*, Torino, 2008; Bonilini, Chiazzi, *L'amministrazione di sostegno*, Padova, 2004, 22 ss.; Ferrano, Lenti (a cura di), *Soggetti deboli e misure di protezione. Amministrazione di sostegno e interdizione*, Torino, 2006, 43 ss.

del soggetto debole, mentre l'inabilitazione dovrebbe essere limitata alle sole ipotesi di prodigalità¹⁹.

Proprio la nuova filosofia della protezione degli incapaci e la restrizione dell'ambito di operatività dell'interdizione hanno reso di fatto impraticabile, ancor più che per il passato, il ricorso alla sostituzione fedecommissaria familiare, disciplinata dall'art. 692 c.c., mentre l'introduzione dell'amministrazione di sostegno ha reso frequente il ricorso al trust in funzione sia integrativa che sostitutiva della stessa²⁰.

Risulta poi evidente che, come hanno messo in rilievo alcune pronunce giurisprudenziali, trust e sostituzione fedecommissaria restano nettamente distinti, sicché è escluso che il primo possa essere valutato alla stregua della rigida disciplina prevista per la seconda²¹.

Il ricorso ai negozi di affidamento fiduciario, in alternativa al *trust*, nelle ipotesi in esame, potrebbe consentire, come si vedrà in seguito, una serie di scelte, che si potranno adattare alle esigenze del caso concreto, allo stesso modo di quanto accade per il trust.

3. L'esigenza di prestare adeguata tutela al disabile capace di intendere e di volere, viene soddisfatta il più delle volte, nella comune prassi, al di fuori delle soluzioni "innovative", alle quali si è fatto riferimento, ma nell'ambito dei tradizionali istituti di diritto successorio, che, nella nuova prospettiva, si piegano a finalità diverse da quelle per le quali erano stati previsti dal legislatore. Compito dell'interprete è allora quello di consentire la realizzazione degli scopi che i privati si prefiggono sopra tutto quando quelle finalità perseguono interessi meritevoli di tutela, come avviene nell'ipotesi qui considerata. E ciò anche se, innegabilmente, la possibilità di liti e le incertezze relative sono facilmente prevedibili.

Uno di tali istituti è proprio quello del prelegato.

¹⁹ V. Antonica, *L'amministrazione di sostegno: un'alternativa all'interdizione e all'inabilitazione*, in *Fam. e dir.*, 2004, 528 ss.; Campese, *L'istituzione dell'amministrazione di sostegno e le modifiche in materia di interdizione e inabilitazione*, ivi, 2004, 128 ss. Sul rapporto tra dignità e libertà del soggetto debole v. Corte cost. (ord.), 19 gennaio 2007, n. 4, in *Giur. Cost.*, 2007, 2277.

²⁰ A riguardo v. La Torre, *Trust e amministratore di sostegno*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2007, 51 ss., con riferimento a Trib. Genova, 14 marzo 2006, ivi, 2006, 415 ss., e, in relazione a tale specifica fattispecie v. *Atto di trust in favore di soggetto sottoposto ad amministrazione di sostegno*, ivi, 2006, 635 ss.; Trib. Modena, 11 agosto 2005, ivi, 2006, con riferimento alla nomina dell'amministratore di sostegno ed alla congiunta autorizzazione allo stesso ad istituire un trust; Tonelli, *Trust in luogo di amministrazione di sostegno e con finalità successorie*, ivi, 2007, 643 ss.

²¹ V. Appello Firenze, 9 agosto 2001, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2002, 244 ss.; Trib. Lucca, 23 settembre 1997, in *Foro it.*, 1998, I, 3391, con nota di Lupoi. In dottrina v. Gambaro, voce *Trust*, cit., 468; Piccoli, Raito, *Atto di costituzione di "trust"*, in *Notariato*, 1996, 269 ss.

Come è noto, la *ratio* e il funzionamento del prelegato sono stati a lungo studiati dalla dottrina, specie con riferimento all'art. 661 del nostro codice civile, che ha risolto vari problemi che si dibattevano sotto il vecchio codice²².

Alla luce dell'attuale disposizione codicistica risulta ormai chiaro che il prelegatario risponde dei debiti ereditari solo per la parte che gli spetta come coerede e non anche per la porzione di prelegato che grava sulla sua quota.

Particolarmente interessante si rivela l'uso del prelegato, gravato da onere, come strumento per realizzare il passaggio generazionale dell'impresa di famiglia, preservando l'unità del complesso produttivo. In tal caso il testatore impone all'erede e prelegatario la costituzione di una società a responsabilità limitata e il conferimento, quale unico socio, dell'azienda che rappresenta appunto il bene legato. Inoltre, sempre attraverso il testamento, potrà essere nominato un institore, chiamato a gestire l'azienda per i primi anni di vita della società²³.

Oltre che per finalità di trasmissione generazionale del bene-azienda, il prelegato viene frequentemente utilizzato nella prassi notarile proprio per la tutela del disabile con finalità pratiche assolutamente diverse rispetto alla sua tradizionale utilizzazione, che mirano a risolvere il problema in esame nei termini particolari in cui esso ormai emerge per le ragioni sopra individuate.

Nell'ambito delle disposizioni testamentarie è infatti frequente la clausola secondo cui, nominati i figli eredi universali *pro quota*, si pone in essere un prelegato a favore del figlio disabile, disponendo che, in caso di decesso dello stesso senza che abbia avuto figli (*si sine liberis decesserit*), i beni oggetto del prelegato restino assegnati ad un altro soggetto, ad esempio un fratello o altro parente del disabile, oppure anche ad un estraneo, a condizione che quest'ultimo presti assistenza morale e materiale al medesimo disabile per tutto ciò di cui egli abbia avuto bisogno²⁴.

La clausola sopra richiamata crea diversi problemi innegabilmente complessi, che però possono essere risolti in termini abbastanza coerenti, rispettando in tal modo la volontà del testatore.

²² V. Palazzo, *Le successioni*, in *Trattato di diritto privato*, II, cit., 695 ss. ed ivi riferimenti a Capozzi, *Successioni e donazioni*, II, Milano, 1983, 673 ss. In giurisprudenza, per la possibilità del prelegatario unico erede, v. Cass., 26 settembre 2005, n. 18737, in *Famiglia, persone e successioni*, 2006, 602, con nota di Di Mauro.

²³ V. ancora Palazzo, *Le successioni*, in *Trattato di diritto privato*, II, cit., 697.

²⁴ Frequenti sono nella prassi notarile clausole di tale natura: "Prelego a mio figlio ... la parte della masseria ... costituita dalla mia abitazione (con i beni mobili ivi trovantisi) e dalla circostante area scoperta con tutti gli accessori e le accessioni ivi trovantisi, ed individuata nella planimetria qui allegata sub ... con colorazione celeste.

Dispongo che, in caso di decesso dello stesso mio figlio ... senza che questi abbia avuto figli, i beni oggetto del prelegato di cui sopra restino assegnati a mio nipote ..., figlio dell'altro mio figlio ... e di mia nuora ..., a condizione che questi ultimi prestino assistenza morale e materiale allo stesso mio figlio ... per tutto quanto di cui egli ha bisogno, fin quando mio nipote ... compia diciotto anni, e a condizione che anche lo stesso mio nipote ..., una volta raggiunta la maggiore età, partecipi con i genitori all'accudimento di suo zio ...".

Un primo problema si pone per l'interpretazione di tale clausola.

È evidente che tale disposizione deve essere condotta secondo i criteri ermeneutici propri del testamento ormai consolidati sia in giurisprudenza che in dottrina²⁵. Nel condurre tale interpretazione, pertanto, si deve, innanzi tutto, avere riguardo alla volontà specifica ed intima del testatore, che è preminente sul significato letterale della disposizione scritta e risale al concetto, al quale la manifestazione si deve ritenere ispirata²⁶.

Essendo i problemi interpretativi del testamento radicalmente diversi da quelli riguardanti i contratti e gli altri negozi che costituiscono rapporti *inter vivos*, l'unica norma ritenuta di sicura applicazione in tale specifico ambito è l'art. 1367 cod. civ., in tema di conservazione dell'atto, dovendosi pertanto il testamento ritenere salvabile tutte le volte in cui risulti *aliunde* un sicuro orientamento del testatore sulla sua successione²⁷.

Infine, la volontà testamentaria, alla stregua dell'art. 1362 cod. civ., deve essere individuata sulla base dell'esame globale della scheda testamentaria e non di ciascuna singola disposizione al fine di fare emergere la personalità del suo autore²⁸.

Naturalmente, il prelegato, per la sua intrinseca struttura e funzione, non è in grado di disciplinare l'ulteriore disposizione dei beni per il caso in cui il prelegatario muoia senza figli disposti a subentrare nell'attività di assistenza del disabile, nominando, in tal caso, altri beneficiari. E ciò in quanto la possibilità di mantenere sospesa l'attribuzione finale di un complesso di beni a seconda delle circostanze che si verificheranno in futuro non appartiene alla logica del prelegato, ma si configura soltanto attraverso il trust oppure attraverso l'affidamento fiduciario²⁹.

4. Alla luce dei sopra indicati criteri interpretativi, per affrontare il primo problema che la clausola indubbiamente crea, non è assolutamente sostenibile che la disposizione testamentaria in esame debba interpretarsi nel senso che essa maschererebbe una sostituzione fedecommissaria vietata dall'art. 692 cod. civ. e dovrebbe pertanto qualificarsi come invalida.

Al contrario, sia per un'esigenza di ordine sistematico da soddisfare nell'interpretazione della clausola in sé considerata, sia per il necessario raccordo di tale clausola

²⁵ Sul problema v. Panza F., *L'autonomia testamentaria tra libertà e controllo*, Bari, 2005, 100 ss. In giurisprudenza v. Cass., 29 gennaio 2007, n. 1789, in *Riv. not.*, 2008, 453 ss.; Trib. Bari, 7 gennaio 2008, in *Famiglia e diritto*, 2008, 607, con nota di Pietrogrande

²⁶ In questo senso v. Cass., sez. II, 19.1.2005, n. 1079, in *Nuova Giur. Civ.* 2006, 3, 331 (con nota di Bertino).

²⁷ V. Cass., sez. II, 19.10.2005, n. 20204, in *Mass. Giur. it.*, 2005, nonché Cass., sez. II, 30.7.2004, n. 14548, in *Mass. Giur. It.*, 2004.

²⁸ A riguardo v. particolarmente Cass., sez. II, 21.2.2007, n. 4022, in *Contratti*, 2008, 1, 41 (con nota di Petti), in *fam. Pers. Succ.*, 2007, 6, 555; in *Riv. Dir. Civ.*, 2008, 2, 239 (con nota di Sandei).

²⁹ V. Lupoi, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, cit., 227.

con l'insieme delle disposizioni previste nel testamento, sia per il principio di conservazione delle volontà testamentarie, la clausola di cui si discute risulta non avere nulla a che fare con la sostituzione fedecommissaria e con il fedecommissario familiare di cui all'art. 692 cod. civ.; e ciò in quanto il familiare da tutelare non è un interdetto né un interdittando, ma una persona che si presume avere soltanto una disabilità fisica, sicché non ha bisogno di alcun tutore, ma può valutare in piena coscienza ed autonomia, essendo stato legittimato in tal senso, modalità e tempi dell'assistenza morale e materiale che gli viene prestata³⁰.

Si tratta invece di un istituto – già praticato sotto il vecchio codice del 1865, quando, come è noto, non era prevista e quindi era vietata, come ogni altro fedecommissario, la sostituzione fedecommissaria familiare di cui all'attuale art. 692 cod. civ. – consistente in un legato a favore di un familiare, i cui effetti sono fatti dipendere da due circostanze; e cioè dalla prestazione di assistenza materiale e morale al disabile da parte del parente o dell'altro soggetto individuato dal testatore e dal decesso dello stesso disabile senza che egli abbia avuto figli o ne abbia adottato qualcuno.

Il non verificarsi di uno dei due, o di entrambi gli eventi, pone, come è chiaro, un problema di inefficacia e non di invalidità della clausola, con cui si è disposto di tale legato.

Tale eventuale inefficacia è collegata al prelegato dello stesso bene disposto a favore del disabile, sopra tutto ed in primo luogo affinché egli possa verificare e valutare che, nei suoi confronti, si presti la necessaria assistenza materiale e morale prevista dal suo genitore come presupposto perché il legato a favore del nipote realizzasse i suoi effetti. Se, durante la sua vita, egli abbia instaurato un qualsiasi rapporto di filiazione, anche adottivo, specie con riferimento all'adozione del maggiore di età, oppure se lo stesso disabile abbia ritenuto e verificato una mancata o insufficiente assistenza da parte del congiunto, destinato a tale compito dal genitore, il legato a favore del congiunto viene meno, con la conseguenza che il bene seguirebbe la sorte degli altri beni del medesimo disabile nella vicenda successoria relativa al suo patrimonio.

Se, invece, il disabile muore senza figli e, finché è rimasto in vita, non si è mai lamentato di alcuna mancata assistenza morale e materiale, il congiunto rimane nella piena proprietà e disponibilità definitiva dei beni in questione.

³⁰ Basti ricordare che, a norma dell'art. 3 della l. 5 febbraio 1992, n.104, richiamata dall'art. 1 della l. 1° marzo 2006, n. 67, persona handicappata è il soggetto che abbia una menomazione fisica o psichica o sensoriale tale da cagionare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione; pertanto il disabile non necessariamente è anche un soggetto, parzialmente o totalmente, incapace di intendere e di volere. A riguardo v. Alongi, *La nuova idea di disabilità per la società e per la legge*, in *Ammin. civ.*, 2007, 48 ss. Per il riconoscimento dei diritti inviolabili anche agli stranieri disabili v. Turatto, *Prestazioni agli invalidi civili e trattamento degli stranieri: la lunga marcia della Corte costituzionale verso la parità* (*Nota a Corte cost.*, 30 luglio 2008, n. 306), in *Riv. giur. lav.*, 2008, II, 1001.

5. Rimane pertanto confermato che la disposizione in esame si differenzia nettamente dalla sostituzione fedecommissaria ex art. 692 cod. civ., avendo quest'ultima una logica del tutto diversa, in quanto essa riguarda la protezione di un interdetto, per ciò che riguarda la sostituzione familiare e inerisce ad un puro doppio trasferimento del diritto di proprietà, senza alcuna causa assistenziale, per ciò che riguarda la sostituzione fedecommissaria ordinaria³¹.

Facendo leva su tale confusione, molte volte gli altri familiari, eredi legittimi del disabile, pretendono di essere legittimati a dare la prova che non sarebbe stata fornita l'adeguata assistenza materiale e morale all'ormai defunto disabile, sicché essi sarebbero legittimati a provare dopo la morte del disabile, per scopi non certo umanitari, ciò di cui il disabile medesimo non si è mai lamentato in vita.

In realtà, nella logica della disposizione testamentaria qui in esame, a valutare modalità e termini di tale prestazione di assistenza materiale e morale non può non essere che il disabile medesimo e soltanto lui, poiché si tratta di un soggetto pienamente capace di agire e non di un incapace di intendere e di volere, al quale si deve sostituire un parente per di più *post mortem*.

Egual confusione è da evitarsi con riferimento alla clausola *si sine liberis decesserit*, che, nell'ipotesi considerata, si utilizza a scopi di protezione del disabile, capace di intendere e di volere.

Come è ampiamente ammesso da dottrina e giurisprudenza, la clausola testamentaria *si sine liberis decesserit*, non implica di per se stessa una sostituzione fedecommissaria ogni volta che si accerti il suo ruolo di vera e propria condizione, con tutte le caratteristiche che sono proprie di tale istituto, prima di tutto l'efficacia retroattiva, chiamata a funzionare in maniera rispetto all'acquisto del primo istituito³².

In particolare, secondo diverse decisioni della nostra Corte di legittimità, la clausola in esame, subordinando l'istituzione di erede o di legatario alla condizione risolutiva del decesso senza figli ed escludendo, o dovendosi ritenere escludere, secondo l'interpretazione più coerente, in caso di avveramento della condizione, il diritto del secondo istituito alla restituzione dei frutti percepiti in vita dall'erede condizionato, non priva la condizione dei suoi effetti retroattivi e non comporta, quindi, una sostituzione fedecommissaria. E ciò in quanto tale disciplina risulta perfettamente coerente con la disciplina degli effetti dell'avveramento della condizione risolutiva,

³¹ Su tale punto v. Galgano, *Trattato di diritto civile*, I, Padova, 2009, 755; Albanese, *Sostituzioni, rappresentazione e accrescimento. I meccanismi successori tra autonomia privata e delazione legale*, Padova, 2007, 45 ss.

³² A riguardo la giurisprudenza è costante. A solo titolo esemplificativo v. Cass., 25 novembre 1992, n. 12564, in *Giust. civ.*, 1993, I, 1531; Cass., 27 novembre 1990, n. 11428, in *Foro it.*, 1991, I, 472 e in *Riv. not.*, 1991, 222; Cass., 17.5.1984, n. 3049, in *Mass. Giur.it.*, 1984. In dottrina v. Palazzo, *Le successioni*, in *Trattato di diritto privato*, II, cit., 779 ss.

disciplinati dall'art. 646 cod. civ., che esclude l'erede o il legatario dall'obbligo di restituire i frutti sino al momento in cui si è verificata la condizione³³.

Nella giurisprudenza meno recente, si riteneva che l'istituzione di erede o di legatario, condizionato con la clausola *si sine liberis decesserit*, di erede anziano oppure di altro soggetto impossibilitato a procreare, si dovesse considerare sostituzione fedecommissaria vietata.

Allo stato attuale del nostro ordinamento, in presenza dell'operatività dell'adozione dei maggiori di età, di cui agli artt. 291 ss. cod. civ., caratterizzata, come ha più volte precisato la nostra Corte costituzionale, da una chiara finalità assistenziale, tale prospettiva non è più sostenibile, se non in presenza di una clausola da interpretarsi nel senso che il testatore abbia escluso di considerare figlio anche quello adottivo³⁴.

In definitiva, l'uso del prelegato a fini di tutela del disabile può ritenersi legittimo, ma indubbiamente crea numerosi problemi, la cui soluzione positiva dipende molto dalla sensibilità e dall'apertura mentale del giudice, chiamato a valutare la clausola testamentaria. Per queste ragioni, il ricorso al trust risulta, come si è visto, oltremodo utile, così come utile risulta lo sforzo, da parte dell'interprete, di valorizzare le indicazioni che lo stesso nostro codice civile fornisce oggi per la tutela del disabile.

6. Come si è già accennato, specifiche discipline del tutto nuove sono state introdotte nel nostro codice civile proprio in vista della tutela del disabile. Infatti, secondo le indicazioni della sua stessa rubrica, l'art. 2645-ter c.c. – inserito nel capo I, titolo I del libro VI del nostro codice civile, capo dedicato alla trascrizione degli atti relativi ai beni immobili – disciplina a prima vista, anche se poi di fatto introduce nel nostro ordinamento la fattispecie dell'atto di destinazione, la trascrizione degli atti destinati a realizzare interessi meritevoli di tutela riferibili, rispettivamente e nell'ordine, a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni oppure, e più genericamente, ad altri enti o persone fisiche³⁵. In pratica, però, la norma introduce nel nostro ordinamento la fattispecie dell'atto di destinazione.

³³ In tal senso v. la ben nota Cass., sez. II, 25.11.1992, n. 12564, in *Arch. civ.*, 1993, 423 e in *Giust. civ.*, 1993, I, 1531 nonché Cass., 19.1.1985, n. 150, in *Foro it.*, 1985, I.

³⁴ Per l'interpretazione della clausola in tal senso v. Cass., sez. II, 28.12.1993, n. 12861, in *Giur. It.*, 994, I, 1, 1768 (con nota di Masucci). Le finalità dell'adozione dei maggiori di età sono state varie volte evidenziate dalla nostra Corte costituzionale. A riguardo v. Corte cost., 20.7.2004, n. 245, in *Nuovo diritto*, 2004, 670; Corte cost. 19.5.1988, n. 557, in *CED Cassazione*, 1998. Diversa è la prospettiva del ricorso a tale istituto nella logica della famiglia "allargata". A riguardo v. Cass., 3 febbraio 2006, n. 2426, in *Famiglia, persone e successioni*, con nota di Corapi, e in *Famiglia*, 2006, 1205, con nota di Spangaro.

³⁵ In tale senso v. De Nova, *Esegesi dell'art. 2645-ter c.c.*, in *Atti del Convegno di Milano del 19 giugno 2006*, in *www.scuoladnotariatodellalombardia.org*; Gazzoni, *Osservazioni sull'art. 2645-ter c.c.*, in *Giust. civ.*, 2006, I, 166 ss.

L'attuale art. 2645-ter del nostro codice, facendo chiarezza su un dibattito apertosi nella dottrina prima ancora del non certo chiaro intervento legislativo, legittima, in termini non più particolari, la figura del patrimonio di scopo, sia pure con precisi limiti oggettivi e con meno precisi limiti soggettivi, relativi all'identità dei beneficiari; limiti che riguardano la sua struttura specifica e non l'interpretazione che di essa può darsi coordinandola con alcuni principi generali del nostro ordinamento nell'ambito dei negozi gestori³⁶. La norma, infatti, dispone che gli atti in *forma pubblica*, con i quali *beni immobili o mobili iscritti in pubblici registri sono destinati*, per un periodo non superiore a novanta anni oppure per la durata della vita della persona fisica beneficiaria, a realizzare interessi, che riguardano ("riferibili") *persone con disabilità*, pubbliche amministrazioni oppure enti o persone fisiche, se meritevoli di tutela ai sensi dell'art.1322, comma 2° c.c., possono essere trascritti al fine di rendere opponibile ai terzi il *vincolo di destinazione*³⁷.

Sulla forma dell'atto di destinazione, la norma, richiamandosi in maniera specifica all'atto pubblico, chiaramente esclude che tale atto possa essere redatto per scrittura privata, sia pure autenticata, diversificando la relativa disciplina dalla tradizionale maggiore libertà di forma prevista in tema di trust, per i quali l'art. 3 della Convenzione dell'Aja prevede la forma scritta a fini unicamente probatori³⁸.

Discorso diverso deve invece farsi per i contratti di affidamento fiduciario, che richiedono un programma destinatorio e, solo in alcuni casi, quel vincolo di destinazione al quale allude l'art. 2645-ter c.c., con la conseguenza che necessariamente producono la nascita di obbligazioni fiduciarie in capo all'affidatario ed a vantaggio dei beneficiari, rispetto alle quali il vincolo di destinazione appare come accessorio di una vicenda del diritto delle obbligazioni e non il perno di una disciplina dei diritti reali³⁹.

Qualche dubbio può sorgere nell'identificare i soggetti che risultano, al di là dell'astruità del dettato legislativo, i possibili beneficiari dell'atto di destinazione, in

³⁶ Secondo Lupoi, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, cit., 241 ss., la norma generalizza la capacità dell'autonomia privata di creare casi di realizzazione di interessi meritevoli di tutela per mezzo della separazione patrimoniale e rende possibile che ciò avvenga tramite qualsiasi tipologia di atto giuridico senza la limitazione ai beni immobili o mobili iscritti in pubblici registri. Secondo il citato Autore, all'interno della categoria dei negozi di affidamento fiduciario sarebbe possibile cumulare le disposizioni esplicite e quelle implicite del nostro ordinamento, esaltando il programma destinatorio e non il solo vincolo di destinazione e mettendo in rilievo le obbligazioni fiduciarie, alle quali è vincolato qualsiasi affidatario (p. 2432). Per tale problematica v. anche Zoppini, *Destinazione patrimoniale e trust: raffronti e linee per una ricostruzione sistematica*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 721.

³⁷ Il non consueto *iter* di approvazione e la scorrettezza del testo legislativo sono messi in rilievo dalla generalità dei commentatori della norma. A solo titolo esemplificativo v. Picciotto, *Brevi note sull'art.2645-ter: il trust e l'araba fenice*, in *Contr. e impr.*, 2006, 1314 ss.

³⁸ Per la diversità della disciplina relativa alla forma dell'atto v. Lupoi, *I trust nel diritto civile italiano*, cit., 278; Id., *Gli "atti di destinazione" nel nuovo art. 2645-ter cod. civ. quale frammento di trust*, cit., 2006, 169 ss.

³⁹ V. ancora Lupoi, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, cit., 247.

quanto, se, originariamente, questi erano circoscritti ai soggetti disabili o anche a pubbliche amministrazioni, portatrici per loro natura di interessi sovra individuali, nell'attuale testo l'elencazione appare del tutto ultronea. Infatti, non si comprende – tranne che per la difettosa evoluzione delle scelte legislative – per quale ragione si faccia riferimento esemplificativo a disabili ed a pubbliche amministrazioni, quando poi si configurano come possibili beneficiari del vincolo qualsiasi persona fisica, anche non disabile, e qualsiasi ente, anche privato⁴⁰.

Per ciò che riguarda il disabile, comunque non esistono dubbi di sorta, visto che il soddisfacimento delle sue esigenze rappresenta la prima ragione che ha indotto il legislatore a introdurre la nuova disciplina nel nostro codice civile.

Sempre secondo la norma in esame, gli atti, redatti in forma pubblica e identificati nei termini oggettivi e soggettivi sopra riferiti, possono essere trascritti al fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione al quale i beni immobili o mobili registrati sono stati assoggettati. La norma, pertanto, ancora una volta con linguaggio non certo chiaro, ha inteso, da un lato, fare riferimento allo scopo al quale i beni sono destinati, e, dall'altro, stabilire che l'attività di gestione del bene non è destinata a soddisfare interessi di chi la pone in essere, come avviene per la proprietà unitaria configurata nel codice civile (art. 832 c.c.), ma dei terzi beneficiari individuati dalla norma nei termini di ampia generalità, ai quali si è fatto riferimento⁴¹.

Nella logica della disposizione in esame, pertanto, titolarità del diritto e interesse all'utilizzazione del bene, in base all'esercizio dell'autonomia privata, cessano di fare capo allo stesso soggetto e tale assetto proprietario, grazie alla trascrizione dell'atto, può essere opposto ai creditori del proprietario, in quanto, come precisa la stessa norma, in base al vincolo di destinazione al quale i beni sono stati assoggettati, gli stessi possono essere impiegati solo per realizzare il fine di destinazione stabilito e possono costituire oggetto di esecuzione, con l'unica eccezione di quanto previsto dall'art. 2915, comma 1°, c.c., in ordine ai vincoli di indisponibilità, solo per i debiti contratti per quello scopo⁴².

In definitiva, il proprietario del bene, proprio in quanto titolare del diritto in questione, è obbligato, nel senso che è vincolato nella sua propria condotta, ad utilizzare il bene nell'interesse dei beneficiari, mentre legittimati ad agire nei suoi confronti, per fare valere tale interesse, sono non soltanto i terzi beneficiari medesimi, ma anche tutti coloro che, anche quando è ancora in vita il disponente, risultino

⁴⁰ In tal senso v. Petrelli, *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 176. In senso contrario v. Morace Pinelli, *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, cit., 189, ed ivi riferimenti bibliografici.

⁴¹ A riguardo v. Gambaro, *Appunti sulla proprietà nell'interesse altrui*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2007, 169 ss.

⁴² A riguardo v. Doria, *Il patrimonio finalizzato*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 495 ss, nonché Lupoi, *Istituzioni del diritto dei trust e dei negozi di affidamento fiduciario*, cit., 218.

comunque interessati al mantenimento del vincolo ed al soddisfacimento delle pretese del beneficiario⁴³.

L'interesse da soddisfare attraverso l'esercizio del diritto di proprietà così strutturato non necessariamente deve essere quello particolarmente qualificato del disabile né quello sopraindividuale dell'ente pubblico, come forse era nelle originarie intenzioni del non attento legislatore, ma può essere anche l'interesse di un ente privato o di persona fisica non disabile, purché risulti meritevole di tutela in termini tali da giustificare l'opponibilità del vincolo ai creditori; ricordando sempre che, ai fini della valutazione in termini di meritevolezza degli interessi, ex art. 1322, comma 2°, una volta realizzatasi la scelta del legislatore con l'introduzione della norma in esame, basta individuare un interesse sufficientemente rilevante nel contesto dei rapporti sociali, senza imporre alcuna gerarchia di interessi⁴⁴.

Come precisa ancora la lettera dell'art. 2645-ter, la valutazione di meritevolezza degli interessi perseguiti col creare il vincolo di destinazione del bene è sempre quella di cui all'art. 1322, comma 2°, c.c., solo che tale valutazione deve potere pervenire a giustificare la prevalenza di quegli interessi perseguiti dal disponente con la creazione del vincolo di destinazione rispetto all'interesse dei creditori del disponente medesimo al soddisfacimento delle loro pretese⁴⁵.

In tale prospettiva, il legislatore ha disciplinato il vincolo di destinazione solo sotto il profilo della sua opponibilità ai terzi attraverso la trascrizione, ma nulla dice del suo contenuto, che è determinato dall'autonomia privata sul piano delle obbligazioni che gravano sull'affidatario per realizzare il programma al quale la destinazione del bene è finalizzata.

Nel silenzio del legislatore è da ritenere che i contenuti obbligatori, in cui l'atto di destinazione si inserisce, possano essere i più diversi nell'ambito della funzione che esso esplica all'interno del nostro ordinamento⁴⁶.

⁴³ Si tratta, pertanto, come nel caso del trust, di un'azione fondata su un diritto personale del beneficiario o di chiunque vi abbia interesse. Sul punto v. *Il beneficiario non è titolare di diritti reali*, Corte giust., 17 maggio 1994, Webb c. Webb, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2004, 112 ss.

⁴⁴ V. ancora Petrelli, *La trascrizione degli atti di destinazione*, cit., 179 ss. Per le modalità da seguire per la trascrizione di tale atto v. *Direzione dell'Agenzia del Territorio. Circolare n. 5 del 7 agosto 2006. Prot. n. 58373*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2007, 131 ss.

⁴⁵ Su tale bilanciamento di interessi v. ancora Gambaro, *Appunti sulla proprietà nell'interesse altrui*, cit., 170; Bianca M., *Latto di destinazione: problemi applicativi*, in *Riv. not.* 2006, I, 1177. Contro la funzionalizzazione degli istituti di diritto privato v. Rescigno, *Note sull'atipicità contrattuale (a proposito di integrazione dei mercati e nuovi contratti di impresa)*, in *Contr. e impr.*, 1990, 48 ss.; Minervini, *Contro la "funzionalizzazione" dell'impresa privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, 625 ss. Per le origini dirigistiche della tendenza alla funzionalizzazione degli istituti di diritto privato v. Ferrara sr., *I principi generali dell'ordinamento giuridico*, in *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico*, in Aa.Vv., *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico*, Milano, 1941, 315 ss., nonché Betti, *Teoria generale dell'ordinamento giuridico*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Vassalli, Torino, 1955, 400 ss.

⁴⁶ A riguardo v. ancora Gambaro, *Appunti sulla proprietà nell'interesse altrui*, cit., 171, e, con riferimento al rap-

7. La consapevolezza del contenuto essenziale dell'innovazione, introdotta nel nostro ordinamento con l'art. 2645-ter c.c., serve a chiarire anche gli aspetti della disciplina che non sono stati affrontati dal legislatore, preoccupato soprattutto di sancire la trascrivibilità del vincolo di destinazione⁴⁷.

Innanzitutto, nulla dice il legislatore in ordine al ruolo che svolge la trascrizione con riferimento alla composizione della fattispecie contrattuale. In coerenza con i principi generali in materia, è da ritenere che la pubblicità non sia elemento di completamento della fattispecie contrattuale, con conseguente nullità dell'atto in caso di mancata pubblicità richiesta, ma che l'atto di destinazione produca in ogni caso effetti obbligatori tra le parti prima ed a prescindere dalla sua trascrizione⁴⁸.

Il testo legislativo nulla dice nemmeno in ordine alla struttura dell'atto di destinazione, sicché è da ritenere che essa possa essere diversa.

Ferma restando la valutazione in termini di meritevolezza degli interessi, si possono segregare, con atto unilaterale, uno o più beni, non necessariamente immobili o mobili registrati, nel proprio patrimonio nell'interesse altrui, non nell'interesse proprio, come si possono trasferire uno o più beni a terzi, apponendovi il vincolo di destinazione, sia per atto *mortis causa* sia per atto tra vivi, sia attraverso un contratto sia attraverso un atto unilaterale⁴⁹.

La norma in esame prevede espressamente che l'atto di destinazione non possa avere durata superiore ai novanta anni oppure alla vita del beneficiario. Si tratta certamente di norma di ordine pubblico, sicché l'eventuale clausola che dovesse disporre una durata superiore sarebbe nulla, con conseguente sostituzione automatica della norma imperativa contenuta nella disposizione in esame (artt. 1339 e 1419, comma 2°, c.c.)⁵⁰.

Per comprendere però il significato della disciplina sopra esposta, bisogna precisare che la scelta del legislatore non tutela l'assolutezza della proprietà codicistica,

porto tra negozi fiduciari e proprietà fiduciaria, Id., *La proprietà*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, Milano, 1995, 609 ss. Per l'atipicità dell'atto di destinazione v. Bianca M., D'Errico, De Donato, Priore, *Atto notarile di destinazione. L'art. 2645-ter del codice civile*, Milano, 2006, 7 ss.

⁴⁷ Tale problema era del resto ampiamente dibattuto, come si è visto, anche prima dell'entrata in vigore della norma in esame. Con riferimento ad esso v. Palermo, *Ammissibilità e disciplina del negozio di destinazione*, in Aa.Vv., *Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative. Atti della giornata di studi organizzata dal Consiglio Nazionale del Notariato – 19 giugno 2003*, Milano, 2003, 251 ss.

⁴⁸ In tal senso v. Gazzoni, *Osservazioni sull'art. 2645-ter cod. civ.*, cit., 179. In senso contrario v. Morace Pinelli, *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, cit., 263.

⁴⁹ Su tale interpretazione della norma le opinioni risultano concordi. In tal senso v. Bianca M., *L'atto di destinazione: problemi applicativi*, in *Vita not.*, 2006, I, 1177, nonché Nuzzo, *Atto di destinazione, interessi meritevoli di tutela e responsabilità del notaio*, in Aa.Vv., *Atti notarili di destinazione di beni: art. 2645-ter c.c.*, *Atti del Convegno di Milano del 19 giugno 2006*, 89 ss.

⁵⁰ V. Petrelli, *La trascrizione degli atti di destinazione*, cit., 175 ss.; Morace Pinelli, *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, cit., 260.

come è nella logica della disciplina dei diritti reali limitati, ma protegge la realizzazione dello scopo dell'atto di destinazione, in quanto si ritiene che una durata superiore a quella prevista dalla norma non possa rendere più controllabile il soddisfacimento degli interessi dei beneficiari a favore dei quali il vincolo di destinazione è predisposto⁵¹.

La norma in esame nulla prevede per le ipotesi di estinzione del vincolo di destinazione, diverse rispetto al decorso del termine stabilito nell'atto costitutivo, ma la disciplina delle stesse è deducibile dalla *ratio* della disposizione legislativa in esame.

Senza dubbio il vincolo in esame può cessare per il verificarsi di una condizione risolutiva apposta all'atto di destinazione e l'evento dedotto in condizione può essere anche la morte del disponente. Nulla sarebbe invece una qualsiasi clausola, che lasciasse al disponente la facoltà di fare cessare unilateralmente lo stesso vincolo; e ciò in quanto la segregazione appare inconciliabile con il mantenimento di ogni potere di disporre da parte di questo ultimo⁵².

Al contrario, almeno considerando la lettera della norma in esame, la morte del disponente non dovrebbe far venire meno, per se stessa, l'esistenza del vincolo, poiché il bene, così come risulta vincolato in seguito alla trascrizione del vincolo ed alla sua conseguente opponibilità ad ogni terzo, si trasferisce agli eredi come anche all'eventuale legatario, come del resto all'eventuale avente causa a titolo particolare⁵³. Ciò però crea notevoli problemi dal punto di vista funzionale, poiché gli eredi del disponente – e, ancor più, gli eredi degli eredi – possono ben non essere in alcun modo interessati ad assicurare la tutela del beneficiario. Di conseguenza, si ripropone anche da tale punto di vista l'esigenza di predisporre il programma di destinazione dei beni, che l'affidatario si impegna a realizzare secondo una logica che è però estranea all'art. 2645-ter e che è invece propria dei trust e, in alternativa dei negozi di affidamento fiduciario⁵⁴.

Infine, è da ritenersi che lo stesso atto di destinazione possa venir meno per concorde volontà del disponente e dei beneficiari, mentre appare dubbio che lo stesso risultato possa verificarsi in seguito all'eventuale accordo tra fiduciario e beneficiari; e ciò perché l'assetto stabilito originariamente con il vincolo di destinazione non può essere modificato dal fiduciario, che è solo legittimato a gestire il bene vincolato secondo le disposizioni contenute nell'atto di destinazione, essendo proprietario

⁵¹ In tale senso v. Gambaro, *Appunti sulla proprietà nell'interesse altrui*, cit., 171, e, per la configurazione della c.d. elasticità del dominio, v. Id., *Il diritto di proprietà*, cit., 219 ss.

⁵² A riguardo v. ancora Bianca M., *L'atto di destinazione: problemi applicativi*, cit., 1184 ss., nonché Morace Pinelli, *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, cit., 261 ss., ed ivi bibliografia.

⁵³ Ampi riferimenti a riguardo in Morace Pinelli, *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, cit., 262, oltre che in Gambaro, *Appunti sulla proprietà nell'interesse altrui*, cit., 172.

⁵⁴) In tal senso v. ancora Lupoi, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, cit., 243 ss.

nell'interesse altrui del bene destinato, né dai beneficiari, che sono titolari di pretese obbligatorie nei confronti del fiduciario, le quali trovano la loro giustificazione nell'atto di disposizione posto in essere dal disponente⁵⁵.

8. Le diversità di strutture e di funzioni, come le altrettanto chiare interferenze che si sono riscontrate tra negozi fiduciari in senso tradizionale, negozi di affidamento fiduciario, trust e atti di destinazione stanno a dimostrare che le situazioni di affidamento – quelle che sono state chiamate “situazioni affidanti” – sono molteplici, poiché ciò che nel linguaggio usuale si chiama fiducia è per sua natura un dato pregiudiziale, che può essere tecnicizzato e tipizzato, come avviene per i negozi fiduciari in senso tradizionale, ma può anche rimanere rilevante solo come situazione di affidamento; la quale ultima può derivare anche da una situazione di fatto, a prescindere da un atto di autonomia privata e da uno specifico rapporto contrattuale⁵⁶.

Nell'ultimo senso sopra indicato, le situazioni di affidamento possono essere molteplici e vanno ben al di là del settore qui preso in considerazione.

Nella nostra esperienza giuridica, il ricorso operativo ai trust, grazie all'applicazione della legge straniera che li riconosce ed al diffondersi dei c.d. trust interni, non è da ritenersi più un fenomeno traumatico né è rimasto un settore isolato nell'ambito del nostro ordinamento privatistico.

In definitiva, la Convenzione dell'Aja ha rimosso gli ostacoli di principio, che potevano rendere problematica in Italia l'applicazione di leggi straniere disciplinatrici dei trust. Tali leggi possono oggi trovare applicazione anche al di là della Convenzione. E ciò ha prodotto una diversa considerazione dell'ormai frequente fenomeno della separazione e della segregazione dei patrimoni, imponendo una più adeguata lettura del fondamentale art. 2740 c.c. e della configurazione del patrimonio del soggetto giuridico⁵⁷.

Nella sopra indicata prospettiva, lo stesso art. 2645-ter c.c., pur nella sua assai discutibile formulazione, costituisce un elemento importante per consolidare l'esperienza fino ad ora accumulata e per consentire il legittimo soddisfacimento di esigenze dei privati, meritevoli di tutela, che difficilmente può essere realizzato con

⁵⁵ Per tali problematiche v. ancora Gambaro, *Appunti sulla proprietà nell'interesse altrui*, cit., 172 ss.; Lupoi, *Gli atti di destinazione nel nuovo art. 2645-ter cod. civ. quale frammento di trust*, cit., 170 ss.

⁵⁶ Su ciò v. Graziadei, *I trust nel diritto civile*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2004, 650 ss., con riferimento a Lupoi, *I trust nel diritto civile italiano*, cit., 10 ss. Di recente, v. ancora Lupoi (a cura di), *Le situazioni affidanti*, Torino, 2006. In giurisprudenza v. Trib. Bari, 17 dicembre 2008, in questa Rivista, 2009, 133 ss., e in *Trust e attività fiduciarie*, 2009, 652 ss., con nota di Tucci.

⁵⁷ V. ancora Graziadei, *I trust nel diritto civile*, cit., 651 ss., con riferimento a Lupoi, *I trust nel diritto civile italiano*, cit., 259. Con riferimento all'evoluzione degli ordinamenti moderni verso forme di specializzazione della responsabilità patrimoniale v. Morace Pinelli, *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, cit., 72 ss.

diverse strategie giuridiche. E ciò in quanto le lacune legislative, riscontrate nella norma in esame, possono essere colmate dalle tecniche ormai consolidate nel settore dei trust⁵⁸. Il contenuto della delega al Governo per la disciplina della fiducia, previsto nell'art. 10 del più volte citato Disegno di legge costituisce, come si vedrà qui di seguito, conferma di tale rilievo.

Come si è visto, l'art. 2645-ter c.c., contiene una serie di limiti soggettivi ed oggettivi, frutto della sua alluvionale formulazione. Ben difficilmente si può sostenere che con tale disposizione, se isolatamente considerata, sia possibile praticare il trust di diritto interno, il trust cioè disciplinato da una legge italiana regolatrice del trust, che renderebbe inutile il ricorso alla legge straniera nell'ambito della Convenzione dell'Aja.

Diversi risultati si ottengono se le disposizioni esplicite, ma anche implicite, della norma sopra richiamata si coordinano con alcuni principi generali del nostro ordinamento, che proprio la prassi dei trust ha reso più evidenti.

È, infatti, ampiamente riconosciuta dal nostro ordinamento e, risultando sancita in tema di mandato, vale per tutti i negozi gestori, la situazione per cui il bene fa certamente parte, sul piano formale, del patrimonio di un soggetto, ma quest'ultimo non ha ricevuto alcun incremento dall'affidamento, esplicito, nel caso dei negozi di affidamento fiduciario, o anche implicito, del bene, poiché l'affidatario, per usare un'espressione del più alto esponente del diritto comune, è "*abstractum a commodo, sed non a titulo*"⁵⁹. In conseguenza di ciò il patrimonio dell'affidatario non subisce alcun incremento, in quanto il valore economico del titolo spetta ad altri e quindi il bene rimane al di fuori della garanzia patrimoniale dell'affidatario di cui all'art. 2740, comma 1°, c.c.

Secondo l'art. 1707 c.c., contenuto nel capo IX, titolo III, del libro IV del nostro codice civile, i creditori del mandatario non possono soddisfarsi sui beni che, in esecuzione del mandato, il mandatario abbia acquistato in nome proprio. L'unico presupposto necessario affinché tale situazione di affidamento sia opponibile agli stessi è che, trattandosi di beni mobili o di crediti, il mandato risulti da scrittura avente data certa, a norma dell'art. 2704 c.c., anteriore al pignoramento, ovvero che, trattandosi di beni immobili o di mobili registrati, sia anteriore al pignoramento la trascrizione dell'atto di ritrasferimento o della domanda giudiziale diretta a conseguirlo – nel nostro caso, la domanda di "trasferimento" ex art. 2932 cod.civ.

⁵⁸ Per le prospettive di utilizzazione della norma in esame v. Gambaro, *Appunti sulla proprietà nell'interesse altrui*, cit., 171; Lupoi, *Gli "atti di destinazione" nel nuovo art. 2645-ter cod. civ. quale frammento di trust*, cit., 172.

⁵⁹ Il commento di Baldo è riportato da Lupoi, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, cit., 211 e si richiama al testo di Papiniano D. 22.1.33. A riguardo v. Peppe, *La vastità del fenomeno fiduciario nel diritto romano: una prima riflessione*, in *Le situazioni affidanti*, a cura di Lupoi, Torino, 2006, spec. 29 ss. In giurisprudenza, per l'operatività dell'art. 1707 cod. civ. a tutti i negozi gestori, v. Trib. Milano, 16 giugno 2009, in *Giustizia a Milano*, 2009, 62.

Interessanti a riguardo sono le elaborazioni giurisprudenziali del sopra indicato principio, anche al di fuori delle ipotesi di affidamento fiduciario in senso proprio.

Secondo una decisione della nostra Corte di cassazione della metà degli anni ottanta, allorché il socio di una società in nome collettivo o di una società di fatto acquisti in nome proprio, ma per conto della società, alcuni beni, tale acquisto, se riguarda beni mobili, ancorché integranti un complesso aziendale, realizza i suoi effetti direttamente nel patrimonio della società, alla quale quei beni appartengono; se l'acquisto, invece, riguarda beni immobili, il socio è tenuto a ritrasferire tali beni alla società medesima, anche se l'obbligo non risulta da alcun atto scritto, in quanto il ritrasferimento è imposto direttamente da una norma di legge, quale appunto l'art. 1706 c.c.⁶⁰

Secondo altra giurisprudenza ormai consolidata, l'art. 1782 cod. civ., in tema di deposito irregolare, viene inteso nel senso che il depositario acquista la proprietà del denaro o di altro bene fungibile, potendosene anche servire unicamente, però, per perseguire specifiche finalità e garantendone la fisica separazione dagli altri beni che compongono il suo patrimonio⁶¹

Si tratta, come si vede, di una forma di proprietà – o più ampiamente, di una forma di appartenenza – nell'interesse altrui, che è al servizio di una funzione e che, come tale, è comunque destinata a venire meno nel tempo. L'opponibilità della stessa ai terzi dipende naturalmente dalle diverse leggi di circolazione dei singoli beni, come del resto dimostra l'intero art. 1706 c.c., che non a caso, nel primo comma, con riferimento ai beni mobili non registrati, fa sempre salva l'operatività dell'acquisto in buona fede *ex art. 1153 c.c.*

Le sopra indicate situazioni di affidamento ricevono oggi maggiore visibilità e più ampie possibilità di utilizzazione in presenza di una norma quale il tanto discusso art. 2645-ter c.c., che, specie se lo si coordina con i principi generali del nostro ordinamento, quali appunto l'art. 1322, comma 2°, c.c., e, per i negozi gestori, il già citato art. 1706 c.c., risulta sancire, in termini generali, il potere dei privati di realizzare interessi meritevoli di tutela attraverso l'autonomia privata senza alcuna limitazione a beni immobili o mobili iscritti in pubblici registri⁶². Naturalmente, come

⁶⁰ In tal senso v. Cass., 5 maggio 1980, n. 2935, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, 1558; in *Foro it.*, 1981, I, 2025. In conseguenza di tale principio, qualora il socio o l'amministratore non rimetta alla società i suddetti beni, questi non possono considerarsi parte del patrimonio sociale, fino a quando, in seguito all'esercizio dell'azione *ex art. 1706 cod. civ.*, non si sia ottenuto un titolo giudiziale, che dichiari oppure costituisca il diritto di proprietà della società sugli stessi. A riguardo v. Cass., 9 marzo 1994, n. 2301, in *Giust. civ.*, 1994, I, 1887; in *Dir. fall.*, 1994, II, 1067; in *Giur. comm.*, 1995, II, 174, con nota di Galletti.

⁶¹ A riguardo v. Cass., 10 marzo 2006, n. 5290, in *Giust. civ.*, 2007, I, 688, nonché Cass., 7 aprile 1995, in *Giust. civ.*, 1995, I, 2397, su cui v. Lupoi, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, cit., 236.

⁶² L'opinione non è univoca, anche se risulta ampiamente diffusa. In tal senso v. Patti, *Gli atti di destinazione e trust nel nuovo art. 2645-ter cod. civ.*, in *Vita not.*, 2006, 979; Bianca M., *Novità e continuità dell'atto nego-*

ricorda anche il più volte citato art. 1706, comma 1°, c.c. a proposito dei negozi gestori, la possibilità di vincolare un bene mobile ad una specifica destinazione si può ipotizzare solo quando può realizzarsi una pubblicità del vincolo o in base alla legge di circolazione del singolo bene oppure, come accade per la disciplina della circolazione delle quote di S.r.l. (art. 2469 e 2470, comma 1° e 2°, c.c.), nel caso in cui esiste un sistema di pubblicità organizzato, come il Registro delle Imprese⁶³.

9. Sotto il profilo della segregazione patrimoniale i negozi di affidamento fiduciario si pongono in alternativa al trust⁶⁴. Essi, come si è visto, possono sostituire il trust laddove quest'ultimo incrocia il diritto di famiglia a molti livelli e per ragioni molteplici⁶⁵.

Per evidenti ragioni di economia del lavoro e di omogeneità del discorso si è fatto riferimento esclusivo in questa sede all'uso del trust o dei negozi di affidamento a tutela di persone disabili o, più genericamente, deboli, visto che la "realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità" è la prima delle ipotesi considerate dall'art. 2645-ter c.c. per legittimare gli atti di destinazione⁶⁶.

Il ricorso ai negozi di affidamento fiduciario, in alternativa al *trust*, nell'ipotesi in esame, potrebbe consentire una serie di scelte, che si potranno adattare alle esigenze del caso concreto, allo stesso modo di quanto accade per il trust.

I genitori del disabile, ad esempio, potranno, anche con atto tra vivi, attribuire all'affidatario, allo stesso modo di quanto avviene per il *trustee*, parte del proprio patrimonio, ivi compresa la nuda proprietà di un immobile, in modo da conservare, finché sono in vita, l'amministrazione ed il godimento del cespite destinato *post mortem* a soddisfare i bisogni del figlio disabile superstite. I beni trasferiti all'affidatario, come accade per il trust, serviranno al mantenimento ed assistenza del disabile, provvedendo eventualmente lo stesso affidatario anche alla cura degli aspetti per-

ziale di destinazione, in Bianca M., a cura di, *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645-ter del codice civile*, Milano, 2007, 29 ss.

⁶³ In questo senso v. Priore, *Strutturazione e stesura dell'atto negoziale di destinazione*, in Bianca M., a cura di, *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645-ter del codice civile*, cit., 89 ss. Per il regime di circolazione delle quote di s.r.l. v. Ferrara, Corsi, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2006, 912 ss.

⁶⁴ V. Lupoi, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, cit., 242; Tonelli, *Trust e negozi di affidamento fiduciario*, in *Lessico dir. fam.*, 2007, 19 ss.

⁶⁵ Per i problemi richiamati nel testo v. Dogliotti, Piccaluga, *I trust nella crisi della famiglia*, cit., 303, nonché, in giurisprudenza, Trib. Milano, 7 giugno 2006, cit., *supra*, nota 16; Lupoi, *I trust nel diritto civile italiano*, cit., 341, e, con riferimento al passaggio generazionale della conduzione dell'impresa, v. Salvatore, *L'utilizzazione del trust al servizio dell'impresa*, in *Riv. not.*, 2006, particolarmente 127 ss.

⁶⁶ Sul significato di tale priorità v. Morace Pinelli, *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, cit., 191; Bartoli, *Prime riflessioni sull'art. 2645-ter e sul rapporto tra negozio di destinazione di diritto interno e trust*, in *Corr. merito*, 2006, 697 ss.

sonali di quest'ultimo. Inoltre, potrà prevedersi un guardiano (*protector*) per vigilare sulla realizzazione degli scopi del programma di destinazione⁶⁷.

Infine, anche in presenza dei negozi di affidamento fiduciari, negli stessi termini in cui ciò si verifica per il trust, la possibilità dei legittimari di ricorrere all'azione di riduzione può essere di fatto limitata con una serie di accorgimenti pratici, tali da poter coinvolgere gli stessi legittimari nell'assetto dei beni di famiglia, specie quando beneficiari dell'intera operazione siano i figli dei legittimari, poiché in tale ipotesi sarà possibile assegnare determinati beni ai primi, con l'intesa che gli stessi vengano poi trasferiti al trust, che ha come beneficiari i figli medesimi. E ciò in quanto anche i negozi di affidamento fiduciari, allo stesso modo di quanto accade per il trust, possono consentire una sistemazione concordata dei beni familiari in maniera molto più elastica di quello che può avvenire nell'ambito del patto di famiglia introdotto nel nostro codice civile con i nuovi artt. 768-*bis* e ss., c.c.⁶⁸.

10. Se si esamina il fenomeno della segregazione e/o separazione dei patrimoni dal punto di vista del principio della responsabilità patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c. e si valuta correttamente, alla luce dell'attuale evoluzione del nostro ordinamento, il ruolo che si è voluto dare a tale principio di norma inderogabile di ordine pubblico, con funzione di limite all'autonomia privata, si può facilmente considerare che le ipotesi sopra considerate non costituiscono deroghe eccezionali ad un principio generale, ma solo modalità specifiche con cui la legge, in alcuni settori, e l'autonomia privata in generale, realizzano quegli effetti di segregazione o di separazione.

Ancora una recente decisione della nostra Suprema Corte, resa con riferimento alle riserve tecniche, sancisce che queste ultime, figurando nella contabilità delle imprese di assicurazione ed essendo poste dalla legge in relazione esclusiva con l'adempimento delle obbligazioni assunte dall'impresa con i contratti cui si riferiscono, non costituiscono patrimoni separati, ma sono semplici poste contabili che fanno parte del passivo dell'impresa, in quanto la garanzia effettiva dell'adempimento delle obbligazioni è fornita non già dalle riserve, ma dalle attività patrimoniali dell'impresa⁶⁹.

Per configurare un patrimonio separato, aggiunge la Suprema Corte, non basta il riferimento del patrimonio stesso ad uno scopo, ma è necessario che intervenga una

⁶⁷ V. Lupoi, *I trust nel diritto civile italiano*, cit., 342.

⁶⁸ V. Oberto, *Il patto di famiglia*, Padova, 2006, 34 ss.; Busani, *Un patto di famiglia per la successione d'impresa*, in *Dir. e pratica soc.*, 2005, 6 ss. Con riferimento al trust v. Hayton, *Parte prima: il trust come strumento di gestione dell'impresa nel passaggio generazionale. Sette voci sulla trasmissione familiare*, in *Contr. e impr.*, 2004, 227 ss.

⁶⁹ Si tratta di Cass., 28 aprile 2004, n. 8090, in *Assic.*, 2004, II, 18, e in *Giust. civ.*, 2005, I, 1050.

disciplina particolare diversa da quella che regola il residuo patrimonio del soggetto; e ciò in quanto, precisa sempre il Supremo Collegio, la separazione è uno strumento eccezionale, di cui soltanto la legge può disporre, essendo esso diretto ad interrompere la normale corrispondenza tra soggettività e unicità del patrimonio, per destinare una parte di questo al soddisfacimento di alcuni creditori, determinando in tal modo l'insensibilità dei beni separati alla sorte giuridica degli altri beni, in deroga ai principi fissati dagli artt. 2740 e 2741 c.c.⁷⁰.

Come è facile rilevare, la sentenza sopra richiamata, ripropone una lettura dell'art. 2740 c.c., che deve essere ormai corretta alla luce dell'evoluzione subita dal nostro ordinamento negli ultimi anni.

Nell'ottica dei redattori del nostro codice, al primo comma dell'art. 2740 c.c., corrispondente all'intero art. 1948 del codice del 1865, così come all'intero art. 2072 del *code civil* francese prima della riforma del 2008, era necessario aggiungere il secondo comma dell'attuale disposizione normativa, poiché, per richiamare le espressioni della Relazione del Guardasigilli, l'interesse del credito e dell'economia non poteva consentire limitazioni della responsabilità patrimoniale fuori dai casi stabiliti dalla legge⁷¹.

Oggi quell'antico rapporto di regola ad eccezione, posto dal legislatore nel 1942, pur nella continuità formale del testo legislativo, è certamente mutato, poiché la specializzazione della responsabilità patrimoniale è diventata fisiologica sino al punto di chiedersi, di fronte ad alcune norme ormai introdotte nello stesso codice, sia pure in termini enigmatici (es. art. 2645-ter c.c.), se la legge ormai legittimi l'autonomia privata, purché realizzi interessi meritevoli di tutela, a creare l'effetto della destinazione di un patrimonio ad uno scopo, che è quello di realizzare il programma di destinazione, il quale non sempre richiede l'effetto della destinazione al quale è rivolto l'art. 2645-ter, c.c.⁷².

In conclusione, pertanto, l'effetto segregativo risulta particolarmente utile nell'attuale dinamica dei rapporti familiari, e, per realizzare gli interessi meritevoli di tutela varie volte messi in rilievo in questa sede, ben possono essere utilizzati sia il trust sia, in alternativa a quest'ultimo, i contratti di affidamento fiduciario al fine di ottenere quel medesimo effetto segregativo senza ricorrere al primo ed al necessario rinvio ad una legge straniera. L'utilità dell'effetto segregativo, però, presuppone sia

⁷⁰ V. sempre Cass., 28 aprile 2004, n. 8090, cit., 1052.

⁷¹ Per tale specifico punto v. Di Sapia, *Patrimoni segregati ed evoluzione normativa: dal fondo patrimoniale all'atto di destinazione ex art. 2645-ter*, in *Dir. Fam. Pers.*, 2007, 1267 ss. Vi è da precisare che nessun riferimento a discipline di limitazioni della responsabilità patrimoniale è previsto nell'attuale art. 2284 del *code civil* successivo alla riforma del 2008, che, in apertura del nuovo Libro IV dedicato alle garanzie, ripropone il vecchio art. 2072 dello stesso codice.

⁷² Su tale problematica v. Tucci, *Fiducie, trust e atti di destinazione ex art. 2645-ter c.c.*, in *Scritti in onore di Lipari*, II, Milano, 2008, 2959 ss.

la presenza di obbligazioni in favore dei beneficiari sia la trasferibilità di tali obbligazioni da un soggetto ad altro o altri soggetti sia, infine, la coercibilità delle stesse con strumenti di autotutela che possono anche prescindere dal ricorso al giudice⁷³.

11. L'effetto *segregativo*, come si è varie volte precisato, non è estraneo alla nostra tradizione giuridica, se è vero che, nel nostro diritto comune, i beni su cui il fiduciario ha pieno titolo, ma dei quali non può trarre vantaggio, non possono essere aggrediti dai propri creditori e costituiscono oggetto di una proprietà nell'interesse altrui⁷⁴. In definitiva, nell'attuale dinamica dei rapporti familiari, l'effetto segregativo risulta estremamente utile, poiché esso consente di realizzare fini di solidarietà a favore di familiari disabili; e ciò anche senza ricorrere ad una legge straniera.

La già richiamata delega al Governo per la disciplina della "fiducia", contenuta nell'art. 10 del citato Disegno di legge approvato dal Consiglio dei Ministri in data 1° marzo 2010, sanziona in molta parte sul piano legislativo i risultati raggiunti nell'elaborare la figura dei contratti di affidamento fiduciario. Tale disposizione risulta, pertanto di grande rilievo, specie se la si confronta con la più esplicita e coerente l. 1° marzo 2010, n. 43, della Repubblica di San Marino, che alla figura del "contratto di affidamento fiduciario" fa esplicito riferimento⁷⁵.

Per rimanere nell'ambito della presente ricerca, la complessa disciplina della fiducia, contenuta nel più volte citato art. 10 del recente schema di Disegno di legge, tranne alcuni necessari rilievi di carattere generale, viene presa in considerazione con particolare riferimento all'art. 10, lett. d), n. 2) che si richiama esplicitamente al "contratto di fiducia assistenziale", prevedendo una disciplina di particolare favore per il caso in cui il beneficiario di tale contratto sia una persona disabile.

Del resto, a conferma della rilevanza che ormai assume il tema in esame, deve ricordarsi che anche la l. 1° marzo 2010 n. 43 della Repubblica di San Marino, nel suo art. 11 prevede una disposizione particolare, nella quale si disciplina l' "affidamento fiduciario" in favore di soggetti deboli; categoria che comprende sia i disabili in senso proprio sia i soggetti di età superiore ai settantacinque anni sia gli interdetti, gli inabilitati, i tossicodipendenti, gli alcol dipendenti o i soggetti affetti da gravi patologie croniche.

⁷³ Un'ampia casistica in tal senso è in Lupoi, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, cit., 264 ss.

⁷⁴ In questo senso v. Lupoi, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, cit., 233 ss., nonché 211 ss.

⁷⁵ Utile risulta il confronto con la disciplina adottata in tema di trust dalla stessa Repubblica di San Marino anche prima della nuova legge del 2010 più volte citata. Su tale precedente disciplina v. Matthews, *La legge sul trust in San Marino e il modello di trust internazionale*, in *Contratto e impr.*, 2007, 251 ss.; Manes, *La legge della repubblica di San Marino sui trust: i beneficiari e la loro tutela*, ivi, 257 ss. Per la nuova legge si rinvia ancora una volta al sito www.trusts.it.

Con l'art. 10, comma 1°, del Disegno di legge più volte richiamato, il Governo è delegato ad adottare, entro ventiquattro mesi dalla data di entrata in vigore della legge delega, uno o più decreti legislativi, recanti la disciplina della fiducia, ispirandosi a ben precisi principi e criteri direttivi, enunciati nel lungo comma 6° dello stesso art. 10; comma, che, nella sua lett. *a*), impone al legislatore delegato di elaborare la disciplina speciale del "contratto di fiducia", inserendola nell'ambito dei "singoli contratti" e quindi nel titolo III del libro IV del Codice civile.

La stessa lett. *a*) del comma 6° dell'art. 10 contiene già la nozione del contratto di fiducia, identificato come quel contratto con cui il fiduciante trasferisce diritti, beni o somme di denaro specificamente individuati in forma di "patrimonio separato" ad un fiduciario che li amministra secondo "uno scopo" determinato, anche nell'interesse di uno o più beneficiari determinati o determinabili.

In realtà la nozione di "contratto di fiducia", che il Disegno di legge in esame formula, risulta riduttiva rispetto alle potenzialità che lo stesso contratto rivela. Il termine "fiducia", come è noto, assume una pluralità di significati e forse sarebbe stato opportuno, nell'utilizzare tale termine, superare qualche ambiguità, mettendo in rilievo che, con il nuovo "singolo contratto", non a caso da inserire nel Titolo III del Libro IV, si sono superati i limiti del "negozio fiduciario" tradizionale.

Nella sopra indicata prospettiva, la citata l. 1° marzo 2010 della Repubblica di San Marino, formula una nozione più adeguata non del "contratto di fiducia", ma del "contratto di affidamento fiduciario", con cui, come si specifica nell'art. 1, comma 1°, l'affidante e l'affidatario "convengono il programma" che destina taluni beni e i loro frutti a favore di uno o più beneficiari, parti o meno del contratto, entro un termine che non può eccedere i novanta anni.

In realtà, anche nella prospettiva della specifica fiducia che il Disegno di legge governativo accoglie, quale risulta dalla disciplina particolare dettata per alcuni individuati contratti – v. art. 10, comma 6°, lett. *d*), n.1), per la fiducia a scopo di garanzia, e art. 10, comma 6°, lett. *d*), n.2), per il contratto di fiducia a scopo assistenziale – proprio l'attuazione del programma di destinazione costituisce, oltre che l'oggetto del contratto, anche la causa concreta del contratto di affidamento fiduciario⁷⁶.

Unitamente ad alcune altre lacune, che qui di seguito si mettono in rilievo, l'aspetto forse più significativo del Disegno di legge in questione consiste nel fatto che, secondo l'art. 10, comma 6°, lett. *c*), la disciplina della fiducia dovrà prevedere, quali effetti del contratto, "la separazione patrimoniale, oltre che la surrogazione del fiduciario e l'opponibilità del contratto ai terzi ed ai creditori mediante idonee formalità pubblicitarie riguardanti i diritti ed i beni che costituiscono oggetto della fiducia". Se si considera che, a differenza di ciò che prevede l'art. 2645-ter cod. civ. per

⁷⁶ A riguardo v. Lupoi, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, cit., 226 ss.

gli atti di destinazione, l'effetto di "separazione patrimoniale, come risulta dall'art. 10, comma 4°, e dall'art. 10, comma 6°, lett. c), può riguardare non solo beni immobili e beni mobili registrati, ma anche somme di denaro, purché versate in deposito nella disponibilità del fiduciario, si comprende l'importanza del testo legislativo richiamato rispetto alla norma del nostro codice civile.

Viene in tal modo confermato quello che la dottrina aveva già elaborato a proposito delle situazioni affidanti e dei contratti di affidamento fiduciario, e cioè che tali atti di autonomia privata ricevono più ampie possibilità di utilizzazione in presenza di una norma, quale il tanto discusso art. 2645-ter; e ciò in quanto tale disposizione, specie se la si coordina con i principi generali del nostro ordinamento, quali l'art. 1322, comma 2°, cod. civ. e, per i negozi gestori, l'art. 1706 cod. civ. che in tema di mandato, sancisce, in termini generali, il potere dei privati di realizzare interessi meritevoli di tutela attraverso l'autonomia privata senza alcuna limitazione ai beni immobili ed ai beni mobili registrati, come appunto prevede l'art. 2645-ter cod. civ. per gli atti di destinazione.⁷⁷

Anche sotto il profilo della separazione del patrimonio o, meglio, della segregazione del patrimonio l'art. 3 della l. 1° marzo 2010 della Repubblica di San Marino, risulta più lineare, poiché esso, senza ricorrere alla terminologia ambigua del patrimonio "separato", detta la disciplina del "patrimonio affidato", prevedendo i relativi effetti in ordine ai più rilevanti aspetti specificati nelle lett. a), b) e c) del comma 2°.

12. Prescindendo da altri aspetti significativi del richiamato Disegno di legge, rilevante, ai fini del tema oggetto dell'indagine, è l'art. 10, comma 6°, lett. d), n. 2) dello stesso, in forza del quale il legislatore delegato dovrà prevedere che, nel contratto di fiducia a scopo assistenziale, il valore dei beni conferiti non potrà mai eccedere i bisogni del beneficiario e che, comunque, dovranno essere fatte salve le disposizioni a tutela dei diritti dei legittimari. Si aggiunge poi – e ciò risulta estremamente significativo ai nostri fini – che tali disposizioni non si applicano, qualora il beneficiario sia una persona disabile.

Anche sotto tale particolare profilo la futura legge dovrebbe generalizzare i risultati della dottrina in tema di contratti di affidamento fiduciari a favore di figli disabili, che esclude per tali contratto ogni funzione di liberalità, dovendosi agli stessi riconoscere, al pari del trust a favore di figli disabili, una funzione di adempimento con esclusione di ogni operatività dell'azione di riduzione⁷⁸.

⁷⁷ A riguardo v. Tucci, *Segregazione di patrimoni, atti di destinazione e affidamenti fiduciari nel governo della famiglia*, in *Scritti in onore di Francesco Capriglione*, II, Padova, 2010, 1062, ed ivi riferimenti a Lupoi, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, cit., 243 ss., nonché id. (a cura di), *Le situazioni affidanti*, Torino, 2006.

⁷⁸ In questo senso v. Lupoi, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, cit., 327, e, per il trust, 85.

Il richiamato art. art. 10, comma 6°, lett. d), n. 2), contiene però un'ambiguità che dovrà essere eliminata dal futuro legislatore delegato, poiché la lettera di tale disposizione farebbe ritenere che, qualora il valore dei beni conferiti attraverso il contratto di fiducia a scopo assistenziale dovesse eccedere i bisogni del beneficiario, si avrebbe violazione di norma imperativa e quindi nullità del contratto. Tale soluzione sarebbe certamente paradossale per il beneficiario, sicché ancora una volta risulta più chiara la più volte richiamata legge di San Marino, che, nel prevedere, tra le Disposizioni Particolari (art. 11), l'affidamento fiduciario in favore di soggetti deboli, sancisce che, qualora i beni concessi in affidamento dovessero risultare manifestamente eccessivi rispetto ai bisogni del beneficiario, l'eccesso dovrebbe qualificarsi, contrariamente alla previsione generale di cui all'art. 11, comma 1°, atto di liberalità, con conseguente operatività dell'azione di riduzione a favore dei legittimari.

In definitiva, un adeguato intervento legislativo diretto al pieno riconoscimento del contratto di fiducia o, meglio ancora, del contratto di affidamento fiduciario, specie se prendesse le necessarie distanze dalle problematiche proprie dei contratti fiduciari della nostra tradizione, sarebbe quanto mai opportuno, poiché renderebbe chiaro ed evidente ciò che solo una parte della dottrina sostiene da tempo, specialmente ma non soltanto, nel delicato settore della protezione dei soggetti deboli e dei disabili in particolare.

Gli atti di destinazione nell'interesse della famiglia e dei disabili*

di Andrea Fusaro

SOMMARIO: A. La famiglia. – 1. Il fondo patrimoniale. – 2. La crisi coniugale. – B. I disabili. – 1. Le fondazioni di famiglia. – 2. La sostituzione fedecommissaria. – 3. I trusts. – C. Gli atti di destinazione. – 1. Gli atti di destinazione dell'art. 2645 ter c.c. – 2. Meritevolezza dello scopo e liceità. – 3. Oggetto del vincolo. – 4. Interferenze con il trust. – D. Le applicazioni. – 1. Gli atti di destinazione e la famiglia. – 2. Il negozio di destinazione per i disabili. – 3. Analisi di alcuni casi pratici

A. La famiglia

Nell'ambito delle relazioni patrimoniali, analizzate sul versante della destinazione della ricchezza ad una finalità definita, il comparto della famiglia si caratterizza sia per l'ambiente, sia per la presenza di strumenti giuridici dedicati: quanto al primo versante è sufficiente pensare all'intreccio di relazioni personali ed economiche, nonché agli spostamenti patrimoniali che ne scaturiscono, poi alla incidenza delle vicende coniugali (la separazione, il divorzio); ancora, al coinvolgimento dei figli; infine all'espansione delle relazioni di fatto, le convivenze, rispetto alle quali si constatano le medesime domande di tutela, che tuttavia non trovano sbocco nelle risposte che l'ordinamento circoscrive alla famiglia fondata sul matrimonio.

Queste ultime – e veniamo così al secondo profilo – consistono notoriamente nella comunione legale, nel fondo patrimoniale, nonché negli accordi concepibili in sede di divorzio congiunto, mentre allo stato della giurisprudenza non si può contare sulla fondazione di famiglia. Strumenti che, tuttavia, non soddisfano le domande di tutela, alle quali si cerca di ovviare tramite il ricorso agli atti di destinazione ed al trust.

1. Il fondo patrimoniale

È, invero, ricorrente la domanda di tutela che trova – o troverebbe – sbocco nel fondo patrimoniale, ossia il desiderio di costituire un gruzzolo per il menage presen-

* Relazione preparata per il convegno organizzato a Milano, nell'Aula Magna del Palazzo di Giustizia a Milano, il 3 dicembre 2010, con titolo "La disciplina civilistica e fiscale degli atti di destinazione patrimoniale: il punto a quattro anni dall'introduzione dell'art. 2645-ter c.c.".

te e futuro, un patrimonio per il sostentamento dei coniugi e dei loro figli comuni, messo al riparo da rovesci di fortuna, ma pure da crisi coniugali e nuove nozze, magari con figli – come si dice – di secondo letto, e pure dalla morte.

Il fondo patrimoniale è classificato quale patrimonio di destinazione: patrimonio separato perché, secondo l'art. 167, 1° co., c.c., determinati beni immobili o mobili iscritti nei pubblici registri o titoli di credito sono destinati a far fronte ai bisogni della famiglia¹. Quindi soltanto un certo agglomerato di creditori potranno accampare pretese su questi beni: vediamo concretizzarsi questa sezione che si opera all'interno del patrimonio di un soggetto in deroga all'art. 2740 c.c. Patrimonio separato e non patrimonio autonomo, se vogliamo conservare le classificazioni tradizionali; come tale, sfornito di soggettività.

Neppure il fondo patrimoniale costituisce, però, una risposta adeguata.

L'individuazione dei creditori cui la separazione è opponibile è affidata ad un'espressione legislativa di incerta lettura, la cui portata è quasi annichilita dalla più recente giurisprudenza. Nella determinazione dei bisogni della famiglia è depositato il sale dei fondi che, secondo la felice espressione, sono spesso fondi di Pulcinella. Quanto più dilatiamo la nozione, tanto più allarghiamo la schiera dei creditori che potranno aggredire i beni. Quindi la vera partita si gioca tutta sulla nozione di bisogno. Al riguardo la giurisprudenza non è chiarissima: in linea di principio sembra sposare la tesi più restrittiva e limitare l'aggredibilità soltanto ai creditori sorti per soddisfare direttamente i bisogni della famiglia, ma poi apre ai creditori commerciali, sulla scorta della considerazione che il lavoro consente di procurarsi il denaro per far fronte al sostentamento della famiglia. È aperto l'interrogativo se sia possibile estendere o circoscrivere la responsabilità dei beni, attraverso – appunto – l'ampliamento o la limitazione dei bisogni che il singolo fondo è destinato a soddisfare. Ulteriore incertezza circonda le obbligazioni nascenti da fatto illecito, che una sentenza di merito aveva escluso², ma nei cui confronti la Cassazione ha recentemente concesso un'apertura³

¹ All'istituto ho dedicato: *Del fondo patrimoniale*, in Gabrielli (dir.), *Commentario del codice civile, Della famiglia* (cur. da Balestra), Torino, 2010, 1043-1086.

² “La limitazione alla pignorabilità dei beni costituiti nel fondo patrimoniale ex art. 170 c.c. deve intendersi riferita alle obbligazioni nascenti da contratto e non anche a quelle nascenti da fatto illecito (sorte in capo ad uno solo dei coniugi). La formulazione testuale dell'art. 170 c.c., infatti, nel richiamarsi ad attività poste in essere dai coniugi nell'ambito dell'autonomia contrattuale e nell'indicare l'ulteriore requisito della previa “scientia creditoris” (con riguardo all'estraneità del credito ai bisogni della famiglia), indirizza il limite alla pignorabilità dei beni del fondo patrimoniale alle sole obbligazioni “ex contractu”, con esclusione di quelle riferibili al paradigma dell'art. 2043 c.c.”: Trib. S.Remo, sez. I, 29 ottobre 2003, in *Dir. fam.* 2004, 101, *Dir. e giust.* 2004, 2 93 nota Caracciolo *Vita not.* 2005, 843 nota Cordiano.

³ Cass., sez. trib., 7 luglio 2009, n. 15862: “Il criterio identificativo dei crediti il cui soddisfacimento può essere realizzato in via esecutiva sui beni conferiti nel fondo patrimoniale va ricercato non già nella natura delle obbligazioni (legale o contrattuale), ma nella relazione esistente tra il fatto generatore di esse ed i bisogni

Quanto all'oggetto, il fondo è rivolto agli immobili – ed ai mobili registrati –, nonché ai titoli nominativi; la prassi ha già forzato il dettato legislativo per farvi rientrare le quote di s.r.l., ma il denaro proprio non si sa come farcelo stare (salvo pensare ai dossier titoli od ai conti nominativi). La giurisprudenza prevalente, ancorché non compatta, con il conforto della Corte Costituzionale, ha avallato la linea secondo cui l'opponibilità ai terzi del fondo patrimoniale dipende non già dalla trascrizione, ma dall'annotamento dei registri nello Stato Civile.

Il fondo patrimoniale riveste attitudine a costituire un'amministrazione di valori ancorché i beni mutino l'identità, o consiste, invece, in un vincolo su beni, cosicché la surrogazione reale riesce molto difficile? È in gioco l'obbligo del reimpiego del ricavato in caso di vendita, affermato da alcune decisioni in presenza di figli, ma creando un'asimmetria perché difficilmente si afferma altrettanto in assenza di figli minori. Il fondo patrimoniale quanti volti ha dunque? Uno in presenza di figli minori e un altro in assenza? Una lettura ragionevole propone di giustificare tale scostamento in ragione della tutela della prole, laddove presente⁴.

della famiglia, essendo irrilevante l'antioriorità o posteriorità del credito rispetto alla costituzione del fondo, atteso che il divieto di esecuzione forzata non è limitato ai soli crediti (estranei ai bisogni della famiglia) sorti successivamente alla sua costituzione, ma vale anche per i crediti sorti anteriormente, salva la possibilità per il creditore, ricorrendone i presupposti, di agire in via revocatoria. (Nell'enunciare il suddetto principio la S.C. ha precisato che vanno ricompresi nei bisogni della famiglia anche le esigenze volte al pieno soddisfacimento ed all'armonico sviluppo della famiglia nonché al potenziamento della sua capacità lavorativa, con esclusione solo delle esigenze di natura voluttuaria o caratterizzate da interessi meramente speculativi)."

⁴ A. Di Sapio, *Patrimoni segregati ed evoluzione normativa: dal fondo patrimoniale all'atto di destinazione ex art. 2645 ter, in Dir fam.* 2007, 3, 1257: "Un significativo esempio di modulazione degli interessi in gioco si ha in tema di fondo patrimoniale. ... il punto di equilibrio emerge dal codice civile in tema di mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale. In pratica: la costituzione del fondo patrimoniale è valida, ma, ricorrendo i presupposti di legge, è soggetta all'azione revocatoria. A trent'anni dalla riforma del diritto di famiglia, il problema non è più tanto (o meglio soltanto) quello della possibilità di destinare determinati beni a far fronte ai bisogni della famiglia. Il problema, oggi, è quello esattamente opposto. Quello di sbarazzarsi di tale vincolo Alludo, in particolare, a Trib. Savona 24 aprile 2003. In motivazione: "[a]mmettere [...] che la famiglia possa [...] 'svincolare' i beni al di fuori dei casi previsti dall'art. 171 c.c. significherebbe riconoscere al fondo patrimoniale una 'flessibilità' che ne altererebbe completamente la funzione, trasformandolo in un istituto tramite il quale il debitore potrebbe agevolmente sottrarre i beni ai propri creditori, salvo poi poterne nuovamente disporre al momento opportuno". Portiamo il ragionamento alla sua logica conclusione: la risoluzione per mutuo consenso del fondo patrimoniale non sarebbe mai consentita. I giudici liguri operano con la tecnica del *bilanciamento*. Il caso concreto, a loro avviso, andrebbe risolto incondizionatamente a favore dell'interesse creditorio. Conseguenza: l'interesse debitorio è, *in thesi*, destinato a capitolare. Sempre. Il ragionamento non convince. Dà luogo a un'anomalia di sistema: un atto di autonomia privata i cui effetti cesserebbero di essere disponibili da parte di coloro che l'hanno posto in essere per soddisfare interessi (propri o altrui, ma comunque) privatistici. L'interpretazione dei giudici liguri è reversibile. Può essere ribaltata da un'interpretazione sistematica che muove dall'art. 1372 e, prima ancora, dall'art. 1321. Se proprio si desidera, si può chiamare in causa anche l'art. 163, ma (oggi) non (più) l'art. 162.... Le vere ragioni stanno altrove. Stanno nel *contemperamento* dell'interesse del debitore alla propria libera azione economica e dell'interesse dei creditori del patrimonio destinato. La verità stava probabilmente altro-

La surrogazione reale, la sostituzione dei beni, avvicina al trust. In un bel saggio⁵ pubblicato una ventina di anni fa veniva evidenziata la tendenza del diritto inglese a costruire un trust in presenza dell'amministrazione di un patrimonio con un oggetto mutevole, laddove noi impieghiamo la surrogazione reale. L'obiettivo è parimenti perseguibile attraverso l'espressa costituzione di un trust.

Ancora, il fondo patrimoniale non accorda pretese dirette ai beneficiari, in particolare ai figli. Inoltre è destinato a cessare sia con il divorzio sia con la morte, non funzionando quindi rispetto al fenomeno delle cosiddette famiglie ricomposte.

La situazione dei conviventi è ulteriormente cadetta. Invero, se ci interroghiamo circa l'ammissibilità della costituzione di un fondo patrimoniale tra conviventi *more uxorio*, imbocchiamo quel grande tema della famiglia di fatto che viene affrontato secondo considerazioni molto ampie, di carattere certamente giuridico, ma anche sociologico e di altra intonazione ancora.

La tendenza generale è restrittiva, e non constano precedenti in tema. Gli atti di destinazione previsti dall'art. 2645 *ter* c.c. ed i trust sono, dunque, gli unici surrogati del fondo patrimoniale per i conviventi.

2. La crisi coniugale

Altre domande di tutela provengono dalle sistemazioni adottate nell'ambito di crisi coniugali, laddove si vorrebbe proteggere dai creditori sia la casa familiare oggetto di assegnazione, sia lo stesso patrimonio del soggetto obbligato agli alimenti⁶.

Ancora, si intenderebbe impedire l'alienazione dei cespiti da parte del coniuge assegnatario; spesso si vorrebbe articolare l'attribuzione programmando – ma non attuando – il futuro trasferimento della proprietà ai figli, attraverso marchingegni più duttili della canonica dissociazione tra usufrutto (al coniuge) e nuda proprietà (ai discendenti).

Di qui il crescente impiego di trust ed atti di destinazione.

ve. Trib. Savona 24 aprile 2003 ebbe a pronunciarsi su un caso in cui v'erano figli minori e questo "piccolo particolare" sposta radicalmente l'asse del discorso. È la protezione dell'interesse dei minori (e non di quello dei creditori) su cui s'incentra il dibattito relativo alla risoluzione per mutuo consenso del fondo patrimoniale. L'argomento non può essere qui neppure sfiorato, ma è probabile che, alla prova dei fatti, quel decreto non sia altro che l'ennesimo esempio di decisione orientata alle conseguenze... Le conclusioni innanzi raggiunte mi pare possano essere confermate: nel caso di specializzazione, i creditori dovranno, loro, attivarsi a tutela delle proprie ragioni. Sarà il giudice ad accertare se hanno subito un pregiudizio... Quinta e ultima considerazione sul tema. Dalla possibilità di risolvere consensualmente il vincolo non mi pare possa dedursi *tout court* la possibilità di revocare parzialmente il vincolo concedendo ipoteca a garanzia di un debito contratto per uno scopo estraneo a quello per il quale si è provveduto alla destinazione dei beni"

⁵ Graziadei e Rudden, *Il diritto inglese dei beni e il trust: dalle res al fund*, in *Quadrimestre*, 1992, 458.

⁶ Rinvio ancora ad un mio lavoro *Assetti patrimoniali in occasione della separazione*, in *Nuova giur. ligure*, 2010, 2, 61-63.

B. I disabili

Peculiari istanze si stagliano in presenza di figli incapaci – il dopo di noi –, per cui sarebbe utilizzabile la fondazione di famiglia, già allo stato dei luoghi comuni correnti; senonché la definitiva limitazione dei beneficiari predeterminandone la condizione di svantaggio trattiene dal loro impiego.

Per la programmazione successoria a favore degli incapaci il nostro codice civile, agli artt. 692 ss., prevede la sostituzione fedecommissaria. Il limite principale del fedecompresso è, tuttavia, rappresentato dall'inutilizzabilità per i soggetti sottoposti ad amministrazione di sostegno, che notoriamente nella prassi ha ormai soppiantato l'interdizione, alla quale soltanto gli artt. 692 c.c. ss. fanno riferimento. Si colgono, allora, le opportunità dischiuse dall'impiego del trust in correlazione all'amministrazione di sostegno.

1. Le fondazioni di famiglia

La richiesta di vincoli di destinazione, di strumenti che consentano di attuare la programmazione del trasferimento delle ricchezze non trova oggi sicura risposta nelle fondazioni di famiglia, tecnica antica eppure ancora circondata da margini di incertezza applicativa, nonostante la stratificazione di una casistica ricca e variegata ed il conforto di rielaborazioni colte e sofisticate⁷.

Il codice civile recepisce tale tradizione e sembrerebbe confermarne la realizzabilità. L'art. 28, 3° co., c.c. menziona le fondazioni «destinate a vantaggio soltanto di una o più famiglie determinate» per sottrarle all'applicabilità delle due regole – dettate, rispettivamente, dal primo comma della disposizione medesima, l'una, e dall'art. 26, l'altra – circa la competenza dell'autorità amministrativa a trasformare, anziché dichiarare estinta, la fondazione il cui scopo sia esaurito o divenuto impossibile o di scarsa utilità, o il cui patrimonio sia divenuto insufficiente, a coordinare l'attività o ad unificare l'amministrazione di più fondazioni.

Le fondazioni di famiglia nel nostro ordinamento sono, nondimeno, circondata da cautele, sulla scorta della tesi – da tempo prevalente – che le ammette nei ristretti limiti imposti alla sostituzione fedecommissaria⁸. Di queste idee è stata peraltro

⁷ La produzione letteraria è imponente e prestigiosa; per tutti, Rescigno, *Fondazione*. C), *Diritto civile*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, 790 ss., nonché Galgano, *Delle persone giuridiche*, in *Comm. Scialoja – Branca*, Bologna-Roma, 1ª ed., 1969, 2ª ed., 2006. Per una sintesi rinvio ad Fusaro, *Fondazione*, in *Digesto civ.*, Torino, 1992. Tra le opere più recenti: Zoppini, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995; De Giorgi, *Le persona giuridiche in generale*, in *Tratt. Rescigno*, II, t. 1, Torino, 2ª ed., 1999, 193 ss.; Ponzanelli, *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, Torino, 2ª ed., 2000; Basile, *Le persone giuridiche*, Milano, 2003. La materia è affrontata anche dalle trattazioni di diritto successorio: per tutte, Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2005.

⁸ Tema che ho recentemente approfondito: *La fondazione di famiglia in Italia e all'estero*, in *Riv. notariato*, 2010, f. 1, 17-38.

revocata in dubbio l'attualità, in dipendenza del mutato quadro socio-economico e normativo⁹.

Con l'entrata in vigore del codice del 1942 parte della dottrina si divide circa la correlazione tra divieto del fedecommesso e fondazione¹⁰, cosicché negli anni sessanta sono autorevolmente sostenute due opposte prospettive. La prima, muovendo dall'asserita neutralità del diritto rispetto agli scopi della fondazione¹¹, giudica ammissibile «una fondazione istituita... a vantaggio di un determinata famiglia»¹². A questa concezione la seconda oppone la necessità di allargare la prospettiva oltre le disposizioni del capo del codice civile dedicato alle persone giuridiche, anche in considerazione del «prodursi di un fenomeno al quale gli ordinamenti moderni guardano con sfavore: esse comportano il fenomeno per il quale determinati beni, quelli costituenti il patrimonio della fondazione, vengano assoggettati ad un vincolo di destinazione, assegnato loro dal fondatore, immutabile e potenzialmente perpetuo», in contrasto con il principio della libera circolazione dei beni. Viene così recuperato il collegamento con le sostituzioni fedecommissarie, e nel libro secondo del codice – precisamente negli artt. 692 ss. – sono reperite le disposizioni da cui è ricavato il necessario perseguimento di «fini di pubblica utilità», sulla scorta della prosimità tra i due comparti, «le une e gli altri producendo il medesimo effetto di imporre su determinati beni un vincolo di destinazione tendenzialmente perpetuo»¹³. Questa teorica è stata, dunque, messa a punto nel vigore della formulazione originaria del codice¹⁴ e guardando ad essa si conclude che il negozio costitutivo di una fondazione di famiglia «sarà valido solo se preordinato al perseguimento di uno

⁹ De Giorgi, *Fondazioni di famiglia e attività d'impresa*, in *Nuova giur. comm.*, 2005, 82.

¹⁰ Ferrara sr., *Le persone giuridiche*, con note di Ferrara jr., in *Tratt. Vassalli*, II, t. 2, Torino, 2ª ed., 1956, 232.

¹¹ Costi, *Fondazione e impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, 13; Rescigno, *Fondazione e impresa*, in *Riv. società*, 1967, 832, secondo il quale nessuna norma «esclude che i fondatori riservino a se stessi (e non ai propri aventi causa) il diritto ai vantaggi realizzati attraverso la fondazione».

¹² Rescigno, *Fondazione e impresa*, cit., 823, secondo cui «la soluzione potrebbe essere adottata dall'imprenditore individuale che voglia garantire l'unità e la continuità dell'impresa al di là della morte, assicurando agli eredi la partecipazione agli utili dell'impresa».

¹³ Galgano, *Delle persone giuridiche*, cit., 186.

¹⁴ Art. 692 c.c. 1942: «È valida la disposizione con la quale il testatore impone al proprio figlio l'obbligo di conservare e restituire alla sua morte in tutto o in parte i beni costituenti la disponibile a favore di tutti i figli nati e nascituri dall'istituto o a favore di un ente pubblico (Ic.). È valida ugualmente la disposizione che importa a carico di un fratello o di una sorella del testatore l'obbligo di conservare e restituire i beni ad essi lasciati a favore di tutti i figli nati e nascituri da essi a favore di un ente pubblico (2° co.). In ogni altro caso la sostituzione è nulla (3° co.). È parimenti nulla ogni disposizione con la quale il testatore proibisce all'erede di disporre per atto tra vivi o per atto di ultima volontà dei beni ereditari (4° co.)». Art. 699: «È valida la disposizione testamentaria avente per oggetto l'erogazione periodica, in perpetuo o a tempo, di somme determinate per premi di nuzialità o di natalità, sussidi per l'avviamento a una professione o a un'arte, opere di assistenza, o per altri fini di pubblica utilità, a favore di persone da scegliersi entro una determinata categoria o tra i discendenti di determinate famiglie. Tali annualità possono riscattarsi secondo le norme dettate in materia di rendita».

scopo di pubblica utilità: la cerchia dei beneficiari potrà si essere circoscritta agli appartenenti alla famiglia del testatore, ma beneficiari della fondazione non potranno essere i discendenti del fondatore in quanto tali, bensì solo in quanto versino in quella particolare situazione soggettiva – di indigenza, di meritevolezza in rapporto agli studi ecc. – che il negozio di fondazione abbia preso in considerazione»; questo affinché «la conservazione del patrimonio all'interno di una determinata famiglia non sia, come è nel fedecommesso, lo scopo della disposizione, ma sia il mezzo per realizzare una diversa finalità socialmente utile»¹⁵.

La riforma del 1975 ha, notoriamente, modificato i termini di ammissibilità delle sostituzioni fedecommissarie, circoscrivendole alla finalità assistenziale dell'interdetto o del soggetto interdicensi¹⁶, ma ha conservato il riferimento alla pubblica utilità nella norma residuale (art. 699 c.c.), mantenuta – quale deroga ai limiti imposti all'usufrutto successivo – nel suo tenore originario¹⁷, cosicché quella impostazione è stata ribadita nei medesimi termini¹⁸.

Negli anni seguenti al suo apparire la tesi è stata condivisa, in particolare commentandosi le sentenze¹⁹ emesse nei diversi gradi di giudizio del celebre caso della Fedecommissaria Stritoli²⁰, il cui unico fine era la distribuzione in perpetuo dei frutti del patrimonio del testatore fra tutti i discendenti del di lui cugino. La vicenda aveva ad oggetto il testamento di tal Giacomo Filippo Strizoli deceduto a Genova nel 1792, nel quale il defunto aveva disposto che con parte del suo patrimonio venisse formato un fedecommesso perpetuo²¹.

¹⁵ Galgano, *Delle persone giuridiche*, cit., 188, il quale ad ulteriore conforto cita l'art. 28 che considera causa di estinzione della fondazione la circostanza che lo scopo sia divenuto «di scarsa utilità».

¹⁶ Art. 692, 1° co., c.c.: «Ciascuno dei genitori o degli altri ascendenti in linea retta o il coniuge dell'interdetto possono istituire rispettivamente il figlio, il discendente, o il coniuge con l'obbligo di conservare e restituire alla sua morte i beni che, sotto la vigilanza del tutore, hanno avuto cura dell'interdetto medesimo».

¹⁷ Il profilo storico è ripercorso da Zorzoli, *Note in tema di fedecommesso, nei lavori preparatori del codice civile*, in *I Cinquant'anni del Codice Civile, Atti del convegno di Milano 4-6.6.1992*, II, Milano, 1993, 623.

¹⁸ Galgano, *Fondazioni (dir. civ.)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, XIV.

¹⁹ De Giorgi, *Le fondazioni di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, II, 297.

²⁰ In primo grado decisa da Trib. Genova, 9.7.1971, in *Giur. it.*, 1972, I, 2, 556, con nota di De Giorgi, nonché in *Riv. dir. civ.*, 1973, II, 297. In secondo grado da App. Genova, 10.4.1975, ined. Quindi da Cass., 10.7.1979 n. 3969, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, 882, con nota di De Giorgi, *Scopo della fondazione e fondazioni di famiglia*: «La disposizione con la quale il testatore abbia stabilito la inalienabilità del suo patrimonio e ne abbia affidato la amministrazione ad alcuni esecutori, attribuendo nel contempo l'usufrutto dei beni che compongono il patrimonio stesso ai discendenti in ordine successivo di una determinata linea della sua famiglia (nella specie: discendenti di un cugino), non dà luogo a una fondazione avente personalità giuridica, facendo in tal caso difetto uno scopo che funga da elemento unificante dei detti beni, bensì dà vita a un ente di mero fatto, il quale, anche se sia stato validamente costituito sotto il vigore di leggi antecedenti, deve ritenersi incompatibile con l'attuale ordinamento giuridico, in quanto, oltre a perseguire finalità analoghe a quelle della sostituzione fidecommissaria, si pone, altresì, in contrasto con divieti sanciti da norme di ordine pubblico (art. 469, 692, 698, 699, 796, 979, 1379 c.c.) che fissano limiti all'autonomia privata».

²¹ Precisamente aveva disposto che di parte del suo patrimonio venisse formato un «fedecommesso perpetuo da

La Suprema Corte ha fatto propria la posizione dottrinale illustrata, sottolineando che «è proprio il fine di utilità pubblica quello che permette, eccezionalmente, di imporre ai beni vincoli di indisponibilità tendenzialmente perpetui», giungendo quindi ad escludere la sopravvivenza della fedecommissaria, sulla scorta dell'osservazione che questa altro non era che uno strumento per la pura e semplice attribuzione dei beni del testatore.

Viene stigmatizzata pertanto la creazione della fondazione al solo scopo di «regolare la sorte giuridica del patrimonio ereditario nel modo voluto dal testatore in ordine ai soggetti cui il patrimonio andava devoluto dopo la sua morte».

All'interprete sovviene il collegamento con l'art. 2645 *ter* c.c. e con il trust.

Muovendo da tali premesse andrebbe promosso l'impiego ampio della fondazione di famiglia, insistendo su di un'accezione tanto larga della pubblica utilità da assimilarla alla meritevolezza degli interessi di cui all'art. 2645 *ter*, insieme rapportando tali nozioni alla liceità dello scopo²². Certamente in questo modo si annichilisce la tradizione in tema di fondazioni – come detto, non solo italiana –, che tende all'indole generale della finalità, ma forse lo sbocco è proprio quello lumeggiato dal progetto di riforma del libro primo – di recente elaborato dalla Commissione Pinza – consistente nel distinguere le grandi dalle piccole fondazioni, e nel consentire un utilizzo privatissimo di queste ultime, impiegandole a favore del perseguimento di qualsiasi scopo, purché lecito e non di mero godimento, escludendo che sia tale il sostentamento dei discendenti di una famiglia²³.

2. La sostituzione fedecommissaria

Gli artt. 692 ss. c.c. contengono la disciplina della sostituzione fedecommissaria, riservandola ai genitori, agli altri ascendenti in linea retta ed al coniuge dell'interdetto. Il contenuto è quello tradizionale, consistente nell'istituzione rispettivamente del figlio, del discendente, del coniuge con l'obbligo di conservare e restituire alla sua morte i beni – anche costituenti la legittima – a favore della persona o degli enti che, sotto la vigilanza del tutore, hanno avuto cura dell'interdetto medesimo.

cantare sempre sotto il nome di Giacomo Filippo Strizoli», dei cui redditi avrebbero dovuto godere i suoi figli e discendenti, precisando per l'eventualità di sua morte senza prole «n tal caso nomino e dichiaro per miei discendenti, ossia per miei eredi universali – però alla sola goduta dei frutti del già detto fedecompresso, cioè degli restanti frutti, poiché prima dovranno dedursi i legati ed oneri – i discendenti di Gerolamo Strizoli», suo cugino.

²² Secondo la ricostruzione offerta da Gentili, *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Egesi dell'art. 2645 ter c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, 1 ss. Diversa la lettura offerta da Di Raimo, *Considerazioni sull'art. 2645 ter: destinazione di patrimoni e categorie dell'iniziativa privata*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, 945.

²³ Iudica, *Fondazioni, fedecommissarie, trusts e trasmissione della ricchezza familiare*, in Aa.Vv., *La trasmissione familiare della ricchezza. Limiti e prospettive di riforma del diritto successorio*, Padova, 1995, 100: «con riguardo alle fondazioni di famiglia... non si può parlare di interesse meramente individuale... proprio perché nella fondazione sono naturalmente coinvolti interessi che in qualche misura trascendono quelli meramente individuali del singolo partecipante».

Il testo vigente è stato introdotto dalla riforma del diritto di famiglia²⁴, la quale ha modificato il divieto di sostituzione comminato dal codice civile del 1942²⁵, introducendo l'eccezione a favore degli interdetti (c.d. «fedecommeso assistenziale») ²⁶. Secondo l'indirizzo della Corte di Cassazione costituiscono tale istituto: a) la duplice vocazione (che ricorre quando la doppia vocazione cada sui medesimi beni o parte, di essi a titolo di eredità o di legato non essendo richiesta la chiamata del sostituito nella medesima qualità dell'istituto); b) l'ordine successivo (che si verifica quando uno stesso bene è attribuito in ordine successivo a più soggetti, con l'obbligo per il primo istituito di conservarlo e di tra smetterlo al successivo istituito che deve però conseguirlo come avente causa del *de cuius*); c) l'obbligo di conservare per restituire²⁷.

La sanzione della nullità è stata frequentemente oggetto di esame giurisprudenziale a margine di casi disparati, laddove emergevano generici intenti di pianificazione successoria, attuati tramite la previsione dell'attribuzione a distinti soggetti della nuda proprietà e dell'usufrutto dei beni ereditari²⁸.

In applicazione dei criteri enunciati è stata qualificata fedecommeso la disposizione testamentaria, comunque articolata, che conferisca secondo un ordine successivo determinati beni ad un istituito per la durata della sua vita ed i medesimi beni

²⁴ Art. 197 ss. l. 19.5.1975, n. 151.

²⁵ «L'ordine pubblico non osta all'applicazione della legge straniera che consente la sostituzione fedecommissaria di un ambito soggettivo ed oggettivo più ampio di quello entro cui la medesima sostituzione è ammessa dall'art. 692 c.c. Da un lato, infatti, la sostituzione fedecommissaria non è in contrasto con alcuna norma costituzionale. Dall'altro, i ristretti limiti entro i quali essa è ammessa in base all'attuale testo dell'art. 692 c.c., introdotto con la l. 19.5.1975, n. 151, non operano, giusta la norma transitoria contenuta nell'art. 238 2° co., di questa, riguardo alle sostituzioni fedecommissarie anteriori all'entrata in vigore della medesima legge, tuttora regolate dal testo originario dell'art. 692 c.c., che le ammetteva entro limiti più ampi»: Cass., 5.4.1984, n. 2215, in *Riv. dir. internaz.* 1985, 183.

²⁶ Sul fedecommeso Azzariti, *La sostituzione fedecommissaria*, in *Tratt. Rescigno*, 6, Torino, 1997, 333 ss.; Palazzo, *Le successioni*, II, in *Tratt. Iudica e Zatti*, Milano, 1996, 777 ss.; Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2006; Terzi, *Sostituzione semplice e sostituzione fedecommissaria*, in Aa.Vv., *Successioni e donazioni* a cura di Rescigno, I, Padova, 1994, 1160 ss.; Benedetti, *Delle sostituzioni*, in Aa.Vv., *Comm. Cian, Oppo e Trabucchi*, V, Padova, 1992, 206 ss.; Capozzi, *Successioni e donazioni*, Milano, 1983, 580 ss.; Giannattasio, *Delle successioni. Successioni testamentarie*, in *Comm. c.c.*, II, Torino, 1978, 357 ss.; Durante, *Fedecommeso*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1989, 3 ss.; Amato-Marinaro, *La nuova sostituzione fedecommissaria*, Napoli, 1979, 34 ss.; Talamanca, *Successioni testamentarie*, nel *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1978, 287 ss. Prima della riforma del 1975, si vedano Ricca, *Fedecommeso*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, 139 ss.; Casulli, *Sostituzione ordinaria e fedecommissaria*, in *Noviss. Dig. It.*, XVII, Torino, 1971, 980 ss.; Gangi, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, II, Milano, 1964, 272 ss.; Piras, *La sostituzione fedecommissaria nel diritto civile italiano*, Milano, 1952.

²⁷ Cass., 18.9.1998, n. 9320, in *Corriere giur.*, 1999, 577; *Giur. it.*, 1999, 914; *Foro it.* 1998, I, 3127.

²⁸ In tema è reperibile parecchia dottrina: Trapani, *Divieto di sostituzione fedecommissaria e attribuzione disgiunta di usufrutto vitalizio e nuda proprietà*, nota a Trib. Venezia, 9.10.2001, in *Famiglia*, 2002, 2, 575; Valenza, *Sostituzione fedecommissaria e attribuzione separata di usufrutto e nuda proprietà*, in *Corriere giur.*, 1999, 577 ss. e di Masucci, *Attribuzione disgiunta di usufrutto e nuda proprietà: fedecommeso vietato?*, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, c. 1005 ss.

ad un altro soggetto (sostituto) dopo la morte del primo, mentre tale figura non sussiste quando ai chiamati vengano attribuiti in via successiva diritti diversi.

Ad oggi non si registrano, invero, conferme della proposta di apertura nei confronti dell'impiego del fedecommesso a favore dell'amministrato, da taluno avanzata appoggiandosi all'art. 411, 4° co., c.c.²⁹, sulla scorta del quale il giudice tutelare nel provvedimento di nomina dell'amministratore può estendere determinati «effetti» previsti da disposizioni di legge per l'interdetto.

Si raccomanda, allora, l'adozione di uno strumento fiduciario flessibile, quale è il trust. A quest'ultimo riguardo si segnala che è stata interpretata non come una sostituzione fedecommissaria, ma quale disposizione istitutiva di «trust la disposizione con cui il testatore dichiara di “lasciare in eredità” al fiduciario, in proprietà assoluta, ogni suo avere, ma a beneficio della figlia»³⁰.

3. *I trusts*

Il nostro ordinamento non contempla, notoriamente, l'istituto del trust, ma – a seguito della ratifica della Convenzione dell'Aia³¹ – lo riconosce in quanto retto da una legge straniera; secondo l'orientamento ormai prevalente in giurisprudenza, è ammissibile la costituzione in Italia di trust da parte di cittadini italiani, relativamente a beni e rapporti pure italiani, purché venga richiamata l'applicazione del diritto di un ordinamento che contempla il trust (tipicamente le giurisdizioni di common law)³².

Come si legge nella Circolare illustrativa della disciplina fiscale italiana, “il trust è istituto tipico della common law che, per versatilità e flessibilità, si presta alle finalità più ampie. È opportuno considerare che non esiste una specifica tipologia di trust e che, ai fini dell'analisi dei profili civilistici e fiscali, dopo aver individuato i tratti comuni ed essenziali della relativa disciplina occorre cogliere volta per volta,

²⁹ Art. 411: «[IV]. Il giudice tutelare, nel provvedimento con il quale nomina l'amministratore di sostegno, o successivamente, può disporre che determinati effetti, limitazioni o decadenze, previsti da disposizioni di legge per l'interdetto o l'inabilitato, si estendano al beneficiario dell'amministrazione di sostegno, avuto riguardo all'interesse del medesimo ed a quello tutelato dalle predette disposizioni. Il provvedimento è assunto con decreto motivato a seguito di ricorso che può essere presentato anche dal beneficiario direttamente».

³⁰ Trib. Lucca, 23.9.1997, in *Foro it.*, 1998, I, 2007, 3391, nota Lupoi: «la lesione delle aspettative del legittimario non determina la nullità del “trust”, ma la possibilità di applicare le disposizioni di diritto interno strumentali alla reintegrazione della quota riservata ai legittimari».

³¹ Del primo luglio 1985, attraverso la legge 16 ottobre 1989, numero 364, entrata in vigore il primo gennaio 1992

³² Trib. Bologna, 1 ottobre 2003, in *Foro it.*, 2004, I, 1295: “in Italia il Trust interno che non abbia intenti abusivi o fraudolenti è valido, non contrasta con norme imperative o principi di ordine pubblico ed ha l'effetto di segregare i beni del Trust rispetto al restante patrimonio del Trustee in deroga all'art. 2740 c.c. “.Nello stesso senso Trib. Trieste, 23 settembre 2005, in *Foro it.*, 2006, I, 1935, nonché gli altri riportati da M. Lupoi, *La giurisprudenza italiana sui trust. Dal 1899 al 2006*, II ediz., Ipsoa, 2006. Per un giro d'orizzonte si segnala M. Graziadei, *Il trust e l'evoluzione del panorama legislativo straniero ed italiano*, relazione tenuta al II Congresso giuridico per l'aggiornamento forense, svoltosi a Roma nei giorni 15, 16, 17 marzo 2007.

nei casi concreti, le peculiarità dei singoli trust. Il trust si sostanzia in un rapporto giuridico fondato sul rapporto di fiducia tra disponente (settlor o grantor) e trustee. Il disponente, di norma, trasferisce, per atto inter vivos o mortis causa, taluni beni o diritti a favore del trustee il quale li amministra, con i diritti e i poteri di un vero e proprio proprietario, nell'interesse del beneficiario o per uno scopo prestabilito³³.

Per configurare un trust occorre individuare non solo il trustee, il guardiano, i beneficiari, i beni³⁴, ma pure il diritto applicabile (che non può essere quello italiano), ciò che richiede ottima conoscenza dei vari sistemi che contemplano tale istituto, da scegliersi anche in dipendenza della coerenza con gli obiettivi prefissi

La linea di tendenza emergente dalle elaborazioni in tema di «trust interno» è nel senso di valorizzare lo strumento straniero in ordine al perseguimento di finalità rispetto alle quali quelli nostrani si rivelano inadeguati. Pertanto il trust si avvantaggia delle angherie degli istituti italiani, in quanto prospera laddove difetti un equipollente strumento giuridico interno, per perseguire un risultato che non appaia in contrasto con l'ordinamento. Colpisce, allora, come l'attitudine del trust a schivare le restrizioni imposte alla sostituzione fedecommissaria sia stata efficacemente argomentata sottolineando l'assenza sia degli elementi strutturali caratteristici di quella, sia del sostrato sistematico³⁵. Si potrebbe poi aggiungere che anche il trust è sogget-

³³ Circolare n. 48/E della Direzione Centrale dell'Agenzia delle Entrate Normativa e Contenzioso del 6 agosto 2007

³⁴ La costituzione del trust non presuppone necessariamente il conferimento dei beni da gestire – e poi destinare –, che può avvenire anche in un secondo tempo, ancora in vita, oppure con il testamento. La tassazione dei conferimenti in trust è stata incisa nel 2006 dalla disciplina ad oggi vigente (Art 2, comma 47, del decreto-legge n. 262 del 2006, convertito, con modificazioni e integrazioni, dalla legge n. 286 del 2006), che ha esteso l'ambito applicativo dell'imposta sulle successioni e donazioni alla «costituzione di vincoli di destinazione»; la disciplina è stata illustrata dalla Agenzia delle Entrate chiarendo che «la costituzione di beni in trust rileva, in ogni caso, ai fini dell'applicazione dell'imposta sulle successioni e donazioni, indipendentemente dal tipo di trust» (Circolare dell'Agenzia delle Entrate 22.1.2008, n. 3/E). Ne consegue la tassazione con riguardo al beneficiario finale: in sostanza, l'attribuzione attuata attraverso la sua indicazione quale beneficiario del trust soggiace al trattamento fiscale equivalente a quello proprio della donazione e della successione.

³⁵ Lupoi, *Trusts*, 2ª ed., Milano, 2001, 657, osserva che, sul piano strutturale, «...la duplice (o molteplice) vocazione ereditaria scaturente dal testamento istitutivo di fedecommissario (cosicché è solo la delazione che è frazionata nel tempo e da ciò consegue che il sostituto acquista in forza del testamento e non per il trasferimento che gliene faccia l'istituto *mortis causa* è duplice) non trova analogia in alcun tipo di trust testamentario»; mentre l'assimilazione non è consentita neppure sotto il profilo sistematico e di politica legislativa. Invero, «...chi riscontri la ragione della nullità del fedecommissario ereditario nell'espropriazione, in danno dell'istituto, della libertà di testare e veda quindi nel testamento istitutivo una disposizione sull'altrui successione», rileverà la differenza tra il trustee e l'istituto, in ragione della segregazione del bene nel suo patrimonio: «...morto il trustee gli subentra un altro trustee». Per contro, chi «riscontri la ragione della nullità nell'ostacolo che il fedecommissario o... erigono contro la circolazione dei beni ricorderà che il trustee è normalmente dotato del potere di alienare i beni in trusts, che le legislazioni sui trusts... prevedono termini di durata... e in ogni caso contrastano on i vincoli di inalienabilità». Al riguardo si rinvia altresì a Graziadei, *Diritti nell'interesse altrui. Undisclosed agency e trust nell'esperienza giuridica inglese*, Trento, 1995.

to a limiti temporali (la rule against perpetuities)³⁶, e che sicuramente lo era pure un tempo il fedecommesso³⁷ e così anche il vincolo previsto dall'art. 2645 *ter* c.c.

Il confronto fatto³⁸ – anteriormente alla comparsa di quest'ultima disposizione – «utilizzando come stregua l'equivalente funzionale, ossia l'idoneità dei due istituti a soddisfare i medesimi interessi» e poi condotto in termini competitivi, onde valutare «quale tra i due è in grado di soddisfare i medesimi interessi ad un costo marginale», ha efficacemente evidenziato come trust e fondazione rivelino la rispettiva superiorità a seconda delle specifiche finalità perseguite. Invero, la conclusione secondo cui «tanto minore è l'esigenza della stabilità e dell'autonomia del momento organizzativo strumentale, tanto maggiore è la convenienza del trust», può capovolgersi assumendo che «quanto più è significativo il ruolo degli atti di organizzazione», tanto più è conveniente ricorrere alla fondazione, in quanto «gli standard cui è demandata la valutazione della condotta dei trustees sono teleologicamente orientati a minimizzare il rischio, diversamente da quello che fisiologicamente avviene per gli amministratori di un ente incorporated...»³⁹.

Sono state da tempo illustrate le opportunità dischiuse dall'impiego del trust in correlazione all'amministrazione di sostegno⁴⁰. In giurisprudenza si trova ripetutamente consentita l'istituzione di un trust per un soggetto amministrato⁴¹. In un caso, nel nominare l'amministratore di sostegno ad un incapace, viene autorizzata la creazione di un trust nell'interesse del medesimo, del coniuge e del figlio, consentendo al trustee di individuare i beneficiari finali fra coloro che si siano particolarmente distinti nei rapporti relazionali e di assistenza con il figlio del beneficiario, anche egli incapace⁴².

Altra volta, il Giudice Tutelare, nominando l'amministratore di sostegno di un disabile, l'autorizza a vincolare in un trust in favore dello stesso tutti i beni da questi ereditati dalla defunta madre, nonché le somme residue degli emolumenti percepiti

³⁶ Rinvio alla mia voce *Perpetuities*, in *Digesto civ.*, XIV, Torino, 1995.

³⁷ Per il fedecommesso quattro generazioni, secondo la legislazione di antico regime (si rinvia a Caravale, *Fedecommesso (dir. intermedio)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, 109 ss.) che stranamente non fu richiamata nel caso Strizoli, poiché si pose mente solo al c.c.

³⁸ Impiegando lo schema offerto da Gambaro, *Il «trust» in Italia e Francia*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, t. I, Milano, 1994, 495 ss.

³⁹ Zoppini, *Fondazione e trust (spunti per un confronto)*, in *Giur. it.*, 1997, IV, 41.

⁴⁰ Si segnalano la riflessione di A. Venchiarutti, *Amministrazione di sostegno e trust per una protezione articolata del disabile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, 1209 ss.; A. Santuari, *Il trust e l'amministrazione di sostegno: breve analisi dei due istituti e delle loro possibili integrazioni*, reperibile sul sito www.personaedanno.it; A. Di Sapio, *Trust e amministrazione di sostegno* (atto primo), in *Trusts e attività fiduciarie* – I parte, 2009, p. 364 ss; II parte, p. 480 ss

⁴¹ Per una completa panoramica recente sulla giurisprudenza e sulla dottrina in tema di amministrazione di sostegno, cfr. G. Bonilini, F. Tommaseo, *Dell'amministrazione di sostegno*, in *Il Codice civile. Commentario diretto da Busnelli*, Milano 2008, sub art. 404-413; *L'amministrazione di sostegno* a cura di S. Patti, Milano 2005; *L'amministrazione di sostegno* a cura di G. Ferrando, Milano 2005.

⁴² «L'amministratore di sostegno può essere autorizzato dal Giudice Tutelare all'istituzione di un trust nell'interesse dello stesso beneficiario della procedura e del di lui figlio, anch'egli soggetto disabile»: Trib. Genova, 14 marzo 2006, in *Giur. merito* 2006, 12 2644, nota Di Profio, *Il civilista* 2007, 3 53, nota Monegat.

dal disabile (pensioni, indennità di accompagnamento, rendite) una volta soddisfatti gli oneri gestionali e versate le rette alla comunità in cui egli si trova ricoverato⁴³.

Particolare rilievo riveste una decisione bolognese che autorizza l'amministratore di sostegno ad istituire un Trust per l'ottimale gestione dei beni riferibili al soggetto nel cui interesse svolge la propria attività. Dal corpo della motivazione si trae la ricostruzione del concreto impiego dello strumento: la finalità perseguita è quella di "prevenire la dispersione del patrimonio del Soggetto da Assistere, unica sua fonte di reddito ed unica sua garanzia, e al contempo garantire che esso rimanga estraneo a qualsiasi vicenda dovesse coinvolgere il Soggetto da Assistere, assicurandone la consistenza e l'integrità e la corretta amministrazione". Nella bozza di atto costitutivo – riportata nel corpo del provvedimento – si legge, in particolare, che il Trustee "impiega il Fondo in Trust per assicurare al Beneficiario la più efficace garanzia, protezione e tutela economica, negli anni a venire, cosicché i beni vincolati nel Fondo in Trust non vadano dispersi e rimangano estranei a qualsiasi vicenda dovesse coinvolgere il Beneficiario e li conserva, gestisce e se possibile incrementa ad esclusivo vantaggio del Beneficiario"; il Trustee è riconosciuto sottoposto al controllo e ai poteri (anche di revoca) del Giudice Tutelare e delle altre autorità giudiziarie; poteri di vigilanza, segnalazione e autorizzazione sono affidati al Guardiano, scelto in base a criteri di professionalità con l'approvazione del beneficiario, il quale si deve confrontare con l'Amministratore di Sostegno, a sua volta tenuto a considerare (conformemente all'art. 410, 1° co., c.c.) anche i "desideri" del Beneficiario, tant'è che quest'ultimo può comunque direttamente segnalarli al Trustee; il Trust ha termine finale collegato all'eventuale cessazione (da accertare, anche sul piano medico-legale, con apposita procedura) delle ragioni che hanno motivato la sua istituzione e comunque alla morte del beneficiario, il che consente a quest'ultimo di disporre efficacemente dei suoi beni con testamento. Nella specie, le ragioni alla base della richiesta dell'amministratore di sostegno di istituire il Trust, e del parere favorevole del Giudice Tutelare, prima, e della sua autorizzazione, poi, si riflettono sul giudizio circa la meritevolezza dell'interesse perseguito con l'atto e traggono origine dalle particolari vicende successive alla nomina dell'amministratore di sostegno⁴⁴. Al fondo, il Tribunale riconosce esservi un conflitto fra tutela del patrimonio del beneficiario e rispetto delle prerogative e della dignità della persona e valuta che la creazione del Trust consente, nel caso di specie, di garantire la conservazione (e la destinazione) del patri-

⁴³ Trib Modena, 11 agosto 2005, in *Trusts*, 2006, 581.

⁴⁴ Tra queste vicende si segnalano: la relazione affettiva e poi la vera e propria convivenza *more uxorio* instaurata dall'amministrato con una signora; la manifestazione, da parte sua, di una sempre più aperta ostilità nei confronti dell'amministratore di sostegno e di un'insofferenza per le limitazioni conseguenti al regime stabilito dal decreto applicativo della misura di protezione; la condotta dell'amministrato il quale, isolatosi progressivamente dagli amici di un tempo e dai colleghi di lavoro, aveva dichiarato più volte – anche nel corso del secondo giudizio di interdizione, promosso nel 2006 dal Pubblico Ministero – di voler fare tutto da solo insieme alla convivente.

monio (o meglio, di buona parte del patrimonio) senza dover ridurre ulteriormente la capacità di agire del beneficiario dell'amministrazione di sostegno⁴⁵.

Altri casi riguardano trust che prevedono quale beneficiario un amministrato: con riguardo a tali ipotesi ci si è chiesti se il trustee debba soggiacere, nel compimento di atti di straordinaria amministrazione di beni del *trust fund* posti in Italia, al regime autorizzatorio previsto dalle norme del codice civile e di procedura civile e la risposta è stata prevalentemente negativa⁴⁶.

C. Gli atti di destinazione

Il trust esibisce vantaggi che lo rendono competitivo rispetto agli strumenti nostrani, ma pure inconvenienti sia in termini di scarsa diffusione della competenza professionale atta ad orientare nella scelta della legge confacente, sia in ordine alle difficoltà di aggiornamento. Invero dopo aver adottato lo strumento del trust occorre tenersi informati in merito alle eventuali innovazioni che intervengano successivamente nel paese il cui diritto è stato prescelto nella costituzione dello stesso, eventualmente anche nell'ottica di una eventuale sostituzione della legge regolatrice, come previsto dall'art. 10 della convenzione dell'Aja.

Problemi questi ultimi che non ricorrono ove si opti per l'impiego del negozio di destinazione introdotto dall'art. 2645 *ter c.c.*, il quale presenta una certa assimilabilità funzionale rispetto al trust, ancorché non risulti ad esso sovrapponibile: invero la norma replica alcuni moduli del trust, mancano però le regole relative al rapporto fiduciario, insieme con l'apparato rimediabile tipico del mondo giuridico dal quale esso proviene, vale a dire l'attitudine recuperatoria del "tracing".

1. Gli atti di destinazione dell'art. 2645 *ter c.c.*

La novità dell'art. 2645 *ter*⁴⁷ risiede nell'aver modificato l'accezione di separazione patrimoniale, che in passato era limitata alle ipotesi nominate, mentre ora è ammessa in

⁴⁵ Trib. Bologna, 11 maggio 2009, in *Trusts 2009*: "Il Trust persegue nel caso concreto finalità meritevoli di tutela, attinenti non solo alla sfera patrimoniale ma anche a quella personale del beneficiario. Non si ravvisano disposizioni contrarie all'ordine pubblico. Le ragioni dei terzi creditori (peraltro non risulta l'esistenza di passività ereditarie) risultano adeguatamente tutelate dalle disposizioni dell'atto istitutivo. In conclusione, il ricorso merita accoglimento. Poiché il Trust è stato istituito, l'autorizzazione ha ad oggetto il trasferimento in piena ed esclusiva proprietà del Trustee (individuato nella Galvani Fiduciaria s.r.l. di Bologna, anche alla luce della opinione manifestata dal beneficiario, oltre del curriculum e delle informazioni circa l'esistenza di una polizza assicurativa) dei beni provenienti dall'eredità paterna ed indicati nella nota integrativa".

⁴⁶ D. Muritano, *Trust e soggetti deboli: rapporti con l'amministrazione di sostegno*, in Id., S. Bartoli, *Riflessioni su talune clausole utilizzate nei trusts interni*, in S. Bartoli – M. Graziadei, D. Muritano – L.F. Riso, *I trusts interni e le loro clausole*, Roma, 2007

⁴⁷ Segnalo il mio lavoro *Le posizioni dell'accademia nei primi commenti dell'art. 2645 ter c.c.*, cit.

via generalizzata⁴⁸: un atto atipico di destinazione, laddove in precedenza erano atti tipici quanto alla funzione (fondo patrimoniale) o quanto al soggetto (art. 2447 *bis* c.c.)⁴⁹.

Si è sottolineato come qui si tratti di una separazione affidata allo scopo anziché all'organizzazione, quindi alla volontà del disponente, cosicché la deroga all'art. 2740 c.c.⁵⁰ è di matrice negoziale⁵¹.

L'art. 2645 *ter* è ricognitivo dei vincoli esistenti, di cui regola l'adempimento pubblicitario, oppure è innovativo, racchiudendo la disciplina di una fattispecie per l'innanzi inedita? Prevale la convinzione secondo cui l'art. 2645 *ter* contiene la fattispecie, quindi è dotato di una valenza anche sostanziale⁵², puntualizzandosi da taluno che è sbagliata piuttosto la collocazione dal momento che la pubblicità da esso prevista non condivide la funzione dell'art. 2644. Alcuni sottolineano come la nuova norma ratifichi la legittimità del negozio di destinazione in quanto tale⁵³, mentre la pubblicità occorra soltanto per l'opponibilità ai terzi; altri preferisce tenerli insieme all'interno di una fattispecie procedimentale⁵⁴.

Dall'attribuzione di valenza sostanziale all'art. 2645 *ter* qualcuno fa discendere l'autonomia del vincolo rispetto alla pubblicità; all'opposto si colloca chi, pur non relegando la portata della norma a quella pubblicitaria, nondimeno la ritiene costitutiva del

⁴⁸ Per Mirzia Bianca, Novità e continuità dell'atto di destinazione, in M. Bianca (cur.), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645 ter del codice civile*, Milano, 2007, p. 29 ss."l'art. 2645 *ter* c.c. è un tassello di un sistema".

⁴⁹ È stato, inoltre, messo in luce come sin qui il sistema della pubblicità immobiliare non prevedesse la pubblicità di atti modificativi dell'ordinario contenuto del diritto di proprietà: G. Gabrielli, *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 321; A. Gambaro, *Vincoli di destinazione e conformazione della proprietà*, in *Studi in onore di Antonio Palazzo*, vol. 3, *Proprietà e rapporti obbligatori*, Utet, p. 315 ss.

⁵⁰ Osservando dalla diversa prospettiva dei diritti, piuttosto che dei beni, si esclude che sia realizzata alcuna deroga all'art. 2740 c.c.: A. Gambaro, *Vincoli di destinazione e conformazione della proprietà*, cit., p. 319.

⁵¹ Falzea, *L'atto negoziale di destinazione*, Introduzione della tavola rotonda di Roma del 17.3.2006, ora in M. Bianca (cur.), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645 ter del codice civile*, cit., p. 3 ss.

⁵² De Nova, *Esegesi dell'art. 2645 ter c.c.*, relazione presentata al seminario *Atti notarili di destinazione dei beni: art. 2645 ter c.c.*, organizzato a Milano il 19.6.2006 dal Consiglio notarile di Milano e dalla Scuola notarile della Lombardia, in *Aa. Vv.*, *Atti notarili di destinazione di beni: art. 2645-ter c.c.* Atti del Convegno di Milano del 19 giugno 2006, in www.scuoladnotariatodellalombardia.org; Oppo, *L'atto negoziale di destinazione*, Relazione presentata alla tavola rotonda di Roma del 17.3.2006, ora in M. Bianca (cur.), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645 ter del codice civile*, cit., p. 3 ss.; Spada, *Conclusioni alla tavola rotonda di Roma del 17.3.2006*, ora in M. Bianca (cur.), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645 ter del codice civile*, cit., p.201 ss.; Gazzoni, *Osservazioni sull'art. 2645 ter*, in www.judicium.it, in *Giust. civ.*, 2006, II, p.165 e ss. Vedi tuttavia Trib. Trieste, 7 aprile 2006, in *Riv. not.* 2007, 2 367, nota Matano, secondo cui: "È da escludere che l'imposizione di un vincolo di destinazione ai sensi dell'art. 2645 *ter* c.c. si sostanzi in una nuova tipologia negoziale traslativa, caratterizzata da una causa esclusivamente destinataria; deve invece ritenersi che la nuova norma introduca nell'ordinamento solo un particolare tipo di effetto negoziale, quello di destinazione, accessorio rispetto agli altri effetti di un negozio tipico o atipico cui si accompagna".

⁵³ Bianca, *Novità e continuità dell'atto di destinazione*, cit.

⁵⁴ Spada, *Il vincolo di destinazione e la struttura del fatto costitutivo*, Relazione alla tavola rotonda del 17.3.2006, cit.

vincolo⁵⁵. Nella prima prospettiva l'atto produce già la destinazione: costitutivo di effetto sarebbe l'atto, non la trascrizione, che servirebbe solo per l'opponibilità⁵⁶; laddove manchi la trascrizione rimarrebbe il vincolo obbligatorio di destinazione che, quindi, sopravviverebbe all'inopponibilità⁵⁷. In questo modo non solo si amplia la portata dell'art. 2645 *ter* c.c., ma si riconosce autonoma portata al negozio di destinazione⁵⁸.

Nella seconda⁵⁹ si respinge l'effetto della destinazione, escludendo che essa sia prodotta da un atto, eccependo che diversamente dovrebbe valere come equipollente la prova della mala fede: decisiva sarebbe, invece, la trascrizione, dotata come tale di effetto costitutivo. Se la separazione patrimoniale discende dal rispetto dei requisiti di forma (l'atto pubblico) e di sostanza (meritevolezza e beneficiario determinato) insieme alla pubblicità, il difetto di uno di questi elementi ed in particolare della pubblicità precluderebbe sia la destinazione sia la separazione⁶⁰.

La pubblicità prevista dalla nuova norma viene considerata non dichiarativa, ma costitutiva dell'opponibilità del vincolo, così come nell'art. 2915 c.c.: l'art. 2644 c.c. rileverebbe solo per attribuire rilievo all'ordine cronologico delle formalità, non per il suo valore dichiarativo. Ci si chiede poi se l'atto di data certa sia sufficiente per la destinazione di beni mobili, laddove ammessa, appoggiandosi all'ultimo inciso dell'art. 2915, 1° co., c.c.

Quanto alle modalità dell'adempimento pubblicitario si domanda se il vincolo debba essere trascritto solo nei confronti dell'autore della destinazione, oppure anche a favore del beneficiario e se sia luogo ad annotare le vicende successive in deroga agli artt. 2652 c.c. ss.⁶¹.

2. Meritevolezza dello scopo e liceità

Il vincolo di destinazione deve indicare lo scopo⁶² e questo dev'essere meritevole: chi⁶³ dall'art. 2645 *ter* ricava la liceità dell'atto di destinazione sempre e comunque,

⁵⁵ Spada, P. Spada, *Articolazione del patrimonio da destinazione iscritta*, in *Negoziato di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, Quaderni della Fondazione Nazionale per il Notariato, 2007, p. 121 e ss.,

⁵⁶ Bianca, Novità e continuità dell'atto di destinazione, cit.

⁵⁷ Bianca, Novità e continuità dell'atto di destinazione, cit.

⁵⁸ Contrario Spada, *Il vincolo*, cit.

⁵⁹ Spada, *Il vincolo*, cit.

⁶⁰ Nuzzo, Atto di destinazione e interessi meritevoli di tutela, Relazione presentata alla tavola rotonda di Roma del 17.3.2006.

⁶¹ D'Errico, La trascrizione del vincolo di destinazione nell'art. 2645 *ter* c.c.: prime riflessioni, Relazione presentata alla tavola rotonda di Roma del 17.3.2006, ora in M. Bianca (cur.), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*. L'art. 2645 *ter* del codice civile, cit, p. 121 ss.

⁶² De Nova, *Esegesi*, cit., parla di «expressio finis».

⁶³ Nuzzo, *Il notaio e l'atto di destinazione*, Relazione presentata alla tavola rotonda di Roma del 19.3.2006, ora in M. Bianca (cur.), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*. L'art. 2645 *ter* del codice civile, cit, p. 59 ss.

assume che la meritevolezza degli interessi attiene all'attitudine della trascrizione a realizzare l'opponibilità ai terzi⁶⁴; il contrario conclude chi nega valore autonomo all'atto⁶⁵.

La dottrina si è da subito domandata se il requisito rifluisce nella liceità come è accaduto a margine dell'art. 1322 c.c., obiettando in molti che qui il giudizio di prevalenza deve essere rispetto a quello dei creditori in generale. Effettivamente in tema di contratti la meritevolezza si è appiattita sulla liceità⁶⁶, ma in questo ambito essa riguarda l'art. 2740, rappresenta la ragione giustificativa dell'arricchimento, della deroga alla «par condicio». Come riempirla di contenuto?

Una tesi la collega indissolubilmente alla logica della solidarietà⁶⁷ e la circoscrive agli interessi dell'incapace, suggerendo di limitarla all'autonomia privata della solidarietà, non dell'opportunità, proponendo, ad esempio, di far capo alle finalità enumerate dall'art. 2 della Legge sull'impresa sociale (mettere la data). Insomma non basta qualsiasi interesse, ma ne occorre uno che raccolga un suffragio della società civile.

Una seconda⁶⁸ propone la pubblica utilità sino a ieri (sino al d.p.r. n. 361/2000) richiesta per le fondazioni. Un'altra ancora suggerisce di far capo ai valori costituzionali, recependo la graduazione che antepone la persona all'impresa e quest'ultima alla proprietà⁶⁹; più che contrapporsi, si affianca la proposta di accettare senz'altro gli interessi già perseguiti da altri istituti (ad esempio, il fondo patrimoniale).

Un'altra tesi la allarga alla persona fisica in generale, ancorché non incapace⁷⁰, richiedendo soltanto l'indicazione espressa dell'interesse, rivestita della forma pubblica, in quanto la meritevolezza non andrebbe oltre la liceità.

All'estremo si trova chi⁷¹ fa spazio addirittura all'interesse egoistico, ma coglie nel segno l'obiezione⁷² che denuncia in quest'ipotesi l'assenza di alcun soggetto legittimato ad azionare il vincolo, cosicché mancherebbe un soggetto controinteressato. In

⁶⁴ Nuzzo, *Il notaio*, cit.

⁶⁵ Spada, *Il vincolo*, cit.

⁶⁶ Sacco, *Le elaborazioni degli effetti contrattuali – La qualificazione*, Sacco e De Nova, *Il contratto*, II, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2003.

⁶⁷ Spada, *Il vincolo*, cit.

⁶⁸ Gazzoni, *Osservazioni*, cit. Per una panoramica delle diverse posizioni avanzate mi permetto di segnalare il mio lavoro *Le posizioni dell'accademia nei primi commenti dell'art. 2645 ter c.c.*, in *Negozio di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, in *Quaderni della Fondazione del Notariato*, 2007, 22-31.

⁶⁹ Nuzzo, *Il notaio*, cit.

⁷⁰ Vettori, *Atto di destinazione e trascrizione*. L'art. 2645 ter, Relazione presentata alla tavola rotonda di Roma del 17.3.2006, ora in M. Bianca (cur.), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*. L'art. 2645 ter del codice civile, cit., p.171 ss.

⁷¹ Oppo, *L'atto negoziale*, cit.

⁷² Graziadei, *Il vincolo*, relazione tenuta al seminario *La pubblicità immobiliare dell'atto negoziale di destinazione e del trust*, organizzato a Genova dal Consiglio notarile il 25 marzo 2006.

questa diversa prospettiva la necessaria alterità del beneficiario rispetto al disponente precluderebbe, quindi, la riproduzione dello schema del trust autodestinato⁷³.

Si domanda, tuttavia, se l'interesse si possa riversare sulle cose anziché rimanere sulle persone, valorizzando ad esempio l'intenzione di salvare una casa avita oppure quella di salvaguardare la conservazione di una collezione⁷⁴. Di un vincolo a favore di animali taluno⁷⁵ riconosce la meritevolezza, rimarcando però come il legislatore abbia fatto esplicito riferimento a persone fisiche affinché il vincolo possa essere azionato; pertanto nel caso sarebbe necessario prevedere altresì il soggetto legittimato ad azionarlo.

All'interrogativo se sia concepibile una destinazione a somiglianza del trust di scopo, si risponde che il vincolo necessariamente deve riferirsi a persone individuate o comunque individuabili: mancherebbe la meritevolezza nella destinazione di un bene a sede dei marziani che sbarcheranno sulla terra⁷⁶.

Altra questione è chi esercita il relativo controllo: alcuni lo assegnano al notaio⁷⁷, ma molti altri ne dubitano, obiettando che non gli si può domandare più che di verificare la liceità⁷⁸, cosicché naturale affidatario risulterebbe il giudice⁷⁹.

La domanda cruciale è però quella circa le conseguenze del rilievo dell'assenza di meritevolezza: se da tale mancanza discenda l'invalidità dell'atto o solo l'inopponibilità; quesito che rinvia alla portata del vincolo o meglio al tema della pubblicità. Soltanto nella prospettiva incline a disarticolare la fattispecie, assegnando rilevanza autonoma al momento negoziale, non viene travolto l'atto, ma l'effetto⁸⁰ della separazione, cosicché l'adempimento sarebbe comunque dovuto a favore del beneficiario.

3. Oggetto del vincolo

Ciò che si vincola più che i beni sono i diritti su di essi⁸¹; come al solito è il linguaggio del codice ad ingannare, basti pensare al fondo patrimoniale, dove appunto il riferimento è rivolto ai beni anziché ai diritti.

Oggetto del vincolo di destinazione è il diritto su un bene; alcune esigenze sono risolvibili appoggiando il vincolo ad un diritto diverso dalla proprietà: si pensi alla

⁷³ Spada, *Il vincolo*, cit.

⁷⁴ De Nova, *Esegesi*, cit.

⁷⁵ Graziadei, *Il vincolo*, cit.

⁷⁶ Graziadei, *Il vincolo*, cit.

⁷⁷ Per una panoramica delle diverse posizioni avanzate mi permetto di segnalare il mio lavoro *Le posizioni dell'accademia nei primi commenti dell'art. 2645 ter c.c.*, in *Negozio di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, in *Quaderni della Fondazione del Notariato*, 2007, 22-31.

⁷⁸ Vettori, relazione cit.

⁷⁹ Vettori, relazione cit.

⁸⁰ Nuzzo, *Il notaio*, cit.

⁸¹ Graziadei, *Il vincolo*, cit.

previsione a favore di un incapace, settore che esalta, invero, l'utilità di vincolare il solo usufrutto, per la sua natura vitalizia.

Una lettura a ritroso dalla portata pubblicitaria risale a quella sostanziale e poi amplia la latitudine anche sul piano oggettivo, estendendola a tutti i beni per i quali è previsto un regime pubblicitario che renda il vincolo opponibile ai terzi, così consentendo di porre un vincolo di destinazione su beni diversi dagli immobili e dai mobili registrati e su partecipazioni societarie⁸², arrivando persino a ritenere trascrivibili anche gli atti aventi ad oggetto beni diversi. L'apertura verso i mobili si gioverebbe, invero, dell'ultimo inciso dell'art. 2915, 1° co., c.c., richiamato dalla salvezza operata dalla norma in commento, nonché dall'inclusione nel vincolo dei frutti dei beni destinati.

A seguito dell'apposizione del vincolo ci si chiede se i beni siano inalienabili, oppure possano circolare seppur con il vincolo⁸³. Per una tesi⁸⁴ il vincolo configura un peso sul bene, che non gli impedisce di circolare, né sottrae al conferente l'utilità residuale: il vincolo di destinazione come tale non comporterebbe l'inalienabilità, come del resto già si è considerato a conforto dell'inesensibilità dell'art. 1379 al vincolo di destinazione convenzionale, per negarvi l'applicabilità dei «convenienti limiti di tempo»⁸⁵. Si esclude, invece, che sia negoziabile la posizione del beneficiario, perché l'interesse meritevole è personale e come tale rapportato al primo soggetto⁸⁶.

Viene ipotizzata la sostituibilità dei beni vincolati, purché essa sia funzionale alla conservazione della destinazione: l'applicabilità della surrogazione reale per taluno⁸⁷ rappresenterebbe un principio generale, emergendo soltanto il problema dell'estensione dell'oggetto. Il trasferimento del vincolo sui beni acquistati con il ricavato di quelli alienati risulta, dunque, coerente con la tesi incline a collegare la surrogazione reale ad ogni patrimonio separato⁸⁸: si ammette, tuttavia, l'espressa previsione della definitiva affrancazione del patrimonio vincolato ad esito dell'alienazione, ossia la liberazione dal vincolo del ricavato, purché puntualizzata in atto. Il che vale quanto escludere l'inderogabilità della surrogazione reale.

⁸² Falzea, *L'atto*, cit.

⁸³ Bianca, Novità e continuità dell'atto di destinazione, cit.

⁸⁴ Bianca, Novità e continuità dell'atto di destinazione, cit.

⁸⁵ Al riguardo dovrebbe negarsi ora l'estensione dei 90 anni appunto perché attiene ai vincoli di scopo e non a quelli di modo: del resto, questi ultimi esibiscono quella «realità» che giustifica una durata superiore. Ecco una ragione in più per tenere distinti i due tipi di vincoli, e non estendere l'art. 2645 *ter* a quelli di modo.

⁸⁶ Di Majo, Il vincolo di destinazione tra atto ed effetto, Relazione presentata alla tavola rotonda di Roma del 17.3.2006, ora in M. Bianca (cur.), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645 ter del codice civile*, cit, p.111 ss.

⁸⁷ Bianca, Novità e continuità dell'atto di destinazione, cit.

⁸⁸ Bianca, Novità e continuità dell'atto di destinazione, cit.

Dalla posizione sottoscritta circa la surrogazione reale deriva quella relativa all'obbligo del reimpiego: in una prospettiva automatico, nell'altra subordinato all'espressa previsione.

4. *Interferenze con il trust*

Le connessioni con il trust interno sono varie e molteplici.

Anzitutto quanto all'eventuale sovrapposizione, essendo sorto subito l'interrogativo se grazie all'art. 2645 *ter* il trust sia stato «sdoganato» in Italia, insomma se siamo di fronte ad un trust con panni sciacquati nell'Arno. Si è subito obiettato che la norma replica alcuni moduli del trust, mancano però le regole relative al rapporto fiduciario, insieme con l'apparato rimediale tipico del suo mondo giuridico di provenienza, vale a dire l'attitudine recuperatoria del «tracing».

Per altro verso il nesso è colto quale filtro all'ingresso, considerando il trust interno ormai compenetrato nell'ordinamento, al punto da fargli giocare un ruolo di sbarramento nei confronti degli istituti succedanei che aspirino ad atteggiarsi quali omologhi, cui non si consentirebbe di perseguire obiettivi raggiungibili attraverso il trust c.d. interno. Il che varrebbe quanto precludere ai cittadini italiani quei lavori in cui gli stranieri occupati in Italia si dimostrano particolarmente versati (quindi uno spunto condivisibile ove si abbracci la prospettiva «in trust we trust»). Tra l'altro, nell'atto di trust lo scopo è bensì essenziale e deve essere enunciato⁸⁹, ma si ritiene che debba essere soltanto lecito, e non anche meritevole come prescritto dall'art. 2645 *ter*.

In prospettiva capovolta si argomenta che, se il limite del trust è l'inesistenza di un equipollente interno, esso diventerebbe inapplicabile ogniqualvolta l'obiettivo sia conseguibile attraverso l'art. 2645 *ter*; costruzione che, tuttavia, viene attaccata osservando che il trust mantiene il proprio ruolo in ragione della sua superiore articolazione. L'accoglimento di questa difesa si riflette, tuttavia, sull'accoglienza riservata al trust, poiché dovrebbe consentirgli applicazione anche in presenza di un omologo interno, soltanto meno strutturato, opinione peraltro non pacifica.

Altro quesito attiene all'operatività della nuova norma alla trascrizione del trust, così da subordinarla al rispetto dei requisiti prescritti, in particolare la meritevolezza delle finalità. Per il trust interno la conoscenza dello scopo si impone in quanto deve giustificare il ricorso alla legge straniera, nel duplice senso dell'inesistenza di un equipollente nel diritto italiano e della idoneità della legge straniera prescelta al perseguimento di quell'obiettivo⁹⁰. Aderendo a questa impostazione si consentirà la

⁸⁹ Nel caso del Trib. Belluno, (decr.), 25.9.2002, in *Trusts*, 2002, 255, non era stato citato lo scopo nel negozio di trasferimento dei beni al trustee.

⁹⁰ Cosicché l'atto di dotazione in trust non può essere muto, salvo richiami per relazione lo scopo del trust e questo sia conoscibile; ma ci si chiede se debba anche rivestire la stessa forma.

trascrizione del trust purché esso si adegui all'art. 2645 *ter*, ossia soddisfi i requisiti dell'atto pubblico e della meritevolezza dell'interesse⁹¹. Peraltro è vero che la prassi relativa alla trascrivibilità del trust si era già orientata in senso favorevole a dare rilievo al rapporto, sulla scorta della convenzione dell'Aja, talché pare dubbia la pertinenza dell'art. 2645 *ter* rispetto al tema, anche perché la norma non copre comunque l'ipotesi in cui il trust fosse stato costituito con una scrittura che non rivesta la forma dell'atto pubblico.

D. Le applicazioni

1. Gli atti di destinazione e la famiglia

L'art. 2645 *ter* si rivela strumento complementare rispetto alla fondazione, ma più agevolmente riveste attitudine a colmare altre lacune attinenti a rapporti familiari, come il fondo patrimoniale per la famiglia di fatto, che ad oggi sembra uno degli impieghi più plausibili⁹².

L'ambito della famiglia è, invero, terreno di coltura di interessi la cui tutela appare meritevole, salvo non si alzi l'asticella sino al livello della rilevanza pubblica, poiché in tale evenienza viene in considerazione soltanto lo spicchio dei componenti disabili; nondimeno, gli stessi fautori della lettura più severa hanno poi modo di recuperare parzialmente l'atto di autonomia privata, relegando la valenza della meritevolezza dell'interesse all'attitudine alla trascrizione, quindi all'opponibilità ai terzi, così da far salva la validità tra le parti del contratto rivolto a perseguire interessi non prevalenti su quelli dei creditori⁹³.

Rispetto al fondo patrimoniale si è sottolineata la diversa ossatura: "l'art. 2645-*ter* prevede che i beni destinati e i loro frutti possono costituire oggetto di esecuzione solo per debiti contratti per tale scopo. L'art. 2645-*ter* è una disposizione scritta "in positivo" (ci dice chi può rivalersi su quei beni). L'art. 170 è, invece, una

⁹¹ C. M. Bianca, *Riflessioni conclusive*, alla tavola rotonda di Roma del 17.3.2006, ora in M. Bianca (cur.), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645 ter del codice civile*, cit, p.191 ss.

⁹² Insieme con quello rivolto a rafforzare previsioni modali dedotte nell'ambito di donazioni, rivolte a limitare l'utilizzo e la disponibilità del bene oggetto della liberalità, in vista del perseguimento di un interesse del donatario stesso o di un terzo.

⁹³ M. Nuzzo, *L'interesse meritevole di tutela tra liceità dell'atto di destinazione e opponibilità dell'effetto della separazione patrimoniale*, in Fondazione italiana per il notariato, *Famiglia e impresa: strumenti negoziali per la separazione patrimoniale*, Il Sole 24 ore, 2010, p. 28 ss., il quale ritiene che spetti al notaio la verifica della meritevolezza dell'interesse, ma rassicurando la categoria circa l'inoperatività nella specie dell'art.28 l. not., in ragione dell'asserita efficacia obbligatoria residuale; considerazione che, tuttavia, non proteggerebbe dall'eventuale addebito di responsabilità professionale nei confronti delle parti dell'atto che avessero domandato rassicurazioni circa l'effetto di separazione patrimoniale

disposizione scritta “in negativo” (ci dice chi non può rivalersi su quei beni). ... Manca, inoltre, ogni riferimento allo stato soggettivo del creditore, la cui tutela risulta, dunque, affievolita. ...non si chiede più una prova negativa (non essere stato a conoscenza dell’estraneità del credito rispetto allo scopo: art. 170), ma una prova positiva (l’attinenza del debito rispetto allo scopo)”. Pertanto vi sarebbero “marginii per argomentare che il creditore, prima di contrarre, deve accertarsi se l’obbligazione risponda allo scopo: in sede esecutiva l’onere della prova graverà sul medesimo (art. 2697)”; di qui la differenza rispetto al fondo patrimoniale, in quanto l’art. 2645-ter sarebbe “in controtendenza rispetto all’art. 170. La tutela delle ragioni creditorie sarà assicurata nei limiti in cui la valutazione dello scopo sia, per quanto possibile, oggettivabile”. Altra differenza risiederebbe nella funzionalizzazione, qui confermata dalla destinazione effettiva richiesta espressamente dall’art. 2645-ter, laddove precisa che i beni e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione”⁹⁴.

Altri si è concentrati piuttosto sul coordinamento di questa figura generale di separazione con le figure speciali, tra cui il fondo patrimoniale, sollevando il quesito relativo alla possibilità di ricalcare i profili attraverso lo strumento dell’art. 2645 ter, sottolineando le opportunità dischiuse da tale impiego, in ragione della maggiore flessibilità e rarefazione di regole imperative.

Dubbio che non sembra aver sfiorato l’estensore di una nota sentenza di merito⁹⁵ laddove i due strumenti sono stati ritenuti entrambi a disposizione dell’autonomia privata, a margine del trasferimento, con atto formale, da un coniuge all’altro, a modifica del regime di separazione personale (o di divorzio) precedentemente instaurato, di taluni beni immobili con il vincolo “erga omnes” di cui all’art. 2645 ter c.c., allo scopo di garantire ai figli minori un adeguato e sicuro mantenimento. Andando in direzione opposta, si è obiettato che “il negozio di destinazione non può essere strumento per eludere la disciplina legale né può trovare spazio nell’ambito di applicazione

⁹⁴ A. Di Sapio, *Patrimoni segregati ed evoluzione normativa: dal fondo patrimoniale all’atto di destinazione ex art. 2645 ter*, in *Dir. fam.* 2007, 3, 1257: “Vengo al punto. Sarei cauto nell’affermare l’ipotecabilità dei beni a garanzia di debiti estranei allo scopo. Al di là delle singole posizioni prospettabili, la soluzione positiva (a maggior ragione qui) dovrebbe far i conti con il falso affidamento che s’ingenera nei terzi creditori. Essa poi potrebbe dimostrarsi, in pratica, non particolarmente appetibile sotto il profilo della allocazione dei costi transattivi. Infatti, pur ritenendo che l’estraneità allo scopo dev’essere valutata nel contesto esecutivo, andrebbe considerata l’alta aleatorietà di questa garanzia per il creditore ipotecario. Ai sensi dell’art. 2645-ter, “per la realizzazione di tali interessi può agire, oltre al conferente, qualsiasi interessato anche durante la vita del conferente stesso”. In pratica, non solo i beneficiari, ma chiunque abbia un interesse attuale e concreto potrebbe proporre l’eccezione di estraneità del debito e opporsi all’esecuzione ex art. 615 c.p.c. Il problema, certo, si sposta sull’interesse ad agire. Coloro che hanno concesso credito in funzione della destinazione non rimarranno alla finestra. E forse non solo loro. Quanti creditori per debiti estranei allo scopo sono disposti ad accettare a cuor leggero simili rischi?.”

⁹⁵ Trib. Reggio Emilia, 23-26 marzo, 2007, in *Giur.it.*, 2008, 629

della figura tipica⁹⁶. Pertanto da parte della famiglia nella fase fisiologica la disponibilità del fondo patrimoniale precluderebbe l'accesso allo strumento di cui all'art. 2645 ter c.c., che invece ritornerebbe utilizzabile nella crisi coniugale, caso oggetto di quello pronuncia, i cui esiti vengono quindi confermati, così come l'orientamento favorevole alla costituzione in trust di beni oggetto del fondo, in quanto maturato sullo sfondo di situazioni di crisi coniugale⁹⁷: nessuna pregiudiziale si ravviserebbe, invece, circa l'impiego dell'atto di destinazione da parte della famiglia di fatto, anche in assenza di figli⁹⁸, contrariamente a certe indicazioni giurisprudenziali⁹⁹.

Non sono sfuggite le potenzialità di impiego rispetto alla crisi coniugale. Una decisione oggetto di molta attenzione¹⁰⁰, dopo aver ammesso la modificabilità delle condizioni di separazione relative al mantenimento dei figli attraverso la sostituzione del versamento periodico con il trasferimento di beni immobili, con espressa riserva a favore dei figli del godimento dei frutti fino al raggiungimento dell'autosufficienza, ha ritenuto che tale accordo, in quanto contenuto nel verbale d'udienza, è idoneo alla trascrizione nei Registri Immobiliari, ed esso – contenente inoltre il divieto di alienazione prima della maggiore età dei beneficiari e l'impegno a destinarne i frutti in loro favore – ove trascritto ai sensi dell'art. 2645 ter c.c. è opponibile "erga omnes", così assolvendo allo scopo di garantire ai figli minori un adeguato e sicuro mantenimento¹⁰¹. Nella motivazione il Tribunale ha esaminato diverse questioni di

⁹⁶ R. Lenzi, *Destinazioni tipiche e atipiche*, in *Famiglia e impresa: strumenti negoziali per la separazione patrimoniale*, cit., p. 35 ss., che cita a conforto S. Meucci, *La destinazione di beni tra atto e rimedi*, Milano, 2009, p. 217 ss.

⁹⁷ R. Lenzi, *Destinazioni tipiche e atipiche*, cit., p. 37

⁹⁸ G. Oberto, *Vincoli di destinazione ex art. 2645 ter c.c. e rapporti patrimoniali tra coniugi*, in *Fam. e dir.*, 2007, 203; R. Lenzi, *Destinazioni tipiche e atipiche*, cit., p. 38.

⁹⁹ Trib. Trieste, 19 settembre 2007, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 690, *Notariato*, 2008, 268

¹⁰⁰ G. Fanticini, *Destinazione e attribuzione nei giudizi di separazione e divorzio*, *Famiglia e impresa: strumenti negoziali per la separazione patrimoniale*, cit., p. 76 ss.

¹⁰¹ Trib. Reggio Emilia, 23-26 marzo 2007, in *Dir. fam.* 2007, 4 1726, *Dir. fam.* 2008, 1 194 con nota di Frezza, *Dir. fam.* 2009, 3 1199, con nota di Marra, in *Giur. merito* 2007, 3183, con nota Di Profio: "Poiché è impensabile che il legislatore abbia voluto "esautorare" il contratto (apparentemente escluso dalla norma che riguarda esplicitamente i soli "atti") e, cioè, lo strumento principe attraverso il quale si esprime l'autonomia negoziale, il riferimento letterale ("atti") dell'art. 2645 ter c.c. deve intendersi limitato al requisito formale richiesto per la trascrizione, la quale deve essere effettuata sulla scorta di un "atto pubblico" ai sensi dell'art. 2699 c.c. Proprio per la centralità riconosciuta all'autonomia negoziale privata, la locuzione impiegata all'inizio dell'art. 2645 ter c.c. deve, perciò, essere riferita al "genus" dei negozi (atti e contratti) volti a imprimere vincoli di destinazione ai beni, purché stipulati in forma solenne; del resto, il successivo richiamo all'art. 1322, comma 2, c.c. dimostra che la norma concerne certamente anche i contratti; "Condizioni della separazione" non sono soltanto quelle "regole di condotta" destinate a scandire il ritmo delle reciproche relazioni per il periodo successivo alla separazione o al divorzio, bensì anche tutte quelle pattuizioni alla cui conclusione i coniugi intendono comunque ancorare la loro disponibilità per una definizione consensuale della crisi coniugale. Sotto il profilo causale, dunque, i contratti della crisi coniugale (e, segnatamente, i negozi traslativi di diritti tra coniugi in crisi) si caratterizzano per la presenza della causa tipica di definizione della crisi stessa. Con la trascrizione nei registri immobiliari ex art. 2645 ter c.c. (sulle modalità con cui

interesse, delle quali in questo ambito particolare rilievo riveste la salvaguardia degli interessi della prole, al riguardo rilevando: “con la trascrizione nei Registri Immobiliari ex art. 2645-ter cod. civ.... il vincolo di destinazione risulta opponibile erga omnes, offrendo così ai minori una significativa tutela, sia con riguardo ai frutti dei beni (da destinare al mantenimento), sia con riguardo all’inalienabilità”. Non solo: “poiché per la realizzazione degli interessi ai quali è preposto il vincolo può agire, oltre al conferente, qualsiasi interessato (e, quindi, anche il Pubblico Ministero o un tutore o un curatore speciale), l’intestatario dei beni non potrà essere completamente libero di godere e disporre dei cespiti dovendo salvaguardare l’esigenza di mantenimento della prole”. Infine, si considera che “è prevista una piena ed efficace garanzia sui beni rispetto agli atti di esecuzione, addirittura superiore alla previsione di impignorabilità dei beni costituiti in fondo patrimoniale: infatti mentre l’impignorabilità per debiti contratti per scopi estranei o differenti rispetto a quelli individuati nell’atto di destinazione dei beni (e dei relativi frutti) conferiti ai sensi del nuovo art. 2645-ter cod. civ. appare assoluta, l’art. 170 cod. civ. assoggetta ad esecuzione i beni del fondo patrimoniale anche per debiti contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia, a condizione che il creditore non sia a conoscenza di tale ultima circostanza¹⁰².

Ulteriore impiego del negozio di destinazione in seno alla famiglia è concepibile sul versante della c.d. successione anticipata, per la cui programmazione sono stati introdotti i patti di famiglia; invero se i due strumenti di per sé non si incrociano, intanto rispetto alle tipologie di beni, è nondimeno ipotizzabile l’utilizzo del negozio di destinazione per soddisfare gli altri legittimari da parte dell’assegnatario del cespite aziendale.

2. *Il negozio di destinazione per i disabili*

L’impiego del negozio di destinazione rispetto ad un’amministrazione di sostegno realizzerebbe pienamente il fine del perseguimento di interessi meritevoli di

eeguire la formalità si richiama la circolare dell’Agenzia del territorio n. 5 del 7 agosto 2006), il vincolo di destinazione risulta opponibile “erga omnes”, offrendo così ai minori una significativa tutela, sia con riguardo ai frutti dei beni (da destinare al mantenimento), sia con riguardo all’inalienabilità. Mentre l’impignorabilità per debiti contratti per scopi estranei o differenti rispetto a quelli individuati nell’atto di destinazione dei beni (e dei relativi frutti) conferiti ai sensi del nuovo art. 2645 ter c.c. appare assoluta, l’art. 170 dello stesso codice assoggetta a esecuzione i beni del fondo patrimoniale anche per debiti contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia, a condizione che il creditore non sia a conoscenza di tale ultima circostanza. L’art. 2645 ter c.c. (norma successiva e speciale), nel prevedere l’opponibilità ai terzi della predetta inalienabilità (ove trascritta nei registri immobiliari), scardina il disposto dell’art. 1379 c.c. “Divieto di alienazione”), il quale sancisce (rectius, sanciva) che “il divieto di alienare stabilito per contratto ha effetto solo tra le parti”.

¹⁰² Trib. Reggio Emilia, 23-26 marzo 2007, cit.

tutela prescritto dalla norma¹⁰³ e che la stessa testualmente tipizza proprio con riferimento alle persone fisiche incapaci¹⁰⁴.

In proposito, si segnala una recente vicenda romana circa la trascrivibilità nei registri immobiliari del decreto che dichiara aperta la procedura di amministrazione di sostegno provvisoria per la parte in cui inibisce al soggetto amministrato il compimento di atti di disposizione di un proprio immobile. Nella specie, l'esecuzione della formalità pubblicitaria è stata affermata in appello, riformandosi la decisione di primo grado¹⁰⁵.

Il giudice tutelare, nel dichiarare aperta l'amministrazione di sostegno, escludeva, tra l'altro, che l'amministratore potesse compiere atti di straordinaria amministrazione e, in particolare, di disposizione della proprietà di un immobile. Il reclamo esperito avverso la trascrizione con riserva del decreto di nomina dell'amministratore di sostegno veniva rigettato considerando l'estraneità del provvedimento all'ambito degli atti trascrivibili presso la conservatoria dei registri immobiliari; ulteriormente sottolineandosi che l'atto ha proprie specifiche forme di pubblicità. La Corte d'Appello ha invece accolto il reclamo, condividendo l'opportunità di estrapolare dal contesto normativo dato dagli artt. 412 e 427 c.c. nonché dalla l. 9 gennaio 2004 n. 6 la volontà legislativa di consentire, preventivamente e ordinariamente che "chiunque possa e debba avere contezza dell'esistenza di limitazioni alla circolazione di beni immobili per la temporanea ovvero parziale diminuita capacità del titolare del relativo diritto dominicale".

Le disposizioni sull'amministrazione di sostegno nonché quella circa la trascrizione di atti di destinazione, andrebbero pertanto interpretate in linea con l'obiettivo avuto di mira dal legislatore, con la conseguenza che la previsione di cui all'art. 2645-ter c.c. meriterebbe applicazione ogni volta che sia necessario render nota l'esistenza di un provvedimento che limiti la disponibilità di un bene immobile di proprietà di incapace sottoposto ad amministrazione di sostegno. La decisione viene in questo modo a recepire il parere espresso dal pubblico ministero, il quale aveva evidenziato come il provvedimento del giudice tutelare, di inibizione di atti di disposizione dell'immobile di proprietà dell'incapace, doveva essere interpretato come atto finalizzato alla realizzazione di interessi riferibili, per l'appunto, a persona disabile e, pertanto, alla conservazione della destinazione dell'immobile ad abitazione della stessa, per la durata della sua vita¹⁰⁶.

¹⁰³ F. Gazzoni, *Osservazioni sull'art. 2645-ter c.c.*, in *Giust. Civ.*, 2006, II, 169 ss.; G. Gabrielli, *Vincoli di destinazione importanti, separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, n. 3, 321 ss.

¹⁰⁴ Con riferimento che qualcuno vorrebbe assorbente, come ho ricordato nella mia relazione *Le posizioni dell'accademia nei primi commenti dell'art. 2645-ter c.c.*, in *Negoziato di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, *Quaderni della Fondazione del Notariato*, n. 1/2007, pp. 22-31.

¹⁰⁵ Trib. Roma, 8 settembre 2008, in *Foro it.* 2009, 9 2511: "Il decreto del giudice tutelare che, nell'aprire la procedura di amministrazione di sostegno, impedisca all'incapace assistito di compiere atti dispositivi di un bene immobile non è trascrivibile presso la conservatoria dei registri immobiliari".

¹⁰⁶ App. Roma, sez. I, 4 febbraio 2009, in *Giust. civ.*, 2009, 4-5, 1119cit.: "Questa Corte è consapevole che la norma, interpretata in senso stretto, abbia come precipui destinatari i c.d. trust (sebbene la rubrica abbia

3. *Analisi di alcuni casi pratici*

3.1 In un caso bolognese¹⁰⁷, in sede di divorzio il marito s'era impegnato "ad imporre un vincolo di destinazione ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 2645 ter c.c., sugli immobili di sua proprietà", a favore dei suoi figli, entrambi maggiorenni, ma dei quali uno solo economicamente autosufficiente, "con la finalità di assicurare ai figli di abitare gratuitamente l'immobile o di trarne un reddito per la durata del vincolo".

Ad esso ha fatto seguito il perfezionamento di un atto di destinazione con cui l'ex marito "dichiara di costituire, come costituisce, un vincolo di destinazione ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 2645 ter c.c. e per tutta la vita del beneficiario, salvo quanto precisato al successivo punto...", a favore della propria figlia ml'uno, del figlio l'altro, e "con le finalità meglio descritte, sul seguente immobile..."¹⁰⁸.

3.2 Con provvedimento del 24 dicembre 2008, il Giudice tutelare del Tribunale di Bergamo autorizza un tutore a perfezionare con una cooperativa sociale "il contratto con il quale viene destinato alla suindicata cooperativa il godimento dell'immobi-

una portata più generale) e cioè, quei patrimoni vincolati per un lasso di tempo alla realizzazione d'interessi superiori a vantaggio di particolari soggetti, persone fisiche con disabilità o persone giuridiche private e pubbliche. D'altra parte, però, il decreto di un Giudice Tutelare, che abbia ad oggetto l'indisponibilità di un bene immobile di proprietà dell'incapace sottoposto all'amministrazione di sostegno non sembra discostarsi dai requisiti per l'applicabilità dell'indicato articolo 2645 ter c.c. (atto in forma pubblica, beni immobili destinati alla realizzazione d'interessi meritevoli di tutela, vantaggio per persone con disabilità). Le previste forme di pubblicità, quali l'annotazione a cura del cancelliere in apposito registro nonché l'annotazione a cura dell'ufficiale dello stato civile a margine dell'atto di nascita, non sembrano, in ogni caso, pienamente idonee alla effettiva tutela dell'amministrato: la consultazione di tali annotazioni non risulta essere compiuta, di regola, nella preparazione degli atti pubblici di trasferimento della proprietà di immobili".

¹⁰⁷ Trib. Bologna, 1 dicembre 2009, in *www.ilcaso.it*.

¹⁰⁸ È opportuno soffermarsi sui "patti e condizioni", inseriti al quinto punto, laddove troviamo anzitutto precisata la finalità, nei termini di "assicurare ai figli... di abitare gratuitamente i rispettivi immobili... e di trarne un reddito per la durata del vincolo", il quale viene qualificato "...interesse ritenuto meritevole di tutela da parte dell'ordinamento giuridico ai sensi del combinato disposto degli articoli 2645 ter e 1322 comma 2 codice civile. La cessazione del vincolo è fatta coincidere con il decesso del beneficiario, alternativamente con il conseguimento di diritto reale sul bene, precisandosi che in tal caso (diremmo nella prima ipotesi) i beni vincolati resteranno nella piena proprietà del conferente, provvedendosi ad annotare a margine della trascrizione originaria l'avvenuta estinzione del vincolo. Figura l'impegno del conferente a "non cedere a terzi per tutta la durata del vincolo, dando atto che la costituzione del vincolo... e la natura della finalità perseguita impongono di per sé sole il divieto di alienazione ex art. 2645 ter c.c."; ancora, si trova l'impegno del conferente ad "utilizzare le consistenze immobiliare vincolate esclusivamente per l'attuazione della causa destinataria e solamente con le modalità scelte dalle parti beneficiarie e comunque con il preventivo consenso delle medesime", cui segue un'elencazione di comportamenti definita esemplificativa, al cui interno figurano ma anche prescrizioni – positive – circa l'amministrazione funzionale all'attuazione della destinazione, con obbligo di rendiconto; la menzione del vincolo in tutti gli atti relativi ai beni destinati; l'obbligo di "evitare la confusione dei beni in oggetto con il resto del proprio patrimonio, anche sotto il profilo contabile", infine quello di "risarcire alle parti beneficiarie danni eventualmente derivanti da atti di distrazione dei beni in oggetto dal vincolo a cui risultino destinati".

le di cui al ricorso ai sensi e per gli effetti dell'art.2645 *ter* cod. civ. al solo ed esclusivo scopo di curarvi e ricoverarvi l'interdetto...”, alle condizioni indicate nel ricorso.

Nella specie l'interdetto era usufruttuario vitalizio dell'alloggio dal quale aveva trasferito la propria residenza per la perdita autonomia, usufruendo quindi dell'assistenza della cooperativa sociale; nude proprietarie erano le di lui sorelle. Fu così proposta la destinazione dell'immobile ai sensi dell'art. 2645 *ter* cod. civ. alla cooperativa sociale, a beneficio dell'interdetto, al solo scopo di curarlo e ricoverarlo¹⁰⁹, Curiosamente all'autorizzazione giudiziale consta aver fatto seguito il perfezionamento di una “scrittura ex art. 2645 *ter* c.c.”, sebbene la norma richieda l'atto pubblico. Piuttosto che liquidarla come banale svista, conviene dar credito all'ipotesi della intenzionale degradazione formale, essendosi optato per la valenza meramente obbligatoria, rinunciando alla trascrizione, quindi agli effetti reali¹¹⁰.

3.3 Al convegno “*Famiglia e impresa: strumenti negoziali per la separazione patrimoniale*”, organizzato dalla Fondazione italiana per il notariato a Roma il 21 Novembre 2009 erano stati analizzati alcuni casi. Il primo frontalmente riguardante la famiglia, era così formulato:” Tizio legalmente separato con un figlio avuto dalla convivente Caia, casalinga, è proprietario di tre immobili di valore pressoché identico. Intende destinare a Caia, vita natural durante, un immobile al fine di assicurarle un'abitazione e i frutti in considerazione del suo apporto di lavoro tra le mura domestiche. Inoltre, ove possibile, intende destinare a se stesso un altro immobile in considerazione dell'età avanzata e di non aver maturato trattamenti pensionistici”¹¹¹.

Non si è dubitato della meritevolezza dell'interesse della famiglia di fatto e sono state proposte due soluzioni alternative, nella seconda delle quali l'atto di destinazione era accompagnato dalla donazione¹¹².

¹⁰⁹ Si legge “approntando quindi a suo beneficio ogni e più opportuna obbligazione che soddisfi le sue esigenze in ordine alle quotidiane necessità della vita”, attraverso la realizzazione di una struttura sanitaria per disabili atta ad ospitare l'interdetto medesimo ed altre quattro persone, consentendo alla cooperativa sociale “di assolvere nei confronti dei fruitori della struttura alle finalità assistenziali e formative di carattere socio sanitario nell'esercizio della propria esperienza e in osservanza alla propria ragione sociale”. Era chiarita la conservazione dei diritti reali in capo agli attuali titolari, ma pure la durata limitata al quinquennio, con facoltà di recesso anticipato per la parte concedente. Nel ricorso figuravano, poi, le condizioni economiche delle prestazioni alimentari, assistenziali e sanitarie da rendersi all'interdetto.

¹¹⁰ La scrittura conclusa tra tutore, sorelle dell'interdetto e cooperativa si diffonde sulle prestazioni reciproche, consistenti da parte dei concedenti non solo nella destinazione dell'immobile, ma pure nel versamento di una retta, il cui ammontare veniva quantificato; da parte della cooperativa nelle prestazioni di vitto e assistenza necessarie all'interdetto, salvo quelle (esempio vestiario) conservate in capo ai concedenti.

¹¹¹ Fondazione italiana per il notariato, *Famiglia e impresa: strumenti negoziali per la separazione patrimoniale*, Il Sole 24 ore, 2010, p. 27 ss.

¹¹² C. Priore, Soluzioni e clause, in *Famiglia e impresa: strumenti negoziali per la separazione patrimoniale*, cit., p.52. Nella prima il bene resta nella titolarità del conferente, ma “destinato alle esigenze abitative di Caia in modo completo, senza limitazione alcuna”, precisandosi che”ove l'esigenza abitativa della stessa non sia

3.4 Al medesimo convegno notarile un secondo caso esaminato riguardava la crisi coniugale¹¹³.

La soluzione proposta prevedeva un atto notarile bilaterale tra i coniugi, ove era anzitutto costituito il vincolo di destinazione a favore del figlio per far fronte alle sue “esigenze abitative ed economiche”, allo scopo di “realizzare gli interessi di cui in premessa, e segnatamente di contribuire al suo mantenimento, assicurandogli una abitazione, con i relativi arredi, fino al completamento del ciclo di studi dallo stesso intrapreso e dal raggiungimento della autosufficienza economica”¹¹⁴.

immediata, l'immobile potrà essere locato a terzi o comunque concesso in altre forme di corrispettivo”, ancora, che “i frutti e ogni altra utilità economica ritraibili dal bene destinato, dedotto quanto indicato infra, spettano alla beneficiaria”. Il conferente ne diviene gestore, impegnandosi ad aprire apposito conto bancario ove far confluire le redditività e da cui attinger l'occorrente per far fronte alle spese, a redigere rendiconto annuale; ancora a procedere” all'alienazione del bene solo per necessità relative allo stato di conservazione dello stesso” in tal caso reimpiegando la somma riscossa nell'acquisto di altro immobile da vincolare. Si precisa che mentre la morte della beneficiaria estingue la destinazione, quella del conferente determina la devoluzione del bene gravato del vincolo di destinazione, aggiungendosi che “in tale ipotesi l'attuazione della destinazione continua con il soggetto che il conferente si riserva di indicare in separato documento o testamento”. Nella seconda si aggiunge la donazione dell'immobile a Tizietto, il quale contestualmente lo destina al padre” allo scopo di assicurargli il reddito che gli consenta indipendenza economica ed esistenza dignitosa”, conservandone l'amministrazione, secondo i medesimi criteri sopra indicati

¹¹³ *Famiglia e impresa: strumenti negoziali per la separazione patrimoniale*, cit., p. 71 ss.: “Nell'ambito di un accordo di separazione consensuale, il marito (Tizio), proprietario esclusivo dell'abitazione adibita a casa coniugale, desidera adempiere l'obbligazione di mantenimento in unica soluzione, anziché a mezzo di una prestazione matrimoniale periodica; vuole inoltre provvedere alle esigenze abitative del figlio minore (Tizietto) sino al completamento degli studi ed all'avviamento ad un lavoro che garantisca allo stesso l'autosufficienza economica e comunque non oltre il compimento del 35° anno di età di Tizietto; non vuole attribuire la casa in proprietà né al coniuge (Caia), prima dell'autonomia economica del figlio, né al figlio, minore”

¹¹⁴ G. Minniti e C. Romano, *Soluzioni e clausole*, in *Famiglia e impresa: strumenti negoziali per la separazione patrimoniale*, cit., p.93. L'amministrazione era conservata dal marito conferente, sino al trasferimento della proprietà. La durata del vincolo era ragguagliata al completamento degli studi ed all'avviamento del figlio “ad un'attività lavorativa, raggiungendo l'autosufficienza economica” ed in ogni caso non oltre il 35° anno di età. Le modalità della gestione sono predisposte per adeguarsi all'eventuale mutamento delle esigenze del figlio” consentendo un diverso utilizzo dell'immobile, comunque finalizzato al perseguimento del fine di destinazione...”, precisandosi che in tale evenienza l'immobile non venga locato per una durata superiore a quella del vincolo. Anche qui si prevede che in caso di morte del conferente, il bene cada in successione vincolata. Nello stesso atto – pubblico, con la presenza dei testimoni – è poi pattuito il trasferimento della proprietà alla moglie a termine iniziale, ossia “con decorrenza degli effetti utili ed onerosi tutti dal momento della cessazione del vincolo di destinazione come sopra disposto...”, richiamandosi l'individuazione della cessazione del vincolo. Merita sottolineatura la previsione della notifica dell'atto al figlio beneficiario.

Il dovere di coerenza nell'atto di recesso (note sull'abuso del diritto)*

di Francesco Gambino

SOMMARIO: 1. L'ipotesi di abuso del diritto nel recesso ad nutum. – 2. Struttura del diritto potestativo e principio di buona fede. – 3. La duplice valutazione del «comportamento esecutivo». – 4. Fonte negoziale e delimitazione dell'ambito della buona fede. L'esercizio del diritto minacciato. – 5. Segue: la buona fede nella interpretazione del contratto. – 6. Riduzione dell'abuso del diritto potestativo al dovere di coerenza. Il contesto e le singole condotte «affidanti». – 7. Il comportamento complessivo delle parti tra comune intenzione, affidamento e rilevanza negoziale.

1. L'ipotesi di abuso del diritto nel recesso *ad nutum*

L'idea che agli scopi condivisi di un atto siano sovrapponibili, nella valutazione del suo esercizio, fini «diversi ed ulteriori rispetto a quelli consentiti», così da fissare il confine tra recesso *ad nutum* e recesso arbitrario¹ o, se si vuole, tra un «equo interesse» e un «capriccio o ripicco»² è tornata a sollecitare l'attenzione sulla figura dell'abuso del diritto³. Neppure in forza di una clausola attributiva di un recesso *ad*

* Lo scritto è destinato agli *Studi in onore* del prof. Antonino Cataudella.

¹ Si legge nella sentenza di Cass., sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106, in *Giust. civ.*, 2009, I, p. 2671 ss. – dove si disputava sul carattere abusivo dell'esercizio della facoltà di recesso *ad nutum* previsto in un contratto di concessione di vendita – che la «esclusione della valorizzazione e valutazione della buona fede oggettiva anche dell'eventuale esercizio abusivo del recesso (...) consentirebbero che il recesso *ad nutum* si trasformi in un recesso, arbitrario, cioè *ad libitum*, di sicuro non consentito dall'ordinamento giuridico».

² In questi termini Pietro Cogliolo illustrava la questione della *utilitas* contenuta in qualunque diritto, personale o reale, esercitato dal titolare: «Niun dubbio che l'elemento *sociale* potrà e forse dovrà temperare l'elemento *individuale*, e che accrescerà i limiti delle singole azioni (...); ma finché tali limiti non sono fissati dalla legge non può il diritto fare ciò che religione e morale fanno, entrare cioè nei motivi intimi determinanti un atto e giudicarne la legittimità secondo che un vero ed equo interesse oppure un capriccio o ripicco li hanno prodotti», in *Filosofia del diritto privato*, Firenze, 1912, 237.

³ Qui si richiamano, anche come segno della reazione della dottrina alla pronuncia di Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, F. Macario, *Recesso ad nutum e valutazione di abusività nei contratti tra imprese: spunti da una recente sentenza della Cassazione*, in *Corr. giur.*, 2010, 1577 ss.; G. D'Amico, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *Contratti*, 2010, 1, p. 11 ss.; A. Gentili, *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione*, in *Resp. civ.*, 2010, p. 354 ss.; M. Baraldi, *Il recesso ad nutum non è, dunque, recesso ad libitum*, in *Contratto e impr.*, 2010, 1, p. 41 ss.; M. Orlandi, *Contro l'abuso del diritto (in margine a Cass. 18 settembre 2009, n. 20106)*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, p. 147 ss.; C. Scognamiglio, *Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell'interpretazione del contratto?)*, in *Nuova giur. civ.*

nutum, il relativo diritto riesce a sfuggire al controllo giurisdizionale circa le modalità e le finalità del suo esercizio. Ed in caso di comprovata disparità di forze tra i contraenti, la verifica giudiziale del carattere abusivo della condotta avverrà in termini più rigorosi, prescindendo «dal dolo e dalla specifica intenzione di nuocere: elementi questi tipici degli atti emulativi, ma non delle fattispecie di abuso di potere contrattuale o di dipendenza economica»⁴, che possono segnalare, come indizi che orientano verso una conclusione, la presenza di comportamenti abusivi⁵.

Il tema, né nuovo né consumato, guadagna una diversa prospettiva, che suscita cautela e perplessità. Non è tema nuovo perché si inquadra nel fenomeno generale del controllo dei «poteri del privato»⁶, attuabile mediante le clausole generali⁷; non è consumato in quanto ravvivato dalle nuove istanze socio-politiche che in questi anni si sono fatte norme, cambiando il volto più recente del nostro ordinamento giuridico. È il mutato «contesto storico, culturale e giuridico» a sospingere la figura dell'abuso del diritto verso una rimeditata analisi delle questioni che vi sono implicate⁸.

Le problematiche, così come tratteggiate nella decisione, possono essere ordinate in un quadro di sintesi.

L'atto di recesso, seppure conforme alla disciplina convenzionale, non è al riparo dalla penetrante efficacia delle clausole generali. I principi della buona fede nella interpretazione e nell'esecuzione del contratto – che, nell'orientamento richiamato,

comm., 2010, I, p. 139 ss.; F. Viglione, *Il Giudice riscrive il contratto per le parti: l'autonomia negoziale stretta tra giustizia, buona fede e abuso del diritto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 148 ss.

⁴ Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, cit. In questo contesto, ha assunto come è noto preminente rilievo l'art. 9 della legge sulla subfornitura (l. 18 giugno 1998, n. 192), che esteso, a diversi livelli di astrazione, ad una molteplicità di rapporti contrattuali ha introdotto «un 'principio' di ordine generale e di grande momento, capace di moralizzare i rapporti tra imprenditori» G. Oppo, in *Trattato di Diritto Commerciale*, diretto da V. Buonocore, sez. I – Tomo I, Torino, 2001, p. 72.

⁵ L'argomento della disparità di forze si ritrova in diversi luoghi della motivazione: «il controllo e l'interpretazione dell'atto di autonomia privata dovrà essere condotta tenendo presenti le posizioni delle parti, al fine di valutare se posizioni di supremazia di una di esse e di eventuale dipendenza, anche economica, dell'altra siano stati forieri di comportamenti abusivi, posti in essere per raggiungere i fini che la parte si è prefissata». E ancora: in ipotesi «di eventuale, provata disparità di forze fra i contraenti, la verifica giudiziale del carattere abusivo o meno del recesso deve essere più ampia e rigorosa, e può prescindere dal dolo e dalla specifica intenzione di nuocere» (Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, cit.).

⁶ A. di Majo, *La tutela civile dei diritti*⁴, 3, Milano, 2003, p. 395 ss.

⁷ In linea generale, ricorda la tendenza della dottrina a controllare, sotto il profilo dell'abuso, l'esercizio dei diritti potestativi, illustrando le linee di sviluppo che hanno convertito tali diritti da «discrezionali» in «controllati» e i relativi atti di esercizio da «astratti» in «causali», P. Rescigno, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, p. 83 ss. Se si assume la fattispecie in esame, si tratta ad esempio di stabilire se «una volta ammesso che contrattualmente il recesso possa essere *ad nutum*», l'atto di esercizio «incontri ugualmente un limite nell'art. 1375 c.c.», M. Franzoni, *La correttezza e la buona fede*, in *Le obbligazioni. L'obbligazione in generale (1173-1320 c.c.)*, a cura di M. Franzoni, Torino, 2004, p. 137.

⁸ Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, cit.

finiscono per intrecciarsi in una prospettiva unitaria⁹ – sono in grado di introdurre, nell'esercizio del diritto, elementi condizionanti e contenuti di doverosità tali da rendere sindacabile, negli scopi e modalità, anche quel recesso che pure era stato convenuto come libero e incondizionato. L'atto di recesso, rispondente al modello di condotta descritto nella fonte negoziale, può assumere un diverso significato giuridico in relazione alle circostanze del caso e al conflitto di interessi tra le parti. Di qui l'obbligo del giudice del merito di non limitarsi al giudizio di validità della clausola, ma di entrare nella valutazione, «in termini di conflittualità»¹⁰, della condotta del recedere, al fine di verificare se dalle circostanze allegare emergano fatti impeditivi all'esercizio del diritto potestativo o un diritto al risarcimento del danno per il suo abusivo esercizio¹¹.

La costruzione teorica di un «potere», attribuito al titolare del diritto di recesso, di produrre mutamenti giuridici e di provocare, con una libera iniziativa, una vicenda estintiva del rapporto si fa incerta e vulnerabile quando dalla potenza si trascorre all'atto, dalla titolarità del diritto al suo concreto esercizio. Ciò perché – verrebbe da dire svolgendo la linea della sentenza – la categoria dei diritti potestativi non è sottratta alla logica normativa dell'obbligazione; a quella sua struttura che, nella normale espansione delle clausole generali, si fa unità complessa, capace di attirare in sé la molteplicità logica del fatto e proteggere una varietà di interessi. La condotta del recedere che soggiace, al pari di qualsiasi altro atto esecutivo, al principio di buona fede, può esigere, nel suo concreto esercizio, «una certa procedimentalizzazione», mediante ad esempio «la previsione di trattative, il riconoscimento di indennità»¹². Ne consegue che la decisione negoziale circa un recesso incondizionato non scongiura l'ipotesi che limiti e presupposti condizionati emergano dagli elementi della

⁹ La difficoltà di delimitazione tra le due attività, dovuta alla comune assenza della creazione di nuove regole, non impedisce di tracciare una linea di confine «tenendo conto che, laddove non si tratti di intendere la regola e si ponga solo il problema di definire il comportamento concreto per attuarla, si è in tema di esecuzione del contratto», A. Cataudella, *I contratti. Parte generale*³, Torino, 2009, p. 248.

¹⁰ «Il problema è che la valutazione di un tale atto deve essere condotta in termini di 'conflittualità'. Ovvero: posto che si verte in tema di interessi contrapposti, di cui erano portatrici le parti, il punto rilevante è quello della proporzionalità dei mezzi usati», Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, cit.

¹¹ «In sostanza la Corte di merito – di fronte ad un recesso qualificato – non poteva esimersi dal valutare le circostanze allegare dai destinatari dell'atto di recesso, quali impeditive del suo esercizio, o quali fondanti un diritto al risarcimento per il suo abusivo esercizio», Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, cit. La linea argomentativa dalla Suprema Corte è nel senso che «la meritevolezza dell'atto deve essere testata in concreto, non essendo in alcun modo sufficiente la sua rispondenza al tipo negoziale», P. Perlingieri, *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2010, p. 326.

¹² Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, cit. Si osserva, in linea generale, come la tendenza giurisprudenziale intesa a controllare l'esercizio del diritto di recesso, convenzionale o legale, sotto il profilo dell'abuso del diritto allarga «l'utilizzo di una tecnica di controllo già collaudata, in particolare in tema di contratto autonomo di garanzia, G. De Nova, in R. Sacco – G. De Nova, *Il contratto*³, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, Torino, 2004, II, p. 739.

fattispecie concreta. Elementi che il giudice, nell'applicare una norma elastica, assumerà come condizione di una nuova valutazione.

2. Struttura del diritto potestativo e principio di buona fede

L'analisi dei criteri della decisione suscita l'esigenza preliminare di chiarire il rapporto tra il diritto potestativo e l'ambito di applicazione della buona fede. Abbiamo, da un lato, il potere del titolare di produrre un determinato effetto giuridico; dall'altro, la norma inderogabile sulla buona fede, cui le parti debbono uniformarsi nella esecuzione del contratto¹³. L'indefinita varietà delle circostanze del caso non è riducibile ad una astratta tipicità, che consenta di selezionare e pre-determinare i fatti rilevanti nell'applicazione della clausola generale. Tuttavia, questa intrinseca difficoltà di dominare il flusso indistinto degli accadimenti futuri non preclude la ricerca e l'individuazione dei criteri di una logica, allo scopo di ordinare e comporre quel conflitto tra autonomia privata e solidarietà che, nell'abuso del diritto di recesso *ad nutum*, assume una configurazione particolare. La singolarità sta nel fatto che le vicende del diritto potestativo sembrano avere una vita propria, avulsa dall'idea di rapporto giuridico e coincidente con il fenomeno generale dell'autonomia privata¹⁴. Non c'è, come nel diritto soggettivo, un destinatario, bensì un automatismo logico, che riconnette alla semplice iniziativa del titolare il concretarsi degli effetti. A rigore, il destinatario della dichiarazione non subisce il potere del titolare, ma il prodursi degli effetti giuridici, non soggiace alla volontà altrui, ma al mutamento giuridico¹⁵. Al momento della conclusione del contratto, il contegno del titolare – al centro della teoria dell'abuso dove si riempie di oneri e doveri – scolora in una semplice comunicazione, perché ciò che preme, nella rappresentazione dei contraenti, non è come e perché avvenga lo scioglimento del vincolo, quanto il fatto che potrà verificarsi da un momento all'altro¹⁶. Il diritto di recesso *ad nutum* si caratterizza proprio

¹³ V., sul significato operativo del richiamo alla regola imperativa di buona fede nell'ambito delle norme di diritto privato europeo, C. Scognamiglio, *Abuso del diritto...*, cit., p. 142 ss.

¹⁴ N. Irti, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Padova, 1990, pp. 43-44.

¹⁵ Il passaggio è così chiarito da Natalino Irti (in *Introduzione...*, cit., p. 42): «Nel diritto potestativo, la volontà si risolve nel *compimento dell'atto*, a cui la norma ricollega dati effetti; e l'altra parte non soggiace alla volontà del titolare, ma all'*obiettivo prodursi degli effetti giuridici*».

¹⁶ In una prospettiva finalistica, si direbbe che qui l'esercizio del diritto mediante il contegno descritto dalla fonte non può che esprimere lo scopo per il quale il diritto è attribuito, che è lo scioglimento del vincolo. La teoria finalista è oggetto dei rilievi chiarificatori di R. Sacco, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in Aa. Vv., *La Parte Generale del Diritto Civile. 2. Il Diritto Soggettivo*, in *Trattato di diritto civile*, Torino 2001, p. 350: «In ogni modo, se la circostanza che caratterizza l'abuso è l'esorbitanza dell'atto di esercizio del diritto dallo scopo del diritto soggettivo, l'interprete deve accertare i contorni dello scopo del diritto soggettivo; questi contorni si trovano nel diritto (e non nel fatto), e ciò che si trova nel diritto è esso stesso un elemento della norma».

per l'assenza di motivi, onde la sua efficacia «prescinde del tutto dall'esigenza di una motivazione e pertanto dal collegamento con questo o quel motivo»¹⁷. La parte «soggetta» al probabile mutamento giuridico, stipulando la clausola, ha convenuto sulla obiettiva incertezza del rapporto condividendo (o, se si vuole, tollerando) l'interesse del titolare a recedere in ogni momento e senza condizioni. È proprio la previsione negoziale ad esprimere questa pacifica condivisione, sul presupposto – nel caso sopra richiamato¹⁸ – di un rapporto tra imprese operanti sul mercato con asimmetria di potere contrattuale¹⁹. Nel nostro ordinamento, il tema della «giustizia» del contratto non coinvolge la disparità sostanziale fra le parti, ma assume il significato specifico di libera e consapevole determinazione dei contraenti all'accordo²⁰. In questo contesto, la valida stipulazione, in favore del titolare, di una clausola di recesso *ad nutum* nell'ambito di un accordo rispondente agli interessi di entrambi i contraenti indica la consapevole assunzione di un rischio: di subire la vicenda estintiva del rapporto in un momento indeterminato e nei modi stabiliti nella fonte negoziale. Emerge la linea soggettiva di un diritto astratto e libero da condizionamenti: come le parti possono stabilire la protezione di un loro specifico interesse con strumenti quali la clausola penale o la clausola risolutiva espressa, così qui privilegiano come prioritaria la tutela dell'interesse del titolare di provocare, in forza di una iniziativa incondizionata, l'estinzione del rapporto.

In che modo allora il titolare del diritto potestativo finisce per perdere, per così dire, la libera disponibilità della vicenda estintiva del rapporto? Quali nuovi fatti e valutazioni debbono subentrare affinché la condotta del recedere, pur conforme al modello negoziale, non sia più idonea a produrre l'effetto o diventi causa illecita dello scioglimento del vincolo?

3. La duplice valutazione del «comportamento esecutivo»

Resterei nella prospettiva delineata dai giudici di legittimità, per approfondire in che modo, nelle consuete applicazioni delle clausole generali, la conformità di una

¹⁷ A. Cataudella, *Intuitus personae* e tipo negoziale (1972), in *Scritti sui contratti*, Padova, 1998, p. 84, dove nell'analisi del nesso tra *intuitus personae* e tipo negoziale si esclude che, nella struttura di questo tipo di recesso, il venir meno della fiducia sia configurabile come un presupposto del recesso.

¹⁸ Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, cit.

¹⁹ Si segnala, in una posizione di dottrina, l'esigenza di inquadrare le problematiche dell'abuso nello specifico contesto di riferimento, che nel caso è quello tratteggiato dalla dinamica dei rapporti contrattuali tra imprese, operanti nella vicenda in esame con asimmetria di potere contrattuale, «ma anche in perfetta autonomia e nella piena consapevolezza delle 'regole' che guidano le decisioni imprenditoriali»: in primo luogo, quelle relative alle riorganizzazioni aziendali, F. Macario, *Recesso ad nutum...*, cit., p. 1587.

²⁰ A. Cataudella, *La giustizia del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, n. 3, pp. 627-628, dove si chiarisce che «il contratto è giusto in quanto risulti frutto dell'esercizio della libertà delle parti» (p. 628).

condotta al modello indicato nel contratto possa mutare significato giuridico e risultare difforme dal diritto. Il tema della conformità delle azioni umane a modelli, schemi o programmi esige il richiamo ad alcune premesse ricostruttive.

Ciascuna condotta umana, nel suo storico accadere, singolare e irripetibile, non è mai l'esatta immagine del modello, ma soltanto *conguagliabile*, secondo uno schema del pensiero, alla regola di riferimento. Il processo di qualificazione del fatto – che implica il giudizio storico, interpretativo, classificatorio – non muove dalla totalità dell'accaduto, ma da un fatto o un insieme di fatti riconducibili ad uno schema normativo: il diritto «non conosce il significato del fatto nella sua complessità, ma quel tanto di significato che è riducibile alla norma»²¹. Nulla impedisce che l'interprete, nella diagnosi del fatto, lo osservi attraverso norme distinte, così interrogandosi sul senso giuridico della fattispecie concreta nel raffronto tra diverse unità di misura. Non è inconsueto, nel congetturare soluzioni giuridiche, che l'individuazione del significato rilevante sia preceduto dalla simulazione di una pluralità di giudizi giuridici, condotta nell'impiego di distinti canoni di ricerca; onde il medesimo fatto è pensato e giudicato con esiti conformi alla prospettiva di volta in volta assunta dall'interprete.

Accade così, per venire al nostro caso, che il giudice di merito sia sempre tenuto a verificare se l'esercizio del diritto di recesso, seppure riconducibile al tipo di condotta fissata nel contratto, sia per così dire confermato o disatteso dal giudizio di buona fede. In altri termini, il comportamento esecutivo deve essere riguardato da una duplice angolatura: sotto il profilo della fonte negoziale e secondo il criterio della buona fede. Le due prospettive presuppongono, ciascuna, un proprio contesto di riferimento, che può dar luogo, come accade nell'uso del linguaggio comune, ad un diverso significato giuridico²².

Il primo contesto è disegnato, nei suoi contorni, dalla fonte negoziale e, in particolare, dal significato della clausola di recesso acquisito in primo luogo nel suo coordinamento con il complessivo assetto di interessi perseguito dalle parti²³.

Non c'è dubbio che la fonte negoziale sia il fondamento del comportarsi in un certo modo e, in questo senso, il primo criterio valutativo per formulare, rispetto alla condotta concreta, un giudizio di conformità o difformità dal diritto. Ma il

²¹ N. Irti, *Rilevanza giuridica*, in *Norme e fatti*, Milano, 1984, p. 53.

²² Torna utile richiamare il metodo analitico di chiarificazione del linguaggio giuridico, onde i termini giuridici debbono essere assunti, non isolatamente, ma nella intera proposizione in cui «giocano il loro ruolo caratteristico», nei «contesti tipici» in cui quelle parole svolgono di volta in volta la loro funzione (H. L. A. Hart, *Definizione e teoria nella giurisprudenza* (1953), in *Contributi all'analisi del diritto*, a cura di V. Frosini, Milano, 1964, pp. 47-48).

²³ Viene in rilievo un criterio interpretativo di comune esperienza, quello del canone della interpretazione complessiva (art. 1363 cod. civ.), enunciato nei termini indicati nel testo da A. Cataudella, *I contratti. Parte generale*³, cit., p. 157.

rinvio alle regole della correttezza e della buona fede (artt. 1175 e 1375 c.c.) nella valutazione del «comportarsi» e dell'«eseguire» può implicare «un di più o un di meno», un'azione ulteriore o una condotta da tollerare, determinabili assumendo tali regole come criteri di selezione di ulteriori fatti rilevanti. Si potrebbe dire – con i sostenitori del primato della buona fede – che soltanto la dinamica del fatto, del suo processo in corso, lascia individuare, nella loro comparazione, quale interesse debba prevalere e quale soccombere. Non è una qualità occulta a modificare il significato giuridico dei nostri atti, ma una diversa configurazione logica della fattispecie a schiudere, con l'impiego della clausola generale, una nuova valutazione giuridica.

Questi rilievi tornano utili per chiarire la chiave di lettura, nella fattispecie in esame, della buona fede oggettiva.

L'argomento della insindacabilità dell'atto di autonomia, che rifiuta di concepire forme di abuso relative a diritti validamente negoziati, non risolve la questione della valutazione secondo buona fede che ha per oggetto il «comportamento esecutivo»²⁴.

La condotta, sui cui cade la nuova valutazione giuridica, non è quella prefigurata nella fonte negoziale, ma l'accaduto nella sua concreta singolarità; non l'immagine negoziale del fatto, ma il suo preteso soddisfacimento nella realtà. È in relazione al fatto del recedere, e non al diritto di recesso, che la buona fede entra in gioco nella formulazione del nuovo giudizio di valore. Così, nel nostro caso, se assumiamo la clausola in questione come predicato normativo, l'esercizio del recesso, avvenuto senza «una certa procedimentalizzazione», è «come deve essere»; se assumiamo la regola della buona fede e della correttezza, il recedere del contraente, seppure conforme alla fonte negoziale, può suscitare, nell'ambito di un diverso contesto, una distinta valutazione sino a condurre ad una conclusione opposta, che la condotta è «come non deve essere».

In altri termini, il problema, avvertito dalla dottrina, è quando tra i due criteri di valutazione del fatto, l'uno offerto dal modello negoziale, l'altro, dalla regola della correttezza e della buona fede, si apre un conflitto: la prima permette una data condotta, l'altra la censura come illecita. La certezza del diritto, che pure infonde una certa fiducia nel futuro, consentendo calcoli e programmi circa le proprie iniziative economiche, sembra essere minata nel suo fondamento.

La formula linguistica «abuso del diritto», che offre l'immagine di un diritto usato male, con modalità e per fini anormali ed esorbitanti, esprime, nella fattispecie esaminata, questa sovrapposizione di valutazioni; onde una concreta condotta con-

²⁴ Il sindacato sulla conformità dell'esercizio del diritto al principio di buona fede – riguardante ad esempio il recesso per giusta causa di una banca dal contratto di apertura di credito a tempo determinato – non attiene «alla validità della clausola, che è data per presupposta, ma al comportamento esecutivo», Cass. 14 luglio 2000, n. 9321, in *Corr. giur.*, 2000, p. 1479 ss., con nota di A. di Majo.

sentita perché conforme alla fonte negoziale risulta essere censurabile sotto un'altra angolatura. Si tratta di una finzione concettuale volta a rendere l'idea di una contraddizione, data dal tenere insieme, nella descrizione del fenomeno, distinti punti di osservazione.

Ma in che modo la condotta – che consiste nell'esercizio di un diritto potestativo sorretto da una fonte valida ed efficace – da «consentita» può convertirsi in «condizionata» o in «proibita», da contenuto del diritto soggettivo divenire contenuto di un diritto condizionato ad un onere o di un divieto di recedere? Quali fatti ulteriori²⁵, a fronte di una condotta conforme al modello negoziale, possono schiudere una valutazione di difformità dal diritto?

4. Fonte negoziale e delimitazione dell'ambito della buona fede. L'esercizio del diritto minacciato

Si può fissare un criterio di massima che, nella valutazione dell'esercizio del diritto potestativo, amplia e riduce l'efficacia delle clausole generali. La portata della buona fede²⁶ che integra, nella esecuzione del contratto, il concreto comportarsi delle parti, sarà tanto più estesa quanto la disciplina convenzionale è carente; tanto più modesta quanto più la disciplina convenzionale ha un contenuto specifico. Tanto più il comportamento futuro – qui teso alla estinzione del rapporto – è nella fonte negoziale rappresentato nelle sue determinazioni particolari tanto meno vi sarà spazio per ulteriori valutazioni con rinvio alla buona fede e alla correttezza. Con ciò non si vuole dire che il «comportamento esecutivo» riesca, per questa via, a sfuggire ad una valutazione secondo buona fede; ma che una condotta del tutto conforme ad una regola analitica, che abbia pre-selezionato circostanze e condizioni del recedere, non può che ridurre al minimo, rispetto a questa condotta, il delinearsi di nuovi conflitti di interessi.

Su questa linea viene a collocarsi il rapporto problematico tra atto di recesso e buona fede, dove si disputa su una condotta ed un evento che, censurati dalla buona fede, sono consapevolmente determinati ed approvati nel contratto.

Si tratta in primo luogo di stabilire se i contraenti, con la clausola di recesso, abbiano inteso attribuire ad una parte un diritto esercitabile in ogni momento e

²⁵ Emerge, in altre parole, la questione della specificazione delle «circostanze dequalificanti» che rendono anti-giuridico l'atto che senza quelle circostanze sarebbe esercizio lecito (R. Sacco, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, cit., p. 340).

²⁶ Nella linea della pronuncia, il principio di buona fede oggettiva rifluisce, con il principio di correttezza, in un'unica clausola generale, che è «operante, tanto sul piano dei comportamenti del debitore e del creditore nell'ambito del singolo rapporto obbligatorio (art. 1175 cod. civ.), quanto sul piano del complessivo assetto di interessi sottostanti all'esecuzione del contratto (art. 1375 cod. civ.)» (Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, cit.).

senza condizioni; se in altre parole la clausola contrattuale esprima un recesso attuabile, nella comune intenzione delle parti, in modo del tutto inatteso e incondizionato. Qui il carattere analitico della fonte negoziale consisterebbe, non nella determinazione positiva delle condotte rilevanti per il prodursi degli effetti, ma nella esclusione della esigenza di contegni diversi e ulteriori rispetto ad una dichiarazione portata a conoscenza del destinatario (la regola suonerebbe così: «È permesso recedere, con semplice comunicazione scritta, in ogni momento e senza condizioni»).

Una regola di questo tenore, dove il dato letterale è chiaro e, se ce ne fosse bisogno, confermato da ulteriori elementi testuali o extratestuali²⁷, intende sottrarre l'atto di recesso al corso degli eventi futuri, isolarlo da ogni contesto che non sia il contesto rinvenibile nella fonte negoziale. Fissare in questi termini tempi e modalità della condotta equivale ad attribuire al recesso il senso specifico di un permesso di fare e di una libertà di agire, nella certezza degli effetti stabiliti in conseguenza della condotta descritta. Né in questa prospettiva potrebbe dirsi che altro è il diritto potestativo altro il fatto del suo esercizio, per concludere circa l'esigenza di «una certa procedimentalizzazione» mediante ad esempio un congruo preavviso, «la previsione di trattative, il riconoscimento di indennità»²⁸; in quanto è con la previsione di un recesso «in ogni momento e senza condizioni» che i contraenti hanno disposto di quella «procedimentalizzazione», neutralizzandone ogni rilievo nella esecuzione del contratto. Così inteso, come «statuto» della condotta di un contraente, dove tempi e modalità del contegno risultano essere specificati²⁹, il diritto di recesso, sorretto da una fonte valida e strappato al flusso irregolare degli eventi, finisce per inibire la questione delle modalità e finalità del suo esercizio³⁰. Si affaccia nel discorso un principio di coerenza logica: se un insieme determinato di condotte è contemplato,

²⁷ Nega che il comportamento complessivo delle parti costituisca canone sussidiario rispetto all'elemento letterale la pronuncia di Cass. 4 febbraio, 2009, n. 2720, in *Guida al diritto*, 2009, 12, 52; v. sul rilievo, nel processo interpretativo, di tutti gli ulteriori elementi, testuali ed extratestuali, indicati dal legislatore anche in presenza di un elemento letterale *prima facie* «chiaro», Cass. 9 giugno 2005, n. 12120, in *Giust. civ., Mass.*, 2005, 6.

²⁸ Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, cit.

²⁹ Al tema della «fonte», vale a dire, del «tetto che contiene e descrive una concreta disciplina, soggetti storicamente determinati, modalità, tempi, luoghi» (M. Orlandi, *Contro l'abuso del diritto...*, cit., p. 151), viene ad aggiungersi, nell'analisi condotta sulle clausole di recesso, il problema del grado determinazione, nella fonte negoziale, dei termini e modalità dei contegni, onde il giudizio di conformità o difformità sarà più agevole quando il modello di riferimento ha selezionato l'insieme di condotte ritenute rilevanti; meno fluido e netto quando fornisce una descrizione laconica o ambigua (v. *infra*, §§ 5, 6).

³⁰ In tal senso, la Corte d'Appello di Roma (n. 136/2005, sez. 11, del 28 settembre 2004-13 gennaio 2005) aveva ritenuto che «se l'autonomia ha riconosciuto la possibilità di recedere dal contratto, non è necessario alcun controllo causale circa l'esercizio del potere». E ancora, soltanto se «ricorrono contrasti con norme imperative, può essere sanzionato l'esercizio di una facoltà, ma al di fuori di queste ipotesi tipiche, normativamente previste, residua la più ampia libertà della autonomia privata». Si vuole, in altri termini, tener ferma la distinzione tra diritto di recesso qualificato, che soggiace ad un controllo causale, ed un diritto di recesso *ad nutum*, che prescinde dall'esigenza di cause giustificatrici (G. D'Amico, *Recesso ad nutum...*, cit., p. 18).

nella fonte negoziale, come produttivo del mutamento giuridico, quel medesimo insieme non può significare né assenza di effetti giuridici né fatto illecito³¹. Non è reclamabile dalla buona fede, come ad invocare una forma di tutela di secondo grado, ciò che si poteva chiedere alla fonte negoziale. La validità della clausola non soltanto esprime e presuppone un giudizio di approvazione dell'ordinamento giuridico, ma implica un affidamento del titolare del diritto nella certezza che l'agire nel senso indicato nella clausola non potrà essere in alcun modo censurato. La certezza del diritto qui riposa proprio nel confidare che a date condotte, indicate in modo univoco e specifico, conseguono determinati effetti e non altri³².

Situazioni presenti al momento della conclusione del contratto, come la disparità di forze e l'asimmetria di potere contrattuale, dinanzi al significato acquisito di una clausola attributiva di recesso *ad nutum* – dove la possibilità della estinzione improvvisa del rapporto è proprio lo scopo condiviso per mezzo della clausola – restano confinati nell'area amorfa e indistinta della irrilevanza.

Precluso lo spazio logico per censurare quella condotta connessa all'evento che, nella fonte, è il diritto convenuto alla vicenda estintiva del rapporto, i termini della questione possono più utilmente gravitare intorno alla interpretazione della clausola; al fine di verificare se, in presenza di un testo laconico, l'impiego dei canoni ermeneutici lasci emergere quanto meno l'esigenza di un congruo preavviso. Se ad esempio, nell'analisi degli ulteriori elementi testuali ed extratestuali, la «procedimentalizzazione» – auspicata nella sentenza richiamata – dovesse ridursi ad un doveroso periodo di preavviso, non c'è dubbio che la clausola generale di buona fede, nelle sue varie applicazioni, sia destinata ad avere buon gioco nell'esibire, rispetto all'assenza di sacrificio dell'interesse del titolare, la tutela prioritaria dell'interesse della controparte ad essere informato circa l'imminente estinzione del rapporto. L'assenza di un congruo preavviso, allorché non sia escluso dalla clausola, resta il fatto più esposto ad una contestazione fondata sulla buona fede³³. Ma la sua man-

³¹ Le due tesi, della irrilevanza e della doppia qualifica, sono da ultimo illustrate da M. Orlandi, *Contro l'abuso del diritto...*, cit., pp. 155-156, che coglie nel dolo incidente (art. 1440 cod. civ.) il fenomeno emblematico della doppia qualifica.

³² Il rischio della «incertezza» può essere osservato in una più ampia prospettiva, che coglie nel moltiplicarsi delle soluzioni interpretative la portata del nesso tra giudizio di validità della clausola e dovere di eseguire il contratto in buona fede (E. del Prato, *I modelli contrattuali nella prassi bancaria per la concessione del credito alle imprese*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, II, p. 288). L'ipotesi di rinvenire nell'art. 1375 cod. civ. un parametro di validità della clausola contrattuale (v. ad esempio Cass. 2 novembre 1998, n. 10926, in *Foro it.*, 1998, I, c. 3081 ss., con nota di G. Lener) finirebbe per allargare gli orizzonti delle opzioni interpretative secondo l'estensione tipica di una clausola generale: «il giudice, non sarà solo arbitro dei criteri di qualificazione dell'atto rispetto alla regola sulla nullità, come accade normalmente, ma sarà arbitro di individuare la stessa regola sulla nullità (Id., *op. loc. cit.*)».

³³ È appena il caso di rilevare che, nel caso preso in esame (Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, cit.), il termine del preavviso è stato di un anno; termine ritenuto «congruo» dalla Corte d'Appello di Roma proprio

canza, a ben vedere, dice poco o nulla circa l'uso anormale o esorbitante del diritto di recesso. La censura non sarebbe infatti calibrata sull'evento della estinzione del rapporto, dietro al quale si nasconderebbe una finalità ulteriore rispetto allo schema formale del diritto, bensì su un sacrificio che, in quanto tollerabile, si esigeva dal titolare per tutelare l'interesse dell'altra parte ad assumere, in prossimità dello scioglimento del vincolo, le iniziative che avrebbe ritenuto più opportune. All'idea di una sanzione che, nella ricerca degli scopi impropri dell'atto di recesso vuole reprimere le deprecabili motivazioni del contraente, subentra il raffronto misurato tra ciò che, nella dinamica dei congegni esecutivi, si può chiedere ad un contraente e ciò che, tra le comuni aspettative dell'altra parte, si può proteggere.

La difficoltà di individuare, nell'atto di recesso, una finalità esorbitante e diversa da quella condivisa nella fonte porta a ragionare sul tema dell'esercizio del diritto minacciato. In base all'art. 1438 cod. civ. «la minaccia di far valere un diritto può essere causa di annullamento del contratto solo quando è diretta a conseguire vantaggi ingiusti». Nel nostro caso, si possono profilare due situazioni, a seconda che la minaccia del recesso *ad nutum* abbia o meno buon fine. La prima, che presuppone la conclusione di un accordo modificativo, in cui il principio di buona fede torna utile per «valutare la sussistenza dei vantaggi ingiusti che determinano l'annullabilità della pattuizione ottenuta»³⁴; l'altra, in cui al rifiuto di una parte di consentire la modifica segue l'esercizio del recesso dell'altra, dove il principio di buona fede è criterio per valutare la complessiva condotta del contraente sia nella minaccia di far valere il diritto che nel successivo atto di recesso. In questa seconda ipotesi, l'intenzione di nuocere e lo scopo essenziale, se non l'unico, per cui il diritto viene esercitato³⁵ emergerebbero dalla prova del nesso di causalità tra le condotte dei contraenti; cosicché il recesso riesca a delinarsi non più come semplice strumento di scioglimento del vincolo ma principalmente come mezzo di ritorsione per il rifiuto della controparte.

Emerge, in linea generale, l'ipotesi di qualificare il recesso come l'atto conclusivo di una vicenda pregressa dove, per un verso, le azioni ostili di una parte – causa della reazione dell'altra – possono assumere una varietà di forme, per un altro, questa stessa vicenda è indice dell'anomalia dell'esercizio del diritto di recesso, svelandone, per così dire, le vere ragioni.

perché «in grado di permettere al concessionario di ricollocarsi sul mercato commercializzando altre vetture, beneficiando dell'avviamento già acquisito».

³⁴ E. del Prato, *La minaccia di far valere un diritto*, Padova, 1990, p. 69, che esamina la problematica del recesso chiarendo che la «sussistenza di un rapporto in corso rispetto al quale si prospetta l'esercizio del recesso fa sì che tale esercizio, come pure la sua minaccia, debba svolgersi secondo le regole della correttezza e della buona fede» (p. 67).

³⁵ G. D'Amico, *Recesso ad nutum...*, cit., p. 22, che si sofferma sul caso dell'esercizio del recesso strumentale all'effettivo conseguimento di una utilità non rientrante nel contenuto del diritto (p. 20).

Ma la difficoltà, in un recesso esercitabile in assenza di motivi, sta proprio nel dimostrare in senso univoco il nesso di condotte implicate nella fattispecie, così da rappresentare in modo plausibile che lo scopo perseguito dal titolare del diritto potestativo era, non tanto l'estinzione in sé del rapporto, quanto quello di danneggiare deliberatamente l'altra parte.

5. *Segue*: la buona fede nella interpretazione del contratto

Il tema del carattere analitico della fonte negoziale riesce ad orientare il discorso anche sulla interpretazione secondo buona fede del contratto. La pronuncia della Suprema Corte oscilla tra due valutazioni; onde il giudizio di conformità dell'esercizio del potere contrattuale al canone generale della buona fede esecutiva confluisce nella interpretazione della clausola di recesso secondo buona fede.

Acquisito il senso letterale delle parole, appurata la comune intenzione dei contraenti, qual è il ruolo della buona fede³⁶?

Si legge nella pronuncia – dove il principio della buona fede «esecutiva» si intreccia con l'art. 1366 cod. civ. – che il criterio della buona fede costituisce «*uno strumento, per il giudice, finalizzato al controllo – anche in senso modificativo o integrativo – dello statuto negoziale*» e che il giudice, «*nell'interpretazione secondo buona fede del contratto, deve operare nell'ottica dell'equilibrio fra interessi opposti*». «*Ed è su questa base che la Corte di merito avrebbe dovuto valutare ed interpretare le clausole del contratto – in particolare quella che prevedeva il recesso ad nutum – anche al fine di riconoscere il diritto al risarcimento del danno per l'esercizio di tale facoltà in modo non conforme alla correttezza ed alla buona fede*³⁷. E ancora, in un altro luogo: «*il controllo e l'interpretazione dell'atto di autonomia privata dovrà essere condotta tenendo presenti le posizioni delle parti, al fine di valutare se posizioni di supremazia di una di esse e di eventuale dipendenza, anche economica, dell'altra siano stati forieri di comportamenti abusivi, posti in essere per raggiungere i fini che la parte si è prefissata*».

Si schiude l'ipotesi di una interpretazione correttiva del testo negoziale.

L'antinomia tra la regola negoziale permissiva, richiamata dal significato della clausola, e la regola proibitiva, delineata dal criterio interpretativo della buona fede, si risolverebbe con la correzione parziale della regola negoziale: onde il testo della

³⁶ Osserva Irti, nel trascorrere i canoni legislativi dell'interpretazione del contratto, che il criterio di buona fede (art. 1366 cod. civ.) «– inteso, al modo di Betti, come stregua di reciproca lealtà e correttezza – trova difficile luogo di applicazione. Già l'indagine sulla comune intenzione, valutando il complessivo materiale offerto dalle parti prima e dopo la conclusione del contratto, soddisfa l'esigenza di reciprocità e tiene in conto le attese dei soggetti» (in *Principi e problemi di interpretazione contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, pp. 1146-1147, nt. 9).

³⁷ Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, cit.

clausola, in presenza di disparità di forze o di situazioni di dipendenza, può essere inteso come diritto di recesso da esercitarsi secondo determinati tempi e modalità, seguendo «una certa procedimentalizzazione»³⁸.

Ma il problema, anche in tal caso, è quando la fonte negoziale, nell'includere o escludere condotte ulteriori, possa dirsi analitica e univoca; quando l'atto di recesso corrisponda, nella forma e nel contenuto, ai modelli di comportamenti descritti in modo specifico nella clausola. Qui la funzione correttiva della buona fede nella interpretazione del contratto, svolgendosi in una prospettiva oggettivante, entra in contrasto con la comune intenzione dei contraenti. Lo spazio è occupato dalla regola contrattuale permissiva, dove il conflitto di interessi circa tempi e modalità del diritto potestativo ha trovato, insieme all'accordo complessivo, un punto di equilibrio che, nelle determinazioni delle parti, sia stabile nel tempo.

Da un lato, la costruzione di una contro-norma proibitiva è preclusa proprio dalle specificazioni contenute nella fonte negoziale; dall'altro, l'eliminazione parziale della norma negoziale (con l'espunzione, ad esempio, dell'inciso *ad nutum*) equivarrebbe a comprimere l'autonomia negoziale alla stregua di una sostituzione della clausola³⁹.

In altre parole, si finirebbe qui per intrecciare il piano degli effetti giuridici con il piano della fattispecie; così annacquando la funzione interpretativa propria dell'art. 1366 cod. civ. che non ha una valenza modificativa «con riguardo al senso ed al grado di compiutezza delle regole che le parti hanno dettate»⁴⁰.

La funzione in senso lato correttiva della buona fede, che si vorrebbe operante in contrasto con la comune intenzione delle parti, sembra poggiare sull'idea che clausole di questo tenore, dove un contraente è esposto all'improvviso e immotivato scioglimento del vincolo, siano frutto di una decisione tollerata nell'ambito di un testo complessivo sul quale i margini di trattativa sono inibiti dalla forza contrattuale dell'altra parte.

Affiora l'esigenza di promuovere e garantire la parità sostanziale tra le parti in un sistema che, al contrario, ruota intorno alla parità formale⁴¹. Assumono così rilievo

³⁸ Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, cit.

³⁹ Seppure sul piano tecnico non si ha «sostituzione della regola negoziale con una regola giudiziale» (v. punto Cass. 14 luglio 2000, n. 9321, cit.), non c'è dubbio che la conclusione cui si pervenirebbe nell'uso disinvolto della clausola generale di buona fede risponda ad un effetto sostitutivo.

⁴⁰ Il rilievo svolge la linea chiarita da A. Cataudella, *I contratti. Parte generale*³, cit., p. 156. In altri termini, «non si possono attribuire all'art. 1366 valenze ulteriori senza assegnarli connotazioni che non appaiono conciliabili con la funzione interpretativa dello stesso» (*op. loc. ult. cit.*).

⁴¹ La distinzione tra le due forme di «parità» è evidenziata da A. Cataudella, *La giustizia del contratto*, cit., p. 632, che circoscrive gli spazi tutela della «parità sostanziale» agli interventi destinati «a garantire parità di posizioni delle parti in ordine alla conoscenza del contenuto del regolamento contrattuale e delle caratteristiche dell'affare, volti, cioè, a superare le asimmetrie conoscitive, nonché interventi volti ad assicurare che

fatti e situazioni per i quali la decisione di convenire sulla singola clausola si presume assunta in ragione esclusiva della posizione di debolezza di un contraente⁴². È questa presunzione, indotta da posizioni di disparità, supremazia e dipendenza a rivelare un eccesso di protezione del contraente che subisce l'estinzione del rapporto; tanto più se la validità dell'atto attributivo del diritto non è, come nel caso, compromessa da quei fatti e da quelle situazioni.

Ora, se si volessero raccogliere i risultati della indagine sin qui condotta, si direbbe che lo spazio di applicazione della buona fede riesce a determinarsi nell'impiego di due criteri logici: *a)* la misura della difformità della valutazione secondo la clausola generale è connessa al grado di determinazione, nella fonte negoziale, del comportamento futuro; *b)* la condizione di rilevanza dei fatti e situazioni selezionabili dalla clausola generale è la loro non appartenenza all'insieme dei fatti e situazioni determinati o dati per presupposti nella fonte negoziale.

6. Riduzione dell'abuso del diritto potestativo al dovere di coerenza. Il contesto e le singole condotte «affidanti»

Si può cogliere, nella lettura di talune pronunce in tema di diritto di recesso⁴³, un tratto comune. La ricerca del significato rilevante nel raffronto con la buona fede è agevolata da una *de-contestualizzazione*: che consiste nel disgiungere l'atto di recesso dalla fonte negoziale per inquadrarlo in un altro contesto situazionale.

E così, ad esempio, nel rintracciare taluni fatti ritenuti degni di attenzione nelle varie decisioni sul tema, si può segnalare:

a) la relazione tra l'atto di recesso per giusta causa e la conoscenza del titolare, sin dal momento della stipulazione del contratto, della circostanza integrante i presupposti di quella medesima giusta causa⁴⁴; *b)* la relazione tra l'atto di recesso *ad nutum*

all'accordo le parti pervengano a séguito di una trattativa effettiva». Cfr., per una stessa linea, sviluppata intorno al rapporto tra fatti di conoscenza e rischio negli scambi del mercato, il mio scritto *Rischio e parità di posizioni nei rimedi correttivi degli scambi di mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, p. 41 ss.

⁴² In altre parole, «il vero abuso», ad una attenta lettura della sentenza, sembra in realtà quello di aver inserito «nel contratto il recesso *ad nutum*, non esercitarlo» A. Gentili, *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione*, cit., p. 360.

⁴³ Si segnalano all'attenzione, oltre che la pronuncia di Cass. 18 settembre 2009, n. 20106 in tema di abuso del diritto, altre due sentenze della Suprema Corte (in tema di recesso da un rapporto di apertura di credito) che si trovano spesso richiamate nel discorso sull'impiego e sugli sviluppi della figura nel nostro ordinamento giuridico.

⁴⁴ Nel caso, avente per oggetto un contratto di apertura di credito, il carattere non veritiero e fuorviante delle dichiarazioni dell'accreditato – relative a determinate circostanze – integrava, secondo la fonte negoziale, una giusta causa di recesso. Si trattava di stabilire, nel giudizio di merito, se il fatto che la banca fosse comunque a conoscenza, al momento della conclusione del contratto, della circostanza rilevante come giusta causa potesse rendere il recesso illegittimo. Secondo la Corte d'Appello di Milano (sentenza del 15 luglio 1997, n. 2352), «poiché la circostanza sottaciuta (...) era rilevante come causa del recesso e non di risol-

e la richiesta, accolta in pendenza del rapporto, di effettuare nuovi investimenti⁴⁵; c) la relazione tra l'atto di recesso *ad nutum* e i comportamenti «usualmente tenuti» da un contraente e l'assoluta «normalità commerciale dei rapporti in atto»⁴⁶.

Immerso nel nuovo contesto situazionale, l'atto di recesso lascia emergere le contraddizioni del fatto, esibendo, nella valutazione complessiva del conflitto tra le parti, le ragioni della tutela dell'interesse prevalente, quello del destinatario della dichiarazione.

Eppure, nelle fattispecie richiamate, dietro al tema del contrasto tra diritto potestativo e forme abusive e/o illegittime del suo esercizio si può scorgere un diverso contrasto, i cui termini consistono, in ultima analisi, in condotte poste in essere dallo stesso titolare del diritto. Affiora l'idea di un generale dovere di coerenza⁴⁷ cui soggiace il comportamento complessivo dei contraenti, di una linearità di condotte anteriori e posteriori alla conclusione del contratto. Verrebbe da dire che qui la tematica principale non è quella dell'abuso del proprio diritto, ma di un abuso, in diversa forma, della fiducia altrui.

Acquistano rilievo varie situazioni in senso lato «affidanti», dove la condotta ragionevolmente attesa è determinata da una regola di coerenza che, delineandosi nei contegni delle parti (e, in specie, del titolare del diritto), non tollera discontinuità⁴⁸.

zione, il momento al quale deve essere riferito l'accertamento della veridicità delle dichiarazioni non sarebbe stato quello iniziale della stipulazione del contratto, ma quello successivo dell'esercizio del recesso. Ne deriverebbe l'irrilevanza della eventuale conoscenza di fatto della non veridicità delle dichiarazioni da parte della banca al momento della stipulazione del contratto». La Suprema Corte, richiamandosi all'orientamento che impone una valutazione secondo buona fede dell'esercizio del diritto recesso non condizionato in contratto ad alcuna giusta causa (Cass. 21 maggio 1997, n. 4538, in *Banca, borsa e tit. credito*, 1997, II, p. 648 ss.), ha concluso nel senso che «non è irrilevante l'indagine che il ricorrente ha sollecitato circa l'eventuale conoscenza, fin dal momento della stipulazione del contratto», da parte della banca, delle circostanze previste come giusta causa di recesso (Cass. 14 luglio 2000, n. 9321, cit.).

⁴⁵ Il passaggio si può leggere nella pronuncia della Corte d'Appello di Roma n. 136/2005 (cassata dalla sentenza di Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, cit.), dove l'argomento, nella valutazione complessiva circa il carattere abusivo del recesso, è stato ritenuto infondato (come si legge in F. Macario, *Recesso ad nutum...*, cit, p. 1579, nt. 4): «gli investimenti eseguiti» dalla concessionaria «per creare nuove sedi o per ampliare quelle esistenti sono state in parte adempimento degli obblighi sinallagmatici ed in parte frutto di scelta imprenditoriale».

⁴⁶ Cass. 21 maggio 1997, n. 4538, cit. Nella fattispecie, concernente un rapporto di apertura di credito, il principio enunciato non ha trovato applicazione in quanto la Corte d'Appello di Bologna (n. 724 del 10 giugno 1995) avrebbe ben argomentato in ordine al riscontro delle ragioni giustificative del recesso (che nel contratto era previsto anche in difetto di giusta causa), consistenti nel dubbio fondato circa la solvibilità dell'accreditato.

⁴⁷ V., sulla costruzione di un dovere di coerenza nel nostro ordinamento giuridico, che nasce da un atto iniziale creatore di affidamento, R. Sacco, *La Parte Generale del Diritto Civile. 1. Il Fatto, L'Atto, il Negozio*, in *Trattato di diritto civile*, Torino 2005, pp. 246-255.

⁴⁸ Il legame tra l'affidamento ed il limite all'esercizio di una libertà è avvertito nella figura dell'abuso del diritto in una diversa prospettiva; dove l'idea di coerenza, che non ammette soluzioni di continuità, non è nelle singole condotte, ma riposa più in generale nello stesso rapporto protratto per un certo tempo che, ingenerando affidamenti, può rendere l'esercizio della libertà censurabile come condotta abusiva (v. sul punto P. Rescigno, *L'abuso del diritto*, cit., p. 60).

È utile osservare in che modo questa legge di coerenza agisca sul diritto potestativo di recesso.

Il caso *sub a)* può essere osservato in una diversa chiave di lettura, dove l'accento non cade sull'atto di recesso, ma sulla conclusione del contratto nonostante la conoscenza della giusta causa del recesso. Se la prospettiva dell'abuso del diritto è in grado di far emergere la condotta che proprio in ragione di quel fatto di conoscenza risulta essere orientata a scopi ulteriori e anormali⁴⁹, la linea che si viene tracciando gravita intorno ad un generale dovere di coerenza nelle condotte dei contraenti.

Ora, la pregressa notorietà circa la situazione di rischio, condizione, nella clausola, dell'esercizio del recesso⁵⁰, significa che dietro l'evento invocato dal titolare come «giusta causa» in realtà non c'era nulla di nuovo. Come tale conoscenza non ha impedito la conclusione del contratto, così essa non giustifica l'interruzione del rapporto. Il principio, che ricalca quello espresso in una precedente pronuncia⁵¹, pone in relazione le modalità del recesso, «del tutto imprevedute ed arbitrarie» con «i rapporti usualmente tenuti dalla banca» e la loro normalità commerciale. Ma nella ricerca delle specifiche circostanze dequalificanti questa generica abitudine e normalità di rapporti è traducibile, nel caso, nella costituzione del vincolo e nella sua regolare attuazione malgrado la conoscenza della situazione di rischio che consentiva lo scioglimento del vincolo. L'atto di recesso, fondato su una causa nota sin dal momento della conclusione del contratto o esercitato dopo un apprezzabile intervallo di tempo dall'acquisita conoscenza della ricorrenza di tale causa, più che definirsi «arbitrario», è più semplicemente «incoerente» e, in questo senso, «impreveduto». In entrambi i casi, se l'atto di recesso non potrà dirsi in concreto inibito da una rinuncia tacita di far valere il diritto, sarà impedito dal divieto di *venire contra factum proprium*, in quanto in contrasto con l'incolpevole affidamento ingenerato nella controparte⁵².

⁴⁹ Si tratta della prospettiva delineata nella successiva sentenza di Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, cit. L'inquadramento dell'atto recesso in un diverso contesto situazionale assume esplicito rilievo nella sentenza di Cass. 16 ottobre 2003, n. 15482 (in *Giust. civ.*, 2004, I, p. 3011 ss.) dove, nel richiamo all'abuso del diritto, si afferma che la conformità dell'esercizio del recesso deve essere valutata «nel complessivo contesto dei rapporti intercorrenti tra le parti, onde accertare se il recesso sia stato esercitato o meno secondo modalità e tempi che non rispondono ad un interesse del titolare del diritto meritevole di tutela, ma soltanto allo scopo di recare danno all'altra parte (...)».

⁵⁰ Si legge nella sentenza che non era irrilevante l'indagine che il ricorrente ha sollecitato della notorietà della ricorrenza, all'atto della conclusione del contratto, della giusta causa di recesso: non era in particolare irrilevante l'indagine sulla «eventuale conoscenza, fin dal momento della stipulazione del contratto, da parte della banca, della sua partecipazione» ad una società di persone in liquidazione e della reale situazione economica della società stessa (Cass. 14 luglio 2000, n. 9321, cit.).

⁵¹ Cass. 21 maggio 1997, n. 4538, cit., qui richiamata nel caso *sub c)*.

⁵² Nella esperienza di altri sistemi giuridici – richiamata da F. Astone, *Venire contra factum proprium*, Napoli, 2006, pp. 132-155 – l'abuso non è colto nell'esercizio della facoltà attribuita dal contratto, bensì «nella

Il tema della coerenza nell'agire dei contraenti assume rilievo, seppure in una diversa prospettiva, anche nella richiesta, durante lo svolgimento del rapporto, di effettuare nuovi investimenti⁵³.

Qui l'ambito di rilevanza del comportamento «affidante» è delimitabile sotto un profilo negativo. La qualificazione della condotta in questi termini dipende infatti dall'assenza di collegamento con la disciplina contrattuale. Deve trattarsi di un comportamento avulso dalla normale esecuzione del contratto, così da ingenerare nuove aspettative circa il rapporto in corso o la nascita di un nuovo rapporto. È un contegno di cui il contratto non costituisce la ragione, ma l'occasione. Soltanto se la richiesta di effettuare investimenti ed il fatto di effettuarli non rientrano nel flusso regolare dei comportamenti esecutivi può assumere rilievo la questione di una situazione in vario modo «affidante». Si tratta di una situazione che, proprio perché determina un'aspettativa, reclama una condotta conseguente all'attesa suscitata.

Il campo di osservazione non è dominato da pretese disparità di forze, posizioni di supremazia e di dipendenza economica che, presupposte nella clausola, non ne condizionano né il significato né l'operatività, bensì dalle condotte, posteriori alla conclusione del contratto, poste in essere dallo stesso titolare del diritto. Condotte che esprimono in vario modo la volontà di non avvalersi, nell'immediato, della clausola di recesso. Contegni di vario tipo che, avulsi dalla regolare esecuzione del contratto, lasciano indurre un nuovo accordo o la continuazione del rapporto dando vita a situazioni «affidanti» rispetto alle quali esercitare il recesso risulterebbe, non tanto abusivo, quanto contraddittorio.

Se in questa fattispecie la situazione «affidante» è data da una condotta avulsa dalla regolarità normativa della fonte negoziale, nel caso *sub c*) è la normalità di certi contegni delle parti a fornire un nuovo criterio direttivo del loro agire, che entra in diretta competizione con la condotta descritta nella fonte negoziale (nel caso, il recedere *ad nutum*). Tuttavia, in presenza di una clausola dal contenuto univoco, appare difficile decifrare, nella fattispecie, la logica di una normalità «rilevante». Escluderei che la normalità dei rapporti in atto risieda nella regolarità dei reciproci adempimenti, che è data per presupposta nella stipulazione stessa della clausola di recesso. In tal caso, impedire o censurare come illegittimo e/o abusivo l'atto di recesso, conforme al

contraddittorietà del comportamento della parte che da un lato con propri atti postula la continuazione del rapporto, e dall'altro improvvisamente e incoerentemente recede. È così *venit contra factum proprium*», A. Gentili, *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione*, cit., p. 362.

⁵³ È questo un segmento di fattispecie disputato nell'ambito del giudizio di merito che ha preceduto la sentenza di Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, cit. (v. sul punto F. GALGANO, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, in *Contratto e Impresa*, 2011, n. 2, p. 316). La fattispecie può essere posta a raffronto con il caso sottoposto alla giurisprudenza francese, richiamato da F. Astone, *Venire contra factum proprium*, cit., p. 134 (nt. 90), relativo «ai c.d. 'investimenti imposti' dalla casa madre ai concessionari al momento della conclusione del contratto».

modello di disciplina, finirebbe, anche in tale ipotesi, per svuotare di senso le ragioni di validità di una clausola di questo tenore. La giurisprudenza sembra additare situazioni e condotte riferibili all'altra parte che parrebbero escludere, su un piano oggettivo, l'interesse del titolare a recedere. Così, nella fattispecie richiamata – concernente un rapporto di apertura di credito – il concetto di normalità dei rapporti in atto viene specificato nell'affidabilità economica e commerciale del contraente. Se la solvibilità dell'accreditato non è a rischio, non c'è motivo di recedere dal contratto; se ciò accade, l'atto di recesso è ritenuto illegittimo⁵⁴.

Torna, nei suoi termini più problematici, il rapporto tra la fonte negoziale che a suo modo fissa i contegni e vi riconnette dati effetti e la buona fede, che seleziona, nella valutazione di quello stesso contegno, fatti la cui rilevanza, per il prodursi dell'effetto, è esclusa dalla clausola di recesso. Il grado di solvibilità del contraente, irrilevante nella clausola, acquista, secondo la buona fede, valore condizionante. La clausola di recesso può concedere, come massimo livello di apertura, l'attenzione alle condotte condivise dei contraenti, idonee a chiarire e stabilire il suo significato; la clausola generale di buona fede, «aperta» per propria indole ad una serie indistinta di obblighi, assume contegni e situazioni a rilievo esterno come indici di una normalità non solo commerciale, ma giuridica, capace di guidare e vincolare il titolare nell'esercizio del recesso.

Il disegno di queste pagine, che dalla coerenza e incoerenza dell'agire dei contraenti vuole ricavare una chiave di lettura del fenomeno, porta qui a privilegiare il capitolo di studi sul comportamento complessivo delle parti, anche posteriore alla conclusione del contratto.

7. Il comportamento complessivo delle parti tra comune intenzione, affidamento e rilevanza negoziale

La linea che si è venuta svolgendo nella ricerca dei criteri per fissare l'ambito di applicazione della buona fede torna ad un punto che, nella fattispecie esaminata,

⁵⁴ È ciò che si ricava, dalla lettura complessiva della sentenza di Cass. 21 maggio 1997, n. 4838, cit. Se le modalità di esercizio del diritto di recesso *ad nutum* sono sottoposte a controllo giurisdizionale resta da chiarire la sua distinzione dal recesso per giusta causa. La distribuzione dell'onere della prova può fornire un criterio. Si rileva che, nel recesso per giusta causa, «incombe sul recedente l'onere di provare la sussistenza di una giusta causa di recesso, pena l'inefficacia del recesso»; e che invece nel recesso *ad nutum* «è l'altra parte che, per impedire l'effetto risolutivo del recesso, deve provare che esso è privo di ogni plausibile ragione giustificatrice», F. Galgano, *Abuso del diritto: l'arbitrario recesso ad nutum della banca*, in *Contratto e Impresa*, 1998, p. 25. Con riferimento alla vicenda decisa dalla sentenza di Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, cit., il controllo causale in ordine al recesso *ad nutum* è volto in particolare ad accertare se le ragioni del recesso sono riconducibili alla causa del contratto di distribuzione commerciale (nel caso, come dichiarato dal recedente, la ristrutturazione della rete di vendita) o invece, nella realtà dei fatti, ad obiettivi del tutto estranei (Id., *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, cit., pp. 316-317).

costituisce la premessa del discorso sul «controllo» dell'atto di autonomia privata; che è in primo luogo «controllo» sul significato del testo della clausola. Si legge nella sentenza che gli strumenti di interpretazione del contratto sono rappresentati «*dal senso letterale delle parole e delle espressioni utilizzate; con la conseguente preclusione del ricorso ad altri criteri interpretativi, quando la comune volontà delle parti emerge in modo certo ed immediato dalle espressioni adoperate, e sia talmente chiara da precludere la ricerca di una volontà diversa*»⁵⁵.

Può così accadere che l'indagine dell'interprete si concentri, in base all'art. 1362 cod. civ., sul raffronto tra le condotte dei contraenti ed il senso letterale delle parole⁵⁶ adoperate nella clausola di recesso.

È un confronto che, pur muovendo dalla norma in esame, se ne può distaccare nell'analisi dei singoli comportamenti, indicando una diversa rilevanza giuridica del fenomeno. Assume rilievo una diversa forma di fiducia che, intrecciandosi con il tema della interpretazione del contratto, consiste nell'aspettativa a che il diritto sia esercitato in coerenza con i comportamenti condivisi dalle parti. Sono configurabili in linea generale tre ipotesi: *a)* il comportamento complessivo delle parti, da cui è ricavabile la comune intenzione, torna utile per chiarire il senso della clausola; *b)* le condotte successive, reiterate nel tempo, sono causa di un determinato affidamento; *c)* i contegni successivi, dotati di un significato univoco, esprimono un accordo che integra o modifica la clausola⁵⁷.

Nella seconda e terza prospettiva, si può immaginare, a modo di esempio, che il diritto di recesso – in un rapporto in cui, in mancanza del suo esercizio, si prevede la protrazione del vincolo per l'anno successivo⁵⁸ per una durata massima determinata – sia abitualmente esercitato dal titolare in un certo modo, per una serie consecutiva di anni; dando così un periodo di preavviso più lungo di quello indicato nella clausola, avviando contestualmente una trattativa per negoziare le condizioni dell'accordo per l'anno successivo. Per adoperare le parole della Suprema Corte, si discorrerebbe di «procedimentalizzazione» spontanea, di una regolarità di condotte che, ispirandosi alla buona fede, non soggiace alla fonte negoziale, ma ne prescinde, seguendo l'uniformità di un andamento consueto dei rapporti tra le parti. Accade che l'intesa negoziale, prolungata nel tempo, sia interrotta con la semplice dichiara-

⁵⁵ Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, cit.

⁵⁶ V., in un discorso di carattere analitico, sul diverso rilievo che può assumere il comportamento complessivo, N. Irti, *Testo e contesto*, Padova, 1996, pp. 36-40.

⁵⁷ Si affaccia, in questa ipotesi, la problematica delle variabili in diverso modo rilevanti nelle modificazioni tacite dei rapporti contrattuali in atto, V. Roppo, *Il contratto*, Milano, 2001, p. 201-207, 473-474.

⁵⁸ Qui il tema del recesso si può intrecciare con la variazione lessicale della disdetta, alla cui mancanza non segue «una vera e propria rinnovazione del rapporto, ma una mera protrazione del vincolo originario al di là del termine stesso», G. Gabrielli-F. Padovini, *Recesso a) Diritto privato*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 28.

zione di volersi sciogliere dal vincolo, nei termini previsti nel contratto. In tal caso, l'esercizio del recesso in modo conforme al tenore della clausola e, dunque, il ritorno al suo dato letterale, può assumere, a seconda dei casi, un diverso significato: ora di comportamento incoerente con la stabilità di un insieme di condotte «affidanti», in sé censurabile sotto il profilo della buona fede nella esecuzione del contratto⁵⁹; ora di violazione dell'accordo modificativo se le condotte condivise, in assenza di vincoli di forma, acquistano valore di contegni concludenti che, nella loro normalità e univocità, riescono ad esprimere un nuovo criterio direttivo.

In conclusione, la questione che, nella dissoluzione dell'abuso del diritto di recesso attraverso l'analisi delle singole condotte «affidanti», torna ad acquistare un piano di rilievo è se le parti, comportandosi in un certo modo, chiariscano il significato della clausola, ingenerino affidamenti o stringano un nuovo accordo.

⁵⁹ Questa ipotesi si riannoda al discorso tratteggiato nel precedente paragrafo.

La rilevanza della posizione dominante nel codice civile e nel diritto della concorrenza

di Laura Cerroni e Giulia Zanchi*

1. Premessa

L'introduzione del concetto di posizione dominante e del suo esercizio abusivo nell'ordinamento italiano è avvenuta a opera dell'art. 3 della legge 10 ottobre 1990, n. 287¹ che, dopo aver prescritto il divieto di abuso di posizione dominante, analogamente all'art. 86 (ora art. 82) del Trattato CEE, contiene un'elencazione non esaustiva né tassativa di condotte che possono sostanziare l'illecito. Le due disposizioni, al di là della differenza nell'ambito applicativo, risultano sostanzialmente analoghe e consentono pertanto la trattazione congiunta del dettato normativo.

Prima dell'entrata in vigore della legge n. 287 del 1990 la fattispecie era comunque nota al diritto italiano trovando applicazione diretta da parte del giudice nazionale l'art. 82 UE.

Se da una parte, però, era pacifico il ricorso all'art. 82 in presenza dei presupposti ivi richiamati, dibattuta era la possibilità di individuare una disciplina legale per i comportamenti comunque abusivi. Il tentativo più ricorrente, al di là delle previsioni contenute in leggi speciali (a esempio, in materia di editoria e televisione, per le quali peraltro è vietata la posizione dominante e non il suo abuso), è stato quello di considerare tali condotte illecite concorrenziali ai sensi dell'art. 2598, n. 3, cod. civ., dell'art. 2043 cod. civ. o dell'art. 2595 cod. civ.² in quanto violazioni della deontologia professionale imprenditoriale.

Il raccordo tra la disciplina comunitaria dettata dall'art. 82 del Trattato UE e la disciplina nazionale di cui all'art. 3 della legge n. 287 del 1990 è stabilito dall'art. 1 di quest'ultima che prevede quale criterio ermeneutico il rispetto dei principi comunitari. Pertanto la norma europea trova applicazione nei casi in cui il comportamento abusivo sia idoneo a pregiudicare il commercio degli Stati membri; la normativa nazionale nei casi in cui il pregiudizio abbia rilevanza esclusivamente interna. La Corte

* Fermo restando il contenuto unitario dell'articolo, il paragrafo 3 è a cura della dottoressa Laura Cerroni; i paragrafi 4, 5 e 6 sono stati curati dalla dottoressa Giulia Zanchi.

¹ Per un approfondimento della storia della norma si veda A. Frignani, R. Pardolesi, A. Patroni Griffi, L.C. Ubertaini (a cura di), "Diritto antitrust italiano", Zanichelli editore, Bologna, ed. 1997.

² Cass. 23-2-1983, n.1403, *GCM*, 1983; Cass. 15-1-1982, n.253,1982; Cass. 15-3-1985, n. 2018, *FI*, 1985, I,1663; Cass. 13-1-1988, n. 182, *GCM*, 1988.

di Giustizia ha più volte precisato che hanno rilevanza comunitaria le condotte poste in essere all'interno di un singolo Stato membro qualora producano effetti nel mercato comune³ e le condotte poste in essere da imprese con sede legale extracomunitaria atte comunque a incidere sul mercato europeo⁴.

Ai fini dell'applicazione del divieto non è necessaria l'effettività del pregiudizio, è sufficiente la portata potenzialmente lesiva della condotta: possono essere ricondotte nell'ambito di operatività dell'art. 82 UE anche le cd. pratiche strutturali, volte a potenziare le dimensioni dell'impresa a prescindere da un pregiudizio attuale e immediato a danno di concorrenti e consumatori.

Proprio queste due categorie di soggetti sono i destinatari della tutela apprestata con il divieto in argomento che non colpisce il potere economico dell'impresa dominante, in sé pienamente legittimo, ma l'eventuale sfruttamento abusivo dello stesso. La norma soggettivamente caratterizzata trova applicazione solo nei confronti di imprese in una particolare posizione di potenza economica.

La disciplina risponde alla duplice esigenza di salvaguardare il libero gioco della concorrenza e di tutelare i consumatori che direttamente o indirettamente possono essere danneggiati dall'aumento dei costi sociali derivante dallo sfruttamento abusivo della dominanza economica o da comportamenti escludenti. In tal ultimo senso l'Autorità garante della concorrenza e del mercato in più pronunce ha evidenziato come, affinché possa configurarsi un abuso di posizione dominante, non è necessaria l'evidenza di effetti distorsivi nel mercato⁵, dovendosi invece verificare l'esistenza di un pregiudizio a danno dei consumatori⁶. L'impostazione sembrerebbe essere stata superata dalla recente Comunicazione⁷ della Commissione, concernente gli abusi escludenti che, al fine di verificare se il comportamento in esame sia in grado di danneggiare i consumatori e quindi per dedurre l'effetto anticoncorrenziale, non richiede l'effettuazione di una valutazione dettagliata sul pregiudizio ai consumatori ma soltanto che il comportamento ostacoli la concorrenza senza creare efficienze.

Il raggiungimento e il rafforzamento di una posizione dominante non sono di per sé illegittimi, salvo il caso di concentrazione previsto dal Regolamento CE 4064/1989, ma l'impresa detentrica di tale posizione è tenuta a improntare la pro-

³ C. Giust. CE 9-11-1983, C-322/81, *Industria Michelin/CEE e altro*, FI, 1985, 65; C. Giust. CE 17-5-2001, C-340/99, *Società TNT Tracol Ente Poste It. e altro*, CorG, 2001, 1103.

⁴ C.d. "principio degli effetti": C. Giust. CE 21-2-1973, C-6/72, *Continental Can/Commissione*; nello stesso senso AGCM 26-3-1999, n. 6999, *Strem/Telepiù RDS*, 2000, 201.

⁵ Ciò differenzia la natura stessa dell'abuso dalle intese che, se in origine risultano almeno in astratto pienamente legittime, rivestono i caratteri dell'illicetà nel momento in cui falsino il libero gioco della concorrenza.

⁶ *Ex multis* AGCM, 25-7-1994, n.2169, *Assoutenti/Alitalia*, in Boll. N. 30-31, 1994, 7.

⁷ Comunicazione della Commissione "Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti" Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea 24.2.2009, C45.

pria azione a una “speciale responsabilità”⁸ in base alla quale, al fine di non compromettere ulteriormente la concorrenza residua, deve astenersi da comportamenti altrimenti permessi a imprese non in posizione di dominanza economica.

In assenza di un intervento della Commissione che illustrasse in modo sistematico la disciplina sostanziale e le problematiche relative all’operatività dell’art. 82 l’interpretazione della norma richiedeva un continuo rinvio alla giurisprudenza comunitaria e alle decisioni della Commissione europea. La comunicazione citata scaturisce, infatti, dalla necessità da una parte di sistematizzare e attualizzare i criteri applicativi, dall’altra di enunciarli in maniera chiara così da garantire, in un’ottica di rafforzamento e omogeneità di applicazione decentrata da parte degli Stati membri degli articoli 81 e 82, una maggiore certezza giuridica. La stessa Commissione ha precisato che la Comunicazione non ha valenza giuridica e non pregiudica né l’interpretazione da parte della Corte di Giustizia e del Tribunale di primo grado né la facoltà della Commissione di respingere una denuncia se a esempio in quel momento manchi al riguardo interesse comunitario. Gli orientamenti espressi nella Comunicazione⁹, inoltre, non possono essere considerati esaustivi in quanto, per espressa dichiarazione della Commissione, ci si riferisce soltanto agli abusi commessi dalle imprese che detengono una posizione dominante individuale, senza affrontare la questione della posizione dominante collettiva, e si approfondiscono solo le problematiche inerenti alle pratiche escludenti e non anche a quelle di sfruttamento.

2. La posizione dominante nel codice civile

Il codice civile del 1942, com’è noto, nasce dalla fusione del codice del 1865 con la *lex mercatoria* del 1882.

La Commissione incaricata della riforma codicistica compilò il testo avendo ben chiara l’esigenza di rassicurare gli imprenditori, che perdevano il proprio statuto formale, circa la permanenza delle norme e dei principi che avevano assicurato la certezza nei traffici e, quindi, lo sviluppo del mercato.

Questa esigenza traspare non solo nelle norme scritte ma anche in quelle omesse.

Manca, per stare al tema, qualsiasi riferimento alle posizioni di dominanza nel mercato.

L’unico esplicito riferimento che tende a limitare lo strapotere di mercato è contenuto nell’art. 2597 cod. civ.¹⁰ relativo al monopolista, il quale è costretto a conclu-

⁸ Il principio di “speciale responsabilità” è stato per la prima volta enunciato dalla Corte di Giustizia della Comunità europea nella sentenza del 9-11-1983, causa C-322/81 (caso *Michelin I*).

⁹ Punto II – Finalità della Comunicazione citata nella nota n. 7 che precede.

¹⁰ Per maggiori approfondimenti si veda L. Nivarra, *Il Monopolio – L’art. 2597*, in *Commentario al codice civile*, Giuffrè editore, 1992.

dere il contratto con chiunque gli faccia richiesta, mantenendo la parità di condizioni tra tutte le controparti evitando discriminazioni per gli utenti che intendano avere accesso a un bene o un servizio.

La norma, secondo la migliore dottrina, è assistita da una tutela particolarmente efficace prevista dall'art. 2932 cod. civ., in virtù del quale il giudice può emettere una sentenza costitutiva degli effetti del contratto che il monopolista non ha voluto concludere. Nella sostanza il richiedente ottiene, sia pure con ritardo e salvo il risarcimento del danno, dal giudice ordinario l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre.

È questa solo una tra le ipotesi di contratto imposto¹¹ disciplinate dal codice civile, ma è anche quella che ha avuto maggiori contributi dottrinari e giurisprudenziali, questi ultimi anche estensivi¹².

La Corte costituzionale ha ben presto ritenuto che l'obbligo di contrarre fosse imputabile non solo al monopolista di diritto ma anche al monopolista di fatto, considerandosi tale colui che per cause anche occasionali si trovi a essere l'unico gestore di un servizio, l'unico produttore o venditore di un bene in un determinato territorio e, con nota sentenza n. 241 del 1990, ha rivolto un invito al legislatore perché venissero potenziati gli strumenti di tutela volti a evitare o rimuovere gli abusi di posizione dominante. La Corte si è sostanzialmente espressa nel senso di una valorizzazione della portata precettiva dell'art. 2597 cod. civ., ritenendolo applicabile anche alle fattispecie non legalmente costituite che abbiano i requisiti della supremazia economica e che siano nella possibilità di pregiudicare la realizzazione della parità di trattamento¹³. Viene, nei fatti, richiamato, come accade nella disciplina a tutela del consumatore, il principio costituzionale di uguaglianza sostanziale. La *ratio* dell'obbligo a contrarre dovrebbe essere rinvenuta nella forma monopolistica del mercato a prescindere dal fatto che quest'ultima sia determinata dalla legge. Infatti appare irragionevole negare la tutela alla controparte del monopolista di fatto e concederla a chi contrae con un monopolista legale che immetta sul mercato beni o servizi altrimenti reperibili¹⁴.

Ciò nonostante la giurisprudenza di legittimità appare ancora oggi largamente orientata nel senso di un'interpretazione letterale della norma in esame.

¹¹ Altra norma di segno analogo è l'art. 1679 cod.civ. che stabilisce l'obbligo a contrarre per le imprese di trasporto che esercitano pubblici servizi di linea.

¹² Prima dell'entrata in vigore della legge *antitrust* la maggior parte della dottrina e la giurisprudenza quasi unanime ritenevano la disposizione contenuta nell'art. 2597 eccezionale e in quanto tale insuscettibile di applicazione analogica al monopolio di fatto. Per una ricostruzione della dottrina che si è espressa sulla possibilità di un'interpretazione estensiva o meno della norma in argomento si veda C. Osti, "Nuovi obblighi a contrarre", G. Giappichelli editore, Torino, 2004, pagg. 41 e ss..

¹³ Per un maggiore approfondimento si veda M. Bianchini, "Il Monopolio di fatto della SIAE nei rapporti con le emittenti televisive ed il suo obbligo a contrarre", nota a C. Cost. 15 maggio 1990, n. 241, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1990, fasc. 3 pag. 923-934.

¹⁴ C. Osti, "Nuovi obblighi a contrarre", Giappichelli Editore, Torino, 2004, pag. 46.

Diversa è la situazione giurisprudenziale che invece si è venuta a consolidare in altri Paesi occidentali come la Francia e la Germania.

La domanda che sorge spontanea è se oggi, data la caduta dei grandi monopoli statali e in considerazione dei processi di liberalizzazione in atto, la tutela *ex art.* 2932 cod. civ. possa trovare applicazione nei confronti di operatori economici dominanti non monopolisti, con ulteriore estensione dell'art. 2597 cod. civ.

Il problema, al quale non si può dare in questa sede una sommaria illustrazione, apparirà chiaro una volta che avremo definito cosa s'intende per posizione dominante.

3. La posizione dominante

La prima definizione di posizione dominante¹⁵ da parte degli Organi comunitari si rinviene nel *Memorandum* sul problema delle concentrazioni¹⁶ del 1965, ripresa dalla Commissione nella decisione *Continental Can*¹⁷.

Secondo la definizione classica enunciata dalla Corte di Giustizia¹⁸ la posizione dominante è "una posizione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che

¹⁵ Nella recente comunicazione, con particolare riferimento agli abusi escludenti, la Commissione ha individuato una serie di fattori in presenza dei quali intervenire ai sensi dell'art. 82 e cioè: – la posizione dell'impresa dominante. In generale, più forte è la posizione dominante più elevata è la probabilità che un comportamento a tutela di tale posizione determini una preclusione anticoncorrenziale; – le condizioni sul mercato rilevante, che comprendono le condizioni di ingresso e di espansione sul mercato, quale l'esistenza di economie di scala e/o di diversificazione e gli effetti di rete; – la posizione dei concorrenti dell'impresa dominante, che comprende l'importanza dei concorrenti per il mantenimento di una concorrenza effettiva; – eventuali prove di effettiva preclusione; – prove dirette di una strategia di esclusione. Tra queste vi sono documenti interni che contengono prove dirette di una strategia volta a escludere i concorrenti, quale un piano particolareggiato di adottare un determinato comportamento per escludere un rivale, per impedire l'ingresso o prevenire l'emergere di un mercato, o le prove di minacce concrete di un'azione volta all'esclusione. La Commissione specifica, altresì, che qualora risulti che il comportamento possa soltanto frapporre ostacoli alla concorrenza senza creare efficienze, è possibile dedurre l'effetto anticoncorrenziale. Questo avviene, a esempio, quando l'impresa dominante impedisca ai propri clienti di testare i prodotti concorrenti o accordi loro incentivi finanziari a condizione che non lo facciano, oppure paghi un distributore o un cliente per ritardare l'arrivo sul mercato di un prodotto rivale.

¹⁶ "Si deve parlare di posizione dominante su un dato mercato quando una o più imprese possano influire in maniera sostanziale sulle decisioni di altri agenti economici mediante una strategia indipendente, in modo che una concorrenza praticabile e sufficientemente efficace non possa svolgersi né mantenersi su tale mercato. A parere del gruppo, bisogna ammettere che esiste sfruttamento abusivo di una posizione dominante quando l'impresa che la detiene utilizza le possibilità che ne derivano per ottenere vantaggi che le sarebbero preclusi se sussistesse una concorrenza praticabile e sufficientemente efficace. La nozione di concorrenza praticabile corrisponde a una nozione realistica. Si ammette che esista concorrenza sufficientemente efficace quando le imprese non limitano in modo eccessivo o artificiale la vendita o la produzione, quando esse soddisfano la domanda facendo partecipare equamente i consumatori ai vantaggi che risultano dal progresso tecnico ed economico." in *RS*, 1966, 1200 e ss.

¹⁷ Comm. CE, 9-12-1971, GUCE L7, 8-1-1972, IV/26811-*Continental Can Company*.

¹⁸ C. Giust. CE 14-2-1978, C-27/76, *United Brands*; C. Giust. CE 13-2-1979, C-85/76, *Hoffmann-La Roche*; C. Giust. CE 3-7-1991, C-62/86, *AKZO Chemie BV/Commissione delle Comunità europee*, C-62/86, *RI-DPC*, 1992, 624; C. Giust. CE, 1-7-2008, C-49/07, *MOTOE/Elliniko Dimosio*.

la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato in questione, e ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei concorrenti, dei clienti e, in ultima analisi, dei consumatori¹⁹.

La definizione²⁰ peraltro si caratterizza per un'eccessiva indeterminazione, non predeterminando i fattori in presenza dei quali individuare una posizione dominante.

Risulta difficile immaginare che un'impresa possa comportarsi nel mercato in modo "alquanto indipendente" dai propri clienti o concorrenti, potendosi verificare tale ipotesi per lo più in caso di monopolio²¹. Il concetto di indipendenza è strettamente legato al grado di pressione concorrenziale esercitata sull'impresa. L'esistenza di una posizione dominante significa che tali pressioni concorrenziali²² non sono sufficientemente efficaci e che l'impresa in questione gode di un considerevole potere di mercato durante un certo periodo²³. La pressione concorrenziale può essere esercitata oltre che dai concorrenti anche dai clienti che in ragione delle dimensioni o della loro importanza potrebbero condizionare il comportamento dell'impresa.

¹⁹ L'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha ripreso tale definizione nei propri provvedimenti: *ex multis* AGCM 7-7-1999, n.7804, *Pepsico Foods/Coca-Cola Italia*, Boll. n. 49, 1999, 23; AGCM, 29-3-2006, n.15310, *Posta elettronica ibrida*, Boll. n. 13, 2006,110.

²⁰ Il Tar Lazio nella sentenza del 26 giugno 2008, n. 6213 resa nel *Mercato del Calcestruzzo autoclavato*, dopo aver ribadito la tradizionale definizione di posizione economica ha, altresì, evidenziato, che "l'esistenza di una posizione di tal genere (determinata dalla concorrenza di più fattori che, presi isolatamente, non sarebbero necessariamente decisivi) non è esclusa dalla circostanza che, a differenza di una situazione di monopolio o di quasi monopolio, sul mercato sia in qualche modo consentita l'esplicazione, sia pure entro certi limiti, del gioco concorrenziale".

²¹ A tal proposito è utile notare che la Corte di Giustizia in più pronunce (prima tra tutte nella sentenza *United Brands*) ha affermato che la posizione dominante non coincide con il monopolio "non essendo necessario che l'impresa abbia eliminato ogni possibilità di concorrenza per essere in posizione dominante". Ovviamente è invece vero il contrario. E cioè una posizione di monopolio, qualunque sia la sua origine, implica quella di posizione dominante.

²² La valutazione delle pressioni concorrenziali non può basarsi solo sulla situazione di mercato contingente, essendo necessario considerare l'espansione da parte dei concorrenti effettivi o l'ingresso di concorrenti potenziali. Un'impresa può essere dissuasa da un dato comportamento se l'ingresso o l'espansione sul mercato sono probabili, tempestivi e sufficienti. Per essere probabili occorre che essi siano sufficientemente redditizi per il concorrente o il nuovo operatore, tenuto conto di fattori come le barriere all'espansione o all'ingresso, le reazioni probabili della presunta impresa dominante e di altri concorrenti nonché dei rischi e costi di un insuccesso. Per essere considerati tempestivi, l'espansione o l'ingresso sul mercato devono essere sufficientemente rapidi da scoraggiare o impedire l'esercizio di un potere di mercato considerevole. Per poter essere considerati sufficienti, l'espansione o l'ingresso sul mercato non devono avvenire semplicemente su scala ridotta, a esempio in una nicchia di mercato, ma devono essere di entità tale da poter scoraggiare qualsiasi tentativo di aumentare i prezzi da parte dell'impresa che si presume dominante sul mercato rilevante (cfr. punto 16 della citata comunicazione della Commissione).

²³ Punto 12 della Comunicazione citata.

Al fine di verificare se un'impresa si trovi in una posizione di dominanza economica è necessario preliminarmente individuare il mercato rilevante che costituisce il principale parametro di riferimento di ogni valutazione volta a misurare l'egemonia dell'impresa stessa e la liceità del comportamento in esame²⁴. In un secondo momento, si procede ad analizzare se, nell'ambito del mercato rilevante così identificato, l'impresa detenga un significativo potere di mercato.

3.1. *Il mercato rilevante*

L'individuazione del mercato rilevante, preliminare e imprescindibile per l'accertamento di una condotta anticoncorrenziale ai sensi dell'art. 3 della legge n. 287 del 1990, richiede l'analisi di tre elementi: il mercato del prodotto (o del servizio), il mercato geografico, l'arco temporale di riferimento.

Questo accertamento risulta di fondamentale importanza dal momento che nella maggior parte dei casi il potere di mercato di un'impresa è inversamente proporzionale all'estensione del mercato considerato.

Tradizionalmente si ritiene che il mercato del prodotto comprenda "tutti i prodotti e servizi che sono considerati intercambiabili o sostituibili dal consumatore, in ragione delle caratteristiche dei prodotti, dei loro prezzi e dell'uso al quale sono destinati"²⁵.

Non può pertanto configurarsi posizione dominante quando il consumatore consideri i beni sostanzialmente analoghi quanto a uso e qualità, potendo orientare la propria scelta indifferentemente sull'uno o l'altro al variare del prezzo. Secondo la dottrina economica in questi casi si versa nell'ipotesi di elasticità incrociata della domanda, che può essere accertata anche mediante il cd. *price test*: c'è sostituibilità quando, a fronte dell'aumento durevole del prezzo di uno dei due prodotti presenti sul mercato, si determina uno spostamento della domanda sull'altro bene.

Al contrario, se al variare del prezzo non si registra l'orientamento dei consumi verso il prodotto meno caro i mercati risultano distinti²⁶. Salvo casi eccezionali, appartengono a mercati distinti anche i prodotti che, per quanto tipologicamente assimilabili, presentino prezzi di mercato sensibilmente diversi. In questi ultimi casi, se i consumatori sono disposti a pagare un prezzo maggiore per un prodotto analogo evidentemente i prodotti non sono percepiti come diretti sostituti.

²⁴ In materia di intese l'individuazione del mercato rilevante serve principalmente ai fini dell'accertamento del pregiudizio che dalle stesse sia derivato al mercato.

²⁵ "Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza", in GUCE C372 del 9-12-1997, App. N.

²⁶ C. Giust. CE 14-11-1996 *Tetra Pak International SA/Commissione delle Comunità europee*, C-333/94, Racc. 1996, I; Cass. 13-2-2009, n. 3638, in GCM, 2009, 2, 235.

Affinché si abbia sostituibilità dal lato dell'offerta, invece, l'imprenditore, a fronte di ogni cambiamento della domanda, deve avere la possibilità di modificare la propria produzione senza eccessivi oneri e rischi²⁷. Sono prodotti sostituibili dal lato dell'offerta quelli caratterizzati da affinità particolarmente accentuata e realizzati mediante l'utilizzo di metodologie e strumentazioni similari, per i quali la conversione della capacità produttiva sia attuabile in tempi brevi e senza costi eccessivi.

L'elasticità dell'offerta rappresenta, altresì, un indice di concorrenza potenziale che, una volta accertata la posizione dominante, può portare a escluderla. Sono concorrenti potenziali, non solo coloro che pur non essendo in concorrenza diretta producono un bene o offrono un servizio diverso ma contiguo, ma anche coloro che operano in una diversa area geografica. L'estensione dell'indagine a tali ulteriori prodotti e, quindi, del mercato rilevante può far venir meno la posizione dominante in quanto determini una riduzione della quota di mercato detenuta dall'impresa oggetto di verifica. I concorrenti potenziali sono in grado di entrare nel mercato in tempi brevi ma non immediati (come avviene nel caso della sostituibilità nel lato dell'offerta, di cui tra l'altro la concorrenza potenziale ne rappresenta una forma), cosicché la valutazione della concorrenza potenziale deve essere effettuata, non al momento della definizione del mercato rilevante, ma nel momento successivo di osservazione del potere di mercato.

Nell'individuazione del mercato rilevante deve essere considerata anche la questione dei cd. mercati collegati²⁸. I singoli mercati rilevanti non sono entità completamente distinte, essendo al contrario molto spesso reciprocamente influenzabili. Ben può aversi l'ipotesi in cui il mercato interessato dall'abuso non sia direttamente quello nel quale l'impresa detiene la posizione dominante, bensì quello contiguo "a monte" o "a valle"²⁹. Questa è la ricostruzione da sempre seguita dalla giurisprudenza nazionale e comunitaria, che ha applicato la normativa *antitrust* e, in particolare, il divieto di cui si tratta ai mercati collegati.

Il mercato geografico è l'ambito territoriale entro il quale l'impresa considerata svolge la propria attività e comprende "l'area nella quale le imprese forniscono o acquistano prodotti o servizi, nella quale le condizioni di concorrenza sono sufficientemente omogenee o che può essere tenuta distinta dalle zone contigue, purché

²⁷ *Ex multis* C. Giust. CE 11-12-1980, *L'Oreal Parigi/PVBA Hoboken*, C-31/80, in *Riv. dir. ind.*, 1981, 339; C. Giust. CE 9-11-1983, *NV Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commissione delle Comunità europee* C-322/81, Racc. 1983, I; C. Giust. CE 3-7-1991, *AKZO Chemie BV/Commissione delle Comunità europee*, C-62/86, *RIDPC*, 1992, 624.

²⁸ Per ulteriori approfondimenti sull'argomento si veda V. Mangimi, G. Olivieri, "Diritto antitrust", G. Giappichelli editore Torino, 2006, pagg. 62 e ss..

²⁹ Nella sentenza 7 aprile 2008, n. 2900, *Tim-Vodafone-Wind*, il Tar Lazio ha ricordato che la giurisprudenza comunitaria non esclude l'illiceità di un comportamento tenuto da un'impresa dominante nel mercato "a monte" per il solo fatto della mancanza di una posizione dominante in quello "a valle", potendo il potere di leva essere sfruttato per "estendere" sul secondo mercato la posizione detenuta sul primo.

in queste ultime le condizioni di concorrenza siano sensibilmente diverse”. Le dimensioni del mercato rilevante “possono estendersi da un ambito puramente locale fino a comprendere il mondo intero”³⁰.

Se con l'accertamento del mercato del prodotto s'individua la sostituibilità tra beni, il ricorso alla nozione di mercato geografico consente di delimitare l'ambito territoriale entro il quale i consumatori possono orientare la propria domanda verso il prodotto economicamente più vantaggioso. Dal punto di vista dell'impresa, per mercato geografico s'intende l'ambito territoriale in cui gli operatori economici si trovano, con riferimento a prodotti o servizi considerati, in una posizione di concorrenza reale.

Per l'individuazione del mercato geografico è necessario effettuare un'analisi obiettiva dello stesso. Preliminare è lo studio delle caratteristiche del prodotto, poiché esse incidono nelle scelte economiche relative alla distribuzione più o meno ampia del bene sul territorio: prodotti caratterizzati da un'elevata tecnologia e da rilevanti costi di produzione avranno un mercato geografico più esteso rispetto a prodotti di costo inferiore e per i quali il trasporto risulti eccessivamente oneroso³¹.

L'estensione del mercato geografico può essere determinata anche semplicemente dalla tendenza dei consumatori a preferire, per alcune categorie merceologiche, prodotti locali o nazionali.

Dal lato dell'offerta, invece, molteplici sono i fattori che possono determinare l'ampliamento o la riduzione del mercato geografico e che possono impedire o ritardare l'ingresso di concorrenti potenziali nel mercato di riferimento (cd. barriere all'entrata): alcuni discendono dalle caratteristiche essenziali del prodotto; altri dalle differenze normative e tributarie delle aree geografiche interessate.

A titolo esemplificativo la Commissione, che ha definito le barriere all'entrata come quelle “caratteristiche specifiche del mercato che conferiscono alle imprese già insediate dei vantaggi sui concorrenti potenziali”, ha elencato alcune delle più rilevanti barriere al fine di identificare gli ostacoli alla concorrenza³².

Un primo distinguo principale è tra barriere di fatto, che ricomprendono quelle di tipo economico e strutturale, e barriere di diritto. Queste ultime, di derivazione regolatoria, si sostanziano nella richiesta per l'esercizio di un'attività d'impresa di

³⁰ “Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza” op. cit..

³¹ Più volte l'Autorità *antitrust* ha definito locale il mercato del calcestruzzo in considerazione dell'elevata incidenza sul prezzo finale dei costi di trasporto. AGCM C7992, *Colabeton/Ramo d'azienda di TM. Trasporti Melfa*, 12 ottobre 2006, in Boll. n. 41 del 2006; AGCM C8035, *Calcestruzzi/Ramo d'azienda di Calcestruzzi Miramare*, 31 ottobre 2006, in Boll. n. 44 del 2006.

³² “Necessità di una presenza *in loco* per vendere in una determinata zona; condizioni di accesso ai canali di distribuzione; costo di una rete di distribuzione; presenza o assenza di ostacoli normativi dovuti alle procedure di appalto; regolamentazione dei prezzi; quote e tariffe che intralcino commercio e produzione; norme tecniche; ...” Comunicazione della Commissione, op. cit..

particolari autorizzazioni o licenze, diritti di proprietà industriale o intellettuale. Le prime invece sono connaturali alle caratteristiche stesse del mercato considerato e possono consistere nei costi elevati degli impianti di produzione e di lavoro specializzato, nella presenza di forti economie di scala delle imprese già insediate.

Da ultimo è necessario considerare l'arco temporale di riferimento del mercato. Vista la mutevolezza delle variabili incidenti sulla definizione di mercato rilevante, non si può prescindere dall'ancorare quest'ultima a un dato periodo di tempo.

L'esigenza è emersa già nella sentenza *United Brands* nella quale è stato osservato che solo in determinati periodi dell'anno le banane costituivano un mercato separato rispetto a quello della frutta di facile consumo.

3.2. I criteri di accertamento della posizione dominante

La difficoltà insita nell'individuazione del potere di mercato, inteso quale capacità di fissazione del prezzo, ha portato Commissione e Corte comunitarie a individuare una serie di indici in presenza dei quali desumere l'esistenza di una posizione dominante: la detenzione di un'elevata quota di mercato per un periodo sufficientemente prolungato; la potenza economica e la struttura dell'impresa; le barriere all'entrata (si veda paragrafo 3.1.).

Del tutto irrilevanti sono invece le cause che hanno condotto l'impresa a raggiungere una posizione di dominanza economica.

3.2.1 LA QUOTA DI MERCATO

Il criterio principale³³ per individuare la posizione dominante di un'impresa è il criterio cd. strutturale, fondato sulle quote di mercato³⁴ detenute dalla stessa.

La disciplina nulla stabilisce aprioristicamente in ordine al limite al di sopra del quale un'impresa possa essere considerata, rispetto alle altre, in posizione dominante.

In via interpretativa sono stati presi a riferimento i limiti fissati dalla disciplina comunitaria in materia di esenzioni, che individua nelle quote di mercato il limite oltre il quale un'intesa non è esentata potendo restringere o falsare il libero gioco della concorrenza. Se a certe condizioni un'intesa è neutrale rispetto alla concorrenza, un'impresa che da sola occupi la stessa quota di mercato non può considerarsi in posizione dominante.

³³ Con sentenza 23 settembre 2008, n. 8481, *Bernabei/Liquori/Italaquae*, il Tar Lazio ha confermato che, per l'accertamento di una posizione dominante, "la quota di mercato rappresenta il principale indicatore della potenza economica di un'impresa o di un gruppo di imprese e della capacità di queste ultime di determinare la propria condotta in modo sensibilmente indipendente dai loro concorrenti e, in ultima analisi, dai consumatori finali dei loro prodotti o servizi".

³⁴ La quota di mercato deve essere analizzata tenuto conto della fatturato realizzato dall'impresa in esame e dalle concorrenti nel mercato comune.

Nonostante gli sforzi interpretativi per determinare aprioristicamente le percentuali di quota di mercato al di sopra o al di sotto delle quali considerare sussistente o meno una posizione dominante, eccezionali sono i casi in cui il criterio della quota è dirimente. La detenzione di una quota di mercato del 40% non è di per sé elemento fondante per sostenere che l'impresa si trovi in posizione dominante. È necessario, coma da giurisprudenza costante degli organi comunitari e dell'Autorità *antitrust*, che la quota di mercato sia esaminata anche in rapporto al numero di concorrenti attuali o potenziali³⁵ e alla stabilità nel tempo della quota stessa. Ben può aversi il caso in cui un'impresa, pur detenendo una quota di mercato non rilevante, sia in una posizione dominante in ragione dell'elevato numero e delle ridotte dimensioni delle concorrenti³⁶.

Ovviamente tanto maggiore è la quota di mercato detenuta tanto maggiore è il peso da attribuire al criterio in esame che, in alcuni casi, è il solo sufficiente per accertare la posizione dominante. È il caso dell'impresa che detenga una quota del 90% del mercato rilevante.

Sebbene sia corretto muovere le mosse dell'analisi dalla quota di mercato attuale, non deve prescindersi dal considerare la prospettiva dinamica del mercato: una rilevante quota di mercato che non abbia carattere durevole non pone l'impresa che la detiene in posizione di dominanza economica.

3.2.2. LA POTENZA ECONOMICA E LA STRUTTURA DELL'IMPRESA

Indice molto importante, che non riguarda la struttura del mercato ma è elemento intrinseco dell'impresa, rilevante ai fini dell'accertamento della posizione dominante, è senz'altro la potenza economica.

Essa si sostanzia nella presenza nell'impresa di un'efficiente struttura organizzativa, di ingenti risorse produttive e di una importante rete commerciale; nella capacità di fare fronte a ingenti innalzamenti della domanda; nel vantaggio tecnologico rispetto alle imprese concorrenti determinato dalla capacità di ricerca e miglioramento dei prodotti e da un efficace *know how*³⁷.

³⁵ Cfr. sentenze della Corte di giustizia *Hoffmann-La Roche*, causa 85/76, cit.

³⁶ L'AGCM nel caso *Pepsi Food international/Coca Cola*, cit. coerentemente con l'indirizzo comunitario ha ritenuto che quote di mercato di circa il 40% si possano ritenere indicative della sussistenza di una posizione dominante. Nel caso AGCM *Enel Trade-Clienti Idonei* 23.11.2003 Boll.48/03, si è rilevato che un'impresa può risultare dominante anche qualora detenga meno del 40% del mercato nel caso in cui la restante parte risulti attribuibile a diversi concorrenti di dimensioni poco significative che siano largamente distanziati dall'impresa *leader*. Per ulteriori approfondimenti circa le pronunce inerenti le quote di mercato in presenza delle quali potersi parlare o meno di posizione dominante si veda: G. Florida, V.G. Catelli, "Le intese restrittive della concorrenza e gli abusi di posizione dominante", IPSOA, 2004, pagg. 316 e ss.. Anche nella comunicazione della Commissione sugli abusi escludenti si prevede la possibilità che si trovi in una posizione dominante l'impresa che detenga una quota di mercato inferiore al 40%, ferma restando l'eccezionalità dell'ipotesi.

³⁷ Al riguardo è utile notare come la Corte di Giustizia abbia affermato che può trovarsi in una posizione do-

3.3. La posizione dominante collettiva

Ai sensi dell'art. 82 del Trattato UE e dell'art. 3 della legge n. 287 del 1990 il divieto di abuso è riferito a "una o più imprese" che detengano una posizione dominante sul mercato di riferimento.

La figura della "posizione dominante collettiva"³⁸ è riscontrabile in quei mercati, per lo più oligopolistici, nei quali le imprese presenti non sono numerose e detengono individualmente quote non particolarmente elevate.

La posizione dominante collettiva si ha nell'ipotesi in cui tra due o più imprese sussistano vincoli tali da essere percepite come un'unica entità economica in posizione dominante³⁹.

L'unità di azione non deve essere il frutto di precedenti accordi, che configurerebbero ipotesi di intese assoggettate alla relativa disciplina. Un minimo di concertazione nei comportamenti delle imprese è pur sempre presente: è pertanto possibile la sovrapposizione tra la disciplina in materia di concentrazioni e quella in materia di abuso. Nessun motivo ostativo è presente nelle norme nazionali e comunitarie ai fini dell'applicazione a una medesima condotta di entrambe le discipline⁴⁰.

La posizione dominante collettiva⁴¹, oltre che da vincoli di natura economica⁴² o da legami strutturali, può derivare dalla struttura del mercato⁴³. È il caso degli oligopoli nei quali la presenza di un numero ridotto di imprese e la detenzione da parte delle stesse di omogenee e non particolarmente elevate quote di mercato fanno sì che le imprese dominanti tengano cd. comportamenti paralleli al fine di eludere il libero gioco della concorrenza. La giurisprudenza comunitaria ha individuato tre elementi essenziali⁴⁴ in presenza dei quali può configurarsi una posizione dominan-

minante anche un'impresa che si provi essere in perdita. In tal senso la sentenza Michelin (cit.) "la redditività temporaneamente pari a zero e pesino le perdite non sono incompatibili con la posizione dominante...".

³⁸ La figura della posizione dominante collettiva è ampiamente analizzata nell'Allegato II della Direttiva sul Quadro Normativo Comune e nelle Linee direttrici per l'analisi del mercato e le modalità di determinazione del notevole potere di mercato, in GUCE n. C. 165 del 2002.

³⁹ Nella sentenza *Commercial Solvens* (C. Giust. CE, 6-3-1974, C-6 e 7/73) la Corte ha stabilito che: "Più imprese che occupano una posizione dominante nel mercato comune e il cui comportamento è caratterizzato da unità d'azione vanno considerate come un'unica entità economica e sono responsabili in solido".

⁴⁰ Comm. CEE, *Vetro Piano Italiano*, dec. 7.12.88, in G.U.C.E. L10 del 1988 e relativa sentenza del Tribunale di CEE, sez. I, 10.3.92, n. 68.

⁴¹ Il considerando 26 della Direttiva sul Quadro normativo Comune in riferimento alla posizione dominante collettiva chiarisce che: "si può ritenere che due o più imprese godano congiuntamente di una posizione dominante non soltanto allorché esistono interconnessioni strutturali o di altro tipo tra di loro ma anche allorché la struttura del pertinente mercato è tale da comportare effetti coordinati, vale a dire tali da incoraggiare comportamenti anticoncorrenziali di parallelismo o allineamento sul mercato".

⁴² *Vetro Piano Italiano*, dec. 7.12.88, cit.

⁴³ *Comune Almelol*/Energie bedrijf Ijsselmiy C. Giust. CE 27/4/94, n. 393, in F.I. 1995, IV, 45 e *Irish Sugar Plc/Comm. CE*, Tribunale grado CE, 7.10.199, n. 228 in FI, 2000, IV, 54.

⁴⁴ Nella sentenza 22 ottobre 2008, nn. 12535 e 12536, *Tele2/Tim-Vodafone-Wind*, il Tar Lazio dopo aver richiama-

te collettiva: elevato grado di trasparenza, che si sostanzia nella possibilità di ciascuna impresa di conoscere il comportamento delle altre e le variabili competitive; unitarietà di comportamento, reso possibile dalla presenza di un sistema di ritorsioni attuabile nei confronti dei soggetti che si discostino dal comportamento comune; assenza di elementi esterni atti a neutralizzare gli effetti dell'azione unitaria.

La Commissione ha scelto di escludere dall'ambito di trattazione della citata Comunicazione le ipotesi di posizione dominante collettiva dichiarando espressamente che la comunicazione si riferisce solo agli abusi commessi dalle imprese che detengano una posizione individuale. Questo rappresenta sicuramente un limite a causa dei persistenti dubbi circa l'individuazione delle circostanze che consentono di accertare una posizione dominante collettiva anche in assenza di stretti legami strutturali.

4. L'abuso di posizione dominante

Sebbene il raggiungimento della posizione di egemonia sia auspicabile per la collettività perché innesca processi virtuosi di efficienza ed economicità aziendale, ciò può degenerare in situazioni nelle quali l'impresa ponga in essere condotte tese ad annullare i condizionamenti derivanti dalla presenza sul mercato di concorrenti. Al fine di evitare tali conseguenze, le discipline *antitrust* reprimono le condotte di imprese in posizione dominante volte a eliminare la concorrenza monopolizzando il mercato.

Come già evidenziato, la disciplina *antitrust* non reprime il raggiungimento o il consolidamento di una posizione dominante in sé e per sé, ma lo sfruttamento abusivo della stessa che porti pregiudizio al commercio tra Stati membri. I comportamenti considerati illeciti sono tali che, se posti in essere da un'impresa che non si trovi in posizione dominante, sarebbero del tutto neutri e quindi consentiti. Tutti quei comportamenti leciti in applicazione del principio di libertà contrattuale delle parti, come la scelta del contraente, la determinazione di prestazione e controprestazione (salvo i casi eccezionali tipizzati dal codice civile, a esempio, nell'ambito della validità dei contratti conclusi in particolare circostanze "rescissione per lesione"), per le imprese dominanti sono assoggettati a uno speciale statuto che impone alle stesse di comportarsi secondo una "speciale responsabilità"⁴⁵. L'impresa che detiene

to i tre requisiti cumulativamente previsti della giurisprudenza comunitaria per l'accertamento della posizione dominante collettiva ha fatto proprio l'orientamento comunitario secondo cui incombe sull'Autorità l'onere di "fornire elementi di prova particolarmente solidi" sugli elementi decisivi ai fini della valutazione e in particolare "di dimostrare che il parallelismo consapevole delle condotte degli operatori, tipico di un mercato oligopolistico, non costituisce il frutto di autonome scelte imprenditoriali quanto l'espressione di un vero e proprio equilibrio collusivo".

⁴⁵ La nozione di "speciale responsabilità" è stata enucleata nella sentenza *Michelin*, cit..

una posizione dominante è tenuta a non compromettere ulteriormente il grado di concorrenza già indebolito.

L'elencazione dei casi di abuso di posizione dominante contenuta nell'art. 82 del Trattato UE e nell'art. 3 della legge n. 287 del 1990 non è esaustiva. Si è posto il problema di astrarre un principio di carattere generale che facesse da guida nell'individuazione delle ipotesi di abuso. Il principio è stato enucleato dalla Corte di Giustizia nella più volte richiamata sentenza *Hoffmann La Roche* nella quale si legge: "quella di sfruttamento abusivo è una nozione di carattere oggettivo che riguarda il comportamento dell'impresa in posizione dominante atto a influire sulla struttura di un mercato in cui, proprio in virtù del fatto che vi opera detta impresa, il grado di concorrenza è già sminuito e che ha come effetto di ostacolare, ricorrendo a mezzi diversi su quello su cui si impernia la concorrenza normale tra prodotti o servizi, fondata sulle prestazioni di operatori economici, la conservazione del grado di concorrenza ancora esistente sul mercato o lo sviluppo di detta concorrenza". Pertanto il divieto in esame può trovare applicazione solo ove ricorrano tre presupposti indefettibili: a) lo sfruttamento abusivo della posizione dominante; b) effetti negativi nel commercio fra Stati; c) mancanza di qualunque giustificazione obiettiva⁴⁶ che motivi tale comportamento.

Per sfruttamento abusivo si deve intendere qualunque comportamento in contrasto con il raggiungimento degli obiettivi del Trattato UE, cioè l'instaurazione di un mercato comune e il ravvicinamento delle politiche economiche tra Stati attraverso lo sviluppo della libera concorrenza.

Quanto agli effetti negativi sulla mercato, il comportamento abusivo deve essere tale da ostacolare l'ingresso di nuovi concorrenti, da ridurre il numero degli stessi o comunque apportare modifiche alla struttura del mercato in termini di ripartizione. Questo requisito in realtà non può acquisire una valenza determinante in considerazione del fatto che nella dinamica concorrenziale il fine ultimo di qualunque azione intentata da un'impresa è quello di modificare la struttura del mercato nel senso appena descritto.

Il terzo requisito richiamato e cioè l'assenza di cause di giustificazione⁴⁷, invece, rappresenta il *discrimen* tra comportamento legittimo e comportamento vietato. È difficile considerare abusivo un comportamento tenuto da un'impresa al fine di difendere la propria posizione e i propri interessi economici⁴⁸. Ciò nonostante, valutare se

⁴⁶ Per un ulteriore approfondimento si veda L. Prosperetti, M. Siragusa, M. Beretta, M. Merini, "Economia e diritto antitrust – Un'introduzione", Carocci editore, 2005, pagg. 225 e ss.

⁴⁷ Cfr. *ex multis* causa 27/76, *United Brands/Commissione*, cit., causa C-95/04 P, *British Airways/Commissione*, Racc. 2007.

⁴⁸ Nella sentenza 7 aprile 2008, n. 2900 *Tim-Vodafone-Wind*, il TAR Lazio ha affermato che "non può costituire idonea causa di giustificazione di una condotta anticompetitiva posta in essere da un'impresa in posizione dominante la realizzazione di un illecito *antitrust* da parte di un concorrente: a reazione consistente in

un comportamento sia o meno lecito è senz'altro un'operazione difficoltosa e dipende da analisi condotte caso per caso applicando criteri di ragionevolezza e, in particolare, di "proporzionalità" e "giustificazione obiettiva". Un comportamento è "proporzionato" e quindi lecito se, a esempio, si sostanzia in una reazione all'azione del concorrente idonea a raggiungere uno scopo (resistere all'attacco di un concorrente) senza pregiudicare, in maniera esagerata e comunque superiore a quanto necessario, gli interessi altrui. È giustificato il comportamento che produce efficienze considerevoli, che compensano eventuali effetti anticoncorrenziali sui consumatori. Ovviamente la valutazione circa la necessità e proporzionalità del comportamento deve essere determinata in base a fattori esterni all'impresa. In tal senso può essere considerato obiettivamente necessario un comportamento scaturito da motivi di sicurezza o sanità. Nella Comunicazione della Commissione si afferma che può essere giustificato un comportamento che conduca alla preclusione di concorrenti anche sulla base di efficienze sufficienti a garantire che non vi sia la probabilità che si determini un danno netto per i consumatori. L'impresa in tal caso dovrà provare che: le efficienze sono state prodotte dal comportamento; che il comportamento sia stato indispensabile per il raggiungimento di tali efficienze; il comportamento non sopprime la concorrenza effettiva.

Per quanto riguarda in particolare gli abusi escludenti la Comunicazione della Commissione con la previsioni di quegli abusi che sono stati definiti abusi escludenti "quasi per sé" ha determinato nella sostanza un'inversione dell'onere probatorio⁴⁹ dal momento che la Commissione "in determinate circostanze, non è necessario che effettui una valutazione dettagliata prima di concludere che il comportamento in questione rischia di determinare un danno per i consumatori. Qualora risulti che il comportamento può soltanto frapporre ostacoli alla concorrenza senza creare efficienze, è possibile dedurne l'effetto anticoncorrenziale".

5. Le più recenti decisioni dell'Antitrust

Negli ultimi anni molte delle denunce di abuso di posizione dominante sono state concluse con accettazione degli impegni presentati ai sensi dell'art. 14 *ter* della legge n. 287 del 1990⁵⁰.

una condotta analoga, con effetti escludenti rispetto ai terzi, non è infatti un comportamento proporzionato né necessario, essendovi sempre la possibilità per l'operatore di denunciare l'abuso alla competente Autorità *antitrust*, ed eventualmente di ottenere il risarcimento dei danni in sede civile".

⁴⁹ Tra gli altri si vedano: S. Bastianon, "Gli orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'art. 82 CE alle pratiche escludenti", in *Dir. comm. internaz.*, 2009, 01, 61; G. Bruzzone, "Abusi di posizione dominante: gli orientamenti comunitari sulla condotta escludente", *Note e Studi*, 2/2009, p. 5.

⁵⁰ Istituto introdotto con l'art. 14 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223.

La disposizione da ultimo citata riconosce all'Autorità il potere di chiudere il procedimento senza accertare l'infrazione quando ritenga gli impegni, presentati dalle parti, idonei a far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria.

Finalità della norma è di consentire una più tempestiva ed efficace cura dell'interesse pubblico al corretto funzionamento del mercato, da realizzare attraverso la valorizzazione degli impegni presentati dalle parti, piuttosto che mediante l'intervento repressivo/punitivo.

Vantaggio indiscusso dal lato dell'amministrazione è la capacità deflativa delle decisioni pateggiate della fase istruttoria. La *ratio* sottesa alla norma, infatti, è proprio quella di garantire una maggiore speditezza dell'azione amministrativa, essendo eliminato sia l'accertamento dei fatti che la valutazione delle responsabilità, implicitamente dati per ammessi, nel rispetto dei principi generali che regolano l'attività delle amministrazioni pubbliche e in particolare dei principi di economicità, efficacia e buon andamento.

Questa procedura si presta a essere utilizzata nella "repressione" degli abusi di posizione dominante là dove, della proposizione di strumenti atti a rimuovere l'abuso da parte dell'impresa indagata, da un lato garantisce un intervento di rimozione dei problemi concorrenziali molto più immediato e diretto, non dovendosi attendere la conclusione del procedimento istruttorio; dall'altro consente all'impresa di porsi al riparo dalle conseguenze di tipo civilistico (azione di risarcimento del danno), che potrebbero derivare se l'illecito *antitrust* venisse accertato dall'Autorità e a essa imputato.

6. La tutela civilistica

Il tema degli impegni, cioè della chiusura negoziale della procedura repressiva anche al fine di evitare conseguenze giudiziarie presso i tribunali, ci riporta al punto da cui eravamo partiti.

Nel codice civile la tutela dello strapotere del monopolista può essere estesa, sia pure per analogia, a chi abusando di una posizione di dominanza rifiuta di contrarre con un concorrente che necessita di quell'accordo per esercitare il proprio diritto d'intrapresa?

I casi più noti nel diritto *antitrust* sono la richiesta di accesso alle reti dei *new comer* e comunque di questi ultimi alle *essential facility* di cui dispone un'impresa dominante spesso *ex monopolista*, la richiesta di licenza per la produzione di medicine non più protette dalla privativa industriale o comunque di utilizzazione per contratto di *know how* gravato da esclusiva.

Abbiamo già chiarito che i monopoli di diritto sono ormai una rarità nel mercato mentre quelli di fatto si radicano non tanto sull'unicità dell'operatore quanto sulla sua forza di mercato.

La norma che prevede una tutela in forma specifica del diritto al contratto con l'esecuzione giudiziale dell'obbligo a contrarre resterebbe priva di una concreta applicabilità.

Il principio di conservazione delle leggi impone all'interprete, in caso di dubbio ermeneutico, di scegliere l'interpretazione secondo la quale la disposizione di legge mantiene effettività e forza innovativa rispetto all'interpretazione secondo la quale non avrebbe efficacia alcuna.

È questo un argomento di peso per ritenere che l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre possa essere il contenuto di una domanda giudiziale proponibile dinanzi all'autorità giudiziaria anche quando il soggetto inadempiente sia un imprenditore dotato di particolare forza di mercato, il che avvalorata la tesi che il codice civile resti nel nostro ordinamento non solo un fondamentale documento regolatorio ma anche uno strumento duttile di adeguamento dei principi ai cambiamenti della società del mercato.

L'azione di classe come azione collettiva risarcitoria di gruppo per la tutela di diritti omogenei. Una *class action* all'italiana

di Paolo Gentile

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Un lungo iter parlamentare. – 3. La legittimazione attiva e passiva. – 4. L'oggetto della nuova disciplina. – 5. L'adesione. – 6. La competenza. – 7. L'ordinanza sull'ammissibilità. – 8. L'intervento. – 9. La sentenza di accoglimento. – 10. L'appello. – 11. Rinunce e transazioni. – 12. Osservazioni conclusive.

1. L'introduzione di uno strumento di tutela collettiva risarcitoria concorre all'efficiente e corretto andamento del mercato.¹ Prima della introduzione della recente azione di classe, il nostro ordinamento prevedeva in campo civilistico solo alcune azioni collettive, come quelle relative alla responsabilità per condotte antisindacali² ed in materia di danni ambientali.³ In Italia per lungo tempo l'unico strumento di tutela collettiva dei consumatori, è stata l'azione inibitoria che attraverso le associazioni introduceva una tutela preventiva degli interessi collettivi. Con la l. n. 281 del 1998⁴ come integrata dal d.lg. n. 224 del 30 dicembre 1992 e dalla l. n. 39 del 1 marzo 2002,⁵ si è prevista la

¹ Cfr.: L. Di Nella, *Mercato e autonomia contrattuale nell'ordinamento comunitario*, Napoli 2003, p. 180 ss.; A. Giussani e A. Zoppini, *Tutela del risparmio e mercato finanziario, una ricetta italiana per la «class action»*, in *Guida dir.* 2004, 27, p.11

² Contenuta nell'art. 28 l. n. 2300 del 1970, Cfr.: R. Donzelli, *La tutela giurisdizionale in materia di condotta antisindacale e parità di trattamento tra uomo e donna*, Roma 2004, *passim*;

³ Contenuta nella l. n. 349 del 1986; Cfr.: L. Francario, *Danni ambientali e tutela civile*, Napoli 1990, *passim*; P. Perlinger, *Il danno ambientale con riferimento alla responsabilità civile*, Napoli 1991, *passim*; B. Pozzo, *Danno ambientale ed imputazione della responsabilità*, Milano 1996; *passim*;

⁴ Per i commenti alla legge Cfr.: G. Alpa, *La legge sui diritti dei consumatori*, in *Corr. giur.* 1998, p. 997; Id, *I diritti dei consumatori e degli utenti un commento alle leggi 30 luglio 1998 n. 281 e 24 novembre 2000 n. 3340 e al decreto legislativo 23 aprile 2001 n. 224*, Milano 2001, p. 4 ss. Id, *La nuova disciplina dei diritti dei consumatori*, in *Studium iuris* 1998, p. 1312; A. Barba, *La disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, Napoli 2000, p. 80 ss.; R. Camero e S. Della Valle, *La nuova disciplina dei diritti dei consumatori*, Milano 1999, *passim*; D. Cena, *La nuova legge quadro sui diritti dei consumatori*, in *Contr. impr./Eur.*, 1999, p. 977; S. Evangelista, *Le nuove frontiere della tutela dei consumatori e degli utenti: qualche considerazione a margine di un recente provvedimento*, in *Gazz. giur.* 1998, fasc. 31, p. 34, R. Colagrande, *Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, in *Nuove leggi civ. comm.* 1998, p. 728; S. Mazzamuto e A. Plaia, *Provvedimenti inibitori a tutela del consumatore. La legge italiana 30 luglio 1998 n. 281 e la direttiva 98/27 Ce*, in *Eur. dir. priv.* 1999, p. 669; M. Minervini, *I contratti dei consumatori e la legge 30 luglio 1998 n. 281*, in *Contratti* 1999, p. 938;

⁵ Andando a completare il recepimento della direttiva 98/27 Ce cfr.: G. Benacchio, *Diritto privato della co-*

possibilità per le associazioni rappresentative di chiedere l'inibitoria per le condotte lesive degli interessi dei consumatori ed utenti, attraverso la rimozione degli effetti dannosi, la pubblicità dei provvedimenti e la condanna del soccombente ad una sanzione, per ogni giorno di ritardo nell'adempiere l'ordinanza del giudice.

Attraverso l'azione collettiva risarcitoria di gruppo, vincolante per i soli aderenti si ha una gestione collettiva dei diritti individuali identici.⁶ L'art. 49 della l. n. 99 del 23 luglio 2009 introduce con lo strumento della novella, l'azione collettiva risarcitoria, sostituendo ai sei commi originari gli attuali quindici.⁷ Tale norma nel riformulare l'art. 140 bis c. cons. detta una disciplina interamente sostitutiva rispetto a quella introdotta con la legge 24 dicembre 2007 n. 244 e mai entrata in vigore.⁸

munità europea, Padova 1998, p. 347 ss. S. Benucci, *La disciplina dei consumatori e degli utenti*, in *Squilibrio e usura nei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova 2002, p. 158;

⁶ C. Verardi, *Accesso alla giustizia e tutela collettiva dei consumatori*, in *Il diritto privato dell'unione europea*, a cura di A. Tizzano, XXXVI, in *Tratt. dir. priv.*, II, Bessone, Torino, 2000, p. 1347;

⁷ Per i primi commenti alla nuova disciplina Cfr.: C. Asprella e R. Giordano, *La riforma del processo civile dal 2005 al 2009*, in *Giust. civ.* 2009, 6, p. 179 ss.; F. Camilletti, *Il nuovo art. 140 bis del codice del consumo e l'azione di classe*, in *Contratti* 2009, p. 1179; R. Caponi, *La riforma della «class action». Il nuovo testo dell'art. 140-bis cod. cons. nell'emendamento governativo*, in *www.judicium.it*; Id., *Il nuovo articolo 140-bis c. cons. azione di classe od azione collettiva?*, *ivi*; S. Cherti, *Brevi note sui diritti tutelati dalla «nuova» azione di classe*, in *Obbl. contr.*, 2010, 2, p. 141; C. Consolo, *Come cambia, rivelando ormai a tutti ed in pieno il suo volto, l'art. 140-bis e la class action consumeristica*, in *Corr. giur.* 2009, p. 1297; F.R. Fanetti, *La «nuova» class action*, in *Resp. civ.* 2009, p. 997; T. Galletto, *L'azione di classe. Considerazioni sul novellato art. 140-bis del codice del consumo*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2009, p. 539; A. Riccio, *La nuova azione di classe: prime riflessioni critiche*, in *Contr. impr.* 2010, p. 8; E. Minervini, *Art. 140 bis*, in *Le modifiche al codice del consumo*, a cura di E. Minervini e L.R. Carleo, Torino 2009, p. 579; R. Santagata, *La conciliazione dell'azione collettiva risarcitoria: note a margine di una proposta di riforma dell'art. 140-bis c. cons.*, in *www.judicium.it*; V. Tavormina, *La nuova class action: il coordinamento con la disciplina del codice di procedura civile*, in *Obbl. contr.*, 2010, 4, p. 246; V. Vigoriti, *L'azione risarcitoria di classe: sollecitazioni europee resistenze italiane*, in *Contr. impr / Eur.* 2009, p. 680;

⁸ La vasta dottrina prodotta sarà utilissima per l'interpretazione della nuova disciplina. Senza presunzione di completezza tra i contributi dottrinali in materia di *class action* pubblicati antecedentemente al nuovo art. 140-bis così come novellato dalla l. n. 99 del 23 luglio del 2009 Cfr.: C. Consolo, M. Bona e P. Buzzelli, *Obiettivo class action, l'azione collettiva risarcitoria*, Milano 2008, *passim*; Aa.Vv., *Azione collettiva risarcitoria*, a cura di E. Cesàro F. Bocchini, Milano 2008, *passim*; G. Alpa, *L'azione collettiva risarcitoria. Alcune osservazioni di diritto sostanziale*, in *Contratti* 2008, p. 545; D. Amadei, *L'azione di classe italiana per la tutela dei diritti individuali omogenei*, in *Giur. merito* 2008, p. 940; F. Arossa, *Gli scomodi confini dell'azione collettiva risarcitoria italiana, diseconomie del suo ambito di applicazione*, in *An. giur. econ.*, 2008, 1, p. 27; F. Barra Caracciolo, *L'azione collettiva. Qualificazione e quantificazione del danno*, in *Contr. impr.* 2008, p. 1044, A. Bellelli, *Dall'azione inibitoria all'azione risarcitoria collettiva*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, 5, p. 211; S. Bertuzzi, *Le nuove opportunità a tutela del consumatore dal 30 giugno 2008*, Napoli 2008; M. Boato, P. Pistone e S. Pucci, *Class action nel mondo e nuova legge italiana. Azione collettiva dei consumatori*, Venezia 2008; M. Bove, *Azione collettiva: una soluzione all'italiana lontana dalle esperienze europee più mature*, in *Guida dir* 2008, 4, p. 11; Id., *Class action: professionisti e consumatori meritano una legislazione più equilibrata*, in *Guida dir.* 2007, 47, p. 11; A. Briguglio, *Azione collettiva risarcitoria in ventuno domande e ventuno risposte*, Torino 2008; F. Camilletti, *L'azione collettiva risarcitoria profili processuali*, in *Contratti* 2008, p. 638; R. Caponi, *Litisconsorzio «aggregato». L'azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori*, in *Riv. trim.* 2008, p. 819; Id., *Variabilità dell'oggetto del processo nell'azione collettiva risarcitoria*, in *Riv. dir. proc.* 2009,

La nuova norma, rubricata azione di classe ed avente ad oggetto i diritti individuali omogenei di consumatori ed utenti, presenta una denominazione difforme dal

p. 47; Id. *La class action in materia di tutela del consumatore in Italia*, in *Foro it.* 2008, c. 281; S. Cappiello, *La composizione stragiudiziale dell'azione collettiva risarcitoria: un'occasione mancata*, in *An. giur. econ.* 2008, p. 193; A. Carratta, *Labilitazione all'esercizio dell'azione collettiva*, in *Riv. dir. proc. civ.* 2009, p. 315; Id., *Dall'azione collettiva inibitoria a tutela di consumatori ed utenti all'azione collettiva risarcitoria: i nodi irrisolti delle proposte di legge in discussione*, in *Giur. it.* 2005, p. 662; S. Chiarloni, *Per la chiarezza di idee in tema di tutela collettiva dei consumatori*, in *Riv. dir. proc.* 2007, p. 563; Id., *Il nuovo art. 140 bis del codice del consumo: azione di classe o azione collettiva?*, in *An. giur. econ.*, 2008, 1, p. 107; G. Chinè e G. Miccolis, *Class action e tutela collettiva dei consumatori*, Roma 2008, p. 3 ss.; Id., *Azione collettiva risarcitoria*, Bari 2008; L.P. Comoglio, *Aspetti processuali della tutela del consumatore*, in *Riv. dir. proc.* 2007, p. 2; C. Consolo, *È legge una disposizione sull'azione collettiva risarcitoria: si è scelta la via svedese dello «opt in» anziché quella danese dello «opt out» e il filtro*, in *Corr. giur.* 2008, p. 5; Id., *Class actions fuori dagli Usa*, in *Riv. dir. civ.* 1993, p. 609; Id., *Fra nuovi riti civili e riscoperta della class actions, alla ricerca di una «giusta» efficienza*, in *Corr. giur.* 2004, p. 565; G. Costantino, *La tutela collettiva risarcitoria. Note a prima lettura dell'art. 140 bis. c. cons.*, in *Foro it.* 2008, c. 17; V. De Castello, *Azione collettiva risarcitoria: quale modello adottare in Italia?*, in *Dir. lav. Marche* 2007, 1, p. 26; A.D. De Santis, *La proposta dell'impresa soccombente e le forme della conciliazione*, in *Foro it.* 2008, c. 209; Id., *La pronuncia sulla ammissibilità della «class action»: una classificazione all'italiana*, in *An. giur. econ.*, 2008, 1, p. 143; P. Fava, *Class actions tra efficientismo processuale, aumento di competitività e risparmio di spesa: l'esame di un contenzioso seriale concreto*, in *Corr. giur.* 2006, p. 535; L. Frata, *Il class action fairness act of 2005. problemi e prospettive*, in *Danno resp.* 2006, p. 13; F. Giuggioli, *La nuova azione collettiva risarcitoria. La così detta class. action italiana*, Padova 2008; Id., *L'azione collettiva risarcitoria: una prima lettura*, in *Corr. giur.* 2008, p. 430; A. Giussani, *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, Bologna 2008; Id., *Un libro sulla storia della «class action»*, in *Riv. crit. dir. priv.* 1989, p. 171; Id., *Mass torts e tutela giurisdizionale modelli di azione giudiziaria collettiva a confronto sotto il profilo della efficienza economica*, in *Resp. civ. prev.* 2002, p. 315 ss.; Id., *Studi sulla class actions*, Padova 1996, p. 6 ss.; A. Giussani e A. Zoppini, *Tutela del risparmio e mercati finanziari una ricetta italiana per la «class action»* in *Guida dir.* 2004, 27, p. 11; R. Lener, *L'introduzione della class action nell'ordinamento italiano del mercato finanziario*, in *Giur. comm.* 2005, p. 269; E. Marinucci, *Azioni collettive e azioni inibitorie da parte delle associazioni dei consumatori*, in *Riv. dir. proc.* 2005, p. 125; S. Menchini, *La tutela giurisdizionale dei diritti individuali omogenei: aspetti critici e prospettive ricostruttive*, in *Stato di diritto e garanzie processuali*, quaderno del giusto processo civile a cura di F. Cipriani, Napoli 2008, p. 55 ss.; Id., *La nuova azione collettiva risarcitoria e restitutoria*, in *Giusto proc. civ.* 2008, p. 41; L. Mezzasoma, *Tutela del consumatore ed accesso alla giustizia: l'introduzione della class action*, in *Rass. dir. civ.* 2005, p. 776; S. Miconi, *La class. action nell'ordinamento italiano: sintesi di una trasformazione*, in *Resp. civ.* 2008, p. 678; G. Olivieri, *La class action in Italia. Il giudizio di ammissibilità la camera di conciliazione e gli effetti del giudicato*, in *Giusto proc. civ.* 2008, p. 1155 ss.; Id., *La class action in Italia*, in *Studi in onore di V. Colesanti*, Napoli 2009, vol. II, p. 825 ss.; A. Palmieri, *Azione collettiva risarcitoria campo di applicazione, legittimazione ad agire e vaglio di ammissibilità*, in *Foro it.* 2008, c. 190; C. Poncibò, *La controriforma della class action*, in *Danno resp.* 2006, p. 124; M. Rescigno, *L'introduzione della class action nell'ordinamento italiano*, in *Giur. comm.* 2005, p. 407; P. Rescigno, *Sulla compatibilità del modello processuale della class action ed i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano*, in *Giur. it.* 2000, p. 2225 ss.; F. Rizzo, *Azione collettiva risarcitoria ed interessi tutelati*, Napoli 2008; R. Ruffini, *Legittimazione ad agire, adesione ed intervento nella nuova normativa sulle azioni collettive risarcitorie e restitutorie di cui all'art. 140 bis del codice del consumo*, in *Scritti in onore di Carmine Punzi*, Milano 2008, p. 443; S. Ruperto, *La nuova azione collettiva risarcitoria in Italia*, Roma 2008, p. 3 ss.; M.T. Spadafora, *Spunti sull'immediata morfogenesi dell'azione collettiva risarcitoria*, in *Giust. civ.* 2008, p. 353; F. Tommaseo, *Profili e prospettive della tutela giurisdizionale collettiva in Italia*, in *Danno resp.* p. 1300; V. Vigoriti, *Class. Action e azione collettiva risarcitoria. La legittimazione ad agire ed altro*, in *Contr. impr.* 2008, p. 729;

suo reale contenuto. Si è denominata azione di classe una azione collettiva risarcitoria molto lontana dalla *class action* anglosassone. Nell'azione risarcitoria di classe il giudizio è finalizzato ad accertare e qualificare il pregiudizio subito da una categoria di soggetti, prescindendo da una loro adesione.

L'art. 140 *bis* introduce una azione collettiva risarcitoria di gruppo che vincola solo i consumatori che vi aderiscano, con esclusione di tutti gli altri. Tale azione si distingue dall'azione di classe per le differenze esistenti tra l'interesse individuale e quello del gruppo organizzato.⁹

L'entrata in vigore della legge introduttiva della *class action* è stata più volte rinviata e poi interamente modificata prima della sua entrata in vigore. La l. 24 dicembre 2007, n. 244 prevedeva una *vacatio legis* di 180 giorni. L'art. 33 del d.lg. 25 giugno 2008, n. 112 convertito con l. 6 agosto 2008, n. 133 ha sostituito le parole «decorsi centottanta giorni» con le parole «decorsi diciotto mesi». L'art. 23 comma 16 d.lg. 1 luglio 2009, n. 78 ha sostituito le parole «decorsi diciotto mesi» con «decorsi ventiquattro mesi». L'art. 140-bis come novellato dalla l. n. 99 del 23 luglio 2009 si applica agli illeciti compiuti successivamente al 15 agosto 2009, ma la relativa azione potrà esercitarsi solo successivamente al 1 gennaio 2010.

La disciplina non sarà applicabile ai procedimenti successivi alla entrata in vigore della norma qualora l'illecito sia temporalmente anteriore alla stessa.¹⁰ In tal modo, si deroga espressamente al principio in base al quale la legge processuale è applicabile a tutti i processi istruiti dopo la sua entrata in vigore. Si ha in concreto una parziale retroattività della norma, applicabile agli atti lesivi che si verificano tra l'entrata in vigore della legge ed il termine per la cogenza della disposizione novellata, cioè per gli atti compiuti nel periodo compreso tra 15 agosto 2009 e 1 gennaio 2010.

Tale nuovo testo qualifica come retroattiva l'applicazione della norma, rendendo effettiva la tutela di diritti che prima ne erano sprovvisti.¹¹

Fondamentale per l'esegesi della nuova normativa sarà la vasta dottrina in materia, i cui principi potranno essere parzialmente estesi all'attuale disciplina.

2. La Comunità europea ha sempre sollecitato l'introduzione nell'ordinamento degli stati membri, di una qualche forma di tutela risarcitoria collettiva dei consuma-

⁹ P. Rescigno, *Sulla compatibilità tra il modello processuale della «class action» ed i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano*, in *Giur. it.* 2000, p. 2226;

¹⁰ Si dovrà tenere conto della delega conferita al governo per introdurre la tutela collettiva verso la p.a., contenuta nell'art. 4 della l. 4 marzo 2009, n. 15, Cfr. I. Lucati, *Class action anche nei confronti della p.a.*, in *Resp. civ.* 2010, p. 158; Id., *Una direttiva del ministro Brunetta accelera la class action pubblica*, in *Resp. civ.* 2010, p. 398; M. Mecacci, *Riflessioni problematiche sul testo provvisorio della così detta class action contro la p.a.*, in *www.altalex.it*

¹¹ R. Caponi, *La riforma della «class action». Il nuovo testo dell'art. 140-bis c. cons. nell'emendamento governativo*, in *www.judicium.it*

tori utenti per i fatti lesivi plurioffensivi.¹² Il 27 novembre 2008 la commissione europea ha pubblicato il Libro Verde sulla tutela collettiva dei diritti dei consumatori¹³ con cui si auspica l'introduzione di una tutela risarcitoria in forma collettiva. L'Europa ha evitato di riproporre uno strumento di tutela analogo alla *class action* americana, essendo tale istituto estraneo al contesto giuridico ed economico europeo.¹⁴

In Italia, il 2 luglio 2004 la camera approvò un testo in materia di azione collettiva unificando i progetti di legge n. 3838 e n. 3839¹⁵ da tale operazione scaturì il disegno di legge n. 3058 che nei fatti restrinse l'ambito applicativo dell'azione. Tale disciplina infatti accordava tutela solo ai contratti stipulati attraverso la sottoscrizione di moduli e formulari ed esclusivamente per il tramite delle singole associazioni rappresentative dei consumatori ed utenti. In Parlamento giacevano inoltre i progetti di legge n. 4639 e n. 4747 predisposti per una maggior tutela dei risparmiatori.¹⁶ Il vecchio art. 140-*bis* fu introdotto attraverso la legge di bilancio. Nel corso dei lavori della assemblea legislativa due parlamentari presentarono un emendamento che fu approvato dalla camera e poi modificato dal Governo. Durante l'ultimo passaggio in Senato un senatore dell'opposizione sbagliando a votare permise con un unico voto di scarto l'approvazione del provvedimento che tra l'altro riprendeva uno dei testi in discussione in commissione. Già da tempo venivano depositate diverse proposte di legge presso la commissione competente, che vedevano contrapporre al modello della *class action* americana l'azione collettiva.¹⁷ L'intervento governativo attraverso la proposta dei ministri Bersani e Mastella permise l'approvazione di un

¹² Non tutti i paesi europei hanno predisposto meccanismi per la tutela collettiva, per una visione di insieme Cfr.: P. Biavati, *Le prospettive dell'azione collettiva risarcitoria nel diritto dell'Unione Europea*, in *Riv. trim.* 2008, p. 1373;

¹³ Del *Green Paper on Consumer Collective Redress* esiste una versione italiana articolata in modo diverso Cfr.: V. Vigoriti, *A proposito del libro verde sulla tutela collettiva risarcitoria in Europa, Le prospettive italiane*, in www.judicium.it

¹⁴ Cfr.: V. Vigoriti, *Class action o azione collettiva risarcitoria. La legittimazione ad agire ed altro*, in *Contr. impr.* 2008, p. 729;

¹⁵ Rispettivamente la n. 3838 di iniziativa dell'On. Bonito e la n. 3839 di iniziativa dell'On. Lettieri, entrambe le proposte del 27 marzo 2003 erano modificative dell'art. 3 comma 1 lett. b della l. n. 281 del 1998. Per la discussione del testo unificato delle proposte di legge vedi gli interventi dell'On. Lettieri del 16 luglio 2004 seduta n. 492, p. 14; dell'On. Cola del 16 luglio 2004 seduta n. 492 p. 59; dell'On. Russo Spina del 16 luglio 2004 seduta n. 492 p. 62 e dell'On. Gamba del 16 luglio 2004 seduta n. 492 p. 61; Per i commenti alle proposte di legge Cfr.: P. Fava, *Class action all'italiana: «paese che vai usanza che trovi». L'esperienza dei principali ordinamenti giuridici stranieri e le proposte di legge 3838 e 3839*, in *Corr. giur.* 2004, p. 397; Id., *L'importabilità della class action in Italia*, in *Contr. impr.* 2004, p. 166,

¹⁶ La proposta n. 4639 presentata dall'On. Fassino il 27 gennaio 2004, e la n. 4747 presentata dall'On. Letta il 25 febbraio 2004, entrambe i progetti dettavano una disciplina per la tutela dei risparmiatori.

¹⁷ Tra le proposte di legge depositate, si ispirano marcatamente al modello americano: la Proposta di legge n. 1834 dell'On. Pedica; la n. 1443 dei deputati Poretti e Capezzone; la n. 1330 di iniziativa del senatore Fabris. Sono favorevoli all'ampliamento della azione collettiva inibitoria già presente nel nostro ordinamento le proposte n. 1662 dell'On. Buemi e la proposta n. 679 del sen. Benvenuto. Per i lavori parlamen-

modello di azione collettiva instaurabile attraverso associazioni, che fungono da centri di imputazione. Per superare le difficoltà applicative ed interpretative nel 2008 vennero presentati alcuni disegni di legge,¹⁸ modificativi della disciplina appena approvata, successivamente confluiti in un testo unificato sottoposto alla commissione giustizia.¹⁹ Nel mentre al Senato veniva presentata un'altra proposta con cui si tentava di adattare al nostro ordinamento lo strumento della *class action* statunitense.²⁰ Infine il Governo ha presentato un emendamento al collegato sviluppo della Finanziaria, in tema di internazionalizzazione delle imprese ed energia, in discussione al Senato. Il testo è stato con qualche modifica approvato dai due rami del parlamento ed è divenuto legge.²¹

Dopo molteplici proroghe è stata faticosamente introdotto in Italia una disciplina, che modificata prima di entrare in vigore è slittata nella sua applicazione.²²

3. Secondo la nuova disciplina la legittimazione attiva compete ai membri della classe, con esclusione delle associazioni e comitati i quali possono avviare il procedimento solo in qualità di rappresentanti.²³ Il consumatore utente è la persona fisica che agisce per scopi estranei ad attività professionali od imprenditoriali.²⁴ I protago-

tari Cfr.: S. Chiarloni, *Il nuovo articolo 140 bis del codice del consumo: azione di classe o azione collettiva?*, in www.judicium.it

¹⁸ Trattasi della proposta di legge n. 410 dell'On. Contento presentata il 29 aprile 2008; della proposta n. 1824 dell'On. Mantini presentata il 23 ottobre 2008; della proposta n. 1845 dell'On. Di Pietro presentata il 29 ottobre 2008;

¹⁹ Tale testo, oggetto di discussione, unificato ad opera dell'On. Lo Presti ricalca per intero la proposta n. 410 dell'On. Contento, presentando la medesima disciplina del procedimento e della legittimazione processuale.

²⁰ Cfr. atto Senato n. 454 presentato dall'On. Pedica il 3 giugno 2008 riproduttivo del disegno di legge n. 1834 presentato dallo stesso Pedica nell'ottobre del 2006;

²¹ Il nuovo testo così emendato, è stato approvato dalla commissione industria e senza alcuna discussione parlamentare è stato approvato alla Camera dei Deputati. Per i commenti ai lavori parlamentari Cfr.: G. D'Alfonso, *L'art. 140 bis Codice del consumo tra disciplina attuale e proposte di riforma. Quali prospettive per un'effettiva tutela collettiva risarcitoria?*, in *Resp. civ.* 2009, p. 678;

²² Ricapitolando la disciplina della *class action* è stata interamente riformulata con l. n. 99 del 23 luglio 2009 contenente disposizioni per lo sviluppo l'internazionalizzazione delle imprese e l'energia pubblicata in G.U. 31 luglio 2009 n. 76 S.O. n. 136. La sua efficacia è stata fatta slittare dal d.lg. n. 78 del 2009.

²³ Cfr.: C. Consolo, *Come cambia, rivelando ormai a tutti ed in pieno il suo volto, l'art. 140-bis e la class action consumeristica*, in *Corr. giur.* 2009, p. 1300; S. Bocalatte, *La classe non è action*, in www.brunoleoni.it.

²⁴ La nozione di derivazione comunitaria è contenuta nell'art. 3 c. cons. sulla nozione di consumatore Cfr.: G. Alpa, *Il diritto dei consumatori*, IV ed, Roma-Bari 2002; Id, *Ancora sulla definizione di consumatore*, in *Contratti* 2001, p. 205; Id, *Gli usi del termine «consumatore» nella giurisprudenza*, in *Nuova giur. civ. comm.* 1999, p. 4; G. Alpa e G. Chinè, voce «Consumatore nel diritto civile» in *Dig. IV, disc. priv., sez. civ.*, vol. XV, Torino 1997, p. 545; A. Andreucci, *Precisata la nozione di consumatore*, in *Dir. Giust* 2002, p. 37; F. Astone, *Ambito di applicazione soggettiva, la nozione di «consumatore» e «professionista»*, in *Clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, comm. a cura di G. Alpa S. Patti, Milano 2003, p. 139; G. Bertolò, *Status di consumatore, libertà di impresa e tutela del contraente aderente*, in *Giur. it.* 2003, p. 203; R. Calvo, *Il concetto di consumatore l'argomen-*

nisti delle nuove azioni sono i consumatori, Il rapporto di rappresentanza, esige per il comitato la partecipazione attiva e per l'associazione il mandato. Comitati ed associazioni necessitano di uno specifico mandato che conferisca loro la rappresentanza sostanziale eliminando ogni ipotesi di sostituzione processuale.²⁵ Le associazioni per ricevere la *legitimatatio ad causam* necessitano solo di ricevere il mandato dal consumatore, non dovendo essere iscritte in particolari registri. L'azione di classe è preclusa alle persone giuridiche ed ai soggetti lesi nell'esercizio di una attività imprenditoriale o professionale.²⁶

Il singolo potrà dare mandato ad una associazione. Il mandato, conferito anche nell'interesse degli aderenti, è da intendersi irrevocabile, dovrà avere forma scritta e la sottoscrizione dovrà essere autenticata, al fine di verificarne l'effettiva conformità.²⁷ Qualora il mandato venga dato alle associazioni non riconosciute, il giudice

to naturalistico ed il sonno della ragione, in *Contr. impr./Eur.* 2003, p. 715; G. Capilli, *La nozione di consumatore alla luce dell'orientamento della consulta*, in *Contratti* 2003, p. 655; R. Cappuccio, *Sulla nozione di consumatore, tra diritto comunitario e nazionale*, in *Nuovo dir.* 2000, p. 114; I. Caserta, *La nozione di consumatore secondo la cassazione*, in *Contratti* 2002, p. 341; G. Chinè, *Il consumatore*, in *Tratt. dir. priv. europeo*, a cura di N. Lipari, Padova 2003, p. 443; Id, voce «Consumatore», in *Enc. dir., Agg. IV*, Milano 2000, p. 404; R. Conti, *Le giurisdizioni superiori di nuovo a confronto sulla nozione di consumatore*, in *Corr. giur.* 2003, p. 1007; Id, *La Corte Ce a tutto campo sulla nozione di consumatore e sulla portata della direttiva 93/13 Ce in tema di clausole abusive*, in *Corr. giur.* 2002, p. 445; U. Corea, *Ancora in tema di nozione di consumatore e di contratti a scopi professionali. Un intervento chiarificatore*, in *Giust. civ.* 2000, p. 2119; Id, *Sulla nozione di consumatore il problema dei contratti stipulati a scopi professionali*, in *Giust. civ.* 1999, p. 13; F. Di Marzio, *Ancora sulla nozione di «consumatore» nei contratti*, in *Giust. civ.* 2001, p. 2151; P. Fiori, *Professionista e consumatore un discrimine formalista?*, in *Giur. it.* 2002, p. 543; E. Gabrielli, *Sulla nozione di consumatore*, in *Riv. trim.* 2003, p. 1163; L. Gatt, *Ambito soggettivo di applicazione della disciplina. Il consumatore ed il professionista*, in *Comm. al capo XIV bis c.c.: dei contratti del consumatore*, a cura di C. M. Bianca e F.D. Busnelli, Padova 1999, p. 100; E. Guerinoni, *Sulla nozione di consumatore*, in *Contratti* 2002, p. 520; P. Mengozzi, *La nozione di consumatore e la direttiva 91/13 Ce ed il diritto italiano*, in *Contr. impr./Eur.* 2002, p. 54; A. Palmieri, *La sfuggente nozione di consumatore e le istanze di tutela del professionista vessato*, in *Danno resp.* 2000, p. 867; C. Perfumi, *La nozione di consumatore tra ordinamento interno, normativa comunitaria ed esigenze di mercato*, in *Danno resp.* 2003, p. 702; A. Plaia, *Nozione di consumatore, dinamismo concorrenziale ed integrazione comunitaria del parametro di costituzionalità*, in *Foro it.* 2003, c. 340; N. Reich, *Il consumatore come cittadino il cittadino come consumatore: riflessioni sull'attuale stato della teoria del diritto dei consumatori nell'unione europea*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2004, p. 345; P. Sanna, *La controversa nozione di consumatore ex art. 1469 bis c.c. tra esegesi ed ermeneutica*, in *Resp. civ. prev.* 2002, p. 114; S. Tonolo Sacco, *La nozione di consumatore ai fini della convenzione di Bruxelles concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle giurisdizioni in materia civile e commerciale*, in *Studium iuris* 1999, p. 438;

²⁵ Cfr.: T. Galletto, *L'azione di classe. Considerazioni sul novellato art. 140 bis del codice del consumo*, cit., p. 540; R. Caponi, *La riforma della «class action». Il nuovo testo dell'art. 140-bis cod. cons. nell'emendamento governativo*, in *www.judicium.it*

²⁶ La vecchia disciplina legittimava all'azione le associazioni riconosciute ai sensi art. 137 c. cons. ed i comitati rappresentativi, che potevano far valere solo i diritti degli aderenti senza impedire successive azioni individuali. Cfr.: D. Amadei, *L'azione di classe italiana per la tutela dei diritti individuali omogenei*, cit., p. 943

²⁷ Il potere di impulso è stato attribuito al singolo cittadino sottraendo lo strumento della class action ad un utilizzo improprio. *Contra*: M. Dona, *Il senato approva una class action svuotata*, in *www.tuttoconsumatori.it*,

valuterà la loro rappresentatività in base ai parametri codicistici di trasparenza democraticità e competenza. In concreto si dovrà verificare la capacità del consumatore di portare a conclusione il processo collettivo.

Il legislatore impone di verificare le capacità tecniche e le competenze giuridiche del collegio difensivo, ma non la capacità di sostenere gli oneri del giudizio. Ciò espone a controllo tutte le associazioni, evitando che si possano avvalere di avventurieri del diritto, tecnicamente impreparati e spinti alla trattazione della causa da necessità personali.

Solo il proponente compie atti di gestione processuale, assumendo in se sia la legittimazione ordinaria che straordinaria. Gli aderenti sono parti in senso sostanziale e attraverso l'adesione instaurano un litisconsorzio facoltativo aggregato.²⁸

La legittimazione passiva è attribuita all'impresa cui si imputa la condotta lesiva. Il riferimento all'impresa è desueto nella disciplina consumerista che di solito usa quella di professionista. Con impresa si vuole individuare una sottocategoria dei professionisti non comprensiva dei non imprenditori.²⁹

Non essendovi alcuna esplicitazione normativa, possono essere inclusi tra i legittimati passivamente anche soggetti diversi dalla figura dell'imprenditore come è delineata dal codice civile.³⁰ La tutela di classe è utilizzabile contro tutti i soggetti coinvolti nella distribuzione del bene inclusi gli intermediari.

Sono esclusi dai soggetti legittimati passivamente i professionisti, gli enti pubblici e le associazioni di imprese che non svolgano direttamente attività economica. Vi rientrano sicuramente tutte le società emittenti strumenti finanziari, anche se in concreto sarà difficile costituire una classe omogenea di consumatori-investitori. L'impresa non potrà mai agire per ottenere l'accertamento negativo contro il gruppo dei consumatori.³¹

4. Secondo la nuova disciplina la condanna dell'autore dell'illecito e la determinazione del quantum risarcitorio è possibile fin dal giudizio collettivo. Il legislatore

l'autore giudica negativamente la legge che a suo dire sottrae ingiustamente il potere di agire alle associazioni. Cfr. anche: M. Dona, *Il testo proibito*, in *www.class-action.it*, in cui l'autore espone delle sue considerazioni riguardanti la politica del diritto.

²⁸ Cfr.: R. Caponi, *Litisconsorzio «aggregato». L'azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori*, in *Riv. dir. proc.* 2008, p. 822

²⁹ Cfr.: A. Palmieri, *Campo di applicazione legittimazione ad agire e controllo preliminare sulla ammissibilità*, in *Foro it.* 2008, p. 185;

³⁰ Tale rilievo fatto al vecchio testo può essere esteso anche all'attuale. Cfr.: A. Briguglio, *Azione collettiva risarcitoria in ventuno domande e ventuno risposte*, cit., p. 29

³¹ Cfr.: C. Consolo, *Come cambia, rivelando ormai a tutti ed in pieno il suo volto, l'art. 140-bis e la class action consumeristica*, in *Corr. giur.* 2009, p. 1300;

ha posto un filtro alla tutela giurisdizionale collettiva dei diritti individuali omogenei, limitandola alle controversie seriali aventi per oggetto situazioni identiche.³² A parere dello scrivente i diritti possono considerarsi identici quando in concreto si riscontra lo stesso *petitum* mediato e la medesima *causa petendi*.³³ I diritti individuali omogenei devono avere natura risarcitoria o restitutoria, e derivano da tre fonti tassative distinte: dai negozi giuridici; dal mero consumo di beni; dal pregiudizio scaturente da condotte anticoncorrenziali e pratiche commerciali scorrette.³⁴

Prima categoria è costituita dai diritti contrattuali di consumatori ed utenti accomunati da una identica situazione verso la medesima impresa, inclusi i diritti scaturenti dai contratti stipulati secondo gli artt. 1341-1342 c.c.³⁵ Conseguentemente alla inclusione delle imprese utilizzanti moduli e formulari possono essere soggetti passivi tutte le imprese.³⁶ L'azione collettiva tutela la pluralità delle posizioni dei consumatori-utenti, da situazioni di danno o lesione della propria sfera giuridica, scaturenti da una fonte contrattuale.³⁷

La seconda categoria include i diritti identici spettanti ai consumatori finali di un prodotto e vantati nei confronti del produttore, indipendentemente dall'esistenza di un rapporto contrattuale diretto. Tale categoria riguarda la responsabilità da prodotti difettosi, contenuta negli articoli che vanno dal 114 al 127 c. cons. La garanzia tutela il solo consumatore finale e si incentra sulla nozione di prodotto con esclusione dei servizi. L'interpretazione letterale della norma esclude che possa essere applicata ad un soggetto diverso dal produttore.³⁸ Il codice del consumo non offre una nozione precisa di produttore, la quale assume un carattere residuale. Una lettura sistematica del codice porta a considerare produttore ogni soggetto, che indipen-

³² Cfr.: M. Rubino, *Class action. Passa la versione che non piace ai consumatori*, in www.kataweb.it

³³ Il *petitum* mediato fa riferimento al bene della vita al cui soddisfacimento è diretta la domanda. Secondo la teoria della individuazione è necessario individuare solo il rapporto giuridico fonte della pretesa. In base alla teoria della sostanziazione è necessaria l'esposizione specifica e concreta dei fatti su cui è basata l'azione.

³⁴ Cfr.: G. Costantini, *Class action dal danno alla beffa*, in www.brunosaetta.it;

³⁵ Ci si riferisce a tutti i contratti di massa dove più facilmente sono configurabili in astratto situazioni giuridiche identiche.

³⁶ La tutela si estende alle imprese che utilizzano prestampati; Cfr.: N. Picardi, *Manuale del processo civile*, 2006 Milano, p. 58. Il vecchio istituto non si applicava ai contratti conclusi con formulari, l'esclusione fu giustamente ritenuta incostituzionale poiché incompatibile con il dettato normativo dell'art. 3 della Costituzione, Cfr.: R. Caponi, *Litisconsorzio «aggregato». L'azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori*, in *Riv. dir. proc.* 2008, p. 825; A. Giussani, *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, cit., p. 225

³⁷ Conformemente all'art. 2 c. cons. al consumatore è riconosciuto il diritto alla salute, alla sicurezza e qualità del prodotto ed alla informazione. Per i commenti all'art. 2 del codice del consumo cfr.: Aa.Vv., *Codice del consumo*, a cura di V. Cuffaro, Milano, 2006, p. 9 ss.; M. Dona, *Il codice del consumo*, Torino, 2005, p. 26 ss.; Aa.Vv., *Codice del consumo*, commentario a cura di E.M. Tripodi, Sant'Arcangelo di Romagna, 2006, p. 71 ss.; Aa.Vv., *Codice del consumo*, a cura di G. Vettori, Padova, 2007, p. 23 ss.

³⁸ Il vecchio testo si riferiva in modo generale a tutti gli illeciti extracontrattuali finendo per includere ogni responsabilità scaturente dai rapporti di consumo.

dentemente dal titolo, sia parte della catena produttiva o distributiva.³⁹ Le situazioni tutelabili non sono limitate ai soli diritti contrattuali, essendo esperibile l'azione anche al di fuori del vincolo negoziale. Il consumatore-utilizzatore danneggiato, potrà esperire l'azione per danni anche contro un terzo.

La terza ed ultima categoria è quella comprendente i diritti risarcitori identici, scaturenti da pratiche commerciali scorrette e condotte anticoncorrenziali, costituendo una tutela giurisdizionale parallela a quella dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato.⁴⁰ La pratica commerciale scorretta è quella condotta contraria a buona fede, idonea ad alterare le abitudini del consumatore. Tale condotta deve aver provocato pregiudizio patrimoniale ai consumatori, come nel caso di cartelli di imprese che, si accordino per fissare il prezzo alla vendita. In sostanza l'azione collettiva è applicabile a diritti risarcitori e restitutori omogenei.

5. Nel giudizio collettivo risarcitorio di gruppo è essenziale la disciplina dell'adesione. L'adesione è un negozio unilaterale atipico consistente nella volontà di essere inclusi nella classe attiva, affinché il proprio credito risarcitorio possa essere considerato in sentenza.⁴¹ Il negozio non è recettizio poiché produce effetti solo con l'ammissione della domanda di adesione.⁴² I consumatori utenti che vogliono avvantaggiarsi della tutela collettiva devono aderire all'azione di classe, chiedendo implicitamente di essere inclusi tra i destinatari del giudicato. Tale limitazione è dovuta a ragioni di legittimità costituzionale, non potendo il legislatore estendere il giudicato all'intera categoria omogenea, prescindendo dal consenso dei singoli.⁴³ L'adesione è riservata a

³⁹ Cfr.: P. Stanzone e A. Musio; *La tutela del consumatore*, XXX, in *Tratt. dir. priv.* Bessone, Torino 2009, p. 626;

⁴⁰ Ciò conformemente alla direttiva 29/05 Ce introdotta mediante lo strumento della novella dal d.lgs. 146 del 2007. Cfr.: A. Cacciatore, *Concorrenza sleale e tutela del consumatore*, in *Riv. dir. impr.* 2005, p. 283; G. De Cristofaro, *Il divieto di pratiche commerciali scorrette e i parametri di valutazione della «scorrettezza»*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, a cura di G. De Cristofaro, Torino 2008, p. 128; E. Musi, *Le violazioni delle regole della concorrenza e la tutela giurisdizionale del consumatore*, in *Danno resp.* 2005, p. 956;

⁴¹ Cfr.: C. Consolo, *È legge una disposizione sull'azione collettiva risarcitoria: si è scelta la via svedese dello «opt in» anziché quella danese dello «opt out» e il filtro*, cit., p. 6;

⁴² All'adesione quale negozio unilaterale atipico non recettizio sarà applicata la disciplina generale dei contratti. *Contra*: S. Menchini, *La nuova azione collettiva risarcitoria*, in *www.judicium.it*, il quale ritiene che l'adesione sia un mandato con rappresentanza; R. Caponi, *Litisorsozio «aggregato». L'azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori*, cit., p. 828, il quale ritiene che l'adesione sia un atto complesso costituito da mandato e dalla volontà di voler esercitare l'azione collettiva.

⁴³ L'efficacia del giudicato è limitata alle sole parti processuali ai sensi degli artt. 24 e 111 della costituzione, cfr.: P. Perlingeri, *Commento alla costituzione italiana, sub art. 24*, Napoli 2001, p. 129 ss.; P. Perlingeri G. Romano, *sub art. 111, ivi*, p. 800 ss.; Il principio è contenuto anche nella normativa codicistica. L'art. 2909 c.c. limita l'efficacia del giudicato alle sole parti processuali, agli eredi ed agli aventi causa. Conformemente a tale disposto l'art. 101 c.p.c. vieta al giudice di pronunciarsi contro la parte non citata in giudizio e non comparsa, cfr.: M. Taruffo, *I limiti soggettivi del giudicato e le «class action»* in *Riv. dir. proc.* 1969, p. 618; Sui limiti soggettivi del giudicato

consumatori ed utenti con esclusione di associazioni e comitati che non potranno aderire neanche in rappresentanza di singoli o gruppi.

L'attore collettivo potrà compiere tutti gli atti che non comportino la disposizione dei diritti di terzi, egli non potrà rinunciare agli atti o fare acquiescenza alla sentenza di merito senza l'assenso degli aderenti. Il promotore collettivo potrà avvalersi dei rimedi dell'art. 176 c.p.c. per contestare le decisioni assunte con ordinanza, sarà altresì onerato della pubblicità posta a tutela degli aderenti. Attraverso l'adesione il singolo rinuncia ad ogni azione restitutoria e risarcitoria fondata sul medesimo titolo. Sono fatte salve le rinunce e le transazioni individuali che non pregiudichino i diritti degli aderenti e le azioni individuali autonome dei non aderenti.⁴⁴ A seguito dell'adesione saranno, inammissibili le domande individuali ed improcedibili le domande proposte anteriormente alla adesione e concernenti gli stessi diritti.

Il giudice con ordinanza di ammissione fissa un termine perentorio entro il quale compiere l'atto adesivo, termine mai superiore a 120 giorni dalla pubblicità.

L'atto di adesione deve essere depositato in cancelleria e contenere l'elezione di domicilio, il *petitum*, la *causa pretendi*, l'indicazione della documentazione probatoria che dovrà essere depositata in cancelleria, con le stesse modalità e tempistiche dell'atto adesivo anche per il tramite dell'attore. Il vaglio di conformità verrà operato dal Tribunale e non dalla associazione o comitato che non ha un potere di scelta. Tutte le questioni di rito sono disciplinate con ordinanza sempre revocabile.

I singoli consumatori utenti possono depositare domanda di adesione fin dall'avvio dell'azione collettiva anche senza essere assistiti da un legale e senza coinvolgere l'ente istante.⁴⁵ Tale previsione fissa una deroga al principio di necessario patrocinio del difensore.⁴⁶

Attraverso l'adesione si diviene parte solo in senso sostanziale, non possono quindi essere compiuti atti processuali e non si è soggetti alla sentenza di condanna alle spese. Si crea una disciplina processuale difforme da quanto statuito dall'art. 77 c.p.c. in cui rappresentanza processuale e sostanziale non sono scindibili. La posizione dell'aderente non è vincolata all'andamento del processo collettivo.

tra gli altri cfr.: S. Menchini, *Limiti soggettivi del giudicato civile: applicazione dei principi ad una fattispecie problematica*, in *Foro it.* 1998, I, c. 2938; Id, *Sui limiti soggettivi del giudicato*, in *Giust. civ.* 1989, 4, p. 81; G. Monteleone, *Intervento adesivo e limiti soggettivi del giudicato*, in *Giur. it.* 1979, p. 1645; N. Troker, *I limiti soggettivi del giudicato tra tecniche di tutela sostanziale e garanzie di difesa processuale*, in *Riv. dir. proc.* 1988, p. 35

⁴⁴ Con l'adesione viene meno l'esperibilità dell'azione degli aderenti, Cfr.: C. Asprella e R. Giordano, *La riforma del processo civile dal 2005 al 2009*, cit., p. 181;

⁴⁵ Contra: C. Consolo, *Come cambia, rivelando ormai a tutti ed in pieno il suo volto, l'art. 140-bis e la class action consumeristica*, cit., p. 1300, l'autore ritiene che si debba riconoscere l'esclusiva dell'ente istante e la facoltà di questo di respingere la richiesta di adesione del consumatore.

⁴⁶ La disciplina del necessario patrocinio è contenuta nell'art. 82 c.p.c. che al 3 comma fa salvi i casi in cui la legge disponga diversamente.

6. La domanda si propone con citazione la cui notifica interrompe la prescrizione e la sospende fino al passaggio in giudicato della sentenza. La citazione deve essere notificata anche all'ufficio del p.m. presso il Tribunale adito, il quale potrà intervenire solo rispetto al giudizio di ammissibilità.⁴⁷ Il dettato trova corrispondenza nell'art. 70 comma 3 c.p.c. che legittima l'intervento del pubblico ministero in tutte le cause civili che abbiano ad oggetto un pubblico interesse. La trattazione della causa è sempre di competenza del Tribunale in composizione collegiale indipendentemente dal suo valore. Per la particolare tipologia dell'azione risarcitoria si ha competenza esclusiva per materia del Tribunale ordinario del capoluogo di regione ove ha sede l'impresa convenuta, in deroga al foro esclusivo del consumatore.⁴⁸ La collegialità fa sì che si aggiunga tale ipotesi a quelle disciplinate nell'art. 50-bis c.p.c. È esclusa la possibilità di ricorrere al rito sommario, ex art. 702-bis c.p.c. per l'esplicita riserva anche in sede di trattazione del Tribunale collegiale.

La complessità delle controversie collettive ha indotto il legislatore a prevedere regole di competenza sulla falsa riga di quanto disposto dal d.lg. 27 giugno 2003, n. 168 in materia di proprietà industriale ed intellettuale.

Si detta un criterio di competenza territoriale rotatoria, in base al quale è competente il tribunale ordinario del capoluogo di regione in cui ha sede l'impresa convenuta. Per alcune Regioni specificatamente individuate è competente il tribunale più vicino.⁴⁹

Si tratta dell'accorpamento della competenza per Regioni contigue, ne consegue che vi siano solo undici tribunali competenti a giudicare le cause collettive.⁵⁰ L'impostazione è simile allo schema della determinazione della competenza territoriale previsto dall'art. 669-terdecies c.p.c. in caso di reclamo.

È esclusa la possibilità dell'intervento volontario del singolo consumatore utente, il quale potrà avvalersi della tutela collettiva attraverso la sola adesione.

7. Nella prima udienza si decide con ordinanza sulla ammissibilità della domanda, attraverso un vaglio sommario che comporta una valutazione dei diritti indivi-

⁴⁷ Tale notifica era stata anticipata dalla prassi attraverso una circolare della Procura Generale della Repubblica di Torino, Cfr.: R. Caponi, *La riforma della class action. Il nuovo testo dell'art. 140 bis c. cons. nell'emendamento governativo*, in *www.judicium.it*

⁴⁸ In materia di foro del consumatore cfr.: P. Gentile, *Il foro del consumatore ed il codice del consumo*, in *Rass. dir. civ.* 2008, p. 68; C. Marseglia, *Il foro esclusivo derogabile del consumatore*, in *Contratti* 2009, p. 631;

⁴⁹ Si ha competenza per materia del tribunale ordinario di alcuni capoluoghi di regione, con l'inglobamento della competenza dei più piccoli. Tale scelta è dovuta alla necessità di assicurare una maggiore omogeneità degli orientamenti giurisprudenziali ed una migliore capacità tecnica degli organi giudicanti. Ne segue che il Tribunale di Torino sia competente anche per la Valle d'Aosta; quello di Venezia per il Trentino Alto Adige e Friuli Venezia Giulia; quello di Roma per le Marche L'Umbria e l'Abruzzo; Il tribunale di Napoli ha competenza per Basilicata e Campania.

⁵⁰ C. Asprella e R. Giordano, *o.c.*, p. 182.

duali tutelabili.⁵¹ Questa fase prodromica è volta ad evitare che le azioni collettive si prestino a finalità estranee alla tutela dei consumatori.⁵² Se tale vaglio ha un esito positivo si provvede alla programmazione della controversia. La norma detta in modo tassativo un *numerus clausus* di ipotesi di inammissibilità. La domanda è inammissibile nelle ipotesi: di manifesta infondatezza; per l'esistenza di un conflitto di interessi⁵³; per l'assenza di diritti individuali identici; per l'inadeguatezza del promotore a curare gli interessi della classe. Il giudice funge da filtro dovendo verificare l'esistenza del *fumus boni iuris*, l'identità di situazioni tutelabili, l'insussistenza di conflitti di interessi, l'adeguatezza tecnica del proponente. Non potendo più assumere sommarie informazioni è prevedibile che il giudice apra una istruttoria sommaria per verificare le circostanze di fatto. Il giudice dotato di ampi poteri ordinatori, attraverso ordinanza regola una istruttoria deformalizzata diversa da quella prevista per il processo di cognizione. Non sarà necessario lo scambio di memorie ex art. 183 c.p.c. per evitare ripetizioni di atti processuali.⁵⁴ L'applicazione dell'azione di regresso prevista dall'art. 121 comma 2 c. cons. comporta un appesantimento della attività istruttoria, che si dovrà estendere anche ai rapporti interni tra coobbligati.

L'ordinanza che sancisce l'ammissibilità dell'azione, contiene le modalità della pubblicità obbligatoria, richiesta a pena di inammissibilità della domanda ed i termini entro cui espletarla a pena di improcedibilità. Con ordinanza di ammissione viene regolata la gestione del processo e l'istruzione probatoria allo scopo di evitare ripetizioni nella presentazione di prove ed argomenti, viene adottato un calendario delle attività processuali ai sensi dell'art. 86-bis disp. att. introdotto dalla l. n. 69 del 2009. Il Tribunale fissa un periodo, non superiore a 120 giorni dalla scadenza del termine per effettuare la pubblicità obbligatoria, entro cui depositare gli atti in cancelleria. Vengono risolte le questioni di rito come la fissazione di udienze di programmazione dell'attività processuale e la riunione delle cause collettive riferite ai medesimi fatti e viene determinato il calendario del processo.⁵⁵ Non è chiaro se l'azione collettiva scaturente dal confluire di più azioni possa proseguire sotto la conduzione di più proponenti. È parere dello scrivente che il giudice debba verificare in concreto quale proponente più degli altri possa curare gli interessi della classe con la conseguenza che il giudice dichiarerà di ufficio, gli altri come aderenti. La riunione e la riassunzione implica la costituzione in giudizio degli altri promotori che abbiano introdotto posteriormente l'azione

⁵¹ *Idem*, p. 183;

⁵² Cfr.: M. Bove, *Azione collettiva: una soluzione all'italiana lontana dalle esperienze europee più mature*, cit., p.12

⁵³ Qualora l'azione di classe sia finanziata da impresa concorrente, almeno in tal senso si è espressa la Circolare n. 19244 del 16 ottobre 2009 dell'area affari legislativi di Confindustria.

⁵⁴ V.: T. Galletto, *o.c.*, p. 546;

⁵⁵ La calendarizzazione delle udienze del processo ricalca l'art. 81-bis disp. att. c.p.c. che notoriamente hanno una funzione ordinatoria dell'attività processuale.

di gruppo.⁵⁶ Dando rilievo alla provenienza temporale ne consegue che se l'azione di classe intentata per prima venisse riconosciuta inammissibile non si potrebbe avere la riunione. Il giudice può sospendere il processo se sui fatti oggetto del giudizio sia in corso una istruttoria dinanzi ad altra autorità od al giudice amministrativo. Ciò per evitare contrasti tra gli organi decidenti e per consentire l'utilizzo dei risultati dell'istruttoria compiuti da altra autorità. Se l'ordinanza dichiara l'inammissibilità della domanda, il giudice ai sensi art. 96 c.p.c. regola le spese del giudizio e dispone la pubblicità a cura del soccombente.⁵⁷ Da ciò si deduce l'esclusione di una conversione del rito speciale in ordinario per ottenere una pronuncia sul merito dei diritti fatti valere in citazione. Con la pubblicità delle ragioni di inammissibilità si avrà un deterrente per coloro che volessero intraprendere un nuovo giudizio collettivo.

8. L'intervento dei terzi ai sensi dell'art. 105 c.p.c. è escluso,⁵⁸ quindi non potranno proporsi domande con il medesimo oggetto. È previsto uno sbarramento alla proposizione di azioni di classe autonome nei confronti della stessa impresa per i medesimi fatti. L'ingresso di altri soggetti nel giudizio collettivo sarà possibile solo per il tramite dell'adesione, proponibile entro il termine assegnato dall'ordinanza. L'azione collettiva è soggettivamente semplice e non permette l'ingresso di interventori-consumatori né litisconsortili né adesivo dipendenti. A parere dello scrivente potrebbe essere applicata analogicamente una recente pronuncia giurisprudenziale, permettendo un litisconsorzio facoltativo improprio qualora il consumatore aderisca nel termine che il convenuto ha per comparire.⁵⁹ Il giudice deve determinare nell'ordinanza di classe i requisiti omogenei dei diritti soggettivi che possano essere fatti valere attraverso l'adesione. Le azioni proposte dinanzi lo stesso giudice, per gli stessi fatti e contro le medesime imprese, nei termini per aderire, devono essere riunite d'ufficio. Se pendenti dinanzi a Tribunali diversi il giudice adito per secondo dovrà

⁵⁶ Cfr.: C. Consolo, *Come cambia, rivelando ormai a tutti ed in pieno il suo volto, l'art. 140-bis e la class action consumeristica*, cit., p. 1304, secondo l'autore sarebbe stato preferibile evitare un litisconsorzio attivo collettivo su più azioni di classe attraverso un meccanismo di deposito in cancelleria delle sole adesioni.

⁵⁷ Con la condanna del soccombente alle spese processuali, parte della dottrina ravvisa l'ingresso del danno punitivo nel nostro ordinamento. Cfr.: G. Costantini, *Class action dal danno alla beffa*, in *www.brunosaetta.it*, p. 4; l'autore individua una «inversione della punibilità del danno» essendo le spese attribuite al solo consumatore soccombente e non al professionista che si trovi nella medesima situazione.

⁵⁸ Nella precedente versione l'appello era ammesso fino alla precisazione delle conclusioni in appello. In dottrina Cfr.: T. Galletto, o.c., p. 545; l'autore ritiene utile ammettere l'intervento ex art. 105 c.p.c. per evitare che il perseguimento dell'efficienza processuale possa determinare una minore «giustiziabilità degli interessi dei consumatori e degli utenti lesi dai comportamenti illeciti di una medesima impresa».

⁵⁹ La Suprema Corte si è pronunciata sull'art. 103 c.p.c. ammettendo l'intervento in un giudizio promosso da altri quando le questioni su cui si decide siano comuni. Cfr.: Cass., 17 maggio 2006, n. 11609, in *Giur. it.* 2006, 5, p. 917;

disporre la cancellazione dal ruolo, assegnando un termine perentorio non superiore a 60 giorni per la riassunzione dinanzi al primo giudice. Le rigide preclusioni temporali pur evitando la pluralità di azioni contro la medesima impresa per i medesimi fatti generano distorsioni. Una azione di classe ammissibile ma infondata nel merito preclude azioni con maggiori possibilità di riuscita, qualora non venissero proposte nei ristretti termini per aderire. Non si vede perché una azione di classe non possa confluire in altra fino all'inizio della fase istruttoria.⁶⁰ Il giudice a pena di improcedibilità disporrà la pubblicità dell'ordinanza contenente i requisiti della classe, copia della quale sarà resa nota sul sito del Ministero dello sviluppo economico.

9. Con la classe le posizioni dei singoli consumatori si livellano. Il singolo rinuncia alla individualità della propria posizione e quindi alla specificità della quantificazione risarcitoria corrispondente. Il Tribunale qualora accolga la domanda, pronuncia sentenza liquidando le somme definitive dovute agli aderenti o predeterminando un criterio omogeneo per la loro quantificazione. Nel nostro ordinamento la responsabilità civile ha una funzione compensativa essendo espressione del principio di proporzionalità fra danno e risarcimento. Il giudice non potrà sanzionare il convenuto attraverso il pagamento di danni punitivi estranei al meccanismo risarcitorio.⁶¹ Il giudice potrà discrezionalmente scegliere tra due possibili soluzioni. Il Tribunale potrà condannare l'impresa convenuta al pagamento del *quantum* risarcitorio conformemente all'art. 1226 c.c., oppure fissare nella sentenza di condanna un criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione delle somme dovute agli aderenti, rendendo in tal modo meno gravosa l'attività processuale. In tal caso si avrà una sentenza di mero accertamento, che renderà necessario un ulteriore giudizio individuale allo scopo di ottenere la condanna al pagamento.⁶² Il giudice potrà liquidare il danno in via equitativa ogni volta non si possa supplire alla impossibilità di quantificarlo.

La determinazione del *quantum* risarcitorio potrà essere demandata ad un successivo giudizio, che potrà avere per oggetto anche transazioni individuali o collettive.⁶³

⁶⁰ In tal senso v.: T. Galletto, *o.c.*, p. 545;

⁶¹ In base al combinato disposto degli artt. 1223 ed 2059 la Cassazione ha escluso, con una recente pronuncia, l'idea di risarcimento punitivo del danno. In tal senso cfr.: Cass., 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Mass. Giust. civ.* 2007, 1 ed anche in *Giust. civ.* 2007, 10, p. 2124, ed in *Giur. it.* 2007, p. 2724; per i commenti alla sentenza v.: A. Giussani, *Resistenze al riconoscimento delle condanne al pagamento dei punitive damages: antichi dogmi e nuove realtà*, in *Giur. it.* 2008, p. 396; G. Miotto, *La funzione del risarcimento dei danni non patrimoniali nel sistema della responsabilità civile*, in *Resp. civ.* 2008, p. 188; S. Oliari, *I danni punitivi bussano alla porta: la Cassazione non apre*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2007, p. 983; G. Ponzanelli, *Danni punitivi: no grazie*. In *Foro it.* 2007, I, c. 1461; G. Spoto, *I punitive damages al vaglio della giurisprudenza italiana*, in *Eur. dir. priv.* 2007, p. 1129;

⁶² Il Legislatore non ha riproposto le procedure conciliative contenute nella vecchia versione dell'art. 140-bis.

⁶³ Cfr.: C. Asprella e R. Giordano, *o.c.*, p. 185

Anche se un accertamento successivo in altro giudizio eliminerebbe i vantaggi dell'azione collettiva in termini di celerità.⁶⁴

La sentenza che qualifichi il diritto come esistente attraverso una condanna generica senza determinarne il *quantum*, è una sentenza di accertamento a contenuto complesso.⁶⁵ La dizione normativa che prevede la sola condanna alle somme definitive esclude la possibilità di una condanna provvisoria, che liquidi in via equitativa una parte della somma dovuta. Non è pensabile che la condanna possa essere emessa solo a vantaggio di una parte degli aderenti. In base al criterio di omogeneità del gruppo una simile scelta sarebbe contraria al principio di equità formale e sostanziale previsto dall'art. 282 c.p.c.⁶⁶ La sentenza di accoglimento, contrariamente alle regole generali del codice di rito, non è immediatamente esecutiva. Vi è un periodo di quiescenza dell'esecutività volto a favorire l'adempimento spontaneo da parte dell'impresa soccombente.⁶⁷ I pagamenti delle somme dovute effettuati entro 180 giorni sono esenti da ogni diritto ed incremento, non saranno riconosciuti gli interessi legali e gli esborsi per l'esecuzione. La previsione ha lo scopo di facilitare il pagamento attraverso l'introduzione di un termine dilatorio che sospenda la maturazione di ogni interesse. L'esecutività della sentenza permane indipendentemente dalla impugnazione o dal passaggio in giudicato.

10. Per l'impugnazione in Corte di Appello valgono le regole generali del codice di rito previste in materia di termini e procedimento. La Corte d'Appello richiesta del provvedimento previsto ex art. 283 c.p.c., ossia della inibitoria della esecuzione provvisoria della sentenza, deve tener conto della entità complessiva della somma gravante sul debitore, del numero dei creditori, delle difficoltà di ripetizione in caso di accoglimento del gravame. Al giudice dell'Appello non sono stati conferiti poteri speciali nella trattazione ed istruzione, quindi dovrà applicarsi la disciplina generale dell'appello prevista dal codice di procedura. Il giudice ha la facoltà fino al passaggio in giudicato della sentenza di disporre il deposito vincolato della somma dovuta dal debitore. La Corte dovrà ponderare gli interessi in gioco e potrà sospendere gli effetti esecutivi della sentenza impugnata dinanzi alla disponibilità dell'impresa di depo-

⁶⁴ Cfr.: R. Caponi, *La riforma della class action. Il nuovo testo dell'art. 140 bis c. cons. nell'emendamento governativo*, in www.judicium.it, in cui l'autore sostiene che il diritto sostanziale possa essere stemperato dal diritto processuale in modo da rendere gli illeciti plurioffensivi risarcibili attraverso un meccanismo di liquidazione del danno.

⁶⁵ C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Vol. I, *Le tutele: di merito, sommarie, esecutive*, Padova 2006, p. 170;

⁶⁶ C. Asprella e R. Giordano, *o.c.*, p 185;

⁶⁷ Ciò dovuto anche alla introduzione del termine per l'impugnazione di sei mesi, sostitutivo dei precedenti dodici, introdotto con l. n. 69 del 18 giugno 2009

sitare gli importi dovuti. Secondo i criteri generali il consumatore dovrebbe aspettare il giudicato per potersi avvalere di una sentenza di mero accertamento. Nel giudizio individuale i consumatori aderenti saranno vincolati dai criteri di calcolo stabiliti nel giudizio collettivo. Secondo il comma 9 dell'art. 140-bis la sentenza definitiva che decida nel merito forma giudicato sostanziale verso gli aderenti facendo salva l'azione dei non aderenti. Tale disposto è ultroneo, poiché già in base all'art. 2909 c.c. la sentenza avrebbe comunque prodotto effetti in capo ai soli aderenti dell'azione collettiva. L'ulteriore specificazione avrebbe avuto senso solo qualora la disciplina avesse previsto una estensione *ultra partes* del giudicato. L'ordinanza del tribunale che decide sulla ammissibilità è reclamabile dinanzi alla Corte d'Appello entro 30 giorni dalla comunicazione o dalla notifica se anteriore. Il reclamo sull'ordinanza non sospende il contemporaneo procedimento pendente dinanzi al Tribunale.

La Corte di Appello decide entro 40 giorni dal deposito del ricorso durante la decisione in camera di consiglio si applicheranno tutte le norme degli art. 737 c.p.c. ss. salvo diversamente previsto. Nel procedimento camerale l'istruttoria sarà deformalizzata ai sensi art. 738 c.p.c. permettendo l'acquisizione di nuovi mezzi probatori possibile fino all'udienza di discussione.⁶⁸ Dubbio se l'ordinanza della Corte d'Appello sulla inammissibilità dell'azione sia ricorribile in Cassazione ai sensi art. 111 cost.⁶⁹ A parere dello scrivente la natura decisoria e definitiva del provvedimento lo rendono idoneo ad essere impugnato con ricorso straordinario in Cassazione per i soli motivi di legittimità.⁷⁰

Tutto il procedimento è improntato ad un celere trattazione allo scopo evitare perdite di tempo ed a garantire il rispetto del contraddittorio. Tale settore processuale è delegato al potere del giudice derogando al principio del monopolio statale della legislazione processuale.⁷¹

11. Precludendo l'intervento nel giudizio il Legislatore ha predisposto degli strumenti volti ad evitare che eventuali rinunce e transazioni intervenute tra le parti possano pregiudicare i diritti degli aderenti, che non vi abbiano espressamente ac-

⁶⁸ C. Asprella e R. Giordano, *o.c.*, p. 184;

⁶⁹ Cfr.: C. Consolo, *Come cambia, rivelando ormai a tutti ed in pieno il suo volto, l'art. 140-bis e la class action consumeristica*, cit., p. 1304 ss.; l'autore auspica la non ricorribilità dell'ordinanza. S. Menchini, *La nuova azione collettiva risarcitoria e restitutoria*, in *www.judicium.it*, p. 2

⁷⁰ Ciò anche applicando in modo analogico l'indirizzo giurisprudenziale in tema di ammissibilità dell'azione di riconoscimento della paternità ex art. 274 c.c. In dottrina Cfr.: T. Galletto, *L'azione di classe*, cit., p. 545; C. Consolo, *È legge una disposizione sull'azione collettiva risarcitoria: si è scelta la via svedese dello «opt in» anziché quella danese dello «opt out» e il filtro*, cit., p. 7; in cui l'autore da all'ordinanza contenuto decisivo ammettendone la ricorribilità.

⁷¹ Cfr.: N. Picardi, *Manuale del processo civile*, Milano 2006, *passim*; Id, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano 2007, *passim*;

consentito. In caso di rinuncia o transazione del promotore sono salvi i diritti dell'aderente che potrà comunque prestare il consenso alla rinuncia od alla transazione sia in via preventiva che con ratifica successiva. Procura a transare dovrà a parere dello scrivente essere rilasciata dai singoli consumatori dopo aver conosciuto i contenuti della proposta transattiva. Qualora a transare sia la parte attrice, prima dell'inizio del procedimento collettivo, gli altri consumatori appartenenti alla classe hanno l'onere di attivarsi per proporre una domanda collettiva entro i termini di adesione. Per esigenze pubblicistiche riguardanti l'efficienza processuale è esclusa la revoca dell'adesione, poiché ciò determina il modificarsi dell'oggetto del giudizio. Sarà possibile ritirare la propria domanda di adesione ma solo entro il termine fissato dal tribunale per il deposito della adesione stessa. Per i consumatori utenti aderenti sarà sempre possibile attivare la conciliazione di cui all'art. 4 d.lg. n. 179 del 2007 e quella prevista dall'art 38 d.lg. n. 5 del 2003 sopravvissuta alla abrogazione del rito societario. L'effetto interruttivo degli artt. 2943-2945 c.c. decorre dalla notifica della domanda giudiziale e per gli aderenti dal deposito dell'atto di adesione.⁷² La nuova disposizione non risolve il problema dell'impossibilità di promuovere azioni di classe successive alla prima, contro le stesse imprese e per i medesimi fatti, qualora lo strumento transattivo venga utilizzato in pregiudizio dei diritti dei non aderenti. Dichiarata ammissibile l'azione questa sarà l'unica occasione offerta ai consumatori per usufruire dell'azione collettiva risarcitoria. Lo strumento transattivo potrebbe così essere utilizzato dalle imprese per scongiurare i rischi derivanti dalla tutela collettiva risarcitoria. Sarebbe stato opportuno forse prevedere un sindacato di meritevolezza del giudice sugli accordi transattivi, anche per evitare che le imprese proponessero, per il tramite di consumatori compiacenti, finte azioni di classe al solo scopo di privare i membri della classe attiva di uno strumento di tutela.

12. La crescita degli scambi transfrontalieri, nell'ambito del mercato comune, ha nei fatti aumentato numericamente le occasioni di danno scaturenti da condotte plurioffensive, rendendo necessaria una tutela collettiva di carattere risarcitorio.

In Italia la *class action* è stata regolamentata, novellata ancor prima di entrare in vigore e nuovamente posticipata. Il Legislatore ha evitato che attraverso la retroattività ci potesse essere un eccessivo carico dell'apparato giudiziario. La giustizia italiana dovrebbe essere beneficiata da questo strumento che riunendo più iniziative processuali in un'unica azione di gruppo semplifica notevolmente il ruolo dei Tribunali.

È strumento collettivo di tutela dei diritti individuali omogenei dei consumatori ed utenti a ciascuno dei quali spetta la facoltà di agire. Sembra configurarsi una azio-

⁷² Il vecchio testo faceva riferimento ai soli effetti dell'art. 2945 c.c.

ne plurisoggettiva analoga al litisconsorzio facoltativo previsto dall'art. 103 c.p.c. La nuova normativa, attraverso la tutela dei soli aderenti, si distacca decisamente dalla *class action* americana.⁷³ L'attore deduce solo il proprio interesse al quale potranno aggiungersi i diritti degli aderenti. La norma adottando il sistema dell'*opt in* vincolante per i soli aderenti, non introduce una azione di classe ma solo un insieme di azioni individuali. Il mezzo è compatibile con le norme costituzionali che assicurano il diritto di agire in giudizio per la tutela di diritti individuali non espropriabili da una collettività. Nei fatti si delinea una disciplina che si pone in rapporto di specialità rispetto alle norme di diritto processuale civile. Il fatto che il disposto sia contenuto nel Codice del consumo anziché nel Codice di procedura civile, da ulteriore prova di come il nostro ordinamento stia vivendo una fase di decodificazione, in cui i codici necessitano sempre più spesso di essere integrati da normative collegate.

La disciplina si estende a tutti i diritti contrattuali di una pluralità di consumatori e utenti, verso la stessa impresa per tutti i rapporti negoziali disciplinati dalla normativa consumerista. Altra questione è a quali diritti possa essere applicata l'azione collettiva, poiché al comma uno si parla di diritti omogenei ed al comma due di situazioni identiche. È da escludere che la norma faccia riferimento a diritti identici altrimenti si svuoterebbe completamente di contenuto. Anche in presenza di una situazione contrattuale identica ci sarebbe sempre una diversità di situazioni soggettive che renderebbero nei fatti l'azione di classe impraticabile. Compito della giurisprudenza e dell'attività interpretativa sarà quello di dare un contenuto definitorio al concetto di omogeneità del diritto.

Non vi sono norme volte a disciplinare gli eventuali rapporti tra l'azione di classe e l'azione inibitoria.⁷⁴ Ogni volta che nell'ambito dell'azione collettiva inibitoria il

⁷³ Nell'istituto di matrice statunitense, tutti i soggetti sono vincolati, salvo si vogliano dissociare, in tal modo viene tutelato l'interesse del gruppo unitariamente considerato. Negli U.S.A. la tutela individuale si fonde con la collettiva, in modo tale che i diritti dei singoli vengano concretamente attivati e non lasciati ad una astratta possibilità di farli valere. Sulla *class actions* statunitense cfr.: Aa.Vv., *Commentaries on equity pleadings*, Boston 1840; A. Yazeil, *From medieval group litigation to the modern class action*, New Haven 1987, p. 211 ss.; F. James, G.C. Hazard e J. Leubsdorf, *Civil Procedure*, New York 2001, p. 640 ss.; B.G. Stier, *Resolving the class action crisis: Mass Tort Litigation as network*, in *Law review*, Utah 2005, *passim*. Tra i contributi in lingua italiana cfr.: G. Lauro, *Cenni introduttivi sull'origine della class action negli USA*, in *Iter legis* 2007, 3, p. 27; L. Renzi, *Il modello statunitense di class action e l'azione collettiva risarcitoria*, in *Resp. civ. prev.* 2008, p. 1213;

⁷⁴ In materia di azione inibitoria Cfr.: G.M. Arnone, *La tutela inibitoria*, in *Tratt. dir. priv. europeo*, IV, 2 ed., a cura di N. Lipari, Padova 2003, p. 743; Id., *La tutela collettiva, l'inibitoria*, in *Diritto dei consumatori e nuove tecnologie*, a cura di F. Bocchini, Torino 2003, p. 167; Id., *Inibitoria collettiva e clausole vessatorie: prime disavventure applicative dell'art. 1569 sexies*, in *Foro it.* 1997, I, c. 290; A. Bellelli, *La tutela inibitoria collettiva*, in *Nuove leggi civ. comm.* 2006, p. 471, Id., *La tutela inibitoria*, in *Commentario al capo XIV bis del codice civile, dei contratti dei consumatori in generale*, in *Nuove leggi civ. comm.* 1997, II, p. 1271; G. Calvi, *Art. 1469 sexies*, in Aa. Vv., *Clausole vessatorie e contratto del consumatore*, a cura di E. Cesàro, 3 ed., Padova 2001, p. 721; A. Carratta, *Dall'azione collettiva inibitoria a tutela dei consumatori e utenti all'azione collettiva risarcitoria: i nodi irrisolti delle proposte di legge in discussione*, in *Giust. trib. imp. dir.* 2005, p. 662; Id., *Brevi osservazioni sull'inibitoria*

giudice stabilisca la restituzione di somme, l'azione sfocia nella risarcitoria. L'attuazione della nuova disciplina determinerà l'inizio di una fase sperimentale, in cui l'effettività dell'introduzione del processo telematico nei Tribunali italiani renderà più agevole la raccolta delle adesioni dei consumatori. Sarà necessario altresì apprestare regolamenti allo scopo di evitare che un numero ristretto di associazioni possano gestire, in modo oligopolistico, i casi patrimonialmente più rilevanti, acquistando nei fatti un vero e proprio potere economico. Occorrerà altresì disciplinare le modalità di adesione ed il contenuto dei mandati sottoscritti dagli aderenti, anche per evitare che le associazioni possano chiedere per la loro assistenza retribuzioni esose.

A fronte della nascita di una pluralità di modelli processuali di tutela collettiva risarcitoria, sarebbe auspicabile una regolamentazione a livello europeo, che possa incidere positivamente sulla competitività del mercato comune.

a tutela dei consumatori ed utenti, in *Giusto processo civile e procedimenti decisorii sommari*, a cura di L. Lanfranchi, Torino 1999, p. 140; G. Cian, *Il nuovo capo XIV bis (Titolo II, libro IV) del codice civile sulla disciplina dei contratti dei consumatori*, in *Studium iuris* 1996, p. 418; R. Conti, *Ai nastri di partenza l'inibitoria a tutela degli interessi collettivi*, ex art. 3 l. n. 281 del 1998, in *Corr. giur.* 2001, p. 397; F. Corsini, *L'azione inibitoria cautelare a tutela dei consumatori: legittimazione ad agire e «giusti motivi di urgenza»*, in *Giust. civ.* 1998, I, p. 272; R. Danovi, *L'azione inibitoria in materia di clausole vessatorie*, in *Riv. dir. proc.* 1996, p. 1073; R. Donzelli, *Tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, Napoli 2008; C. Ferri, *L'azione inibitoria prevista dall'art. 1469 sexies c. c.*, in *Riv. dir. proc.* 1996, p. 936; A. Fici, *Ancora sulla inibitoria ordinaria delle condizioni generali utilizzati dalle banche*, in *Corr. giur.*, 2003, p. 471; M. Frenguelli, *Dell'azione inibitoria collettiva di cui all'art. 1469 sexies*, in *Giust. civ.* 1999, I, p. 269; A. Frignani, *L'azione inibitoria contro le clausole vessatorie: considerazioni «fuori dal coro» di una civilista*, in *Riv. dir. proc.* 1997, p. 1021; A. Giussani, *Considerazioni sull'art. 1469 sexies c.c.*, in *Riv. dir. priv.* 1997, p. 344 ss.; Id, voce «azione inibitoria», in *Diritto processuale civile, Postilla di aggiornamento*, in *Enc. giur. it.* XVII, 1998; A. Graziulo, *Tutela del consumatore contro le clausole abusive*, Milano 2002, p. 214; L. Lanfranchi, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, Torino 2003; M. Libertini, *L'azione inibitoria collettiva in materia di clausole vessatorie*, in *Diritto privato*, Padova 1997, p. 218; Id, *L'inibitoria ex art. 1469 sexies c.c.*, in *I contratti in generale, aggiornamento 1991-1998*, a cura di G. Alpa M. Bessone, Torino 1999, I, p. 683; Id, *La tutela civile inibitoria*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di S. Mazzamuto, Napoli 1989, I, p. 315; Id, *Prime riflessioni sull'azione inibitoria dell'uso di clausole vessatorie*, in *Contr. impr./Eur.* 1996, p. 570; E. Minervini, *La tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Napoli 1999, p. 232; I. Pagni, *Tutela individuale e tutela collettiva nella nuova disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, in *Aa. Vv. Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, Napoli 1999, p. 166; Id, *Azione inibitoria delle associazioni ed azione di classe risarcitoria: le forme di tutela del codice del consumo tra illecito e danno*, in *An. giur. econ.*, 2008, p. 127; A. Palmigiano, *Art. 1469 sexies*, in *Aa. Vv., Clausole vessatorie e contratto del consumatore*, a cura di E. Cesàro, I, 3 ed., Padova 2001, p. 721; A. Palmieri, *Il controllo giudiziario delle clausole abusive, tra sentieri impervi e la tentazione di sortite avventurose*, in *Foro it.* 1999, I, c. 2087 ss., E. Poddighe, *I contratti con i consumatori. La disciplina delle clausole vessatorie*, Milano 2000, p. 391; C. Rapisarda Sassoon, voce «inibitoria», in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, IX, Torino 1993, p. 486; C. Rapisarda e M.V. Taruffo, voce «Inibitoria», in *Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.* Treccani, XVII, Roma 1989, p. 13; U. Ruffolo, *Le clausole vessatorie abusive inique e la ricodificazione negli artt. 1469 bis, 1469 sexies c.c.*, in *Clausole «vessatorie» e «abusive»*, a cura di U. Ruffolo, Milano 1997, p. 146; G. Tarzia, *La tutela inibitoria contro le clausole vessatorie*, in *Riv. dir. proc.* 1997, p. 643; L. Tavormina, *L'inibitoria collettiva a tutela dei consumatori. Mercato concorrenza e deterrenze*, in *Contr. impr.* 2009 p. 943; F. Tommaseo, *Art. 1469 sexies «azione inibitoria», Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, in *Cod. civ. Comm.*, Schlesinger, a cura di G. Alpa S. Patti, Milano 2003, p. 1190 ss.

Difese e decisioni

TRIB. MILANO 12 GENNAIO 2010
SENTENZA N. 316/2010
G.U. Filippo D'Aquino – Forneron Mondadori c. Price

**Uso indebito del cognome maritale da parte della donna divorziata
e lesione dell'“identità familiare”**

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale di Milano – I Sezione Civile

- convenuta

e con l'intervento in causa di

In persona del dr. Filippo D'Aquino in
funzione di Giudice Unico, ha pronunciato
la seguente

FORNERON MONDADORI France-
sco e FORNERON MONDADORI Filip-
po, rappresentati e difesi dall'Avv. Adriana
Boscagli in virtù di procura a margine della
comparsa di costituzione, elettivamente do-
miciliati in Milano, al Viale Regina Marghe-
rita n. 39

SENTENZA

Nella causa civile iscritta al n. 66119/07
R.G., promossa con atto di citazione notifi-
cato in data 15.10.2007 da:

- terzi intervenuti

MONDADORI Cristina, FORNE-
RON MONDADORI Martina Andreina
Maria, rappresentate e difese dall'Avv. Giu-
seppe Lombardi in virtù di procura a margi-
ne dell'atto di citazione, elettivamente do-
miciliate in Milano, alla Via Andegari n.
4/A

omissis

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione notificato in data
15.10.2007, Cristina Mondadori e Martina
Andreina Maria Forneron Mondadori, ri-
spettivamente zia e figlia del defunto Leo-
nardo Forneron Mondadori, convenivano
in giudizio davanti al Tribunale di Milano
Katherine Jaques Price, per ottenere la tute-
la giudiziale del cognome “Mondadori”, in
relazione al presunto indebito utilizzo di
tale cognome posto in essere da parte della
convenuta, ex moglie del defunto Leonardo
Forneron Mondadori.

- attrici

contro

PRICE Katherine Jaques, rappresentata
e difesa dagli Avv.ti Adriana Boscagli, Anna
Sammassimo e Lorenzo Burana in virtù di
procura a margine della comparsa di rispo-
sta, elettivamente domiciliata in Milano, al
Viale Regina Margherita n. 39

omissis

Si costituiva in giudizio Katherine Jaques Price, chiedendo il rigetto delle domande attrici. Preliminarmente parte convenuta eccepiva il difetto di legittimazione attiva delle attrici a tutela del cognome Mondadori nel suo complesso, non essendo le attrici titolari in via esclusiva del ridetto cognome.

omissis

MOTIVI DELLA DECISIONE

1.1 – L'odierno giudizio ha per oggetto l'azione di usurpazione dell'uso del cognome "Mondadori" da parte della convenuta Katherine Jaques Price, promossa dalle attrici, portatrici del cognome Mondadori e discendenti di Arnoldo Mondadori.

omissis

La convenuta fonda il proprio diritto all'uso del cognome "Mondadori" sulla sentenza di scioglimento del matrimonio del Tribunale di Milano in data 29.01 – 5.02.1994 n. 916/94 (doc. I fase. attore), la quale riporta in narrativa le condizioni, tra le quali quella secondo cui l'odierna convenuta è autorizzata ex art. 5, comma 3, I. 898/70 "ad utilizzare il cognome Forneron Mondadori nei limiti in cui ciò risulterà rispondere all'interesse dei figli a che il nucleo madre-figli non sia contraddistinto da cognomi differenti".

Parte attrice addebita alla convenuta di fare uso del cognome Mondadori per finalità estranee a quelle contenute nella sentenza o comunque non autorizzate dalla predetta sentenza, in quanto a scopo personale o commerciale, che nulla hanno a che vedere secondo parte attrice – con le condizioni della sentenza divorzile del Tribunale di Milano in data 5.02.1994. Le circostanze in

fatto sintomatiche di uso indebito del cognome Mondadori esposte da parte attrice sono quelle indicate in atto di citazione e riepilogate in comparsa conclusionale (pagg. 43, 29 e ss.).

1. La prima circostanza riguarda la realizzazione di un grattacielo in Dubai (Dubai Marina), arredato dalla convenuta quale interior design, pubblicizzato come KPM Tower, acronimo di Katherine Price Mondadori Tower (docc. 3, 13, 14, 15 fase. attrici). Iniziativa di ampio respiro, di cui parte attrice contesta l'uso del cognome Mondadori a scopi puramente pubblicitari e commerciali, ancorché nella predetta siano coinvolti i figli della convenuta, odierni terzi intervenuti.

2. La seconda circostanza attiene alla pubblicazione del cognome Mondadori sul sito internet riferibile alla convenuta e inerente a detta iniziativa immobiliare (www.kpmdubai.com). cognome utilizzato dalla convenuta – secondo la prospettazione di parte attrice anche in tal caso per avvantaggiarsi a fini commerciali della notorietà del cognome per meglio pubblicizzare la ridetta iniziativa immobiliare, in spregio delle condizioni della sentenza divorzile (docc. 4, 12 fase. att.).

3. La terza circostanza consiste nella registrazione della convenuta all'anagrafe residenti con il cognome Mondadori oltre che con il proprio cognome originario (doc. 5 fase. att.).

4. Ulteriori circostanze attengono a presunte condotte usurpative di fatto, poste in essere a Milano, condotte indicate originariamente in atto di citazione (già sommariamente riportate in narrativa), secondo cui la convenuta si sarebbe fatta riservare trattamenti propri della famiglia Mondadori:

a) presso alcuni esercizi commerciali, quali Già Moretti e Tod's, allo scopo di usufruire degli sconti praticati ai componenti della famiglia Mondadori;

b) presso il parrucchiere “Franco”, Via Pisoni n. 2, Milano, ove si sarebbe fatta riservare un’intera sala avvalendosi del cognome Mondadori;

5. Ulteriormente sintomatici di una condotta usurpativa del cognome sarebbero una serie di episodi di scambi di persona, avvenuti:

- a) in occasione di alcune imprecisate giornate di shopping milanese della convenuta, in cui gli acquisti sarebbero stati recapitati all’indirizzo delle odierne attrici;
- b) in occasione dell’acquisto di un panettone dalla pasticceria “Sant’Ambroeus”, in cui la fattura sarebbe stata recapitata alle attrici;
- c) in una imprecisata occasione presso la pescheria “Da Claudio”, ove l’attrice Mondadori Cristina sarebbe stata scambiata per la convenuta.

6. Ultima circostanza dedotta ai fini dell’azione proposta è un indebito uso da parte della convenuta del cognome Mondadori nelle relazioni sociali, come risultante da articoli di stampa (docc. 6 – 10 fasc. att.).

Vengono poi menzionate – in tema quantificazione del danno causato alle attrici – ulteriori condotte della convenuta, le quali avrebbero incrinato la “meritata e rispettata fama all’interno della comunità italiana e internazionale” della famiglia Mondadori (doc. Il fasc. att.).

Deducono, pertanto, le attrici presupposti dell’azione usurpativa in relazione al cognome Mondadori, azione che – come precisato nel corso del giudizio e soprattutto a seguito della rimessione in istruttoria – viene esercitata in relazione all’uso parziale del solo cognome “Mondadori”, deducendosi la violazione degli artt. 7, 8 c.c. e l’uso indebito di detto cognome da parte della convenuta non essendo l’uso in concreto fatto

dalla convenuta del cognome contemplato dalla sentenza del Tribunale di Milano n. 916/94. Deducono, inoltre, l’esistenza di un pregiudizio morale, chiedendo il risarcimento del danno nella misura di Euro 5.000.000,00 in conseguenza della condotta dolosa (cosciente e volontaria) di parte convenuta e della ripetitività delle condotte poste in essere (pagg. 43 – 48 I comp. concl.).

1.2 – Parte convenuta ha attuato una difesa in progress, articolando tre ordini di questioni preliminari.

La prima riguarda il difetto di legittimazione attiva delle attrici ad esercitare l’azione usurpativa del nome (ancorché in relazione alla sola parte del cognome Mondadori), assumendo che l’azione esperita dalle odierne parti attrici sarebbe una sorta di tutela gentilizia del solo cognome, laddove la tutela dell’uso indebito del cognome spetterebbe unicamente ai membri della famiglia facente capo al defunto Leonardo Forneron Mondadori a tutela dell’identità della famiglia nucleare facente capo al defunto Leonardo (pag. 17 I comp. concl). L’azione di parte attrice sarebbe, pertanto, assimilabile – secondo la prospettazione di parte convenuta – a una sorta di azione di classe, non prevista dalla legge. In ogni caso non sarebbe deducibile una tutela limitata solo a una parte del nome, il solo cognome Mondadori.

La seconda questione – articolata per la prima volta in memoria ex art. 183, comma 6, n. 1, c.p.c., ma che assume valore pregiudiziale – attiene alla legge applicabile. Asserisce parte convenuta che al caso di specie si applicherebbe la Convenzione di Monaco del 5.09.1980 (implicitamente richiamata dall’art. 2 l. 281/95), secondo la quale il diritto al nome portato dalla convenuta sarebbe regolato dal diritto statunitense, essendo

la convenuta cittadina americana (pag. 30 – 37 I comp. concl.).

La terza questione – articolata anch'essa per la prima volta in memoria ex art. 183, comma 6, n. 1, c.p.c. e avente valore pregiudiziale – concerne la legge regolatrice delle conseguenze della presunta violazione dell'uso del cognome, individuata dall'art. 24, comma 2, l. 218/95 nella legge regolatrice dei fatti illeciti e, con riferimento alla edificazione del grattacielo recante l'acronimo KPM, nella legge dello Stato di Dubai (pagg. 37 – 39 II comp. concl.).

omissis

1.5 – Stabilita, nel caso di specie, l'applicazione della disciplina di diritto interno, si passa alla questione attinente al presunto difetto di legittimazione delle odierne attrici.

omissis

Va stabilito, a questo punto, se le odierne attrici – zia e nipote del defunto Leonardo Forneron Mondadori – siano legittimate ad esperire l'azione di usurpazione ex artt. 6, 7, 8 c.c. in relazione al cognome Mondadori – e, quindi, in relazione a una parte del cognome di cui fa concretamente uso la convenuta Price e di cui era portatore il defunto Leonardo Forneron Mondadori – in violazione della sentenza del Tribunale di Milano n. 916/94 e con loro pregiudizio, in qualità di portatrici del cognome Mondadori e componenti della famiglia (estes) Mondadori e se tale azione spetti alle attrici quale sorta di tutela gentilizia all'uso del cognome, anziché a tutela di una loro posizione individuale.

1.6 – La risposta a tale questione va data – anziché alla luce dei precedenti richiamati dalle parti (caso “Paleologo”, caso “Lante della Rovere”, caso “Pucci”, caso “Mondadori-bis”, differenti in fatto rispetto al caso di specie) – ripercorrendo l'evoluzione che

la tutela del diritto al nome (nome personale, di battesimo o prenome, cognome o nome di famiglia: art. 6 c.c.) ha subito nel corso della seconda metà del XX secolo.

Va osservato, peraltro, che la questione della legittimazione attiva all'azione di usurpazione ex artt. 6 – 8 c.c. presenta presupposti differenti, ove essa sia diretta alla tutela del nome nel suo complesso, anziché (come nella specie) in relazione a una parte del nome (mero cognome). La questione è, ulteriormente, distinta da quella relativa all'accertamento dei fatti costitutivi dell'azione (benché anche la legittimazione attenga al merito della domanda), consistenti nell'uso indebito del nome (cognome) da parte della convenuta e nel pregiudizio subito dalla parte che esperisce l'azione. Una impostazione giuridica di questo tipo (prospettata da entrambe le parti), che sgancia la legittimazione ad agire dall'esame dei fatti costitutivi della domanda, corre il rischio di allontanare l'analisi della legittimazione attiva dalla prospettazione della causa petendi, allargando la questione in astratto, sino ad eludere l'analisi dei fatti costitutivi della domanda, ma così scaricando sull'analisi dei fatti costitutivi della domanda problematiche che, invece, devono essere proprie della stessa legittimazione ad agire.

Tuttavia la ricostruzione dei profili generali dell'istituto della tutela del nome nel suo complesso appare utile anche per la ricostruzione del fatto costitutivo del pregiudizio richiesto dall'art. 7 c.c. (infra 1. 12). Concorrono a individuare lo spettro di tutela sia l'art. 7 c.c., che prevede che la “persona” che può agire giudizialmente con l'azione di usurpazione è quella “che possa risentire pregiudizio dall'uso che altri indebitamente ne faccia”, sia l'art. 8 c.c., che estende la legittimazione attiva a “chi, pur non portando il nome contestato o indebitamente usato, abbia alla. tutela del nome

un interesse fondato su ragioni familiari degne d'essere protette". Ove la contestazione riguardi solo il cognome in quanto parte del nome – sulla quale si ritornerà infra – ci si chiede a chi spetti tale legittimazione, se ai membri della famiglia (nucleare) che faceva capo al defunto Leonardo Forneron Mondadori (come sostiene parte convenuta, impostazione che, peraltro, potrebbe fare salva la posizione dell'attrice Martina Mondadori, altra figlia di Leonardo, pena una discriminazione nei suoi confronti: pagg. 10 Il I replica att.), o se l'azione spetti anche a chiunque risulti portatore del cognome Mondadori e appartenga alla gens Mondadori.

La tutela all'uso del cognome quale segno distintivo della persona può apparire a prima vista anacronistica, laddove la tutela all'uso del nome (sub specie del cognome) mira a tutelare l'appartenenza di un individuo a un nucleo familiare, interesse che è proprio di una società preindustriale quale quella del XIX secolo, mentre attualmente si dà maggiore spazio alla tutela dell'individuo in sé considerato. Tuttavia tale soluzione appare condivisibile, se si tiene conto dell'evoluzione che la tutela del diritto al nome (e quindi del cognome) ha subito dal secondo dopoguerra. Il nome (e il cognome) continuano ad assolvere sia a una funzione di identificazione di un individuo persona fisica nei suoi diversi aspetti, oggettivi e soggettivi, sia a una funzione di collocazione dell'individuo nella comunità, con riferimento alla auto-percezione che l'individuo ha di se stesso, nonché alla protezione che di detta percezione la comunità appresta a sua tutela.

In dottrina vi è chi ha enucleato la tutela dei diritti della personalità (tra i quali rientra il diritto al nome) da quella dei "diritti della persona", che invece tutela l'insieme degli interessi attinenti all'integrità psicofisica della persona e, principalmente, il diritto

alla salute. Si tratta di una tutela privatistica relativamente recente, ignota alla codificazione napoleonica (incentrata sul modello della tutela della proprietà privata e degli interessi patrimoniali), che identifica una tutela erga omnes attinente all'individuo e, in quanto tale, inalienabile e intransmissibile. Tutela che alle attrici rinviene, pertanto, iure proprio, sia che la si intenda quale posizione soggettiva autonoma, sia quale diritto alla cessazione dell'evento lesivo costituito dall'abusivo utilizzo altrui del nome. Posizione che, ultimamente, merita particolare attenzione, sia a seguito dell'ingerenza che assumono i mezzi di comunicazione di massa e il progresso tecnologico (pubblicità, comunicazione globale) nei confronti della persona fisica, sia (soprattutto) per il rango costituzionale attribuito alla tutela della personalità – nella quale rientra il diritto al nome – dal secondo dopoguerra (art. 2 Cost.). Tale impostazione è condivisa dalla giurisprudenza specialmente in relazione alla posizione del cognome, laddove – proprio ritenendo che il passaggio da una concezione del cognome quale mero segno di identificazione della discendenza familiare ad una visione che lo inquadra tra gli elementi costitutivi dell'identità personale – intende la tutela del cognome e alla sua funzione connotatrice esperibile di per sé, tanto che è possibile sganciare le sorti del cognome dalla titolarità di una determinata posizione all'interno della famiglia e valorizzare un cognome al punto di escluderne l'uso se questo rechi pregiudizio all'individuo (Cass., sez. I, 26 maggio 2006, n. 12641).

Essendo, pertanto, il cognome, al pari del nome, destinato a una funzione di denotazione (identificativa) dell'individuo e, al contempo, di connotazione (descrittiva secondo il comune sentire sociale) della persona (e, quindi, non solo e non tanto nell'in-

teresse generale, quanto nell'interesse del singolo portatore del cognome), il titolare di un cognome può esperire ex artt. 6, 7 c.c. tanto l'azione di reclamo nei confronti di chi gli contesti l'uso del cognome, quanto l'azione di usurpazione (ove ne sussistano i presupposti) nei confronti del terzi. Lungi dall'essere tutela anacronistica a tutela di una gens (che non può essere tutelata in assenza di personificazione della famiglia, come nota la stessa parte attrice), la tutela all'uso del diritto al cognome (azione di reclamo ed usurpazione), in quanto rientrante nell'ambito della categoria dei "diritti della personalità", spetta astrattamente a qualsiasi portatore del ridetto cognome. Diversamente da quanto sostenuto da parte convenuta, l'azione di usurpazione a tutela del nome (cognomastica) non ha, pertanto, attitudine a istituire una tutela gentilizia del cognome in sé considerato ma, come correttamente osservato da parte attrice, tutela il portatore di quel cognome facendo sì che i terzi facciano uso del proprio nome per individuarne il portatore in via esclusiva e, al contempo si astengano – in questo l'azione inibitoria con condanna al non facere è emblematica – dall'uso indebito di tale segno distintivo della personalità, intesa come personalità morale, intellettuale e culturale ("fama").

1.7 – La tutela del cognome – e qui venendo al merito – può essere azionata anche indipendentemente dalla tutela del prenome. Sostiene parte convenuta che la tutela del diritto al nome va esperita avuto riguardo al nome nel suo complesso (nome e cognome), e, quindi, in relazione al nome complessivo "Leonardo Forneron Mondadori" (pag. 9 comp. cost.). L'impostazione, coerente con la premessa secondo cui i titolari all'uso del cognome sono solo i membri della famiglia nucleare che fa riferimento al

defunto Leonardo Forneron Mondadori, è infondata.

È principio oramai acquisito in giurisprudenza, di legittimità e di merito (Cass., sez. I, 22 ottobre 1984, n. 5343; Trib. Torino 16 dicembre 1966), che l'azione di usurpazione può essere esperita anche solo in relazione a parte del nome o anche a una sola parte del cognome, all'Ziché in relazione all'uso del nome nella sua interezza (nome e cognome), ben potendo tale azione avere ad oggetto il cognome Mondadori, mantenuto dalla convenuta a seguito della sentenza divorzile del 5.02.1994. L'uso indebito di solo una parte del cognome può essere elemento sufficiente per ottenere l'inibitoria all'uso del medesimo, ove la parte del cognome usurpata, per la risonanza storica che ha acquistato, sia dotata di una particolare forza individualizzante uno specifico casato o quando, più in generale, esista una situazione di confondibilità con riferimento all'ambiente, al luogo, all'attività o ad altre circostanze in cui venga fatto uso del nome alterato (Cass., sez. I, 22 ottobre 1984, n. 5343, cit.). Non è, quindi, necessario che il nome altrui venga usurpato nella precisa sua forma (e, a fortiori, nella forma completa nome e cognome), essendo sufficiente che l'uso del solo cognome o della parte maggiormente individualizzante dello stesso possa essere posto a fondamento della confusione interpersonale (Cass., sez. I, 15 marzo 1969, n. 829); così come un titolo o predicato nobiliare "cognomizzato" può essere oggetto di tutela ex art. 7 c.c., purché esistente prima del 28.10.1922 e riconosciuto prima dell'entrata in vigore della Costituzione, in quanto costituente vero e proprio elemento di individuazione e connotazione della persona (Cass., sez. I, 7 novembre 1997, n. 10936; Cons. Stato, sez. IV, 5 febbraio 2009, n. 668).

L'impostazione di parte convenuta – che ha focalizzato la domanda sull'uso parziale del solo cognome Mondadori – ha, peraltro, il pregio di restringere la cerchia dei legittimati all'uso del nome. Se, difatti, la tutela del nome nel suo complesso può astrattamente essere esperita da tutti coloro che portano quel cognome (salvo, poi, valutare in concreto l'esistenza del fatto costitutivo del pregiudizio sulla base del contesto in cui quel cognome viene utilizzato, per evitare azioni del tutto idiosincratiche), la tutela del solo cognome Mondadori, ove assunto a circostanza individualizzante, mira a identificare i membri della famiglia Mondadori che sono portatori di tale efficacia individualizzante.

Nel caso di specie il cognome Mondadori, uno dei cognomi che ha fatto la storia della cultura dell'Italia nel XX secolo, ha di per sé portata individualizzante (denotatrice) e connotatrice degli individui che appartengono alla famiglia Mondadori, se e in quanto discendenti da Arnaldo Mondadori, capostipite delle odierne attrici e fondatore nel 1907 della più importante e nota casa editrice italiana. La legittimazione attiva alla tutela dell'uso parziale del cognome utilizzato dalla convenuta Price è, pertanto, riservata a coloro che, appartenendo alla gens Mondadori, fruiscono in concreto dell'efficacia denotativa e connotativa di detto cognome, in quanto discendenti da colui che ha attribuito notorietà al cognome. L'azione a tutela di parte del cognome utilizzato dalla convenuta (Mondadori) non costituisce, pertanto, un'azione di classe (come quella di cui all'art. 140-bis d. lgs. 206/05) a tutela di tutti coloro che portano tale cognome, bensì un'azione che spetta ai singoli individui della famiglia Mondadori che sono portatori del cognome in quanto dotato nei loro confronti di efficacia denotativa e connotativa e, pertanto, ai discendenti dal ca-

postipite Arnaldo Mondadori. Le attrici devono, pertanto, ritenersi legittimate attivamente all'azione ex art. 7 c.c. con riferimento al solo cognome Mondadori. Assorbita è, pertanto, la valutazione della legittimazione attiva ex art. 8 c.c., attinente ai portatori di altro cognome associato a quello usurpato, nonché agli eredi, affini o affiliati del soggetto il cui nome è usurpato (Cass., sez. I, 27 luglio 1978, n. 3779).

1.8 – Passandosi ad esaminare in concreto i fatti costitutivi dell'azione proposta, va rilevato preliminarmente – come già osservato supra 1.6 – che il diritto all'uso del nome tutelato nell'art. 2 Cost. e negli artt. 6, 7, 8 e 9 c.c. si caratterizza per la sua rilevanza (anche pubblicistica, nel senso che esso soddisfa l'esigenza di una stabile organizzazione dei rapporti civili. Perché l'uso del nome venga represso è, peraltro, necessario che si verifichi l'uso indebito e pregiudizievole del nome altrui; il che – secondo la dottrina – si configura ogni qual volta detto uso (indebito e pregiudizievole) sia idoneo ad alterare il profilo sociale della individualità della persona, associando detta persona a situazioni o eventi estranei ad essa, ovvero ad opinioni o situazioni socio-culturali estranee o mai espresse dalla persona il cui nome viene usurpato. Se, difatti, l'evoluzione del diritto al nome inteso quale diritto della personalità ha condotto a un generalizzato ampliamento dello spettro di tutela di detta situazione soggettiva, tale ampliamento deve tenere conto della funzione connotatrice del cognome, non solo di quella denotatrice. Se, difatti, l'azione usurpativa non mira esclusivamente a tutelare l'oggettiva confondibilità del nome, bensì a evitare una confusione che attinga alla persona che porta detto nome (o cognome) e che sia in grado di cagionare, attraverso l'usurpazione (indebita e pregiudizievole) del nome altrui, un danno all'identità personale che porta il nome (cognome) usurpato, allora la

tutela al nome può essere esperita non solo laddove tale uso sia indebito, ma anche laddove l'uso usurpativo del nome altrui sia in grado di alterare l'efficacia individualizzante della persona e la portata connotatrice del cognome, con il suo corredo culturale. È, pertanto, necessario non solo l'uso indebito (non autorizzato) del nome (cognome), ma anche un pregiudizio, pregiudizio che, attenendo alla sfera della personalità umana, non deve necessariamente consistere in un pregiudizio patrimoniale o economico, ma può anche consistere in un pregiudizio morale. Ne consegue, secondo questa impostazione, che le utilizzazioni vietate dall'art. 7 c.c. (indebite e pregiudizievoli) oggetto di inibitoria possono anche non coincidere con tutte le utilizzazioni indebite altrui. PUÒ accadere, in altri termini, che vengano prospettate utilizzazioni indebite del nome (su questo aspetto insiste particolarmente parte convenuta, benché in via gradata), delle quali non può esserne ordinata l'inibitoria in quanto non pregiudizievoli, allo scopo – come osservato in dottrina di contenere l'azione nei limiti del ragionevole interesse del titolare. Pertanto, non tutte le utilizzazioni indebite sono azionabili con l'azione usurpativa, ma solo quelle che siano in concreto idonee a creare un pregiudizio, ancorché morale, al portatore del nome (cognome) usurpato, ovvero ove questo uso sia posto in essere in modo da ledere la reputazione o il decoro del titolare, in quanto portatore di quel cognome, ovvero anche laddove si arrechi (anche in modo potenziale) una possibilità di pregiudizio per il portatore del nome ove, come si vedrà, vi sia rischio di confusione tra il soggetto che porta legittimamente il cognome e il soggetto che lo usa illegittimamente. Pertanto, condotte usurpative in fatto, ma prive di pregiudizio (economico o morale) non possono essere poste ad oggetto, benché siano astrattamente idonee ad alterare il nome nella sua funzione

identificatrice, dell'azione di usurpazione ex art. 7 c.c. Perché la condotta usurpativa possa essere oggetto di azione inibitoria è necessario che ci sia un pregiudizio per l'individuo portatore di quel nome (cognome), presupposto dell'interesse di tale persona il cui nome è stato usurpato a non vedere travisato all'esterno della comunità – come osservato in dottrina – “il proprio patrimonio intellettuale, politico, sociale, religioso, ideologico e professionale, interesse che trova dimora nel nostro ordinamento in quanto riconducibile all'art. 2 della Cost.”.

1.9 – Prima di entrare in dettaglio sulle questioni dell'uso indebito del cognome Mondadori e sul pregiudizio richiesto dall'art. 7 c.c., occorre verificare in concreto in relazione a quali episodi asseritamente usurpativi l'azione è stata proposta.

1.9.1 – Irrilevante è, in termini di condotta usurpativa ex art. 7 c.c. la circostanza che la convenuta risulti registrata all'anagrafe come Katherine Jacques Price Mondadori (doc. 5 fasc. attrici, supra 1.1 n. 3). Premesso che la registrazione all'anagrafe non costituisce di per sé uso del cognome ma, al più, presupposto per promuovere la procedura di rettificazione di un atto dello stato civile ex art. 95 e ss. ord. st. civ., la registrazione anagrafica del cognome Mondadori rientra nelle statuizioni di cui all'art. 5, comma 3, l. 898/70 di cui alla menzionata sentenza del Tribunale di Milano 5.02.1994, secondo cui la convenuta è autorizzata a “utilizzare il cognome Forneron Mondadori nei limiti in cui ciò risulterà rispondere all'interesse dei figli a che il nucleo madre-figli non sia contraddistinto da cognomi differenti”, conservandosi tale unità anche attraverso la registrazione anagrafica.

1.9.2 – Irrilevante e non conferente è, ulteriormente, la principale condotta asseritamente usurpativa di parte attrice, ossia

l'iniziativa immobiliare in Dubai, consistente nella realizzazione di un grattacielo recante sulla sua sommità l'acronimo KPM.

Sotto questo profilo l'azione di usurpazione si rivela priva di fondamento. Come rilevato da parte convenuta, l'acronimo KPM non comporta alcuna associazione (indotta dalla semplice acronimia) con il cognome Mondadori, né l'utilizzo di detto acronimo costituisce uso del cognome Mondadori. L'acronimo KPM è privo di efficacia evocativa in relazione al cognome Mondadori, sia in relazione al suo complesso, sia in relazione alle sue singole parti. Non si vede sulla base di quale associazione logico-linguistica o emotiva l'acronimo in questione possa essere messo in relazione con il cognome Mondadori, se non per l'irrelevante circostanza che l'acronimo in questione contiene la lettera "M", iniziale del cognome Mondadori. Invero, come nota parte convenuta, l'acronimo può avere efficacia individualizzante e associativa con il bene che rappresenta o con le sue singole componenti (in cui "M" sta per Mondadori) in caso di acronimo noto (se non evocativo), come FIAT o BMW (evocative dei loro prodotti). Diversamente, come ampiamente documentato da parte convenuta, KPM non ha alcuna efficacia evocativa di per sé, posto che con la sigla KPM risultano censiti via internet diversi siti (doc. 13 fasc. convenuta). Solo chi ha familiarità con la convenuta può associare le lettere alle iniziali della convenuta (KPM Katherine Price Mondadori) e, in assenza di tale circostanza, l'associazione con il cognome Mondadori non sussiste.

La condotta indicata supra 1.1 n. 1 non è, pertanto, rilevante ai fini della domanda in oggetto. Risultano assorbite (sotto questo specifico profilo) le altre questioni prospettate dalle parti, anche a seguito dell'ordinanza di esibizione/ acquisizione del 15.05.2008.

1.9.3 – Provato è, invece, che la convenuta fa uso del cognome Mondadori via internet. Per il vero, non si tratta di un sito internet personale, bensì del sito www.kpmdubai.com relativo alla pubblicizzazione della KPM Tower (doc. 4, 12 fase. attori). Sotto questo profilo si è già rilevato supra 1.2 come parte convenuta abbia contestato dette risultanze documentali (docc. 4, 12 cit.) solo tardivamente nelle comparse conclusionali (pagg. 47 – 49 I comp. concl.; pagg. 2 – 3 II comp. concl.), mentre – in limine con la scadenza dei termini di cui all'art. 183, comma 6, n. 2, c.p.c. – abbia depositato una domanda di registrazione del marchio KPM in data 28.03.2008, documentazione successivamente prodotta in giudizio (doc. 17 fasc. conv.). Documentazione dalla quale risulta che, anche a nome dell'odierna convenuta, è stato depositato il Marchio "KPM" per l'Italia, l'Area EU e l'estero. Questione che apre un delicato problema di compresenza della tutela dell'art. 21, comma 2, l.m. che consente la possibilità della registrazione di nomi di persona diversi da chi la chiede ma che fa salva l'illiceità dell'uso del marchio laddove si ledano qualità della persona portatrice di quel nome quali la fama, la stima, il credito, la fiducia, la considerazione, il decoro, l'onore, il prestigio della persona che ha il diritto di portare il nome ("purché il loro uso non sia tale da ledere la fama, il credito o il decoro di chi ha diritto di portare tali nomi") – per la convenuta Price, contitolare del marchio KPM, con la tutela che ex art. 7 c.c. compete alle attrici.

Tuttavia deve rilevarsi come, ai fini del presente giudizio – che ha per oggetto la natura usurpativa dell'uso del cognome Mondadori da parte della convenuta Price – la documentazione prodotta da parte convenuta iussu iudicis è irrilevante. Come correttamente rilevato da parte attrice (pagg. 40 – 41 I comp. concl.), il marchio registrato da parte

convenuta attiene unicamente all'acronimo KPM (che, come si è rilevato, non ha alcuna efficacia associativa rispetto al cognome Mondadori) e non anche al cognome Mondadori. L'uso del cognome Mondadori, che compare chiaramente dalla stampa del sito www.kpmdubai.com (doc. 12 fasc. attrici) non è coperto dalla registrazione del marchio registrato e prodotto in corso di causa. Tale uso è chiaramente volto ad associare Mrs. Price all'ulteriore cognome Mondadori, in quanto all'acronimo KPM segue l'estensione Katherine Price Mondadori.

1.9.4 – Quanto alle condotte indicate supra 1.1 nn. 4, 5 deve ritenersi che parte attrice non abbia assolto all'opere della prova.

Nessuna prova è stata data di gran parte delle condotte usurpative poste in essere dalla convenuta Mrs. Price in Milano, consistenti nell'essersi la stessa fatta riservare trattamenti propri della famiglia Mondadori presso alcuni esercizi commerciali, quali Giò Moretti e Tod's, allo scopo di usufruire degli sconti praticati ai componenti della famiglia Mondadori, nonché presso il parucchiere "Franco", Via Pisoni n. 2, Milano, ove si sarebbe fatta riservare un'intera sala avvalendosi del cognome Mondadori. I capitoli di prova richiesti da parte attrice sono irrilevanti, in quanto relativi a circostanze differenti da quelle allegate e, in ogni caso, formulati in maniera del tutto generica (in particolare il cap. 8).

Priva di prova è, poi, la circostanza dell'uso indebito del nome per effetto delle circostanze sintomatiche degli scambi di persona tra la convenuta Price e l'attrice Cristina Mondadori, avvenuti in occasione di alcune giornate di shopping, dell'acquisto di pesce in pescheria, nonché di un (ottimo) panettone dalla pasticceria "Sant'Ambroeus".

1.9.5 – Provato è, invece, l'uso del cognome Mondadori (non anche dell'intero cognome Forneron Mondadori) della convenuta Price nelle relazioni sociali (supra 1.1 n. 6). La convenuta Price si presenta, anche senza accompagnarsi ai figli, come Mrs. Price Mondadori nella stampa (doc. 7 fase. attrici), soprattutto mondana (docc. 6, 8, 9, 17 fasc. attrici), mostrando il nome associato alla propria immagine (Katherine Price Mondadori, "una lady tra America e Italia", Katherine Price con membri della famiglia Kennedy alla Scala, Katherine Price Mondadori in spiaggia a una festa di gemellaggio con il Pink Elephant di New York: docc. ult. citt.), nelle iniziative benefiche (doc. 10). In numerosi scatti diffusi via internet prodotti in atti (alla Masseria di Ostuni di proprietà della convenuta, a Palm Beach e in altre occasioni) viene persino eliso il cognome Price e la convenuta viene rappresentata come Katherine Mondadori tout court (doc. 19 fasc. attrici).

Se, come rileva parte convenuta (pag. 47 I comp. concl.j, in alcune foto la convenuta appare unitamente ai propri figli, nella maggioranza delle apparizioni sulla stampa e sul web la stessa viene ritratta come sig.ra "Mondadori", ancorché in assenza dei figli (pag. 45 I comp. concl.)).

1.10 – Fatta tale precisazione deve stabilirsi se le condotte indicate supra 1.9 ritenute astrattamente condotte usurpative (uso del cognome Mondadori nel sito internet www.kpmdubai.com. uso del cognome Mondadori nelle relazioni sociali, ancorché non associata ai propri figli) costituiscono condotte indebite. Tale uso indebito va valutato in relazione alle condizioni della sentenza divorzile del Tribunale di Milano in data 5.02.1994, n. 916/94 (doc. 1 fasc. attori), posto che – come già esaminatosi con ordinanza 22.08.2009 e, una volta applicata al caso di specie la disciplina italiana per

quanto supra 1.3 – la convenuta non utilizza ex abrupto un cognome di terzi (pagg. 25 – 26 concl. conv.), ma è stata autorizzata dal Tribunale di Milano ex art. 5, comma 3, l. 898/70. Come noto, il diritto della moglie al cognome del marito è un riflesso diretto dell'unità familiare, un contrassegno del vincolo coniugale e della appartenenza della moglie al gruppo familiare facente capo al marito, che viene, pertanto, meno all'atto della cessazione del vincolo coniugale e dell'unità del gruppo familiare, con conseguente perdita della moglie del diritto all'uso di quel cognome (Trib. Bari, 15 marzo 2007; App. Bologna, 25 giugno 1977), salvo che il tribunale “con la sentenza con cui pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio” autorizzi “la donna che ne faccia richiesta a conservare il cognome del marito aggiunto al proprio quando sussista un interesse suo o dei figli meritevole di tutela” (art. 5, comma 3, l. 898/70), non anche un interesse artistico o lavorativo dell'ex coniuge (Trib. Napoli, 11 luglio 2003).

Se, pertanto, la moglie divorziata fa uso del cognome del marito in violazione del precetto di espressa autorizzazione giudiziale ex art. 5, comma 3, l. cit., tale uso si configura come indebito negli stessi termini in cui la stessa sia ex abrupto inabile a servirsi di tale cognome (Cass., sez. I, 5 ottobre 1994, n. 8081).

Nel caso di specie le condizioni dell'uso del cognome appaiono chiare: la convenuta è autorizzata ad “utilizzare il cognome Forneron Mondadori nei limiti in cui ciò risulterà rispondere all'interesse dei figli a che il nucleo madre-figli non sia contraddistinto da cognomi differenti”. Non è consentito, pertanto, alla convenuta fare uso del cognome Forneron Mondadori (che, per quanto prospettato, viene utilizzato dalla convenuta solo in relazione alla parte “Mondadori”)

per finalità commerciali, professionali, artistiche, imprenditoriali o, in generale, personali, ma solo per contraddistinguere l'unità del nucleo familiare madre-figli ed evitare che il nucleo familiare “madre-figli sia contraddistinto da cognomi differenti”.

L'uso del cognome Mondadori nel sito www.kpmdubai.com e nelle relazioni sociali (soprattutto nelle immagini diffuse via web e nella stampa mondana) costituisce uso indebito del cognome Mondadori, in quanto non rientra “nei limiti in cui ciò risulterà rispondere all'interesse dei figli a che il nucleo madre-figli non sia contraddistinto da cognomi differenti” (Trib. Milano, 5.02.1994, cit.). Tale uso viene posto in essere per finalità personali (che in questo senso appaiono giuridicamente irrilevanti, se non per connotare tale uso come indebito), dirette ad associare la sig.ra Price al cognome Mondadori che, in quanto tale, non è abilitata all'uso di tale cognome, salva la ricordata riserva di cui all'art. 5, comma 3, l. 898/70, non ricorrente nella specie. L'uso potrebbe essere non indebito ove la convenuta si fosse fatta ritrarre con la precisazione “Katherine Price e Filippo e Francesco Mondadori”, ovvero laddove sotto il marchio KPM fosse apparsa la didascalia “Katherine Price & Mondadori”, a connotare l'alterità tra la convenuta (che, essendo estranea alla famiglia Mondadori, non può fare utilizzo di tale cognome se non per le finalità previste dalla sentenza del 5.02.1994) e il cognome Mondadori. Irrilevante è, poi, che l'iniziativa corredata del marchio KPM (il quale non contempla il cognome Mondadori) riguardi anche gli odierni terzi intervenuti. Per come il cognome è esposto sul web, esso appare attribuito di per sé alla convenuta senza alcun collegamento formale con “l'interesse dei figli a che il nucleo madre-figli non sia contraddistinto da cognomi differenti”.

1.11 – Più complessa appare la questione della sussistenza del pregiudizio richiesto dall'art. 7 c.c., questione anch'essa prospettata con ordinanza del 22.08.2009, ossia se possa considerarsi pregiudizievole ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 7, 8, c.c. per come inteso dalla giurisprudenza, l'uso del cognome Mondadori nel richiamato sito internet, nonché in relazione alle ulteriori condotte menzionate supra 1.9.

Sotto questo profilo va rilevato, in uno con l'orientamento già espresso dalla Corte territoriale (App. Milano, 21 febbraio 1992), che il pregiudizio in questione non può consistere nel mero vantaggio altrui derivante dall'uso indebito del cognome. Appare evidente che l'uso del cognome, benché abusivo, viene posto in essere dall'usurpatore per ottenere un vantaggio, ancorché non patrimoniale, derivante dall'associazione che la propria persona trae con un diverso segno distintivo della personalità, ove questo sia dotato di forza individualizzante se non attrattiva. Il pregiudizio richiesto dall'art. 7 c.c. va, invece, verificato nei riguardi di chi esperisce l'azione e non può risolversi nel mero vantaggio che altri ne tragga. Affinché ricorra un illecito ex art. 7 c.c. non è, pertanto, sufficiente un uso del proprio nome in modo non conforme all'art. 6 c.c., ma occorre, a prescindere dalle intenzioni e dalle speranze dell'autore dell'abuso e dagli eventuali vantaggi che questi ne tragga, che tale uso esso rechi pregiudizio al legittimo titolare del nome.

Il concetto di pregiudizio previsto dall'art. 7 c.c. ai fini dell'inibitoria dell'uso del cognome viene inteso in senso diverso dal pregiudizio proprio di una azione risarcitoria. Ricorre abitualmente, se non pacificamente, in giurisprudenza l'affermazione secondo cui detto pregiudizio non deve necessariamente tradursi, in concreto, in conseguenze dannose, ma può essere meramente potenziale (Cass., sez. I,

16 luglio 2003, n. 11129; Casso 11 novembre 1970 n. 2356), laddove l'azione risarcitoria, in conformità ai principi generali che regolano l'illecito aquiliano, necessita della prova del pregiudizio effettivamente verificatosi nella sfera patrimoniale del danneggiato (Cass., sez. I, 7 marzo 1991, n. 2426; Trib. Roma, 24 gennaio 1994); pregiudizio – ovvero rischio che si verifichi un pregiudizio alla personalità – che va in ogni caso accertato in concreto, perché, altrimenti, la norma nulla avrebbe detto (Cass., 11129/03, cit.).

La frontiera del danno potenziale è, pertanto, il confine individuato dalla giurisprudenza per coniugare la tutela di un diritto assoluto incompressibile, quale quello al nome (la cui violazione non necessariamente deve tradursi in un pregiudizio patrimoniale e che, in quanto tale, prescinde dal concetto stesso di interesse patrimoniale, come evidenziato supra), con l'interesse ad agire di chi è portatore del nome, allo scopo di evitare che – come osservatosi supra 1.8 – l'azione di usurpazione venga contenuta nei limiti del ragionevole interesse del titolare. È, quindi, necessario (stante il riferimento all'esistenza di un pregiudizio giuridicamente rilevante) escludere dalla sfera di tutela dell'art. 7 c.c. quelle utilizzazioni altrui del nome non rispondenti a un pregiudizio, ancorché morale, del titolare, come avviene per le violazioni della proprietà, che possono essere poste in essere anche per finalità meramente idiosincratice (Cass. 22 ottobre 1984 n. 5343). Il diritto al nome, non può essere, difatti, associato a un diritto reale, perché diversamente non sarebbe richiesto il pregiudizio ma basterebbe l'uso altrui indebito e vi sarebbe, inoltre, l'esclusiva all'uso del nome, quando è ammessa la possibilità di omonimie. Al contempo questo pregiudizio non deve essere un pregiudizio che si manifesti in concreto. Il diritto al nome viene tutelato non solo per le conse-

guenze pregiudizievoli che l'uso illecito altrui provoca, ma per la sua lesione in quanto tale, che autorizza l'inibitoria dell'uso del nome. Questo spiega perché l'azione risarcitoria è coeva e diversa da quella inibitoria all'uso del cognome, laddove l'art. 7 c.c. dispone che "la persona (u.) che possa risentire pregiudizio dall'uso (...) può chiedere giudizialmente la cessazione del fatto lesivo, salvo il risarcimento dei danni". La sussistenza del pregiudizio ai [mi dell'inibitoria dell'uso del nome è altro rispetto al pregiudizio necessario perché sussista il diritto al risarcimento del danno ("salvo"), che richiede un danno in concreto. È, quindi, sufficiente che il titolare possa risentire un pregiudizio, anche non necessariamente patrimoniale e neanche concretamente manifestatosi, dall'altrui uso indebito del cognome, pregiudizio distinto e indipendente dal verificarsi di un evento dannoso e, come la richiamata giurisprudenza ha affermato, ancorché sia meramente potenziale.

Pregiudizio è, innanzi tutto, il rischio che si crei una situazione di confondibilità tra l'autore dell'illecito e la singola persona il cui nome venga usurpato o il nucleo familiare cui questi appartiene (App. Milano, 21 febbraio 1992). Trattandosi di pregiudizio potenziale rileva, come notato da parte attrice (pag. 39 I replica), anche il semplice rischio di confondibilità ingenerato dalla condotta dell'usurpatore. Nel precedente appena richiamato altri membri della famiglia Mondadori discendenti da Arnoldo Mondadori (provenienti da ramo diverso da quello dell'attrice Cristina Mondadori) avevano contestato al defunto Leonardo Forneron Mondadori l'uso del cognome Forneron Mondadori e in tale giudizio (che, come si è rilevato supra, aveva ad oggetto un caso di specie affatto differente da quello in esame) l'uso di detto cognome, legalmente autorizzato, era stato ritenuto non idoneo a

recare pregiudizio ai discendenti patrilineari dell'avo medesimo.

Pregiudizio è, inoltre, anche la mera associazione che si creerebbe tra la persona che usa indebitamente il cognome usurpato (o un prodotto commerciale che usa il nome di una persona fisica) e le persone titolari del cognome medesimo (App. Milano, 14 giugno 1983), salvo che si tratti di cognome a larga diffusione (es. Rossi), oppure di persona del tutto sconosciuta nell'ambiente in cui il nome è stato indebitamente usato (Trib. Bologna, 2 luglio 2004).

Pregiudizio è, anche il pregiudizio morale (Cass. 27 luglio 1978, n. 3779; Trib. Milano, 15 gennaio 1986; App. Roma, 29 gennaio 1960), corrispondente alla lesione dell'onore, del decoro e della reputazione, ovvero anche alla privazione, per il soggetto leso, della libertà di autodeterminarsi in relazione all'utilizzo del proprio nome, ovvero a vedere commista la propria persona a quella del portatore del cognome usurpato, risultando il nome alterato rispetto alla sua funzione identificatrice, la quale si ricollega sempre ad un interesse della persona a non veder che all'esterno sia travisato il proprio patrimonio intellettuale, politico, sociale, religioso, ideologico e professionale Cass., sez. I, 22 giugno 1985 n. 3769).

Si tratta, pertanto, di una nozione di pregiudizio che, pur dovendo essere accertato in concreto, è intesa non solo in senso meramente potenziale (pertanto, come rischio che si verifichi un evento pregiudizievole), ma anche in senso particolarmente ampio, ossia come pregiudizio attinente a un qualsiasi aspetto della personalità umana.

1.12 – Ritiene questo giudice che il pregiudizio, quanto meno potenziale, per le odierne attrici, derivante dall'uso del cognome Mondadori da parte della convenuta, sussiste in quanto sussiste il pericolo di confusione, indi-

viduale e familiare, tra le attrici e la convenuta, tenuto conto dell'ambiente, del luogo, dell'attività (Cass., sez. I, 22 ottobre 1984, n. 5343, cit.) e delle modalità con cui viene attuato l'uso del cognome "Mondadori". Pur non essendo stati provati scambi di persona (fatti sintomatici della confusione ingenerata da un uso usurpativo del cognome), è indubbio che l'uso amplissimo e non riservato fatto dalla convenuta presso la stampa, soprattutto mondana (in alcuni casi senza la menzione del proprio cognome originario Price) e via internet del cognome Mondadori, sia idoneo a creare confusione tra la convenuta e le attrici. In tal caso per come stabilito dalla Corte territoriale (App. Milano 21 febbraio 1992, cit.) – il rischio di confusione esiste anche in relazione all'identità "familiare" (concetto su cui indugia la stessa convenuta: *pago 17 I comp. concl.*, *pago 15 I replica*), con ciò non intendendosi una tutela della famiglia Mondadori in sé, ma una tutela dei discendenti – in quel caso come nel presente – di Arnoldo Mondadori.

Indebito e pregiudizievole si rivela l'uso del cognome Mondadori nelle relazioni sociali come indicato *supra* 1.9.5 (1.1 n. 6), dove la convenuta non lesina a mostrarsi in pubblico, senza i propri figli, spacciandosi indebitamente per la sig.ra Mondadori, in molti casi senza fare menzione del proprio cognome (Price), senza averne titolo.

Questo uso è pregiudizievole in primo luogo in relazione all'ambiente, costituito dalla borghesia milanese (come risulta da quanto rappresentato dagli articoli di stampa) e, quindi, nello stesso ambiente frequentato dalle attrici. Ambiente in cui appare sin troppo nota la portata evocativa e connotatrice del cognome Mondadori (se non persino l'aspetto fisico delle odierne attrici), stante il vincolo con cui il cognome Mondadori e i discendenti di Arnoldo Mondadori sono associati nel costume e nel mondo della cultura milanese.

L'associazione tra il cognome Mondadori e Mrs. Price e la confusione indotta tra Mrs. Price e la persona delle attrici, per la pervasività con cui la convenuta si mostra alla stampa, associando il proprio viso al cognome Mondadori, non è, tuttavia, limitata – per la portata evocativa del cognome Mondadori – alla sola sfera di soggetti frequentati da Mrs. Price e dalle attrici. Il cognome Mondadori, proprio per la sua forza evocativa, ha forza individualizzante per qualunque cittadino italiano (ben più del cognome "Paleologo", attinente alla parte colta della popolazione) ed è idoneo ad associare Mrs. Price alla famiglia Mondadori, con il conseguente rischio di confusione della convenuta con le odierne attrici in qualità di discendente di Arnoldo Mondadori per qualunque cittadino italiano. Associazione che, pertanto, viene ingenerata anche per l'ampiezza e le modalità con cui la convenuta si mostra presso la stampa come portatrice del cognome Mondadori senza averne titolo alcuno.

È questo l'elemento discriminante in fatto tra l'odierno caso e quello dedotto come "Mondadori-bis" (in realtà è questo il caso "Mondadori-bis"): in quel caso la querelle opponeva i discendenti patrilineari di Arnoldo Mondadori e il discendente matrilineare (Leonardo Forneron Mondadori). In questo caso la querelle è tra i discendenti (patrilineare l'attrice Cristina e matrilineare l'altra attrice Martina) di Arnoldo Mondadori e un soggetto estraneo alla famiglia Mondadori.

Indebito e pregiudizievole è, inoltre, l'uso fatto dalla convenuta del cognome Mondadori nel sito www.kpmdubai.com. Se, come più volte osservato, il sito mira a pubblicizzare l'iniziativa edilizia in quel di Dubai (di per sé del tutto lecita ed estranea alla tutela di cui all'art. 7 c.c.), l'accesso al sito è, ovviamente, indiscriminato. Per il vero, appare verosimile se non evidente che

l'apposizione del cognome Mondadori in detto sito (non coperto dalla registrazione del marchio KPM, come già detto), ha lo scopo di attrarre l'attenzione del pubblico su Mrs. Price in quanto associata a detto cognome, il che crea, di conseguenza, confusione tra Mrs. Price e le odierne attrici. Diverso sarebbe se la condotta della convenuta fosse stata posta in essere esclusivamente in relazione a un contesto territoriale, quale quello di Dubai, nel quale la forza evocativa del cognome Mondadori appare marginale, mentre l'utilizzo del www rende, per la sua diffusività, la condotta di parte convenuta, idonea ad alimentare il rischio di confondibilità, quanto meno ove tale diffusione avviene in Italia, ove la forza evocativa del cognome Mondadori è fortissima.

L'esistenza del rischio di confusione, sotto il profilo del rischio di associazione della convenuta alle attrici quali membri della famiglia Mondadori e discendenti di Arnoldo Mondadori fonda l'esistenza del pregiudizio rilevante ex art. 7 c.c. in relazione alle condotte supra 1.1, nn. 2 e 6. Appare assorbita la valutazione della lesione dell'onore delle attrici (in punto pregiudizio rilevante ex art. 7 c.c.) conseguente al lamentato comportamento politically incorrect assunto dalla convenuta (doc. I I fasc. attrici). La domanda di usurpazione va, pertanto, accolta come da dispositivo in relazione a entrambe le condotte supra 1.1 nn. 2 e 6.

1.13 – Infondata è, invece, la domanda di risarcimento del danno. Il danno, in caso di violazione di diritti della personalità, può essere inteso – come nota puntualmente parte attrice – in senso puramente morale, per giurisprudenza di questo tribunale (Trib. Milano, 7 aprile 2008; Trib. Milano, 9 gennaio 2004), nonché della Suprema Corte a seguito del recente revirement (Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972), laddove si è statuito che tale voce di

danno possa essere riconosciuta non solo in caso di fatto illecito configurabile come reato, ovvero in caso di ipotesi specificamente previste dalla legge (come in caso di illecito trattamento dei dati personali o di violazione delle norme che vietano la discriminazione razziale), ma anche qualora il fatto illecito abbia violato in modo grave diritti inviolabili della persona, quali i segni distintivi della persona protetti ex art. 2 Costo e tra questi il diritto al nome.

Tuttavia, mentre il pregiudizio rilevante ai fini dell'inibitoria all'uso del cognome può essere meramente potenziale, quello legato all'azione risarcitoria deve necessariamente tradursi in un danno, come osservato più volte, secondo le regole del fatto illecito aquiliano. Se, pertanto, esiste in concreto il rischio di confondibilità tra la posizione di Mrs. Price e i portatori del cognome Mondadori discendenti di Arnoldo Mondadori, non vi è prova che questo rischio di confondibilità si sia tradotto in un pregiudizio effettivo per il decoro, la fama, l'onore e la reputazione delle attrici. Nessun documento, né mezzo di prova è stato portato in giudizio – né sono stati allegati specifici elementi indiziari presuntivamente gravi ex art. 2729 c.c. – per comprovare uno specifico pregiudizio, iperbolicamente richiesto nella misura di Euro 5.000.000,00. Quanto, poi, alla dedotta condotta politically incorrect (doc. II fasc. attrici), trattasi di elemento di per sé insufficiente a fondare una tutela risarcitoria, benché ancorata al mero pregiudizio morale, in quanto condotta episodica e priva di causalità efficiente in ordine al fatto di avere creato un pregiudizio ancorché solo morale per le odierne attrici.

Pertanto, la circostanza che Mrs. Price abbia ripetutamente e scientemente cercato di associare la propria persona al cognome Mondadori per acquisire visibilità – circostanza che costituisce il leitmotiv riproposto

dalle attrici dall'introduzione del giudizio sino all'ultima memoria e che può darsi per acquisita – tale condotta, se costituisce vantaggio personale per la convenuta, non costituisce al contempo ragione di danno per le attrici altro essendo il pregiudizio (in concreto) subito dalle attrici, altro il vantaggio anche non patrimoniale della convenuta (App. Milano, 21 febbraio 1992, cit.). La domanda risarcitoria va, pertanto, rigettata.

2 – La sentenza va pubblicata a termini dell'art. 7, comma 2, c.c. come indicato in dispositivo, per dare effettività ed attuazione alla tutela inibitoria (Cass., sez. I, 7 marzo 1991, n. 2426). Posto che l'associazione del cognome Mondadori è stata posta in essere in Italia non solo a Milano ma anche in altre località (Ostuni, Brindisi), si fa esclusione della cronaca locale dei giornali ivi menzionati, data la rilevanza e la diffusività della condotta posta in essere dalla convenuta.

omissis

P.Q.M.

Il Tribunale di Milano, I Sezione Civile, in funzione di Giudice Unico, definitivamente pronunciando sulla domanda proposta da Cristina Mondadori e Martina Andreina Maria Forneron Mondadori nei confronti di Ka-

therine Jaques Price con atto di citazione notificato in data 15.10.2007 e con l'intervento in corso di causa di Francesco Forneron Mondadori e Filippo Forneron Mondadori, così provvede:

1 – in parziale accoglimento della domanda, dichiara l'illiceità dell'uso del cognome "Mondadori" da parte di Katherine Jaques Price e ordina a Katherine Jaques Price di non fare uso in pubblico del cognome "Mondadori", ove non risponda all'interesse dei figli a che il nucleo madre-figli non sia contraddistinto da cognomi differenti; ordina a Katherine Jaques Price di rimuovere dal sito internet www.kpmdubai.com la parola "Mondadori" in calce al marchio KPM; rigetta la domanda di risarcimento del danno;

2 – ordina, entro trenta giorni dalla comunicazione della sentenza, la pubblicazione del dispositivo della sentenza, per due volte per ciascun giornale, sui quotidiani "Il Corriere della Sera" e "La Repubblica", in carattere doppio rispetto a quello normale di stampa, con esclusione della cronaca locale, a cura delle attrici e a spese della convenuta;

omissis

Nota*

SOMMARIO: 1. Il caso. – 2. Diritto al nome, identità personale ed uso del cognome da parte della donna divorziata. – 3. Azione di usurpazione: presupposti della pronuncia inibitoria e lesione dell'identità personale. – 4. Segue. La condanna al risarcimento del danno non patrimoniale. – 5. Usurpazione del (solo) cognome e tutela dell'«identità familiare».

1. Il caso

Nel 1995 il Consiglio di Stato poneva fine ad una vicenda giudiziaria quasi decennale, rigettando l'istanza con la quale Leonardo Forneron, figlio di Mimma Mondadori, nipote di Arnoldo, ottenuta l'aggiunta del cognome materno, domandava di anteporlo a quello paterno¹.

A distanza di 25 anni il cognome Mondadori è nuovamente oggetto di una sentenza rinvenuta agli onori della cronaca. Nel caso deciso dal provvedimento in epigrafe la zia e la figlia (di primo letto) di Leonardo Forneron Mondadori avevano agito contro l'ex moglie di questi, nel frattempo defunto, contestandole l'uso illegittimo del cognome maritale, che ai sensi dell'intervenuta sentenza di divorzio poteva aggiungere al proprio solo per esigenze di unitaria identificazione del proprio nucleo familiare, composto dalla medesima e dai figli Forneron Mondadori. Il Tribunale di Milano ha accolto l'istanza inibitoria avanzata dalle attrici *ex art. 7 c.c.*, ravvisando nel caso di specie l'illegittimità dell'uso del cognome Mondadori da parte della signora Price, che in concreto veniva utilizzato per motivi estranei ad esigenze di unitaria identificazione del nucleo familiare.

Secondo il Tribunale, inoltre, l'usurpazione del cognome Mondadori, data «la risonanza storica» che esso ha acquistato ed in considerazione della «particolare forza individualizzante uno specifico casato», ha ingenerato «una situazione di confondibilità con riferimento all'ambiente, al luogo, all'attività o ad altre circostanze in cui venga fatto uso del cognome alterato», cagionando un danno, ancorchè solo morale o potenziale, rilevante ai fini della condanna alla cessazione della condotta indebita. È stata di contro rigettata la domanda di risarcimento del danno non patrimoniale, non avendo le attrici dato prova degli elementi costitutivi del fatto illecito *ex art.*

* Il presente scritto è destinato agli Studi in onore di Giovanni Gabrielli.

¹ Il riferimento è alla vicenda, conclusasi con la sentenza del Consiglio di Stato del 6 marzo 1995, n. 145, in *Foro amm.*, 1995, 557, con la quale il giudice amministrativo ha rigettato la domanda di Leonardo Forneron Mondadori, discendente matrilineare del capostipite Arnoldo, di anteporre al cognome paterno (Forneron) quello materno, aggiunto a seguito dell'accoglimento della richiesta avanzata al Ministero di Grazia e Giustizia.

2043 ss. c.c. e della circostanza che il rischio di confondibilità suddetto si fosse tradotto «in un pregiudizio effettivo per il decoro, la fama, l'onore e la reputazione»².

La sentenza merita di essere segnalata non solo per la notorietà delle persone coinvolte e per il conseguente risalto mediatico della vicenda, ma soprattutto in quanto consente di riflettere sui confini della disciplina codicistica della tutela del diritto al nome e sugli interessi molteplici ad essa sottostanti, che coinvolgono sia i singoli che l'identità familiare.

2. Diritto al nome, identità personale ed uso del cognome da parte della donna divorziata

A differenza di altri diritti della personalità, il diritto al nome gode di espressa e dettagliata tutela nell'ambito del tessuto codicistico, ed in particolare agli articoli 6 e seguenti, i quali, accanto al riconoscimento del diritto di ogni persona al nome – attribuito per legge e insuscettibile di essere modificato se non nelle ipotesi previste –, dettano specifiche tutele per il caso in cui tale diritto venga contestato, ovvero la persona possa risentire pregiudizio dall'uso del proprio nome che altri indebitamente faccia (art. 7). Alla disciplina codicistica si collegano l'art. 22 Cost., il quale sancisce come nessuno possa essere privato del proprio nome per motivi politici, le norme contenute nel d.p.r. 396/2000 sull'Ordinamento dello stato civile, che regolano tanto l'acquisto del nome quanto i procedimenti per il suo mutamento³, oltre che numerose Convenzioni internazionali⁴.

Ferma la funzione di identificazione della singola persona unitariamente svolta dal nome, ciascuno degli elementi che lo compongono risponde a differenti esigenze: il prenome, infatti, vale a distinguere il soggetto all'interno del gruppo familiare di appartenenza, mentre il cognome consente di identificare, come meglio oltre si dirà, la persona quale componente della famiglia⁵.

Se in passato era controversa⁶ la natura giuridica del nome – ad un orientamento pubblicistico che ne ravvisava una sorta di “matricola amministrativa”, un “istituto di

² Le parti del testo riportate tra virgolette sono tratte dalla sentenza in commento.

³ Artt. 33-37 relativi all'attribuzione del cognome e del nome; Artt. 84-94 relativi ai cambiamenti e alle modificazioni del nome e del cognome.

⁴ Si pensi alla Convenzione relativa ai cambiamenti di nome e cognome di Istanbul 4 settembre 1958; alla Convenzione di Berna del 13 settembre 1973 relativa all'indicazione dei cognomi e nomi nei registri dello stato civile; alla Convenzione di Monaco del 5 settembre 1980, sulla legge applicabile ai cognomi e ai nomi; alla Convenzione de L'Aja dell'8 settembre 1982, relativa al rilascio di un certificato di diversità di cognomi. Le convenzioni sono raccolte e commentate in Sesta (a cura di), *Codice della famiglia*, III, II ed., Milano, 2009.

⁵ Breccia, *Delle persone fisiche*, artt. 1-10, in *Comm. Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 1988, sub art. 6 c.c., 394.

⁶ Il dibattito è ricostruito con ampi riferimenti da Dogliotti, *Le persone fisiche*, in *Trattato di diritto privato*,

polizia civile”, funzionale al controllo dei cittadini da parte dello Stato e come tale insuscettibile di essere volontariamente mutato, si contrapponeva quello che riconduceva il diritto al nome a quello di proprietà – occorre porre in evidenza come il progressivo riconoscimento della persona quale valore fondamentale dell’ordinamento⁷ e la conseguente valorizzazione del disposto dell’art. 2 della Costituzione, abbia condotto negli ultimi decenni a promuovere la configurazione del nome come diritto della personalità, di poi posto in stretta connessione con il diritto, di creazione giurisprudenziale, all’identità personale⁸. Il nome, infatti, è il primo e più immediato strumento di identificazione della persona, e rappresenta quindi la sintesi delle «acquisizioni di idee ed esperienze, delle convinzioni ideologiche, religiose, morali e sociali che differenziano e al tempo stesso qualificano l’individuo»⁹.

Il nome civile, in altri termini, in quanto riferibile alla singola persona, è il segno destinato ad identificarla nella sua vita di relazione e ad invocarne in maniera sintetica non soltanto lo “stato”¹⁰, ma altresì la personalità nella sua interezza e specificità¹¹.

Tale assunto emerge dalla giurisprudenza costituzionale in materia di predicati nobiliari e, ancor più, dagli interventi nei quali si è affermato, ad onta della previgente disciplina legislativa in materia di cambiamento del cognome al mutare dello *status* della persona (v. artt. 262, comma 2¹², e 299 c.c., art. 27 l. adoz.), il diritto del

diretto da Rescigno, 2, I, *Persone e famiglia*, a cura di Dogliotti, II ed., Torino, 1999, 165 e 169. Mette in evidenza Breccia, *op. cit.*, 379 come la componente di ordine pubblicistico si fonda sul presupposto per il quale «taluni interessi dello stato [...] presuppongono una precisa e stabile identificazione dei cittadini, ma non sono sufficienti a ridurre il nome a istituto di carattere poliziesco».

⁷ Perlingieri, *I diritti dei singoli quali appartenenti al nucleo familiare*, in *Comm. dir. it. fam.*, diretto da Cian-Oppe-Trabucchi, VI, 1, Padova, 1993, 728.

⁸ Per tutte Corte cost. 3 febbraio 1994, n. 13, in *Foro it.*, 1994, I, c. 1668. Dalla dottrina e dalla giurisprudenza più recenti emerge tuttavia come il diritto al nome sia oggetto di una lettura rinnovata alla luce del dettato costituzionale, essendo riconosciuto alla stregua di elemento essenziale e preminente del più ampio diritto della persona all’identità personale (Corte cost. 24 giugno 2002, n. 268, in *Giust. Civ.*, 2003, I, 2337), in una visione che, a ben vedere, ravvede nei diritti della personalità sfaccettature della persona considerata in un quadro unitario. In dottrina Breccia, *op. cit.*, 386. Tale visione era già stata prefigurata da De Cupis, voce *Nome e cognome*, in *Nov. Dig. it.*, XI, Torino, 1965.

⁹ Cass. 22 giugno 1985, n. 3769, in *Foro it.*, 1985, I, 224.

¹⁰ Nel suo insieme, è un mezzo d’identificazione riferito a una singola persona: una sorta di compendio sintetico dello “stato” dell’individuo (Breccia, *op. cit.*, 374; Lenti, voce *Nome e cognome*, in *Dig. disc. priv.*, XII, Torino, 1995, 136).

¹¹ Osserva Breccia, *op. cit.*, 386: «L’attributo della personalità che è compendiato nella tutela giuridica del nome attiene soprattutto all’identificazione del soggetto quale persona singola e, almeno di norma, quale membro di un gruppo familiare; ma ben può notarsi, più in generale, come i valori che l’ordinamento intende difendere trovino il loro primo fondamento in quel “diritto di essere sé stessi e nient’altro che se stessi”, che costituirebbe il presupposto e quasi il tessuto connettivo di ogni altra espressione della personalità». De Cupis, *op. cit.*, 300, lo ricollega direttamente al diritto all’identità personale, in quanto il nome esprimerebbe un’unità concettuale di tutti gli aspetti intellettuali, morali, sociali e sarebbe per tal via simbolo dell’intera e complessa personalità di chi lo porta. Cfr. anche Dogliotti, *op. cit.*, 165-166.

¹² Da ultimo, sull’art. 262 c.c. v. Cass. 28 maggio 2009, n. 12670, in *Fam. e dir.*, 2010, 235, con nota di Vesto,

soggetto di mantenere il proprio originario cognome se questo sia divenuto autonomo segno distintivo dell'identità personale.

Quanto al primo degli ambiti richiamati, la Corte costituzionale ha statuito, invero in una pronuncia piuttosto risalente, che a fronte della irrilevanza giuridica dei predicati nobiliari sancita dall'art. XIV delle disposizioni transitorie alla Costituzione, la c.d. "cognomizzazione" di quelli accertati anteriormente al 28 ottobre 1922 si fonda non già sulla base del riconoscimento del titolo nobiliare, bensì si collochi nell'alveo della tutela del diritto al nome¹³, così consentendo il riconoscimento anche di quelli che non fossero stati oggetto, prima di tale data, di formale accertamento ai sensi della legislazione araldica.

Cognome del figlio naturale: declino del patronimico e ascesa dell'identità personale del minore, la quale ha affermato che in tema di attribuzione giudiziale del cognome al figlio naturale riconosciuto non contestualmente dai genitori, poiché i criteri di individuazione del cognome del minore si pongono in funzione esclusiva del suo interesse, che è essenzialmente quello di evitare un danno alla sua identità personale, e poiché l'articolo 262 c.c. disciplina autonomamente e compiutamente la materia, la scelta del giudice non può essere condizionata né dal *favor* per il patronimico né dall'esigenza di equiparare almeno tendenzialmente il risultato a quello derivante dalle diverse regole che presiedono all'attribuzione del cognome al figlio legittimo o legittimato.

¹³ Cfr. Corte cost. 26 giugno 1967, n. 101, in *Foro it.*, 1967, I, 1980; la Consulta è stata chiamata a pronunciarsi in ordine alla legittimità costituzionale del R.D. 23 dicembre 1924, n. 2337; del R.D. 23 marzo 1924, n. 442; della legge 17 aprile 1925, n. 473; del R.D. 21 gennaio 1929 n. 61; del R.D. 16 agosto 1926, n. 1489; del R.D. 7 giugno 1943, n. 651; del R.D. 11 dicembre 1887, n. 1550; del R.D. 2 luglio 1896, n. 313 e del R.D. 5 luglio 1896, n. 314, in riferimento all'art. 3 ed alla XIV disposizione della Costituzione. Le ordinanze di rimessione ponevano al vaglio della Consulta i testi normativi solo nelle parti in cui essi trovavano applicazione: a) per l'aggiunta al nome di predicati attinenti a titoli nobiliari anteriori al 28 ottobre 1922, ancorché non riconosciuti; b) per la sottoposizione delle vicende del relativo diritto e delle forme e dei modi della sua tutela giudiziaria ad una disciplina difforme da quella del comune diritto al nome. La Corte ha affermato che la decisione delle questioni proposte dalle ordinanze di rimessione comportava la necessità di accertare se il secondo comma della XIV disposizione, nello stabilire che i predicati dei titoli nobiliari esistenti prima del 28 ottobre 1922 valgono come parte del nome, si riferisse solo ai titoli che già avessero ottenuto il riconoscimento nelle forme e nei modi previsti dall'ordinamento nobiliare ovvero anche a quelli che comunque fossero oggetto di un diritto risalente ad epoca anteriore a quella data. Secondo la Corte tale irrilevanza giuridica dei titoli nobiliari impediva che essi potessero essere giudizialmente accertati e perciò il secondo comma della XIV disposizione trans. andava interpretato nel residuo senso che l'aggiunta al nome dei predicati anteriori al 28 ottobre 1922 non trovava la sua fonte nel diritto al titolo, non più sussistente, ma nel già intervenuto riconoscimento, che assume il ruolo di presupposto di fatto del diritto alla cognomizzazione. Per ampia trattazione e riferimenti giurisprudenziali v. Carota, *Il diritto al nome e all'immagine*, in Sesta-Cuffaro (a cura di), *Persona, famiglia e successioni*, Napoli, 2006, 55 spec. n. 13. Taluna giurisprudenza successiva – peraltro uniformemente postasi sulla scia del predetto intervento della Corte costituzione – è giunta ad affermare che anche laddove il riconoscimento del predicato nobiliare fosse avvenuto solo di fatto, cionondimeno poteva trovare tutela, *sub specie* di protezione del diritto all'identità personale (cfr. App. Messina 31 gennaio 2000, in *Giust. civ.*, I, 1127, con nota di Morozzo della Rocca, *Il diritto all'identità personale non comprende il falso predicato nobiliare*, la quale ha ritenuto che il diritto al nome ad all'identità personale appartiene al singolo, ancor prima che come membro di una determinata famiglia, cosicché il diritto alla conservazione ed alla spendita del nome deve ritenersi sussistente qualora vi siano le esigenze di tutela della persona anche nell'ipotesi in cui si contesti per motivi meramente formali, da parte del p.m., la titolarità di un predicato nobiliare cognomizzato di fatto, in modo irrituale, in seno all'atto di nascita, ma sempre usato e da tutti conosciuto nei rapporti personali, familiari, professionali e sociali posti in essere dal soggetto).

La seconda serie di interventi¹⁴ comprende invece le pronunce che hanno accolto la q.l.c. posta con riferimento a norme che rigidamente imponevano la modifica del cognome, attribuito alla nascita per legge, a seguito del mutare dello *status filiationis*. In siffatte occasioni la Corte costituzionale ha ritenuto fossero in contrasto con l'art. 2 Cost. le disposizioni del Codice civile e dell'Ordinamento dello stato civile le quali non consentivano il diritto del soggetto a mantenere il cognome attribuitogli fin dalla nascita a seguito del tardivo riconoscimento da parte del padre o della dichiarazione di adozione o – addirittura – del disconoscimento di paternità.

In sintesi, dalla citata giurisprudenza di legittimità è dato rilevare la sussistenza del diritto alla conservazione «del cognome in presenza di una situazione nella quale con quel cognome la persona sia ormai individuata e conosciuta nell'ambiente ove vive»¹⁵.

A ben vedere, il medesimo intento di tutelare l'identità personale del soggetto sottende alla disciplina – che in questo frangente maggiormente interessa – del cognome della donna divorziata. In particolare, l'art. 5 l. div. prevede che a seguito dello scioglimento del matrimonio alla donna non sia consentito far uso del cognome del marito; la norma manteneva tuttavia salva la facoltà del marito di consentire alla moglie di usare il proprio cognome in aggiunta al proprio ovvero la possibilità che sia il giudice ad autorizzarla, sulla base di particolari esigenze¹⁶.

¹⁴ V. Corte cost. 3 febbraio 1994, n. 13, cit., la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 165 del R.D. 9 luglio 1939, n. 1238 (Ordinamento dello stato civile), nella parte in cui non prevedeva che, quando la rettifica degli atti dello stato civile, intervenuta per ragioni indipendenti dal soggetto cui si riferisce, comportasse il cambiamento del cognome, l'interessato potesse ottenere dal giudice il riconoscimento del diritto a mantenere il cognome originariamente attribuitogli ove questo fosse ormai da ritenersi autonomo segno distintivo della sua identità personale. Il principio è stato accolto dalla riforma dell'Ordinamento dello stato civile avvenuta con D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396, che all'art. 95, compendiate le procedure giudiziali di rettificazione degli atti dello stato civile, che dispone che l'interessato possa «comunque richiedere il riconoscimento del diritto al mantenimento del cognome originariamente attribuitogli se questo costituisce ormai autonomo segno distintivo della sua identità personale». Ancora, è significativa la sentenza della Corte cost. 23 luglio 1996, n. 297, in *Fam. e dir.*, 1996, 412, la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 262 c.c. nella parte in cui non prevede che il figlio naturale, nell'assumere il cognome del genitore che lo ha riconosciuto, possa ottenere dal giudice il riconoscimento del diritto a mantenere il cognome precedentemente attribuitogli con atto formale legittimo, ove tale cognome sia divenuto autonomo segno distintivo della sua identità personale. V. anche Corte cost. 11 maggio 2001, n. 120, in *Fam. e dir.*, 2001, 253, la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 299, secondo comma, c.c., nella parte in cui non prevedeva che l'adottato non riconosciuto dai propri genitori biologici potesse aggiungere al cognome dell'adottante anche quello originariamente attribuitogli. V. anche Corte cost. 24 giugno 2002, n. 268, cit., e Corte cost. 16 luglio 2002, n. 350, in *Giur. cost.*, 2002, 2636.

¹⁵ Corte cost. 13/1994, cit. Attenta dottrina ha tuttavia rilevato come accanto alla più evidente tendenza della giurisprudenza della Corte costituzionale di tutelare il diritto al nome e all'identità personale del soggetto come partecipa alla vita associata, vi sia quella di tutelarlo anche rispetto alla percezione di sé da parte del singolo, segno nel quale ciascuno si identifica e si riconosce, indipendentemente dalla valenza distintiva agli occhi dei terzi (Valle, *Il diritto all'identità personale*, in Sesta-Cuffaro (a cura di), cit., 91).

¹⁶ Valle, *Il diritto all'identità personale*, cit., 84.

La *ratio* delle predette eccezioni è quella di permettere l'uso da parte della moglie del cognome del marito ogniqualvolta esso abbia assunto una dimensione oggettiva, tale per cui la tutela della identità della donna renda necessario riconoscerle la facoltà di continuare ad avvalersi di tale segno identificativo. Eccettuate le ipotesi in cui l'uso del cognome da parte della donna divorziata sia consentito da norme di settore (quali l'art. 8 l. aut. ovvero l'art. 2563 c.c.), può venire il rilievo l'interesse fondato sull'identificazione sociale della persona della donna¹⁷, legato alla necessità di evidenziare il legame con i figli a lei affidati o presso di lei collocati.

Tali considerazioni inducono a rilevare l'attitudine del cognome – legislativamente riconosciuta – ad assumere contorni più flessibili¹⁸, suscettibili di far sì che esso meglio si attagli alle vicende personali del singolo, aprendo un varco verso il superamento della uniformità connotante tale segno identificativo, pur radicata in ancora attuali ragioni di ordine pubblicistico¹⁹.

3. Azione di usurpazione: presupposti della pronuncia inibitoria e lesione dell'identità personale

La tutela del diritto al nome²⁰ è affidata agli specifici rimedi previsti dall'art. 7 c.c., secondo cui la persona alla quale si contesti il diritto all'uso del proprio nome o che possa risentire pregiudizio dall'uso che altri indebitamente ne faccia, può esperire le azioni di reclamo e di proibizione o usurpazione²¹.

Mentre la prima pone rimedio ai casi di contestazione dell'uso del nome da parte del titolare, e prescinde di per sé dalla prova del danno, l'azione di proibizione si fonda sull'esistenza di un fatto lesivo cagionato dall'uso indebito che altri faccia del

¹⁷ Bonilini, sub art. 5 l. div., in Bonilini-Tommaseo, *Lo scioglimento del matrimonio*, art. 149 e L. 1° dicembre 1970, n. 898, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da Schlesinger, continuato da Busnelli, II ed., Milano, 2004, 468.

¹⁸ Valle, *op. cit.*, 84.

¹⁹ Anche prima della riforma del divorzio del 1987, nel silenzio della legge, la giurisprudenza si era mostrata propensa ad ammettere l'uso da parte della donna divorziata del cognome maritale a fronte del riconoscimento che esso fosse divenuto segno di identificazione della sua persona nell'attività artistica o professionale. Sul punto v. Bianca, sub art. 5 l. div., in *Com. dir. it. fam.*, diretto da Cian-Oppo-Trabucchi, VI, 1, Padova, 1993, 315.

²⁰ «Non vi è dubbio, comunque, che al giorno d'oggi la tutela giuridica del nome si iscriva (pur nella sua, del resto intuibile, specificità) nel quadro di una ribadita e diffusa consapevolezza della necessità di proteggere in primo luogo l'identità della personalità morale di ogni individuo e al tempo stesso offra a tale protezione un chiaro supporto di natura specifica»: Breccia, *op. cit.*, 386.

²¹ È stato invero affermato come l'azione di contestazione e l'azione di usurpazione non esauriscano l'intero arco dei fatti che assumono rilevanza giuridica con riguardo alla tutela dell'interesse del titolare del nome, dovendosi al novero aggiungere anche quelle, alle prime pregiudiziali, di accertamento e di rettifica: sul punto v. Breccia, *op. cit.*, 447.

nome, non giustificato da un diritto o una facoltà accordata dalla legge o rispondente ad interessi giuridicamente apprezzabili²².

In ordine alla individuazione delle condotte rilevanti ai fini dell'esperimento dell'azione di proibizione, la questione è stata oggetto di evoluzione; secondo un orientamento tradizionale ed ormai superato, la tutela *ex art. 7 c.c.* poteva essere invocata unicamente qualora la lesione dell'interesse del singolo coincidesse con l'interesse generale, limitandone sostanzialmente l'esperibilità alle ipotesi in cui, a fronte dell'assunzione da parte di terzi del nome altrui, potesse verificarsi il caso di confusione o scambio di persona²³. A fronte dell'esigenza di offrire tutela al nome al di là delle suddette ipotesi – in una prospettiva che tenga conto della funzione identificativa della personalità del soggetto che il nome svolge – la giurisprudenza si mostra propensa ad accordare protezione *ex art. 7 c.c.* anche ogniqualvolta i terzi, mediante un indebito utilizzo del nome altrui, ne ledano la identità personale, attribuendolo, per esemplificare, ad un personaggio di fantasia²⁴ o ad un prodotto industriale.

L'azione di usurpazione mira anzitutto ad ottenere una pronuncia inibitoria, di cessazione del fatto lesivo, a fronte dell'accertamento che il titolare del diritto al nome abbia risentito un pregiudizio da tale indebito uso; e se ciò conduce ad escludere che possa essere oggetto di inibizione la condotta usurpativa che non sia lesiva di soggetti terzi, gli interpreti convengono nell'attribuire alla nozione di pregiudizio un contenuto assai ampio.

Anzitutto, come suggerito dal tenore stesso della disposizione, esso può essere anche solo potenziale ed anche solo morale²⁵; nondimeno, occorre considerare come la condanna inibitoria prescinda dalla verifica della lesione del diritto all'onore, o di altro diritto fondamentale della persona; profilo, questo, che potrà essere fatto valere autonomamente mediante una normale azione risarcitoria. Tale rinnovata concezione della lesione e della meritevolezza della protezione rispecchia la già accennata evoluzione del diritto al nome da mera etichetta amministrativa a vero e proprio diritto della personalità; cosicché, riconoscendo al nome l'attitudine a rappresentare la persona nel suo complesso, non può che ammettersi che il pregiudizio trascenda dalla dimostrazione di ulteriori lesioni di diritti (o tantomeno di interessi pubblicistici) che non quello dell'evocazione di sé che a tale simbolo verbale è funzionalmente correlata.

È quanto sembra ammettere il Tribunale di Milano nella sentenza in commento – e sempre con riferimento alla domanda inibitoria –, laddove afferma che l'uso sia da

²² Cass. 22 dicembre 1956, n. 4487, in *Giur. it.*, I, 1, 336; App. Napoli 27 marzo 1974, in *Dir. e giur.*, 1975, 96.

²³ Dogliotti, *op. cit.*, 171.

²⁴ Sul punto v. Macioce, *Profili del diritto al nome civile e commerciale*, Padova, 1984, 72 ss.; De Cupis, *I diritti della personalità*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da Cicu e Messineo, VI, Milano, 1982, 541, Breccia, *op. cit.*, 451.

²⁵ In giurisprudenza, v. Cass. 5 ottobre 1994, n. 8081, in *Foro it.*, 1994, I, 3009; App. Palermo 23 dicembre 1987, in *Dir. Fam.* 1988, 902; Cass. 22 ottobre 1984, n. 5323, in *Giust. Civ. Mass.*, 1984, 10.

considerarsi pregiudizievole ogniqualvolta sia idoneo ad alterare il profilo sociale della individualità della persona, associando detta persona a situazioni o eventi estranei ad essa, ovvero ad opinioni o situazioni socio-culturali estranee o mai espresse dalla persona il cui nome venga usurpato. In sostanza il danno morale può consistere, in questa condivisibile visione, anche nella alterazione dell'efficacia individualizzante della persona e della portata connotatrice del nome, con il corredo culturale ad esso correlato.

4. Segue. La condanna al risarcimento del danno non patrimoniale

Oltre alla condanna alla cessazione della condotta lesiva ed all'ordine di pubblicare la sentenza in uno o più giornali, l'art. 7 c.c. prevede che in caso di indebito uso del nome altrui possa essere chiesto il risarcimento del danno. Mentre, come accennato in precedenza, ai fini dell'inibitoria è sufficiente accertare la sussistenza di un pregiudizio anche solo potenziale ed anche solo morale, la distinta ed ulteriore domanda di risarcimento del danno è subordinata ai più stringenti presupposti richiesti per l'illecito aquiliano.

Ferma restando la necessità di provare il dolo o la colpa dell'usurpante²⁶, la vittima che abbia subito un danno patrimoniale – se persona nota²⁷ –, può domandare il risarcimento tanto del danno emergente quanto del lucro cessante, laddove il risarcimento è da intendersi limitato alla sola «compromissione della riserva di utilità economiche eventuali o della vita di relazione» qualora manchi il requisito della notorietà²⁸.

Di più complessa trattazione risulta invece il profilo della risarcibilità del danno non patrimoniale, che particolarmente si attaglia a fornire ristoro alla lesione dei diritti della personalità. Nella vigenza della tradizionale impostazione che limitava il risarcimento del danno non patrimoniale – peraltro inteso come danno morale soggettivo – alle ipotesi di condotte lesive delittuose, la più attenta dottrina segnalava l'estensibilità di tale fronte risarcitorio anche alla tutela del diritto al nome, intendendo l'art. 7 c.c. quale specifica ipotesi prevista dalla legge rilevante ai sensi dell'art. 2059 c.c.²⁹. Cionondimeno la giurisprudenza, sostenuta da parte della dottrina³⁰, era propensa ad accogliere una diversa e più restrittiva lettura della norma, affermando che il richiamo compiuto dall'art. 7 c.c. fosse volto a precisare che l'azione di ri-

²⁶ Bilò, sub art. 7 c.c., in Sesta (a cura di), *Codice della famiglia*, cit., 324.

²⁷ Trib. Milano 2 marzo 2000, in *Dir. Inf.*, 2000, 898 e Scognamiglio, *Il diritto all'utilizzazione economica del nome e dell'immagine delle persone celebri*, in *Dir. Inf.*, 1988, 23 ss.

²⁸ Vercellone, *Diritti della personalità e "right of publicity"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, 1170.

²⁹ Dogliotti, *op. cit.*, 176, secondo il quale diversamente non avrebbe alcun senso l'inciso finale del capoverso della norma, considerato che il risarcimento del danno patrimoniale veniva comunque garantito dall'art. 2043 c.c.

³⁰ Cfr. Bonilini, *op. cit.*, 463, con particolare riferimento all'uso indebito del cognome maritale da parte della donna.

sarcimento sia comunque consentita al titolare del diritto leso, ancorchè l'ordinamento abbia previsto a sua tutela il più efficace rimedio inibitorio³¹.

Le descritte contrapposte visioni risultano invero superate alla luce dei più recenti interventi della giurisprudenza di legittimità, che hanno ampliato la risarcibilità del danno non patrimoniale anche al di là dei casi di reato, includendovi la lesione dei diritti inviolabili della persona tutelati dall'art. 2 Cost. Senza ripercorrerne le più recenti tappe³², il tema trattato deve essere vagliato alla luce dei principi sanciti dalle Sezioni Unite della Cassazione nelle sentenze dell'11 novembre 2008³³. Nel palese duplice intento di apportare chiarezza nella materia del risarcimento del danno alla persona e di delinearne i confini, la Cassazione ha – come noto – in primo luogo affermato che, ai sensi dell'art. 2059 c.c., la tutela risarcitoria al di fuori dei “casi previsti dalla legge” è concessa (soltanto) a fronte della lesione di diritti inviolabili della persona. Secondariamente, la Corte ha precisato come il danno non patrimoniale costituisca una categoria unitaria, non suddivisibile in sottocategorie, da accordare in ogni caso soltanto qualora, nel contemperamento tra il principio di solidarietà verso la vittima e quello di tolleranza, il pregiudizio subito sia grave.

Alla luce dei suddetti principi non vi è dubbio in ordine alla astratta risarcibilità del danno non patrimoniale ogniqualvolta l'usurpazione del nome abbia cagionato un danno (effettivo e non meramente potenziale), poichè il diritto al nome rientra nel novero dei diritti inviolabili della persona protetti dagli artt. 2 e 22 Cost. e qualsivoglia lesione giustifica la riparazione integrale della sfera del danneggiato, sia sotto il profilo patrimoniale che non patrimoniale.

Se è vero, tuttavia, che, posta l'astratta meritevolezza dell'interesse, la risarcibilità in concreto è filtrata dal parametro della gravità della lesione, nella fattispecie in esame non può che condividersi il rigetto compiuto dal giudice milanese della domanda attorea di risarcimento del danno non patrimoniale – peraltro quantificato dalle richiedenti in maniera esorbitante –, avuto riguardo al fatto che non risultava provato che il rischio di confondibilità tra le attrici e la convenuta si fosse tradotto in pregiudizio effettivo.

Perlime invece che il Tribunale, nel precisare la specie di siffatto pregiudizio faccia espresso riferimento alla lesione del “decoro, della fama, dell'onore”. Posto che la tutela del diritto al nome può essere esperita in via autonoma rispetto ad altri e differenti diritti della personalità, deve di conseguenza ammettersi che anche il profilo risarcitorio sia da valutare indipendentemente da altri ed ulteriori danni

³¹ Trib. Roma 31 maggio 1989, in *Dir. Inf.*, 1990, 123 e Cass. 5 ottobre 1994, n. 8081, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 842, la quale ha tuttavia astrattamente ammesso, escludendolo nel caso di specie, che possa essere risarcito il danno alla vita di relazione, inteso come danno non patrimoniale.

³² Il richiamo è alle sentenze c.d. gemelle del 31 maggio 2003, n. 8828 e 8827, in *Danno e resp.*, 2003, 816, seguite da Corte cost. 11 luglio 2003, n. 233, in *Giur. it.*, 2003, 1777.

³³ Cass., S.U., 11 novembre 2008, n. 26972, in *Fam. e dir.*, 2009, 113 con nota di Facci.

eventualmente scaturenti dalla medesima condotta. Nel caso di specie non emerge alcuna prova in ordine al verificarsi di un danno giustificante un risarcimento; deve tuttavia sottolinearsi come esso avrebbe dovuto essere più correttamente valutato, indipendentemente dal fatto che al travisamento della personalità del soggetto si fossero associate lesioni alla reputazione, alla riservatezza, e così via.

Pare a chi scrive che questa conclusione, peraltro emersa con riferimento alla tutela di profili affini dell'identità personale³⁴, si ponga in linea con quanto ammesso dallo stesso Tribunale di Milano in ordine alla individuazione di danno rilevante ai fini della tutela inibitoria. È la formulazione stessa della norma, infatti, a suggerire come il rimedio inibitorio e quello risarcitorio non si differenzino avuto riguardo al bene tutelato, bensì con riferimento alla rilevanza del danno – potenziale, nella prima, effettivo, nella seconda – subito dalla vittima.

5. Usurpazione del (solo) cognome e tutela dell'“identità familiare”

La pronuncia in commento induce a riflettere sull'ulteriore aspetto connesso all'esercizio dell'azione di usurpazione limitatamente ad uno solo dei componenti del nome. In proposito si è detto che «la questione non può che risolversi con riferimento alla concreta fattispecie: è vero che di regola la persona è individuata da entrambe le componenti del nome, e tuttavia talora lo può essere anche attraverso il solo cognome o, in ipotesi eccezionali, relative in genere a persone di larga notorietà, con il solo prenome»³⁵.

Per quanto in questa sede maggiormente rileva, si tratta di analizzare la specifica tutela di quella parte del nome costituita dal cognome, nell'intento di mettere in risalto quale sia la lesione, correlata all'uso indebito del (solo) cognome altrui, suscettibile di essere tutelata. Al riguardo, è dato rilevare come l'invocazione dell'art. 7 c.c. in caso di usurpazione del cognome miri a tutelare quello specifico frammento della identità personale consistente nell'essere identificato il singolo quale componente di una determinata famiglia³⁶.

L'usurpazione del cognome, infatti, determinando l'esteriorizzazione di un non veridico vincolo familiare, modifica agli occhi dei terzi la composizione del nucleo familiare di appartenenza del singolo, ledendo la sua identità, *sub specie* di identità

³⁴ Per una trattazione della materia con riferimento al diritto all'immagine, v. Dogliotti, *Immagine e identità personale: soggetti forti e soggetti deboli*, in *Dir. fam. pers.*, 1996, 1446, il quale critica una tutela dell'immagine che sia legata alla tutela di altri diritti, quali il decoro, l'onore, ecc., ritenendo che: «In altre parole, anche se non vi sia lesione dell'onore o della riservatezza, sono da ritenersi comunque illegittime le alterazioni delle sembianze fisiche o dell'«immagine» della stessa personalità, nei suoi molteplici aspetti; e così la tutela dell'immagine finisce per ricollegarsi a quella dell'identità *tout court*».

³⁵ Dogliotti, *Le persone fisiche*, cit., 175.

³⁶ Perlingieri, *op. cit.*, 728.

familiare, cui fa riferimento l'art. 8 c.c. allorché accorda – anche ai soggetti che non portino il cognome indebitamente usato – tutela al nome sulla base di un interesse fondato su ragioni familiari.

Il caso deciso dal Tribunale di Milano mette in luce la funzione identificativa del nucleo familiare che ancora oggi il cognome riveste, nonostante i mutamenti sociali, e segnatamente delle relazioni familiari, intervenuti negli ultimi decenni.

La sentenza in esame, infatti, nel configurare il pregiudizio a fondamento dei provvedimenti di tutela richiesti, richiama situazioni di «mera associazione tra l'usurpante e le persone titolari del cognome medesimo, salvo che si tratti di cognome a larga diffusione oppure di persona totalmente sconosciuta nell'ambito in cui il cognome è stato indebitamente usato».

Nella specie, il giudice ha ritenuto sussistente il pericolo di confusione familiare tra le attrici e la convenuta, anche in relazione «all'identità familiare, con ciò non intendendosi una tutela della famiglia Mondadori in sé, ma una tutela dei discendenti – *omissis* – di Arnoldo Mondadori»; tanto che, conclude, «l'esistenza del rischio di confusione, sotto il profilo del rischio di associazione della convenuta alle attrici quali membri della famiglia Mondadori e discendenti di Arnoldo Mondadori fonda l'esistenza del pregiudizio rilevante *ex art. 7 c.c.*».

Non sembra quindi estranea alla tutela del cognome – come in concreto applicata dal giudice – una dimensione che coinvolge la stirpe, contraddistinta, appunto, da quel cognome.

Viene dunque da interrogarsi su quale sia in tal caso il bene giuridico rilevante ai fini del pregiudizio, se l'identità personale di colui che vede usurpato il proprio cognome ovvero il suo interesse – che a chi scrive pare autonomo e distinto – ad impedire che altri crei confusione in ordine all'appartenenza alla famiglia contraddistinta dal cognome in questione.

Invero, la linea di confine tra i due profili – che il giudicante si sforza di mantenere distinti laddove si riferisce alla “tutela della famiglia Mondadori in sé” e alla “tutela dei discendenti” di Arnoldo Mondadori – appare in concreto assai labile, se non meramente nominale, visto che i discendenti in tanto ricevono tutela in quanto membri della *gens* Mondadori e fanno valere la pretesa che l'usurpante non si qualifichi come appartenente alla famiglia.

Del resto, analizzando nel loro combinato disposto gli artt. 7 e 8 c.c., appare evidente come il legislatore abbia altresì inteso prestare tutela al diritto al nome anche per “ragioni familiari”, al punto di estenderne la legittimazione a coloro che, pur non portando il nome indebitamente usato, facciano valere un interesse alla tutela del nome fondato su ragioni familiari.

È evidente che colui che non porti il cognome contestato non può risentire di un pregiudizio diretto, nel senso che non è neppure ipotizzabile una confusione con la

sua persona; alla base della sua legittimazione, quindi, stanno necessariamente altre ragioni, che lo stesso codice definisce “familiari degne di essere protette” e che coinvolgono la relazione tra l’attore e la famiglia “usurpata”, intesa come progenie di un determinato capostipite, e quindi sulla base di un interesse del richiedente, che pur porti un diverso cognome, fondato su di un vincolo di parentela o di affinità che lo lega alla *gens*.

Nondimeno, la medesima esigenza di tutela dell’identità familiare sottende alla disciplina relativa all’indebitito uso che la donna divorziata faccia del cognome dell’*ex* marito contenuta nel già richiamato art. 5 l. div., il quale compendia, tra gli effetti personali del divorzio, la perdita del cognome maritale che aveva aggiunto al proprio a seguito del matrimonio ai sensi dell’art. 143 *bis* c.c. La previsione – derogabile, come detto, a tutela dell’identità personale della donna – risponde all’esigenza di «non falsare un dato reale, costituito dall’avvenuto scioglimento del matrimonio», elidendo il segno più evidente dell’appartenenza – venuta meno – della moglie al nucleo familiare del marito³⁷ ed accordando, dunque, in caso di indebitito uso, la tutela di cui agli artt. 7 e 8 c.c. Anche in questo caso, infatti, l’uso indebitito del (solo) cognome è idoneo a recare un potenziale pregiudizio al soggetto usurpato proprio in quanto mette in evidenza un legame coniugale, cioè familiare, non veridico e conseguentemente lede, oltre all’identità personale del marito, anche l’identità familiare di coloro che di tale cognome siano titolari, come accaduto nella specie.

Nel caso in rassegna, infatti, l’azione di usurpazione è stata promossa non già dall’*ex* marito, deceduto, bensì dalle di lui zia e figlia, le quali lamentavano, oltre ad alcuni non provati scambi di persona con la convenuta, anche una lesione, per così dire, all’identità familiare. Se è vero che l’azione di usurpazione può essere esperita anche a tutela del solo cognome, a salvaguardia di quel peculiare profilo dell’identità personale costituita dall’ “identità familiare”, pare ragionevole che possano accedere – ricorrendone i presupposti – alla tutela inibitoria e risarcitoria soggetti diversi dall’*ex* marito, dato che la condotta della donna può in concreto riverberarsi nella sfera giuridica di ogni persona la cui identità familiare venga in tal modo lesa.

La predetta prospettiva consente dunque di tutelare anche l’interesse, in taluni casi peraltro particolarmente intenso, dei figli di prime nozze dell’*ex* marito ad inibire alla seconda moglie, poi divorziata, l’uso del cognome maritale. In tal caso, infatti, la finalità che muove i predetti soggetti – e dunque l’interesse tutelato dalla norma – è sicu-

³⁷ Bonilini, *op. cit.*, 459-460, il quale osserva come ciò corrisponda all’interesse del «marito a non vedere utilizzato il suo cognome, che indica l’appartenenza ad una data famiglia, in modo improprio». Cfr. sul punto P. Roma 9 luglio 1986, in *Giur. it.* 1987, I, 2, 306, la quale ha escluso l’indebitito uso qualora il cognome dell’*ex* marito venga accompagnato da precisazioni univocamente idonee a significare che esso esprime non un diritto attuale ma un diritto spettante per il passato, tali, perciò da evitare ogni possibilità di equivoco sullo stato delle persone.

ramente quello di evitare che mediante l'uso illegittimo del cognome maritale la fisionomia della famiglia a cui loro appartengono venga falsata agli occhi dei terzi.

Indubbiamente un consimile interesse potrebbe in astratto trovarsi in conflitto con quello del nuovo nucleo familiare ristretto, in considerazione del quale sia consentito alla seconda moglie l'uso del cognome maritale anche dopo il divorzio. In altri termini potrebbe accadere che coesistano interessi dei due nuclei familiari, la cui attuazione peraltro potrebbe essere fonte di confusione circa l'identità familiare degli appartenenti a ciascuno dei due nuclei.

A tale riguardo, *de iure condendo*, si conferma l'opportunità di un intervento legislativo che consenta la trasmissione anche del cognome materno, così che a ciascuno dei due nuclei originati dallo stesso padre possano essere compiutamente identificati, invero, la constatazione che non sono affatto estranei alla tutela del diritto al nome interessi correlati all'appartenenza familiare, sia in positivo, che, come nella specie, in negativo, corrobora l'avvertita necessità di riformare le norme di attribuzione del cognome ai figli, legittimi e naturali³⁸, segnatamente riconoscendo dall'un lato il diritto del figlio a veder esternato per mezzo del cognome anche il legame con la famiglia materna³⁹, e, dall'altro, quello della madre di evidenziare, mediante la trasmissione del proprio cognome, non soltanto il vincolo di filiazione ma altresì l'appartenenza dei figli al proprio nucleo familiare di origine.

Anche in questo quadro, il cognome e le modalità della sua attribuzione sembrano viepiù chiamati a proteggere interessi che vanno oltre quello basilare di identi-

³⁸ Si ricorda la proposta del 2 ottobre 2007 n. 19 presentata al Senato nel corso della XV legislatura, la quale prevedeva che i genitori potessero scegliere se attribuire al figlio il cognome della madre, ovvero del padre, ovvero di entrambi nell'ordine da essi scelto. Ancora, nel corso della XVI legislatura, si segnalano i progetti di legge, presentati alla Camera, n. 1703 (a prima firma Mussolini), n. 36 (a prima firma Brugger), n. 1053 (a prima firma Santelli) e n. 1699 (a prima firma Garavini), consultabili sul sito della Camera www.camera.it. Tra gli autori che sostengono la incompatibilità della attuale disciplina dell'attribuzione del cognome con il principio costituzionale di eguaglianza, ancorchè con differenti argomentazioni, v. Carota, *op. cit.*, 61; Carraro, *Della filiazione naturale e della legittimazione*, sub art. 262, in *Commentario al diritto italiano della famiglia* a cura di Cian, Oppo e Trabucchi, IV, Padova, 1992, 146; Tortorici, *Parità tra uomo e donna e cognome della famiglia: un problema ancora insoluto*, in *Dir. fam. pers.*, 1982, 963; Ferrando, *L'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi*, in *I diritti delle donne* a cura di Graziani e Corti, Milano, 1996, 85; Paradiso, *I rapporti personali tra coniugi*, in *Il codice civile. Commentario* diretto da Schlesinger, sub art. 143-148, Milano, 1990, 114; Prosperi, *L'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, 846; De Cicco, *La normativa sul cognome e l'eguaglianza dei genitori*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, 967.

³⁹ Si segnalano in proposito anche quelle decisioni che, alla luce della giurisprudenza comunitaria (Corte Giust. CE 2 ottobre 2008, n. C-148/02, in *Fam. e dir.*, 2004, 437, con nota di Bugetti), hanno ammesso il mantenimento, da parte del minore con doppia cittadinanza, italiana e straniera, del doppio cognome, attribuito in osservanza delle norme dell'altro stato di cui è cittadino (Trib. Bologna 9 giugno 2004, in *Fam. e dir.*, 2004, 441, con nota di Bugetti, Trib. Roma 15 ottobre 2004, in *Corr. Giur.*, 2005, 677, con nota di Barone-Calò e Trib. Lamezia Terme 25 gennaio 2010, in *Fam. e dir.*, 2010, 1043, con nota di Bova.

ficare la persona e che, in quanto rendono manifeste le sue origini, coinvolgono il diritto alla più complessa identità familiare.

A tal riguardo, sono particolarmente significativi gli esiti recenti della giurisprudenza amministrativa⁴⁰, dai quali risulta come sia frequente l'istanza di mutamento ed, ancor più, di aggiunta del cognome al fine di consentire al soggetto richiedente di valorizzare mediante tale segno identificativo il legame con una determinata famiglia, di norma quella materna. È comprensibile come tale richiesta abbia sovente ad oggetto l'aggiunta di cognomi di chiara fama nel contesto sociale di appartenenza del richiedente⁴¹: in siffatte ipotesi risulta infatti indubbio come il cognome svolga una funzione connotativa – legata all'appartenenza familiare –, vieppiù pregnante ogniqualvolta la famiglia materna goda di notorietà a livello sociale tale da essere immediatamente evocativa di fronte ai terzi di una siffatta appartenenza; ciò peraltro non esclude l'opportunità, per le ragioni dianzi richiamate, di una generale attribuzione (anche) del cognome materno.

Michele Sesta

⁴⁰ *Ex plurimis* Cons. Stato, par., 17 marzo 2004, n. 515, in *D&G*, 2004, 41, 48; Cons. Stato 26 aprile 2006, n. 2320; Cons. Stato 27 aprile 2004, n. 2572, in *Eur. dir. priv.*, 2005, 829.

⁴¹ V. Cons. Stato 6 marzo 1995, cit.

rivista di diritto privato

CACUCCI EDITORE

Via Nicolai, 39 - 70122 Bari

INTESTAZIONE FATTURA	COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)			
	INDIRIZZO		N. CIVICO	
	CAP	LOCALITÀ	PROV.	
	RIVA (SE NECESSITA FATTURA)		CODICE FISCALE (OBBLIGATORIO)	
	TEL.		FAX	
INDIRIZZO DI SPEDIZIONE (se diverso)	COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)			
	INDIRIZZO		N. CIVICO	
	CAP	LOCALITÀ	PROV.	
ABBONAMENTI	ITALIA		ESTERO	
	<input type="checkbox"/> abbonamento annuale 2011	<input type="checkbox"/> abb. triennale (pagamenti con cadenza annuale)	<input type="checkbox"/> abbonamento annuale 2011	<input type="checkbox"/> abb. triennale (pagamenti con cadenza annuale)
	€ 125,00	€ 375,00	€ 250,00	€ 750,00

Gli abbonamenti hanno durata annuale e si intendono rinnovati per l'anno successivo se non disdetti entro la scadenza a mezzo di semplice lettera o e-mail.

Magistrati e Uditori giudiziari

Sconto del 30% sull'acquisto dell'abbonamento annuale alla rivista, applicabile rivolgendosi alla Cacucci Editore S.a.s., Via Nicolai, 39 - 70122 Bari, o via Fax al n. 080/5234777 o rivolgendosi al Servizio clienti al n. 080/62030890, o via e-mail riviste@cacuccieditore.it. Nell'ordine d'acquisto i magistrati dovranno allegare fotocopia del proprio tesserino identificativo attestante l'appartenenza alla magistratura e dichiarare di essere iscritti all'Associazione Nazionale Magistrati.

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per gli effetti del combinato disposto dall'art. 74 del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989 e successive modificazioni ed integrazioni.

Arretrati, cambi d'indirizzo, ecc.

Cacucci Editore S.a.s. – Servizio clienti, Via Nicolai, 39 - 70122 Bari
Tel. 080/62030890, Fax 080/5234777, e-mail: riviste@cacuccieditore.it

Egregio abbonato, ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, La informiamo che i Suoi dati saranno conservati nel database informatico del titolare del trattamento Cacucci Editore Sas. I Suoi dati saranno utilizzati dalla nostra società, da enti e società esterne ad essa collegati, nonché da soggetti terzi, titolari autonomi del trattamento, solo per l'invio di materiale amministrativo-contabile, commerciale e promozionale. Ai sensi dell'art. 7 del citato D.Lgs., Lei ha diritto di conoscere, aggiornare, rettificare, cancellare i Suoi dati, nonché di esercitare tutti i restanti diritti ivi previsti, mediante comunicazione scritta a Cacucci Editore Sas, Via Nicolai, 39 - 70122 Bari.

DATA

FIRMA



Provincia di Bari

... per la cultura ...



Foto: Nicola Amato

Sede Centrale Lungomare Nazario Sauro, 29 – 70121 Bari – Italy
Centralino 39.080.54.12.111

ISBN 978-88-6611-040-8



9 788866 110408

€ 35,00