Anno (XIV) 2025
Gennaio - Aprile
Fascicolo 1

ISSN 2281 - 4531

IL DIRITTO DEGLI AFFARI

RIVISTA QUADRIMESTRALE

DIRETTA DA
BRUNO INZITARI

EUROPEAN PRESS
ACADEMIC
PUBLISHING

DIRETTORE RESPONSABILE
Bruno Inzitari

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

REDATTORE CAPO
Martino Zulberti

COMITATO DI REDAZIONE
Érico Andrade, Cristina Asprella, Giovanni Battista Barillà, Francesca Benatti, Marcelo José Magalhães Bonizzi, Maria Novella Bugetti, Andrea Caloni, Juliana Cordeiro de Faria, Vincenzo De Sensi, Alessio Filippo Di Girolamo, Laura Durello, Mariangela Ferrari, Beatrice Ficcarelli, Elena Gabellini, Federica Godio, Albert Henke, Marek Ivančo, Lucas Carlos Lima, Andrea Lolli, Rita Lombardi, Elena Marinucci, Flavia Marisi, Rita Maruffi, Miguel Martínez Muñoz, Juan Pablo Murga Fernández, Alessandro Nascosi, Pietro Ortolani, Leonardo Netto Parentoni, Paolo Passaniti, Stefano Pellegatta, Giulio Peroni, Giacomo Pirotta, Valentina Piccinini, Alin Speriusi-Vlad, Tania Tomasi, Michelle Vanzetti, Alberto Villa, Diego Volpino, Martino Zulberti

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

COMITATO PER LA VALUTAZIONE SCIENTIFICA
Vincenzo Ansanelli, Giulia Ballerini, Francesco Camilletti, Francesco Campione, Daniele Canè, Laura Castelli, Davide Corraro, Fabiano De Santis, Pasqualina Farina, Federico Ferraris, Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves, Giusella Finocchiaro, Mauro Grondona, Lucio Imberti, Nicola Lucifero, Filippo Maisto, Alessandro Martini, Irene Mecatti, Giovanni Meruzzi, Raffaella Muroni, Fabrizio Piraino, Giacomo Pongelli, Carmelita Rizza, Luca Prendini, Paolo Rondini, Andrea Rossetti, Alessandro Semprini, Chiara Tenella Sillani, Emilio Tosi, Renata Vieira Maia, Giovanna Visintini

SEGRETERIA DI REDAZIONE
Livia Marcinkiewicz

EUROPEAN PRESS ACADEMIC PUBLISHING
Via Gramsci, 101 – Lamporecchio (PT)
www.e-p-a-p.com
email: info@e-p-a-p.com

PROCEDURA DI REFERAGGIO

I contributi pubblicati nella Rivista sono sottoposti ad un giudizio di idoneità alla pubblicazione da parte di due revisori anonimi (*double blind peer review*) scelti nell'elenco pubblicato nel presente fascicolo.
I contributi sono sottoposti in forma anonima al revisore, il quale entro quindici giorni comunica se il contributo è meritevole di pubblicazione, non meritevole di pubblicazione o se è meritevole subordinatamente a modifiche.
In caso di parere negativo il contributo non viene pubblicato.

INDICE DEL FASCICOLO

Anno (XIV) 2025 – N. 1 – Gennaio - Aprile

ARTICOLI

BRUNO INZITARI, *Obblighi di segnalazione nel codice della crisi: responsabilità dei sindaci e dei revisori per i danni relativi alla perdita di valore della società e dei crediti, conseguente alla mancata o tardiva attivazione delle misure e degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza* 3

LAURA CASTELLI, *L'uso di opere d'arte nei sistemi di IA generativa in fase di input e output* 16

ANTONINO ILACQUA, *Criticità del correttivo al Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza* 32

BEATRICE FICCARELLI, *Processo familiare e minorile: la stabilità delle disposizioni*.....49

VALENTINA PICCININI, *Considerazioni in tema di mutuo solutorio a seguito dell'invervento delle Sezioni Unite* 69

ANDREA CALONI, *Rimedi all'inadempimento dell'intermediario finanziario: profili problematici* 82

GIURISPRUDENZA

Sez. I – Note a Sentenza

ALESSANDRA PIERRI, *L'ascolto del minore nei procedimenti civili che lo riguardano: la mancata disposizione dell'ascolto e l'obbligo di motivazione del giudice* 128

Sez. II – Osservatorio

Risoluzione anticipata del contratto per inadempimento del conduttore – Danno da mancato guadagno del locatore –

Restituzione del bene locato prima della scadenza – Irrilevanza: Corte di cassazione, Sez. Un., 25 febbraio 2025, n. 4892.....146

Contratti bancari – Mutuo con patti accessori di contestuale deposito irregolare della somma mutuata – Titolo esecutivo – Configurabilità: Corte di cassazione, Sez. Un., 6 marzo 2025, n. 5968.....146

OBBLIGHI DI SEGNALAZIONE NEL CODICE DELLA CRISI: RESPONSABILITÀ DEI SINDACI E DEI REVISORI PER I DANNI RELATIVI ALLA PERDITA DI VALORE DELLA SOCIETÀ E DEI CREDITI, CONSEGUENTE ALLA MANCATA O TARDIVA ATTIVAZIONE DELLE MISURE E DEGLI STRUMENTI DI REGOLAZIONE DELLA CRISI E DELL'INSOLVENZA

BRUNO INZITARI
Professore ordinario f.r.
nell'Università di Milano-Bicocca

SOMMARIO: 1. La responsabilità dei sindaci in concorso e fatto proprio. – 2. Dovere di istituire assetti adeguati, rilevazione tempestiva della crisi, conseguenti obblighi di informazione vigilanza ed intervento dei sindaci. – 3. L'obbligo di segnalazione *ex* art. 25 *octies* CCII, prima misura per la soluzione e regolamentazione della crisi; 4. L'osservanza dei principi della segnalazione per emissione della crisi come specificazione dei criteri della diligenza professionale *ex* art. 1176 secondo comma c.c. – 5. Danno per ritardata applicazione delle misure e strumenti di regolazione della crisi: legittimazione dei soci e dei creditori. – 6. Domanda di ammissione al passivo per il compenso, eccezione di inadempimento, cognizione nel giudizio di accertamento dei crediti.

1. – La più diffusa applicazione anche giurisprudenziale della responsabilità dei sindaci per violazione degli obblighi relativi alla loro carica si manifesta in concorso con gli amministratori, per il danno da questi ultimi causato per effetto della violazione degli obblighi di corretta amministrazione della società.

Minore è stata l'attenzione per l'altro profilo della responsabilità per fatto proprio, ad esempio, per aver violato doveri di verità delle loro attestazioni o di segreto sui fatti o documenti di cui abbiano conoscenza o per omesso o negligente controllo contabile o comunque per aver agito dolosamente o colposamente a danno della società.

La prestazione di maggiore rilevanza e contenuto, cui è obbligato l'organo di controllo e che solitamente viene intesa come una proiezione della responsabilità degli amministratori, con i quali i sindaci possono essere solidalmente responsabili per concorso nella responsabilità, consiste nello svolgimento di una attività, appunto, di vigilanza e controllo sull'osservanza delle regole di corretta amministrazione, oltre che sull'osservanza della

legge e dello statuto. A questo si aggiunge, l'obbligo di vigilare sull'adeguatezza e sul concreto funzionamento dell'assetto amministrativo, organizzativo e contabile adottato dalla società.

Il mancato svolgimento di una tale attività, complessivamente definibile come attività di vigilanza e controllo, comporta una responsabilità omissiva per fatto proprio da valutare sotto il profilo della colpa.

Risulta definitivamente superato qualsiasi richiamo alla responsabilità oggettiva per fatto altrui. Il presupposto dell'attribuzione della responsabilità necessita dell'accertamento della condotta colposa e del nesso causale con il danno che si è verificato.

Questo è pienamente confermato dalla stessa definizione della responsabilità dei sindaci contenuta all'art. 2407 c.c.

La norma stabilisce al primo comma il livello di diligenza richiesto, che non è più quella del mandatario, originariamente prevista dal Codice civile, ma piuttosto quella più specifica e rilevante della diligenza professionale richiesta per la natura dell'incarico, vale a dire *con riguardo alla natura dell'attività esercitata*, secondo il generale principio dell'art. 1176, secondo comma c.c.

Da questo deriva che anche il livello e l'intensità della diligenza richiesta all'organo di controllo non può essere fissato in astratto per tutte le tipologie e situazioni societarie ma dipende, oltre che dalle dimensioni e dalla complessità organizzativa della società, dalla situazione concreta che questa attraversa.

L'art. 2407 c.c. al secondo comma opera uno stretto collegamento in termini di responsabilità solidale con gli amministratori *per i fatti o le omissioni di questi, quando il danno non si sarebbe prodotto se essi avessero vigilato in conformità degli obblighi della loro carica.*

Tale stretta connessione della responsabilità dei sindaci con quella degli amministratori deriva dalla finalità sottesa alla prestazione di vigilanza e controllo. L'inadempimento di tale fondamentale prestazione rende possibile agli amministratori di non adempiere ai doveri cui sono obbligati. Da questo, l'unicità del danno secondo un pieno ed assorbente concorso nelle responsabilità.

Del tutto conseguenziale, è quindi la previsione del successivo terzo comma che tende ad assorbire la disciplina della responsabilità dei sindaci in quella degli amministratori in tutte le declinazioni degli artt. 2393, 2393-*bis*, 2394, 2394-*bis,* 2395 *c.c.,* che si applicano in quanto compatibili.

2. – Il compito assegnato ai sindaci di vigilanza e controllo sull'operato degli amministratori, affinché questi compiano le scelte gestorie *nel rispetto di tutte le regole che disciplinano il corretto procedimento decisionale, alla stregua delle*

circostanze del caso concreto[1], con il Codice della crisi si è significativamente arricchito non solo di ulteriori obblighi, ma di un complessivo sistema, nel quale i sindaci sono chiamati allo svolgimento di una regolare attività continuativa di intervento, volto a verificare lo stato della società ed il suo assetto organizzativo.

Le modificazioni di prospettiva nel governo e prima ancora nella prevenzione della crisi, che caratterizzano il nuovo codice della crisi [2], hanno avuto un impatto rilevante sul diritto societario e sui doveri degli organi societari, che si sono arricchiti di nuovi compiti che possono essere realizzati con attività continuative, dai quali derivano nuovi profili di responsabilità.

Questo ha comportato una profonda e sostanziale modificazione del ruolo della funzione del controllo, che è passata da compiti di verifica *ex post*, troppo spesso attuati attraverso "accessi" prevalentemente formali, ad una attività di raccolta di dati, approfondimento e verifica, cui i sindaci sono tenuti in modo costante e contemporaneamente alla gestione dell'impresa da parte degli organi di governo della società[3].

Si è verificato quindi un significativo ampliamento delle prestazioni sinteticamente definibili di controllo e verifica cui sono obbligati i sindaci ed un conseguente rafforzamento della responsabilità dei sindaci stessi.

Le ragioni di questa svolta risiedono nella profonda modificazione dei doveri cui, secondo il rinnovato art. 2086 c.c. *l'imprenditore che operi in forma societaria o collettiva* è tenuto. Si tratta, come è noto, del dovere di istituire assetti organizzativi, amministrativi, e contabili adeguati in funzione della più corretta ed efficiente organizzazione e gestione della società, al punto che l'adeguatezza degli assetti costituisce condizione della stessa sostenibilità della conduzione e gestione dell'impresa e quindi della organizzazione della società[4].

Lo stesso art. 2086, pur costituendo norma generale dell'attività dell'imprenditore nella *gestione dell'impresa* e per questo collocato nella disciplina. *Dell'impresa in generale*, pone in diretto collegamento *funzionale* gli

[1] Così Cass. 12 luglio 2019, n. 18770.

[2] B. INZITARI, *Le mobili frontiere della responsabilità patrimoniale: distribuzione del valore tra creditori e soci nel concordato in continuità secondo la negozialità concorsuale del codice della crisi*, in *Dir. fall.*, 2023, 443.

[3] F. FIMMANÒ, *Apporto e prerogative dell'organo di controllo nelle dinamiche di accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza*, in *Diritto della crisi* 2023; Addamo, *Responsabilità del collegio sindacale nella crisi d'impresa*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 913.

[4] Cfr. P. BENAZZO, *Assetti organizzativi, diritto dell'impresa, diritto delle società: dal passato ad un (possibile) futuro,* in *Diritto della crisi, 2025*; Macario, *Business judgement rule e assetti organizzativi. Profili generali della nuova disciplina su obblighi e responsabilità nella gestione dell'impresa in crisi*, in corso di pubblicazione.

adeguati assetti alla cui istituzione è tenuto l'imprenditore, con il dovere di rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale.

L'art. 2086 con l'aggiunta, ad opera del Codice della crisi, del secondo comma, arricchisce la *gestione dell'impresa*, che costituisce la rubrica dell'intero articolo, con il nuovo profilo gestorio della prevenzione o risoluzione della crisi, i quali vengono a costituire nuovi elementi necessari per lo stesso esercizio dell'attività d'impresa.

Non si tratta certo di una invasione di campo della disciplina speciale della crisi e dell'insolvenza nel diverso e si vorrebbe sovraordinato terreno delle definizioni generali dell'impresa ma piuttosto costituisce il punto d'arrivo della complessiva disciplina dell'impresa, la cui gestione per rispondere a requisiti di sostenibilità economica e funzionale, deve essere dotata di strumenti e organizzazione in grado di prevenire e gestire la crisi.

Questo corrisponde ad un radicale mutamento di prospettiva nella valutazione della situazione di crisi il cui verificarsi piuttosto che costituire l'annuncio di una situazione irrimediabilmente patologica, che porta al declino ed arresto dell'iniziatica economica, costituisce una delle possibili fasi dello sviluppo dell'impresa, che al pari di ogni altra deve essere governata con gli strumenti e l'organizzazione adeguati[5].

Questo nuovo livello dell'attività richiesta per la gestione dell'impresa comporta conseguentemente anche per i sindaci un diretto ampliamento dei loro compiti e conseguentemente delle responsabilità che possono discendere dal non corretto operato degli organi di amministrazione e degli organi di controllo.

L'istituzione di assetti organizzativi, amministrativi, e contabili adeguati alla natura ed alle dimensioni dell'impresa, costituisce lo strumento che consente la rilevazione tempestiva della crisi e l'individuazione delle criticità che possono emergere e compromettere la continuità aziendale, obbligando gli amministratori ad attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione degli strumenti previsti per il superamento della crisi e il recupero della eventualmente compromessa continuità aziendale.

Alle previsioni innovative della nuova formulazione dell'art. 2086 c.c., hanno fatto seguito gli obblighi previsti agli art. 3 e segg. del Codice della crisi, relativi alla istituzione di assetti organizzativi adeguati, come pure, all'adozione di misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi, al fine di porre in essere le iniziative necessarie per farvi fronte,

A questo ampliamento nel contenuto e nella qualità dei compiti assegnati agli amministratori, fa seguito, in modo del tutto corrispondente, il

[5] Cfr. S. SERAFINI, *Gestione dell'impresa e responsabilità degli amministratori e dei soci a vent'anni dalla riforma delle società di capitali,* in *Riv. dir. comm.*, 2024, I, 494.

dovere dei sindaci di vigilanza e controllo sulla effettiva osservanza e attuazione di tali doveri da parte degli amministratori.

3. – Emerge quindi una profonda metamorfosi del ruolo della funzione e dei compiti che i sindaci debbono assolvere. La prestazione di vigilanza non è più quella solo formale in passato realizzata attraverso verifiche *ex post*, condotte in modo troppo spesso parziale, secondo una burocratica periodicità[6]. Al contrario ai sindaci è richiesto di operare, osservando un chiaro dovere di intervento, la cui attuazione deve necessariamente avvenire in via di assoluta contemporaneità con l'esercizio dell'impresa da parte degli amministratori.

L'introduzione della composizione negoziata con il d.l. 118/2021, successivamente versata nel testo del Codice della crisi, quale prima misura messa a disposizione del debitore per la soluzione o regolamentazione della crisi, è stata accompagnata dalla previsione di un insieme di strumenti di regolazione della crisi affinché lo stesso debitore possa mettere in atto le iniziative più opportune per far fronte alla crisi, pena una dichiarata responsabilità dello stesso.

In questo contesto uno specifico obbligo di intervento è stato imposto dall'art. 25-*octies* CCII all'organo di controllo ed ora per effetto del "correttivo", anche del soggetto incaricato della revisione legale[7], nella forma dell'obbligo di *segnalazione* all'organo amministrativo dell'esistenza dei presupposti di cui all'art. 2, comma 1, lett. *a*), e *b*). vale a dire inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni nei successivi dodici mesi, o addirittura inadempimenti rilevatori dell'insolvenza per la presentazione dell'istanza di accesso alla composizione negoziata di cui all'art. 17.

La rinnovata formulazione apportata dal "correttivo" ha specificato il contenuto della segnalazione, direttamente rinviando all'art. 2, comma lett. *a,* e *b)* e nello stesso tempo ha fissato le modalità della segnalazione, che deve essere redatta in forma scritta, trasmessa con mezzi che assicurino prova dell'avvenuta ricezione da parte degli amministratori e con fissazione

[6] In questo senso Cass. n. 18770 del 2019; Cass. 10 dicembre 2024, n. 31753, che afferma: «I sindaci, in effetti, non esauriscono l'adempimento nei propri compiti con il mero e burocratico espletamento delle attività specificamente indicate dalla legge avendo, piuttosto, l'obbligo di adottare…ogni altro atto utile e necessario ai fini di una effettiva ed efficace (e non meramente formale) vigilanza sull'amministrazione della società e le relative operazioni gestorie».

[7] L'art. 25-*octies* CCII così come integrato e modificato dal correttivo che comprende sindaci revisori nella stessa disciplina, in relazione agi compiti ed agli oneri di verifica e segnalazione.

di un congruo ma anche ravvicinato termine, che infatti non deve superare 30 giorni, entro il quale gli amministratori debbono riferire in ordine alle iniziative intraprese.

Nello stesso tempo, l'articolo in parola ha cura di specificare che l'esercizio della segnalazione non fa venir meno l'obbligo di vigilanza di cui all'art. 2403 c.c.

4. – L'obbligo di intervento con la descritta segnalazione è poi rafforzato sul piano della deterrenza dalla previsione contenuta al secondo comma dell'art. 25 *octies*, secondo cui la tempestiva segnalazione e la vigilanza sull'andamento delle trattative, forniscono elementi di valutazione per l'attenuazione o l'esclusione della responsabilità prevista dall'art. 2407 c.c.[8], sulla base del quale la condotta dovrà essere valutata ai sensi dell'art. 2407 c.c. per i sindaci e dell'art. 15, D. lgs. n. 39/2010, per i sindaci.

Nello stesso tempo la qualifica di tempestività della segnalazione, viene del tutto sottratta alla flessibilità dell'interpretazione e piuttosto rigidamente ricondotta al termine massimo di sessanta giorni dalla conoscenza da parte dell'organo, di controllo delle condizioni di crisi di cui all'art. 2 comma 1, lett. *a)*, e *b*).

È significativo che nell'imporre questo nuovo obbligo di intervento, peraltro così rigidamente e precisamente specificato nelle forme e nelle modalità, il legislatore abbia inteso stabilire che l'avvenuta osservanza dell'obbligo di segnalazione non esclude di per sé la responsabilità prevista dall'art. 2407 c.c.

L'obbligo di intervento è stato infatti strettamente collegato a condizioni aventi, nello stesso tempo, una finalità premiale e di deterrenza. La tempestiva segnalazione nelle forme e modalità prescritte può comportare attenuazione o esclusione della responsabilità, con la conseguenza che la mancata o difettosa segnalazione è sicuramente fonte di piena responsabilità.

[8] C. BAUCO, *Il ruolo dell'organo di controllo nella composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa*, in *Diritto della crisi*, 2022; M. SPIOTTA, *Responsabilità del revisore: le scale mobili soggettive del dies ad quem*, in *Società*, 2024, 936, anche con riferimento alla recente pronuncia interpretativa di rigetto della Corte Costituzionale 1 luglio 2024, n. 115, che, da un lato confermato la costituzionalità della decorrenza della prescrizione dell'azione contro il revisore dalla data di deposito dell'ultima relazione al bilancio secondo quanto previsto dall'art. 15 D.Lgs. n. 39/2010, se a promuovere l'azione è la società che ha conferito l'incarico mentre lascia aperta la possibilità dell'applicazione della disciplina di diritto comune, se a promuovere l'azione sono i soci, i terzi, i creditori sociali.

In questo modo il legislatore, forse per la prima volta in forma così esplicita, ha inteso determinare i criteri di valutazione della diligenza richiesta ex art. 1176 secondo comma c.c., per tale attività professionale. Ha fissato quindi specifiche regole relative al concreto contenuto della prestazione richiesta (segnalazione nei tempi e modalità rigidamente e specificamente prescritte), ed ha altresì sostituito ai generali ma anche flessibili criteri di attribuzione della responsabilità dell'art. 1218 c.c., specifici criteri di verifica fattuale del comportamento dell'organo di controllo.

Va considerato che il principio introdotto all'art. 25 *octies* CCII, ha una portata che va ben oltre la disciplina della composizione negoziata cui è riferito.

Esso apre il Capo III interamente dedicato al sistema di *Segnalazione per anticipata emersione della crisi*. L'intervento in parola, da un lato individua nell'organo di controllo e nel soggetto incaricato della revisione legale, il primo soggetto attraverso il quale si deve realizzare l'emersione della crisi ma, nello stesso tempo, costituisce il momento ultimo e conclusivo di verifica dell'avvenuto adempimento e del livello di diligenza applicato nell'esecuzione della prestazione di vigilanza e controllo cui sono tenuti l'organo di controllo ed il soggetto incaricato della revisione.

A tale prestazione di monitoraggio e verifica delle situazioni e degli indici che nel tempo emergono dalla gestione della società essi sono tenuti in via continuativa e l'obbligo di segnalazione richiesta dall'art. 25-*octies*, costituisce una sorta di "cancello", attraverso il quale il sistema introdotto con il nuovo codice della crisi di rilevazione o regolazione della crisi "tira le fila" del comportamento degli organi di controllo e governo e, nello stesso tempo, apre alla fase di gestione volta a porre rimedio allo stata di crisi o insolvenza della società.

Se l'organo di controllo ha adempiuto correttamente alla prestazione di costante vigilanza e controllo, la segnalazione potrà far emergere la crisi nel suo primo manifestarsi (secondo quella che viene definita *anticipata emersion*e). Al contrario, se vigilanza e controllo sono stati insufficienti, inadeguati o addirittura del tutto mancati, la segnalazione non potrà che essere tardiva e quindi non meritevole di alcun elemento premiale per l'organo di controllo, il quale, al contrario, dovrà essere ritenuto inadempiente. In ogni caso la sola circostanza della avvenuta segnalazione, non potrà certo giustificare e/o cancellare il comportamento inerte ed omissivo precedentemente tenuto.

Va peraltro osservato che la segnalazione dell'esistenza e dei presupposti di cui all'art. 1, comma 1, *lett. a*) e *b*), vale dire dello stato di insolvenza, circostanza che peraltro legittima ex art. 37 CCII anche i sindaci a proporre la domanda di apertura della liquidazione giudiziale, se da un

lato costituisce adempimento dell'obbligo di segnalazione, non può che risultare anche implicita "confessione" di non aver per tempo rilevato e segnalato la crisi con la conseguente responsabilità che ne deriva.

In conclusione, nel rinnovato sistema del codice della crisi, all'obbligo di segnalazione, di cui al l'art. 25-*octies* CCII è affidato nella sostanza il compito di verifica dell'avvenuta osservanza da parte dell'organo di controllo dei doveri di verifica e controllo, che questo è tenuto ad esercitare in via continuativa nell'esercizio dell'impresa.

A seconda, infatti, che l'organo di controllo abbia o meno effettuato la segnalazione ed a seconda della tempestività di questa in relazione al livello di crisi dell'impresa, è possibile dedurre elementi significativi per escludere o affermare la responsabilità dello stesso organo di controllo nelle possibili graduazioni di intensità.

A questo riguardo va tenuto conto del fatto che l'organo di controllo è chiamato allo svolgimento di attività secondo tempi e modalità che hanno modificato la stessa natura della prestazione dovuta.

L'azione di verifica e controllo non solo deve svolgersi secondo una continuità che di per sé comporta una modifica rilevante della prestazione dovuta, ma deve assolvere a compiti più ampi e complessi, segnati dall'esercizio di maggiori poteri proattivi, ai quali corrispondono dirette responsabilità.

Di conseguenza si può ritenere che il profilo di responsabilità concorrente con quella degli amministratori (che trova peraltro prevalente applicazione nella casistica giurisprudenziale), potrà manifestarsi con maggiore evidenza. Infatti, considerata la maggiore ampiezza e carattere penetrante dei compiti di verifica e controllo imposte ai sindaci, la condizione esimente prevista dall'art. 2407 c.c. secondo cui i sindaci sono *responsabili solidalmente con gli amministratori* per atti o fatti di questi *quando il danno non si sarebbe prodotto se essi avessero vigilato in conformità agli obblighi della loro carica*, risulterà più arduo applicarla, in quanto, nella sostanza, solitamente il danno causato dall'imprenditore dipende da un mancato controllo.

Questo non significa attribuire al sindaco una sorta di responsabilità oggettiva o comunque una responsabilità da "posizione di garanzia", in quanto resta ferma la possibilità di una prova controfattuale, che dimostri l'avvenuto esercizio o tentato esercizio dell'intera gamma di poteri di verifica e controllo che già il Codice civile ed ora il codice della crisi gli affida[9].

[9] Cfr. Cass. 12 luglio 2019, n. 18770.

5. – La responsabilità concorrente con gli amministratori, nella concreta esperienza giurisprudenziale ha seguito le dinamiche e le sorti dell'azione fatta valere dal curatore per il danno subito dei creditori per la perdita della capacità patrimoniale della società a causa della continuazione dell'attività svolta successivamente alla perdita del capitale sociale, con incremento del passivo e determinazione del danno con il criterio oggi previsto anche dal novellato art. 2486 c.c., della differenza dei netti patrimoniali [10].

In realtà come è stato osservato anche di recente, il danno che può scaturire dalla violazione delle regole di corretta amministrazione da parte degli amministratori e degli obblighi di vigilanza e controllo da parte dell'organo di controllo, può avere una dimensione più ampia ed una diversa natura.

Il danno può consistere, infatti, nel pregiudizio al patrimonio della società che può manifestarsi nella lesione delle capacità reddituali, nella rottura della continuità aziendale, nella sostanza possiamo dire, nella *perdita di valore* della stessa società.

Questa può assumere dimensioni tali da pregiudicare la garanzia patrimoniale offerta ai creditori e compromettere la capacità di adempiere alle obbligazioni sorte durante la gestione della società ma, nello stesso tempo, le dimensioni delle perdite possono essere anche rilevanti ma non tali da interrompere la continuità aziendale, né di compromettere la capacità di far fronte alle obbligazioni assunte[11].

Tale danno potrà essere fatto valere con l'azione sociale di responsabilità alla quale è pienamente legittimato anche il curatore fallimentare, tanto nei confronti degli amministratori che dell'organo di controllo.

Le nuove più ampie dimensioni dei compiti e doveri che ricadono sui sindaci, secondo la rinnovata disciplina introdotta dal codice della crisi, agevolano l'attribuzione della responsabilità concorrente, in quanto di fronte al comportamento illegittimo e pregiudizievole dell'amministratore, la corretta osservanza da parte dei sindaci degli ampi doveri di controllo, vigilanza e intervento avrebbe potuto ragionevolmente impedire, frenare o eventualmente porre rimedio alla crisi con l'applicazione delle misure o degli strumenti oggi previsti.

Nello stesso tempo, per gli stessi motivi, anche la responsabilità per fatto proprio risulta più agevolmente applicabile nei casi in cui la mancata osservanza degli obblighi di informazione, controllo ed intervento abbia

[10] Cfr. M. FABIANI, *Perdita di valore dell'impresa, responsabilità degli organi sociali e il pernicioso "abbaglio" dei netti patrimoniali*, in *Società*, n. 10/2024 pag. 1045.

[11] M. FABIANI, *op. cit*.

comportato un pregiudizio alla società consistente in una perdita di valore della stessa, anche se tale perdita di valore resta contenuta in una misura che non compromette la capacità della società di far fronte regolarmente alle proprie obbligazioni.

La responsabilità per tale pregiudizio potrà essere fatta valere con l'azione sociale, alla quale peraltro è legittimato anche il curatore, non solo nell'interesse dei creditori ma anche della stessa società alla quale è succeduto, in quanto della reintegrazione del patrimonio sociale e del recupero della perdita di valore si avvantaggiano non solo i creditori ma anche i soci.

Deve essere altresì considerato che la crisi e l'insolvenza dell'impresa nel rinnovato quadro delle misure e degli strumenti di regolazione della crisi forniti dal Codice della crisi, vengono regolate e ottengono la loro risoluzione con esdebitazione del debitore al di fuori di quello che un tempo era il fallimento ed ora la liquidazione giudiziale. Nello stesso tempo i creditori sopportano la perdita nella misura dello stralcio del credito subito a seconda dell'esito dei diversi strumenti adottati ed i soci subiscono la perdita di valore delle società e delle loro partecipazioni sociali.

Il danno sopportato dai creditori può essere fatto valere, oltre che nei confronti degli amministratori, anche dei sindaci per non aver correttamente e diligentemente adempiuto ai doveri di vigilanza e controllo, da ciascun creditore per la parte non soddisfatta del credito, come pure per il pregiudizio subito per ritardo nell'adempimento. Nello stesso tempo i soci, per gli stessi motivi, potranno far valere l'azione sociale di responsabilità per la perdita di valore della società.

6. – L'ampiamento dei compiti e dei poteri particolarmente proattivi che il codice della crisi assegna ai sindaci, comporta non soltanto un significativo rafforzamento delle responsabilità ma anche una modificazione degli stessi caratteri di tale responsabilità. Essa, anche in ragione dei nuovi poteri e doveri di intervento e di iniziativa, non può essere più essere intesa o ricondotta ad una *responsabilità indiretta* ma piuttosto ad una *responsabilità per fatto proprio* consistente nella violazione dei doveri di costante informazione sull'andamento dell'esercizio dell'impresa, e conseguenti doveri di intervento, segnalazione, nell'osservanza di un comportamento proattivo di prevenzione e soluzione della crisi[12].

[12] Nel senso del superamento della definizione della responsabilità dei sindaci come responsabilità indiretta si è espressa recentemente la giurisprudenza con riferimento alla disciplina precedente al codice della crisi, Trib. Roma, 4 ottobre 2023 che osserva: *la responsabilità dei sindaci anche quando concorrente rispetto a quella degli amministratori, non costituisce una responsabilità indiretta, ma una responsabilità per fatto*

Già nell'interpretazione della giurisprudenza - con riferimento ai doveri di vigilanza ed oggi nella disciplina del codice della crisi, con riferimento ai più volte menzionati doveri di informazione, intervento, segnalazione ecc. - i compiti e gli obblighi dei sindaci non possono essere circoscritti alla valutazione dell'operato degli amministratori ma piuttosto investono l'intera gestione sociale, secondo una costante verifica dei contenuti, dell'andamento e delle prospettive, in funzione della tutela non solo dell'interesse dei soci ma anche di quello concorrente dei creditori sociali[13].

La responsabilità dei sindaci deve pertanto essere oggi intesa come responsabilità per fatto esclusivamente proprio. Tale responsabilità può certamente divenire concorrente con quella degli amministratori, quando sia dimostrato il concorso omissivo con la condotta degli amministratori[14].

La distinzione già enunciata nell'art. 2407 c.c. tra la responsabilità esclusiva e la responsabilità concorrente con quella degli amministratori è emersa, anche da ultimo, nei casi in cui il curatore, ha fatto valere l'avvenuto inadempimento dei sindaci ai doveri di vigilanza e controllo.

L'inadempimento, infatti, non giustifica il compenso ricevuto dal sindaco con conseguente obbligo alla restituzione oppure consente di respingere la richiesta del sindaco, volta ad esigerne il pagamento.

Alla domanda di ammissione al passivo del credito per il compenso dovuto dalla società fallita o in liquidazione giudiziaria, il curatore che intende far valere nei confronti del sindaco, il mancato esercizio dei doveri di controllo e vigilanza, può eccepire l'inadempimento mentre il sindaco potrà contrastare tale eccezione fornendo la prova dell'avvenuto adempimento[15].

A questo riguardo va considerato che l'eccezione riconvenzionale d'inadempimento opposta dal curatore, al fine di ottenere il rigetto della domanda del sindaco o dell'amministratore per l'ammissione al passivo, ad es., del credito per il compenso, non corrisposto dalla società, se il curatore contemporaneamente incardini un giudizio di responsabilità contro i sindaci o gli amministratori, non comporta che il giudizio per l'ammissione del credito al passivo ossa o debba essere sospeso a norma dell'art. 295 c.p.c., in quanto il tribunale fallimentare ha la piena competenza a decidere sui diritti azionati dai creditori concorsuali.

---

proprio consistente nella violazione del dovere di vigilane diligentemente sull'operato degli amministratori.

[13] Cass., 24 gennaio 2024, n. 2350.

[14] Cfr. Cass., 12 luglio 2019, n. 18770.

[15] Cass., 10 dicembre 2024, n. 31753, secondo la quale, «il riparto degli oneri probatori segue le regole ordinarie».

Di conseguenza, per ottenere il rigetto della domanda di ammissione al passivo, in questa sede grava sul Curatore l'onere di controdedurre e di fornire prove adeguate a contrastare la domanda di dei sindaci o degli amministratori, in quanto essendo preclusa la possibilità di sospendere tale giudizio, l'accertamento di tali inadempimenti non può essere sospeso e rinviato al giudizio di responsabilità proposto davanti al Tribunale delle Imprese[16], essendo pienamente competente il tribunale fallimentare nel giudicio di accertamento dei crediti per l'ammissione al passivo.

La giurisprudenza ha chiarito in più occasioni ed anche da ultimo che nei casi (che in verità sono i più frequenti), in cui il curatore oppone l'eccezione di inadempimento alla domanda di pagamento del sindaco per il compenso non percepito dal sindaco dalla società fallita, *il criterio del riparto degli oneri probatori è esattamente identico a quello che rileva ove il creditore agisca per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento* [17].

Il creditore che agisca per l'inadempimento deve pertanto provare la fonte negoziale o legale del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, allegando la circostanza dell'inadempimento della controparte [18]. A fronte dell'eccezione d'inadempimento sollevata dal curatore, spetta poi al sindaco dare la prova della correttezza del proprio operato.

Tale principio deve poi essere necessariamente concretizzato nelle diverse fattispecie nelle quali non potrà che essere adattato. Deve escludersi infatti l'efficacia dell'eccezione di inadempimento che fosse formulata in modo del tutto sommario senza indicazione da parte del curatore dei fatti di inadempimento da imputare al sindaco.

L'ampiezza di tale onere di allegazione sarà quindi graduale a seconda che l'eccipiente limiti la contestazione al diritto al compenso, facendo valere la responsabilità esclusiva del sindaco oppure faccia valere la responsabilità concorrente con quella degli amministratori.

In quest'ultimo caso l'onere di allegazione sarà più intenso, in quanto perché si verifichi il concorso con gli amministratori dovranno essere indicati i fatti di omessa vigilanza sul comportamento degli amministratori stessi. Inoltre, per operare l'imputazione della responsabilità in via solidale con gli amministratori per il danno da questi causato, sarà necessaria l'indicazione dei caratteri e del contenuto del comportamento omissivo del sindaco, completato da una valutazione controfattuale che il danno non si

[16] Cfr. Cass., 10 dicembre 2024; n. 31753.

[17] Cass., 24 gennaio 2024, n. 2343; Cass. 6 settembre 2021, n. 24045, Cass. 12 luglio 2019, n. 18770.

[18] Cass., 24 gennaio 2024, n. 2350.

sarebbe verificato o sarebbe stato di dimensione più contenuta se i sindaci avessero adempiuto ai doveri di controllo e vigilanza cui erano tenuti[19].

REPORTING OBLIGATIONS UNDER THE CRISIS CODE: LIABILITY OF AUDITORS FOR DAMAGES RELATED TO THE LOSS OF VALUE OF THE COMPANY AND RECEIVABLES, RESULTING FROM THE FAILURE OR DELAY IN ACTIVATING MEASURES AND INSTRUMENTS TO REGULATE THE CRISIS AND INSOLVENCY

Abstract

Ai compiti di vigilanza e controllo contabile della società che il Codice civile assegnava ai sindaci, con il Codice della Crisi si sono aggiunti gli obblighi di verifica della crisi e dell'insolvenza e collegata segnalazione agli amministratori, affinché questi adottino tempestivamente le misure più adeguate. L'osservanza di tali obblighi costituisce il criterio di valutazione e di attribuzione della responsabilità, anche in concorso con gli amministratori, come pure in caso di perdita di valore della società stessa per mancato o ritardato intervento nella crisi. Legittimato all'azione di responsabilità in caso di liquidazione giudiziale è il curatore, mentre i soci, i creditori ed i terzi possono far valere il danno conseguente alla perdita di valore della società o alla perdita percentuale del credito secondo gli esiti delle misure o strumenti di regolazione della crisi che hanno trovato applicazione.

***

To the duties of supervision and auditing of the company which the Civil Code assigned to the auditors, the Crisis Code added the obligations of verifying the crisis and insolvency and related reporting to the directors, so that the latter may promptly take the most appropriate measures. Observance of these obligations constitutes the criterion for assessing and attributing liability, also in conjunction with the directors, as well as in the event of loss of value of the company itself due to failure or delay in intervening in the crisis. Entitled to bring an action for liability in the event of compulsory liquidation is the liquidator, while shareholders, creditors and third parties may claim damages resulting from the loss of value of the company or the percentage loss of credit according to the outcome of the measures or instruments for regulating the crisis that have been applied.

---

[19] Cfr. Cass., 12 luglio 2019, n. 18770.

L'USO DI OPERE D'ARTE NEI SISTEMI DI *AI* GENERATIVA IN FASE DI *INPUT* E *OUTPUT*

LAURA CASTELLI
Professore associato
nell'Università di Milano

SOMMARIO: 1. L'utilizzo delle opere d'arte nei sistemi di *AI* generativa. – 2. Il quadro normativo europeo e italiano. – 3. L'uso di immagini in fase di *input* ai soli fini di addestramento della macchina. – 4. Possibili lesioni del diritto d'autore in assenza di *opt-out.* – 5. I criteri di liceità dell'*appropriation art* creata dall'intelligenza artificiale.

1. – Negli ultimi anni lo sviluppo delle intelligenze artificiali generative ha sollevato nuove questioni giuridiche, connesse tra l'altro all'uso di immagini protette dal diritto d'autore nei processi di addestramento delle macchine *AI*[1]. Le *AI* generative, infatti, come quelle basate su reti neurali profonde, necessitano di enormi quantità di dati per apprendere schemi visivi e produrre nuove immagini[2]. L'inserimento di opere d'arte, fotografie e altri contenuti visivi protetti dal *copyright* pongono interrogativi circa la compatibilità di tali pratiche con le normative vigenti. A livello internazionale, il dibattito si concentra sul difficile bilanciamento tra innovazione tecnologica e tutela dei diritti degli autori; la comunità scientifica si interroga, in particolare, sia sulla possibilità che la macchina possa utilizzare immagini protette dal diritto d'autore in virtù delle

[1] Ai sensi dell'art. 3.1 *AI ACT,* Reg. 2021/0106 (COD), approvato dal Parlamento il 31 marzo 2024, si definisce sistema di intelligenza artificiale «un sistema automatizzato progettato per funzionare con livelli di autonomia variabili e che può presentare adattabilità dopo la diffusione e che, per obiettivi espliciti o impliciti, deduce dall'*input* che riceve come generare *output* quali previsioni, contenuti, raccomandazioni o decisioni che possono influenzare ambienti fisici o virtuali».

[2] Tra i diversi tipi di intelligenza artificiale, quella generativa è la più evoluta, ed è in grado di generare contenuti nuovi, creare testi o immagini grazie alle indicazioni (*prompt*) fornite dall'utente. Per funzionare ha bisogno di essere istruita e addestrata, mediante l'inserimento di un enorme quantitativo di dati che, combinati ad algoritmi, le permettono di fornire risposte e generare testo. Sul funzionamento dell'*AI* e i modelli di addestramento cfr. Y. LE CUN, Y., G. HINTON, Y. BENGIO, *Deep learing*, in *Nature,* 2015, 436 ss.; N. CRISTIANINI, *La scorciatoia,* Bologna, 2023; sul funzionamento dei sistemi che generano immagini cfr. L. TURINI, *A chi spettano i diritti sulle opere dell'intelligenza artificiale. Dall'addestramento su opere altrui alla generazione di opere nuove*, Santarcangelo di Romagna, 2024, 15 ss.

eccezioni, di cui si dirà a breve, previste dalla legge per il *text and data mining* (*TDM*) [3] - intesa come modalità di reperimento di dati e di estrazione degli stessi, che sovente trae appunto informazioni da opere dell'ingegno - in funzione dell'operatività della macchina, sia sulle conseguenze economiche e culturali della generazione automatica di contenuti derivati.

Nel frattempo gli artisti "tradizionali" denunciano i rischi di violazione dei diritti d'autore insiti nell'utilizzo di immagini di opere d'arte per addestrare le macchine *AI*: è di questi giorni la notizia di una petizione, che ha raccolto le firme di più di seimila artisti, con cui si è chiesto a Christie's di sospendere l'asta *Augmented Intelligence*, la prima dedicata solamente a opere generate tramite *AI* e *Machine Learning* (dipinti, sculture, stampe, opere digitali e interattive, firmate da pionieri dell'intelligenza artificiale degli anni '60 e da artisti contemporanei). La Casa d'aste non ha dato seguito a tale richiesta, manifestando al contrario entusiasmo per l'iniziativa e, più in generale, per i nuovi sistemi di *AI* generativa – da intendere non tanto come un sostituto della creatività umana, quanto come uno strumento per migliorarla – e la vendita si è conclusa con un ricavo totale di circa 730.000 dollari.

In attesa di conoscere quali linee guida in materia di diritto d'autore verranno emanate dallo U.S. Copyright Office oltreoceano[4], è lecito

[3] L'intelligenza artificiale è un *software* e, per funzionare, utilizza gli algoritmi, ovvero una serie di istruzioni che, dopo essere state eseguite, permettono alla macchina di ottenere un certo risultato. L'*AI* si basa su sistemi di *machine learning*, ovvero su algoritmi che individuano le connessioni tra dati e danno esecuzione ai compiti, attraverso l'interferenza, ossia processi di deduzione logica dei dati che hanno appreso. Il grado di performatività è strettamente connesso alla quantità e qualità di dati impiegati in sede di addestramento. Le reti neurali hanno più strati: uno di *input,* uno di *output* e uno intermedio, che elabora i dati. Per funzionare, una macchina deve essere addestrata, mediante l'assimilazione del maggior numero possibile di dati. Tale addestramento è suddiviso in tre fasi: la prima è quella di "codificazione del testo"; la seconda è definita "codificazione dell'immagine"; la terza è quella in cui viene realizzata una tabella che unisce i testi e le immagini codificate, mediante una griglia che ha gradi di probabilità di corrispondenza tra definizioni e figure. Come rileva L. TURINI, *op. cit.,* 12, simile lavoro non è fatto sulla totalità dell'immagine, ma su ogni elemento di cui essa è composto, così che all'interno di un sistema vi sono punti che corrispondono a piccoli pezzi (*token*) che, presi in considerazione singolarmente, non sono percepibili.

[4] Il 31 luglio 2024 l'U.S. Copyright Office ha pubblicato la prima parte del rapporto sulle questioni legali e politiche relative al diritto d'autore e all'intelligenza artificiale, contenente una Raccomandazione per l'adozione di una legislazione federale per contrastare la distribuzione non autorizzata di *deepfakes*. Il 28 gennaio 2025 è stata pubblicata la seconda parte, riguardante la tutela, mediante le norme in materia di diritto d'autore, delle opere create mediante AI. Si attende ora la terza e

domandarsi se e quali regole del nostro Paese siano in grado di fornire una risposta al quesito posto da simili tecniche: è legittimo inserire immagini di opere d'arte protette dal diritto d'autore per allenare e addestrare sistemi di *AI* generativa?

2. – Nel nostro Paese, l'uso di immagini tutelate dal diritto d'autore per l'addestramento di modelli di intelligenza artificiale generativa si inserisce in un contesto normativo complesso, che vede l'intersezione tra il diritto d'autore tradizionale e le più recenti regolamentazioni sull'uso dei dati.

Con particolare riferimento a queste ultime, in Europa la principale normativa di riferimento è la direttiva (UE) 2019/790 sul diritto d'autore nel mercato unico digitale - recepita nel nostro ordinamento con il d. lgs. 177/2021 - che ha introdotto specifiche regole per il c.d. *text and data mining* (*TDM*) definito, all'art. 2, come «qualsiasi tecnica di analisi automatizzata volta ad analizzare testi e dati in formato digitale avente lo scopo di generare informazioni, inclusi, a titolo non esaustivo, modelli, tendenze e correlazioni».

In dottrina vi è chi ha dubitato che il legislatore europeo, all'epoca dell'emanazione della direttiva, fosse realmente consapevole dello sviluppo che avrebbero avuto i sistemi di *AI* generativi e intendesse riferirsi anche alle modalità di costruzione di un modello di apprendimento automatizzato[5]. A tal riguardo si è osservato come nel *memorandum* di accompagnamento della bozza polacca di recepimento della direttiva *Digital Copyright* sia stata messa in luce l'estraneità della disciplina europea rispetto alle attività di *machine learning*, considerato che quando è stata emanata la direttiva non si potevano ancora prevedere le potenzialità dei sistemi di *AI* generativi[6].

---

ultima parte, che affronterà le questioni giuridiche derivanti proprio dall'addestramento dei modelli AI mediante opere protette dal diritto d'autore.

[5] A. PEUKERT, *Copyright in the Artificial Intelligence Act – A primer,* in *GRUR International, vol. 73, VI, 2024*, 503 s.; G. GEIER, V. IAIA, *Towards and indipendent EU Regulator for copyright issues of generative AI: what role for the AI office (but more importantly: what's next?)*, in *Auteurs et medias, II,* 2024, 188 s; T. DORNIS, W. TIM, S. STOBER, *Urheberrecht und training generativer KI-Modelle – technologische and juristische grunlagen,* 2024, in *www.papers.ssrn.com*; *contra* P. KELLER, *TDM: Poland challenges the rule of EU law*, in *Kluwer Copyright Blog*, 20 febbraio 2024.

[6] V. IAIA, *La proprietà intellettuale nell'era dell'intelligenza artificiale,* Milano, 2025, 84. Secondo l'A. inoltre, l'area di libero esercizio di estrazione di testo e di dati disegnata dagli artt. 3 e 4 della direttiva ha fatto supporre che «l'intercettazione delle attività di *machine learning* sia perlopiù il frutto di una (s)fortunata coincidenza, anziché di encomiabile lungimiranza». Si veda anche V. IAIA, *Intelligenza artificiale generativa e diritto d'autore,* in *manuale sull'intelligenza artificiale,* a cura di R. RAZZANTE, Torino, 2024, 209.

Indipendentemente dall'esistenza o meno di questa consapevolezza, ciò che emerge dalla lettera della legge è che dopo aver definito l'attività di *mining* – intesa come analisi automatizzata di dati – sono previste, agli artt. 3 e 4, due distinte eccezioni al diritto esclusivo di riproduzione e di estrazione[7]. L'articolo 3, in particolare, prevede un'eccezione al potere escludente del diritto d'autore in favore degli istituti di ricerca e agli enti di patrimonio culturale, rispetto alle attività di estrazione di testo e di dati utili per scopi di ricerca scientifica. *Ratio* della norma è quella di favorire la ricerca basata su *big data* e intelligenza artificiale, permettendo agli enti di ricerca di analizzare notevoli quantità di testi e dati senza ostacoli giuridici.

Laddove ad accedere a queste informazioni siano privati e aziende, tale necessità è regolata dall'articolo successivo, che prevede un'eccezione più ampia, ma soggetta al diritto di *opt-out* da parte dei titolari dei diritti d'autore. L'art. 4 si riferisce in particolare alle estrazioni e riproduzioni di opere dell'ingegno per finalità commerciali e introduce un'eccezione più estesa, consentendo il *text and data mining* per qualsiasi finalità, ma prevedendo al contempo ai titolari dei diritti d'autore di esercitare il c.d. *opt-out*, vietando l'estrazione di testi e dati di proprie opere.

La disposizione in esame pone una serie di problemi sia applicativi, sia di interpretazione.

In primo luogo, allo stato le modalità operative di esercizio dell' *opt-out* appaiono tutt'altro che semplici: il titolare di opere protette dal diritto d'autore potrà senz'altro manifestare il proprio rifiuto attraverso misure tecnologiche di protezione, prevedendo ad esempio restrizioni all'accesso di dati; ove però si dovesse trattare di opere pubblicamente disponibili *online*, la legge impone l'utilizzo di «strumenti che consentano lettura automatizzata», senza specificare come debba essere espresso tale rifiuto a seconda dei dati che possono essere oggetto di *TDM*. Occorre considerare che attualmente non esistono *standard* univoci adottati da tutti i sistemi e ciò rende complesso l'esercizio del diritto di *opt-out*, essendo elevato il rischio che esso non sia leggibile dalla macchina, tutte le volte in cui sia espresso in un formato che i sistemi informativi non sono in grado di riconoscere automaticamente senza necessità di interpretazione manuale.

[7] L'estrazione di dati da parte di una macchina di *AI generativa* si riferisce al processo mediante il quale un sistema di *AI* è in grado, sulla base delle indicazioni e delle informazioni fornite dall'utente (c.d. *prompt*), di generare qualcosa di nuovo, creare testi o immagini e fornire risposte. Funziona sulla base di calcoli probabilistici e necessita di essere addestrata su un enorme quantitativo di dati che, abbinati a algoritmi, le permettono di mettere in relazione tali dati e generare testo. Si veda in materia N. CRISTIANINI, *op. cit.*

La norma in esame pone anche dubbi interpretativi: occorre infatti individuare il campo di applicazione delle eccezioni appena esaminate, volte a contemperare l'interesse all'innovazione con la tutela dei diritti d'autore.

Da un esame d'insieme della disciplina, l'intenzione del legislatore sembra essere quella di regolare non tanto l'attività di analisi automatizzata dei dati, ma quella di estrazione degli stessi. La distinzione tra analisi dei dati ed estrazione, che emerge nel testo originale della direttiva, sfuma nel testo italiano della stessa, ove i termini *mining* ed *extraction* vengono tradotti nel medesimo modo, utilizzando l'espressione "estrazione". Questa confusione potrebbe allora avallare l'ipotesi che, a parte nei casi eccezionali di cui agli artt. 3 e 4, l'attività di analisi dei dati sia sottoposta a restrizioni, laddove, a un attento esame della normativa vigente, allo stato non sembrano esserci norme che sottopongono ad autorizzazione l'analisi dei dati, che la macchina conduce in modo automatico e per di più in un linguaggio incomprensibile per l'uomo[8].

Nel recepire la direttiva 2019/790, il nostro Paese ha disciplinato solo la fase di estrazione e riproduzione di opere, senza occuparsi della fase precedente, ossia quella di analisi dei dati[9], così che, al momento, l'utilizzo delle immagini per il solo addestramento della macchina sembrerebbe consentito[10].

Sul piano pratico, peraltro, in questa fase i problemi dipendono dal fatto che, ad oggi, risulta quasi impossibile conoscere il vero funzionamento delle macchine e verificare se esse, in fase di analisi dei dati, si limitino a studiarli e ad acquisire nozioni e idee, di per sé liberamente appropriabili, o se copino il materiale esaminato. A tal riguardo occorre peraltro considerare che la Commissione europea, in uno studio recente in materia di *copyright* e

[8] L. TURINI, *op cit.*, 115, la quale, nell'ipotizzare che l'attività di *text and data mining* sia libera e non soggetta ad autorizzazione, trova conferma nell'art.4, comma 1, della direttiva, in cui si legge che «gli Stati membri dispongono un'eccezione o una limitazione ai diritti di cui all'articolo 5, lettera a), e all'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 96/9/CE, all'articolo 2 della direttiva 2001/29/CE, all'articolo 4, paragrafo 1, lettere a) e b), della direttiva 2009/24/CE e all'articolo 15, paragrafo 1, della presente direttiva per le riproduzioni e le estrazioni effettuate da opere o altri materiali cui si abbia legalmente accesso ai fini dell'estrazione di testo e di dati», in cui dunque l'eccezione è riferita solo ai «diritti protetti dalle norme richiamate che non includono il diritto di *text and data mining*».

[9] All'art. 70-*quater* l. aut. si legge: «Fermo restando quanto previsto dall'articolo 70-ter, sono consentite le riproduzioni e le estrazioni da opere o da altri materiali contenuti in reti o in banche di dati cui si ha legittimamente accesso ai fini dell'estrazione di testo e di dati. L'estrazione di testo e di dati è consentita quando l'utilizzo delle opere e degli altri materiali non è stato espressamente riservato dai titolari del diritto d'autore e dei diritti connessi nonché dai titolari delle banche dati».

[10] Si veda sul punto L. TURINI, *op. cit.*, 116.

nuove tecnologie, nell'esprimersi sull'ambito di applicazione dell'*opt-out* – che ha il fine di riservare i diritti autoriali ove sia possibile rinvenire una riproduzione - ha osservato come non necessariamente tutte le copie tecniche realizzate nel processo *TDM* siano da considerarsi riproduzioni[11].

3. – Si è detto di come dall'analisi delle regole dettate dalla direttiva 2019/790 sul diritto d'autore nel mercato unico digitale non emergano regole specifiche riferite al semplice inserimento di immagini da utilizzare per l'allenamento della macchina[12].

Il Parlamento europeo, dal canto suo, nonostante abbia integrato il testo dell'*AI Act* poco prima della sua emanazione[13], proprio al fine di far fronte ai problemi che l'utilizzo di opere autoriali senza il consenso dei titolari

[11] *Study on copyright and new technologies: copyright data management and Artificial Intelligence,* European Commission, February 2022, https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/cc293085-a4da-11ec-83e1-01aa75ed71a1/language-en. Di seguito il testo in inglese del passaggio citato nel testo: «Even if the exception can be aside by an opt out this does not entail that all technical copies made in tdm process are to considered as reproductions: the output is meant to reserve the right, where the right is applicable, i.e. where a reproduction can be found (in particular determining whether the work is recognizable and thus exploited in the course of the TDM process or afterwards».

[12] Osserva G. GHIDINI, *Intelligenza artificiale: due questioni di proprietà intellettuale,* in *Riv. dir. ind.*, 2024, 145: «Ora, impedire l'accesso e l'uso, anche ultra-temporaneo, di dati per sistemi IA solo allo scopo di istruirli a produrre nuove opere, equivarrebbe, in termini umani, al divieto, per un autore, di 'archiviare' nella sua mente, e utilizzare, frammenti di opere di autori precedenti. Tale divieto sarebbe inconciliabile con la protezione del copyright non solo perché impraticabile, ma perché, precisamente, non vi può essere alcuna violazione autoriale nello studiare e memorizzare opere altrui allo scopo di produrre nuove opere — distinte, ripeto ancora, quanto a forma espressiva».

[13] Reg. (U.E.) 2024/1689 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024 che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica i regolamenti (C.E.) n, 300/2008, (U.E.) n, 167/2013, (U.E.) n, 168/2013, (U.E.) 2018/858, (U.E.) 2018/1139 e (U.E.) 2019/2144 e le dir.. 2014/90/UE, (U.E) 2016/797 e (U.E.) 2020/1828 (reg. sull'intelligenza artificiale). Scopo di tale atto normativo è quello di «migliorare il funzionamento del mercato interno, istituendo un quadro giuridico uniforme in particolare per quanto riguarda lo sviluppo, l'immissione sul mercato, la messa in servizio e l'uso di sistemi di intelligenza artificiale (sistemi di IA) nell'Unione". Si noti che esso si applicherà a decorrere dal 2 agosto 2026, ad eccezione dei capi I e II che si applicano a decorrere dal 2 febbraio 2025; dei capi III, sezione 4, V, VII, XII e dell'articolo 78 che si applicano a decorrere dal 2 agosto 2025, ad eccezione dell'articolo 101; dell'articolo 6, paragrafo 1 che si applica a decorrere dal 2 agosto 2027. Per un commento del Regolamento cfr. V. CALAPRICE, *Il Regolamento europeo (c.d. AI Act),* in *Manuale sull'intelligenza* artificiale, a cura di R. RAZZANTE, Torino, 2024, 17 ss.

potrebbe generare, ha dedicato alla fase di *input* soltanto la previsione di cui all'art. 53, par. 1, lett. d), ove si sancisce l'obbligo per i fornitori di *AI* per finalità generali[14] di redigere e mettere a disposizione del pubblico «una sintesi sufficientemente dettagliata dei contenuti utilizzati per l'addestramento del modello di AI». Tale norma, invero, non impone particolari obblighi in fase di analisi, se non quello di rendere trasparente l'utilizzo del materiale impiegato per l'addestramento della macchina, ciò che del resto sembrerebbe necessario al fine di consentire agli autori delle opere utilizzate di venire a conoscenza delle modalità di sfruttamento delle stesse, per scegliere se e come far valere il diritto di *opt-out*, altrimenti verosimilmente impossibile[15].

Peraltro, anche laddove il legislatore scegliesse in futuro di regolare e limitare espressamente l'utilizzo di immagini in fase di analisi, tale limitazione si troverebbe necessariamente a fare i conti con alcune criticità.

In primo luogo occorre considerare che, in sede di regolamentazione della fase di analisi dei dati, tra gli obblighi che il legislatore potrebbe

[14] L'art. 3, n. 63, *Ai Act* definisce il modello di *AI* per finalità generali «un modello di IA, anche laddove tale modello di IA sia addestrato con grandi quantità di dati utilizzando l'autosupervisione su larga scala, che sia caratterizzato una generalità significativa e sia in grado di svolgere con competenza un'ampia gamma di compiti distinti, indipendentemente dalle modalità con cui il modello è immesso sul mercato, e che può essere integrato in una varietà di sistemi o applicazioni a valle, ad eccezione dei modelli di IA utilizzati per attività di ricerca, sviluppo o prototipazione prima di essere immessi sul mercato».

[15] Osserva V. IAIA, *op. ult. cit.*, 90, come «in assenza di alcuna *disclosure* sui contenuti autoriali utilizzati sarebbe estremamente difficile, se non impossibile, per gli autori verificare il rispetto della propria manifestazione di volontà e, in caso di violazione, disporre degli strumenti probatori per legittimare una pretesa risarcitoria». Si veda anche quanto previsto dal Considerando 107: «Al fine di aumentare la trasparenza sui dati utilizzati nelle fasi di pre-addestramento e addestramento dei modelli di IA per finalità generali, compresi testo e dati protetti dalla normativa sul diritto d'autore, è opportuno che i fornitori di tali modelli elaborino e mettano a disposizione del pubblico una sintesi sufficientemente dettagliata dei contenuti utilizzati per l'addestramento del modello di IA per finalità generali. Pur tenendo debitamente conto della necessità di proteggere i segreti commerciali e le informazioni commerciali riservate, la presente sintesi dovrebbe essere di respiro ampio e generale, anziché dettagliata sotto il profilo tecnico, al fine di agevolare le parti con interessi legittimi, compresi i titolari dei diritti d'autore, nell'esercitare e far rispettare i loro diritti ai sensi del diritto dell'Unione, ad esempio elencando le principali raccolte o serie di dati che sono state inserite nell'addestramento del modello, quali grandi banche dati o archivi di dati privati o pubblici, e fornendo una descrizione delle altre fonti di dati utilizzate. È opportuno che l'ufficio per l'IA fornisca un modello per la sintesi, che dovrebbe essere semplice ed efficace nonché consentire al fornitore di fornire la sintesi richiesta in forma descrittiva».

imporre, molti sarebbero difficili da rispettare, con il rischio, giustamente rilevato dalla dottrina, di *overregulation*[16]: basti pensare alla possibilità che i fornitori di servizi di *AI*, proprio per eludere le disposizioni che impongono limitazioni a tutela del diritto d'autore, decidano di addestrare i propri algoritmi con banche dati disponibili in Paesi, come il Giappone, che possiede regole di tutto vantaggio per le attività di *machine learning*[17].

Inoltre, non può trascurarsi che difficilmente un autore sarebbe in grado non solo di dimostrare, ma ancor prima di accorgersi dell'utilizzo di una sua opera ai soli fini di addestramento della macchina, laddove quest'ultima producesse poi una creazione per nulla riconducibile alle immagini utilizzate per allenarsi: i sistemi di *AI* non sono soliti divulgare informazioni circa il materiale utilizzato per l'allenamento della macchina, così che diventa difficile individuare le opere impiegate a tale scopo[18].

Di contro, sarebbe evidente l'uso di un'immagine protetta dal diritto d'autore laddove la macchina ne creasse una copia, ai fini di asserite finalità di ricerca scientifica; o anche se elaborasse un'opera identica a una già esistente e tutelata, attribuendosene la paternità; o, ancora, se ne creasse una che fosse il frutto di elaborazione e trasformazione di altra protetta.

Nel primo caso, l'opera copiata dovrebbe considerarsi tutelata dalle norme autoriali, salvo che l'autorità giudiziaria eventualmente adita non dovesse ricondurre le copie realizzate dalla macchina a una delle eccezioni riconosciute dalla direttiva e sopra richiamate, come ad esempio è accaduto nella prima controversia instaurata in materia in Europa, che ha visto coinvolti il fotografo Robert Kneschke e LAION ("*Large-scale Artificial Intelligence Open Network*"): l'artista ha in particolare contestato a quest'ultima il fatto di aver costruito un *dataset* contenente un *link* per ogni

[16] V. IAIA, *op. ult. cit.*, 101.

[17] Per un'analisi della disciplina giapponese a sostegno delle attività tecnologiche che implicano l'accesso a dati coperti dai diritti autoriali cfr. P. SAMUELSON, *Text and Data Mining of In-Copyright works: is it legal?* in *Communications of ACM*, vol. 64, I, 2021, 20; T. UENO, *Flexible copyright exception for "Non–enjoyment purposes – Recent amendment in Japan and its implication,* in *GRUR International*, 2022, 3, 149.

[18] Che vi sia una totale mancanza di informazioni sull'insieme dei dati di addestramento emerge anche da una recente vicenda giudiziaria in cui la Corte distrettuale della California ha rigettato l'azione proposta da alcuni artisti hollywoodiani nei confronti di Open AI, a causa dell'estrazione non autorizzata di propri libri, proprio per carenza di prove, non ritenendo sufficienti a tal fine i risultati, prodotti dagli attori, di una ricerca sul sito *haveibeentraind.com*, un servizio che sarebbe in grado di individuare i contenuti utilizzati tramite training algoritmici: Corte distrettuale della California 12 febbraio 2024, *Paul Trembaly et al. V. OpenAI, Silverman et v. OpenAI, nn.23-cv-03223-AMO e 23-cv-03416-AMO.*

immagine oggetto di possibile estrazione e copia, tra cui compariva anche una sua opera, nonostante l'immagine fosse reperibile su un sito internet i cui termini e condizioni prevedevano una riserva esplicita dei diritti d'autore. La Corte distrettuale di Amburgo ha in questo caso ritenuto applicabile l'eccezione connessa alle finalità di ricerca scientifica, che ha interpretato in senso lato, includendo anche il lavoro necessario all'acquisizione di conoscenza futura, come ad esempio la raccolta di enormi quantità di dati utili a giungere a conclusioni empiriche attraverso un metodo induttivo[19].

Laddove invece la macchina producesse un'opera identica a un'altra protetta dal diritto d'autore, attribuendosene la paternità, ci si troverebbe di fronte a un plagio[20]. Nonostante non ci sia nella legge italiana alcun esplicito riferimento a tale condotta, si è soliti ricondurre questo illecito, denominandolo "plagio-contraffazione", alla previsione di cui all'art. 156 l. aut., che disciplina l'ipotesi in cui venga violato un diritto di utilizzazione economica, cui peraltro normalmente si accompagna la falsa attribuzione della paternità in capo a un soggetto diverso dall'autore[21].

Come è noto, con riferimento alle opere d'arte, la giurisprudenza è solita negare l'esistenza di un plagio allorché due lavori, pur prendendo spunto dalla stessa idea ispiratrice, si differenzino negli elementi essenziali, che ne caratterizzano la forma espressiva: in altre parole, a essere tutelata dalla legge sul diritto d'autore non è mai l'idea, ma il modo in cui questa viene espressa[22]. Ciò è esplicitato dal nostro legislatore con riferimento alle

[19] Corte distrettuale di Amburgo, 27 settembre 2024, n. 310, O 227/23. Osserva V. IAIA, *op. ult. cit.*, 113, come il ragionamento del giudice tedesco si esponga alla critica di eccessivo semplicismo. In questi casi sarebbe stato utile, infatti, operare una distinzione tra «l'attività di analisi computazionale delle immagini ai fini della costruzione del *dataset* e la comunicazione al pubblico dello stesso – unitamente alle fotografie oggetto di addestramento reperibili attraverso i collegamenti ipertestuali in esso contenuti».

[20] Per un'analisi delle regole utilizzate dalla giurisprudenza per verificare la sussistenza di un plagio in sede di utilizzo delle opere dell'ingegno si veda C. DI BENEDETTO, *Il plagio-contraffazione di opere dell'ingegno nella giurisprudenza italiana,* in *Il dir. ind.*, 2022, 489 ss.

[21] L'art. 518 *quaterdecies*, inserito dall'art. 1, comma 1, lett. b), della l. 9 marzo 2022, n. 22, punisce «chiunque, al fine di trarne profitto, contraffa', altera o riproduce un'opera di pittura, scultura o grafica ovvero un oggetto di antichità o di interesse storico o archeologico».

[22] Cass. civ., 26 gennaio 2018, n.2039, in *Foro it.* 2018, 3, I, 855; Trib. Milano, 25 luglio 2017, in *AIDA 2019, 1, 752*: il plagio riguardava in questo caso un'opera del pittore Emilio Isgrò, che ha adito l'autorità giudiziaria per inibire alla Sony Music la distribuzione dell'involucro della copertina dell'opera discografica di Roger Waters, dal titolo *Is this the life we really want?*, denunciando la violazione dei diritti d'autore

opere create dai programmi per elaboratore, ove si escludono espressamente dall'area della tutela accordata dalla legge autoriale «le idee e i principi che stanno alla base di qualsiasi elemento di un programma, compresi quelli alla base delle sue interfacce»[23]. E proprio da simile previsione emerge allora come, ai fini della tutela autoriale, possa rilevare non tanto il semplice utilizzo di immagini per allenare la macchina - che, appunto, hanno lo scopo di aiutare quest'ultima a trovare idee o ispirazioni -, ma le attività che vengono poste in essere nella fase successiva, ovvero quella in cui la *AI*, una volta in possesso del materiale necessario per elaborare nuove idee, le plasma e dà ad esse una forma.

É in questa seconda fase che possono porsi problemi legati alla lesione di diritti autoriali, peraltro non solo nel caso in cui l'autore dell'opera utilizzata abbia negato espressamente la possibilità di utilizzo, ma anche in assenza di diniego, per le ragioni che ora si esporranno.

4. – Non si può negare che, allo stato, gli autori di opere d'arte protette dalla tutela autoriale possano riscontrare difficoltà notevoli in sede di negazione esplicita del consenso all'estrazione delle opere stesse, soprattutto quando un artista sia autore di numerosi lavori. Un dissenso generalizzato e non riferito alla singola opera non sarebbe leggibile dalla macchina, così che tale espressione del dissenso equivarrebbe nei fatti a consenso: la lettera della legge, infatti, è chiara nel prevedere che il titolare dei diritti debba essersi espressamente riservato l'uso delle opere «in modo appropriato»[24], pena, nei fatti, l'intellegibilità da parte dell'*AI*.

Emblematica è in tal senso la volontà recentemente manifestata in Francia da SACEM (*Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*), la quale con un comunicato ufficiale ha negato il consenso all'estrazione delle opere appartenenti ai suoi 200.000 rappresentati. Difficilmente tale dichiarazione generalizzata potrà considerarsi sufficiente ai fini di un'azione

del ricorrente sull'opera *Cancellatura* del 1964. La Sony si è difesa sostenendo che l'opera rappresentata sulla copertina e sul cd aveva un contenuto concettuale completamente diverso dall'opera di Isgrò, volendo denunciare la censura posta in atto dal governo statunitense e, come diretta conseguenza, la cancellazione della cultura. Il Tribunale, sul presupposto che ciò che la disciplina sul diritto d'autore mira a tutelare non è mai l'idea in sé, ma la forma della sua espressione, conferma l'illiceità dell'opera denunciata dall'artista, facendo leva sul raffronto delle due opere, da cui emerge in modo evidente come il cd abbia ripreso pedissequamente la forma espressiva personale di Emilio Isgrò.

[23] Art. 2, comma 8, l. aut. Allo stesso modo, l'art. 9, comma 2, accordi TRIPs, prevede che «La protezione del diritto d'autore copre le espressioni e non le idee, i procedimenti, i metodi di funzionamento o i concetti matematici in quanto tali».

[24] Art. 4, comma 3, dir. 2019/790.

per violazione del diritto d'autore, dal momento che in questo caso non vi è nessuna manifestazione di dissenso associata alla singola opera, che sia intellegibile dalla macchina[25]. Sicuramente col passare del tempo si affineranno le tecniche e si elaboreranno strumenti per esprimere facilmente il diniego in modo circostanziato[26]; sino a quando questa operazione rimarrà complessa, con il rischio che un eventuale dissenso non sia letto dalla macchina - che potrebbe dunque considerarsi autorizzata a copiare e rielaborare le immagini inserite ai fini del suo addestramento -, l'unico modo per tutelare le opere protette dal diritto d'autore sembra essere quello di considerare questa rielaborazione legittima solo se rispettosa delle norme in materia di diritto d'autore.

In altri termini, l'assenza di un diniego non potrebbe valere anche ai fini del riconoscimento, in capo alla macchina, del diritto di copiare l'opera utilizzata in sede di *text and data mining* e utilizzarla in violazione delle norme autoriali, ad esempio attribuendosene la paternità[27].

5. – Allo stesso modo, laddove la macchina rielaborasse l'opera utilizzata, creandone una nuova, per valutare la liceità di quest'ultima i criteri da utilizzare sarebbero quelli usati per i casi in cui ad appropriarsi di un'opera sia un artista in carne ed ossa. Ai fini della liceità dell'opera frutto del lavoro della macchina, occorrerà in particolare verificare che essa rientri nei parametri della cd. *appropriation art*, quella forma d'arte caratterizzata dal fatto di utilizzare deliberatamente creazioni altrui allo scopo di trasmettere un messaggio ulteriore e diverso da quello evocato dall'opera originaria.

Tale arte deve il suo nome all'atto che l'artista compie nel suo processo creativo: egli infatti si appropria, senza autorizzazione, di oggetti, immagini e opere d'arte, per trasformarli e incorporarli nella propria opera[28].

---

[25] In tal senso V. IAIA, *La proprietà intellettuale nell'era dell'intelligenza artificiale, cit.*, 85.

[26] Per un elenco dei diversi strumenti ad oggi disponibili per l'esercizio dell'*opt-out* si veda P. KELLER, Z. WARSO, *Defining best pratctic for opting out of ML training*, Open future policy brief n.5, 2023.

[27] Si veda sul punto G. GHIDINI, *op. cit.*, 145: «Mettiamo da parte l'ipotesi che i dati in questione siano riprodotti nella loro forma espressiva (distinta dall'idea sottostante, secondo il principio storico ribadito anche dal TRIPs, art. 9.2.) nel 'prodotto finale', l'output, del robot. Ciò costituirebbe indiscutibilmente una contraffazione».

[28] W.M. LANDES, *Copyright, Borrowed Images and Appropriation Art: An Economic Approach,* in *U Chicago Law & Economics*, Working paper 113, 2000, 2, fornisce la seguente definizione di *Appropriation Art:* «*Appropriation Art borrows images from popular colture, advertising, the mass media, other artists and elsewher, andincorporates them into new works of art. Often, the artist's technical skills are less important thanhis*

L'ossimoro con il quale questo tipo di arte viene definita - la parola "arte" evoca il concetto di originalità, laddove la parola "appropriativa" evoca un plagio, – mette in luce le difficoltà interpretative che il giurista incontra nel valutarne la liceità, i cui confini, disegnati nel sistema americano attraverso la c.d. *fair use doctrine*[29], appaiono meno nitidi nel nostro Paese, ove il *discrimen* tra ciò che è lecito e ciò che è plagio passa attraverso un concetto di parodia dai contorni sfumati.

Né sul punto è stato d'aiuto il legislatore europeo che, nella direttiva 2001/29 sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, ha previsto la facoltà per gli Stati membri di stabilire eccezioni al diritto di riproduzione delle opere quando «l'utilizzo avvenga a scopo di caricatura, parodia o pastiche», senza peraltro fornire una nozione e definire i confini del concetto di parodia[30].

Nel nostro Paese, dalle – invero poche – pronunce che si sono occupate di arte appropriativa, emerge come ad oggi la nostra giurisprudenza non segua una direttrice comune, ispirandosi talvolta al *fair use* americano, talaltra ai principi contenuti nella Costituzione.

Quest'ultima viene in particolare invocata quando alla base della trasformazione sia rinvenibile un intento sarcastico.

Così, in una pronuncia del Tribunale di Venezia, la liceità di un'opera appropriazionista è stata ricondotta alla libertà di manifestazione del pensiero, *ex* art. 21 e 33 Cost., e all'esimente della parodia e della critica

---

conceptualabilityto place image in different settings and, thereby change their meaning. Appropriation art has been commonly described"as getting the hand of art and putting the brain in». Tali concetti sono poi stati codificati all'interno del *Copyright Act*, che alla sec. 107 stabilisce che « *In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include:*

(1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;

(2) the nature of the copyrighted work;

(3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and

(4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work».

[29] Si è soliti ricondurre l'origine giurisprudenziale della disciplina del *fair use* al caso *Folson v. Marsh* (F. Cas. 342 (1841), riguardante la riproduzione, all'interno di una biografia del presidente G. Washington, di alcuni estratti di sue lettere protette dal *copyright*. Nel decidere sulla legittimità di questa riproduzione, il giudice ritiene di non potersi affidare a un unico criterio quantitativo, ma di dover prendere in considerazione più fattori, quali «*the nature and object of the selections made, the quantity and value of the material used, and the degree in which the use may prejudice the sale, or diminish the profits, or supersede the objects, of the original works*».

[30] Art. 5, comma 3, lett. k) dir. 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001.

sarcastica[31]. Si trattava in particolare dell'opera di Samson Kambalu, esposta alla biennale di Venezia nel 2015, che riproduceva e assemblava, tra l'altro, anche immagini fotografiche relative all'archivio situazionista di Gianfranco Sanguinetti, contenente disegni, lettere e fotografie in buona parte mai pubblicati prima di allora. Kambalu aveva attinto alla biblioteca dell'università di *Yale* - che aveva acquistato gli archivi di Sanguinetti - e riprodotto il materiale che aveva trovato, talvolta anche mostrando il suo gesto appropriativo (in alcune foto si vede infatti l'artista malawaiano che tiene in mano le fotografie di Sanguinetti).

Il Tribunale in questo caso ha escluso l'illecita appropriazione, rinvenendo nell'attività di Kambalu non solo un'elaborazione complessa e autonoma, ma anche una critica sarcastica dell'opera originale. A tal fine, la pronuncia richiama anche una nota sentenza della Corte di Giustizia che, nel tentativo di armonizzare sul punto la legislazione dei Paesi europei – osservando come la natura facoltativa delle eccezioni contenute nella direttiva[32] non consenta agli Stati membri la libertà di stabilire i parametri delle eccezioni in modo non armonizzato tra loro - vanta il pregio di aver fornito un'interpretazione armonica e unitaria del concetto di parodia, come eccezione alla lesione del diritto d'autore: essa, in particolare, avrebbe come caratteristiche essenziali sia «quella di evocare un'opera esistente, pur presentando percettibili differenze rispetto a quest'ultima» sia «quella di costituire un atto umoristico o canzonatorio»[33].

La definizione del concetto di parodia in chiave solo umoristica, peraltro, porta con sé il limite di trascurare il tratto che più la caratterizza, ovvero quello connesso alla reinterpretazione di opere precedenti per finalità non necessariamente umoristiche, ma ad esempio critiche[34].

[31] Trib. Venezia, 7 novembre 2015, in *Riv. dir. ind.*, 2018, 81.

[32] A differenza di altri Paesi europei, quali il Belgio, la Francia, il Lussemburgo, l'Italia ha scelto di non disciplinare espressamente la parodia, la cui applicazione nel nostro ordinamento è dunque il frutto di elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali. La pronuncia della Corte di giustizia ha allora il pregio di essere intervenuta là dove la direttiva aveva fallito, fornendo una nozione di parodia che possa essere utilizzata dal diritto di tutta l'Unione. Sul punto si vd. F. GATTILLO, *Appropriazione artistica tra plagio e parodia: analisi in diritto comparato,* in *Arte e diritto,* 2022, 253 ss.

[33] Corte Giust., 3 settembre 2014, C-201/13, in *Riv. dir. ind.*, 2016, 69.

[34] Secondo F. BANTERLE, *L'umorismo è il miglior strumento di difesa: la nozione comunitaria di parodia per la Corte di Giustizia,* in *Riv. dir. ind.,* 2016, 89, la definizione di parodia fornita dalla Corte di Giustizia è «potenzialmente limitante», non solo perchè si presta a interpretazioni soggettive, ma soprattutto perchè non considera «il carattere più autentico della parodia, e cioè quello connesso allo stravolgimento e alla reinterpretazione di opere precedenti, per finalità umoristiche ma anche critiche».

Un caso in cui la nostra giurisprudenza ha ricondotto la trasformazione di un'opera all'arte appropriativa – riconoscendone dunque la liceità – pur in assenza di fini sarcastici o parodistici è quello riguardante le opere di John Baldessarri. In seguito all'apertura della mostra *The Giacometti variations*, presso la sede milanese di Fondazione Prada, la Fondazione Giacometti aveva contestato all'artista statunitense di aver riprodotto illecitamente alcune sculture *Grand femme* di Alberto Giacometti.

Baldessarri, a onor del vero, aveva prodotto nove sculture molto simili a quelle giacomettiane – richiamate anche nel titolo del suo progetto –, seppur in scala maggiore (oltre 4 metri) e abbigliate con accessori e vestiti ripresi dal mondo del cinema e dell'arte. Nel riconoscere a tali sculture il valore di opere d'arte creative e nuove, e dunque lecite, nonostante l'artista non avesse fini parodistici o satirici nei confronti dell'opera di Giacometti, il Tribunale ha attribuito valore autonomo e autonoma dignità di tutela non solo alle opere parodistiche, burlesche o ironiche, ma più in generale a quelle che rivisitano un'opera altrui e ne mutano il senso[35]: l'artista statunitense si era infatti servito delle figure esili giacomettiane – sfigurate e trasformate a causa degli orrori della guerra – per denunciare i canoni di magrezza imposti dalla moda.

Le due decisioni citate, seppur indicative dell'inesistenza, ad oggi, di un uniforme modello di composizione delle controversie in tema di arte

[35] Trib. Milano, 13 luglio 2011, in *Giur. comm.*, 2013, 109. È evidente in questo caso l'influenza della dottrina del *faire use* americano e in particolare da quanto deciso nella pronuncia *Blanch v. Koons* 467 F3d 244 (2d Cir. 2006). Il caso riguardava la riproduzione in un dipinto di Koons di una fotografia di Andrea Blanch, realizzata per una pubblicità di sandali di Gucci e raffigurante due piedi incrociati, calzati da tali sandali. L' immagine era stata ripresa da Jeff Koons in un famoso dipinto, "Niagara", di notevoli dimensioni, elemento questo messo in rilievo dalla sentenza. La sentenza, nel valutare come lecita l'opera appropriazionista, aveva rilevato che la fotografia era stata inserita nel dipinto di Koons con notevoli trasformazioni. Tale dipinto, infatti, raffigurava ben quattro coppie di piedi e non solo una, alcune delle quali erano "vestite", altre prive di scarpe, su un fondo completamente diverso da quello della fotografia, e altresì con un'inversione, poiché la fotografia originaria rappresentava le punte dei piedi rivolte verso l'alto, mentre nell'opera pittorica queste si trovano rivolte verso il basso: Koons aveva dunque realizzato un'opera del tutto diversa. Osserva peraltro F. GATTILLO, *op. cit.*, 265, come il Tribunale di Milano in questo caso si sia affidato, «nel proprio *iter* logico […]ad alcuni criteri di analisi tipici della dottrina del *fair use*, senza tuttavia curarsi delle fondamentali differenze intercorrenti fra il proprio sistema di diritto e quello statunitense». Sul tema cfr. anche G. SPEDICATO, *Opere dell'arte appropriativa e diritto d'autore,* in *Giur. comm.*, 2013, 118 ss.; A. DONATI, *Quando l'artista si appropria dell'opera altrui*, in *Riv. dir. ind.*, 2018, 89 ss.; G. CASABURI, *Originalità, creatività, elaborazione creativa, citazione eplagio: profili evolutivi,* in *Il foro it.*, 2017, *3779.*

appropriativa, mettono in luce come, alla base dell'appropriazionismo, vi sia per la giurisprudenza la necessità che l'autore si serva di opere altrui per esprimere un'opinione critica: essa può essere rivolta alla società – in qual caso le opere originali diventano lo strumento per trasmetterlo -, o concretarsi in un messaggio satirico che si rivolge proprio all'opera trasformata.

In questo modo l'eccezione della parodia diventa lo strumento per dare rilievo, in sede di bilanciamento degli interessi in gioco, alla libertà, costituzionalmente garantita, di espressione.

La possibilità che l'opera prodotta dalla macchina abbia un fine concettuale e sia portatrice di un messaggio critico, sembra allora un presupposto imprescindibile per applicare le regole sull'arte appropriativa e considerare il prodotto dell'*AI* lecito anche quando la macchina si sia appropriata – attuandone una trasformazione – di opere altrui: questo è sicuramente allo stato ipotizzabile nel caso di creatività assistita, in cui vi sia un ruolo attivo dell'umano nel guidare l'algoritmo[36], ma non si può escludere che un'opera appropriazionista possa in futuro essere il frutto anche di una creatività automatizzata, laddove l'*AI* riesca a sviluppare abilità tali da trasformare opere immesse nella macchina, proprio al fine di attribuire a queste ultime un significato diverso e nuovo da trasmettere alla società.

Abstract

THE USE OF ARTWORKS IN GENERATIVE AI SYSTEMS AT INPUT AND OUTPUT PHASE

Il presente contributo si propone di analizzare la normativa vigente in materia di utilizzo delle immagini per allenare macchine intelligenti e per creare opere nuove, esaminando le sfide e le prospettive per l'uso delle opere d'arte nei modelli di *AI* generativa. In particolare, sono approfondite le questioni relative ai limiti del *fair use* e delle eccezioni al diritto d'autore, al concetto di rielaborazione creativa e alle

[36] Attualissimo è il dibattito riguardo alla possibilità di riconoscere il diritto d'autore sulle opere create dall'intelligenza artificiale, che attualmente fanno leva soprattutto sulla distinzione tra forme di creatività assistita e forme di creatività automatizzata. In dottrina si veda V. IAIA *op. ult. cit.*, 16 ss.; G. SENA, *Intelligenza Artificiale, opere dell'ingegno e diritti di proprietà industriale e intellettuale,* in *Riv. dir. ind.*, 2020, 325 ss.; C. VENANZONI, *Intelligenze umane e artificiali. Profili giuridici nella circolazione delle opere dell'ingegno e problematiche sull'identità autorale,* in G. ALPA (a cura di), *Diritto e intelligenza artificiale,* Pisa, 2020, 297 ss.; A. BETTONI, *Tutela dell'opera d'arte algoritmica. Spunti comparatistici a margine di una recente pronuncia italiana,* in *Arte e diritto,* 2023, 399 ss.; R. ALFONSI, *Diritto d'autore e computer generated works: una decisione della Corte di Cassazione,* in *Dir. aut.*, 2023. 31 ss.; G. SPEDICATO, *Creatività artificiale, mercato e proprietà intellettuale,* in *Riv. dir. ind.*, 2019, 253 ss.

possibili soluzioni regolatorie per bilanciare i diritti degli autori con l'innovazione tecnologica.

***

The present contribution aims to analyze the current legislation on the use of images to train intelligent machines and to create new works, by examining the challenges and perspectives for the use of works of art in generative AI models. In particular, the issues related to the limits of fair use and exceptions to copyright, the concept of creative reworking and possible regulatory solutions to balance authors' rights with technological innovation are explored.

CRITICITÀ DEL CORRETTIVO 2024 AL CODICE DELLA CRISI DI IMPRESA E DELL'INSOLVENZA

ANTONINO ILACQUA
Professore a c.
nell'Università LUMSA

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari ed entrata in vigore. – 2. Composizione negoziata. – 3. Transazione fiscale negli accordi di ristrutturazione dei debiti. – 4. Concordato preventivo. – 5. Conclusioni.

1. – Nella Gazzetta Ufficiale n. 227 del 27 settembre 2024 è stato pubblicato il d.lgs. 13 settembre 2024, n. 136 recante Disposizioni integrative e correttive al codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza di cui al decreto legislativo del 12 gennaio 2019, n. 14, il quale è entrato in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione (28 settembre 2024).

Il correttivo, adottato in attuazione di due deleghe contenute, rispettivamente, nella legge n. 20 del 2019 e nella legge di delegazione europea 2019-2020 (legge n. 53 del 2021), si concentra prevalentemente sulla semplificazione e implementazione degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza, con l'intenzione di migliorare la comprensione dei nuovi istituti e di agevolare così l'effettività e l'efficienza del sistema di gestione della crisi e dell'insolvenza , tenendo presente la prospettiva adottata dal legislatore europeo in termini di agevolazione della ristrutturazione precoce, dell'esdebitazione e di procedure liquidatorie rapide ed efficienti.

Le sue disposizioni, ai sensi dell'art. 56, si applicano anche alle composizioni negoziate, ai piani attestati di risanamento, ai procedimenti instaurati ai sensi dell'art. 40 d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza, alle procedure di liquidazione giudiziale, liquidazione controllata e liquidazione coatta amministrativa, nonché, ai procedimenti di esdebitazione di cui al richiamato d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 e alle procedure di amministrazione straordinaria pendenti alla data dell'entrata in vigore del provvedimento e a quelli instaurati o aperti successivamente.

È, tuttavia, prevista una disciplina transitoria diversa relativamente alle disposizioni che hanno introdotto la possibilità di un accordo sui debiti tributari nella composizione negoziata e nel piano di ristrutturazione soggetto a omologazione; nonché a quelle che hanno modificato la disciplina

della transazione fiscale e contributiva negli accordi di ristrutturazione e nel concordato preventivo[1].

Nello specifico:

- la possibilità, per il debitore, di concludere con le agenzie fiscali un accordo transattivo avente ad oggetto il pagamento parziale o dilazionato dei debiti tributari (prevista dal novellato comma 2-bis dell'art. 23 c.c.i.i.) si applica solo alle composizioni negoziate avviate con istanza di nomina dell'esperto presentata ai sensi dell'art. 17 del c.c.i.i. a decorrere dal 28 settembre 2024;
- analogamente, trova applicazione solo per le proposte di transazione presentate dal 28 settembre 2024 il novellato comma 4° dell'art. 88 c.c.i.i., il quale prevede la possibilità dell'omologazione forzosa della transazione fiscale e previdenziale anche nel concordato preventivo in continuità;
- le limitazioni al cram-down fiscale e contributivo introdotte con riguardo alle proposte di transazione formulate nell'ambito degli accordi di ristrutturazione dei debiti sono per contro applicabili solo alle proposte presentate alle agenzie fiscali e agli enti previdenziali a decorrere dal 28 settembre 2024. Esse sono pertanto irrilevanti rispetto alle proposte presentate precedentemente, anche se non ne sia stata ancora richiesta l'omologazione al tribunale. Le medesime regole si applicano all'incremento delle soglie di soddisfacimento dei debiti tributari e contributivi richieste ai fini del cram-down che, come vedremo, sono state elevate, a seconda dell'ampiezza delle adesioni degli altri creditori, al 50% e al 60% del debito senza sanzioni e interessi;
- solo a decorrere dal 28 settembre 2024 può essere, inoltre, formulata alle agenzie fiscali e previdenziali una proposta per ridurre o dilazionare il pagamento dei debiti tributari e contributivi nell'ambito del piano di ristrutturazione soggetto a omologazione;
- trova invece applicazione anche con riguardo alle procedure di concordato preventivo in continuità già pendenti alla data di entrata in vigore del provvedimento la modifica apportata al comma 2° dell'art. 112 c.c.i.i., contenente la disciplina della cd. ristrutturazione trasversale. Ai sensi di tale disposizione, il tribunale omologa il concordato in continuità aziendale anche in assenza del voto favorevole di tutte le classi se, ferme le altre condizioni previste, la proposta sia approvata dalla maggioranza delle classi e almeno una sia formata da creditori titolari di diritti di prelazione, oppure, in mancanza, sia approvata da almeno una classe di creditori che sarebbero almeno parzialmente soddisfatti rispettando la graduazione delle

[1] Si veda, sul punto, *Crisi d'impresa, correttivo applicabile anche nelle procedure pendenti*, in *Il Sole 24 Ore*, 28 settembre 2024.

cause legittime di prelazione anche sul valore eccedente quello di liquidazione.

2. – Il provvedimento in esame interviene innanzitutto sulla composizione negoziata, strumento volontario e stragiudiziale, in funzione dal 15 novembre 2021, introdotto per consentire all'imprenditore di anticipare e risolvere tempestivamente le situazioni di crisi, in linea con le previsioni della Direttiva comunitaria cd. Insolvency[2].

Sull'istituto, il decreto correttivo chiarisce che l'accesso alla composizione negoziata può avvenire indifferentemente quando l'impresa è in crisi, quando è insolvente[3], o anche, diversamente rispetto agli strumenti di regolazione della crisi, soltanto in condizioni di squilibrio patrimoniale o

[2] Dal *Report* predisposto dall'Osservatorio crisi d'impresa di Unioncamere sulla base dei dati forniti da Infocamere, emerge che, pur restando le procedure di liquidazione giudiziale di gran lunga le più utilizzate (nel 2024 il 76% del totale), continuano a crescere le domande di accesso alla composizione negoziata, il nuovo percorso extragiudiziale introdotto a novembre del 2021 per far venire alla luce le difficoltà economico-finanziarie prima che diventino irrecuperabili. Nello specifico, mentre i numeri del concordato preventivo sono in calo ormai da molti anni e gli accordi di ristrutturazione sono stabili a circa 300 l'anno, la composizione negoziata è, invece, in continuo aumento: + 19% nel 2023, + 53% nel primo semestre 2024 che, per l'intero anno, potrebbe arrivare a un +60 per cento.

[3] Lo scenario offerto dalla giurisprudenza di merito lascia trasparire una netta prevalenza di pronunce volte a negare l'ammissibilità di piani puramente liquidatori nell'ambito della composizione negoziata, distinguendosi peraltro una preclusione di carattere soggettivo, relativa alle società in liquidazione che accedano allo strumento, rispetto a una preclusione legata alle oggettive caratteristiche liquidatorie del piano proposto. La questione è riemersa nella recentissima pronuncia del Trib. Perugia 15 luglio 2024 (Est. Giardino), a mente della quale sarebbe ammissibile l'accesso alla composizione negoziata anche da parte dell'impresa in stato di insolvenza che intenda proporre un piano liquidatorio, essendo evidente che nell'espressione, di per sé generica, «ragionevole perseguibilità del risanamento dell'impresa» di cui all'art 2 d.l. 24 agosto 2012, n. 118 (ora, art. 12 c.c.i.i.) debba ricomprendersi, tanto il risanamento dell'impresa tramite una sua prosecuzione (totale o parziale) della sua attività in continuità diretta o indiretta, quanto il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa tramite la soddisfazione dei creditori anche con i proventi della liquidazione dell'attività. Per contro, lo stato di liquidazione dell'impresa richiedente protratto da tempo e l'esiguità del valore dei beni da liquidare e dell'attivo disponibile rispetto al debito complessivo dell'impresa ben possono essere elementi che il Tribunale, insieme alle altre circostanze rilevanti del caso, dovrà considerare ai fini di valutare se il ricorso alla composizione negoziata (accompagnato alla richiesta di misure protettive) da parte dell'impresa sia effettivamente da considerarsi "abusivo" ovvero meramente "dilatorio".

economico-finanziario[4]. L'intervento normativo in esame introduce, inoltre, rilevanti novità anche per le banche e gli intermediari finanziari, con l'obiettivo di risolvere alcune importanti problematiche che riguardano il "mantenimento" delle eventuali linee di credito esistenti al momento dell'accesso alla composizione negoziata. Secondo la relazione illustrativa, infatti, scopo della novella (che, con specifico riguardo alla tematica de qua, sostituisce il comma 5° dell'art. 16 del c.c.i.i.) è quello di bilanciare l'esigenza dell'impresa di continuare ad avere liquidità e quella opposta degli istituti di credito di non essere danneggiati da una normativa che impone di continuare ad erogare finanziamenti a discapito della sana e prudente gestione imprenditoriale. Del resto, nella prassi si è osservato che molto spesso l'accesso alla composizione negoziata porta gli istituti di credito a sospendere o interrompere le linee di credito invocando la disciplina di vigilanza prudenziale[5] a discapito del processo di risanamento avviato dall'impresa.

Per tentare di far fronte alle criticità che discendono dal sistema appena menzionato, il decreto correttivo, da un lato, ha stabilito espressamente che l'accesso alla composizione negoziata non porta di per sé ad una diversa

[4]La disposizione di cui all'art. 5, comma 1°, lett. a) è stata integrata a seguito dell'osservazione del Consiglio di Stato che, nel parere 1° agosto 2024, n. 910, reso nell'adunanza di Sezione del 23 luglio 2024, aveva evidenziato l'opportunità di adottare «una formulazione più esplicita in modo da chiarire il fine perseguito in coerenza con la direttiva 2019/1023/UE, che richiede di predisporre strumenti di allerta precoce per incoraggiare i debitori che cominciano ad avere difficoltà finanziarie ad agire in una fase precoce».

[5] L'atto di riferimento per la disciplina di vigilanza prudenziale è rappresentato dal Regolamento (UE) 2013/575 CRR - *Capital Requirement Regulation* e dalle disposizioni attuative emanate dall'Autorità Bancaria Europea (EBA) a mezzo di apposite linee guida. Tra queste vanno considerate, in particolare, le *Guidelines EBA/GL/2017/01* sull'applicazione della nuova definizione di default ai sensi dell'art. 178 del Regolamento (UE) 575/2013; le *Guidelines EBA/GL/2020/06* in materia di concessione e monitoraggio dei prestiti; le *Guidelines EBA/GL//2018/10* sulle posizioni non performing e oggetto di misure di concessione. A livello nazionale, vanno considerate le Disposizioni di Vigilanza emanate dalla Banca d'Italia con le proprie Circolari ed in particolare la Circolare n. 285 del 17 dicembre 2013 e ss.mm. - l'ultimo aggiornamento n. 48 del 18 giugno 2024, recante Disposizioni di Vigilanza per le Banche, che raccoglie le disposizioni di vigilanza prudenziale applicabili alle banche e ai gruppi bancari italiani, riviste e aggiornate per adeguare la normativa interna alle novità intervenute nel quadro regolamentare internazionale con particolare riguardo al nuovo assetto normativo e istituzionale della vigilanza bancaria dell'Unione europea, nonché per tener conto delle esigenze emerse nell'esercizio della vigilanza sulle banche e su altri intermediari.

classificazione del credito[6]; dall'altro, ha previsto che tale classificazione debba essere determinata tenuto conto di quanto previsto dal progetto di piano rappresentato ai creditori, tenuto comunque conto della disciplina di vigilanza prudenziale, e quindi delle concrete prospettive di risanamento[7]. Del resto, la composizione negoziata è, come si è detto, uno strumento utilizzabile anche in una situazione di pre-crisi e comunque solo nei casi in cui sia effettivamente possibile il pieno recupero dell'equilibrio economico-patrimoniale dell'attività imprenditoriale, con la conseguenza che l'impresa che lo utilizza va valutata attentamente considerando tali prospettive.

Sempre con riguardo all'istituto in esame, viene inoltre precisato che l'eventuale sospensione o revoca delle linee di credito determinate dall'applicazione della disciplina di vigilanza prudenziale va comunicata agli organi di amministrazione e controllo dell'impresa, dando conto delle ragioni specifiche della decisione assunta, e che la prosecuzione del rapporto non è di per sé motivo di responsabilità della banca o dell'intermediario finanziario.

Coerentemente con la disciplina innanzi declinata, il correttivo prevede altresì che, qualora l'imprenditore abbia richiesto e ottenuto la conferma delle misure protettive del patrimonio, le banche e gli intermediari finanziari non possono mantenere la sospensione relativa alle linee di credito accordate al momento dell'accesso alla composizione negoziata se non dimostrano che la stessa sospensione è determinata dall'applicazione della

[6] L'inquadramento giuridico delle classi non può più prescindere dalla considerazione che l'istituto, per diversi e non trascurabili aspetti della sua disciplina, trova ormai le proprie radici nel diritto europeo. È infatti da ricondurre alla Direttiva (UE) 2019/1023 (cd. *Direttiva Insolvency*), in particolare, il superamento della concezione delle classi vigente con la legge fallimentare, laddove ha imposto agli Stati Membri di provvedere «affinché le parti interessate siano trattate in classi distinte che rispecchiano una sufficiente comunanza di interessi, basata su criteri verificabili, a norma del diritto nazionale», disponendo, al contempo, alcune specifiche ipotesi di classificazione obbligatoria e facoltativa. Tale norma, corredata dai relativi considerandi, evidenzia chiaramente come, nell'ottica della Direttiva, poi recepita dal legislatore italiano, la previsione delle classi come elemento tipologico del piano sia funzionale alla tutela delle c.d. parti interessate, in particolare le banche, e non ad un interesse del proponente. Vale quindi che gli Stati membri non può esimersi dal legiferare conformemente a quanto previsto dalla citata direttiva *Insolvency*.

[7] Secondo alcuni Autori, tali precisazioni sono di estrema rilevanza per assecondare ulteriormente la diffusione dell'utilizzo della composizione negoziata e soprattutto per aumentare la sua capacità di successo nella soluzione della crisi d'impresa, avuto riguardo all'auspicato fattivo e consapevole coinvolgimento delle banche e degli intermediari finanziari chiamati a valutare caso per caso la proposta di piano di risanamento, senza determinazioni standardizzate *ex ante*.

disciplina di vigilanza prudenziale. Anche in tale ipotesi, inoltre, la prosecuzione del rapporto non è di per sé motivo di responsabilità della banca o dell'intermediario finanziario.

La ratio dell'intervento è, ancora una volta, quella di bilanciare l'esigenza dell'impresa di avere accesso alle linee di credito commerciali, essenziali per la sua operatività, e quella opposta degli istituti di credito di poter valutare la richiesta di continuo supporto finanziario alla luce delle regole di vigilanza che si concentrano sull'integrità patrimoniale delle banche (senza dimenticare che, nell'ipotesi di applicazione delle misure protettive, si prevede sempre la prosecuzione dei rapporti in corso con i creditori interessati dalle misure stesse).

In tal senso, però, va sottolineato che la formulazione della sostituzione del comma 5° dell'art. 16 del d.lgs. 14/2019 lascia, agli intermediari finanziari, ampi margini in quanto si "limita" a richiedere, al fine di sospendere o revocare le linee di credito, un: «(...) dando conto delle ragioni specifiche della decisione assunta (...)».

Non si richiamano, invece, le specifiche istruzioni per la valutazione del "rischio credito" e, quindi, dell'adeguatezza patrimoniale dell'intermediario rispetto alla capacità di concedere credito (Internal Capital Adequasy Assessment Process – ICAAP), nonché, dell'adeguatezza patrimoniale e del sistema di governo e gestione del rischio di liquidità (Internal Liquidity Adequacy Assessment Process – ILAAP) dettate in materia dalla Banca d'Italia e dalla Banca Centrale Europea.

In tale ottica, infatti, si potrebbe ipotizzare, nel primo veicolo normativo utile, una precisazione sostituendo le parole «dando conto delle ragioni specifiche della decisione assunta» con: «precisando le motivazioni, rispetto alla disciplina di vigilanza prudenziale, per le quali la posizione non può essere ulteriormente supportata nel rispetto della normativa nazionale ed europea.».

Tale specifica allocuzione, se inserita, consentirebbe agli intermediari finanziari di rispettare in maniera corretta la disciplina dettata in materia di vigilanza prudenziale e, contemporaneamente, di evitare inesistenti motivazioni di "vigilanza prudenziale" che priverebbero l'impresa in difficoltà di quella leva finanziaria senza la quale, con ogni probabilità, non potrebbe portare a termine l'auspicato risanamento e ciò, ovviamente, con un danno al sistema economico Paese in senso generale.

In tale contesto e nella logica che guida la composizione negoziata, che è quella di favorire la ripresa dell'attività, in un contesto, quello della crisi d'impresa, in cui è molto difficile ottenere nuova finanza per garantire la continuità, il decreto correttivo - nella consapevolezza che occorre dare un incentivo a chi investe prevede, inoltre, che l'imprenditore possa richiedere

ed ottenere l'autorizzazione del Tribunale ai fini del riconoscimento della prededuzione in relazione a finanziamenti, in qualsiasi forma ottenuti, con la precisazione che tale autorizzazione potrà avere ad oggetto altresì la richiesta di emissione di garanzie funzionali all'esercizio dell'attività caratteristica (per esempio garanzie di esatto adempimento rispetto a forniture, commesse, etc.), nonché, un accordo con la banca o l'intermediario finanziario per la riattivazione di linee di credito precedentemente sospese[8].

Viene inoltre espressamente disposto che il relativo provvedimento autorizzativo può essere attuato anche dopo la chiusura della composizione negoziata e che la prededuzione così riconosciuta opera qualunque sia l'esito nella stessa, anche nell'ipotesi di un successivo assoggettamento dell'imprenditore ad una procedura concorsuale.

Al fine di migliorare l'efficacia della composizione negoziata è stata, inoltre, introdotta la possibilità, dapprima preclusa nell'ambito del medesimo istituto, di un accordo[9] con i creditori pubblici.

Il nuovo comma 2-bis, aggiunto all'art. 23 del c.c.i.i. consente infatti all'imprenditore di formulare una proposta di accordo transattivo alle agenzie fiscali e all'Agenzia delle Entrate Riscossione - non sono invece menzionati gli istituti previdenziali[10] - ma non di estendere lo strumento transattivo all'IVA.

---

[8] Cfr. art. 5, comma 8°, del decreto correttivo, che interviene sull'art. 22 del c.c.i.i..

[9] Il nuovo comma 2-bis dell'art. 23 del c.c.i.i. è stato, introdotto dall'art. 5, comma 9°, lett. b) del correttivo.

[10] Affinché le agenzie fiscali possano pronunciarsi sulla proposta del debitore in base a informazioni affidabili e provenienti da soggetti terzi, valutando quando l'accordo è conveniente per l'Erario rispetto alla liquidazione giudiziale, devono essere predisposte, da un professionista indipendente, una relazione che ne attesti la convenienza e, dal revisore legale del soggetto proponente, una relazione sulla completezza e veridicità dei dati aziendali; se la società non è dotata di revisore, la relazione dovrà essere redatta da un revisore legale a tal fine designato. In quest'ultimo caso le due figure professionali possono coincidere.

L'accordo deve essere sottoscritto dalle parti, che devono comunicarlo all'esperto, e produce effetto con il suo deposito presso il tribunale competente.

Anche se nulla viene previsto al riguardo dal nuovo comma 2-bis dell'art. 23 del Codice della crisi di impresa, ove l'accordo arrechi pregiudizio ai creditori o alle prospettive di risanamento dell'impresa, l'esperto dovrebbe segnalarlo all'imprenditore e all'organo di controllo ai sensi dell'art. 21 del Codice, rilevandolo anche nella relazione finale richiesta dall'art. 17, comma 8°. Infatti, a seconda del suo contenuto, l'accordo proposto dall'imprenditore alle agenzie fiscali potrebbe rivelarsi potenzialmente non coerente con le trattative avviate con gli altri creditori e con il risanamento aziendale (perché, ad esempio, è troppo oneroso e sottrae risorse essenziali per soddisfare altre preminenti esigenze); pertanto, in questi casi, con un approccio preventivo e una funzione dissuasiva l'esperto deve comunicare il proprio

A tale ultimo riguardo, vale ricordare che anche le Commissioni giustizia di Camera e Senato, nei pareri resi in sede consultiva sul testo del correttivo, hanno suggerito al Governo di valutare l'opportunità di estendere la transazione fiscale all'imposta sul valore aggiunto[11], coerentemente con la giurisprudenza comunitaria e ferme restando le garanzie dalla stessa richieste (attestazione, sulla base dell'accertamento svolto da esperto indipendente, che il debito IVA non riceverebbe un trattamento migliore nel caso di fallimento) e indicate, tra le altre, nella sentenza della C. Giust. 7 aprile 2016 - Causa C-546/14.

Il suggerimento delle Commissioni non è stato tuttavia recepito in quanto, stando alla relazione illustrativa, la garanzia della nomina di un altro professionista renderebbe costosa ed eccessivamente complessa l'intera negoziazione. L'esclusione dell'IVA dalla transazione sarebbe inoltre giustificata dal fatto che l'imprenditore che vi accede non sempre e necessariamente si trova in stato di insolvenza, con la conseguenza che non sembrerebbero applicabili le statuizioni rese dalla Corte di giustizia nella richiamata sentenza.

Sul punto, ci sia dato di dissentire già per il fatto che, secondo i giudici europei, il pagamento parziale di un credito IVA da parte di un imprenditore in stato di insolvenza - nell'ambito di una procedura di concordato preventivo - non costituisce certo una rinuncia generale e indiscriminata alla riscossione dell'imposta, né appare contraria all'obbligo degli Stati membri di garantire il prelievo integrale dell'IVA nel loro territorio e la riscossione effettiva delle risorse proprie dell'UE. Ciò in quanto la procedura concorsuale è soggetta a presupposti di applicazione rigorosi, allo scopo di offrire garanzie per il recupero dei crediti privilegiati e, in particolare, dei crediti IVA. Secondo la Corte, conseguentemente, sarebbe compatibile con la normativa europea una legge nazionale che consenta a un imprenditore in stato di insolvenza di pagare solo parzialmente un debito IVA attestando, sulla base dell'accertamento di un

---

eventuale dissenso all'organo amministrativo e a quello di controllo, motivandolo. Al contrario, l'assenza di qualsiasi censura, dovrebbe costituire implicito assenso alla transazione.

Il giudice, previa verifica della regolarità dell'accordo e dei suoi allegati, ne autorizza l'esecuzione con decreto oppure, nel caso in cui non ne ravvisi la regolarità, dichiara che esso è privo di efficacia.

[11] Le medesime Commissioni hanno chiesto anche di «estendere l'applicazione della transazione fiscale nella composizione negoziata anche ai tributi locali, in applicazione del principio contenuto nell'art. 9 della legge di delega fiscale (legge n. 111 del 2023)». Il suggerimento non è stato accolto in quanto, come risulta dalla relazione illustrativa, il correttivo non sarebbe attuativo della delega fiscale e, comunque, mancherebbe la necessaria copertura finanziaria.

esperto indipendente, che tale debito non riceverebbe un trattamento migliore nel caso di fallimento. Appare a tal punto evidente come le conclusioni cui perviene la giurisprudenza comunitaria possano e debbano trovare applicazione in qualsiasi procedura concorsuale in cui sia accertata l'incapienza del patrimonio del debitore, purché siano previste una serie di garanzie procedurali (attestazione dell'esperto indipendente che confermi che il credito IVA non riceverebbe un trattamento migliore nel caso di fallimento del debitore; possibilità di voto contrario da parte dello Stato membro interessato che non concordi con le conclusioni dell'esperto indipendente; successiva possibilità di un'opposizione che solleciti il controllo giurisdizionale (v. Trib. Pistoia, 26 aprile 2017).

Più specificamente, la relativizzazione della regola di intransigenza della Corte di giustizia in virtù dell'obbligo, per gi Stati membri, di garantire una riscossione effettiva delle risorse proprie dell'Unione ovvero il miglior realizzo in concreto possibile, andrebbe applicata anche all'accordo transattivo in sede di procedura negoziata; in tal senso dovrebbe quindi essere emendato il nuovo comma 2-bis dell'art. 23 c.c.i.i..

Ai sensi del richiamato comma, tale accordo, qualora, sottoscritto alla presenza dell'esperto, produce effetti con il suo deposito presso il tribunale competente.

Il tribunale ne verifica la regolarità formale[12] - sottoscrizione da tutti i soggetti legittimati per l'impresa e per i creditori pubblici e dall'esperto - e ne autorizza l'esecuzione con decreto. La soluzione prescelta, si legge nella relazione illustrativa, muove dalla necessità di introdurre uno strumento che porti l'erario e gli altri enti interessati al tavolo delle trattative, senza compromettere la natura della composizione negoziata che, per essere efficace e mantenere la sua vocazione di percorso stragiudiziale (in ossequio a quanto richiesto dalla già citata direttiva cd. Insolvency), deve rimanere scevra di percorsi giurisdizionali che ne andrebbero a condizionare il regolare e rapido svolgimento.

[12] Dalla relazione accompagnatoria del correttivo emerge che la regolarità che il giudice è chiamato ad accertare è solo quella formale, considerata l'esigenza di non snaturare la composizione negoziata, evitando un procedimento giurisdizionale per sostituire il consenso dei creditori pubblici. Ciò è coerente con la considerazione che ai fini dell'efficacia dell'accordo l'autorizzazione del giudice non sarebbe necessaria e che essa è stata prevista solo per fornire all'amministrazione finanziaria, per così dire, un conforto esterno attraverso tale provvedimento. È tuttavia da ritenersi che la funzione del giudice non possa essere meramente "notarile" e che, in presenza di ragioni anche sostanziali che rendano l'accordo pregiudizievole rispetto al risanamento, debba per tale motivo dichiararne l'inefficacia.

Come poc'anzi evidenziato, la novella prevede tuttavia, in contrasto con la ratio esplicitata dallo stesso legislatore, che il giudice, verificata la regolarità della documentazione allegata e dell'accordo, ne autorizzi l'esecuzione con decreto o, in alternativa, che dichiari l'accordo privo di effetti.

A tale ultimo riguardo, non può non rilevarsi la ridondanza della certificazione aggiuntiva del giudice, dal momento che l'esperto, nella sua relazione finale, avrebbe potuto da solo dar agevolmente conto dell'esito della composizione negoziata.

A ciò aggiungasi che il timore dei creditori pubblici di sottoscrivere accordi che possano pregiudicare i conti pubblici (danno erariale) e che si fondino su prospettazioni non corrette o non veritiere viene controbilanciato, sia dalle previsioni che richiedono la sottoscrizione dell'accordo da parte dell'esperto (che, ancora una volta, svolge una funzione di garante del corretto svolgimento delle trattative), sia dalla previsione espressa di una limitazione della responsabilità contabile degli enti interessati.

3. – Altro intervento di impatto significativo del correttivo ha sicuramente riguardato la disciplina della transazione fiscale negli accordi di ristrutturazione dei debiti[13], che viene novellata al fine di risolvere i problemi applicativi determinatisi dopo la sua entrata in vigore.

In merito il decreto correttivo, oltre ad introdurre disposizioni chiarificatrici e di coordinamento, detta una serie di condizioni che devono ricorrere congiuntamente affinché si addivenga all'"omologazione forzata" da parte del tribunale (la natura non liquidatoria degli accordi; l'entità dei crediti vantati dai creditori aderenti non pubblici, che deve essere pari ad almeno un quarto dell'importo complessivo dei crediti; il soddisfacimento dei creditori pubblici che non deve essere deteriore rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale alla data della proposta; le soglie minime di soddisfacimento dei creditori pubblici) le quali, secondo la relazione illustrativa, sono volte ad evitare gli abusi registrati nel periodo di prima applicazione dell'istituto in esame.

Con particolare riferimento alla condizione relativa al soddisfacimento dei crediti dell'amministrazione finanziaria e degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie, il testo prevede che la relativa percentuale debba essere pari almeno al 50 per cento dell'ammontare dei crediti di ciascun ente creditore, esclusi sanzioni ed interessi.

[13] Cfr. art. 16, comma 6°, del correttivo che ha sostituito l'art. 63 del c.c.i.i..

Il medesimo provvedimento dispone inoltre che, se l'ammontare complessivo dei crediti vantati dagli altri creditori aderenti all'accordo di ristrutturazione è inferiore a un quarto dell'importo complessivo dei crediti, oppure non vi sono altri creditori aderenti, il tribunale può omologare l'accordo solo se la percentuale di soddisfacimento dei crediti dell'amministrazione finanziaria e dei predetti enti sia almeno pari al 60 per cento dell'ammontare dei crediti di ciascun ente creditore, esclusi sempre sanzioni ed interessi.

A tale riguardo, giova rilevare che il d.l. 13 giugno 2023, n. 69 aveva stabilito le soglie di soddisfacimento minimo ai fini dell'omologazione forzosa della transazione fiscale nell'ambito della ristrutturazione dei debiti nella misura del 30% del debito costituito da tributi, sanzioni e interessi, qualora agli accordi di ristrutturazione avessero aderito creditori, diversi da quelli pubblici, titolari di credito pari almeno a un quarto dell'intera esposizione debitoria, e in quella del 40% negli altri casi. Il testo del correttivo approvato dal Consiglio dei ministri in sede di esame preliminare aveva modificato le suddette soglie nelle percentuali del 60 e del 70 per cento dell'importo dei soli tributi, senza sanzioni e interessi. In esame definitivo, le medesime percentuali sono state rideterminate rispettivamente nel 50 e 60 per cento.

Si tratta di una riduzione senz'altro opportuna, benché non risolutiva, considerato che la questione è stata affrontata anche dagli organi competenti all'espressione dei pareri.

In particolare, in relazione al testo approvato in via preliminare, le Commissioni giustizia di Camera e Senato avevano chiesto, con riguardo alla percentuale minima di soddisfacimento del 60%, di rivalutarne la misura riducendola.

Il Consiglio di Stato aveva invece chiesto una più diffusa spiegazione sulle ragioni dell'innalzamento della soglia al 70%[14].

In sede di esame definitivo, come detto, vengono solo "limate" al ribasso le percentuali minime di soddisfacimento del credito, che comunque non sono riportate alle soglie originarie, e non viene data alcuna spiegazione circa le ragioni che hanno indotto al previsto innalzamento, come peraltro aveva espressamente richiesto anche l'organo di giustizia amministrativa.

[14] In particolare, nel già citato parere 1° agosto 2024, n. 910 il Consiglio di Stato aveva evidenziato l'opportunità che la relazione illustrativa fosse integrata «con riferimento alle valutazioni in base alle quali si è previsto l'innalzamento da 40 a 70 della percentuale di soddisfacimento dei crediti dell'amministrazione finanziaria e degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie ai fini del c.d. *cram-down*».

In merito, occorre rilevare come non appaia sufficiente elevare le soglie legali di soddisfacimento del credito per ottenere un incremento del pagamento offerto, perché le imprese che si trovano in uno stato di crisi dispongono di risorse finanziarie limitate.

Va infatti ricordato che, nell'ottica del legislatore previgente, tali soglie dovevano essere volte a creare un meccanismo protettivo di ampio respiro, che soggiaceva ad esigenze di bilancio pubblico e di corretta gestione del gettito fiscale benché, a parere di chi scrive, già ben oltre il punto di "indifferenza" (si passi il termine poco tecnico) per tante imprese.

La circostanza di aver posto delle "soglie", peraltro molto elevate, e che in contraddizione con lo stesso "dettato" del correttivo, non tengono in alcun conto della convenienza o meno ad accettare la transazione rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale, appare "dissonante" con la *ratio* propria della transazione fiscale, che è improntata, invece, alla "valutazione di convenienza" del trattamento proposto, finendo con l'essere un disincentivo all'utilizzo dello stesso istituto, a vantaggio di strumenti di regolazione della crisi in cui, le soglie minime, ci si permette di dire correttamente, non sono invece previste, come ad esempio il concordato preventivo in continuità.

Nella cornice normativa, come è noto, l'accordo di ristrutturazione è uno strumento fondamentale al fine di incrementare le possibilità, per le imprese in difficoltà, di scongiurare la disgregazione dei processi produttivi, a tutela del tessuto economico, dell'occupazione e dello stesso interesse dei creditori.

L'innalzamento delle suddette soglie oltre il "punto di indifferenza", invece, induce i debitori a cercare altri strumenti meno onerosi, con l'effetto di rischiare di azzerare, quasi completamente, l'utilizzo dell'istituto in questione se non, in alternativa, a liquidare società che potrebbero continuare ad operare in continuità non essendo ancora arrivate al ciclo economico conclusivo e di "non ritorno".

Vi è, quindi, anche in questo caso, da prendere in considerazione una diversa valutazione da effettuare da parte del legislatore, eliminando soglie che, ove confermate, svuoterebbero sia la ratio sottostante all'istituto, spostando l'interesse su altre procedure di risoluzione della crisi, sia la necessità di una valutazione da parte di un professionista indipendente circa la "convenienza" rispetto all'alternativa liquidatoria; ciò nell'interesse sia del privato che del pubblico, non sottacendo i risvolti conseguenziali sia dal punto di vista sociale che economico del tessuto di riferimento.

4. – Il decreto correttivo ha apportato interventi significativi anche con riguardo al concordato preventivo.

Viene infatti introdotta, tra le altre misure, una specifica nozione di valore della liquidazione[15] (art. 21, co. 3, lett. b, che modifica l'art. 87, comma

[15] Uno dei punti dolenti del concordato preventivo è proprio la definizione di «valore di liquidazione». In merito, si rappresenta che, a fronte delle diverse soluzioni, sta consolidandosi l'orientamento secondo cui, per «valore di liquidazione», si intende quello che, alla data di deposito della domanda di concordato, potrebbe prospetticamente essere ricavato dal realizzo, in sede di liquidazione giudiziale, dell'intero patrimonio della società debitrice (si vedano le decisioni Trib. Spoleto 4 luglio 2024, Trib. Roma 24 ottobre 2023 e Trib. Milano 20 luglio 2023). Tale parametro rappresenta la sommatoria dei valori dell'azienda, dei beni estranei al perimetro aziendale, della liquidità, nonché delle utilità ritraibili dall'esercizio da parte del curatore di eventuali azioni risarcitorie, revocatorie (in gran parte assenti nel concordato) e recuperatorie. Quanto, invece, al «valore eccedente quello di liquidazione», esso comprende – in aggiunta al patrimonio del debitore alla data della domanda di concordato – i cosiddetti flussi della continuità derivanti dalla prosecuzione dell'attività (al netto dei relativi costi) nel caso di continuità diretta; nell'ipotesi di continuità indiretta, include invece l'eventuale maggior valore realizzabile dalla vendita (o dall'affitto) dell'azienda in esercizio nel concordato rispetto alla sua alienazione in sede di liquidazione giudiziale ed esercizio provvisorio. Seguendo questa interpretazione (che sembra trovare accoglimento anche nell'emanando correttivo), il Tribunale di Spoleto ha chiarito come – in caso di affitto di azienda – il valore eccedente quello di liquidazione debba ricomprendere l'eventuale maggiore importo dei canoni di affitto a realizzarsi rispetto alla liquidazione giudiziale; la differenza tra l'attivo derivante dal totale dei canoni indicati in proposta e la stima nello scenario liquidatorio rappresenta il valore eccedente quello di liquidazione, distribuibile secondo priorità relativa. Al contrario, quei canoni che potrebbero ragionevolmente costituire attivo anche in caso di liquidazione giudiziale (maturati tra l'apertura della procedura e il trasferimento dell'azienda a terzi a seguito di procedura competitiva) andranno distribuiti secondo priorità assoluta. Nell'ipotesi di concordato in continuità indiretta che preveda la prosecuzione di un contratto di affitto di azienda lungo tutto l'arco di piano, attivo distribuibile secondo priorità relativa è, pertanto, esclusivamente l'eventuale plusvalore dei canoni di affitto; canoni che la debitrice preveda di incassare nel corso del piano rispetto al totale dei flussi che incasserebbe il curatore sino alla cessione dell'azienda, cumulato al corrispettivo per la cessione dell'azienda medesima in sede di liquidazione giudiziale. In applicazione di tale principio, il Tribunale di Spoleto ha riscontrato la violazione della regola della priorità assoluta in relazione alla distribuzione del valore di liquidazione, invitando la società a modificare la proposta. Questo orientamento (peraltro coerente con la comparazione liquidatoria imposta dalla direttiva *Insolvency*) potrebbe restringere l'ambito applicativo della priorità relativa. Infatti, la regola distributiva introdotta dal Codice potrebbe essere impiegata esclusivamente laddove (e nei limiti in cui) il valore derivante dalla continuazione (diretta o indiretta) dell'attività aziendale superi quello derivante dalla cessione dell'azienda da parte del curatore. Dovendosi presupporre che – all'esito della procedura competitiva in sede di liquidazione giudiziale – l'azienda sia alienata al suo corretto valore di mercato (rappresentato, nella sostanza, dall'attualizzazione dei flussi finanziari attesi), deve ritenersi che, qualora la descritta interpretazione dovesse consolidarsi, potrebbe essere distribuito secondo la priorità relativa solo

1°, d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14), che corrisponde al valore realizzabile, in sede di liquidazione giudiziale, dalla liquidazione dei beni e dei diritti, tenendo conto: da un lato, del maggior valore economico realizzabile nella medesima sede dalla cessione dell'azienda in esercizio, ove possibile[16]; e, d'altro lato, delle ragionevoli prospettive di realizzo delle azioni esperibili, al netto delle spese.

Vengono modificate le condizioni necessarie affinché il concordato in continuità aziendale possa essere omologato: in particolare, il testo novella la lettera d) dell'art. 112 c.c.i.i., per cui, in mancanza dell'approvazione a maggioranza delle classi, la proposta è approvata da almeno una classe di creditori ai quali è offerto un importo non integrale del credito, a condizione che questi stessi creditori sarebbero soddisfatti in tutto o in parte qualora si applicasse l'ordine delle cause legittime di prelazione, anche sul valore eccedente quello di liquidazione (art. 26)[17].

---

l'eventuale sovrapprezzo riconosciuto dall'acquirente/affittuario dell'azienda. Per esempio, nel caso in cui lo stesso abbia un interesse al buon esito dell'iniziativa concordataria.

[16] Al riguardo, le Commissioni Giustizia di Camera e Senato, «al fine di evitare improprie equiparazioni tra concordato in continuità indiretta e liquidazione giudiziale, con conseguente indesiderabile pregiudizio per la percorribilità della soluzione concordataria» hanno chiesto di espungere dalla disposizione di cui all'art. 21, comma 3°, lett. b, le parole «comprensivo dell'eventuale maggior valore economico realizzabile nella medesima sede dalla cessione dell'azienda in esercizio». Secondo la relazione illustrativa, tuttavia, la soppressione proposta determinerebbe lo stravolgimento della modifica apportata con il decreto, con la quale si intenderebbe chiarire che, quando si tiene conto del valore di liquidazione va considerato quanto è ricavabile non solo dalla vendita atomistica dei beni in sede di liquidazione giudiziale, ma anche dalla vendita dei complessi produttivi.

[17] Con specifico riferimento all'ordine delle cause di prelazione nel concordato semplificato, si vedano, tra le altre, App. Roma, sentenza 2 settembre 2024 e Trib. Milano, 18 luglio 2024. In particolare, App. Roma afferma che il mancato rispetto dell'ordine delle cause di prelazione previsto dall'art. 25-sexies CCII non impedisce l'omologazione del concordato semplificato «ogni qualvolta l'assetto distributivo del piano costituisca per gli stessi un'alternativa quantomeno equivalente, ma mai deteriore, rispetto alla liquidazione giudiziale».

Il Collegio ritiene infatti che, tra le varie condizioni cui l'art. 25 sexies, comma 5° CCII subordina l'omologazione del piano nel concordato semplificato, il rispetto dell'ordine delle cause di prelazione coesista con ulteriori e concorrenti presupposti che, a rigore, non autorizzano a ritenere che la integrale soddisfazione dei prelazionari costituisca, nella predetta procedura, un aspetto inderogabile ogni qualvolta l'assetto distributivo del piano costituisca per gli stessi un'alternativa quantomeno equivalente, ma mai deteriore, rispetto alla liquidazione giudiziale.

In altri termini, la mancata previsione di una regola che, come nel concordato ordinario, ammette una indiscriminata falcidia dei crediti prelatizi con la c.d. degradazione del prelatizio per incapienza del bene non può essere interpretata

Il correttivo, infine, risolve un importante contrasto interpretativo emerso in merito al concordato preventivo con continuità aziendale, concernente l'omologazione forzosa della transazione fiscale e contributiva, in prevalenza esclusa dalla giurisprudenza[18].

Rispetto al punto, l'art. 21, comma 4°, che sostituisce l'art. 88 del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, chiarisce che, se il trattamento del credito fiscale e/o contributivo non è deteriore rispetto alla liquidazione giudiziale, l'omologazione del concordato con continuità (con falcidia debito erariale) può avvenire se il dissenso dei creditori erariali è ostativo al (solo)

---

restrittivamente, nel senso, cioè, di rendere automaticamente operante un principio di integrale soddisfazione dei prelazionari, essendo tale ultima condizione invocabile solo in quanto concretamente perseguibile anche in sede liquidatoria, tenuto conto delle specifiche condizioni date (cfr. sentenza 8 ottobre 2024, n. 32023).

Con la pronuncia citata, il Tribunale di Milano afferma che i creditori privilegiati vanno soddisfatti con i proventi derivanti dalla liquidazione dei beni sui quali insistono i relativi privilegi nel massimo rispetto dell'ordine delle cause di prelazione, mentre i creditori chirografari ab origine e di creditori privilegiati degradati al chirografo in ragione dell'incapienza del valore dei beni su cui insiste il relativo privilegio possono essere soddisfatti con l'apporto di finanza esterna a fondo perduto.

Nel caso di specie, dunque, il collegio ritiene che il piano del debitore rispetti il principio della priorità assoluta, alla base anche del concordato liquidatorio ordinario, in quanto, a norma dell'art. 25-sexies, co. 5, il tribunale, per l'omologa, deve verificare «il rispetto dell'ordine delle cause di prelazione».

[18] Tra le principali decisioni di merito che hanno negato l'applicazione del cram-down fiscale al concordato di continuità, merita attenzione Trib. Grosseto, sentenza 9 maggio 2024, n. 12, riguardante la Cooperativa dei pescatori della laguna di Orbetello, che ha ritenuto *ante tempus* verosimile il futuro voto contrario della classe dei creditori pubblici, in ragione del dissenso già manifestato dai medesimi creditori nell'ambito di una precedente procedura, con ciò ritenendo inammissibile la proposta di concordato. Tale decisione è stata ribaltata da App. Firenze, secondo la quale il giudice di primo grado avrebbe travalicato il sindacato ad esso consentito nella fase di valutazione preliminare di ammissibilità del concordato. Ciò in quanto tale valutazione è normativamente circoscritta alla ritualità della proposta e alla sua non manifesta inidoneità sia alla soddisfazione dei creditori sia alla conservazione dei valori aziendali (sentenza 25 luglio 2024). Di conseguenza, la Corte d'appello ha ritenuto illegittima, in quanto del tutto intempestiva, ogni ulteriore valutazione del Tribunale concernente l'inammissibilità di un futuro (e, in tale fase, meramente eventuale) cram-down derivante dalla possibile mancata adesione da parte dell'amministrazione finanziaria. Il giudice di secondo grado ha altresì osservato che il diritto di voto compete all'agenzia delle entrate e non al Tribunale, che potrà invece sindacare il merito, ove ricorrano le circostanze di cui all'art. 88 c.c.i.i.. In tal senso è anche la previsione di cui agli artt. 47 e 48, comma 2-bis c.c.i.i., a mente dei quali l'omologazione forzosa è subordinata alla concreta manifestazione del diritto di voto da parte dei creditori, potendo invece il Tribunale valutare solo successivamente se le maggioranze previste *ex lege* siano state raggiunte o meno.

raggiungimento della maggioranza che consente la c.d. ristrutturazione trasversale (art. 112, comma 2°, lett. d, prima parte), ma non se il creditore pubblico diventa, a seguito dello stesso cram-down, l'unica classe interessata consenziente (ovvero non per soddisfare il requisito dell'unica classe dei creditori di cui all'art. 112, comma 2°, lett. d, nn. 1 e 2).

5. – Il d.lgs. 13 settembre 2024, n. 136, proseguendo nella complessa opera di riquadratura del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, rappresenta un significativo avanzamento nella gestione delle situazioni di crisi e insolvenza nel nostro Paese.

Con il provvedimento esaminato, infatti, il legislatore compie puntuali scelte rispetto ad alcuni vuoti normativi che necessitavano di riempimento (prima tra tutti l'introduzione della possibilità, dapprima preclusa nell'ambito della composizione negoziata, di un accordo con i creditori pubblici), oltre a cimentarsi in un'opera chiarificatrice delle incertezze determinate dalla previgente disciplina, al fine di migliorarne la comprensione, così com'era avvenuto anche in occasione di precedenti interventi normativi.

È di tutta evidenza del resto, che, pur con le riscontrate difficoltà di lettura e nella comprensibile differente visione circa i valori che ha voluto privilegiare, non può non riconoscersi al nuovo Correttivo il pregio di aver posto l'attenzione su alcuni profili che rendono il sistema sicuramente più dinamico, trasparente ed efficiente.

L'enfasi sulla prevenzione della crisi attraverso, fra l'altro, l'introduzione di nuove regole che rendono possibile accedere alla composizione negoziata in presenza di squilibri economico-finanziari, agevolando così l'emersione anticipata della crisi; la previsione di requisiti più stringenti per curatori, commissari giudiziali e liquidatori, che garantiscono una qualificazione sempre più elevata e una indipendenza oramai completa; una gestione più efficace dei debiti pubblici attraverso la possibilità di proporre accordi transattivi anche per i debiti erariali, pur mantenendo il testo fuori dalla riforma i crediti degli enti locali, sono solo alcune delle novità più rilevanti

Il testo, va detto, ha sicuramente lasciato ancora irrisolte diverse criticità operative, per valutarne il reale impatto sul sistema, non resta però che attendere le future applicazioni dell'intero codice della crisi, al termine del lungo iter che dovrebbe aver portato alla sua versione definitiva, per verificare se effettivamente sia siano raggiunti gli ambiziosi obiettivi posti dalla complessa riforma dell'intera materia o se, ancora, avremo bisogno di emendare.

Abstract

CRITICAL ISSUES OF THE 2024 CORRECTIVE TO THE CODE OF BUSINESS CRISIS AND INSOLVENCY

Il 28 settembre 2024 è entrato in vigore il terzo correttivo al Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Nonostante l'introduzione di sostanziali miglioramenti finalizzati a risolvere le problematiche emerse nella fase di prima applicazione del Codice, il testo ha tuttavia lasciato irrisolte alcune criticità operative, che continuano a generare contrasti interpretativi e applicativi e che sono analizzate con particolare attenzione nel presente contributo.

***

The third corrective to the Code of Corporate Crisis and Insolvency came into force on 28 September 2024. Despite the introduction of substantial improvements aimed at resolving the problems that emerged during the first phase of the Code's application, the text has nevertheless left some operational issues unsolved, which continue to generate interpretative and applicative conflicts, and which are analysed with particular attention in this contribution.

PROCESSO FAMILIARE E MINORILE: LA STABILITÀ DELLE DISPOSIZIONI GENERALI DOPO IL CORRETTIVO

BEATRICE FICCARELLI
Professore associato
nell'Università di Firenze

SOMMARIO: 1. Note introduttive. – 2. La composizione dell'organo giudicante. – 3. I poteri del giudice e del pubblico ministero: profili evolutivi. – 4. L'ascolto del minore, le sue modalità e il rifiuto del minore ad incontrare il genitore. – 5. Il tutore, il curatore ed il curatore speciale del minore. – 6. La mediazione familiare.

1. – Col d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, in attuazione della legge delega n. 206/2021, il legislatore ha introdotto nel sistema del codice di procedura civile oltre settanta articoli di nuovo conio recanti la disciplina di un procedimento uniforme per le controversie in materia di stato delle persone, famiglia, e minorenni valevole tendenzialmente per tutti i procedimenti familiari contenziosi, salvo espressa deroga di legge, di competenza del tribunale ordinario, dei minorenni e giudice tutelare. Ne restano esclusi solamente i procedimenti di scioglimento della comunione legale, quelli volti alla dichiarazione di adottabilità, quelli di adozione di minori di età e quelli attribuiti alla competenza delle sezioni specializzate in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea. Il riferimento è, pertanto, ai giudizi di separazione, divorzio, affidamento e mantenimento dei figli nati fuori del matrimonio, ai procedimenti *de potestate*, ma anche ai procedimenti di stato quali, ad esempio, il disconoscimento di paternità, l'impugnazione del riconoscimento, l'accertamento giudiziale di maternità e paternità, la contestazione e il reclamo dello stato di figlio, nonché il mutamento di sesso. Per effetto del decreto correttivo di cui al d.lgs. n. 164/2024, sono sottoposte al rito speciale anche le controversie sul danno da illecito endo-familiare, salvo che la legge disponga altrimenti. Si tratta, così, di un ambito di applicazione estremamente ampio e multiforme. L'importanza di una tale scelta normativa risiede non solo nell'aver semplificato e razionalizzato il sistema complessivo della tutela dei diritti in ambito familiare, caratterizzato fino ad oggi da una pluralità di riti e procedimenti applicabili l'uno differente dall'altro (soprattutto il rito ordinario ed il procedimento camerale, oltre al modello processuale attuato dai tribunali per i minorenni), ma anche nell'aver previsto, al suo interno, ampie garanzie e nuovi

strumenti soprattutto a tutela dei minori; il tutto nel quadro della più ampia riforma di rilievo ordinamentale, allo stato ancora *in itinere*, finalizzata alla creazione di un tribunale unico per le persone, i minorenni e le famiglie, volta anche ad eliminare i persistenti problematici profili di riparto di competenze tra tribunale ordinario e tribunale per i minorenni attualmente disciplinati nel rinovellato art. 38 disp. att. c.c.[1]. Le disposizioni di cui si tratta sono rappresentate dalle nuove norme di cui all'art. 473-*bis* ss. c.p.c. inserite nel Titolo IV *bis* rubricato "Norme per il procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie", del II libro del codice di procedura civile, le quali danno vita ad un rito speciale a cognizione piena sostitutivo rispetto a quello ordinario che affianca, nello stesso libro, il rito lavoro nonché il nuovo procedimento semplificato di cognizione di cui all'art. 281-*decies* c.p.c. Il legislatore conferisce dunque una nuova dignità processuale ai procedimenti familiari in senso lato, giusta la nuova collocazione normativa. Le principali caratteristiche del rito si ricavano proprio dalla lettura delle "Disposizioni generali" da cui l'interprete può farsi guidare al fine di comprenderne *ratio* e struttura.

Il Titolo IV *bis* si divide, a sua volta, in Capi e Sezioni. Sono previste infatti al Capo I le suddette disposizioni generali, al Capo II le norme sul procedimento, mentre il Capo III detta alcune disposizioni speciali per singoli procedimenti per il tramite di sezioni specifiche, dato il vasto ambito di applicazione delle norme in commento. Per effetto del correttivo di cui al d.lgs. n. 164/2024 all'art. 473-*bis* sono stati aggiunti i commi 3, 4 e 5 che prendono in esame ipotesi di mutamento del rito.

Il correttivo, infatti, introduce una disciplina all'errore del rito adottando il modello dell'art. 4 del d.lgs. n. 150/2011, anziché quello degli artt. 426 e 427 c.p.c., con conseguenze interpretative che introducono nuove problematiche. La tecnica è quella della sdrammatizzazione dell'errore nel rito, regolando una sanatoria mediante semplice ordinanza di conversione, nel passaggio al rito speciale contenente la fissazione di un termine per l'integrazione delle difese (in mancanza dello sviluppo delle memorie di cui

[1] Sulla riforma della giustizia familiare nel suo complesso v. *La riforma Cartabia del processo civile, Commento al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149*, a cura di Roberta Tiscini con il coordinamento di Marco Farina, Pisa, 2023, 755 ss.; v. AA.VV., *La riforma del giudice e del processo per le persone, per i minorenni e le famiglie, Il decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149*, a cura di C. CECCHELLA, Torino, 2023; A. CARRATTA, *Le riforme del processo civile, D.Lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, in attuazione della L. 26 novembre 2021, n. 206*, Torino, 2023, 138-172; *La riforma del processo civile, l. 26 novembre 2021, n. 206 e d. leg. 10 ottobre 2022 n. 149 e n. 151, aggiornato anche al d.l. 24 febbraio 2023 n. 13 e alla l. 24 febbraio 2023 n. 14, di conversione del d.l. 29 dicembre 2022 n. 198 ("milleproroghe")*, a cura di Domenico Dalfino, in *Gli speciali de il Foro italiano*, 4/2022.

all'art. 473-*bis*.17 c.p.c.), salvo il profilo di competenza, rendendosi in tal caso necessario far precedere il rito corretto con la riassunzione della causa ai sensi dell'art. 50 c.p.c.[2].

2. – Ai sensi dell'art. 473-*bis*.1, salvo che la legge disponga diversamente, il tribunale giudica in composizione collegiale e la trattazione e l'istruzione possono essere delegate a uno dei componenti del collegio. Davanti al tribunale per i minorenni, nei procedimenti aventi ad oggetto la responsabilità genitoriale possono essere delegati ai giudici onorari specifici adempimenti ad eccezione dell'ascolto del minore, dell'assunzione delle testimonianze e degli altri atti riservati al giudice. La prima udienza, l'udienza di rimessione della causa in decisione e le udienze all'esito delle quali sono assunti provvedimenti temporanei sono tenute davanti al collegio o al giudice relatore.

Circa la prima parte della norma, si tratta di disposizioni suscettibili di essere superate una volta attuata la riforma ordinamentale ovvero quando entreranno in vigore le norme sul tribunale unico per le persone, per i minorenni e per le famiglie. È infatti previsto che le future sezioni circondariali decideranno in composizione monocratica. Per effetto della possibilità di nomina di un giudice delegato da parte del collegio è chiaro l'intento volto fin da subito, per quanto possibile, al superamento della collegialità per i procedimenti familiari.

Piuttosto il legislatore si è preoccupato che nei procedimenti di competenza residua del tribunale per i minorenni, ai giudici onorari non fossero attribuite funzioni proprie del giudicante togato, tra cui spicca l'ascolto del minore che la riforma intende, sin dalle disposizioni generali del procedimento, assurgere a istituto suscettibile di particolare cautela ed attenzione.

3. – L'art. 473-*bis*.2 è dedicato significativamente ai "Poteri del giudice".

La riforma Cartabia ridisegna infatti il ruolo del giudice nel contenzioso familiare, delineando un giudice attivo, dotato di ampi poteri di direzione processuale, formale e materiale i quali si esplicano in ogni ambito che comporti la tutela dei soggetti più deboli.

Sulla tutela degli stessi il legislatore concentra primariamente la propria attenzione, ritenendo che il giudice possa e debba esercitare d'ufficio poteri di vasta gamma che coprono la fase di cognizione, della cautela ed anche dell'esecuzione/attuazione dei suoi provvedimenti.

[2] Così, testualmente, C. CECCHELLA, *Il correttivo e il nuovo rito minorile e delle famiglie: questioni risolte e questioni insolute*, in *Quotidiano Giuridico*, gennaio 2025.

Si tratta di un aspetto che ha immediatamente suscitato ampie critiche, potendo in tal modo il processo assumere una "marcata impronta inquisitoria"[3], anche considerati gli ampi poteri acquisiti dal pubblico ministero per effetto del nuovo art. 473-*bis*.3, norma parimenti collocata nelle disposizioni generali. Ai sensi di tale disposizione nell'esercizio dell'azione civile e al fine di adottare le relative determinazioni, il pubblico ministero può infatti assumere informazioni, acquisire atti e svolgere accertamenti, anche avvalendosi della polizia giudiziaria e dei servizi sociali, sanitari assistenziali[4].

[3] V. A. GRAZIOSI, *Luci ed ombre del nuovo processo di famiglia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2023, 425 ss. secondo cui è in tal senso significativa la scelta del legislatore "di aprire l'intera normativa sul nuovo rito di famiglia, specificando subito quali sono gli intensi poteri istruttori del giudice e del p.m.", il che darebbe conto della gerarchia di valore delle nuove regole processuali e quindi anche l'impostazione inquisitoria che esse esprimono. "In termini di impostazione generale, direi che il profilo maggiormente criticabile del nuovo rito familiare stia senz'altro la sua marcata impronta inquisitoria (…) benché i processi di famiglia siano, e rimangano, processi di parti (contrapposte), nei quali, almeno in linea teorica, dovrebbero continuare a trovare pieno riconoscimento i fondamentali principi, anche di rango costituzionale, su cui si regge il nostro diritto processuale civile, primi fra tutti il principio della domanda (art. 24, comma 1°, cost. e art. 99 c.p.c.) ed il principio di terzietà ed imparzialità del giudice (art. 111, comma 2°, Cost.). Beninteso, nel dire ciò sono ben consapevole come spesso i procedimenti in materia di famiglia abbiano ad oggetto situazioni giuridiche indisponibili, soprattutto con riguardo alla tutela dei minori, in relazione alle quali, stante la loro dimensione anche pubblicistica, si giustifica pienamente un'adeguata attribuzione al giudice di poteri istruttori ufficiosi, purtuttavia questa prima disamina delle nuove norme dà l'impressione che si sia andati molto oltre rispetto a questa, pur fondamentale, esigenza". Sulla stessa linea, subito critico è stato G. SCARSELLI, *I punti salienti dell'attuazione della riforma del processo civile di cui al decreto legislativo 10 ottobre 2022 n. 149*, nonché *La riforma del processo di famiglia*, in *www. giustiziainsieme.it*. il quale rileva che l'indisponibilità dei diritti non comporta di regola il venir meno dei principi di cui agli artt. 99, 112 e 115 c.p.c. e come tutto il nostro sistema processuale sia infatti intessuto di diritti indisponibili che tuttavia mantengono i classici limiti del rispetto della domanda, di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, e dispositivo. L'autore rileva come non possa sostenersi che la deroga al principio della domanda sia giustificata dalla indisponibilità dei diritti o dall'interesse superiore del minore, poiché questi interessi sono assicurati dalla presenza del PM e del curatore speciale, mentre il giudice deve rimanere terzo e imparziale anche quando giudica sui minori, e non può trasformarsi in un funzionario, il che comprometterebbe la terzietà della sua funzione.

[4] Circa i casi di pubblico ministero agente, può farsi riferimento alle ipotesi di legittimazione del pubblico ministero nei giudizi di impugnazione per nullità del matrimonio ai sensi degli artt. 117 e 119 c.c., in quelli di disconoscimento di paternità di figlio nato nel matrimonio *ex* art. 244, comma 6, c.c., nei procedimenti volti alla contestazione dello stato di figlio *ex* art. 248, comma 5, c.c. o di reclamo dello stato di figlio *ex* art. 249, comma 5, c.c., nel giudizio di impugnazione del riconoscimento per

Nelle pagine che seguono cercheremo di enucleare i principali poteri officiosi del nuovo giudice della famiglia attraverso i più significativi momenti processuali in cui il rito unificato si snoda, in continuità con un passato in cui tale linea era già stata in gran parte tracciata.

Come anticipato, la riforma del processo civile arricchisce il ruolo del giudice nel contenzioso della famiglia.

A quei poteri che già la normativa previgente, in maniera più o meno esplicita, prevedeva, se ne aggiungono ora altri, variamente contenuti sia in norme di portata generale che in disposizioni specifiche riguardanti particolari materie o questioni che le controversie familiari nella loro accezione più ampia variamente presentano.

I procedimenti relativi allo stato delle persone, ai minorenni e alle famiglie sono sempre stati caratterizzati dall'accentuata aspirazione di addivenire, per quanto possibile, ad un accertamento pieno dei fatti o alla ricerca della c.d. "verità materiale"[5] in virtù dei particolari diritti che con tali procedimenti si intendono tutelare.

Se a questo obiettivo si dirige anche il processo per le controversie ordinarie, nel contenzioso familiare quell'esigenza è infatti stata sempre più avvertita perché i diritti che vi si fanno valere presentano in gran parte carattere indisponibile. L'intervento obbligatorio del pubblico ministero ai sensi dell'art. 70 c.p.c. per finalità di natura pubblicistica lo conferma[6].

Dalla specialità di tali giudizi si è fatta così, anche nel passato, derivare la devianza di molte norme dal loro percorso ordinario o addirittura da principi che regolano istituti processuali.

---

difetto di veridicità *ex* art. 264 c.c. Ancora al pubblico ministero è conferito il potere di proporre la domanda di adozione delle misure *de potestate ex* art. 336 c.c., oppure di attuazione dei provvedimenti di affidamento familiare *ex* art. 337-*ter*, comma 2, c.c. Un ruolo particolarmente significativo è altresì attribuito al pubblico ministero ai fini della convalida del collocamento in sicurezza del minore *ex* art. 403, comma 3, c.c. Per tale elencazione v. R. DONZELLI, *Manuale del processo familiare e minorile*, Torino, 2024, 26-27.

[5] Si veda, al riguardo, G. MONTELEONE, *Intorno al concetto di verità materiale o oggettiva nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1 ss.

[6] Il ruolo del pubblico ministero, portavoce di interessi generali nel processo sui diritti, è quello della supplenza all'attività difensiva delle parti, affinché l'inerzia non possa pregiudicare la tutela del diritto, quando esso, oltre a soddisfare interessi privati, in realtà soddisfa anche interessi di carattere generale e pubblico. Così C. CECCHELLA, *Diritto e processo nelle controversie familiari e minorili*, Bologna, 2018, 50. Sul delicato e discusso ruolo del pubblico ministero nelle controversie familiari v. anche G. MARSEGLIA, *Pubblico ministero e persona: i procedimenti in materia di status, famiglia e minori*, in *www.questionegiustizia.it.*

Secondo i più consolidati approdi della dottrina e della Corte di cassazione in materia[7], il giudice della crisi familiare è potuto arrivare ad assumere provvedimenti diversi, e finanche contrari, rispetto a quelli richiesti dalle parti non solo di carattere personale, inerenti all'affidamento, al collocamento o alle modalità di frequentazione dei figli minori, ma più in generale tutte le misure atte a disciplinare l'educazione, l'istruzione ed il mantenimento degli stessi. E l'utilizzo di poteri officiosi è stato, in questo ambito generale, ritenuto privo di vincoli temporali o sistematici e si è sviluppato in ogni contesto processuale che abbia visto in discussione i diritti esistenziali del minore, indipendentemente dalla natura decisoria o soltanto istruttoria del provvedimento e dal suo grado di stabilità, valendo identicamente per provvedimenti definitivi ovvero provvisori[8]. Ciò aveva già condotto ad affermare che, quantomeno con riferimento ai provvedimenti relativi alla prole minorenne, doveva considerarsi consentito il superamento del principio della domanda (art. 99 c.p.c.), andato incontro ad una sorta di "sterilizzazione"[9], con deroga, correlativamente, anche al principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato di cui all'art. 112 c.p.c.

Il giudice sarebbe sempre stato svincolato, così, dalle allegazioni delle parti dovendo adottare la decisione ritenuta più opportuna nell'interesse dei figli, con ampia discrezionalità nella determinazione del contenuto del provvedimento, e il *thema decidendum*, interamente ricalcato sui provvedimenti nell'interesse dei figli minori.

In linea generale, le norme sulle quali si è fatto leva, prima della attuale riforma, per giustificare l'esercizio di poteri officiosi dal parte del giudice in seno ai procedimenti della famiglia, sono state rappresentate anzitutto

[7] V. ad es. Cass., 24 agosto 2018, n. 21178, in *Fam. dir*., 2019, 472 ss., con nota di B. POLISENO, *Poteri del giudice, relazioni investigative e tutela della prole* e Cass., 30 dicembre 2011, n. 30196, *ivi*, 2013, 174 ss., con nota di M.L. SERRA, *Diritto al mantenimento dei figli maggiorenni non autosufficienti e poteri ufficiosi del giudice*. La tutela degli interessi della prole è stata ritenuta sottratta all'iniziativa e alla disponibilità delle parti ed al giudice è stato riconosciuto il potere di adottare d'ufficio, in ogni stato e grado del processo di merito, tutti i provvedimenti necessari per la migliore protezione dei figli e di esercitare, in deroga alle regole generali sull'onere della prova, i poteri istruttori officiosi necessari alla conoscenza della condizione economica e reddituale delle parti. Di recente, v. sulla medesima linea, in tema di affidamento dei figli, Cass., 10 febbraio 2022, n. 4381, in *www.osservatoriofamiglia.it*, che ha sancito in capo al giudice poteri istruttori d'ufficio per finalità di natura pubblicistica.

[8] V. F. DANOVI, *Processo di separazione e divorzio e tecniche di difesa*, in *Fam. dir*., 2019, 950 spec. nota 17.

[9] V. A. GRAZIOSI, *Una buona novella di fine legislatura: tutti i "figli" hanno eguali diritti, dinanzi al tribunale ordinario*, in *Fam. dir*., 2013, 272.

dall'art. 337-*ter*, commi 2 e 6, c.c. nelle parti in cui si afferma che "*il giudice adotta i provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa*"; "*adotta ogni altro provvedimento relativo alla prole*"; "*ove le informazioni di carattere economico fornite dai genitori non risultino sufficientemente documentate il giudice dispone un accertamento della polizia tributaria sui redditi e sui beni oggetto della contestazione anche se intestati a soggetti diversi*".

Sul versante istruttorio la disposizione di riferimento era poi rappresentata dall'art. 337-*octies* c.c. rubricata, non a caso, "*Poteri del giudice e ascolto del minore*", secondo la quale "prima dell'emanazione anche in via provvisoria dei provvedimenti di cui all'art. 337-*ter* il giudice può assumere ad istanza di parte o d'ufficio mezzi di prova".

Gli artt. 337-*ter* e 337-*octies* c.c. ribadivano, peraltro, lo stesso "concetto" espresso dalla normativa sul divorzio all'art. 5, comma 9, legge div. ma con una formula più ampia (non richiedendosi il requisito della contestazione che invece la legge sul divorzio medesima richiama). Secondo tale norma – la cui applicabilità è stata presto estesa anche al giudizio di separazione[10] – i coniugi debbono presentare all'udienza di comparizione la dichiarazione personale dei redditi e ogni documentazione relativa al loro patrimonio personale e comune e, in caso di contestazione, il tribunale dispone *indagini* sui redditi, sui patrimoni e sull'effettivo tenore di vita, valendosi, se del caso, anche della polizia tributaria.

Era stato però abrogato dalla riforma sulla filiazione del 2013 per effetto del d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, l'art. 6, comma 9, legge div. in cui l'esistenza di poteri officiosi del giudice era espressa in modo chiaro laddove si sottolineava che "*il giudice nell'emanare i provvedimenti relativi all'affidamento dei figli e al contributo per il loro mantenimento, deve tener conto dell'accordo tra le parti e che i provvedimenti possono essere diversi rispetto alle domande delle parti o al loro accordo, ed emessi dopo l'assunzione di mezzi di prova dedotti dalle parti o disposti d'ufficio dal giudice, ivi compresa, quando sia strettamente necessario in considerazione della loro età, l'audizione dei figli minori*". La legge della filiazione ha pertanto "consacrato" l'esistenza di poteri officiosi del giudice laddove si dovessero adottare provvedimenti riguardanti persone minori di età sia pur utilizzando un linguaggio non espresso in tal senso che invece il legislatore del divorzio aveva inteso fare proprio[11].

[10] Ciò "stante l'identità di *ratio* riconducibile alla funzione eminentemente assistenziale dell'assegno di mantenimento". V. Cass., 17 giugno 2009, n. 14081, in *Fam. dir.*, 2010, 373, con nota di D. COSTANTINO, *Accertamento dei redditi dei coniugi e poteri officiosi del giudice della separazione*.

[11] Si noti che prima della riforma del 1987, all'art. 4 della l. n. 898/1970 si attribuiva espressamente al giudice istruttore il potere di disporre d'ufficio

Si aggiunga che i poteri officiosi – se non a questo punto tecnicamente "inquisitori" – del giudice della famiglia[12] sono stati ritenuti "coniugabili" con il principio dispositivo in tema di prove giacché tale ampiezza di poteri sarebbe stata temperata, da un lato, dalla necessità di instaurazione del

---

l'assunzione di mezzi istruttori con una previsione cioè di carattere generale che è stata soppressa. Sui poteri istruttori d'ufficio nei processi di separazione e divorzio v. riassuntivamente A. LIUZZI, *Allegazione delle dichiarazioni dei redditi e poteri istruttori del giudice nel processo di separazione e divorzio alla luce delle l. n. 80/2005 e 54/2006*, cit., 225 ss. Con specifico riferimento alla L. n. 898/1970, v. A. SALETTI, *Procedimento e sentenza di divorzio*, diretto da G. Bonilini, G. Cattaneo, Torino, 2007, 601. V. anche V. CARNEVALE, *La fase a cognizione piena*, in A. GRAZIOSI (a cura di), *I processi di separazione e divorzio*, Torino, 2008, 95 ss. la quale, riferendosi all'art. 155-*sexies* c.c., sottolinea come la disposizione ribadisse che nei procedimenti di separazione e divorzio l'attività istruttoria non è solo nella disponibilità delle parti poiché anche il giudice gode di poteri istruttori d'ufficio. Ella sottolinea che la modulazione dei poteri istruttori delle parti e del giudice è diretta conseguenza della natura dei diritti che vengono accertati ed incisi nei procedimenti di cui si tratta: diritti disponibili per quanto riguarda i rapporti economici tra i coniugi, indisponibili per quanto riguarda i rapporti dei primi con i figli, precisando che di tali poteri usufruisce anche il Presidente per l'accertamento sommario dei rapporti tra le parti che si svolge nella fase davanti a lui. V. in tal senso F.P. LUISO, *La nuova fase introduttiva del processo di separazione e divorzio*, in www.judicium.it. Affermavano senza riserve la possibilità per il giudice di disporre d'ufficio mezzi istruttori nei procedimenti di separazione e divorzio anche A. BUCCI-A.M. SOLDI, *Le nuove riforme del processo civile, Commento alle leggi 14 maggio 2005 n. 80, 28 dicembre 2005, n. 263, 24 febbraio 2006, n. 52 e 8 febbraio 2006, n. 54*, Padova, 2006, 82-83. Circa invece l'esercizio dei poteri istruttori nei processi di modifica delle condizioni di separazione e divorzio v. A. NASCOSI, *I processi di modifica delle condizioni di separazione e di divorzio*, in A. GRAZIOSI *(a cura di), I processi di separazione e di divorzio*, Torino, 2008, cit., 328-329 per il quale il Tribunale può disporre *ex officio* i mezzi di prova che ritiene necessari qualora di controverta sull'affidamento o sul mantenimento della prole. Così anche A. CARRATTA, *sub* art. 706 c.p.c., *Forma della domanda*, in S. CHIARLONI (diretto da), *Le recenti riforme del processo civile, Commentario*, II, Torino, 2007, 1447 ss. secondo il quale dal momento che le dichiarazioni dei redditi, nell'ambito di controversie relative a rapporti estranei al sistema tributario, non rivestono valore vincolante per il giudice, questi può disattenderle e fondare il proprio convincimento su altre risultanze probatorie. In giurisprudenza v. Cass., 12 giugno 2006, n. 13592, in *Mass. Foro. it.*, 2006; Cass., 14 marzo 2006, n. 5521, *ivi*. Merita poi di essere segnalata Cass., 12 settembre 2005, n. 18116, in *Foro it.*, 2005, I, 3313 ss., che ha ritenuto legittima l'acquisizione d'ufficio in appello della documentazione fiscale non prodotta nel corso del giudizio di primo grado.

[12] Già così li catalogava GRAZIOSI: "In virtù di un procedimento istruttorio sorretto dal principio inquisitorio ne deriva che non sono configurabili delle preclusioni istruttorie a carico delle parti che potranno invocare in qualunque momento il suddetto potere ufficioso del giudice per chiedere l'ammissione di qualsiasi mezzo istruttorio". V. A. GRAZIOSI, *Una buona novella di fine legislatura: tutti i "figli" hanno eguali diritti, dinanzi al tribunale ordinario*, in *Fam. dir.*, 2013, 272.

contradditorio anche nell'ambito dell'esame delle risultanze istruttorie e, dall'altro, dal riconoscimento del diritto delle parti di formulare esse stesse istanze istruttorie.

In particolare, le parti sono sempre poste nella condizione di partecipare all'assunzione delle prove e di fornire prova contraria producendo documenti o chiedendo l'escussione di persone informate sui fatti.

La maggiore ampiezza dei poteri inquisitori, ove si discutesse dell'assegno per i figli, si apprezzava anche in relazione al fatto che, secondo l'art. 337-*ter* c.c., potevano essere sottoposti ad accertamenti beni intestati a terzi, simulati acquirenti o intestatari fiduciari, dei beni di uno dei coniugi.

Di conseguenza, al giudice, nei procedimenti "separativi" e di divorzio, sono stati progressivamente riconosciuti non solo poteri di direzione del processo ma poteri in materia di trattazione e di istruzione della causa tanto che, a tutela del coniuge debole così come dei figli, esso ha potuto disporre d'ufficio i mezzi di prova che ritenesse rilevanti e concludenti, sempre nei limiti dei fatti costitutivi delle pretese e delle eccezioni dedotte dalle parti, quando si controverteva sull'assegno per il coniuge[13].

[13] In questa ipotesi, una volta che la domanda fosse stata proposta, che la parte avesse prodotto i documenti in suo possesso e dedotto e cercato di provare le circostanze di fatto utili a dimostrare che la situazione economico-patrimoniale come prospettata dall'altro coniuge non rispondesse a verità, scattava il concorrente potere officioso del giudice finalizzato all'accertamento delle reali posizioni economiche di entrambi i coniugi. In altre parole, ogniqualvolta un coniuge avesse contestato i redditi dichiarati dall'altro ovvero le sostanze di cui lo stesso fosse titolare, adducendo elementi che facessero ritenere la sussistenza di un livello economico superiore a quello apparente e, dunque, fosse in discussione la prova degli elementi che assumono rilevanza ai fini del riconoscimento e della determinazione dell'assegno, è stato riconosciuto l'obbligo da parte del giudice di fare esercizio dei sopra menzionati poteri di disporre indagini d'ufficio sui redditi; ove invece le prove dedotte e prodotte dalle parti avessero consentito una soddisfacente ricostruzione del fatto da provarsi, il giudice non avrebbe avuto motivo di ricercare nuove prove esercitando i propri poteri ufficiosi. In giurisprudenza v. Cass., 7 marzo 2006, n. 4872; Cass., 21 maggio 2002, n. 7435, in *Fam. dir.*, 2002, 604, con nota di C. SPACCAPELO; Cass., 10 agosto 2001, n. 11059, in *Fam. dir*., 2001, 469, con nota di V. CARBONE, in cui si specifica che il giudice investito della domanda di divorzio può avvalersi di tutti gli elementi di prova ritualmente acquisiti al processo e può anche ricorrere ad elementi presuntivi e alle nozioni di comune esperienza per l'accertamento delle condizioni economiche delle parti, e non è tenuto ad ammettere o disporre ulteriori mezzi di prova quando le circostanze economiche risultanti dagli atti forniscano elementi sufficienti per la formazione del suo convincimento, convincimento che – sotto tale aspetto – si sottrae a qualsiasi censura nel giudizio di legittimità, se sia logicamente e congruamente motivato. La Cassazione aveva avuto l'opportunità di chiarire tali incertezze relative all'esercizio del potere ufficioso di indagine attribuito

Si tratta, in ultima analisi, di quei poteri di direzione materiale del procedimento destinati ad incidere sul rapporto giuridico processuale o sostanziale vale a dire non solo sull'andamento del processo ma anche sul suo ambito[14].

A ciò si aggiunga il potere del giudice di disporre la consulenza tecnica d'ufficio come "mezzo di prova", sia quella di carattere psicodiagnostico per i diritti di carattere personale che la perizia preposta a ricostruire il patrimonio ed i redditi dell'obbligato relativamente ai diritti economici. Si tratta, come ben noto, di uno strumento endo-processuale talvolta indispensabile nei giudizi della crisi familiare per offrire al giudice i necessari elementi di valutazione. La consulenza tecnica ha assunto così

al giudice in una decisione in cui venne sancita, in via analogica, l'applicabilità dell'art. 5, comma 9, legge div., anche al giudizio di separazione. V. Cass., 17 maggio 2005, n. 10344, cit., in cui la Corte ha chiarito l'inesistenza di un obbligo per il giudice di disporre sempre e comunque le indagini ufficiose sul reddito dei coniugi fatto oggetto di contestazione, dal momento che il legislatore ha lasciato che fosse il magistrato a valutare l'opportunità di esercitare o meno detto potere, sulla base delle allegazioni delle parti a sostegno delle rispettive condizioni economiche. Presupposto necessario ma non sufficiente per applicare la norma è pertanto la contestazione del reddito, che ha l'effetto di attribuire al giudice un potere ufficioso di indagine da esercitare specialmente quando le deduzioni probatorie delle parti si mostrino insufficienti. Invero, la semplice contestazione non può legittimare, di per sé stessa, il giudice all'esercizio del potere istruttorio d'ufficio, richiedendosi a tal fine che la contestazione sia precisa e fondata su elementi di prova offerti dal giudice che la propone. Ed in proposito si è chiarito che la contestazione si risolve nell'allegazione di fatti secondari (quali ad esempio il possesso di beni costosi o lo svolgimento di attività di elevato livello professionale) dai quali è possibile indurre – con ragionamento inferenziale – il fatto principale costituito dalla capacità reddituale dell'altro coniuge. Di conseguenza se il giudice, a fronte della contestazione "circostanziata" avanzata da un coniuge non ritenga sufficientemente provati i fatti allegati, prima di rigettare la domanda dovrà esercitare il potere di istruzione ufficiosa e solo ad esito di tale attività potrà, ricorrendone i presupposti, definire il giudizio ai sensi dell'art. 2697 c.c.

[14] Il tema dei poteri officiosi del giudice civile anima da sempre il dibattito processuale. Data la sua ampiezza e centralità, i limiti del presente lavoro non ne consentono adeguata trattazione. Ci si limita qui a rinviare, omettendo la dottrina classica, indispensabilmente, a G. FABBRINI, *Potere del giudice (diritto processuale civile)*, in *Enc. Dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 721 ss.; A. RASELLI, *Studi sul potere discrezionale del giudice civile*, Milano, 1975; L.P. COMOGLIO, *Etica e tecnica del "giusto processo"*, Torino, 2004, tra i plurimi scritti dedicati all'argomento dall'autore. Per una visione di insieme v. anche AA.VV., *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile*, a cura di G. SCARSELLI, *Atti del Convegno di Siena del 23-24 novembre 2007*, Napoli, 2010.

spiccate e preminenti finalità istruttorie attraverso le quali ha avuto modo espandersi l'iniziativa officiosa nel processo su situazione indisponibile[15].

Non soltanto. Sempre in base all'art. 5, comma 9, legge div. nella parte in cui la norma, considerata, lo si ricorda, applicabile anche alla separazione, afferma che i coniugi debbono presentare all'udienza di comparizione la dichiarazione personale dei redditi e ogni documentazione relativa al loro patrimonio personale e comune, alcune prassi giudiziarie avevano da tempo introdotto specifiche modalità definite di *disclosure* in capo alle parti.

Per far ciò taluni tribunali avevano rafforzato il contenuto del decreto presidenziale di fissazione dell'udienza con un ordine di produzione documentale oppure di autodichiarazioni certificate e sostitutive di notorietà indicative di tutte le fonti di redditi e tipologie di beni mentre altre volte si è operato nello stesso modo ma durante lo svolgimento della prima udienza di comparizione innanzi al giudice istruttore; si imponeva così, anche qui, una *disclosure* corredata di potenziali conseguenze in caso di mancata,

[15] Così C. CECCHELLA, *Diritto e processo nelle controversie familiari e minorili*, cit., 156. Circa la C.T.U. psicodiagnostica nei giudizi della crisi familiare v. F. DANOVI, *Tutela del minore e tecnica processuale nella c.t.u. psicodiagnostica*, in *Fam. dir*., 2019, 819 ss. Circa l'istituto della consulenza tecnica e la sua funzione di apporto di cognizioni tecniche nel processo civile, si rinvia all'ampia letteratura in materia. Sulla natura e funzione del consulente tecnico di cui agli artt. 191 ss. c.p.c. prima e dopo la riforma intervenuta per effetto della L. 18.6.2009, n. 69, v., in particolare, le opere ed i testi base di P. CALAMANDREI, *Istituzioni di dir. proc. civ.*, II, Padova, 1943, n. 102, 167; V. ANDRIOLI, *Commento al c.p.c.*, I, Napoli, 1954, 187; G. FRANCHI, *La perizia civile,* Padova, 1959; N. GIUDICEANDREA, *Consulente tecnico*, in *Enc. Dir*., IX, Milano, 1961, 531 ss.; C. DONES, *Struttura e funzioni della consulenza tecnica*, Milano, 1962; G. FRANCHI, *Consulente tecnico, custode ed altri ausiliari del giudice,* in *Commentario al c.p.c.*, diretto da E. ALLORIO, I, Torino, 1973, 682 ss.; G. NICOTINA, *Note minime in tema di consulenza tecnica*, in *Studi in onore di Satta*, Padova, 1982, 1059 ss.; C.M. BARONE, voce *Consulente Tecnico*, in *Enc. giur*., VIII Roma, 1988; F. MAGLI, *Omissione di consulenza tecnica ed insufficienza della motivazione,* in *Riv. dir. proc.*, 1988, 275; M. VELLANI, *Consulenza tecnica nel diritto processuale civile*, in *Dig. disc. priv*., III, Torino, 1988, 525 ss.; E. PROTETTI, *La consulenza tecnica nel processo civile*, Milano, 1999; F. AULETTA, *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, Padova, 2002; L. LOMBARDO, *Prova scientifica e osservanza del contraddittorio nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, 1017; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili,* Torino, 2004, 639 ss.; M. CONTE, *La consulenza tecnica*, Milano, 2004; A. DONDI, *Utilizzazione delle conoscenze esperte nel processo civile – Alcune ipotesi di carattere generale*, in *Studi di diritto processuale – In onore di Giuseppe Tarzia*, Milano, 2005, I, 843 ss.; V. ANSANELLI, *La consulenza tecnica nel processo civile, Problemi e funzionalità*, Milano, 2011; ID., *Commento agli artt. 191-199 c.p.c.*, in *Commentario del Codice di Procedura civile*, a cura di S. CHIARLONI, *Libro secondo: Processo di cognizione artt. 191-266*, a cura di M. TARUFFO, *Istruzione probatoria*, Bologna, 2014.

reticente, parziale o non veritiera dichiarazione (ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.c.) e/o ai fini delle spese giudiziali[16].

In questa ricerca ha certamente svolto un ruolo di primo piano l'"obbligo di collaborazione" dei coniugi implicante il loro dovere di mettere a disposizione dell'ufficio tutti gli elementi di valutazione della loro complessiva situazione economica (art. 5, comma 9, legge div.), ovvero un dovere di verità che, ove disatteso, doveva essere valutato come comportamento rilevante per desumerne argomenti di prova e per fondare il convincimento del giudice.

L'obbligo di produzione delle ultime dichiarazioni dei redditi presentate dai coniugi di cui agli artt. 706, comma 3, c.p.c. e 4, comma 6, legge div., quale unico effettivo onere di produzione documentale *in limine litis* al fine di consentire al presidente di emanare con cognizione di causa i provvedimenti temporanei ed urgenti difatti, non è mai stato considerato sufficiente ad acclarare l'effettiva situazione patrimoniale della parte gravata dell'obbligo di mantenimento. Come subito efficacemente chiarito, le dichiarazioni dei redditi, in quanto svolgono una funzione tipicamente *fiscale*, in una controversia relativa a rapporti estranei al sistema tributario non rivestono valore vincolante per il giudice, il quale, nella sua valutazione discrezionale, ben può disattenderle, fondando il suo convincimento su altre risultanze probatorie[17].

Il dato rimarchevole e problematico è che i succitati poteri sono stati esercitati con vari mezzi, stabilendo oneri in capo alle parti ma anche attraverso l'istituto dell'esibizione documentale che nel sistema processuale trova, come noto, la propria disciplina nell'art. 210 c.p.c. creando seri problemi di coordinamento, in assenza di un dato normativo chiaro, con i limiti imposti dalla norma, principalmente quello dell'istanza di parte. L'esibizione processuale, è collocata, non a caso, tra i mezzi di prova a disposizione delle parti in base al principio dettato dall'art. 115 c.p.c. e non già, a differenza dell'ispezione – cui peraltro la disciplina esibitori rimanda – , tra i "Poteri del giudice"[18].

[16] Di tali prassi dà ampiamente conto F. DANOVI, *Processo di separazione e divorzio e tecniche di difesa*, in *Fam. dir.*, 2019, 954 s. Si veda specificamente sulla questione CECCHELLA, *Diritto e processo nelle controversie familiari e minorili*, cit., 160 ss.

[17] Così, con riguardo ad una fattispecie in tema di determinazione dell'assegno di divorzio, Cass., 19 luglio 2003, n. 9806, in *Arch. civ.*, 2004, 553. In dottrina v. F. CIPRIANI (e E. QUADRI), *La nuova legge sul divorzio*, II, Napoli, 1988, 262 che sottolinea la natura non decisiva della norma, al fine della soluzione dei problemi relativi alla determinazione delle possibilità economiche delle parti.

[18] Su cui, se si vuole, v. il nostro, *I poteri del giudice di accertamento e di indagine sui redditi nei procedimenti familiari ed i limiti imposti dall'ordinamento: il problema dell'esibizione documentale,* in *Il diritto degli affari,* 2019, 368.

Di tutte le sovraesposte esigenze e tendenze si sono fatte espressamente portavoce le nuove norme per il procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie attuate dal d.lgs. n. 149/2022 che consacrano inequivocabilmente il percorso evolutivo sopra tracciato.

Nell'alveo del neo rito unificato di cui all'art. 473-*bis*.11 ss. c.p.c., modulo processuale ispirato a criteri di rapidità ed efficacia, è prevista anzitutto la norma di portata diremmo generale, l'art. 473-*bis*.2 c.p.c. rubricata appunto "Poteri del giudice", secondo la quale "a tutela dei minori il giudice può d'ufficio nominare il curatore speciale nei casi previsti dalla legge, adottare i provvedimenti opportuni in deroga all'art. 112 e disporre mezzi di prova al di fuori dei limiti di ammissibilità previsti dal codice civile, nel rispetto del contraddittorio e del diritto alla prova contraria".

Al secondo comma si prevede poi che "con riferimento alle domande di contributo economico, il giudice può anche d'ufficio ordinare l'integrazione della documentazione depositata dalle parti e disporre ordini di esibizione e indagini sui redditi, sui patrimoni e sull'effettivo tenore di vita, anche nei confronti di terzi, valendosi se del caso della polizia tributaria".

Per il tramite della disposizione succitata, la riforma arriva così anzitutto a canonizzare, nei casi riguardanti minori di età, la deroga al basilare principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, poiché il giudice non è vincolato alle domande svolte dalle parti dovendo adottare la decisione ritenuta più opportuna nell'interesse dei figli a prescindere dalle deduzioni dei genitori. Il *thema decidendum* è ricalcato interamente sui provvedimenti nell'interesse di figli minori per i quali i principi di cui agli artt. 99 e 112 c.p.c. non vigono[19].

Circa il potere officioso del giudice di ordinare l'integrazione della documentazione depositata dalle parti, la disposizione deve essere letta in combinato disposto con l'art. 473-*bis*.12, comma 3, c.p.c. in cui si afferma che in caso "di domande di contributo economico o in presenza di figli minori" al ricorso vanno allegati "a) le dichiarazioni dei redditi degli ultimi tre anni; b) la documentazione attestante la titolarità di diritti reali su beni immobili e beni mobili registrati, nonché di quote sociali; c) gli estratti conto dei rapporti bancari e finanziari relativi agli ultimi tre anni".

L'odierna riforma del processo di famiglia predilige e offre infatti dignità normativa a quelle prassi cd. di *automatic disclosure* già variamente sperimentate in giurisprudenza e, solo nel caso in cui la documentazione depositata dalle parti si riveli insufficiente o incompleta, attribuisce al giudice il potere officioso di disporne l'integrazione.

[19] In termini di "sterilizzazione" di tali principi nei casi suddetti già si esprimeva GRAZIOSI, *Una buona novella di fine legislatura*, cit., 109.

Le nuove norme impongono pertanto alle parti di giocare per così dire "a carte scoperte", tanto che, qualora ciò non accada, offrono al giudice il potere di *approfondire* la propria conoscenza a fini di accertamento in merito ai redditi ed alle sostanze delle parti, al fine di adottare la decisione più opportuna relativa al mantenimento dei figli.

In aggiunta, e diremmo a conferma, il nuovo art. 473-*bis*.18 c.p.c., rubricato "Dovere di leale collaborazione", dispone che il comportamento della parte che rispetto alle proprie condizioni economiche rende informazioni o effettua produzioni documentali inesatte o incomplete è valutabile ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.c., dell'art. 92, comma 1, e dell'art. 96 c.p.c., in tal modo determinando specificamente il tipo di sanzione in cui incorre la parte che non rispetta l'obbligo di allegazione della documentazione richiesta dall'art. 473-*bis*.12, comma 3, c.p.c.[20].

Gli stessi obblighi gravano sul convenuto. Il nuovo art. 473-*bis*.16 c.p.c. dispone infatti che la comparsa di risposta deve contenere le indicazioni

[20] V. il *Commento* di M.A. LUPOI, *La "specialità" del dovere di collaborazione*, in *La riforma Cartabia del processo civile, Commento al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149*, a cura di Roberta Tiscini con il coordinamento di Marco Farina, cit., 809 ss. Si tratta forse di una delle previsioni cui sarà più difficile adeguarsi, non palesandosi facile coniugare la *disclosure* con un processo non *adversary*. Si tratta infatti di rimettersi, ora, ad un dovere ben diverso da quello di lealtà di cui all'art. 88 c.p.c. Mentre nel sistema anglo-americano, infatti, si accetta pacificamente il principio per cui le parti possono obbligarsi reciprocamente a rendere note tutte le informazioni rilevanti in loro possesso malgrado il vantaggio dell'avversario per permettere alle stesse di essere consce prime del dibattimento che è del tutto eventuale delle loro posizioni di forza o debolezza, nel nostro sistema manca, almeno di base, la considerazione della necessità di accedere per quanto possibile ai fatti di causa attraverso l'informazione reciproca delle parti. Sebbene il principio del *nemo tenetur edere contra se* si sia progressivamente "affievolito", gli obblighi di collaborazione tra le parti sono ancora catalogati come eccezionali, con ogni conseguenza in punto di attuazione.

Conseguentemente è prevista l'abrogazione del comma 9 dell'art. 5, L. n. 898/1970. Nella relazione illustrativa al d.lgs. n. 149/2022 (p. 50) si legge che "Il legislatore delegato ha così inteso generalizzare un potere già riconosciuto nella materia della separazione, del divorzio e nell'articolo 337-*ter* del codice civile, attribuendo al giudice istruttore, in tutti i procedimenti ai quali si applica il nuovo rito, di ordinare l'integrazione della documentazione depositata dalle parti, disporre ordini di esibizione, si badi bene, anche d'ufficio, e ciò in deroga all'articolo 210 del codice di procedura civile, che ne subordina l'emissione alla richiesta delle parti, indagini sui redditi, sui patrimoni e sull'effettivo tenore di vita, anche nei confronti di terzi valendosi, se del caso, della polizia tributaria". Così R. LOMBARDI, *L'obbligo di disclosure nei procedimenti di separazione e divorzio riformati: un ridimensionamento del principio del nemo tenetur edere contra se?*, in *www.judicium.it*. Con la riforma, segnatamente con la previsione di sanzioni in caso di mancata o insufficiente produzione della documentazione predetta, sulla scorta dei sistemi nord-americani, è stata così conferita "dignità normativa" alla c.d. *disclosure*.

previste dagli artt. 167 e l'art. 473-*bis*.12, commi 2, 3 e 4, c.p.c., ossia la medesima documentazione allegata dall'attore.

Sul versante istruttorio, pertanto, la riforma del processo di famiglia conferisce al giudice il potere di disporre d'ufficio mezzi di prova a tutela dei minori, "anche al di fuori dei limiti stabiliti dal codice civile", sempre garantendo il contraddittorio e il diritto alla prova contraria, disciplinando i poteri istruttori officiosi di indagine patrimoniale. Si utilizza qui, com'è evidente, la stessa espressione utilizzata dall'art. 421 c.p.c. per i poteri istruttori officiosi del giudice nel processo del lavoro, riproponendo il problema interpretativo già e subito sollevato dalla norma suddetta. In relazione alla stessa, val la pena di ricordare che se il codice di procedura civile del 1942 precisava che il potere di superare i limiti stabiliti dal codice civile era limitato alla prova testimoniale – nel senso che il giudice può disporla senza limiti di valore ed anche in contrasto con l'atto scritto in deroga agli artt. 2721, 2722 e 2723 c.c. – l'art. 421 c.p.c. consente in generale il superamento di tutti i limiti del codice civile. Si è subito ritenuto tuttavia che, in concreto, anche nell'attuale sistema, i limiti che possono essere superati riguardano la sola prova testimoniale perché gli altri limiti stabiliti dal codice civile si fondano sul modo di essere della situazione sostanziale. Ragion per cui, ad esempio, la confessione ed il giuramento non sono ammissibili in caso di indisponibilità oggettiva e soggettiva del diritto cui i fatti si riferiscono. In sostanza, si ritiene che l'art. 421 c.p.c. consenta il superamento dei soli limiti processuali all'ammissione della prova non anche dei limiti sostanziali derivanti dalla disciplina sostanziale del diritto al quale si riferisce il fatto oggetto di prova[21]. Nel processo del lavoro, tuttavia, il giudice può articolare la prova sulla base di una fonte materiale di prova già indicata dalla parte rimanendo pertanto vincolato alle allegazioni delle parti medesime come tema di prova, mentre nei procedimenti familiari con figli minori, come detto, il principio della domanda subisce una "compressione". Su questa linea, la Commissione Luiso, nei lavori prodromici alla riforma Cartabia, aveva previsto che il giudice avesse la possibilità di adottare provvedimenti istruttori, con espressa estensione, qualora oggetto del giudizio fosse una domanda relativa alla determinazione o esecuzione del contributo economico a favore di una delle parti del giudizio, dei poteri previsti dagli artt. 337-*ter*, ultimo comma, c.c. e 5, comma 9, L. 1.12.1970, n. 898, nonché di autorizzare l'accesso all'archivio dei rapporti finanziari di cui all'art. 155-*quinquies* disp. att. c.p.c., e di autorizzare il creditore alla ricerca dei beni con modalità telematiche ai sensi dell'art. 155-*sexies* del medesimo R.D. 18.12.1941, n. 1368. Con altresì

[21] Sul punto v. F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, Milano, 2021, 54.

possibilità per il giudice di emettere provvedimenti *inaudita altera parte*, salva la necessità di garantire il contraddittorio, seppure differito.

Circa, infine, il potere di disporre l'esibizione documentale d'ufficio, si tratta evidentemente della consacrazione della già evidenziata prassi di alcuni tribunali di disporre la produzione di documenti nei procedimenti di separazione e di divorzio anche *sub specie* di ordine di esibizione *ex* art. 210 c.p.c. nonostante la stessa sia di per sé disponibile solo su istanza di parte secondo l'indice di tale norma che delinea la fisionomia dell'istituto. Dalla lettera e collocazione della normativa generale dell'esibizione processuale si ricava infatti, ed anzitutto, l'impossibilità per il giudice di disporla d'ufficio in qualsivoglia tipo di processo considerato, del resto, che il potere istruttorio di ufficio da parte del giudice può essere esercitato solo nei casi tassativamente stabiliti dalla legge, a pena di violare il principio della disponibilità delle prove (dettato dal già ricordato art. 115 c.p.c.). Ecco che, il novello legislatore interviene in tal senso espressamente a disporla a tutela dei minori ed in virtù degli interessi pubblicistici sottesi, ponendo fine al dibattito[22].

4. – Di particolare interesse è l'inserimento nell'ambito delle "Disposizioni generali" di due norme dedicate all'ascolto del minore al fine, evidente, di imprimere a tale istituto un'importanza e una dignità suscettibili di permeare ogni genere di procedimento che riguardi soggetti minorenni d'età in ossequio ai principi di diritto sovranazionale.

Sull'indefettibile presupposto che nel processo civile l'ascolto del minore non è un mezzo istruttorio, la norma si preoccupa anzitutto che l'ascolto del minore sia condotto dal giudice, il quale può farsi assistere da esperti e altri ausiliari. Se il procedimento riguarda più o minori, di regola il giudice è opportuno che li ascolti separatamente.

Il legislatore al fine di non incidere sulla quotidianità del minore, prevede che l'udienza debba essere fissata in orari compatibili con i suoi impegni scolastici, ove possibile in locali idonei e adeguati alla sua età, anche diversi dal tribunale. Prima di procedere all'ascolto, il giudice indica i temi di oggetto dell'adempimento ai genitori, agli esercenti la responsabilità genitoriale, ai rispettivi difensori e al curatore speciale, ove nominato, i quali possono proporre argomenti e temi di approfondimento e, su autorizzazione del giudice, partecipare all'ascolto. Il giudice medesimo, tenuto conto dell'età e del grado di maturità del minore, lo informa della natura del

[22] Su cui ci si permette di rinviare al nostro *I poteri del giudice di accertamento e di indagine sui redditi nei procedimenti familiari ed i limiti imposti dall'ordinamento: il problema dell'esibizione documentale*, cit.

procedimento e degli effetti dell'ascolto, e procede all'adempimento con modalità che ne garantiscono la serenità e la riservatezza. È altresì stabilito che il minore che abbia compiuto anni 14 debba essere informato della possibilità di chiedere la nomina di un curatore speciale ai sensi dell'art. 473-*bis*.8. Si prevede infine che dell'ascolto del minore sia effettuata registrazione audiovisiva e che se per motivi tecnici ciò non sia possibile il processo verbale dovrà descrivere dettagliatamente il contegno del minore.

Il legislatore all'art. 473-*bis*.6 c.p.c. prende invece in specifica considerazione l'ipotesi in cui il minore rifiuti di incontrare il genitore, giusta la rubrica della norma in questi precisi termini. È espressamente stabilito che quando il minore rifiuti di incontrare uno o entrambi i genitori, il giudice proceda all'ascolto senza ritardo e assuma sommarie informazioni sulle cause del rifiuto. È prevista altresì la possibilità di abbreviazione dei termini processuali. Allo stesso modo il giudice procede quando sono allegate o segnalate condotte di un genitore tali da ostacolare il mantenimento di un rapporto equilibrato e continuativo tra il minore e l'altro genitore o la conservazione di rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale.

I confini della norma, che inevitabilmente presenta collegamenti con le previsioni sull'attuazione dei provvedimenti personali di cui all'art. 473-*bis*.38 e 39 c.p.c.[23], non appaiono ben chiari. È possibile tuttavia affermare, giusta la sua collocazione nei principi generali, la costante preoccupazione del legislatore di far sì che il minore, mediante l'adozione di provvedimenti a cognizione sommaria, non cessi di mantenere rapporti con entrambi i genitori e gli altri appartenenti al proprio nucleo familiare.

5. – Ai sensi dell'art. 473-*bis*.2 c.p.c., "a tutela dei minori il giudice può d'ufficio nominare il curatore speciale nei casi previsti dalla legge". Entrano nel merito gli artt. 473-*bis*.7 e 473-*bis*.8 c.p.c. secondo i quali il giudice nomina il tutore del minore quando dispone, anche con provvedimento temporaneo, la sospensione o la decadenza dalla responsabilità genitoriale di entrambi i genitori ed il curatore del minore quando dispone, all'esito del procedimento, limitazioni della responsabilità genitoriale. La disposizione prevede che il provvedimento di nomina del curatore debba contenere l'indicazione:

a) della persona presso cui il minore ha la residenza abituale;

[23] Su cui ci si permette di rinviare al nostro *Il nodo critico degli artt. 473-bis. 38 e 473-bis. 39 c.p.c.: riflessioni sul procedimento e una proposta interpretativa*, in *Judicum*, 11 marzo 2024.

b) degli atti che il curatore ha il potere di compiere nell'interesse del minore, e di quelli per i quali è necessaria l'autorizzazione del giudice tutelare;

c) degli atti che possono compiere i genitori, congiuntamente o disgiuntamente;

d) degli atti che può compiere la persona presso cui il minore ha la residenza abituale;

e) della periodicità con cui il curatore riferisce al giudice tutelare circa l'andamento degli interventi, i rapporti mantenuti dal minore con i genitori, l'attuazione del progetto eventualmente predisposto dal tribunale.

In particolare, ai sensi dell'art. 473-*bis*.8 c.p.c. rubricato specificamente "Curatore speciale del minore", il giudice provvede alla nomina del curatore speciale del minore, anche d'ufficio e a pena di nullità degli atti del procedimento:

a) nei casi in cui il pubblico ministero abbia chiesto la decadenza dalla responsabilità genitoriale di entrambi i genitori, o in cui uno dei genitori abbia chiesto la decadenza dell'altro;

b) in caso di adozione di provvedimenti ai sensi dell'art. 403 c.c. o di affidamento del minore ai sensi degli art. 2 ss. della L. 4.5.1983, n. 184;

c) nel caso in cui dai fatti emersi nel procedimento venga alla luce una situazione di pregiudizio per il minore tale da precluderne l'adeguata rappresentanza processuale da parte di entrambi i genitori;

d) quando ne faccia richiesta il minore che abbia compiuto quattordici anni.

In ogni caso il giudice può nominare un curatore speciale quando i genitori appaiono per gravi ragioni temporaneamente inadeguati a rappresentare gli interessi del minore. Ai figli minori, ai sensi dell'art. 473-*bis*.9 c.p.c., sono equiparati i figli maggiorenni portatori di *handicap* grave.

La riforma stabilisce così che sia prevista la nomina, anche d'ufficio, del curatore speciale del minore – con modifiche agli artt. 336 c.c., 78, 79 e 80 c.p.c. – nonché la nomina del tutore del minore, parimenti anche d'ufficio, nel corso e all'esito dei procedimenti in materia di persone minorenni e famiglie e in caso di adozione di provvedimenti ai sensi degli artt. 330 e 333 c.c. (sul piano sostanziale il tutore è nominato in caso di morte o altre cause che impediscono l'esercizio della responsabilità genitoriale, mentre sul piano processuale l'assenza del genitore o del tutore rende necessaria la sostituzione del rappresentante legale naturale o del tutore e del protutore e la nomina del curatore speciale). Prima della riforma, diversamente, la

nomina del curatore speciale avveniva solo a seguito di domanda di parte[24]. In tal modo, il minore d'età, già parte sostanziale dei procedimenti che vede parti i propri genitori, pare assumere definitivamente la qualità di parte processuale anche nelle controversie che non abbiano ad oggetto lo *status* di figlio[25].

6. – Tra i nuovi poteri officiosi del giudice nei procedimenti familiari può in senso lato individuarsi anche l'invito alle parti ad esperire un tentativo di mediazione familiare in un'ottica deflattiva del contenzioso (art. 473-*bis*.10 c.p.c.). È infatti previsto che il giudice, in tutti i procedimenti disciplinati dal nuovo rito, possa invitare le parti ad esperire un tentativo di mediazione. Non è prevista alcuna forma di mediazione obbligatoria, ma è rafforzata la c.d. "mediazione demandata" dal giudice. Al giudice è così rimesso un primo vaglio della sussistenza di presupposti per la mediazione della controversia.

Recependo buone prassi presenti in alcuni tribunali la presenza all'interno dello stesso ufficio giudiziario di un elenco di mediatori formato ai sensi delle disposizioni di attuazione del codice di procedura civile, è ritenuta suscettibile di rendere le parti più disponibili al percorso, in quanto la volontà, spesso embrionale, di comporre il conflitto familiare, intercettata dal giudice che formula l'invito alla mediazione, può essere vanificata dalla ricerca sul territorio di mediatori familiari qualificati: la possibilità di attingere per la scelta ad un mediatore familiare inserito in un elenco vagliato dal tribunale presumibilmente, nell'intento riformatore, renderà più rapido e più efficace l'invito alla mediazione, con maggiori probabilità di successo del percorso.

L'invito alla mediazione può dirsi incisivo nella misura in cui l'art. 473-*bis*.10 c.p.c. stabilisce che il giudice può subordinare l'adozione dei provvedimenti provvisori ed urgenti di cui all'art. 473-*bis*.22 c.p.c. al tentativo della mediazione[26].

Abstract

[24] V. ancora la critica di G. SCARSELLI, *I punti salienti dell'attuazione della riforma del processo civile di cui al decreto legislativo 10 ottobre 2022 n. 149*, cit.

[25] Sull'"annosa" questione v. più di recente, diffusamente, B. POLISENO, *Profili di tutela del minore nel processo civile*, Napoli, 2017, 250 ss.

[26] Sull'art. 473-*bis*.10 c.p.c. v. il *Commento* di P. LICCI, in *La riforma Cartabia del processo civile, Commento al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149*, a cura di Roberta Tiscini con il coordinamento di Marco Farina, cit., 755 ss.; D. NOVIELLO, *La mediazione familiare indotta dal giudice* in *La riforma del giudice e del processo per le persone, per i minorenni e le famiglie, Il decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149*, cit., 77 ss.

FAMILY AND JUVENILE PROCEEDINGS: THE STABILITY OF THE GENERAL PROVISIONS AFTER THE CORRECTIVE

Lo scritto esamina le Disposizioni generali di cui al Capo I, Titolo IV *bis*, II libro c.p.c. alla luce delle ultime previsioni legislative, con particolare attenzione ai poteri officiosi del giudice nei procedimenti a tutela dei minori.

***

The paper examines the General Provisions of Chapter I, Title IV bis, Book II of the Code of Civil Procedure in the light of the latest legislative provisions, with particular attention to the judge's officio powers in proceedings for the protection of minors.

CONSIDERAZIONI IN TEMA DI MUTUO SOLUTORIO A SEGUITO DELL'INTERVENTO DELLE SEZIONI UNITE

VALENTINA PICCININI
Professore associato
nell'Università di Milano-Bicocca

SOMMARIO: 1. Le origini del dibattito. – 2. Il più recente contrasto giurisprudenziale. Il problema della *traditio* nel contratto di mutuo solutorio. – 3. La pronuncia delle Sezioni Unite. – 4. Una chiosa sull'opportuno richiamo dei giudici al corretto procedimento di qualificazione della fattispecie.

1. – La sentenza con cui le Sezioni Unite della Corte di Cassazione si sono recentemente pronunciate sulla qualificazione giuridica e sulla validità del mutuo solutorio era attesa con interesse[1] in ragione della diffusione che tale operazione negoziale ha raggiunto nella prassi e delle incertezze interpretative e applicative che ne sono conseguite e che nel tempo hanno dato luogo a più contrasti giurisprudenziali.

Si suole definire mutuo solutorio il contratto di mutuo – generalmente garantito da ipoteca – concluso tra un soggetto e un istituto di credito mediante il quale viene contestualmente estinta un'esposizione debitoria del primo nei confronti del secondo (o di un terzo) che può derivare da altro contratto di mutuo come pure da apertura di credito in conto corrente, etc. Nella prassi, lo schema contrattuale si distingue per la molteplicità delle forme che può assumere, ma è caratteristica comune l'accreditamento dell'importo oggetto di mutuo sul conto corrente bancario del mutuatario con contestuale estinzione del precedente debito e obbligo di restituzione della somma mutuata secondo il nuovo piano di ammortamento stabilito tra le parti.

[1] Come confermano i numerosi commenti che ha stimolato l'ordinanza di rinvio. Si veda, in particolare, C. COLOMBO, *Mutuo o* pactum de non petendo ad tempus: *la parola alle Sezioni Unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2025, II, 193 ss.; T. MAUCERI, *Sulla controversa natura del mutuo solutorio*, *ivi*, 188 ss.; C.M. NANNA, *Il mutuo solutorio tra validità dell'operazione contrattuale ed effettività della* traditio, *ivi*, 193 ss.; G. SALVI, *Il mutuo solutorio al vaglio delle sezioni unite*, *ivi*, 201 ss.; M. D'ONOFRIO, *La validità del c.d. mutuo solutorio: la parola alle Sezioni Unite*, in *Arch. Civ.*, 2024, 199 ss.; T. DI MARCELLO, *Il "mutuo solutorio" tra effettività della consegna e così detto effetto novativo (note sulla funzione della consegna nelle norme sul mutuo)*, in *Dirittobancario.it*.

La qualificazione giuridica del mutuo solutorio è stata, fin dalle origini, oggetto di approfondimento della dottrina[2] come pure di pronunce contrastanti da parte della giurisprudenza Il primo contrasto giurisprudenziale risale alla seconda metà degli anni Novanta. Mentre un primo orientamento rinveniva nel mutuo solutorio un contratto parzialmente simulato[3] (più precisamente, dissimulante la concessione di una garanzia ipotecaria), il secondo statuiva la nullità del mutuo solutorio per motivo illecito comune a entrambe le parti (la lesione della *par condicio creditorum*) *ex* art. 1345 c.c. In ogni caso, la conseguenza era comunque quella dell'inefficacia dell'operazione negoziale in quanto finalizzata solo a sostituire un credito chirografario con uno garantito finendo con il ledere la *par condicio creditorum*.

[2] *Ex multis*, v. D. FAUCEGLIA, *La dilazione innova o nova il rapporto obbligatorio?*, in *Contr. impr.*, 2024, 200 ss.; S. BONFATTI, *La disciplina del mutuo fondiario erogato per la estinzione di passività pregresse*, in *Fall.*, 2023, 482 ss.; M. TATARANO, *Mutuo di scopo e mutuo fondiario tra patologie e rimedi*, Napoli, 2022, 88 ss.; R. PEZZELLA, *Mutuo destinato a ripianare un debito pregresso: contratto autonomo o* "pactum de non petendo ad tempus"?, in *Giustiziacivile.com*, 5 dicembre 2022; G. SALVI, *La Cassazione boccia ancora l'utilizzo fraudolento del mutuo fondiario ad estinzione di debiti pregressi*, in *Giur. it.*, 2021, 1073 ss.; E. BACCIARDI, *Mutuo solutorio e causa concreta del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, II, 924 ss.; S. PAGLIANTINI, *Il mutuo fondiario solutorio e l'*ambaradan *delle categorie civilistiche*, in *Corr. giur.*, 2016, 952 ss.; M. CAPOTORTO, *Utilizzo strumentale del contratto di mutuo per estinguere debiti preesistenti tra le parti*, in *Nuova giur. comm.*, 2013, I, 1073 ss.

[3] Cfr. Cass., 19 novembre 1997, n. 11495, in *Banca borsa tit. cred.*, 1998, II, 630, con nota di C. M. TARDIVO, *Finanziamenti ordinari e mutui a medio o lungo termine con garanzia ipotecaria effettuati da banche: identità di fattispecie concrete e disparità di trattamento di fronte all'art. 67 l. fall.? Quale futuro?;* in *Giust. civ.*, 1998, I, 3201 ss., con nota di A. VOLANTI, *I rapporti tra l'accertamento del passivo e gli atti pregiudizievoli ai creditori: revocatoria fallimentare dell'ipoteca su mutuo fondiario opponibile al fallimento*; Cass. Sez. I, 20 marzo 2003, n. 4069, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 558, secondo cui l'erogazione di un mutuo fondiario ipotecario non destinato a creare un'effettiva disponibilità nel mutuatario già debitore in virtù di un rapporto obbligatorio non assistito da garanzia reale può astrattamente integrare le fattispecie del procedimento negoziale indiretto, della simulazione e della novazione. Sia pur in senso dubitativo, v. Cass., 7 marzo 2007, n. 5265, in *Guida dir.*, 2007, 20, 67 (s.m.), secondo cui L'erogazione di un mutuo ipotecario non destinato a creare un'effettiva disponibilità nel mutuatario, già debitore in virtù di un rapporto obbligatorio non assistito da garanzia reale, non integra necessariamente le fattispecie della simulazione del mutuo (con dissimulazione della concessione di una garanzia per debito preesistente) o della novazione (con la sostituzione del preesistente debito chirografario con un debito garantito), potendo anche integrare una fattispecie di procedimento negoziale indiretto, nel cui ambito il mutuo ipotecario viene erogato realmente e viene utilizzato per l'estinzione di un precedente debito chirografario.

Entrambi gli orientamenti furono superati da un intervento della Corte di Cassazione che qualificò il mutuo solutorio come procedimento negoziale indiretto[4] in cui il danaro viene erogato realmente e viene utilizzato per l'estinzione del precedente debito e che pertanto è da considerare sorretto dalla volontà dei contraenti costituendo. Dunque, un atto voluto e non simulato. Da qui, la conclusione per cui si deve riconoscere, a differenza di quanto accade per i casi di simulazione, il diritto del mutuante di insinuarsi al passivo quanto alle somme erogate in vista dell'estinzione del debito preesistente ma solo in chirografo attesa la revocabilità dell'ipoteca.

2. – In una fase successiva si è formato il contrasto giurisprudenziale che ha dato origine all'intervento delle Sezioni Unite[5] in tema di validità e qualificazione giuridica del mutuo solutorio.

È noto che, poiché il mutuo costituisce un contratto reale, per la validità della sua conclusione è necessaria la *datio rei* dei beni che ne costituiscono l'oggetto. Diversamente dai contratti consensuali, ove il vincolo contrattuale si perfeziona con il solo scambio dei consensi tra le parti, che si obbligano a eseguire una prestazione in un momento che può essere anche futuro, nei contratti reali già in sede di stipulazione del contratto è necessaria la *datio rei*, vale a dire quell'attività materiale che consiste proprio nella consegna del bene oggetto del contratto.

In relazione al mutuo pecuniario, come conseguenza del fenomeno della progressiva smaterializzazione del danaro, è stata inevitabilmente abbandonata la concezione tradizionale della *traditio* come consegna in senso materiale del danaro a favore di una concezione che la ritiene realizzata con la messa a disposizione della somma a favore del mutuatario, in particolare

[4] Così, Cass., 9 febbraio 2016, n. 3955, in *Guida dir.*, 2016, 14, 43. Tali conclusioni sono state successivamente confermate da Cass., 22 febbraio 2021, n. 4694, in *DeJure*, secondo cui «Risulta pertanto superato il precedente indirizzo che, ravvisando nella fattispecie in esame un fenomeno simulatorio (caratterizzato dalla circostanza che le somme erogate non erano destinate a procurare un'effettiva disponibilità al mutuatario) o un accordo negoziale contraddistinto da un motivo illecito comune (consistente nello intento di ledere la *par condicio creditorum*), perveniva alla duplice conclusione della revocabilità della garanzia, in quanto costituita per un debito preesistente e, in caso di fallimento, dell'impossibilità di ammettere al passivo il credito della banca [...]: si è infatti osservato che l'ammissione al passivo della somma mutuata risulta incompatibile con le sole fattispecie della simulazione e della novazione, e non anche con quella del negozio indiretto, poiché in tal caso la revoca dell'intera operazione comporterebbe pur sempre la necessità di ammettere al passivo la somma (realmente) erogata in virtù del mutuo revocato, atteso che all'inefficacia del contratto conseguirebbe pur sempre la necessità della restituzione, sia pur in moneta fallimentare (…)».

[5] Cass., Sez. Un., 5 marzo 2025, n. 5841, in *DeJure*.

attraverso l'accreditamento sul conto corrente bancario di quest'ultimo, di fatto equiparando il risultato pratico raggiunto alla consegna materiale del bene, purché il mutuatario sia messo nella condizione di disporre pienamente ed autonomamente del danaro[6].

È dunque necessario individuare quando e in che modo si può ritenere che il danaro entri nella disponibilità giuridica del mutuatario. Determinante è la circostanza che si sia verificata l'uscita della somma dal patrimonio del mutuante a favore del patrimonio del mutuatario. Tale trasferimento deve essere definitivo e non subordinato a ulteriori manifestazioni di volontà da parte del mutuante[7] e deve concretizzarsi nella creazione di un titolo autonomo di disponibilità. L'accredito su conto corrente, ad esempio, viene pacificamente equiparato alla consegna *ex* art. 1813 c.c., in quanto determina la disponibilità giuridica della somma sicché si può affermare che è con l'accredito della somma di danaro che il contratto di mutuo viene concluso.

È proprio rispetto alla sussistenza del requisito dell'attribuzione al mutuatario della disponibilità giuridica della somma di danaro che sono sorti dubbi in relazione al contratto di mutuo solutorio giacché, stante quanto sinora affermato, laddove difettasse tale requisito, allora il contratto di mutuo sarebbe invalido. Ed è proprio rispetto a questo quesito che si innesca la questione (*rectius*, la principale delle questioni) oggetto dell'ordinanza di rimessione al Primo Presidente che ha condotto alla pronuncia della Corte di Cassazione a Sezioni Unite.

Al centro del dibattito dottrinale e giurisprudenziale vi era la questione relativa all'effettiva sussistenza della messa a disposizione del denaro (vale a dire, per quanto appena detto, della *datio rei*) a favore del mutuatario sì da poter sostenere che il ripianamento del debito pregresso potesse essere considerato atto di utilizzo di una somma corrisposta in ragione di un contratto di mutuo stipulato tra le parti. L'alternativa era ritenere che l'operazione non comportasse un reale trasferimento di danaro, ma

[6] In questo senso, si veda già Cass., 27 agosto 2015, n. 17194, in *Foro it.*, 2016, I, 196; Cass., 3 gennaio 2011, n. 14, in *Giust. civ.*, 2012, I, 1323, in cui si definisce mutuo il contratto di natura reale che si perfeziona con la consegna della cosa ovvero con il conseguimento della disponibilità giuridica della cosa; Cass., 4 febbraio 2000, n. 1225, in *Giust. civ.*, 2000, I, 1679.

[7] In questo senso, Cass. 30 novembre 2021, n. 37654, in *DeJure*, secondo la cui massima «la "*traditio rei*" può essere realizzata attraverso l'accreditamento in conto corrente della somma mutuata a favore del mutuatario, poiché in tal modo il mutuante crea, con l'uscita delle somme dal proprio patrimonio, un autonomo titolo di disponibilità in favore del mutuatario, irrilevante essendo che le somme stesse siano destinate al ripianamento del saldo negativo del conto stesso». In precedenza, v., *ex multis*, Cass., 27 agosto 2015, n. 17194, cit.; Cass. 3 gennaio 2011, n. 14, in *Giust. civ.*, 2012, I, 323, cit.; Cass., 4 febbraio 2000, n. 1225, *ivi*, 2000, I, 1679.

consistesse semplicemente in un'operazione contabile. In questo caso, piuttosto che a un contratto di mutuo ci si sarebbe trovati di fronte a un *pactum de non petendo ad tempus*, vale a dire un accordo volto a rinviare nel tempo l'esigibilità del debito, senza modificare la sostanza del rapporto obbligatorio originario.

L'orientamento tradizionale e maggioritario[8] sosteneva la validità del mutuo solutorio ritendendo che l'accredito in conto corrente delle somme erogate fosse sufficiente a integrare la *datio rei*. Secondo l'orientamento in parola, il perfezionamento del contratto si avrebbe nel momento in cui la somma è posta nella disponibilità del mutuatario in alcun modo rilevando la futura utilizzazione della somma di danaro. L'effettività della *traditio* risulterebbe dall'estinzione della precedente esposizione debitoria e poiché il ricorso al credito bancario costituisce uno dei possibili mezzi di ristrutturazione del debito anche previsto dalla legge, il contratto in esame non violerebbe alcuna norma imperativa e sarebbe compatibile con l'ordine pubblico.

La tesi minoritaria[9], invece, negava la validità del contratto in parola sostenendo l'assenza della *traditio* in quanto il mutuatario non entrava mai nella disponibilità giuridica della somma di danaro. Quello che viene definito "mutuo solutorio" altro non sarebbe che una mera operazione di dare/avere in conto corrente finalizzata solo a modificare i termini della restituzione delle somme già trasferite al mutuatario. Da qui, la conclusione secondo cui il mutuo solutorio altro non sarebbe se non un *pactum de non petendo ad tempus*[10].

[8] Cfr., tra le tante, Cass., 9 giugno 2023, n. 16377, in *DeJure*; Cass. 25 luglio 2022, n. 23149, in *giustiziacivile.com*, 5 dicembre 2022, con nota di R. PEZZELLA, cit.; Cass, 18 gennaio 2021, n. 724, in *Corr. giur.*, 2021, 1331 ss., con nota di C. COLOMBO, cit. In dottrina, in senso conforme a questo orientamento, v. L. BALESTRA, *Il mutuo di scopo tra arricchimento degli interessi perseguiti e deviazioni dal modello codicistico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, 1133 ss.

[9] Si vedano Cass., 19 aprile 2022, n. 12480, in *Fall.*, 2022, 1405 ss., con nota di L. ANDRETTO, *Mutuo erogato in funzione solutoria di un debito pregresso: ricadute sulla* "causa petendi" *della domanda d'ammissione al passivo*; Cass., 25 gennaio 2021, n. 1517, *cit*; Cass., 8 aprile 2020, n. 7740, in *Giur. it.*, 2021, 308 ss., con nota di C. SCARPINELLO, *Revocatoria di ipoteca accessoria a credito fondiario per debito preesistente già ipotecario*. In dottrina, da ultimo, v. D. FAUCEGLIA, *La dilazione nova o innova il rapporto obbligatorio?*, *op. loc. ult.* cit.; Cass., 5 agosto 2019, n. 20896, in *DeJure*.

[10] In generale, *sul pactum de non petendo*, tra gli studi più recenti v. M. ORLANDI, *Prescrizione e riduzione*, in *Persona e mercato*, 2023, 7 ss.; "Pactum de non petendo" *e riduzione del rapporto*, in *Studium iuris*, 2001, 1441 ss.; ID., "Pactum de non petendo" *e inesigibilità*, Milano, 2000; ID., *La categoria dell'obbligazione ridotta*, in *Giust. civ.*, 2019, 447 ss.; P. GALLO; "Pactum de non petendo" *e prescrizione*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 984 ss.; G. RECINTO, *I patti di inesigibilità del credito*, Napoli, 2004.

L'orientamento in parola, pur condividendo l'affermazione per la quale la *datio rei* nel contratto di mutuo può avvenire mediante accredito delle somme sul conto corrente, ritiene che deve comunque verificarsi l'acquisizione della loro disponibilità giuridica da parte del mutuatario attraverso la creazione di un nuovo autonomo titolo, che non si verifica nell'ipotesi di estinzione del precedente debito in quanto il mutuatario non entra mai nella disponibilità giuridica del danaro, posto che, ai sensi dell'art. 1852 c.c., vi è una immediata modifica del saldo del conto corrente e nessuno nuovo obbligo restitutorio potrebbe ritenersi sorto in capo al debitore. In assenza di questo passaggio, neppure sorge l'obbligo di restituzione della somma da parte del mutuatario ai sensi dell'art. 1813 c.c. Da qui la conclusione secondo cui non vi sarebbe alcun contratto.

L'operazione negoziale sarebbe, invece, da ricondurre al *pactum de non petendo ad tempus* giacché, in sostanza, si verifica sola la modifica dei termini per l'adempimento, senza alcun effetto novativo. A tal ultimo proposito, l'orientamento in esame richiama l'art. 1231 c.c. secondo cui le modificazioni accessorie dell'obbligazione, tra cui – secondo la dottrina – sono da annoverare le variazioni dei termini per l'adempimento, non costituisce novazione del rapporto obbligatorio e inoltre mancherebbe l'*animus novandi* giacché lo scopo perseguito dalle parti sarebbe solo quello di rimodulare il debito e non quello di estinguere quello originario.

Con ordinanza del 10 luglio 2024, n. 18903[11], la II Sezione civile della Corte di Cassazione – chiamata ad esprimersi sulla legittimità della condotta di una banca che, a detta dei ricorrenti, attraverso la sottoscrizione di più contratti di mutuo avrebbe impiegato il danaro solo per estinguere le precedenti passività senza mai mettere loro nella disponibilità delle somme di danaro – ha rimesso gli atti alla Prima Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite sottolineando opportunamente la rilevanza della questione non solo dal punto di vista teorico ma anche dal punto di vista pratico.

Nel rappresentare il contrasto giurisprudenziale formatosi in seno alla Suprema Corte, l'ordinanza interlocutoria rinvia in primo luogo alla pronuncia n. 23149 del 25 luglio 2022[12] in cui i giudici, pronunciandosi a favore della validità del mutuo solutorio, avevano preso le distanze dall'orientamento minoritario che riteneva di non poter attribuire dignità autonoma al mutuo solutorio per ricondurlo all'istituto della dilazione di pagamento del debito preesistente o al *pactum de non petendo ad tempus* in

[11] Cass., ord. 10 luglio 2024, n. 18903, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, I, 1367, con nota di C. NATOLI, *La validità del mutuo ipotecario in funzione solutoria*.

[12] Cass., 25 luglio 2022, n. 23149, cit.

ragione dell'assenza del trasferimento della somma di danaro da mutuante a mutuatario. In questa pronuncia, che si pone nel solco dell'orientamento maggioritario, la Cassazione ha statuito che il contratto di mutuo si perfeziona nel momento in cui la somma di danaro entra nella disponibilità giuridica del mutuatario, indipendentemente dalla sua consegna materiale nonché dalla circostanza che sia stato o meno previsto l'utilizzo della somma per estinguere una pregressa esposizione debitoria del mutuatario[13]. In particolare, come ripreso testualmente nell'ordinanza di rinvio, i giudici hanno affermato che «il ''patrimonio'' di ogni persona si compone di beni materiali, beni immateriali e crediti. E chi usa il denaro ricevuto a mutuo per estinguere un debito verso il mutuante purga il proprio patrimonio d'una posta negativa: dunque la consistenza del patrimonio del mutuatario cambia, e se cambia è arduo sostenere che non vi è stato ''spostamento di denaro''». Aggiungono, inoltre, che negare l'esistenza di un contratto di mutuo in ragione del fatto che la *traditio* sarebbe avvenuta mediante accredito della somma convenuta sul conto corrente del mutuatario significherebbe sostenere, da un lato, un'interpretazione contrastante con le norme sull'uso del contante, dall'altro lato, negare che nell'epoca della moneta elettronica «qualsiasi *solutio* si riduce a una "partita contabile"».

Ma non è tutto. Il Collegio ritiene anche che la tesi del *pactum de non petendo* mortifica la libertà negoziale delle parti in quanto nega loro la facoltà di stipulare accordi di ristrutturazione atipici, libertà che deve essere tutelata e il cui esercizio non può essere considerato «un atto da sopprimere solo perché non gradito alle personali convinzioni giuridiche o, peggio, sociologiche o addirittura politiche dell'interprete (...)». Si tratta di un'affermazione decisamente significativa che, a nostro parere, verrà implicitamente richiamata nelle proprie motivazioni dalle Sezioni Unite.

L'ordinanza di rinvio ricorda, inoltre, che l'indirizzo minoritario non nega che per il perfezionamento del mutuo sia sufficiente la dazione giuridica del danaro, con la conseguenza che anche l'accredito in conto corrente conclude il contratto, ma precisa che è necessaria l'acquisizione della disponibilità da parte del mutuatario che, tuttavia, non si ravvisa nel mutuo solutorio.

Rappresentato così il contrasto giurisprudenziale, il Collegio formula il quesito da sottoporre alle Sezioni Unite chiedendo "se sia corretto ritenere che il ripianamento delle precedenti passività eseguito dalla banca autonomamente e immediatamente con operazione di giroconto […] soddisfi il requisito della disponibilità giuridica della somma a favore

[13] Nello stesso senso, v. Cass., 30 novembre 2021, n. 37654, cit.; Cass., 18 gennaio 2021, n. 724, cit.

del mutuatario, per cui il ripianamento delle passività abbia costituito una modalità di impiego dell'importo mutuato entrato nella disponibilità del mutuatario», nonché «in caso di risposta positiva, […] se in tale ipotesi il contratto di mutuo possa costituire anche titolo esecutivo».

3. – Affermando che "Nei termini sopra esposti l'ordinanza pone in realtà tre quesiti", le Sezioni Unite si esprimono su più questioni attinenti il mutuo solutorio: in primo luogo, sulla sussistenza di un'effettiva *datio rei* della somma di danaro; in secondo luogo, sulla possibilità di affermare l'esistenza e la validità del contratto di mutuo solutorio e, in caso di risposta affermativa, sulla natura di titolo esecutivo; infine, se il contratto deve ritenersi valido anche in assenza di un effettivo consenso o atti dispositivi del mutuatario circa l'impiego del danaro a ripianamento di debiti pregressi.

La pronuncia si apprezza, quindi, anche per essere articolata e comprendente anche le questioni giuridiche che derivano dalla risoluzione del quesito sottoposto al vaglio delle Sezioni Unite dall'ordinanza interlocutoria.

i) *Sull'effettiva sussistenza della* traditio.

Le Sezioni Unite, nel ribadire che il contratto di mutuo si perfeziona con la *traditio* della *res*, confermano che nel mutuo pecuniario è sufficiente che il danaro sia messo nella disponibilità giuridica del mutuatario, vale a dire che il mutuante crei un autonomo titolo di disponibilità a favore del mutuatario. Correttamente individuano la questione centrale nella possibilità di affermare che il mutuatario acquisisca la disponibilità giuridica della somma di danaro anche quando la banca si riappropria immediatamente di essa.

A tal proposito, i giudici affermano che già il semplice fatto che si parli di «riappropriazione» della somma di danaro significa che quest'ultima è fuoriuscita dal patrimonio del mutuante, transitata nel patrimonio del mutuatario e poi rientrata nel patrimonio del primo. Successivamente, a nostro parere condivisibilmente, i giudici contestano l'affermazione dell'orientamento minoritario secondo cui saremmo di fronte a una mera operazione contabile giacché l'accredito su conto corrente, in generale, è di per sé sempre un'operazione di tale natura contabile non certo qualificabile come fittizia. In tal modo la Corte aderisce alla pronuncia richiamata nell'ordinanza di rinvio (Cass. n. 23149/2022) secondo cui ormai quasi qualsiasi *solutio* si risolve in una partita contabile, anche in ragione delle norme che disciplinano e limitano la circolazione del danaro contante.

Il momento dell'accredito delle somme in conto corrente costituisce, pertanto, il momento in cui si perfeziona il contratto di mutuo solutorio che, lungi dal costituire un negozio atipico, è invece un contratto di mutuo *tout*

court ex art. 1813 c.c. ove il termine «solutorio» ha una «valenza meramente descrittiva di un particolare utilizzo del mutuo» che avviene, quanto meno logicamente, in una fase immediatamente successiva a quella dell'accredito della somma di danaro.

Le Sezioni Unite aderiscono, dunque, all'orientamento maggioritario pronunciandosi a favore della validità del contratto mutuo solutorio e della sua autonomia, con la conseguenza che esso costituisce anche titolo esecutivo *ex* art. 474 c.p.c.

ii) *L'esclusione della riconducibilità del mutuo solutorio (anche nella forma del mutuo fondiario) al mutuo di scopo.*

I due orientamenti in contrasto convergono su un assunto che è stato confermato dalle Sezioni Unite: il mutuo solutorio non è un mutuo di scopo[14].

Il mutuo di scopo si differenzia dal mutuo tipico per essere un contratto consensuale e per il fatto che il perseguimento dello scopo per cui le somme vengono concesse entra nello schema causale del contratto. Pertanto, la consegna della somma di danaro costituisce un'obbligazione del mutuante che sorge con la conclusione del contratto e non, come nel mutuo tipico, un elemento costitutivo dell'accordo contrattuale. Il momento in cui il mutuatario acquisisce effettivamente la proprietà della somma mutuata non coincide, dunque, necessariamente con il momento in cui il contratto viene concluso.

Nel mutuo di scopo il mutuatario si obbliga, oltre che alla restituzione della somma ricevuta, anche al suo impiego per un fine che può essere previsto dalla legge (c.d. mutuo di scopo legale) oppure concordato con il mutuante (c.d. mutuo di scopo convenzionale[15]) e a svolgere le attività necessarie per il suo raggiungimento sicché l'impegno assunto dal

[14] Sul mutuo di scopo in generale, *ex multis*, cfr. R. CLARIZIA, *I contratti per il finanziamento dell'impresa. Mutuo di scopo*, leasing, factoring, in *Tratt.* BUONOCORE, Torino, 2002, 114; M. RISPOLI FARINA, voce *Mutuo di scopo*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., IX, Torino, 1994, 568 ss.; S. MAZZAMUTO, voce *Mutuo*, II, *Mutuo di scopo*, in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, 1990, 1 ss.; ID., *Il mutuo di scopo e le nuove forme di finanziamento pubblico alle imprese*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, 619 ss.; R. PERCHINUNNO, *Funzione creditizia e fine convenzionale – Contributo allo studio del mutuo di scopo*, Napoli, 1988; A. ZIMATORE, *Il mutuo di scopo. Problemi generali*, Milano, 1985; M. FRAGALI, *Il mutuo di scopo*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1961, I, 471.

[15] Si veda, in particolare, Cass., 14 aprile 2021, n. 9838, in *Giur. comm.*, 2022, II, 1319 ss., con nota di V. DE GIORGIO, *Il mutuo di scopo convenzionale: il rilievo strutturale e funzionale della clausola di destinazione e gli interessi in gioco*. In generale, sul mutuo di scopo convenzionale, v. M. RENNA, *Il mutuo di scopo convenzionale: elementi strutturali e funzionali*, in *Contratti*, 2018, 417 ss.

mutuatario si inserisce nel sinallagma contrattuale assumendo rilevanza sotto il profilo causale. Normalmente i contratti in parola presentano una clausola di destinazione con cui il mutuatario si obbliga a compiere l'attività necessaria per il conseguimento dello scopo. Considerato che quest'ultimo entra nella causa del contratto, la giurisprudenza ritiene nullo, per difetto della causa originaria, il mutuo di scopo stipulato dalla banca con l'accordo che la somma mutuata sia utilizzata per una diversa finalità[16]. Si è discusso se il mutuo di scopo possa essere considerato un sottotipo del modello contrattuale tipico disciplinato dagli artt. 1813 ss. c.c., oppure se debba essere ritenuto estraneo agli schemi previsti dal legislatore, in quanto espressione dell'autonomia contrattuale riconosciuta dall'art. 1322 c.c. L'orientamento maggioritario, sia in dottrina sia in giurisprudenza, lo riconduce da tempo alla categoria dei contratti atipici o innominati, lasciando al giudice il compito di valutarne la conformità agli interessi meritevoli di tutela, ai sensi dell'art. 1322 c.c.

Le Sezioni Unite si sono espresse sul punto per confutare quell'orientamento che qualifica il mutuo solutorio come un mutuo di scopo in ragione della specifica finalità di estinzione del debito pregresso che perseguirebbe il primo. Il collegio chiarisce che la vicenda in cui si sostanzia il mutuo di scopo non si verifica nel mutuo solutorio in quanto la destinazione e il successivo utilizzo della somma di danaro, ossia il ripianamento di pregresse esposizioni debitorie del mutuatario, non entrano nella causa del contratto; pertanto, la destinazione non rileva nel momento genetico del contratto, ma solo al momento dell'esecuzione dello stesso.

I giudici successivamente confermano (e, a questo punto, non poteva essere diversamente, considerate le premesse), che il mutuo solutorio non può essere invalido nemmeno qualora assuma la forma del mutuo fondiario che, ricordiamo brevemente, costituisce una forma di finanziamento a medio-lungo termine al fine di consentire l'acquisto, la costruzione o la ristrutturazione di un immobile, con contestuale concessione di ipoteca di primo grado su di esso[17]. In particolare, i giudici sanciscono che la finalizzazione del mutuo fondiario al ripianamento di debiti pregressi non può configurare causa di nullità del contratto per mancanza di causa o la sua risoluzione per inadempimento. Poiché il mutuo fondiario non costituisce

[16] Si vedano, tra le tante, Cass. 8 giugno 2018, n. 15929, in *DeJure;* Cass. 19 ottobre 2017, n. 24699, in *Diritto & giustizia*, 2017, 20 ottobre; Cass. 22 dicembre 2015, n. 25793, in *Giust. civ. Mass.*, 2015. Ma si veda già Cass. 3 aprile 1970, n. 896, in *Foro it.*, 1971, I, 2377.

[17] Sulle principali caratteristiche del mutuo fondiario sia di nuovo consentito il rinvio a V. PICCININI, *Il mutuo*, in G. CRICENTI, F. GRECO, *Diritto bancario*, II edizione, Milano, 2023, 519 ss.

un mutuo di scopo e l'utilizzo di somme per ripianare debiti pregressi non viola una norma imperativa e nemmeno può considerarsi un motivo illecito, non vi sono ragioni per ritenere che esso possa essere affetto da una causa di nullità; del pari, poiché il mutuatario non si obbliga nei confronti del mutuante al raggiungimento di uno scopo, ma solo alla restituzione del *tantundem* secondo le condizioni dedotte nel contratto, nemmeno può considerarsi esperibile l'azione di risoluzione per inadempimento.

iii) *L'eventuale assenza di disposizioni da parte del mutuatario*.

Da ultimo, le Sezioni Unite affrontano il quesito se le stesse conclusioni possano trarsi qualora il ripianamento venga eseguito dalla banca «autonomamente e immediatamente con operazione di giroconto» vale a dire in assenza di una disposizione in tale senso da parte del mutuatario. La soluzione adottata dai giudici non è che una logica conseguenza dai principi sanciti in precedenza: quand'anche l'estinzione dei debiti pregressi avvenisse senza il consenso del mutuatario, la conseguenza giuridica non sarebbe l'invalidità del mutuo, ma la possibilità di esperire un'azione restitutoria oppure risarcitoria. Ciò perché la somma di danaro è già entrata nella disponibilità giuridica del mutuatario e il contratto validamente concluso.

Opportunatamente, inoltre, la Corte precisa che la fattispecie è del tutto indipendente e va tenuta distinta da quella che si verifica quando il saldo del conto corrente del mutuatario è già in negativo giacché in questo caso la riduzione o l'estinzione del saldo debitorio non è altro che l'effetto matematico dell'accredito della somma su quel conto corrente. È, invece, effetto di quanto disposto dall'art. 1852 c.c. la somma che rimane disponibile quando oggetto del mutuo solutorio è una somma di danaro superiore al saldo negativo del conto corrente.

Tale statuizione consente efficacemente di superare quella ricostruzione sostenuta dall'orientamento minoritario che riteneva che la fattispecie in esame dovesse essere qualificata come contratto solo per quella parte di danaro superiore al debito pregresso del mutuatario perché solo quest'ultima si poteva ritenere entrata nella disponibilità giuridica del mutuatario, mentre per la parte. Si trattava, a dire il vero, di una ricostruzione forzata e priva di reale fondamento giuridico giacché pretendeva di qualificare giuridicamente in modo distinto una fattispecie unica solo in ragione dell'esistenza, o meno, di un saldo negativo sul conto corrente del mutuatario.

4. – Nel contesto appena rappresentato si spiega bene il richiamo dei giudici al metodo di analisi da preferire per una corretta qualificazione

giuridica della fattispecie. All'inizio della parte motiva, infatti, le Sezioni Unite rilevano come i due orientamenti in contrasto divergano per il diverso approccio alla questione: mentre l'orientamento maggioritario adotta «un metodo di analisi logico – giuridica della fattispecie», quello minoritario «sembra invece privilegiare un metodo empirico di analisi, legato al concreto atteggiarsi dell'operazione nella pratica e alla considerazione delle motivazioni che, di regola, ne stanno alla base».

L'orientamento minoritario, infatti, si era formato in seno a procedimenti in cui si volevano tutelare i creditori del mutuatario (*rectius*, la *par condicio creditorum*) in ragione del fatto che concludendo un mutuo solutorio nella forma del mutuo fondiario, il credito della banca da chirografario diventa privilegiato. Così, tuttavia, l'argomentare si piegava al fine da raggiungere, vale a dire quello di far dichiarare la nullità del contratto in modo tale che il credito rimanesse chirografario. E, tuttavia, arduo era sostenere la tesi dell'invalidità quando la somma mutuata supera il debito pregresso, tanto che i sostenitori dell'orientamento minoritario avevano dovuto ricorrere a una doppia qualificazione giuridica dell'operazione solo in ragione dell'esistenza di un debito pregresso, ricostruzione ermeneutica difficile da sostenere perché fondata solo su una specifica situazione di fatto: l'operazione negoziale in parola è un *unicum* che non può essere scisso solo in ragione dell'esistenza o meno di un saldo negativo sul conto corrente. Delle due, l'una: o è un contratto perché ne ha gli elementi o non lo è. Allo stesso modo, difficile era sostenere la nullità del contratto quando il mutuo solutorio non comporta alcun nuovo vantaggio per il mutuante in termini di garanzie ma, semplicemente, estingue il debito originato da un diverso precedente rapporto contrattuale.

Correttamente le Sezioni Unite rilevano che il metodo da preferire è quello basato sulla successione logica (prima ancora che temporale) tra fatto – applicazione della norma – effetto e che, dunque, l'operazione di qualificazione giuridica del negozio e il giudizio di validità di quest'ultimo devono essere tenuti distinti dal tema attinente alla tutela della *par condicio creditorum*.

Ciò non significa che i creditori del mutuatario non debbano trovare tutela di fronte a condotte abusive dell'istituto finanziario, ma solo che i rimedi esperibili devono essere ricercati tra quelli che l'ordinamento offre a tutela dei creditori e non forzare il metodo qualificatorio della fattispecie allo scopo di affermare la nullità del contratto.

Laddove venga accertato che il mutuo solutorio sia stato concluso «per» e «in» violazione della *par condicio creditorum*, il rimedio non può essere che quello dell'azione revocatoria perché è lo strumento che l'ordinamento mette a disposizione nel caso, appunto, di atti conclusi in frode ai creditori.

In particolare, potrebbe essere oggetto dell'azione sia il mutuo (con conseguente dichiarazione di inefficacia nei confronti dei creditori) in quanto mezzo anomalo di pagamento[18] del debito originario come pure potrebbe essere disapplicato l'art. 39 T.U.B. che prevede, per il solo mutuo fondiario, l'istituto del c.d. consolidamento dell'ipoteca (vale a dire la sottrazione della garanzia ipotecaria dall'azione revocatoria) con contestuale revoca dell'ipoteca *ex* art. 166, comma 1, lett. a), CCII.

Abstract

CONSIDERATIONS ON THE SUBJECT OF SOLUTARY LOAN FOLLOWING THE INTERVENTION OF THE UNITED CHAMBERS

Il saggio esamina la recente pronuncia con cui le Sezioni Unite, aderendo all'orientamento maggioritario, hanno sancito l'autonomia e la validità del mutuo solutorio. I giudici confermano che l'accredito in conto corrente è sufficiente a integrare la *traditio* così legittimando il perfezionamento del contratto. Viene esclusa la natura di mutuo di scopo e ribadita l'autonomia dell'operazione rispetto alla dilazione di pagamento e al *pactum de non petendo ad tempus*. Il contributo riflette, infine, sull'importanza di un corretto metodo di qualificazione giuridica fondato su criteri logico – sistematici.

This essay examines the recent decision rendered by the United Sections of the Court of Cassation, which, in alignment with the dominant interpretative orientation, affirmed the legal autonomy and validity of the mutuo solutorio*. The Court held that the crediting of funds to a current account suffices to constitute* traditio*, thereby satisfying the requirement for the contract's perfection. The judgment explicitly excludes any characterization of the loan as a purpose-specific contract (*mutuo di scopo*), and reaffirms the operation's independence from both payment deferral agreements and the* pactum de non petendo ad tempus*. The analysis further underscores the critical importance of a rigorous method of legal qualification, grounded in logical-systematic interpretive criteria.*

---

[18] In questo senso, in particolare, C. SCOGNAMIGLIO, *Le sezioni unite e l'art. 38 t.u.b: un altro tassello nel mosaico delle nullità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, II, 412 ss.; M. TATARANO, *op. cit.*, 94.

RIMEDI ALL'INADEMPIMENTO DELL'INTERMEDIARIO FINANZIARIO: PROFILI PROBLEMATICI

ANDREA CALONI
Assegnista di ricerca
nell'Università di Milano

SOMMARIO: 1. Punti fermi e questioni aperte. – 2. La risoluzione per inadempimento nei contratti di investimento: profili problematici. Esclusione della risolvibilità dei singoli ordini di investimento. – 3. (*Segue*) La risoluzione per inadempimento del contratto quadro e la conseguente impugnativa degli ordini di investimento. – 4. (*Segue*) La risoluzione di singoli ordini quale impugnativa parziale del contratto quadro: esclusione. Il rimedio restitutorio per il tramite del rifiuto dell'operazione ai sensi dell'art. 1711 c.c. nei casi di violazione di obblighi di astensione. – 5. Le restituzioni. Peculiarità delle restituzioni in un contratto che si è rivelato sconveniente. La legittimazione passiva. – 6. (*Segue*) Il contenuto delle restituzioni. In particolare: le restituzioni da parte dell'investitore se questi ha alienato i titoli. Questioni aperte nella recente giurisprudenza. – 7. (*Segue*) La restituzione di interessi e frutti e il problema della decorrenza dell'obbligazione restitutoria. – 8. Il risarcimento del danno: profili generali. – 9. Il risarcimento non accompagnato da restituzioni da parte del cliente. La detrazione, nel calcolo del danno risarcibile, del controvalore dei titoli in portafoglio (o del prezzo percepito per la loro alienazione) e degli eventuali frutti. – 10. (*Segue*) L'incidenza della possibile variazione, nel tempo, del controvalore dei titoli in portafoglio sulla quantificazione del danno. – 11. Il concorso tra il risarcimento del danno e la restituzione del capitale investito. – 12. Considerazioni conclusive.

1. – A partire dalla lunga stagione del c.d. «risparmio tradito»[1], che ancora oggi non è del tutto uscita dalle aule di giustizia, la materia dei rimedi a disposizione dell'investitore a fronte di una condotta negligente o infedele dell'intermediario finanziario ha occupato con particolare intensità giudici e studiosi. A più di tre lustri dalle sentenze gemelle delle Sezioni

[1] Per una sintetica ricognizione, ancora vicina a quella stagione storica, v. per tutti E. LUCCHINI GUASTALLA, *In tema di responsabilità degli intermediari finanziari*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 741 ss.

Unite del 2007[2], la materia si presenta meno magmatica, almeno nei suoi lineamenti fondamentali, perché si è strutturata attorno ad alcuni pilastri fissati dalla Corte di cassazione mano a mano che essa è stata investita dei diversi profili del tema, ma si rivela tuttora sfuocata in alcuni aspetti non marginali.

Un punto fermo viene proprio dalle sentenze del 2007 ed è la centralità dell'inadempimento e dei rimedi ad esso connessi nel contenzioso sorto dalla violazione, da parte dell'intermediario, degli obblighi di diligenza, correttezza, trasparenza, agire informato ed evitare conflitti di interessi prescritti dall'art. 21 d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (TUF) e dalle disposizioni regolamentari che di esso sono concretizzazione[3], risultante dall'espunzione, ad opera delle Sezioni Unite, della nullità virtuale quale forma di tutela contro tali condotte illegittime dell'intermediario. Ciò non toglie che le nullità abbiano continuato a occupare ampie aree delle liti originate dai contratti di investimento (si pensi soltanto alle questioni, giunte alle Sezioni Unite, della validità dei contratti c.d. «monofirma»[4] e dell'ammissibilità della c.d. «nullità selettiva»[5]). Il presente lavoro, però, si muoverà in un terreno cui è oggi circoscritta l'applicazione dei rimedi contro l'inadempimento, ponendo attenzione in particolare al funzionamento degli strumenti di tutela a disposizione del cliente e dando invece per presupposto l'accertamento della violazione da parte dell'intermediario.

Quando si parla di inadempimento il pensiero, sotto il profilo rimediale, corre subito al risarcimento del danno, che contro l'inadempimento è rimedio generale (artt. 1218 e 1453 c.c.). Il tema va affrontato tenendo però presente l'interesse pratico del cliente, il quale, dopo avere posto in essere un investimento rovinoso, è interessato ad appianare una perdita (integrale o parziale) attraverso il recupero del capitale, risultato

[2] Il riferimento è alle sentenze nn. 26724 e 26725 pubblicate in data 19 dicembre 2007, edite su numerose riviste e oggetto di autorevoli commenti, alcuni dei quali saranno citati di seguito. Per tutti, si vedano Cass., S.U., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 432 ss., con nota di U. SALANITRO, *Violazione della disciplina dell'intermediazione finanziaria e conseguenze civilistiche:* ratio decidendi *e* obiter dicta *delle sezioni unite*, e Cass., S.U., 19 dicembre 2007, in *Giur. it.*, 2008, 347 ss., con nota di G. COTTINO, *La responsabilità degli intermediari finanziari e il verdetto delle Sezioni unite: chiose, considerazioni, e un elogio dei giudici*. Per una recente mappatura dei rimedi, per come ricostruiti dalla giurisprudenza di legittimità a partire dalle sentenze del 2007, v. Cass., 12 dicembre 2024, n. 32226, in *Società*, 2025, 289 ss., con nota di M. COSTANZA, *Investimenti finanziari: dalla nullità virtuale al risarcimento reale*.

[3] Su cui v. per tutti F. ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato dei capitali*, XII ed., Torino, 2023, 127 ss.

[4] Cass., S.U., 6 gennaio 2018, n. 898, in *De Jure*.

[5] Su cui *infra*, nota 6 e *passim* nel testo.

che può essere conseguito non solo tramite il risarcimento, ma anche attraverso le restituzioni. Anzi, superato lo scoglio dell'impugnativa contrattuale, queste ultime ben possono apparire più vantaggiose per il cliente, sottratte, come sono, ai rischi connessi, tra l'altro, alla prova del *quantum*, all'accertamento del nesso causale e all'applicazione dell'art. 1227 c.c.

Di qui la particolare rilevanza che la risoluzione per inadempimento, del contratto quadro o di singole operazioni, in quanto prodromica alle restituzioni, riveste in giurisprudenza. Ma è proprio a tale proposito che si può osservare come, anche laddove vi sia un orientamento ormai consolidato della giurisprudenza di legittimità e la materia si presenti meno fluida di un tempo, non è detto che l'approdo vada dato ormai per acquisito e non possa essere rimesso in discussione: è il caso dell'indirizzo, pacifico nella giurisprudenza di legittimità e dagli effetti tendenzialmente favorevoli per il cliente, che consente la risoluzione di singoli ordini di investimento, il quale si espone a significativi rilievi, alcuni già avanzati dalla dottrina e altri che meritano di essere segnalati.

Accanto a punti fermi da rimeditare, vi sono poi ambiti in cui un assestamento degli orientamenti giurisprudenziali pare lontano e anzi recenti pronunce della Corte di cassazione indicano l'esigenza di una sistemazione della materia. Si tratta, in particolare, di questioni che riguardano il contenuto delle pretese delle parti, come l'oggetto delle restituzioni da parte del cliente nel caso in cui i titoli siano stati alienati o concambiati, il *dies a quo* della restituzione di interessi e frutti nel caso di caducazione del contratto o delle operazioni di investimento, l'incidenza, nel caso in cui il cliente non sia tenuto alle restituzioni, del valore dei titoli in portafoglio sul danno risarcibile, il concorso tra risarcimento e restituzioni e così via. Da un lato, emerge l'esigenza di fornire una soluzione alle singole questioni, talvolta valorizzando le conclusioni cui perviene la giurisprudenza, talaltra discostandosene o sottoponendo a rilievi critici alcuni passaggi motivazionali; dall'altro la frammentazione della materia in problemi all'apparenza di dettaglio non deve far perdere il quadro generale. In particolare, un'utile chiave di lettura dei problemi che riguardano il contenuto delle pretese delle parti, che qui si proverà a valorizzare, è l'esigenza di preferire un'interpretazione che limiti i possibili arricchimenti ingiustificati di una parte, pur assicurando una tutela piena: esigenza che affiora in numerose scelte interpretative dottrinali e giurisprudenziali ed è coerente con i principi generali.

2. – La centralità della risoluzione nel contenzioso tra intermediario e cliente dipende, si è detto, dall'interesse dell'investitore a ottenere la

restituzione del capitale investito, che la giurisprudenza tende ad assecondare riconoscendo al cliente la facoltà di risolvere singoli ordini di investimento e così di selezionare, tra gli investimenti posti in essere in esecuzione del contratto quadro, in ipotesi alcuni con esito positivo e altri con esito negativo, i soli non andati a buon fine, purché interessati dall'inadempimento censurato[6].

[6] Non si tratta di un esito scontato nell'ambito del diritto civile della finanza. Con una nota pronuncia le Sezioni Unite sono intervenute sulla questione se, in caso di nullità (di protezione) del contratto quadro di investimento, fosse consentito all'investitore impugnare, tra le operazioni di investimento poste in essere in esecuzione del medesimo contratto quadro, solo quelle che avevano avuto un esito negativo (c.d. nullità selettiva). La questione è stata portata all'attenzione delle Sezioni Unite in due circostanze: dapprima con l'ordinanza interlocutoria Cass., 27 aprile 2017, n. 10447, in *www.dirittobancario.it*, ma non è stata affrontata, e in seguito con l'ordinanza Cass., 2 ottobre 2018, n. 23927, in *Corr. giur.*, 2019, 172 ss. Le tesi, tra loro opposte nel dibattito, erano l'una favorevole alla selezione, da parte dell'investitore, di quali operazioni impugnare, in ragione della natura di protezione del rimedio, l'altra, invece, tendente a rinvenire uno spazio per un'*exceptio doli* da parte dell'intermediario qualora, impugnando solo le operazioni a sé sconvenienti, l'investitore avesse abusato del suo diritto e dello strumento processuale. Il contrasto è stato risolto da Cass., S.U., 4 novembre 2019, n. 28314, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 26 ss., con nota di AN. DALMARTELLO, *La nullità di protezione* ex *art. 23 t.u.f. tra uso selettivo e buona fede del cliente*; in *Contratti*, 2020, 11 ss., con nota di S. PAGLIANTINI, *Le stagioni della nullità selettiva (e del "di protezione")*; in *Giur. it.*, 2020, 273, con note di A. IULIANI, *Le Sezioni unite e la nullità selettiva: l'incontrollabile soggettivismo della decisione* (273 ss.) e di S. PAGLIANTINI, *Una nullità di protezione (ancora) in cerca d'autore?* (280 ss.). V. inoltre, tra i più autorevoli commenti, A.A. DOLMETTA, *All'essenza della nullità di protezione: l'operatività «a vantaggio». Per una critica costruttiva di Cass. SS.UU., 28314/2019*, in *Riv. dir. bancario*, 2020, 89 ss., nonché il dibattito tra i seguenti autori: M. GIROLAMI, *L'uso selettivo della nullità di protezione: un falso problema?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 154 ss.; D. MAFFEIS, *Le disavventure di un contraente tollerato: l'investitore e le restrizioni alla selezione degli investimenti che impugna*, *ivi*, 160 ss.; S. MONTICELLI, *La nullità selettiva secondo il canone delle Sezioni Unite: un responso fuori partitura*, *ivi*, 163 ss.; S. PAGLIANTINI, *L'irripetibilità virtuale della nullità di protezione nella cornice di un'eccezione* ex fide bona, *ivi*, 169 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite e le nullità selettive tra statuto normativo delle nullità di protezione ed eccezione di buona fede*, *ivi*, 176 ss. Con tale pronuncia, la Corte ha statuito che tanto la nullità del contratto quadro quanto i suoi effetti processuali e sostanziali operano esclusivamente a favore dell'investitore, ma ha aggiunto che l'intermediario può opporre un'eccezione di buona fede, se la selezione della nullità determini un ingiustificato sacrificio economico a suo danno, potendo compensare le pretese restitutorie dell'investitore con i guadagni conseguiti dall'investitore sulle operazioni non impugnate, sino alla concorrenza del *petitum* dell'investitore. In senso conforme v., tra le altre, le successive Cass., 26 ottobre 2020, n. 23449, in *De Jure*; Cass., 3 giugno 2020, n. 10505, *ivi*. Sul tema v. ora D. MAFFEIS, *I contratti del mercato finanziario*, in *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger-Roppo-Anelli*, Milano, 2024, 492 ss. Se si ammette la risoluzione di singoli ordini, l'impugnativa è necessariamente selettiva (v. ID., *I*

La Corte di cassazione, con orientamento consolidato, afferma che «l'investitore, a seguito dell'inadempimento dell'intermediario ai propri obblighi di informazione […] derivanti dalla stipula del cd. contratto quadro, può domandare la risoluzione non solo di quest'ultimo, ma anche dei singoli ordini di investimento – aventi natura negoziale e tra loro distinti e autonomi –»[7]. L'autonoma natura negoziale dell'ordine di investimento, anche in ipotesi ammettendo che ciò equivalga a qualificare l'ordine come un contratto sinallagmatico, rilevante ai sensi dell'art. 1453 c.c., non pare tuttavia decisiva per ammettere tale soluzione, mentre il piano su cui occorre riflettere è quello dell'obbligazione inadempiuta. L'obbligo (di informazione, di diligenza, di protezione, di astensione) di cui il cliente lamenta l'inadempimento, difatti, sorge – *ex lege* (art. 1374 c.c.) o per espressa previsione contrattuale – non già dall'ordine di investimento, ma dalla stipulazione del contratto quadro[8], sicché l'inadempimento lamentato dal cliente è una violazione del contratto quadro, che si pone rispetto all'ordine

contratti del mercato finanziario, cit., 425, con riguardo ai servizi di esecuzione di ordini e di negoziazione in contropartita diretta), anche perché il problema della nullità selettiva si pone nel momento in cui sono impugnate solo alcune operazioni svolte in esecuzione di un contratto nullo, mentre la risoluzione di singoli ordini lascerebbe integro il contratto quadro.

[7] La citazione è tratta dalla recente Cass., 16 agosto 2023, n. 24648, in *De Jure*. Tra le pronunce di legittimità che consentono la risoluzione del singolo ordine di investimento v. Cass., 27 gennaio 2023, n. 2530, *ivi*; Cass., 31 marzo 2021, n. 8997, in *Giur. comm.*, 2022, II, 907 ss., con nota di A. MASI, *Il rimedio risolutorio nel contesto della prestazione di servizi di investimento*; Cass., 19 febbraio 2021, n. 4484, in *One Legale*; Cass., 22 ottobre 2020, n. 23129, *ivi*; Cass., 31 agosto 2020, n. 18122, in *De Jure*; Cass., 22 maggio 2020, n. 9468, *ivi*; Cass., 11 marzo 2020, n. 6974, *ivi*; Cass., 4 luglio 2018, n. 17497, *ivi*; Cass., 10 aprile 2018, n. 9382, in *www.dirittobancario.it*; Cass., 9 febbraio 2018, n. 3261, in *De Jure*; Cass., 25 maggio 2017, n. 12937, con nota di C. RINALDO, *La risoluzione dei singoli ordini di investimento sotto una nuova luce: riflessioni su un recente intervento della Suprema Corte*; in *Società*, 2018, 617 ss., con nota di G. AFFERNI, *Sulla risoluzione dei singoli ordini di investimento* e in *Corr. giur.*, 2018, 620 ss., con nota di F. LEMETRE, *Inadempimento degli obblighi dell'intermediario e autonoma risolubilità dei singoli ordini di investimento*; Cass., 9 agosto 2016, n. 16820, in *De Jure*; Cass., 18 maggio 2016, n. 10161, *ivi*; Cass., 27 aprile 2016, n. 8394, in *Contratti*, 2017, 145 ss., con nota di A. BELOTTI, *Valutazione del rischio e risoluzione del contratto*; Cass., 6 novembre 2014, n. 23717, in *De Jure*.

[8] Tra gli altri, M. MAGGIOLO, *Servizi ed attività d'investimento*, in *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger*, Milano, 2012, 500 (e si veda, del medesimo Autore, anche un contributo specificamente dedicato ai temi toccati dal presente scritto: ID., *Tutela restitutoria e tutela risarcitoria nella prestazione di servizi di investimento*, in *Giur. comm.*, 2010, 496 ss.); A. PERRONE, *Il diritto del mercato dei capitali*, IV ed., Milano, 2024, 250 ss.; M. RESCIGNO, *La responsabilità civile dei soggetti abilitati e la tutela speciale degli investitori*, in M. CERA – G. PRESTI (diretto da), *Il Testo Unico finanziario*, Torino, 2020, 542.

in una fase precontrattuale e potrebbe al più implicare, ricorrendone i presupposti, un vizio del consenso dell'investitore nel momento in cui questi emette l'ordine[9].

Sul punto, in una delle prime pronunce di legittimità ad avere accolto la soluzione qui esaminata[10], parrebbe rinvenirsi un equivoco, allorché la Corte, richiamato l'insegnamento, oggi pacifico, delle Sezioni Unite secondo cui le violazioni degli obblighi dell'intermediario intervenute dopo la stipulazione del contratto quadro integrano inadempimenti e possono portare alla risoluzione del contratto, ha fatto leva sulla circostanza che gli obblighi dell'intermediario si «colloca[no] anche nella successiva fase applicativa, che attiene alla singola operazione finanziaria» per concludere in favore della risoluzione delle singole operazioni. La circostanza che gli obblighi dell'intermediario sussistano per tutto lo svolgimento del rapporto, tuttavia, non incide sulla loro fonte, che rimane l'originario contratto quadro, non la singola operazione. Questa impostazione, lungi dall'essere frutto di un «rigido schematismo»[11], pare peraltro la sola coerente con un sistema nel quale non si dubita che l'intermediario sia tenuto a risarcire il danno pari alla perdita subita per effetto dell'ordine emesso a seguito di un suo inadempimento: l'ordine, in ipotesi, è conseguenza dell'inadempimento e provoca a sua volta il danno risarcibile.

Escludere la risolvibilità del singolo ordine di investimento sulla base della natura dell'obbligo violato evita di doversi confrontare con un quesito ulteriore e di non agevole soluzione, che l'orientamento giurisprudenziale dominante indurrebbe altrimenti a porsi: quali operazioni di investimento hanno la natura di contratto sinallagmatico tra intermediario e cliente risolvibile per inadempimento?

L'indirizzo giurisprudenziale sembrerebbe seguire una delle più diffuse tesi sulla natura del contratto di investimento, secondo cui vi sarebbe una successione di contratti collegati tra intermediario e investitore (contratto quadro e singola operazione di investimento)[12]. Tuttavia, ponendosi nella prospettiva della qualificazione di contratto quadro e ordini, si dovrebbe osservare che, invero, non sempre all'ordine di investimento sembrerebbe conseguire un contratto tra intermediario e cliente, il che potrebbe imporre

[9] Non così, con riguardo ai servizi di esecuzione di ordini e di negoziazione in contropartita diretta, D. MAFFEIS, *I contratti del mercato finanziario*, cit., 425.

[10] Cass., 23717/2014, cit.

[11] Come invece ha ritenuto Cass., 16820/2016, cit.

[12] Per questa tesi, tra gli altri, v. V. ROPPO, *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero, l'*ambaradan *dei rimedi contrattuali)*, in *Contratto impr.*, 2005, 896 s.; M. DELLACASA, *Collocamento di prodotti finanziari e regole di informazione: la scelta del rimedio applicabile*, in *Danno e resp.*, 2005, 1242.

la complicazione di distinguere diversi regimi di impugnativa a seconda del servizio prestato. Mentre vi è senz'altro un secondo contratto tra intermediario e cliente nella negoziazione per conto proprio[13], in cui essi sono controparti di una vendita e in cui l'ordine del cliente parrebbe una proposta di vendita che, in forza del contratto quadro, l'intermediario è tenuto ad accettare, nell'esecuzione di ordini la situazione è più complessa. Potrebbe ritenersi che tra le parti sorga un contratto di mandato a vendere o ad acquistare per effetto dell'ordine di investimento (così configurandosi un nuovo contratto di mandato ogni volta che è dato un ordine di acquisto o vendita)[14]; a questa ricostruzione se ne potrebbe però opporre un'altra, che parrebbe più convincente, per cui il mandato è uno solo e coincide con il contratto quadro[15], mentre l'ordine è un'istruzione impartita dal mandante al mandatario. Solo se si accede alla prima tesi[16] l'ordine dà luogo a un contratto sinallagmatico tra intermediario e cliente, altrimenti il solo contratto ulteriore al contratto quadro, che è un contratto di vendita del titolo, sorge tra l'intermediario, che agisce per conto del cliente, e il terzo. Ciò non esclude che, qualora l'intermediario, agendo come mandatario senza rappresentanza dell'investitore, compia acquisti di titoli, equiparabili a cose mobili, nell'interesse di quest'ultimo, il contratto stipulato sul mercato dal mandatario possa produrre effetti direttamente in capo all'investitore ai sensi dell'art. 1706, comma 1, c.c.[17], ma tale circostanza non influisce sulla

[13] Per le caratteristiche fondamentali dei singoli servizi di investimento v. M. MAGGIOLO, voce *Servizi di investimento*, in *Enc. dir., Annali*, VII, Milano, 2014, 947 ss. e F. ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato dei capitali*, cit., 103 ss.

[14] D. MAFFEIS, *I contratti del mercato finanziario*, cit., 425 ritiene che, nei servizi di esecuzione di ordini e negoziazione in contropartita diretta il contratto quadro contenga opzioni di contratti di commissione.

[15] È la nota tesi di F. GALGANO, *I contratti di investimento e gli ordini dell'investitore all'intermediario*, in *Contratto impr.*, 2005, 893 s.; ID., *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni unite della Cassazione*, in *Contratto impr.*, 2008, 3.

[16] Sostenuta, tra gli altri, da M. DELLACASA, *Collocamento di prodotti*, cit., 1242; A. LUMINOSO, *Contratti di investimento,* mala gestio *dell'intermediario e rimedi esperibili dal risparmiatore*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 1428 s. Una differenziazione dei rimedi a seconda del servizio prestato è sostenuta da quest'ultimo Autore (*ibidem*), nonché da G. AFFERNI, *Sulla risoluzione dei singoli ordini*, cit., 623.

[17] È dato acquisito che l'azione di rivendicazione riconosciuta al mandante sulle cose mobili acquistate per suo conto dal mandatario senza rappresentanza (art. 1706, comma 1, c.c.) è indice dell'acquisto da parte del mandante della proprietà sulle cose senza bisogno di un atto di trasferimento da parte del mandatario. Sono state invece prospettate diverse tesi sul meccanismo giuridico attraverso cui l'effetto si produce. Per una ricostruzione dei problemi e delle opinioni v. per tutti G. DI ROSA, *Il mandato*, I, *Artt. 1703-1709*, in *Comm. Schlesinger-Busnelli*, 2012, *sub* art. 1706, 111 ss., cui si rinvia per ulteriori riferimenti.

natura dell'ordine, che parrebbe rimanere un'istruzione, non soggetta ad autonoma risolvibilità, e anzi conferma che tra intermediario e cliente non è sempre neppure necessario un autonomo atto di trasferimento.

3. – In giurisprudenza non si dubita neppure che il contratto quadro di investimento possa essere risolto per inadempimento, con la conseguente possibilità di impugnare – vedremo come – le operazioni di investimento poste in essere in esecuzione dello stesso. In dottrina, accanto a opinioni favorevoli[18], mostrano perplessità coloro i quali ritengono che il contratto quadro sia un contratto normativo privo del requisito della sinallagmaticità[19].

Invero, anche in questo caso la qualificazione del contratto quadro e degli ordini di investimento, che ha molto occupato la dottrina e che tutt'ora non ha una risposta univoca, non sembra vada sopravvalutata ai nostri fini. Il significato che gli interpreti hanno attribuito alla nozione di «contratto a prestazioni corrispettive» rilevante ai fini dell'art. 1453 c.c., infatti, non è restrittivo, ma anzi è assai ampio, in quanto non richiede una particolare intensità del vincolo reciproco e coincide con l'area dei «contratti a titolo oneroso quando l'obbligazione inadempiuta sia obiettivamente rilevante nell'economia dell'affare»[20], cui il contratto quadro non pare estraneo.

È vero che tra le diverse tesi avanzate sulla natura dei contratti di investimento alcune riconoscono al contratto quadro una corrispettività più intensa di altre: da un lato, la tesi che equipara il contratto quadro di investimento a un mandato, in cui gli ordini sono considerati atti esecutivi, rinviene nel contratto quadro il momento negoziale, ridimensionando l'ordine a mero atto esecutivo[21], mentre, sul versante opposto, si trovano le

[18] M. MAGGIOLO, *Servizi ed attività d'investimento*, cit., 499; M. RESCIGNO, *La responsabilità civile*, cit., 539 ss.; V. ROPPO, *La tutela del risparmiatore*, cit., 905.

[19] A. ALBANESE, *Regole di condotta e regole di validità nell'attività d'intermediazione finanziaria: quale tutela per gli investitori delusi?*, in *Corr. giur.*, 2008, 120 s.; A. PERRONE, *Regole di comportamento e tutele degli investitori.* Less is more, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, 551. Diversa la posizione di D. MAFFEIS, *I contratti del mercato finanziario*, cit., 425, secondo il quale, nei servizi di esecuzione di ordini e di negoziazione in contropartita diretta, la risoluzione può riguardare soltanto le singole operazioni.

[20] C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, III ed., Milano, 2021, 281 s. Nei medesimi termini U. CARNEVALI, *La risoluzione per inadempimento. Premesse generali*, in U. CARNEVALI – E. GABRIELLI – M. TAMPONI, *La risoluzione*, in *Il contratto in generale*, VIII**, in *Tratt. Bessone*, Torino, 2011, 9 ss.

[21] In proposito segnala da ultimo A. BARTALENA, *La disciplina dei servizi e delle attività e i contratti*, in M. CERA – G. PRESTI (diretto da), *Il Testo Unico finanziario*, cit., 395, che il riferimento al mandato sarebbe generico e consentirebbe di spiegare solo alcuni aspetti della disciplina del contratto di investimento.

opinioni che considerano tanto il contratto quadro quanto i singoli ordini operazioni contrattuali collegate, di cui il contratto quadro fa da cornice[22]. Il momento negoziale è del tutto spostato sulle operazioni di investimento per chi ritiene il contratto quadro un contratto normativo, mentre è più equilibrato l'orientamento di chi gli attribuisce natura *sui generis*[23].

L'opinione che vede nel contratto quadro un contratto normativo[24] non pare però pienamente aderente alla funzione da esso svolta. È sicuramente

[22] Oltre alle opinioni citate *supra*, alla nota 12, v. anche, tra gli altri, A. ALBANESE, *Regole di condotta*, cit., 120; A. LUMINOSO, *Contratti di investimento*, cit., 1424 s.

[23] In generale sul profilo della qualificazione del contratto quadro di investimento v. M. MAGGIOLO, *Servizi ed attività d'investimento*, cit., 464 ss. Meritevole di particolare attenzione la tesi di A. GENTILI, *Inadempimento dell'intermediario e vizi genetici dei contratti di investimento*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, 33 s., il quale rinviene nei rapporti tra intermediario e cliente una struttura tripartita in un contratto quadro o di mandato, in un successivo momento di prestazione di opera professionale dell'intermediario nei confronti del cliente e in contratti esecutivi. L'opinione della giurisprudenza pare ben riassunta nell'affermazione secondo cui «il contratto quadro definisce il contenuto delle operazioni che potranno essere poste in atto in futuro e determina l'insorgenza di taluni obblighi: ma è con il singolo "ordine" che l'investitore decide quale atto porre concretamente in essere avvalendosi dell'operato dell'intermediario (conferendo, ad esempio, all'intermediario stesso uno specifico mandato avente ad oggetto l'acquisto o la vendita di alcuni prodotti finanziari, oppure concludendo direttamente con detto soggetto contratti relativi a titoli che quegli già detenga nel proprio portafoglio)» (Cass., 31 agosto 2017, n. 20617, in *De Jure*).

[24] Tema sul quale v. F. D'ARCANGELO, *Il contratto normativo*, in *Obbl. e contratti*, 2008, 62 ss.; M. DOSSETTO, voce *Contratto normativo*, in *Nov. Dig. it.*, IV, Torino, 1957, 663 ss.; R. FERCIA, voce *Contratto normativo*, in *Dig. it., disc. priv., sez. civ.*, Agg. VIII, Assago, 2013, 194 ss.; G. GITTI, *Contratti regolamentari e normativi*, Padova, 1994; G. GUGLIELMETTI, *I contratti normativi*, Padova, 1969; ID., voce *Contratto normativo*, in *Enc. giur. Treccani*, IV, Roma, 1988; S. MAIORCA, voce *Normativo (contratto)*, in *Dig. it., disc. priv., sez. civ.*, XII, Torino, 1995, 169 ss.; F. MESSINEO, voce *Contratto normativo e contratto-tipo*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 116 ss.; A. ORESTANO, *Accordo normativo e autonomia negoziale*, Padova, 2000. Nel testo la critica alla qualificazione del contratto quadro di investimento come contratto normativo si fonda sulle reciproche obbligazioni che da esso sorgono. Rispetto a questo argomento, che ha carattere assorbente, possono rimanere in secondo piano altri due profili di possibile criticità. Il primo è che probabilmente non sempre le operazioni di investimento danno luogo a singoli e autonomi contratti o, comunque, vi è anche una componente, nella fase attuativa del contratto di investimento, che non è riducibile alla stipulazione di contratti e che è invece fatta di flussi informativi reciproci. Si tratta di attività che non sembrano riducibili alla categoria del contratto normativo, il quale ha esattamente la funzione di regolare il contenuto di un futuro contratto: v. per tutti S. MAIORCA, voce *Normativo (contratto)*, cit., 170. Un secondo profilo che è appena il caso di segnalare è che, quand'anche l'esecuzione del contratto quadro si concretizzasse nella stipulazione di contratti, essi solo raramente interverrebbero tra il cliente e l'intermediario. Sicché dovrebbe presupporsi che il contratto normativo regolasse le

vero che il contratto quadro fa da cornice a un rapporto che non si esaurisce in esso e regola le modalità di conferimento degli ordini, i costi a carico del cliente, i limiti e le caratteristiche dei servizi: in questo senso un carattere anche normativo del contratto quadro pare innegabile. Rispetto a un contratto (esclusivamente) normativo, però, il contratto quadro di investimento si distingue anzitutto perché impone direttamente obblighi alle parti: si pensi all'obbligo, per l'intermediario, di eseguire i servizi scelti dal cliente e agli obblighi di informazione, diligenza, trasparenza; e, dall'altro lato, all'obbligo di pagamento del corrispettivo in capo al cliente, che trova la sua fonte direttamente nel contratto quadro. Si tratta di un contenuto che va ben oltre l'indicazione delle clausole di futuri contratti. Anziché a un contratto a causa «debole»[25] come il contratto normativo, ci troviamo dunque di fronte a un contratto da cui sorgono direttamente diritti e obblighi in capo alle parti. Non solo. Sebbene sia vero che è con l'ordine di investimento che vengono individuati elementi essenziali dell'operazione, come il titolo, la quantità e il prezzo, il momento causale – in cui, cioè, il senso economico e giuridico dell'operazione è determinato – pare da ricondurre al contratto quadro e alla scelta, effettuata a priori rispetto all'ordine, del servizio prestato[26]. Inoltre, a seguito della stipulazione del contratto quadro le parti non rimangono pienamente libere di dare corso o meno a future operazioni, come lo sono in presenza di un contratto

condizioni contrattuali di negozi tra il cliente e terzi. Ciò non è escluso dalla definizione di contratto normativo, che conosce anche il c.d. contratto normativo aperto. Cfr. ancora S. MAIORCA, voce *Normativo (contratto)*, cit., 170 e già F. MESSINEO, voce *Contratto normativo*, cit., 117.

[25] L'insegnamento di F. MESSINEO, voce *Contratto normativo*, cit., 117 è che «è ragione di equivoco, chiamare col nome di «contratto normativo», un istituto, il quale deve poggiare indubbiamente sopra un elemento volontario, ma che, privo com'è, di funzione dispositiva, non ha affatto la sostanza del contratto».

[26] Non così Cass., 3261/2018, cit., la quale, all'opposto, ha ritenuto che «il momento negoziale delle singole operazioni di investimento non può rinvenirsi nel contratto quadro».

normativo[27]. Al contrario, l'intermediario è obbligato a porle in essere, salvo che ricorra un obbligo di astensione[28].

Pare esservi, dunque, un discreto grado di corrispettività dei reciproci obblighi delle parti che sorgono già per effetto del contratto quadro, sicché può essere condiviso l'orientamento giurisprudenziale che ne ammette la risoluzione per inadempimento. La struttura dei contratti di investimento – nella parte in cui essi obbligano l'intermediario a dare seguito alle istruzioni del cliente – pare poi consentire di ricavare la disciplina del rimedio per analogia con il mandato a titolo oneroso, il quale è ritenuto risolvibile per inadempimento[29], ancorché il rimedio conviva con il recesso per giusta causa.

Quanto all'estensione temporale degli effetti della risoluzione, ai sensi dell'art. 1458 c.c., l'operazione economica[30] avviata dal contratto quadro si proietta tendenzialmente nel tempo e, sovente, gli interessi del cliente e dell'intermediario trovano soddisfazione attraverso l'estensione temporale del rapporto[31]: si pensi al servizio di gestione di portafogli, in cui il

[27] P. SIRENA, *Effetti e vincolo*, in M. COSTANZA (a cura di), *Effetti*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, III, II ed., Milano, 2023, 112 ricorda, da ultimo che «[u]n contratto che obblighi, o comunque vincoli, una delle parti o entrambe a stipulare contratti futuri non si considera […] come normativo, proprio perché quest'ultimo […] limita la libertà delle parti contraenti solo sul «come» […], ma non sul «se»», salva sempre la facoltà delle parti di rafforzare il contenuto del contratto normativo (*ivi*, 115).

[28] Così D. ACHILLE, *Contratto d'intermediazione finanziaria e violazione degli obblighi d'informazione: tra nullità del contratto e responsabilità dell'intermediario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 1456 s.

[29] G. MINERVINI, *Il mandato. La commissione. La spedizione*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1954, 227; A. LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, in *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni*, Milano, 1984, 524 ss.; D. MAFFEIS, *Le obbligazioni del mandatario e del mandante*, in P. SIRENA (a cura di), *I contratti di collaborazione*, in *Tratt. Rescigno-Gabrielli*, Assago, 2011, 214; G. AMADIO, *Inattuazione e risoluzione: le fattispecie*, in V. ROPPO (a cura di), *Rimedi-2*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, II ed., Milano, 2022. Un accenno in Cass., 9 giugno 1994, n. 5622, in *De Jure*, secondo cui «[i]n presenza di un mandato oneroso a tempo indeterminato, che non abbia conosciuto un principio di esecuzione, nel caso in cui sopravvenga una revoca non sorretta da giusta causa né data con preavviso, la revoca stessa è equiparata ad un inadempimento e, applicando di conseguenza la norma sulla risoluzione per inadempimento, si ricollegano ad essa gli effetti d'uno scioglimento retroattivo del contratto e quindi gli interessi legali sulla cauzione si pagano a decorrere dalla data di conclusione del contratto stesso». *Contra* L. NANNI, *Dell'estinzione del mandato. Art. 1722-1730*, in *Comm. Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna-Roma, 1994, *sub* art. 1722, 11 ss.

[30] Sulla cui rilevanza giuridica v. E. GABRIELLI, voce *Operazione economica*, in G. D'AMICO (diretto da), *Il contratto*, in *Enc. dir. – I tematici*, I, Milano, 2021, 729 ss.

[31] Si fa riferimento al tratto distintivo dei contratti di durata individuato da A. LUMINOSO, *Il rapporto di durata*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 527, e così nel fatto che «essendo

«mandato»[32] conferito all'intermediario implica una necessaria durata del rapporto. L'art. 1458 c.c. non pone, però, una dicotomia tra un'ampia categoria di contratti di durata e i contratti a esecuzione istantanea, ma dispone che la risoluzione non impatta sulle prestazioni eseguite prima dell'inadempimento[33] se il contratto è a prestazioni continuate o periodiche e cioè qualora, secondo l'interpretazione consolidata, l'esecuzione del contratto preveda singole coppie di prestazioni che soddisfano di per sé, in parte, i reciproci interessi e che una volta eseguite possano dirsi definitivamente acquisite al patrimonio delle parti[34]. Rispetto a un ragionamento in astratto, come potrebbe essere l'equiparazione *tout court* del

persistente nel tempo il bisogno o l'interesse da soddisfare, durevole è il risultato che il contratto programma e, di conseguenza, durevole non può che essere la realizzazione del diritto o della diversa situazione giuridica cui è affidata la tutela di quell'interesse». La tesi, come noto, intende in parte superare quella tradizionale, ritenuta eccessivamente restrittiva, di G. OPPO, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, 143 ss. e *ivi*, 1944, 18 ss., ora anche in ID., *Obbligazioni e negozio giuridico. Scritti giuridici*, III, Padova, 1992, 200 ss., che limitava la categoria del contratto di durata ai contratti a effetti obbligatori, incentrando il discorso sulla prestazione e non sull'interesse della parte.

[32] Così testualmente l'art. 1, comma 5-*quinquies*, TUF.

[33] Gli effetti della risoluzione non sono irretroattivi, ma retroagiscono all'inadempimento anziché alla conclusione del contratto: P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, 75; Cass., 13 dicembre 2012, n. 22902, in *De Jure*.

[34] V. in proposito U. CARNEVALI, *Gli effetti della risoluzione*, in U. CARNEVALI – E. GABRIELLI – M. TAMPONI, *La risoluzione*, cit. 204 ss., il quale illustra che nel contratto ad esecuzione continuata o periodica devono essere isolabili coppie di prestazioni che, di volta in volta, realizzano (in parte) il sinallagma, mentre nei contratti che esulano da questa categoria vi è una prestazione unitaria, ancorché astrattamente frazionabile, la quale se interamente svolta soddisfa l'interesse di controparte. In senso simile anche M. DELLACASA, in M. DELLACASA – F. ADDIS, *Inattuazione e risoluzione: i rimedi*, in V. ROPPO (a cura di), *Rimedi-2*, cit., 540, il quale illustra che «la categoria comprende i soli contratti in cui entrambe le prestazioni sono ad esecuzione continuata o periodica; se infatti una di esse fosse ad esecuzione istantanea, l'irretroattività della risoluzione comporterebbe una situazione di squilibrio». In giurisprudenza: «L'art. 1458 c.c., nella parte in cui prevede che l'effetto retroattivo della risoluzione del contratto per inadempimento non si estende, nel caso di contratti ad esecuzione continuata o periodica, alle prestazioni già eseguite, esclude la possibilità di restituzione di queste ultime solo quando esse abbiano avuto piena efficacia satisfattiva delle ragioni del creditore. Pertanto, nei contratti con prestazioni corrispettive, la fattispecie così delineata dalla norma si realizza esclusivamente rispetto agli adempimenti la cui creazione soddisfi le reciproche ragioni creditorie in attuazione del nesso sinallagmatico, talché rispetto alle reciproche prestazioni eseguite, il rapporto debba intendersi esaurito senza alcun effetto restitutorio, per il già intervenuto riequilibrio delle situazioni reciproche delle parti in relazione alle prestazioni pregresse» (Cass., 24 giugno 1995, n. 7169, in *One Legale*; similmente Cass., 11 ottobre 2019, n. 26862, *ivi*).

contratto quadro a un mandato[35], sembra preferibile una relativizzazione delle soluzioni in base al servizio in concreto prestato. Vi sono servizi di investimento, come la menzionata gestione di portafogli, in cui appare difficile frazionare l'esecuzione del contratto in fasi autonome, tali per cui solo alcune possano essere rimosse dalla risoluzione, perché solitamente l'intermediario persegue una strategia tramite una serie coordinata di atti[36]; più dubbio può essere il caso dell'esecuzione di ordini o della negoziazione in contropartita diretta, in cui ciascuna operazione di investimento, cui corrisponde il pagamento delle relative commissioni, potrebbe apparire isolabile e idonea a soddisfare compiutamente i reciproci interessi. Ancora diverso il caso in cui all'esecuzione di ordini si accompagni una consulenza: anche in questo caso l'esecuzione delle operazioni, che pure segue a specifici ordini del cliente, si inserisce in una più ampia cornice in cui il singolo atto di investimento può essere strumentale a un'operatività complessiva, raccomandata all'investitore dall'intermediario. Qualora il servizio prestato sia tale da consentire di isolare singole operazioni, che abbiano parzialmente esaurito il sinallagma – sarà, di regola, il caso dell'esecuzione di ordini o della negoziazione per conto proprio – sembra possibile una risoluzione del contratto quadro con effetti dal momento dell'inadempimento, con salvezza delle operazioni svolte in precedenza.

La risoluzione del contratto quadro priva di titolo le operazioni di investimento, *ab origine* o dal momento dell'inadempimento, giacché esse, in assenza di un valido contratto di investimento, sarebbero nulle. Si pone il problema della legittimazione a far valere l'inefficacia delle operazioni di investimento, caducate le quali entrambe le parti hanno diritto alle restituzioni, ferma ovviamente la sola legittimazione dell'investitore a chiedere la risoluzione del contratto quadro per un inadempimento dell'intermediario. Una prima soluzione consiste nel ritenere legittimate entrambe le parti, assimilando l'inefficacia delle operazioni a valle a una nullità sopravvenuta[37], come accade nei negozi collegati, risolto uno dei

[35] Per la retroattività della risoluzione del mandato, A. LUMINOSO, *Mandato*, cit., 525; ID., *Il conflitto di interessi nel rapporto di gestione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 756; D. MAFFEIS, *Le obbligazioni*, cit., 214. *Contra* L. NANNI, *Dell'estinzione del mandato*, cit., 12.

[36] Secondo D. MAFFEIS, *I contratti del mercato finanziario*, cit., 426, la differenza tra la gestione e gli altri servizi, e in particolare l'esecuzione di ordini e la negoziazione in contropartita diretta, è strutturale: in questi a ogni ordine dell'investitore corrisponderebbe la stipulazione di un contratto tra intermediario e cliente, autonomamente risolvibile, mentre il contratto di gestione potrebbe essere risolto solo nella sua interezza.

[37] Nel senso che la risoluzione del contratto quadro farebbe venir meno necessariamente tutte le operazioni di investimento, così potendosi rivelare, in concreto, un rimedio dannoso per l'investitore, S. CICCHINELLI, *I rapporti*

quali l'altro, se dipende dal primo, è nullo per mancanza di causa[38], con l'effetto che anche l'intermediario sarebbe legittimato a far valere l'inefficacia di operazioni risultate vantaggiose per l'investitore e che le conseguenti restituzioni potrebbero produrre un saldo negativo per il cliente. La tesi potrebbe apparire stridente con un sistema rimediale, a disposizione del cliente, in cui occupano un rilevante spazio le nullità di protezione, per cui solo il cliente è legittimato a impugnare le operazioni svolte in esecuzione di un contratto nullo, salvi i correttivi giurisprudenziali alla selettività dell'impugnativa[39]. Non sembra però questa una valida ragione per introdurre, per via interpretativa, un regime speciale della legittimazione alle impugnative conseguenti alla risoluzione: l'investitore può chiedere la risoluzione, ricorrendone i presupposti, del contratto quadro, con effetti *ab origine* o dal momento dell'inadempimento e, in caso di accoglimento della domanda, ciascuna parte è legittimata a chiedere l'accertamento dell'inefficacia di operazioni di investimento e a ripetere quanto trasferito all'altra. Un onere di autoresponsabilità in capo all'investitore, indotto ad agire solo qualora il saldo complessivo dell'operatività sia a suo sfavore – circostanza che, peraltro, potrebbe talvolta rilevare anche ai fini della gravità dell'inadempimento ai sensi dell'art. 1455 c.c. —, può avere positive implicazioni deflattive del contenzioso e prevenire impugnative selettive verso cui il diritto vivente mostra prudenza.

4. – Nei casi in cui si è detta ammissibile, la risoluzione del contratto quadro con effetto dal momento dell'inadempimento è una forma di risoluzione parziale, che mantiene ferme le operazioni svolte in precedenza e fa venir meno tutte le successive, oltre a impedire la prosecuzione del rapporto. Si tratta ora di capire, esclusa la risolvibilità di singoli ordini, se un'espunzione delle operazioni interessate dall'inadempimento (e pregiudizievoli per l'investitore) e la prosecuzione del rapporto possano ottenersi per il tramite di un'altra forma di risoluzione parziale del contratto quadro, soluzione che talvolta affiora in giurisprudenza e in dottrina[40] e che

dell'intermediazione finanziaria tra danno e responsabilità, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2015, 456 s.; A. PERRONE, *Regole di comportamento*, cit., 551.

[38] Sull'impatto delle patologie di un contratto su quello da esso dipendente v. tra le molte, Cass., 31 luglio 2024, n. 21508, in *De Jure*.

[39] *Supra*, par. 1, spec. *sub* nota 6.

[40] Cass. 8394/2016, cit. rifiuta espressamente la tesi della risoluzione di singoli ordini come risoluzione parziale del contratto quadro. La parziale risolvibilità dei contratti con prestazioni divisibili è richiamata invece dalla più recente Cass., 12937/2017, cit., per argomentare la rispondenza della risoluzione di singoli ordini al

consentirebbe, attraverso uno strumento giuridico diverso, di raggiungere il medesimo risultato dell'impugnativa di singoli ordini.

Quanto ai presupposti tradizionalmente individuati ai fini della risoluzione parziale, pare sicuramente possibile ipotizzare un inadempimento parziale dell'intermediario[41]. In taluni casi sembrerebbe anche possibile riscontrare – similmente a quanto si è detto ai fini dell'applicazione dell'art. 1458 c.c.[42] – una divisibilità[43] della sua prestazione di fare: è il caso dell'esecuzione di ordini, non invece della gestione patrimoniale o di un rapporto di consulenza.

A opporsi all'impugnativa di singoli ordini attraverso la risoluzione parziale del contratto, però, non è tanto la natura delle prestazioni dedotte in contratto, quanto, più in generale, l'effetto della risoluzione parziale, che non sembra compatibile con lo scopo che le si vorrebbe attribuire. La risoluzione parziale serve, infatti, a «ridurre» il contratto[44], a eliminarne parte del regolamento, amputandolo dell'obbligazione rimasta inadempiuta e della controprestazione corrispettiva. La caducazione di uno o più ordini di investimento, a ben vedere, non sarebbe una risoluzione parziale del contratto quadro, il quale rimarrebbe intatto nel suo contenuto, ma l'eliminazione di alcuni effetti. Sembra esservi una sostanziale differenza rispetto alla risoluzione del contratto quadro a far data dall'inadempimento: quest'ultima estingue reciproche obbligazioni, riducendo il contenuto del

diritto generale dei contratti. In dottrina C. RINALDO, *La risoluzione dei singoli ordini*, cit., 406 ritiene la risoluzione di singoli ordini una forma di risoluzione parziale del contratto quadro.

[41] Che è il primo dei presupposti della risoluzione parziale. Su cui v. A. GENTILI, *La risoluzione parziale*, Napoli, 1990 e inoltre C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, cit., 319 ss.; U. CARNEVALI, *Gli effetti della risoluzione*, cit., 212 ss.; L. NANNI, *sub* art. 1458, in L. NANNI – M. COSTANZA – U. CARNEVALI, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., 116 s.; A. FONDRIESCHI, *La prestazione parziale*, Milano, 2005, spec. 324 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 914; R. SACCO, in R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, IV ed., Assago, 2016, 1613 ss.; G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, in *Comm. Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2007, *sub* art. 1458, 775 ss.; P. TRIMARCHI, *Il contratto*, cit., 80 ss. In giurisprudenza cfr. Cass., 16 novembre 2020, n. 25845, in *De Jure*; Cass., 2 luglio 2013, n. 16556, *ivi*; Cass., 13 dicembre 2010, n. 25157, *ivi*; Cass., 20 maggio 2005, n. 10700, *ivi*; Cass., 21 dicembre 2004, n. 23657, in *Contratti*, 2005, 654 s., con nota di G. OPROMOLLA, *Risoluzione parziale del contratto*; Cass., 15 aprile 2002, n. 5434, in *Contratti*, 2003, 238 s., con nota di M. POLLAROLI, *La risoluzione parziale per inadempimento del contratto*.

[42] *Supra*, par. 2.2.1.

[43] Requisito della risoluzione parziale su cui v. tra gli altri P. TRIMARCHI, *Il contratto*, cit., 80 e U. CARNEVALI, *Gli effetti della risoluzione*, cit., 215.

[44] Ampiamente A. GENTILI, *La risoluzione parziale*, cit., spec. 253 ss.

contratto, mentre esse rimarrebbero integralmente intatte se si eliminassero solo alcune operazioni di investimento.

Escluso, quindi, che la risoluzione possa essere utilizzata per impugnare singole operazioni di investimento, secondo parte della dottrina, oggi con l'avallo di un'importante sentenza della Corte di cassazione a Sezioni Unite[45], un risultato analogo è però perseguibile dall'investitore, in rilevanti ipotesi di inadempimento dell'intermediario, anche se non in tutte, attraverso il rifiuto dell'atto compiuto in eccesso di mandato dall'intermediario ai sensi dell'art. 1711 c.c. L'atto che esorbita dal mandato, e così dall'oggetto del rapporto gestorio[46], è inteso come l'atto compiuto in violazione dei doveri dell'ufficio dell'intermediario, ossia posto in essere quando l'intermediario era tenuto ad astenersi: sarebbero, ad esempio, per i servizi operati in regime di adeguatezza (consulenza, gestione), i casi in cui l'intermediario non abbia correttamente profilato l'investitore o in cui l'operazione non è adeguata; nei servizi prestati in regime di appropriatezza

[45] Cass., S.U., 12 maggio 2020, n. 8770, tra le altre in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 1098 ss., con nota di G. CALABRESE, *Quantità e qualità dell'alea come elemento necessario del derivato IRS*, ha espressamente statuito che «l'intermediario finanziario è un mandatario dell'investitore, tenuto a fornire raccomandazioni personalizzate al suo assistito; sicché ove l'intermediario, nella prestazione del servizio, compia l'operazione quando doveva astenersi o senza il consenso dell'investitore, gli atti compiuti non possono avere efficacia, a prescindere dal fatto che la condotta dell'agente sia qualificata in termini di inadempimento o di nullità, con conseguente risarcimento del danno». Più di recente v anche Cass., 19 marzo 2024, n. 7315, in *De Jure*, così massimata: «In tema di intermediazione finanziaria, laddove sia convenuto fra le parti che l'oggetto dell'investimento debba individuarsi in titoli a basso rischio, il modo dell'esecuzione del mandato ricevuto non può rientrare nella discrezionalità dell'intermediario finanziario, costituendo piuttosto il contenuto dell'obbligazione che grava sul medesimo quale mandatario dell'investitore, così che ai sensi dell' art. 1711 c.c. restano a sua carico gli atti esorbitanti dal mandato ricevuto, dovendo pertanto rispondere dei danni arrecati in conseguenza della negoziazione di titoli ad alto rischio od acquistati su ordinativi contenenti la firma apocrifa dell'investitore, nei limiti delle perdite subite dal cliente per effetto dell'eccesso del mandato». M. BARCELLONA, *Mercato mobiliare e tutela del risparmio*, Milano, 2009, 53 s. collega gli effetti retroattivi della risoluzione del mandato alla norma sul rifiuto dell'atto da parte del mandante, scrivendo che qualora l'operazione di investimento sia stata eseguita dall'intermediario in nome proprio e nell'interesse dell'investitore «la retroattività della risoluzione nei rapporti tra le parti (*ex* art. 1458) fa venir meno il mandato e rende, perciò, applicabile il dispositivo dell'art. 1711, comma 1: l'operazione resta a carico dell'intermediario e questi è tenuto a restituire al cliente le somme utilizzate ai sensi degli artt. 2033 ss.». V. ancora D. MAFFEIS, *I contratti del mercato finanziario*, cit., 61 s. e 420 ss.; A. GENTILI, *Inadempimento dell'intermediario*, cit., 44; A. LUMINOSO, *Il conflitto di interessi*, cit., 766.

[46] A. LUMINOSO, *Mandato*, cit., 539; G. DI ROSA, *Il mandato*, II, *Artt. 1710-1730*, in *Comm. Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2017, *sub* art. 1711, 23.

(negoziazione per conto proprio, esecuzione di ordini), sarebbe il caso in cui l'intermediario non ha raccolto le informazioni sul cliente; sarebbe inoltre l'ipotesi in cui l'intermediario versi in una situazione di conflitto di interessi[47]. Non si tratta, coerentemente con l'interpretazione dell'art. 1711 c.c.[48], dell'intera area dell'inadempimento dell'intermediario: resterebbero in linea di massima escluse, ad esempio, le violazioni di obblighi informativi, che costituiscono una fattispecie che ricorre con frequenza in giurisprudenza.

L'atto gestorio che eccede il mandato è inopponibile all'investitore e non produce effetto nei suoi confronti[49]: ne conseguono obbligazioni restitutorie analoghe a quelle che fanno seguito alla risoluzione[50].

In conclusione: non sembra possibile la risoluzione di singoli ordini di investimento, neppure come risoluzione parziale del contratto quadro, ma il medesimo effetto può essere raggiunto dall'investitore, nei casi in cui l'intermediario abbia violato un obbligo di astensione, con il rifiuto dell'atto dell'intermediario ai sensi dell'art. 1711 c.c. Pare invece ammissibile la risoluzione del contratto quadro, per l'intero o, ricorrendone i presupposti, con effetto dal momento dell'inadempimento ai sensi dell'art. 1458 c.c.

5. – Se, per qualsiasi ragione, il contratto di investimento o singole operazioni vengono meno o sono inefficaci nei confronti del cliente, le parti sono tenute alle reciproche restituzioni su domanda dell'altra. In concreto, la ripetizione del capitale è lo scopo perseguito dal cliente che ha impugnato il

[47] Un elenco di fattispecie si ritrova in D. MAFFEIS, *I contratti del mercato finanziario*, cit., 422. Un'interpretazione ancora più ampia si coglie in Cass., 19 marzo 2024, n. 7315, cit.

[48] Che distingue l'inadempimento che dà luogo anche al rimedio di cui all'art. 1711 c.c. dall'inadempimento cui conseguono gli strumenti di tutela ordinari del mandante: v. per tutti A. LUMINOSO, *Mandato*, cit., 537.

[49] Nei termini dell'inopponibilità si è espressa Cass., 10 marzo 1995, n. 2802, in *De Jure*. Che la conseguenza non sia solo il risarcimento del danno emerge dalla specialità del rimedio di cui all'art. 1711 c.c. rispetto ai generali rimedi a disposizione del mandante. E difatti C. SANTAGATA, *Del Mandato. Delle obbligazioni del mandatario. Delle obbligazioni del mandante*, *Art. 1710-1721*, Bologna-Roma, 1998, *sub* art. 1711, 97 s. contrappone i casi in cui è applicabile il rimedio a quelli in cui il mandante può chiedere soltanto il risarcimento del danno.

[50] Secondo A. LUMINOSO, *Rappresentanza e mandato a confronto*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 761, la risoluzione e la reiezione degli effetti del mandato sono entrambi strumentali alla «rimozione degli effetti del mandato». Il rimedio di cui all'art. 1711 c.c. comporta, pertanto, la «reiezione (dalla sfera del mandante) degli effetti economici dell'atto gestorio» e, come la risoluzione, la «caducazione (anche) di quegli effetti giuridici del mandato volti a riversare sul mandatario i risultati pratico-sostanziali dell'atto gestorio».

contratto o le operazioni; spesso, invece, l'intermediario non propone domande restitutorie.

Il contratto di investimento impugnato dall'investitore è un contratto che si è rivelato economicamente svantaggioso per il cliente, sicché le restituzioni normalmente aumentano la consistenza patrimoniale dell'investitore. È quanto avviene anche nei casi di risoluzione di contratti rivelatisi svantaggiosi (si pensi all'acquisto di un bene che perde valore, in cui il prezzo restituito è d'importo maggiore rispetto al valore del bene che l'acquirente deve restituire al venditore): in simili ipotesi, non si dubita che le restituzioni possano produrre tale apparente arricchimento (che arricchimento non è, trattandosi, al contrario, di ricostituzione dello *status quo ante*) della parte fedele[51], pur implicando, come vedremo, significativi

[51] Sovente si verifica l'ipotesi opposta, perché la parte di un contratto tende a rendersi inadempiente allorché la prestazione inadempiuta abbia un valore superiore a quello della controprestazione ed essa confida di poter reperire una migliore occasione sul mercato (P. TRIMARCHI, *Il contratto*, cit., 94). Si ipotizzi un contratto di vendita con effetto differito di un bene dal valore di 120 al prezzo di 100. Il venditore potrebbe rendersi inadempiente confidando di poter trovare sul mercato un acquirente disponibile a pagare 120 o più. Se il compratore chiede la risoluzione, evita l'esborso o ottiene la restituzione di 100, ma non vede soddisfatto il suo interesse positivo, giacché l'adempimento gli avrebbe assicurato un'utilità di 20. Invece, illustra ancora P. TRIMARCHI, *Il contratto*, cit., 95, «se il corrispettivo supera il valore oggettivo della prestazione inadempiuta, la sua restituzione pone il creditore insoddisfatto in una situazione almeno apparentemente migliore di quella in cui si sarebbe trovato se il contratto fosse stato pienamente adempiuto». È il caso di un affare cattivo, in cui «la risoluzione del contratto costituisce, per il creditore insoddisfatto, un effettivo vantaggio». Simili considerazioni valgono a spiegare l'utilità economica ritratta dall'investitore nella risoluzione dei contratti di investimento, mentre non aderiscono alla fattispecie più frequente della prestazione del servizio di esecuzione di ordini, perché non è l'intermediario ad avere percepito definitivamente il corrispettivo. Ad ogni modo, con riguardo alle ipotesi in cui attraverso le restituzioni la parte si trovi in una posizione apparentemente migliore «non vi è dubbio che il compratore [in caso di vendita, ma il principio si estende anche ai nostri casi] possa ottenere la restituzione dell'intero prezzo o dell'intero acconto pagato senza che il venditore sia legittimato a dedurre in compensazione la perdita che il primo avrebbe subito qualora lo scambio fosse stato attuato» (M. DELLACASA, in M. DELLACASA – F. ADDIS, *Inattuazione e risoluzione*, cit., 567). Anche nel caso in cui il titolo avesse perso valore dopo l'acquisto non sembra ricorrere un'ipotesi di deterioramento del bene, tenuto altresì conto della causa del contratto, per cui apprezzamenti e deprezzamenti del titolo sono intrinseci all'operazione economica. Non sembrano qui poter trovare applicazione, dunque, considerazioni che si ispirano alla teoria del saldo, di origine tedesca, e che mirano a un riequilibrio delle prestazioni restitutorie, la cui compatibilità con l'ordinamento italiano è comunque discussa. Riferimenti minimi nella dottrina italiana, cui qui si rinvia, sono: P. RESCIGNO, voce *Ripetizione dell'indebito*, in *Nov. Dig. it.*, XV, Torino, 1968, 1234 ss.; A. DI MAJO, *La teoria del saldo e la irripetibilità delle prestazioni*, nota a Trib. Roma, 1 luglio

effetti sul danno risarcibile. Va sin d'ora però precisato che mentre in queste ultime ipotesi il valore delle restituzioni supera l'interesse positivo (perché il prezzo restituito è maggiore del valore reale del bene e così dell'utilità attesa dal contratto), nel caso di cui ci occupiamo la conservazione del capitale, che è l'importo oggetto di restituzione, è di regola l'utilità (minima) che il cliente avrebbe potuto legittimamente attendersi in caso di corretto adempimento da parte dell'intermediario.

Perché una parte possa essere condannata alle restituzioni deve essere *accipiens*. Ciò non significa che l'intermediario sia tenuto alle restituzioni nel solo caso in cui abbia agito in contropartita diretta, incamerando il corrispettivo di una vendita[52], ma è sufficiente che questi, come accade il più delle volte, abbia ricevuto dal cliente, ai fini l'esecuzione dell'operazione, una somma di denaro, anche a titolo di provvista per l'acquisto eseguito in qualità di mandatario senza rappresentanza[53].

Va segnalato, ancora in via di premessa, che la ricostruzione della disciplina delle restituzioni conseguenti alla risoluzione, e segnatamente la diretta applicabilità delle norme sull'indebito il ricorso a un diverso sistema di regole, è tema complesso da tempo all'attenzione della dottrina, che emerge in particolare rispetto al problema delle restituzioni di frutti e interessi, di cui si dirà, ma assume anche una portata generale[54]. Interessa

2004, in *Corr. giur.*, 2004, 1503 ss.; P. GALLO, voce *Restituzioni contrattuali*, in *Dig. it., disc. priv., sez. civ.*, Agg. VI, Assago, 2011, 802 ss.; ID., *Obbligazioni restitutorie e teoria del saldo*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, III, 2, Milano, 1998, 385 ss.; E. BARGELLI, *"Sinallagma rovesciato" e ripetizione dell'indebito. L'impossibilità della* restitutio in integrum *nella prassi giurisprudenziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 99 s. V. in ogni caso per gli specifici problemi relativi alla vendita, al concambio o all'annullamento dei titoli tra il momento dell'acquisto e quello della risoluzione *infra*, par. 3.2.

[52] Così invece G. AFFERNI, *Sulla risoluzione dei singoli ordini*, cit., 623. s., secondo cui se l'intermediario non agisce in contropartita diretta «non può essere tenuto a restituire la somma investita, la quale non è stata in alcun modo pagata all'intermediario, né a titolo di prezzo, né a titolo di provvista per l'esecuzione del mandato che gli è stato conferito per l'acquisto del titolo».

[53] Così A. ALBANESE, *Regole di condotta*, cit., 108: «L'intermediario pertanto sarà tenuto alla restituzione delle somme investite soltanto qualora le abbia incassate come corrispettivo dovutogli per la cessione di titoli che erano già nel suo portafoglio ovvero come mezzi somministratigli dal cliente ai sensi dell'art. 1719 c.c. per l'esecuzione di un mandato senza rappresentanza, avente per oggetto l'acquisto degli strumenti finanziari». Nel medesimo senso, nel caso in cui l'intermediario agisca quale mandatario senza rappresentanza dell'investitore, M. BARCELLONA, *Mercato mobiliare e tutela del risparmio*, cit., 53 s.

[54] Sin d'ora, sul problema di ordine generale, salvo tornare *infra* al par. 3.3 sul problema delle restituzioni di interessi e frutti con specifici riferimenti, si vedano, quanto meno, E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, Milano, 2010, spec. 472; A. BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie*, in *Scritti in onore di*

qui indagare specifici profili applicativi, in cui, come vedremo, affiora il problema di fondo, alle cui soluzioni dottrinali si farà di volta in volta riferimento, tenendo a mente le peculiarità dell'operazione economica di cui si tratta e lo scopo di evitare arricchimenti ingiustificati e speculazioni.

6. – L'intermediario è tenuto a restituire il capitale investito dal cliente e gli interessi maturati; il cliente deve restituire, se l'intermediario lo chiede, i titoli e i frutti che ne ha tratto, come cedole o dividendi[55]. La recente giurisprudenza di legittimità lo ha ben messo a fuoco statuendo che «quando sia dichiarata la risoluzione del contratto d'investimento in valori mobiliari, si ingenerano tra le parti reciproci obblighi restitutori, dovendo l'intermediario restituire l'intero capitale investito, mentre l'investitore è obbligato alla restituzione del valore delle cedole corrisposte e dei titoli acquistati, secondo la disciplina di cui all'art. 2038 c.c.; i reciproci crediti vantati dalle parti, ove ne ricorrano i presupposti, possono compensarsi legalmente, ai sensi dell'art. 1243 c.c.»[56].

Un primo problema può sorgere dall'impossibilità, per l'investitore, di una restituzione in natura, che può discendere dalla vendita dei titoli, dal concambio con altri titoli o dall'annullamento degli stessi. Nel caso in cui i titoli siano stati venduti, la soluzione largamente condivisa è che l'investitore, per effetto dell'applicazione analogica dell'art. 2038, comma 1, c.c., è tenuto a restituire il corrispettivo percepito[57]. In questo modo, di fatto,

---

Giuseppe Auletta, II, Milano, 1988, 245 ss.; A. LUMINOSO, *Obbligazioni restitutorie e risarcimento del danno nella risoluzione. Per inadempimento*, *ivi*, 502 ss.; ID., *sub* art. 1453, in A. LUMINOSO – U. CARNEVALI – M. COSTANZA, *Risoluzione per inadempimento*, I, 1, *Art. 1453-1454*, in *Comm. Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna-Roma, 1990, 405 ss.; L. GUERRINI, *Le restituzioni contrattuali*, Torino, 2012, 1 ss.; C. CASTRONOVO, *La risoluzione del contratto dalla prospettiva del diritto italiano*, in *Europa e dir. priv.*, 1999, 803 ss.; A. D'ADDA, *Gli obblighi conseguenti alla pronuncia di risoluzione del contratto per inadempimento tra restituzioni e risarcimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, 529 ss.; M. DELLACASA, *restituzioni e regime dei rimedi contrattuali: un'analisi critica del diritto applicato*, in *Contratto impr.*, 2018, 1120 ss.; P. GALLO, voce *Restituzioni contrattuali*, cit., 796 ss.; E. MOSCATI, *Caducazione degli effetti del contratto e pretese di restituzione*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 435 ss.; M. AMBROSOLI, *Le restituzioni nella risoluzione del contratto per inadempimento*, in G. DE NOVA (a cura di), *Le restituzioni contrattuali*, Assago, 2012, 157 ss.; C. TRANQUILLO, *Risoluzione per inadempimento e funzione delle restituzioni*, in *Europa e dir. priv.*, 2015, 813 ss.

[55] M. MAGGIOLO, *Servizi ed attività d'investimento*, cit., 509 s.

[56] Cass., 30 gennaio 2019, n. 2661, in *De Jure*, testualmente ripresa dalla successiva Cass., 17 agosto 2020, n. 17948, *ivi*.

[57] In giurisprudenza lo chiariscono Cass., 16 marzo 2018, n. 6664, in *De Jure*, secondo la quale «qualora […] i titoli siano stati […] rivenduti a terzi, in applicazione dell'art. 2038 c.c. è dovuta la restituzione del corrispettivo conseguito o, in caso di

ipotizzando la possibile compensazione tra le poste restitutorie, l'investitore si troverebbe a percepire l'equivalente della perdita pecuniaria data dal capitale investito meno quanto percepito dalla rivendita. Nel caso in cui i titoli siano stati annullati, sembra applicabile, per analogia, l'art. 2037, comma 3, c.c., dettato in materia di perimento della cosa ricevuta in buona fede, secondo cui l'*accipiens* è tenuto alle restituzioni nei limiti dell'arricchimento. Poiché, di regola, un eventuale arricchimento dell'investitore, essendo pari a zero il valore del capitale, potrebbe derivare da interessi o frutti percepiti prima dell'annullamento del titolo, pare opportuno che la restituzione degli stessi segua la disciplina speciale che sarà analizzata nel prossimo paragrafo.

Ha destato perplessità il caso, che è stato posto in concreto all'attenzione della giurisprudenza, dell'adesione all'offerta pubblica di scambio di obbligazioni del governo argentino, all'esito della quale il cliente aveva consegnato tutte le obbligazioni detenute ottenendone in cambio di diverse. Secondo una recente pronuncia di legittimità, l'adesione all'offerta pubblica di scambio avrebbe «comportato la novazione del rapporto preesistente, onde ne consegue che nessun interesse, tale da giustificare l'accoglimento della formulata domanda risolutoria in ordine all'operazione anzidetta, residua in capo [agli investitori] a conseguire la chiesta pronuncia in relazione ad un rapporto estinto ed improduttivo perciò di effetti a seguito dell'adesione alla proposta del Governo argentino»[58]. Va precisato che l'oggetto della pronuncia è la risolvibilità degli ordini di investimento, problema che si pone a monte delle restituzioni ma che su di esse può evidentemente incidere.

L'orientamento non pare meritevole di condivisione, perché l'adesione dell'investitore al concambio delle obbligazioni non sembra poter integrare una novazione del rapporto intercorrente con l'intermediario. A parte il fatto che il contratto di permuta non interviene tra le parti del contratto di investimento, ma tra l'investitore e l'emittente del titolo, che è terzo rispetto

vendita in mala fede, del valore equivalente», e Cass. 2661/2019, cit. Sembra riferirsi a questa ipotesi A. BARTALENA, *La disciplina*, cit., 403 allorché scrive che «il cliente dovrebbe restituire alla controparte gli strumenti finanziari che sono ancora nella sua disponibilità o, in difetto, il loro controvalore». Sembra da escludere che l'investitore possa essere in qualche caso considerato *accipiens* di mala fede ai sensi del secondo comma della norma.

[58] Cass., 31 maggio 2018, n. 13994, in *De Jure*. L'argomentazione è stata ripresa da Cass., 19 settembre 2022, n. 27378, in *Giur. it.*, 2577 s., per escludere che potesse ravvisarsi un concorso di colpa del cliente nella mancata adesione all'OPS del governo argentino, e ciò perché un'adesione avrebbe privato il cliente – secondo quanto statuito da Cass. 13994/2018, cit. – della legittimazione a domandare la risoluzione.

al contratto tra cliente e intermediario, lo scambio di obbligazioni con un terzo non fa venire meno il rapporto, di natura obbligatoria, esistente con l'intermediario, neppure se il terzo è l'emittente del titolo[59].

L'ordinanza sembra però intercettare un problema concreto, al di là della *ratio decidendi* espressa, che non investe l'impugnativa contrattuale, ma il conseguente piano delle restituzioni: il possibile arricchimento di un investitore che conservi dei titoli concambiati – si presume in grado di avere una stabilità di valore maggiore – e al tempo stesso riceva la restituzione dell'intero capitale investito. Problema che si porrebbe qualora non vi fosse un coordinamento tra la domanda restitutoria dell'intermediario e l'intervenuto concambio dei titoli. Non sembra però che questa corretta preoccupazione possa passare dall'esclusione dell'impugnativa contrattuale, perché essa deve, invece, essere affrontata ancora una volta con un'applicazione analogica dell'art. 2038 c.c. a una permuta, come è lo scambio di titoli in adesione all'offerta di scambio[60]. Se si ammette tale applicazione analogica, l'oggetto delle restituzioni dell'investitore dovrebbe essere il corrispettivo della permuta, ossia i titoli ricevuti dall'investitore: l'intermediario restituisce quindi il capitale investito e riceve i titoli ottenuti dall'investitore per effetto dell'adesione all'offerta di scambio[61].

7. – Un problema di rilevante portata pratica è l'individuazione del *dies a quo* delle restituzioni degli accessori: gli interessi sul capitale investito e le eventuali utilità tratte dai titoli.

L'orientamento tradizionale, che negli ultimi decenni si è però mostrato vieppiù recessivo, è quello secondo cui, se le restituzioni derivano dalla risoluzione per inadempimento, in applicazione dell'art. 2033 c.c., la parte inadempiente, che viene equiparata a un *accipiens* di mala fede, restituisce i frutti della prestazione indebita dal momento del pagamento, mentre la parte non inadempiente, equiparata a un *accipiens* di buona fede, restituisce i

[59] Così anche M. DELLACASA, in M. DELLACASA – F. ADDIS, *Inattuazione e risoluzione*, cit., 612 s., *sub* nota 212.

[60] Sull'estensibilità in via analogica dell'art. 2038 c.c., anche se sotto altri profili, v. E. BACCIARDI, *Alienazione della cosaa determinata indebitamente ricevuta*, in E. BARGELLI (a cura di), *Ripetizione d'indebito*, Assago, 2014, 390 s. Ammette specificamente l'applicazione della norma alla permuta, e non solo alla vendita, V. CARBONE, *sub* art. 2033, in R. LENER (a cura di), *Della gestione d'affari. Del pagamento dell'indebito. Dell'arricchimento senza causa*, in *Comm. Gabrielli*, Assago, 2015, 172, illustrando che «il richiamo […] va fatto, in generale, a tutti gli atti giuridici di disposizione che comportano il trasferimento del bene, anche se il testo normativo si riferisce alla sola vendita, non potendo non essere compresi altri contratti ad effetti reali di disposizione (…), come la permuta».

[61] M. MAGGIOLO, *Servizi ed attività d'investimento*, cit., 510 s.

frutti dal momento della domanda giudiziale. Traferito nel campo della risoluzione dei contratti di investimento, l'orientamento implicherebbe che l'intermediario, parte inadempiente, sarebbe tenuto a restituire il capitale con gli interessi dal momento del pagamento, mentre il cliente restituirebbe i frutti degli investimenti dal momento della domanda giudiziale[62]: una soluzione che appare irragionevole , perché il cliente percepirebbe i profitti sul capitale come se non lo avesse impiegato e, al tempo stesso, tratterrebbe parte dei profitti dell'investimento[63], così cumulando utilità derivanti dal godimento diretto del capitale con utilità derivanti da un impiego dello stesso.

Per dare corso all'orientamento tradizionale e insieme scongiurare simile effetto indesiderato, in dottrina si è ipotizzato che l'intermediario possa opporre un'eccezione di arricchimento ingiustificato o un'*exceptio doli*[64]. La prima però non sembrerebbe praticabile, da un lato perché, se il regime delle restituzioni è conforme a legge, vi è una giusta causa di arricchimento e dall'altro perché l'arricchimento dell'investitore non corrisponde di regola (salvo il caso dell'acquisto in contropartita diretta) esclusivamente a un impoverimento dell'intermediario: questi si priva della somma di denaro pari a capitale e interessi, ma l'arricchimento del cliente è dato dal cumulo di tali voci con la permanenza dei frutti in capo all'investitore, che non rappresenta un impoverimento dell'intermediario, cui essi non sarebbero spettati. Neppure pare configurabile un'*exceptio doli* in sede restitutoria: come si è detto, la sede per valutazioni di proporzionalità e buona fede dell'impugnativa è, nella risoluzione per inadempimento, il giudizio di non scarsa importanza dell'inadempimento, mentre alla domanda restitutoria sembrano estranei profili di opportunismo e mala fede.

[62] Segnalandone le criticità, M. MAGGIOLO, *Servizi ed attività d'investimento*, cit., 515, per cui l'applicazione (adattata) dell'art. 2033 c.c. implicherebbe che «il prestatore di servizi di investimento sarebbe tenuto a corrispondere gli interessi sin dal momento del pagamento indebito, in ragione di una sua mala fede in ipotesi dimostrata dal cliente; mentre il cliente non sarebbe tenuto a restituire gli importi corrispondenti a cedole maturate o altri frutti prodotti dagli strumenti finanziari prima della domanda giudiziale».

[63] Segnala infatti M. MAGGIOLO, *Servizi ed attività d'investimento*, cit., 515, che «il cliente ottiene due volte la remunerazione del capitale che gli deve essere restituito. La remunerazione deriva innanzi tutto dalla prestazione degli interessi maturati su di esso a far data dall'investimento, e poi sarebbe ripetuta dove da quello stesso capitale fosse possibile ricavare un reddito ulteriore, trattenendo anche i frutti prodotti dagli strumenti finanziari con esso acquistati».

[64] M. MAGGIOLO, *Servizi ed attività d'investimento*, cit., 516.

Nonostante non manchino pronunce giurisprudenziali, in materia di servizi di investimento, fedeli all'orientamento tradizionale[65], si segnalano, in particolare in anni recenti, decisioni che adottano un criterio opposto. Un'ordinanza della Corte di cassazione, consapevole delle diverse soluzioni prospettate in dottrina e in giurisprudenza, ha ritenuto di dare continuità a un orientamento minoritario espresso dalla Corte in materia di vendita, secondo cui sulle somme di denaro da restituire decorrono interessi a far data dalla domanda giudiziale[66], così spostando il momento del computo degli interessi sul capitale che l'intermediario è tenuto a restituire all'esercizio della pretesa giudiziale del cliente. Simile soluzione è stata poi richiamata in una pronuncia che sembra distinguere apertamente tra il *dies a quo* della restituzione di titoli e cedole, che sarebbe quello dell'acquisto, e il *dies a quo* della restituzione degli interessi sul capitale investito, che è quello della domanda di risoluzione. Tale soluzione inverte, in senso favorevole all'intermediario, la decorrenza delle restituzioni di interessi e frutti rispetto all'orientamento tradizionale e pare principalmente dettato dall'esigenza di non arricchire l'investitore nel caso in cui questi non sia condannato alle restituzioni[67].

Quanto al panorama dottrinale, senza pretesa di ripercorrere le diverse tesi sul punto, si può osservare che nel campo della risoluzione per inadempimento si sono progressivamente consolidate opinioni che individuano un *dies a quo* comune della restituzione di frutti e interessi di entrambe le parti: meno seguita è l'opinione per cui entrambe le parti sono tenute alle restituzioni degli accessori dalla sentenza[68], più successo hanno le tesi che individuano tale momento in quello del pagamento[69] o della domanda giudiziale[70].

---

[65] V. ad esempio Cass., 6664/2018, cit.

[66] Cass., 20 marzo 2018, n. 6911, in *De Jure*, la quale ha accolto il ricorso con cui una banca lamentava che, a seguito della risoluzione, gli interessi sul capitale investito erano stati fatti decorrere dal pagamento e non dalla domanda. La pronuncia richiama espressamente il precedente Cass., 14 settembre 2004, *ivi*, in tema di vendita.

[67] Segnala la particolarità di questo orientamento nel contesto delle varie posizioni sulle restituzioni contrattuali M. DELLACASA, in M. DELLACASA – F. ADDIS, *Inattuazione e risoluzione*, cit., 573, *sub* nota 117.

[68] F. CARRESI, *Il contratto*, II, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1987, 911.

[69] A. BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento*, cit., 267 ss.; A. LUMINOSO, *Obbligazioni restitutorie*, cit., 502 ss.; E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., 406; A. D'ADDA, *Gli obblighi conseguenti*, cit., 529 ss.; U. CARNEVALI, *Gli effetti della risoluzione*, cit., 198; M. AMBROSOLI, *Le restituzioni*, cit., 187; G. VILLA, *Inadempimento contrattuale e risarcimento*, in V. ROPPO (a cura di), *Rimedi-2*, cit., 1234 ss. e *ivi* per ulteriori riferimenti. In giurisprudenza, tra le altre, Cass., 30 novembre 2022, n. 35280, in *De*

Un utile criterio per individuare quale sia la soluzione più accurata nel nostro caso può essere quello di evitare che le restituzioni possano essere occasione di opportunismi e speculazioni, che l'ordinamento, specialmente nel campo del diritto dei contratti di investimento, giudica con sfavore, come mostra la menzionata giurisprudenza sulla c.d. nullità selettiva[71]. Se si consente all'investitore di trattenere i frutti percepiti sino alla domanda giudiziale e di percepire gli interessi sul capitale da quel momento, si rischia di incentivare una domanda giudiziale che sia proposta non appena il rendimento del titolo scende sotto la soglia del saggio degli interessi. Al contrario, il reciproco obbligo di restituire le utilità percepite sin dal momento dell'*acceptio* esclude alla radice simili calcoli, obbligando ciascuna parte alle integrali restituzioni dei titoli, del capitale e delle utilità ritratte. Ovviamente, come diremo, ogni soluzione accolta nel campo delle restituzioni ha un impatto sul *quantum* del danno risarcibile nel caso in cui le due pretese, restitutoria e risarcitoria, si cumulino.

8. – Come si diceva in apertura, il rimedio che trova in concreto maggiore applicazione nel campo dei servizi di investimento è il risarcimento del danno, che può operare come rimedio autonomo, se il contratto non è caducato, o come rimedio concorrente con le restituzioni.

Va anzitutto chiarito un profilo che non è soltanto teorico, ma è denso di implicazioni pratiche. Nella dottrina sui servizi di investimento si rinviene l'affermazione per cui se il contratto è risolto il danno è parametrato all'interesse negativo, mentre se il contratto è mantenuto il danno è pari all'interesse positivo[72]. Da un lato, simile affermazione si inserisce nel noto dibattito sul danno da risoluzione, nel quale ancora oggi, alla tesi maggioritaria per cui il danno da inadempimento è sempre pari all'interesse positivo[73], si contrappone l'opinione per cui il danno da risoluzione sarebbe

Jure; Cass., 14 marzo 2017, n. 6575, *ivi*; Cass., 18 settembre 2014, n. 19659, *ivi*; Cass., 14 marzo 2017, n. 6575, *ivi*.

[70] P. TRIMARCHI, *Il contratto*, cit., 73 s. In giurisprudenza Cass., 19 luglio 2019, n. 19502, in *De Jure*.

[71] *Supra*, par. 1 e spec. *sub* nota 6.

[72] M. MAGGIOLO, *Servizi ed attività d'investimento*, cit., 509. Diversa ancora l'opinione di A. ALBANESE, *Regole di condotta*, cit., 121, che muoveva dal presupposto che si tratti di contratto valido ma sconveniente e riteneva il danno pari al minore vantaggio o maggiore aggravio economico. Era la logica sottesa a Cass., 29 settembre 2005, n. 19024, in *Danno e resp.*, 2006, 25 ss., con nota di V. ROPPO – G. AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*.

[73] In dottrina, per tutti, P. TRIMARCHI, *Interesse positivo e interesse negativo nella risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 637 ss.; ID., *Il contratto:*

pari all'interesse negativo o comunque sarebbe consentito alla parte delusa optare a sua scelta per l'uno o per l'altro[74]. Sotto altro aspetto, questa tesi assume un significato particolare nel contesto dei servizi di investimento perché, nella prima stagione di contenzioso sul c.d. risparmio tradito, spesso la giurisprudenza ha oscillato tra il ritenere la responsabilità dell'intermediario di natura precontrattuale, cui consegue in ogni caso un risarcimento parametrato all'interesse negativo, e considerarla di natura contrattuale.

Vi è forse un'altra ragione che potrebbe indurre l'interprete ad accostare il danno risarcibile all'interesse negativo, ed è che, come detto, ci troviamo dinanzi a contratti che si sono rivelati sconvenienti, in cui la pretesa

inadempimento e rimedi, Milano, 2010, 83 ss.; G. VILLA, *Inadempimento contrattuale e risarcimento*, cit., 1223 ss.; ID., *Brevi riflessioni sul danno da inadempimento e da risoluzione*, in *Giust. civ.*, 2024, 207 ss. La tesi è nettamente maggioritaria in giurisprudenza. Cfr. tra le altre Cass, 14 ottobre 2021, n. 28022, in *De Jure*. V. tra le altre Cass., 5 maggio 2020, *ivi*; Cass., 28 marzo 2001, n. 4473, *ivi*. Il problema è stato di recente sottoposto all'esame delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, le quali, in materia di danno spettante al locatore che avesse ottenuto la risoluzione del contratto, hanno ribadito che il danno dev'essere parametrato all'interesse positivo e che il locatore «ha diritto anche al risarcimento del danno per l'anticipata cessazione del rapporto, da individuare nella mancata percezione dei canoni concordati fino alla scadenza del contratto o al reperimento di un nuovo conduttore» (Cass., S.U., 25 febbraio 2025, n. 4892, in *De Jure*).

[74] La tesi della risarcibilità dell'interesse negativo in caso di risoluzione, maggioritaria sotto il codice previgente e argomentata sulla scorta del carattere retroattivo della risoluzione, è oggi sostenuta, tra gli altri, da G. GRISI, *Responsabilità e risoluzione del contratto*, in *Europa e dir. priv.*, 2018, 1149 ss. e da A. MONTANARI, *Risoluzione del contratto e risarcimento dell'interesse negativo*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, 813 e *ivi* per ulteriori riferimenti. V. anche l'articolata posizione di F. PIRAINO, *Il danno da risoluzione*, in *Corti fiorentine*, 2017, 49 ss. Originale, nel panorama dottrinale, la tesi di C. CASTRONOVO, *La risoluzione del contratto dalla prospettiva del diritto italiano*, in *Europa e dir. priv.*, 1999, 833 ss., secondo cui, poiché il danno è provocato dall'inadempimento, ma l'obbligazione inadempiuta si è estinta per effetto della risoluzione, «riferirsi all'interesse positivo […] significa imporre all'inadempiente il soddisfacimento di quell'interesse, che con la domanda di risoluzione si dichiara in pari tempo di non voler più perseguire». L'interesse perseguito dalla parte risolvente, invece, non è più quello all'adempimento (alla prestazione), ma all'integrità del patrimonio, con la conseguenza che il danno risarcibile è pari all'«interesse positivo […] depurato […] del valore della prestazione, non più dovuta in seguito alla risoluzione» il quale «si limita al lucro cessante, al vantaggio netto che il risolvente avrebbe conseguito con l'esecuzione del contratto». Ancora diversa l'opinione di A. LUMINOSO, *sub* art. 1453, cit., 352 ss., secondo il quale il danno da risoluzione sarebbe di regola pari all'interesse contrattuale positivo, ma la parte delusa sarebbe legittimata a chiedere, a sua scelta, l'interesse contrattuale negativo qualora un danno positivo non vi fosse oppure qualora il danno negativo superasse il danno positivo (ossia quando il contratto fosse per essa svantaggioso).

risarcitoria non tende normalmente a ottenere l'equivalente del profitto atteso, ma a recuperare una perdita: in sostanza, di fatto e salvo quanto diremo sul lucro cessante, a ripristinare uno *status quo ante*.

A simili considerazioni va opposto che il danno conseguente all'inadempimento dell'intermediario finanziario va in ogni caso parametrato all'interesse positivo. Poiché, infatti, il danno discende dall'inadempimento, non dalla risoluzione, esso è pari alle conseguenze pregiudizievoli della violazione dei doveri dell'intermediario e così a ogni conseguenza patrimoniale negativa dell'investimento. Né si deve cadere nell'equivoco per cui il ristoro di una perdita sarebbe necessariamente una voce di interesse negativo. Si pensi al caso, non lontano da quello di cui ci occupiamo, di un atto dannoso compiuto, per conto del mandante, dal mandatario infedele, in cui il risarcimento del danno è pari alla perdita che esso ha provocato. Si potrebbe essere portati a ritenere che il danno sia pari all'interesse negativo, perché è quantificato facendo riferimento alla consistenza che avrebbe avuto il patrimonio del mandante se l'atto gestorio infedele non fosse stato compiuto. Al contrario, il ristoro della perdita subita dal mandante è una voce di interesse positivo, perché se il mandatario avesse correttamente eseguito il contratto non avrebbe posto in essere l'atto gestorio dannoso. Non vi è, quindi, necessaria incompatibilità tra un risarcimento del danno che miri a eliminare le conseguenze di un fatto dannoso e interesse positivo[75].

Le voci dell'interesse positivo[76] sono il danno emergente pari alla perdita subita dall'investitore[77] e il lucro cessante individuato nel profitto

[75] L'esempio del danno contrattuale da atto gestorio infedele è invero utilizzato da A. LUMINOSO, *sub* art. 1453, cit., 380 per sostenere che «l'oggetto del risarcimento del danno non dipende dalla fase del ciclo contrattuale in cui l'illecito civile intervenga, ma dai caratteri della condotta lesiva e dal tipo di interesse inciso dall'illecito» (ID., *ivi*, 377), giacché in tal caso il danno risarcibile sarebbe parametrato all'interesse negativo, contrariamente a quanto illustrato nel testo. Osserva invece G. VILLA, *Inadempimento contrattuale e risarcimento*, cit., 1230 che in tal caso il risarcimento che riporta il mandante nella posizione in cui si sarebbe trovato se il mandatario non avesse posto in essere l'atto infedele è parametrato all'interesse positivo: «se si considera il contratto inadempiuto (il mandato), quel risarcimento soddisfa l'interesse positivo del mandante, perché raggiunge lo stesso risultato a cui si sarebbe pervenuti con il corretto adempimento dell'altra parte, ovvero con l'astensione dall'affare».

[76] A. BARTALENA, *La disciplina*, cit., 407; G. GIOIA, *Tutela giurisdizionale dei contratti del mercato finanziario*, in E. GABRIELLI – R. LENER (a cura di), *I contratti del mercato finanziario*, I, in *Tratt. Rescigno-Gabrielli*, II ed., Assago, 2011, 111 ss.; A. PERRONE, *Il diritto del mercato dei capitali*, cit., 251.

che l'investitore avrebbe potuto trarre da un investimento alternativo. Deve trattarsi, ovviamente, di conseguenze dell'inadempimento dell'intermediario: detto altrimenti, il risarcimento del danno non deve coprire l'investitore da rischi cui sarebbe stato comunque esposto[78]. Ad esempio, il ristoro dell'integrale perdita richiede l'accertamento, anche per presunzioni[79], che l'investitore non avrebbe investito alcuna somma o

[77] Cass., 23 marzo 2023, n. 8353, in *De Jure*: «il danno (emergente) patito dal risparmiatore, del resto, può essere correttamente individuato nel capitale perduto (cfr. Cass. n. 9027 del 2009)».

[78] M. RESCIGNO, *La responsabilità civile*, cit., 538 ipotizza il caso in cui l'intermediario provi che, in assenza dell'inadempimento, l'investitore avrebbe presumibilmente eseguito altri investimenti da cui sarebbe comunque derivata una perdita, ancorché minore. Le considerazioni sembrano coerenti con i principi generali in materia di causalità secondo cui il risarcimento del danno non deve tenere indenne il creditore/danneggiato da rischi cui sarebbe comunque stato esposto: G. VILLA, *Inadempimento contrattuale e risarcimento*, cit., 1195 e *ivi* per ulteriori riferimenti.

[79] Il ricorso alle presunzioni in materia di nesso causale nel risarcimento del danno per violazione degli obblighi dell'intermediario è diffuso e va coordinato con i non sempre lineari principi in materia di onere della prova enunciati in giurisprudenza. Come in ogni settore della responsabilità civile la regola generale è che l'onere della prova del nesso causale grava sul cliente che chiede il risarcimento. Così per tutti in dottrina M. RESCIGNO, *La responsabilità civile*, cit., 530 e, in giurisprudenza, tra le altre, Cass., 10 febbraio 2022, n. 4341, in *De Jure*, secondo cui l'ordinamento, «in armonia con la regola generale stabilita dall' articolo 1218 del codice civile, impone all'investitore, il quale lamenti la violazione degli obblighi informativi posti a carico dell'intermediario, nel quadro dei principi che regolano il riparto degli oneri di allegazione e prova, […] di fornire la prova del danno e del nesso di causalità tra inadempimento e danno, nesso che sussiste se, ove adeguatamente informato, l'investitore avrebbe desistito dall'investimento rivelatosi poi pregiudizievole». In senso conforme v. anche Cass., 20 marzo 2023, n. 7923, in *De Jure*; Cass., 31 agosto 2020, n. 18151, *ivi* e Cass., 26 ottobre 2020, n. 23450, *ivi*; Cass., 24 aprile 2018, n. 10111, *ivi*. In alcuni filoni del contenzioso tra intermediari e clienti emergono tendenze della giurisprudenza a ritenere presunto il nesso causale. Così nelle ormai numerose pronunce secondo cui «In tema di intermediazione finanziaria, il riscontrato inadempimento della banca agli obblighi di adeguata informazione ingenera una presunzione legale di sussistenza del nesso causale tra l'inadempimento e il danno patito dall'investitore suscettibile di prova contraria da parte dell'intermediario; quest'ultima, tuttavia, non può risolversi nella dimostrazione della generica propensione al rischio del cliente, desunta da scelte pregresse intrinsecamente rischiose, dovendo avere ad oggetto la sopravvenienza di fatti idonei a deviare il corso della catena causale derivante dall'asimmetria fra le parti» (Cass., 7 luglio 2023, n. 19322, in *De Jure*; in senso conforme, tra le tante, Cass., 2 maggio 2024, n. 11724, *ivi*; Cass., 27 giugno 2023, n. 18293, in *Contratti*, 2024, 165 ss., con nota di V. GIORGIANNI, *Sulla presunzione del nesso di causalità tra l'inadempimento degli obblighi informativi e la responsabilità dell'intermediario finanziario per il danno patito dall'investitore*; Cass., 11 novembre 2021, n. 33596, in *De Jure*; Cass., 17 aprile 2020, n. 7905, *ivi*). Sul punto e sulla natura della presunzione introdotta per via

avrebbe eseguito investimenti alternativi che avrebbero tendenzialmente consentito la conservazione del capitale. Viceversa, e volendo semplificare all'estremo, se al momento della sentenza il mercato obbligazionario ha registrato una flessione del 10% rispetto al momento dell'investimento e il titolo acquistato dall'investitore ha maturato perdite del 40%, l'esigenza di evitare l'arricchimento dell'investitore – *sub specie* di tenerlo indenne da rischi cui sarebbe comunque stato esposto – richiede di non ristorare l'intera perdita ma quella maturata rispetto all'investimento alternativo presumibile. Ciò non vale nel caso in cui l'intermediario abbia agito violando un obbligo di astensione, perché in tal caso, se l'intermediario avesse adempiuto correttamente l'investitore non avrebbe potuto porre in essere, suo tramite, alcun investimento di quel tipo[80]. Da tenere separato rispetto al profilo della causalità è inoltre la circostanza che l'investitore fosse propenso al rischio: l'inadempimento dell'intermediario incide sulla formazione di una scelta razionale dell'investitore, che presuppone una corretta informazione, sicché, se l'investitore non è stato informato, la sua eventuale propensione al rischio non interrompe il nesso causale tra quell'omessa informazione e il pregiudizio che ne è conseguito[81].

Il problema si pone, a maggior ragione, con riguardo al lucro cessante, il quale deve essere pari al profitto che l'investitore avrebbe potuto ricavare in assenza dell'inadempimento dell'intermediario. Se l'investitore ha un profilo conservativo, può rivelarsi utile la presunzione per cui questi avrebbe impiegato il capitale ottenendo quanto meno il tasso dei titoli di stato annuali[82]. La risarcibilità del lucro cessante non implica, tuttavia, che

giurisprudenziale v., anche per ulteriori riferimenti, A.A. DOLMETTA, *Violazione dei doveri informativi nei servizi di investimento e presunzione di nesso di causalità*, nota a Cass., 20 dicembre 2022, n. 37256 e a Cass., 14 dicembre 2022, n. 36554, in *Società*, 2023, 187 ss. Gli orientamenti qui riportati sono centrali nella più recente giurisprudenza di legittimità, come mostra la rassegna di E. NARDONE, *La responsabilità degli intermediari finanziari: armonie e distonie*, in *Resp. civ. prev.*, 2024, 412 ss.

[80] Si ritiene che qualora l'inadempimento dell'intermediario consista nella violazione di un obbligo di astensione il nesso causale sia *in re ipsa*. Cfr. D. MAFFEIS, *Disciplina degli obblighi meramente informativi dell'intermediario finanziario*, nota a Cass., 31 agosto 2020, n. 18153, in *Società*, 2020, 1383; ID., *I contratti del mercato finanziario*, cit., 456 s., nonché M. RESCIGNO, *La responsabilità civile*, cit., 535.

[81] Cfr. i riferimenti alla nota 79 che precede.

[82] M. MAGGIOLO, *Servizi ed attività d'investimento*, cit., 511 s.: «in via di principio si può sempre ricorrere alla regola sancita dalle sezioni unite, per cui a titolo di maggior danno va riconosciuta la differenza tra tasso di rendimento annuo netto di titoli di stato di durata inferiore a dodici mesi e saggio degli interessi legali». È la regola utilizzata dalla giurisprudenza per liquidare in via presuntiva il maggior

l'investitore possa essere messo *tout court* al tempo stesso al riparo da perdite e ottenere un profitto garantito, ciò che implicherebbe, al tempo stesso, un risarcimento dell'interesse positivo e negativo: deve quindi risultare, anche per presunzioni, che il cliente avrebbe comunque investito il capitale e che l'investimento avrebbe dato un pur minimo lucro.

Da ultimo, sebbene tramite il risarcimento sia tendenzialmente accordato all'investitore un ristoro dalla perdita subita, sarebbe inesatto concludere che risarcimento e restituzioni, di fatto, tendono a coincidere. A parte le ulteriori differenze su cui ci soffermeremo più a fondo, va sin d'ora ricordato, anzitutto, che il risarcimento, al contrario delle restituzioni, è ridotto o escluso dal concorso del fatto colposo dell'investitore (art. 1227, comma 1, c.c.) e non è dovuto per i danni evitabili con l'ordinaria diligenza (art. 1227, comma 2, c.c.)[83]. Inoltre il risarcimento del danno è ritenuto debito di valore, soggetto a rivalutazione monetaria e al decorso degli interessi compensativi[84].

9. – Se l'investitore non è tenuto a restituire i titoli, rimane in possesso dei prodotti finanziari e di eventuali frutti, ciò che incide sull'operazione aritmetica di quantificazione del danno. Il problema, in astratto, sorge in ogni caso in cui il cliente non è tenuto alle restituzioni – sia perché ha chiesto il solo risarcimento del danno, senza impugnare il contratto di investimento o le operazioni dannose, sia perché l'impugnativa non è stata accolta sia ancora perché, nonostante il contratto o le operazioni siano state caducate, l'intermediario non ha domandato le restituzioni —, ma, in concreto, esso è tendenzialmente percepibile nel solo caso in cui il risarcimento non si accompagni alla caducazione del contratto, perché altrimenti, come vedremo nel paragrafo che segue, il risarcimento è tendenzialmente assorbito dalle restituzioni ottenute dal cliente[85].

Ancora una volta si può osservare che alla base di simili interrogativi sta l'esigenza di ristorare integralmente il cliente ma, al tempo stesso, di non arricchirlo.

danno ai sensi dell'art. 1224, comma 2, c.c. Cfr. tra le pronunce di legittimità più recenti Cass., 9 luglio 2018, n. 18003, in *De Jure*.

[83] Un caso in cui trova spesso l'applicazione l'art. 1227 c.c. è quello della conservazione in portafoglio da parte dell'investitore, del titolo anche dopo averne compreso la rischiosità. Cfr. *ex multis* Cass., 14 novembre 2018, n. 29353, in *De Jure*; Cass., 27 aprile 2018, n. 10286, *ivi*.

[84] Tra le altre, Cass., 27 dicembre 2022, n. 37798, in *De Jure*.

[85] *Infra*, par. 6.

Quanto alla rilevanza dei titoli ancora in portafoglio, anche se concambiati[86], e delle cedole percepite dall'investitore ai fini della quantificazione del danno, una recente pronuncia ha affermato che, se il contratto o l'operazione non sono risolti – *recte*, se il cliente non è condannato alle restituzioni – «si deve tenere conto che l'investitore resta in possesso dei titoli, sicché, in applicazione del criterio generale della compensatio lucri cum damno dalla liquidazione va decurtato il valore residuo dei tioli acquistati […], nonché l'ammontare delle cedole nel frattempo riscosse»[87]. Il richiamo alla *compensatio lucri cum damno*, che pure non è nuovo in materia[88], è divenuto ricorrente nel lessico della giurisprudenza di legittimità sui rapporti tra intermediario e cliente negli ultimi anni, in contemporanea con la maggiore sensibilità al tema della *compensatio* oggetto di note pronunce a Sezioni Unite del 2018[89]. In alcuni precedenti la *compensatio* è stata richiamata per motivare la detrazione, dal danno risarcibile, delle cedole percepite dall'investitore, quale lucro da questi conseguito per effetto dell'illecito[90]; in altri, come quello citato, anche il controvalore dei titoli è considerato da sottrarre in ossequio alle regole della *compensatio*.

La soluzione raggiunta dalla giurisprudenza – la detrazione, dal danno risarcibile, del valore dei titoli al momento della sentenza e del valore dei frutti percepiti[91] – pare condivisibile, sebbene il richiamo alla *compensatio lucri cum damno* non sembri necessario per giustificare il criterio di quantificazione[92]. La detrazione del valore dei titoli in portafoglio è imposta

[86] Cass., 18 giugno 2018, n. 16088, in *De Jure*.

[87] Cass., 19 aprile 2023, n. 10429, in *De Jure*.

[88] Si veda già in senso critico M. MAGGIOLO, *Servizi ed attività d'investimento*, cit., 519.

[89] Cass., S.U., 22 maggio 2018, nn. 12564, 12565, 12566, 12567, in *Danno e resp.*, 2018, 410 ss. Nella dottrina più recente v., tra gli altri, U. IZZO, *La «giustizia» del beneficio. Fra responsabilità civile e welfare del danneggiato*, Napoli, 2018; P. GALLO, Compensatio lucri cum damno *e benefici collaterali. Parte prima: la* compensatio lucri cum damno *e le sue trasformazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 851 ss.; ID., Compensatio lucri cum damno *e benefici collaterali. Parte seconda: applicazioni e confini*, *ivi*, 1116 ss.; M. FRANZONI, *La* compensatio lucri cum damno *nel III millennio*, in *Danno e resp.*, 2019, 5 ss.; L. REGAZZONI, *La* compensatio lucri cum damno *tra causa e funzione del beneficio*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 279 ss.

[90] Cass., 18 giugno 2018, n. 16088, in *De Jure*; Cass., 6 marzo 2020, n. 6477, *ivi*.

[91] Criterio di quantificazione che, tra gli altri, si ritrova espresso in A. PERRONE, *Il diritto del mercato dei capitali*, cit., 251 s.

[92] Nel senso del testo M. FRANZONI, *La* compensatio lucri cum damno, cit., 5: «Il danno conseguente all'acquisto di obbligazioni argentine è pari al capitale investito, meno il valore delle cedole riscosse ed il controvalore dei titoli concambiati, ma non perché questi valori positivi debbano essere considerati un arricchimento derivante

dall'esigenza di quantificare il danno quale differenza patrimoniale del danneggiato/creditore[93]: fermandoci al danno emergente, esso è pari all'intero capitale investito solo se i titoli ancora in portafoglio non hanno valore, altrimenti la perdita, e così il danno, è la differenza tra il capitale investito e il controvalore dei titoli[94].

Anche la detrazione del valore delle cedole percepite (o dei frutti in generale) sembra la conseguenza di un'applicazione degli ordinari criteri di stima del danno[95]. Sebbene, all'apparenza, il lucro (le cedole percepite) e il danno (la perdita) possano sembrare conseguenza del medesimo fatto, in realtà la percezione dei frutti non discende causalmente dall'inadempimento dell'intermediario, ma dell'acquisto del titolo; viceversa la perdita è causata direttamente dall'inadempimento. Più semplicemente, se il titolo ha prodotto delle utilità per l'investitore, la perdita subita si è

dal medesimo fatto illecito, ma perché il patrimonio non si è impoverito di quegli importi». L'impostazione sembra coerente con quella seguita, in via generale, da G. VILLA, *Inadempimento contrattuale e risarcimento*, cit., 1202 s., secondo cui «in alcune decisioni viene qualificata come compensazione tra lucro e danno una semplice operazione aritmetica effettuata nel calcolo del risarcimento», ma «si tratta piuttosto di un'applicazione del principio per cui il risarcimento non può determinare l'arricchimento del danneggiato».

[93] Sul tema v. per tutti P. TRIMARCHI, *Il contratto*, cit., 118.

[94] M. MAGGIOLO, *Servizi ed attività d'investimento*, cit., 517 chiarisce che si tratta di un criterio di quantificazione del danno, scrivendo che «per determinare la perdita subita, ai sensi dell'art. 1223 c.c., occorre […] sottrarre dall'importo nominale del capitale investito il valore attuale degli strumenti finanziari, determinato in riferimento al momento della sentenza». Per certi versi il caso sembra accostabile a quelli, pur diversi, ricordati da P. GALLO, Compensatio lucri cum damno *e benefici collaterali. Parte prima*, cit., 857, in cui non opera una *compensatio*, ma, poiché l'illecito determina una perdita di valore non integrale di un bene, nel determinare il danno occorre sottrarre alla perdita il valore residuo.

[95] Contrario alla detrazione M. MAGGIOLO, *Servizi ed attività d'investimento*, cit., 519, che, dialogando con alcuni precedenti di merito, esclude l'operatività della *compensatio*. Per quanto detto nel testo, l'assenza dei presupposti della *compensatio* non esclude necessariamente la detrazione del valore dei frutti dal danno risarcibile. Può segnalarsi che i contratti di borsa sono tradizionalmente terreno in cui è richiamato l'istituto pretorio della *compensatio*, ma proprio il tenore degli esempi tradizionali rende chiaro come essa non attenga ai criteri di quantificazione del danno di cui ci stiamo occupando. A. DE CUPIS, *Il danno*, I, III ed., Milano, 1979, 313 portava, come esempio di *compensatio* in materia, il caso del banchiere che, ritardando la vendita dei titoli, provoca un danno pari a maggiori spese, ma consente al cliente di profittare dell'aumento del valore dei titoli tra il momento in cui la vendita avrebbe dovuto essere posta in essere e quello in cui essa ha effettivamente luogo. Questo caso, in cui effettivamente lucro e danno sono originati dall'inadempimento, ricorda il classico esempio di *compensatio* del ritardo nella vendita di un terreno, che nel frattempo diviene edificabile.

corrispondentemente ridotta e una quantificazione del danno conforme al principio indennitario impone di detrarre le utilità percepite nel calcolo del risarcimento. Sia consentito un esempio tratto da tutt'altro contesto economico: se l'allevatore acquista una mucca malata, la quale partorisce un vitello sano prima di morire, il danno che l'allevatore può lamentare nei confronti del venditore è la differenza tra il prezzo corrisposto e l'utilità percepita, che per semplicità possiamo stimare nel valore del vitello, al netto dei costi sostenuti per trarre l'utilità; il calcolo non è però frutto di una *compensatio*, perché la nascita del vitello non è conseguenza dell'inadempimento del venditore, consistente nella vendita di una cosa viziata.

Sul punto può infine segnalarsi che la giurisprudenza di legittimità ha elaborato, sulla scorta di principi espressi in materia di criteri di quantificazione del danno aquiliano in caso di risarcimento parziale, articolati criteri per rendere omogenee a livello monetario le somme da sottrarre[96]: può qui osservarsi che ancora la linea di tendenza è quella di evitare ingiusti arricchimenti.

10. – Problema connesso con l'esigenza di non arricchire l'investitore detraendo il valore dei titoli in portafoglio è la possibilità che tale valore si modifichi nel tempo, potendo non solo diminuire – ciò che legittima un incremento in corso di causa del *petitum* da parte del cliente —, ma anche aumentare, con una conseguente diminuzione del danno risarcibile, anche in un momento successivo alla sentenza. Una recente pronuncia di legittimità si è fatta carico del problema, proponendosi di dare ulteriore specificazione alla regola per cui – ad avviso della Corte di cassazione, in applicazione dei principi che presiedono alla *compensatio lucri cum damno* – dal danno risarcibile vanno detratti il valore dei titoli e i frutti percepiti dal cliente. «A completamento di tali principi», la Corte ha statuito che «occorre pure considerare, sul piano della esatta liquidazione del danno, come dovuta la

[96] Cass., 24 maggio 2018, n. 12926, in *De Jure*; Cass., 27 agosto 2020, n. 17948, *ivi* e, da ultimo, Cass., 6 settembre 2022, n. 26202, *ivi*, secondo cui «In tema di risarcimento del danno cagionato dall'intermediario per violazione dei doveri informativi previsti dal d.lgs. n. 58 del 1998 , spettano al cliente danneggiato la rivalutazione monetaria del credito da danno emergente e gli interessi compensativi del lucro cessante, a decorrere dal giorno della sottoscrizione delle obbligazioni (giorno di verificazione dell'evento dannoso), poiché, in assenza di risoluzione del contratto, l'obbligazione di risarcimento del danno da inadempimento contrattuale costituisce, al pari dell'obbligazione risarcitoria da responsabilità aquiliana, un debito di valore, e non di valuta, tenendo luogo della materiale utilità che il creditore avrebbe conseguito se avesse ricevuto la prestazione dovutagli», richiamata dalla più recente Cass., 26 novembre 2024, n. 30439, *ivi*.

restituzione dei titoli, pur al momento della decisione reputati privi di valore residuo», «tutte le volte in cui non sia stato […] accertato […] che essi siano insuscettibili di riacquista[re] [valore] in futuro in favore del cliente, ad esempio perché annullati, ceduti definitivamente o per altra ragione». La Corte è così giunta a legittimare una condanna del cliente alle restituzioni, pur in assenza della caducazione del contratto o delle operazioni di investimento e di domanda dell'intermediario, in applicazione della «regola del risarcimento integrale e non superiore al danno» e del «principio generale del divieto di indebito arricchimento, espresso dall'azione residuale dell'art. 2041 c.c.»[97].

La pronuncia muove da un problema senz'altro rilevante, che è la permanenza in capo al cliente di un bene suscettibile di aumentare di valore e quindi di provocarne, in cumulo con il risarcimento del danno, un arricchimento, ma offre una soluzione difficilmente accettabile, condannando il cliente alle restituzioni in assenza della caducazione del contratto e di una domanda di ripetizione. Le restituzioni non sono anzitutto compatibili con il sistema del risarcimento del danno né con quello dell'arricchimento senza causa. Su quest'ultimo punto occorre poi puntualizzare che il richiamo all'art. 2041 c.c. può essere accolto se, con esso, si intende affermare che l'ordinamento tende a respingere una ultracompensazione del risarcimento; viceversa, appare inopportuno che, nei casi in cui non è l'intermediario ad essersi privato dei titoli per consegnarli al cliente, in quanto esegue il servizio di ricezione e trasmissione di ordini, come nella fattispecie oggetto dalla pronuncia, si richiami l'ingiustificato arricchimento, perché la permanenza dei titoli nel portafoglio del cliente non consegue a un impoverimento dell'intermediario[98].

La composizione degli interessi contrapposti deve allora passare da una quantificazione del danno il più possibile vicina alla realtà al momento della sentenza. Ciò impone di tenere conto di tutti gli elementi fattuali disponibili (in quanto allegati e provati dalle parti) sino al momento della sentenza (o, meglio, sino alla precisazione delle conclusioni)[99], attraverso ogni mezzo di

[97] Cass., 5 maggio 2022, n. 14178, in *Società*, 2023, 73 ss., con nota di D. MAFFEIS, *Valore residuo degli strumenti finanziari e liquidazione del danno all'investitore*.

[98] Così D. MAFFEIS, *Valore residuo*, cit., 82.

[99] In materia di quantificazione del danno in materia di servizi di investimento fa espressamente riferimento alle «quotazioni ufficiali al momento della decisione» Cass., 12 luglio 2022, n. 22002, in *De Jure*. In dottrina, D. MAFFEIS, *Valore residuo*, cit., 79 precisa che la quantificazione va riferita all'«ultimo momento utile del processo in cui l'attore abbia potuto allegare e provare il valore, e lo abbia fatto», sicché «secondo l'opinione comune, il valore dello strumento finanziario, successivo alla decisione, non è rilevante». Si tratta di considerazioni coerenti con i principi generali in materia di responsabilità civile. Cfr. P. TRIMARCHI, *Il contratto*, cit., 160 e M. FRANZONI, *Fatti*

prova offerto dalle parti. Non potrà però diminuirsi il *quantum* del risarcimento per il solo fatto che i titoli possano in astratto vedere aumentare il loro valore in un momento successivo a quello di riferimento della pronuncia.

11. – Se il contratto è risolto o comunque caducato, l'investitore può chiedere la restituzione di capitale e interessi e il risarcimento del danno. A prescindere dal fatto che il cliente sia o meno tenuto a restituire i titoli o l'equivalente, occorre coordinare la restituzione del capitale con il risarcimento, tenuto conto che normalmente l'interesse perseguito dall'investitore è riappianare la perdita, cosa che si verifica per effetto delle restituzioni. Alla facoltà di cumulo delle domande di restituzione e risarcimento del danno si contrappone, dunque, il necessario coordinamento, in termini di *quantum*, tra i due esborsi da parte dell'intermediario.

La regola generale, pensata dalla dottrina per i casi in cui normalmente si verifica un inadempimento, e così nei casi in cui, in assenza dell'inadempimento, il contratto sarebbe stato profittevole per il danneggiato, è che dal calcolo dell'interesse positivo va detratto il valore della prestazione restituita[100]. Spese e costi non sono oggetto del risarcimento del danno, che è parametrato all'interesse positivo, ma le commissioni percepite dall'intermediario sono restituite a seguito della risoluzione.

Nel nostro caso, poiché il contratto ha provocato una perdita in capo all'investitore, le restituzioni assorbono invece gran parte del danno. Non solo: l'investitore non può cumulare i frutti della prestazione restituita, ossia gli interessi sul capitale, e i profitti che avrebbe tratto se il contratto fosse stato eseguito, per il generale principio per cui non può ottenersi la restituzione del valore di godimento della controprestazione e insieme trattenere i frutti derivanti dal suo impiego[101]. L'opzione più razionale –

illeciti. Art. 2043-2059, in *Comm. Scialoja-Branca-Galgano-De Nova*, II ed., Bologna-Roma, 2020, *sub* art. 2056, 599.

[100] U. CARNEVALI, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 35.

[101] ID., *La risoluzione per inadempimento*, cit., 36: «l'eventuale risarcimento per il mancato valore di godimento della controprestazione non può essere cumulato con il valore di godimento della prestazione dovuta dal contraente non inadempiente e da questi trattenuta nel suo patrimonio oppure recuperata (…), ma occorre compiere le opportune compensazioni tra i due valori». Nel medesimo senso (anche se in una prospettiva diversa da quella esposta nel testo, secondo la quale il concorso tra risarcimento e restituzioni inciderebbe sul contenuto di queste ultime) v. anche M. DELLACASA, in M. DELLACASA – F. ADDIS, *Inattuazione e risoluzione*, cit., 580, secondo cui «se allora al risarcimento dell'interesse positivo potesse aggiungersi la restituzione dei frutti e degli interessi della prestazione eseguita, al contraente deluso

considerato quanto si è detto sopra sulla corrispettività delle restituzioni – è che l'investitore percepisca i frutti sul capitale dal pagamento, mentre l'intermediario possa domandare la restituzione dei frutti dall'acquisto del titolo.

Il risarcimento di un danno ulteriore rispetto al valore delle restituzioni passa insomma dalla prova di un lucro cessante superiore agli interessi sul capitale investito.

12. – Tra le indicazioni delle Sezioni Unite del 2007, che indirizzavano il contenzioso sulla violazione di regole di condotta dell'intermediario nella prestazione di servizi di investimento verso la disciplina dell'inadempimento contrattuale, la giurisprudenza successiva ha valorizzato in particolare l'apertura all'uso dello strumento risolutorio, ammettendo un'impugnativa, la risoluzione di singoli ordini, particolarmente favorevole all'investitore, per oggetto – le sole operazioni non andate a buon fine – ed effetti – la restituzione del capitale investito –. La critica di questo orientamento porta ad ammettere, quale rimedio sinallagmatico nei contratti di investimento, la sola risoluzione integrale del contratto quadro, con effetto dalla stipulazione o dall'inadempimento, e salvo, in caso di violazione, da parte dell'intermediario, di un obbligo di astensione, il rifiuto degli effetti dell'atto dell'intermediario ai sensi dell'art. 1711 c.c.

Indubbiamente le restituzioni – e così le impugnative ad esse strumentali – si rivelano il rimedio maggiormente desiderabile per l'investitore, esonerato dalla prova del danno e del nesso causale e certo di ricevere l'intero capitale investito. Laddove si pongano dubbi interpretativi in materia di restituzioni – così con riguardo al *dies a quo* delle restituzioni di interessi e frutti, l'impossibilità, per il cliente, di restituire i titoli in natura per averli alienati – la soluzione, tra quelle astrattamente prospettabili, che può evitare un arricchimento ingiustificato deve essere tendenzialmente preferita.

Lo stesso criterio vale, a maggior ragione, in materia di risarcimento del danno, ove le recenti oscillazioni giurisprudenziali attengono proprio a una più esatta quantificazione del danno che eviti spostamenti ingiustificati di ricchezza che possano tenere indenne il cliente da rischi cui sarebbe stato comunque esposto.

spetterebbero tanto i vantaggi che avrebbe ottenuto attuando il contratto, quanto le utilità che avrebbe ricavato qualora, non avendo. Concluso l'affare, avesse conservato la disponibilità della medesima prestazione».

Le questioni affrontate segnalano quindi l'esigenza di una coerenza di fondo delle soluzioni adottate dall'ordinamento, pur nella diversità dello strumento tecnico utilizzato dalle parti.

Abstract

REMEDIES TO FINANCIAL INTERMEDIARY BREACH OF CONTRACT: PROBLEMATIC PROFILES

A seguito delle sentenze gemelle delle Sezioni Unite del 2007 la disciplina dell'inadempimento riveste un ruolo di prim'ordine nel contenzioso sorto dalla violazione di regole di condotta da parte dell'intermediario finanziario. In una materia i cui contorni sono messi progressivamente a fuoco nel succedersi di pronunce giurisprudenziali, il contributo individua specifici profili critici da rimeditare o ancora da approfondire e prova a inserirli in una cornice coerente.

Following the twin rulings of the Joint Chambers in 2007, the discipline of breach of contract plays a leading role in litigation arising from the violation of rules of conduct by the financial intermediary. In a subject whose contours are gradually coming into focus in the succession of case law pronouncements, the article identifies specific critical profiles to be reconsidered or still to be explored and tries to place them in a coherent framework.

Corte di Cassazione civ., Sez. I, 21 febbraio 2025 (ord.)
Pres. M. Acierno, Rel. R. E. A. Russo

In tema di ascolto personale del minore, di età inferiore ai dodici anni, il giudice ha il potere discrezionale officioso di indagare la sussistenza della capacità di discernimento e, valutate le emergenze processuali in merito, di disporre l'ascolto del minore, ma non è tenuto a motivare le ragioni dell'omesso ascolto se non è stato richiesto dalle parti con allegazione delle ragioni per le quali deve ritenersi avvenuta quella soglia di maturazione del minore, in maniera tanto più specifica e persuasiva quanto più il minore è lontano dalla età degli anni dodici. Il dovere del giudice di motivare, difatti, si affievolisce quando manchi all'età legale del discernimento un lasso di tempo che in relazione al periodo complessivo dei dodici anni si può considerare significativo, a meno che dagli atti del giudizio non emerga una eccezionale maturità del minore o gravi ragioni. L'ascolto diretto da parte del giudice e l'ascolto tramite consulenza non sono equivalenti, dal momento che l'ascolto personale rappresenta la modalità con cui il minore partecipa al processo ove si assumono decisioni che lo riguardano ed esprime direttamente al giudice le proprie opinioni ed esigenze; pertanto, le ragioni per le quali il giudice esclude il minore già capace di discernimento, dalla partecipazione al processo devono essere chiaramente esposte e devono esser riferite ad una valutazione quanto più possibile oggettiva del miglior interesse del minore nel caso concreto.

(*Omissis*). Svolgimento del processo

A ha contratto matrimonio con B, dalla cui unione sono nati i figli C (21 gennaio 2007) e D (5 maggio 2015). In data 6 febbraio 2019 è stata omologata la separazione personale dei coniugi che prevedeva affidamento condiviso dei minori con domiciliazione presso la madre, regolamento di visite paterne, assegno di Euro 350,00 per il primogenito e di Euro 250,00 per il secondogenito, oltre 75% spese straordinarie. Dopo la separazione A ha proposto ricorso al Tribunale di Modena *ex* art. 709-*ter* c.p.c. lamentando di non riuscire ad esercitare il diritto di visita.

Il Tribunale ha affidato i figli minori ai servizi sociali competenti incaricandoli di regolare le frequentazioni con il padre e di avviare interventi di supporto alla genitorialità; ha previsto l'aumento dell'assegno di mantenimento per i figli a carico del padre alla complessiva somma di Euro 700,00 mensili, oltre spese straordinarie nella misura del 50%.

Ha proposto reclamo la madre, domandando l'affidamento esclusivo e la sospensione degli incontri tra il padre ed i figli; nonché l'aumento ad Euro 1.200,00 mensili del contributo di mantenimento oltre al 75% delle spese straordinarie.

La Corte d'appello ha respinto la richiesta relativa all'affidamento esclusivo rilevando che dalla consulenza tecnica di ufficio emerge come la madre abbia messo in atto un processo progressivo e cronico di denigrazione e delegittimazione della figura paterna che ha indotto nei figli, in particolare in C, una avversione presso il padre; emerge anche la totale incapacità di collaborazione tra i genitori con una radicale mancata accettazione del ruolo dell'altro genitore. Ha quindi ritenuto l'affidamento ai servizi sociali con visite controllate e supportate dai Servizi (e da NPIA) la migliore soluzione per i minori.

La Corte di merito ha respinto altresì la domanda di aumento dell'assegno di mantenimento, sul rilievo che non è fatto nuova la circostanza che il marito abbia terminato di pagare alla moglie il prezzo (a rate) convenuto in sede di separazione per l'acquisto della quota della casa coniugale; il provvedimento è stato modificato unicamente in ordine alle spese straordinarie, ritenendo la sussistenza di un errore materiale da correggere la loro ripartizione al 50%, essendo pacifico tra le parti che le condizioni di separazione ponevano le spese straordinarie per il 75% a carico del padre. Avverso la predetta sentenza ha proposto ricorso per cassazione B affidandosi a tre motivi. si è costituito con controricorso A. Entrambe le parti hanno depositato memoria.

Motivi della decisione

1. – Con il primo motivo del ricorso si lamenta la violazione degli artt. 32 e 111 Cost., la violazione degli artt. 3-6 della Convenzione Europea di Strasburgo sui diritti del fanciullo ratificata con legge n. 77 del 20.3.2003, artt. 6 e 14 Cedu, nonché dell'art. 155-*septies* c.c., art. 336-*bis*, art. 337-*bis*, *ter* ed *octies* del codice civile, in riferimento all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, e la violazione sia dell'art. 1, comma 23, L. n. 206/2021 che degli articoli 473-*bis*. 5 e 473-*bis*. 6 c.p.c., in relazione alla conferma del reclamato decreto del Tribunale di Modena senza che la Corte d'appello di Bologna, prima di decidere sulla vita ed il futuro dei minorenni, oggi di diciassette e nove anni, abbia ascoltato le loro opinioni e i loro bisogni e senza aver accertato le cause del rifiuto da loro manifestato nei confronti del padre, derivante dai comportamenti aggressivi e violenti verso la madre e verso i minori stessi, mancato adempimento che comporta altresì la nullità, rilevabile d'ufficio, del provvedimento impugnato.

La ricorrente deduce che il Tribunale e la Corte d'appello non solo non hanno ottemperato all'obbligo legale di ascolto del grande minore C (che ormai ha diciassette anni compiuti) ma hanno anche omesso di motivare le ragioni del mancato ascolto del minorenne D, certamente capace di

discernimento, incorrendo nella nullità del provvedimento e del procedimento stesso.

2. – Con il secondo motivo del ricorso si lamenta la violazione e/o falsa applicazione degli artt. 155 c.c. e 315-*bis* c.c. , 337-*ter*, *quater*, *quinquies* e *octies* c.c., 62 c.p.c. e 194 c.p.c., e 709-*ter* c.p.c. nonché degli artt. 2, 16, 31, 32 e 111 della Costituzione in relazione all'art. 360, n. 3, c.p.c. con riferimento alle reali ragioni del rifiuto dei minori ingiustamente attribuite ad una presunta e ascientifica alienazione parentale, mediante il riferimento nella motivazione al "processo progressivo e cronico di denigrazione e delegittimazione della figura paterna" con conseguente ingiusta conferma della limitazione di responsabilità genitoriale con affidamento dei minori al Servizio sociale con l'ausilio di interventi psico-educativi in relazione ad una motivazione intrisa di pregiudizi e priva di riscontri oggettivi. La ricorrente lamenta che la Corte di appello di Bologna abbia avallato e recepito acriticamente la consulenza tecnica e la relazione del Servizio sociale focalizzata su processi colpevolizzanti nei confronti della madre nel solco della cornice dell'alienazione genitoriale. Deduce che la Corte di appello richiamandosi all'interesse dei minori ma senza sentirli, ha basato la sua decisione su una consulenza connotata da errori e su una relazione dello psicologo dei Servizi nella quale, è stato infondatamente e inammissibilmente sostenuto, come si legge a pag. 3 del decreto, che "il rifiuto verso il padre, emerso solo dopo la separazione, dipende non già da 'un traumatismo interpersonale riconducibile a comportamenti impropri o violenti paterni' ma da un 'processo progressivo e cronico di denigrazione e delegittimazione della figura paterna". Lamenta che sia stata ingiustificatamente avallata la teoria della PAS (Parental Alienation Syndrome, o sindrome di alienazione parentale), priva di fondamento scientifico in ogni caso non applicabile nel caso in cui si tratti di minori maltrattati e vi siano stati comportamenti violenti come nel caso di specie. Lamenta che non si sia tenuto conto di come nella valutazione psicologica richiesta del Servizio sociale risulti che i minori e in particolare C hanno riferito di aggressioni agite dal padre nei confronti della madre e dello stesso figlio ed afferma che i figli hanno dichiarato altresì di avere paura del padre. Sono state quindi ignorate e pericolosamente sottovalutate le violenze assistite e dirette sui minori.

3. – I primi due motivi devono essere esaminati congiuntamente perché tendenzialmente si sovrappongono, lamentando da un lato l'omesso ascolto dei minori e il difetto di motivazione sul punto; dall'altro l'acritico recepimento di una consulenza tecnica di ufficio e di una relazione dei Servizi sociali effettuata senza contraddittorio, nelle quali in sostanza è stata fatta una diagnosi di sindrome di alienazione parentale, senza tenere conto

delle riferite violenze agite dal padre e della circostanza che i minori erano stati vittime di violenza assistita, vicende cui nel tempo si erano aggiunti comportamenti aggressivi diretti ai figli.

Queste censure sono parzialmente fondate, nei termini di cui appresso.

4. – Sull'omesso ascolto. Nel decreto impugnato nulla si dice in ordine all'ascolto del figlio maggiore C, che all'epoca in cui è iniziato il giudizio in primo grado (2019) aveva dodici anni e ne aveva quindici all'epoca in cui è stato introdotto il giudizio di secondo grado.

Per la legge italiana (art. 315-*bis* c.c., art. 336-*bis* c.c. *ratione temporis* vigente, art. 473-*bis*. 4 c.p.c.) il minore che ha compiuto dodici anni è ascoltato dal giudice in tutti i procedimenti in cui devono essere adottati provvedimenti che lo riguardano, salvo che l'ascolto sia in contrasto con il suo interesse o manifestamente superfluo (nella norma attualmente in vigore, anche se il minore stesso si oppone all'ascolto o si versi nella impossibilità fisica o psichica di ascoltarlo); in tal caso il giudice non procede all'adempimento dandone atto con provvedimento motivato; nell'art. 473-*bis.* 4 c.p.c. si prevede inoltre che in caso di accordo tra i genitori il giudice procede all'ascolto solo se necessario. Se il minore ha raggiunto gli anni dodici, pertanto, nei giudizi contenziosi, anche se l'ascolto non è stato richiesto, il giudice deve provvedervi d'ufficio o in mancanza motivare sulle ragioni per le quali l'ascolto è stato omesso oppure, come nel caso di specie, delegato al consulente.

4.1.- L'ascolto diretto da parte del giudice e l'ascolto tramite consulenza non sono infatti equivalenti, dal momento che l'ascolto rappresenta la modalità con cui il minore partecipa al processo ove si assumono decisioni che lo riguardano ed esprime direttamente al giudice le proprie opinioni ed esigenze (Cass., 1° gennaio 2025, n. 1474; Cass., 24 maggio 2018, n. 12957). Le ragioni per le quali il giudice esclude il minore, già capace di discernimento, dalla partecipazione al processo devono quindi essere chiaramente esposte e devono riferite ad una valutazione quanto più possibile oggettiva del miglior interesse del minore. Il miglior interesse del minore (best interests of the child o, nella versione francese, intérêt supérieur de l'enfant) di cui tratta l'art. 3 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989, ratificata in Italia con legge n. 176/1991, non è infatti un parametro astratto ed eterodeterminato, ma va ricostruito caso per caso, con la partecipazione dello stesso minore nella misura consentita dalla sua capacità di discernimento, individuando, tra le possibilità in gioco, quella che più e meglio si conforma a ciò che è bene per il minore di cui si tratta, tenendo conto della sue esigenze, dei suoi diritti, delle connotazioni della relazione familiare, ma anche dell'ambiente in cui vive e delle sue relazioni sociali, in

una parola della sua identità. Questo complesso percorso di ricostruzione deve essere reso esplicito attraverso la motivazione, diversamente il riferimento all'interesse del minore resta una formula di stile, priva di contenuti concreti; oltretutto la espressione "interesse superiore", che deriva dalla traduzione letterale del testo in lingua francese della Convenzione di New York, se non adeguatamente illustrata, può generare equivoci, perché non esprime adeguatamente l'idea che ogni interesse giuridicamente rilevante viene in bilanciamento con altri e che in questa specifica materia occorre rifuggire da automatismi (Corte Cost. n. 31 del 2012 e n. 3 del 2013). La fisiologia del rapporto familiare è connotata dalla armonia e non dall'antagonismo dei reciproci interessi; l'interesse dei genitori ad affermare il proprio ruolo e quindi a curare, educare ed istruire il figlio e l'interesse del figlio a ricevere la "prestazione" genitoriale sono in rapporto necessariamente osmotico e non si realizzano l'uno a scapito dell'altro. Nel conflitto, pur tenendo conto che gli interessi del minore hanno una loro autonomia, va salvaguardata nei limiti del possibile la relazione familiare, cercando di ripristinare il suo andamento fisiologico, con gli opportuni adattamenti.

4.2. – Nella specie, nulla si evince sul punto dal provvedimento impugnato, se non un generico richiamo alle motivazioni rese dal giudice di primo grado, il quale, stando a quanto espone il controricorrente, aveva motivato sulle ragioni per cui aveva ritenuto di delegare l'ascolto del figlio primogenito al consulente tecnico d'ufficio. Ciò tuttavia non è sufficiente, perché la motivazione *per relationem* deve comunque dare conto sia pure sinteticamente delle ragioni per le quali il giudice di secondo grado condivide le motivazioni del giudice di primo grado (Cass., 11 aprile 2024, n. 9830; Cass., 5 agosto 2019, n. 20883). La motivazione della Corte d'appello è quindi deficitaria perché non ha considerato la censura sull'omesso ascolto (diretto) ma si è limitata a motivare circa la (non) idoneità genitoriale ricostruendo il profilo psicologico dei genitori emerso dalla consulenza d'ufficio.

4.3. – Questa omissione è tuttavia ormai priva di rilevanza per C che il 21 gennaio compie diciotto anni; quindi un eventuale annullamento con rinvio del decreto impugnato non porterebbe la controversia all'attenzione del giudice del rinvio in tempo utile. Si evidenzia pertanto sopravvenuta carenza d'interesse all'accoglimento del motivo per quanto attiene alla posizione del figlio C.

5. – Per quanto riguarda invece il figlio più piccolo, D, nato nel 2015, egli aveva quattro anni nel momento in cui è stata introdotta la controversia in primo grado, aveva sette anni nel momento in cui è stato proposto il

reclamo e otto quando il reclamo è stato deciso. Dal ricorso non risulta che la B abbia espressamente chiesto al giudice d'appello di provvedere all'ascolto di D ovvero abbia evidenziato le ragioni per cui il bambino avrebbe dovuto ritenersi in età di discernimento. La parte in fatto del ricorso della B è molto carente nella ricapitolazione dei fatti processuali ed è piuttosto focalizzata sulla ricostruzione delle vicende dell'affidamento e di ciò che avveniva quando i minori andavano dal padre. Tuttavia, alla pagina 16 del ricorso la ricorrente afferma di avere proposto reclamo basato su due motivi, "il primo relativo ai vizi formali e sostanziali della CTU che ha ignorato le violenze subite e raccontate dai minori e il secondo sulla carenza di motivazione in merito all'acritica adesione alle conclusioni della CTU, nonostante le specifiche contestazioni della odierna ricorrente e all'affidamento dei minori ai Servizi sociali". Dal che può desumersi che ella non abbia espressamente e motivatamente chiesto né al giudice di primo grado, né al giudice di secondo grado, di provvedere all'ascolto di D.

6. – Nella giurisprudenza di questa Corte si è costantemente affermato che l'ascolto del minore non è un atto istruttorio, ma un diritto, esercitato dal minore capace di discernimento, di esprimere liberamente la propria opinione in merito a tutte le questioni e procedure che lo riguardano, vale a dire sulle questioni che hanno incidenza sulla sua vita e sulla relazione familiare. Si tratta di un diritto personalissimo, proprio del minore di età, attraverso il quale è assicurata, a prescindere dall'acquisto della capacità di agire, la libertà di autodeterminarsi, di esprimere la propria opinione e di partecipare in prima persona, e non solo tramite rappresentante, al processo; costituisce al tempo stesso primario elemento di valutazione del miglior interesse del minore (Cass., 26 marzo 2015, n. 6129; Cass., 22 luglio 2015, n. 15365; Cass., 16 maggio 2023, n. 13377; Cass., 8 gennaio 2024, n. 437). I minori, anche quando non possono essere considerati parti formali del processo (v. Cass., 16 dicembre 2021, n. 40490), sono tuttavia parti sostanziali, in quanto portatori di interessi comunque diversi, quando non contrapposti, rispetto ai loro genitori. La loro partecipazione al giudizio a garanzia del principio del contraddittorio, si realizza mediante la previsione del loro ascolto, in presenza dei presupposti di legge (Cass., 30 luglio 2020, n. 16410; Cass., Sez. Un., 21 ottobre 2009, n. 22238).

6.1. – La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, all'art. 12, ha introdotto l'obbligo di tenere conto delle opinioni del minore in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo riguardi se si tratti di "fanciullo capace di discernimento" e "tenendo conto della sua età e del suo grado di maturità". Il legislatore nazionale si è a suo tempo adeguato alla Convenzione di New York, nonché alla Convenzione di

Strasburgo sull'esercizio dei diritti del minore del 25 gennaio 1996, con la legge n. 54/2006, (affidamento condiviso), inserendo nel codice civile l'art. 155-*sexies* c.c., a mente del quale "il giudice dispone l'audizione del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento", norma il cui contenuto, per effetto delle riforme legislative che hanno interessato il diritto di famiglia e la filiazione, è transitato dapprima negli artt. 336-*bis* e 337-*octies* c.c. e oggi nell'art. 473-*bis*. 4 c.p.c..; inoltre la legge n. 219/2012 (riforma della filiazione) ha introdotto nel codice civile il tutt'ora vigente art. 315-*bis* c.c. (diritti e doveri del figlio) il quale dispone che "Il figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento ha diritto di essere ascoltato".

La scelta del legislatore nazionale sin dall'inizio è stata, ed è tuttora, quella di presumere, al di sopra dei dodici anni, la capacità di discernimento, raggiunta la quale il minore è da ascoltare, salvo che il suo best interest giustifichi una scelta contraria, mentre al di sotto di quest'età il minore è ascoltato solo se detta capacità sia, caso per caso, accertata. Quando e in che termini il giudice debba procedere all'accertamento della capacità di discernimento del minore di età inferiore ai dodici anni, ed ancora se, quando e come debba darne conto in motivazione, è questione che è stata oggetto di interpretazione da parte della giurisprudenza di merito e di legittimità.

7. – Nella giurisprudenza di questa Corte si è affermato che se il minore è infradodicenne il giudice deve motivare sulle ragioni dell'omessa audizione solo nel caso in cui la parte abbia presentato una specifica istanza con cui abbia indicato gli argomenti ed i temi di approfondimento, dal momento che il diritto del minore di partecipare alle decisioni che lo riguardano deve essere esercitato in modo consapevole ed effettivo e solo con il compimento del dodicesimo anno di età sorge l'obbligatorietà dell'ascolto e della motivazione espressa della scelta contraria da parte del giudice (cfr. Cass., 7 febbraio 2017, n. 5676; Cass., 31 dicembre 2020, n. 30062, entrambe in tema di dichiarazione di stato di adottabilità). Ed ancora si è affermato che l'audizione del minore infradodicenne, ove venga ritenuto capace di discernimento, costituisce un adempimento previsto a pena di nullità, a tutela dei principi del contraddittorio e del giusto processo, e che il giudice ha un obbligo di specifica e circostanziata motivazione, tanto più necessaria quanto più l'età del minore si approssima a quella dei dodici anni (Cass., 24 maggio 2018, n. 12957 cit.; Cass., 25 gennaio 2021, n. 1474). Da precisare che in queste decisioni si parla di minore (già) ritenuto capace di discernimento. In altra successiva decisione, sempre con riferimento al

minore infradodicenne, si è così sintetizzato il quadro 1) il giudice ha il potere discrezionale officioso di disporre l'ascolto del minore, anche al fine di verificarne la capacità di discernimento; 2) il giudice deve disporre l'ascolto o motivarne l'omissione se vi è un'istanza di parte che indichi gli argomenti e i temi di approfondimento sui quali si ritiene necessario l'ascolto, scattando in mancanza la sanzione della nullità processuale; 3) il giudice non ha l'obbligo, senza sollecitazione di parte, di giustificare la scelta omissiva (Cass., 13 dicembre 2024, n. 32359, in motivazione).

8. – Richiamati questi principi, devono rendersi ulteriori precisazioni. Il legislatore nazionale nello stabilire che deve essere ascoltato il "minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento" ha fissato una soglia di età, oltre la quale si presume che il minore abbia maturato discernimento sufficiente ad esercitare il diritto di ascolto. La presunzione opera in due sensi, poiché così come si deve presumere che superata detta soglia il discernimento sia maturato, al di sotto di questa soglia deve presumersi che il discernimento non sia maturato. A questa presunzione legale di "non discernimento" ben può richiamarsi anche implicitamente il giudice nella sua motivazione se non sono stati evidenziati dalle parti elementi di segno diverso.

8.1. – La presunzione di non discernimento può essere infatti vinta da un accertamento da farsi in concreto, sulla base di quanto emerge dagli atti del giudizio, di quanto è stato allegato dalle parti e in base a fatti notori; ed è un fatto notorio che la maturazione del minore avviene progressivamente, man mano che egli acquista in primo luogo la capacità di parlare e di comunicare ed in secondo luogo la capacità di elaborare dei concetti, esprimere giudizi ed operare delle scelte.

Ciò consente di fare una distinzione tra minori che sono prossimi alla soglia dei dodici anni e i minori che invece ne sono lontani, essendo evidente che il discernimento non matura improvvisamente nella notte che segna il confine tra gli undici e i dodici anni. La presunzione di non discernimento è quindi debole per il minore prossimo a raggiungere questa soglia di età, ma tanto più forte quanto più il minore è lontano dalla soglia dei dodici anni e per vincerla, in questo ultimo caso, è necessario che dagli atti del giudizio emergano plurimi elementi che orientano in senso diverso. Né le parti possono confidare unicamente sull'esercizio dei poteri officiosi, astenendosi dal prendere una posizione in merito i genitori sono i primi responsabili del benessere del minore e anche in tema di tutela processuale devono attivarsi affinché emergano i suoi interessi e le sue esigenze. Inoltre, vero è che il giudice ha il potere discrezionale di procedere all'ascolto del minore anche quando di età inferiore ai dodici anni, ma detto potere va esercitato per

realizzare sua finalità che è quella di consentire l'esercizio di un diritto nel rispetto degli interessi del minore; di conseguenza tanto più prudente deve essere il giudice nell'ascoltare il minore quanto più il bambino è lontano dall'età dei dodici anni e non sono già emersi elementi che depongano per la sua capacità di discernimento, dal momento che una audizione meramente esplorativa potrebbe anche arrecargli pregiudizio. L'ascolto da parte del giudice, per quanto venga organizzato in modo da mettere il bambino a proprio agio, resta pur sempre un momento processuale, in uno scenario in cui interagiscono solo adulti e in particolare adulti con competenze tecniche e linguaggio estranei all'infanzia ed alla adolescenza; richiede quindi, per affrontarlo con serenità, comprenderne il significato e farsi comprendere, un certo grado di maturità.

9. – Si può quindi affermare che la parte che non chieda l'ascolto del minore di età inferiore agli anni dodici, rappresentando le ragioni della richiesta, non può successivamente lamentarsi per la mancata attivazione dei poteri officiosi, né della omessa motivazione in merito all'ascolto, specie ove non emergano degli atti del giudizio altri elementi che possano orientare per un ascolto del minore anticipato rispetto alla età legale del discernimento. Inoltre, anche qualora l'ascolto sia stato richiesto, la richiesta deve essere assistita dalla allegazione di tutti gli elementi utili a valutare la effettiva e concreta capacità di discernimento del minore, allegazione che deve essere tanto più specifica quanto più l'età del minore si allontana da quella dei dodici anni; il dovere di motivare sul rigetto della richiesta di ascolto del minore infradodicenne, si affievolisce, fino ad estinguersi, quando manchi alla età legale del discernimento un lasso di tempo che in relazione al periodo complessivo dei dodici anni si può considerare significativo, a meno che non emergano dagli atti del giudizio elementi concreti in ordine ad una eccezionale maturità del minore.

Nella specie, la ricorrente non specifica né di avere richiesto l'audizione di D nel corso del giudizio di secondo grado né di avere spiegato al giudice del reclamo per quale ragione un bambino di sette/otto anni avrebbe avuto una sufficiente capacità di discernimento in relazione alle problematiche che si sono evidenziate nel corso dell'affidamento e un grado di maturità sufficiente a sostenere l'ascolto diretto in sede giudiziale.

Questi elementi non sono stati illustrati neppure nelle attuali censure, che si fondano sul presupposto che sia doveroso motivare sempre sull'omesso ascolto di un minore in età inferiore ai dodici anni, così cadendo in errore nella interpretazione della norma ed invocando principi giurisprudenziali di cui non si coglie per intero la portata, travisandone in parte il significato.

10. – Può allora enunciarsi il seguente principio diritto. In tema di ascolto del minore di età inferiore ai dodici anni il giudice ha il potere discrezionale officioso di indagare la sussistenza della capacità di discernimento e, valutate le emergenze processuali in merito, di disporre l'ascolto del minore, ma non è tenuto a motivare le ragioni dell'omesso ascolto se la audizione non è stata richiesta allegando le ragioni per le quali deve ritenersi avvenuta la maturazione del minore, in maniera tanto più specifica e persuasiva quanto più il minore è lontano dalla età degli anni dodici. Anche qualora sia stata richiesta l'audizione del minore infradodicenne, il dovere di motivare si affievolisce, quando manchi alla età legale del discernimento un lasso di tempo che in relazione al periodo complessivo dei dodici anni si può considerare significativo, a meno che dagli atti del giudizio non emerga una eccezionale maturità del minore o gravi ragioni. Sulla base di quanto sopra esposto può concludersi che la censura di omesso ascolto resta una generica e stereotipata enunciazione di massime giurisprudenziali priva però di concreta rilevanza per il figlio primogenito e di adeguata illustrazione in relazione alla posizione del figlio più piccolo. (*Omissis*).

L'ASCOLTO DEL MINORE NEI PROCEDIMENTI CIVILI CHE LO RIGUARDANO: LA MANCATA DISPOSIZIONE DELL'ASCOLTO E L'OBBLIGO DI MOTIVAZIONE DEL GIUDICE

ALESSANDRA PIERRI
Dottoranda di ricerca
nell'Università di Milano-Bicocca

1. – La decisone qui annotata è di preminente interesse in quanto analizza i casi di sussistenza del dovere in capo al giudice di disporre l'incombente dell'ascolto del minore, nell'ambito dei procedimenti che lo riguardano e i casi in cui, di contro, il giudice è tenuto a motivare il mancato ascolto dello stesso.

Al fine di meglio comprendere la questione oggetto della pronuncia della Corte, pare opportuno spendere qualche considerazione preliminare in merito all'evoluzione normativa dell'istituto dell'ascolto del minore, nonché della sua rilevanza processuale.[1]

[1]Sul tema dell'ascolto del minore la letteratura è ormai molto vasta. Tra i più recenti contributi sul tema si veda G. BALLARINI, *Il diritto del minore di non essere ascoltato*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2023, n. 4-5; G. BERTOLI, *L'ascolto della*

Come noto, l'ascolto del minore è l'attività che si svolge nell'ambito dei procedimenti i cui esiti possono andare ad incidere sulla sfera giuridica del minore, in un'ottica di tutela dell'interesse "morale e materiale" dello stesso"[2].

Il percorso che ha condotto, nell'ordinamento italiano, al riconoscimento dei diritti del minore in ambito processuale, nonché alla centralità dell'ascolto del minore nei procedimenti che lo riguardano, è stato lento ed articolato. Per lungo tempo il minore è stato un soggetto passivo in ambito processuale, mero destinatario degli effetti della sentenza, non potendo esercitare autonomamente i propri diritti processuali, essendo lo stesso un soggetto a tutela indiretta a mezzo dei genitori esercenti la potestà genitoriale.

Cionostante l'evoluzione della società al livello internazionale, ha fatto sì che il soggetto di età inferiore a diciott'anni passasse dall'essere "oggetto" di tutela nell'ambito dei procedimenti che lo riguardano, ad essere "soggetto di tutela" ossia soggetto "titolare di diritti soggettivi perfetti, autonomi ed azionabili"[3].

I primi passi nel cammino verso il riconoscimento della rilevanza processuale dell'ascolto del minore sono stati compiuti nel panorama

---

persona di età minore, in CECCHELLA C., (a cura di), *La riforma del processo e del giudice per le persone, per i minorenni e per le famiglie, il decreto legislativo 10 ottobre 2022, n.149*, Torino, 2023, p. 259-280; M.G. ALBIERO, *Ascolto diretto del minore - Prevenzione della vittimizzazione secondaria*, in C. CECCHELLA (a cura di), *La riforma del processo e del giudice per le persone, per i minorenni e per le famiglie, il decreto legislativo 10 ottobre 2022, n.149,* Torino, 2022, p. 318; A. CORDIANO, *L'ascolto del minore in prospettiva di (un'altra) riforma. Osservazioni sulle novità della legge n. 206 del 2021*, in *"L'osservatorio sul diritto di famiglia"*, 2022, n. 3, p. 6-20; CORDIANO, *Un'analisi combinata degli artt. 366-*bis *c.c. e 38-*bis *disp. att. c.c. alla luce delle disposizioni protocollari: la* soft law *del diritto di famiglia*, in *"L'osservatorio sul diritto di famiglia"*, 2022, n. 2, p. 45-60; C. CECCHELLA, *I diritti del minore nel processo italiano, tra difesa tecnica e ascolto*, in *Familia, Il diritto della famiglia e delle successioni in Europa*, 2022, n. 2; B. POLISENO, *La flessibile posizione del minore nei processi familiari (nota a Cass. civ., sez. I, 30 luglio 2020, n. 16410)*, in *"L'osservatorio del diritto di Famiglia"*, 2021, n. 2, p. 73; J. LONG, *Il principio dei* best interests *e la tutela dei minori*, in *Questione Giustizia*, 2019; R. PESCE, *L'ascolto del minore tra riforme legislative e recenti applicazioni giurisprudenziali*, in *Famiglia e Diritto*, 2015, n. 3; F. DANOVI, *L'ascolto del minore nel processo civile,* in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2014, p. 1-24.

[2] Sull'argomento R. LOMBARDI, *L'ascolto del minore nei procedimenti di separazione e divorzio su accordo delle parti tra fonti sovranazionali e diritto interno,* in *Familia, Il diritto della famiglia e delle successioni in Europa,* 2019.

[3] Così Cass., 11 febbraio 2020, n. 7282, in *Famiglia e Diritto.*, 2011, n. 268, con nota di L. QUERZOLA, *La Cassazione prosegue nel comporre il mosaico del processo minorile;* v. anche Cass., 27 marzo 2017, n. 7762.

internazionale. In particolare, con la Convenzione Onu di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989[4], si ottiene il primo riconoscimento "dell'opinione del fanciullo"[5] in ambito processuale. L' art. 12, comma 1, dispone infatti che gli Stati "garantiscono al fanciullo capace di discernimento il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa, le opinioni del fanciullo essendo debitamente prese in considerazione tenendo conto della sua età e del suo grado di maturità". Il comma 2 della medesima disposizione prefigura poi la possibilità per il minore "di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo concerne, sia direttamente, sia tramite un rappresentante o un organo appropriato, in maniera compatibile con le regole di procedura della legislazione nazionale".

È con la convenzione di New York che per la prima volta viene riconosciuta al minore rilevanza nell'ambito dei procedimenti che lo riguardano, in particolare prevedendosi la possibilità che il minore possa essere ascoltato nei procedimenti giudiziari o amministrativi che lo concernono, purché sia capace di discernimento[6].

Successivamente, con la Convenzione europea di Strasburgo sull'esercizio dei diritti del fanciullo del 25 gennaio 1996, l'ascolto "diventa un vero e proprio diritto processuale, cui corrisponde un obbligo per il giudice"[7]. L'articolo 3 rubricato "Diritto ad essere informato ed esprimere la propria opinione nei procedimenti" dispone che "Nei procedimenti che lo riguardano dinanzi a un'autorità giudiziaria, al minore che è considerato dal diritto interno come avente una capacità di discernimento, vengono riconosciuti i seguenti diritti, di cui egli stesso può chiedere di beneficiare: a) ricevere ogni informazione pertinente; b) essere consultato ed esprimere la propria opinione; c) essere informato delle eventuali conseguenze che tale opinione comporterebbe nella pratica e delle eventuali conseguenze di qualunque decisione".

---

[4] Ratificata e resa esecutiva in Italia con la legge del 27 maggio 1991, n. 176.

[5] La suindicata convenzione è considerata il "manifesto dei diritti dei minori" v. QUERZOLA, *L'ascolto del minore*, in *Trattato della separazione e divorzio*, II, in M. A. LUPOI (a cura di), Santarcangelo di Romagna, 2015, p. 270.

[6] "La capacità di discernimento è considerata la caratteristica soggettiva di coloro i quali siano in grado di avere concreta consapevolezza delle proprie azioni e delle conseguenze che dalle stesse derivano". Così testualmente P. STANZIONE, *Minori (Condizione giuridica dei)*, Milano, 2011, p. 725, spec. p. 728 ss.

[7] Così POLISENO, *Profili di tutela del minore nel processo civile*, Napoli, 2017, p. 311. ss.

Si assiste così all'ingresso in ambito internazionale del diritto all'ascolto del minore in ambito processuale, che si configura come diritto del minore medesimo ad essere ascoltato da parte dell'autorità giudiziaria nell'ambito dei procedimenti che lo riguardano e come dovere in capo al giudice di disporre l'ascolto, qualora lo stesso sia considerato capace di discernimento dal diritto interno.

Le innovazioni europee in tema di riconoscimento dei diritti del fanciullo hanno condotto ad una progressiva evoluzione anche nell'ordinamento italiano, facendo sì che il diritto di famiglia acquisisse ben presto una prospettiva paidocentrica[8].

Il riconoscimento della rilevanza dell'ascolto del minore nell'ambito dell'ordinamento italiano, in particolare nel processo civile, seppur ancora rimesso alla discrezionalità del giudice, è da individuare nella normativa relativa allo scioglimento del vincolo matrimoniale.

La legge n. 898 del 1970, la c.d. legge sul divorzio, all'art. 4, infatti, stabiliva che il presidente del tribunale emetteva l'ordinanza relativa ai provvedimenti temporanei ed urgenti opportuni nell'interesse dei coniugi e della prole "sentiti, se lo ritenga opportuno, i figli minori".
La legge n. 74 del 1987 riscriveva tale norma, stabilendo che il presidente del tribunale pronunciava i predetti provvedimenti "sentiti, qualora lo ritenga strettamente necessario, anche in considerazione della loro età, i figli minori" (comma 8). Anche l'art. 6 della legge n. 898 del 1970 veniva modificato, stabilendo che per i provvedimenti relativi all'affidamento dei figli e al contributo per il loro mantenimento il giudice procedeva "qualora sia strettamente necessario anche in considerazione della loro età" all' "audizione dei figli minori" (comma 9). Successivamente il legislatore disponeva che le regole di cui all'art. 4 l. div. si applicassero anche al giudizio di separazione (art. 23 l. cit.) "qualora sia strettamente necessario

[8] Sulla prospettiva paidocentrica del diritto di famiglia si veda V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore,* ovvero *il fatto come diritto,* in *Riv. Dir. Civ.*, 2018, p. 405; M. DE MASI, *L'interesse del minore. Il principio e la clausola generale*, Napoli, 2020, p. 39 ss; e v. già P. RESCIGNO, *I minori fra famiglia e società,* in *Diritto di Famiglia*, 1982, n. 27, ora in *Matrimonio e Famiglia. Cinquantanni dal diritto italiano*, Torino 2000, p. 303; E. LA ROSA, *Tutela dei minori e contesti familiari, Contributo allo studio per uno statuto dei diritti dei minori*, Milano, 2005, *passim*, così cit. M. SESTA, *La prospettiva paiodocentrica quale* fil rouge *dell'attuale disciplina giuridica della famiglia*, in *Famiglia e Minori*, 2021, p. 763-775, spec. nota 1.

anche in considerazione della loro età" all' "audizione dei figli minori" (comma 9)[9].

È solo però con la legge 8 febbraio 2006, n. 54 rubricata "Disposizioni in materia di separazione dei coniugi e affidamento condiviso", che l'ascolto del minore fa il suo ingresso nel processo civile quale diritto, per il tramite dell'introduzione nel codice civile dell'art 155-*sexies*. Tale articolo prevedeva che in ordine all'affidamento condiviso dei figli nei procedimenti di separazione personale dei coniugi, in quelli di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o nullità del matrimonio ed altresì nei procedimenti relativi all'affidamento di figli di genitori non sposati, il giudice, per l'emanazione dei provvedimenti relativi alla prole, disponesse l'audizione del figlio minore che avesse compiuto gli anni dodici anche di età inferiore ove capace di discernimento".

Si assiste quindi ad una prima "consacrazione" dell'ascolto del minore nel processo civile, ma è solo con la legge sulla filiazione (legge n. 219 del 2012) e il relativo decreto di attuazione (d.lgs. n. 154/2013) che l'incombente dell'ascolto del minore diviene un vero e proprio "adempimento necessario"[10] in capo al giudice, il quale è tenuto a disporlo in tutte le ipotesi in cui è chiamato ad assumere decisioni che riguardano il minore, a pena di nullità della decisione[11].

L'ascolto del minore ad oggi sembrerebbe trovare una compiuta definizione nell'ultima modifica del codice di procedura civile ad opera

---

[9] V. LOMBARDI, *L'ascolto del minore nei procedimenti di separazione e divorzio su accordo delle parti tra fonti sovranazionali e diritto interno,* cit.

[10] Sull'argomento DANOVI, *Ascolto del minore, capacità di discernimento e obbligo di motivazione (tra presente e futuro),* in *Famiglia e Diritto,* 2022, n. 11, p. 9, spec. nota 8. In giurisprudenza l'espressione "sull'adempimento necessario" si ritrova in molte pronunce. Sul tema, cfr. in questo senso Cass., 25 gennaio 2021, n. 1474, in *Famiglia e Diritto*, 2021, p. 713 ss., con nota di DANOVI, *L'ascolto del minore è esplicitazione del contraddittorio nei confronti della parte in senso sostanziale*; Cass., 24 febbraio 2020, n. 4792; Cass., 31 dicembre 2020, n. 30002; Cass., 30 luglio 2020, n. 16410; Cass., 24 febbraio 2020, n. 4792; Cass., 27 gennaio 2020, n. 1785; Cass., 11 novembre 2019, n. 29063; Cass., 6 novembre 2019, n. 28521; Cass., 19 giugno 2019, n. 16500; Cass., 11 giugno 2019, n. 15728; Cass., 4 giugno 2019, n. 15424; Cass., 16 maggio 2019, n. 13274; Cass., 17 aprile 2019, n. 10774; Cass., 21 maggio 2019, n. 15254; Cass., 7 maggio 2019, n. 12018; Cass., 17 aprile 2019, n. 10778; Cass., 13 dicembre 2018, n. 32309, in *Famiglia e Diritto*, 2019, p. 873 ss., con nota di C. GUERRA, *Sulla nullità per omesso e immotivato ascolto del minore ultradodicenne.*

[11] Sull'argomento DANOVI, *Il d.lgs. n. 154/2013 e l'attuazione della legge delega sul versante processuale: l'ascolto del minore e il diritto dei nonni alla relazione affettiva*, in *Famiglia e Diritto*, 2014, p. 535-548.

della riforma Cartabia. Attraverso il decreto legislativo n. 149 del 2022 sono stati introdotti infatti gli articoli 473-*bis*. 4 e 473-*bis.* 5 nel codice di procedura civile, che disciplinano, per effetto della recente riforma del processo civile della famiglia, l'ascolto del minore nei procedimenti in materia di persone, minorenni e famiglie, in sostituzione degli articoli 336-*bis* c.c., 337-*octies* c.c. e 38-*bis*, disp. att. c.c.[12].

L'art. 473-*bis*. 4 c.p.c. al primo comma prevede che il giudice è tenuto ad ascoltare il minore nell'ambito dei procedimenti in cui debbano essere adottati provvedimenti che lo riguardano, qualora abbia compiuto dodici anni o se di età inferiore sia capace di discernimento. La norma prosegue e afferma che le opinioni del minore devono essere prese in considerazione tenuto riguardo della sua età e del suo grado di maturità.

Al secondo comma dell'art. 473-*bis*. 4 c.p.c., viene previsto espressamente l'obbligo per il giudice di esplicitare le ragioni del mancato ascolto, le quali possono consistere anche, oltre ai casi di manifesta superfluità e di contrasto con l'interesse del minore, nell'impossibilità fisica o psichica di quest'ultimo o nella sua espressa volontà di non essere ascoltato. Viene altresì specificato come l'ascolto sia demandato esclusivamente al giudice, ferma restando la possibilità di farsi assistere "da esperti e altri ausiliari". Il comma 3 dell'art. 473-*bis*. 4 c.p.c. esclude poi in maniera espressa che nel caso di un accordo dei genitori relativo all'affidamento dei figli, il giudice debba procedere all'ascolto, a meno che non venga considerato necessario.

La motivazione di tale scelta è ben spiegata nella Relazione Illustrativa della riforma, ove si legge che l'audizione del minore in procedimenti congiunti o in ipotesi di accordo sarebbe un esporre ulteriormente il figlio a possibili pregiudizi derivanti dal rinnovato coinvolgimento emotivo nelle questioni relative alla rottura del nucleo familiare[13].

L'art. 473-*bis*. 5 c.p.c., invece, individua nell'ambito della disposizione dell'ascolto, le garanzie che il giudice è tenuto ad adoperare. Viene infatti espressamente previsto che le udienze di audizione del minore vengano fissate in orari compatibili con gli impegni scolastici e che esse si tengano in locali "idonei e adeguati all'età del minore, se necessario anche in luoghi

[12] Sull'argomento BERTOLI, *L'ascolto della persona di età minore,* cit., p. 265.

[13] Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149: «*Attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206, recante delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata*». (2022, 19 Ottobre) (Italia). *Gazzetta Ufficiale* (245) 52.

diversi dal tribunale" (art. 473-*bis*. 5, comma 2, c.p.c.) e con modalità "che garantiscano la serenità e la riservatezza" del fanciullo. L'art. 473-*bis.* 5 c.p.c., al comma 3 prevede che "prima di procedere all'ascolto, il giudice indica i temi oggetto dell'adempimento ai genitori, agli esercenti la responsabilità genitoriale, ai rispettivi difensori e al curatore speciale, i quali possono proporre argomenti e temi di approfondimento e, su autorizzazione del giudice, partecipare all'ascolto"[14].

Sembrerebbe dunque che l'ascolto del minore sia oggi caratterizzato da una disciplina organica, volta a tutelare il minore e a risaltare il ruolo processuale che lo stesso svolte nell'ambito dei procedimenti che lo riguardano.

2. – Se dal lato teorico-argomentativo l'ascolto del minore, quale situazione giuridica soggettiva non patrimoniale che sorge in capo al minore e che consente allo stesso di essere informato e di prendere parte nell'ambito dei procedimenti che lo riguardano, risulta ben delineato, dal punto di vista pratico, l'attuazione del diritto di partecipazione del minore ha presentato alcune criticità nel coinvolgimento dello stesso all'interno dei conflitti processuali[15].

In questo quadro, la Corte di cassazione ha svolto un'instancabile opera di affinamento del tema, attribuendo all'ascolto del minore un ruolo sempre più centrale nei processi minorili e delle crisi familiari, e tracciando le linee per le modalità dell'ascolto nonché individuando i casi in cui il giudice, tenuto conto della capacità di discernimento del minore, è tenuto a disporre l'ascolto.

In particolare, la disposizione dell'ascolto del minore in ambito processuale è da sempre stata ancorata alla capacità di discernimento dello stesso, che secondo il dato normativo, si presume raggiunta all'età di 12 anni. La conseguenza di tale presunzione normativa ha comportato, per lungo tempo, che in tutti i casi in cui il minore non avesse compiuto 12 anni, fosse considerato incapace di discernimento, con la conseguenza che non veniva ascoltato nell'ambito dei procedimenti in cui era coinvolto. In siffatta situazione, in cui tale presunzione, inevitabilmente, riduceva la partecipazione dei minori in ambito processuale, l'intervento della

[14] Così BERTOLI, *L'ascolto della persona di età minore,* cit., p. 265-268.

[15] Così CORDIANO, *Un'analisi combinata degli artt. 336*-bis *c.c. e 38*-bis *disp att. c.c alla luce delle disposizioni protocollari: La soft Law del diritto nel diritto di famiglia*, cit., p. 45.

cassazione ha svolto un ruolo determinante al fine di espandere il concetto di capacità di discernimento del minore[16].

Se infatti in un primo momento la capacità di discernimento era stata ricondotta dal legislatore rigidamente all'età del minore[17], ancorandola ad un dato meramente anagrafico, successivamente il concetto ha iniziato progressivamente ad acquisire una portata più ampia[18].

La capacità di discernimento del minore, infatti, è stata tendenzialmente ricollegata all'acquisizione delle competenze intellettuali e concettuali che aiutano lo stesso a riconoscere e valutare razionalmente i dati provenienti fuori dalla propria sfera personale. La stessa è dunque considerata sussistente in tutte le ipotesi in cui il minore sia in grado di cogliere i dati, informazioni e stimoli provenienti dall'esterno, riguardati la propria sfera

[16] Sul concetto "elastico" di capacità di discernimento, in grado di correggere la presunzione di immaturità legata ad una certa età del minore, si veda A. GORGONI, *Capacità di discernimento del minore e incapacità legale nell'adozione*, in *Persone e Mercato,* 2011, p. 49-67, spec. p. 57.

[17] La Suprema Corte (Cass. n. 597/1997) ha ricondotto in modo rigido la capacità di discernimento all'età, escludendo che possa essere tenuta in considerazione l'opinione di un bambino di sei anni. Sull'argomento v. testualmente V. MALFA, *L'ascolto del minore alla luce della legge n. 219/2012,* in *Iura & Legal Systems*, 2015, p.17.

[18] "La Suprema Corte di cassazione (ha)via via prestato maggiore attenzione alla natura dell'ascolto nell'ambito dei giudizi di sottrazione internazionale di minori e alla necessità di adeguate motivazioni da parte dei giudici sul punto. Pur ribadendo che l'audizione del minore in tali tipi di giudizi "è frutto di una meditata ma non obbligatoria scelta del giudice" (così Cass. n. 9094/2007, che richiama Cass. 19544/2003; Cass. 15145/2003; 746/1999), da ultimo un' importante ordinanza della Suprema Corte ha affermato il principio per cui, ai sensi dell'art. 6 della legge n. 77 del 2003 di ratifica ed esecuzione della convenzione di Strasburgo del 1996 sull'esercizio dei diritti del fanciullo, il giudice, nelle procedure che interessano il minore (nella specie si trattava di procedimento di sottrazione internazionale di minore ai sensi dell'art. 13 della Convenzione dell'Aja del 1980) deve, quando lo stesso presenti discernimento sufficiente alla stregua del diritto interno, consultarlo personalmente e può escludere tale audizione solo ove essa sia manifestamente in contrasto con gli interessi superiori del fanciullo stesso. "Pertanto – prosegue la Corte – la prevista audizione del minore riceve una consacrazione normativa indiscutibile e la sua esclusione, oltre che per la valutazione di non idoneità del minore a renderla (per età o stati psichici particolari) deve essere correlata soltanto al rischio che la stessa audizione per quanto protetta, rechi danni gravi alla serenità del destinatario". In applicazione di detto principio la Corte, accogliendo il ricorso, cassava l'ordinanza del tribunale per i minorenni di Genova che aveva omesso l'ascolto del minore, rinviando al medesimo tribunale in diversa composizione": così MALFA, *L'ascolto del minore alla luce della legge n. 219/2012,* cit., pag. 17.

esistenziale ed elaborarli secondo il proprio personale sentire, formandosi un proprio convincimento riguardo ad essi.

Il concetto di capacità di discernimento, inoltre, è un concetto mutevole, in evoluzione, in quanto il processo di accelerazione che ha coinvolto tutti i settori della vita umana ha caratterizzato anche quello relativo alla crescita del minore, con la conseguenza che oggi
il minore è ritenuto in grado di raggiungere la capacità di discernimento ben prima del compimento dei 12 anni.

In virtù dell'espansione del concetto di capacità di discernimento, l'opinione del minore ha iniziato ad acquisire rilevanza non solo in ambito processuale, ma anche dal punto di vista scientifico, clinico, psicologico[19], diventando una sorta di necessario interludio tra la rappresentanza (formale) del minore e la sua rappresentanza sostanziale[20].

In siffatto panorama, la giurisprudenza, da un lato ha ampliato il concetto di capacità di discernimento, espandendo i casi in cui disporre l'ascolto del minore non ancora dodicenne, e dall'altro ha adottato un criterio sempre più stringente, prevedendo da parte del giudice l'obbligo dell'ascolto del minore, ogni qual volta il confronto con lo stesso possa offrire spunti idonei a comprendere meglio quali siano i provvedimenti più opportuni da adottare a tutela del minore[21].

3. – Chiarito che l'ascolto del minore quale *diritto* dello stesso deve essere disposto ogni qual volta il bambino, anche di età inferiore a dodicenni, sia capace di discernimento nell'ambito dei procedimenti che lo riguardano, ad esso non può che corrisponderne un *dovere* o *obbligo* volto a garantirne la realizzazione.

L'evoluzione normativa che ha determinato l'obbligo in capo al giudice di disporre l'ascolto del minore, come si è anticipato, trova il suo principio nell'art. 155-*sexies* c.c., il quale stabiliva che "il giudice dispone l'audizione del minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età minore ove capace di discernimento.

La lettera dell'articolo appariva già piuttosto inequivoca, e nel medesimo senso si è orientata la giurisprudenza, prevedendo la

[19] Si veda sull'argomento dell'ascolto informato del minore in ambito medico CORDIANO, *Dal principio dell'ascolto all'autodeterminazione dispositiva del minore: il consenso informato in pediatria*, in *Comparazione e diritto civile*, 2012, n. 10.

[20]Così S. BENZONI, S. CAVENAGHI, *Dalla Tua parte. La voce del minore nella tutela e nella curatela speciale*, Trento, 2019, p. 61 e ss.

[21] Così, testualmente DANOVI, *Ascolto del minore, capacità di discernimento e obbligo di motivazione (tra presente e futuro)*, cit., p. 5 e ss.

disposizione dell'ascolto del minore da parte del giudice ogni qual volta lo stesso avesse compiuto 12 anni o fosse capace di discernimento. L'unico temperamento che si riteneva doversi ammettere sulla base dalla lettura dell'art. 6 della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, era che il giudice potesse escludere l'ascolto del minore quando questo fosse "manifestamente in contrasto con l'interesse del minore"[22]. Tuttavia il giudice quando decidesse di non disporre l'ascolto, doveva darne conto nel provvedimento con "adeguata motivazione".

La legge sulla filiazione n. 219 del 2012 attraverso l'introduzione dell'art 315-*bis* c.c., ha ribadito il diritto del minore ad essere ascoltato nell'ambito dei procedimenti che lo riguardano, mentre con l'introduzione dell'art 337-*octies* c.c. ha statuito nuovamente l'obbligo che sorge in capo al giudice di disporre l'ascolto, con la sola esclusione di non disporlo nei casi in cui lo stesso sia manifestamente superfluo o sia in contrasto con gli interessi del minore, purché il giudice motivi adeguatene la mancata disposizione con provvedimento. [23]

Ad oggi, al pari dell'art. 155-*sexies* c.c., l'art. 337-*octies* c.c. è stato abrogato ad opera del decreto legislativo n. 149 del 2022 e l'ascolto del minore, ed il relativo obbligo da parte del giudice, è attualmente disciplinato, come si è già evidenziato, dagli artt. 473-*bis*.4 c.p.c. e 473-*bis*.5 c.p.c. che hanno introdotto in modo esteso il diritto del minore all'ascolto nell'ambito dei procedimenti che lo riguardano[24].

L' audizione del minore così, in seguito al riconoscimento dell'obbligo in capo al giudice di disporlo ogni qual volta il minore sia capace di discernimento nell'ambito dei procedimenti che lo riguardano, diventa in tal modo una vera e propria condizione di procedibilità del giudizio e può essere omessa solo con espressa motivazione se è in contrasto con l'interesse del minore, o manifestamente superfluo (come inizialmente disciplinato dall'art 336-*bis* c.c. ad oggi attualmente disciplinato dall'art 473-*bis*.4 c.p.c.).

Pertanto, l'omissione della disposizione dell'ascolto del minore, senza adeguata motivazione, è causa di nullità della pronuncia. L'omissione

[22] Così Cass., Sez. Un., 21 ottobre 2009, n. 22238.

[23] Sull'argomento R. DONZELLI, *I provvedimenti nell'interesse dei figli minori* ex *art 709-ter c.p.c.*, Torino, 2018, p. 179-181.

[24] Il decreto legislativo 149 del 2022 in attuazione della legge delega n. 206 del 2021, attraverso l'introduzione degli articoli 473-*bis.* 4 c.p.c., 473-*bis.* 5 c.p.c. e 473-*bis.* 6 c.p.c., ha introdotto in modo esteso ed organico la disciplina dell'ascolto del minore, abrogando gli articoli 336-*bis* c.c., 337-*octies* c.c. e l'art 38 disp. att. c.c., che prima si occupavano di normare la disciplina dell'ascolto. Sull'argomento BERTOLI, *L'ascolto della persona di età minore,* cit., p. 265.

ingiustificata dell'audizione del minore era già, ad ogni modo, stata considerata causa di nullità assoluta della pronuncia, rilevabile in ogni stato e grado del giudizio in quanto vizio insanabile (Cass., Sez. Un., 21 ottobre 2009, n. 22238). La Corte di Cassazione è successivamente reintervenuta sul punto, affermando che la mancata audizione del minore, nell'ambito delle pronunce relative al suo affidamento, costituisce violazione del principio del contraddittorio e dei principi del giusto processo, salvo che tale ascolto sia in contrasto con i suoi interessi fondamentali (Cass., 17 maggio 2012, n. 7773).

Un'ulteriore pronuncia della Cassazione (8 marzo 2013, n. 5847) ha ribadito che l'ascolto dei minori, che abbiano compiuto 12 anni – o anche di età inferiore ove capaci di discernimento – rappresenta un adempimento necessario nei procedimenti relativi al loro affidamento. La violazione di questo obbligo nel primo grado di giudizio comporta la nullità della sentenza, che può essere fatta valere secondo le modalità previste dall'art. 161 c.p.c., e quindi deducibile con l'appello.

Dunque, nel caso in cui il minore non sia stato ascoltato dal giudice istruttore durante il procedimento di primo grado, la nullità relativa che ne deriva può essere rilevata dal Collegio al momento della rimessione della causa in decisione, oppure sollevata in sede di impugnazione della sentenza, secondo i principi generali. Nel primo caso, la causa dovrà essere rimessa al giudice istruttore per procedere con l'audizione; nel secondo, in assenza delle ipotesi tassative di rimessione alla fase di primo grado, la Corte d'appello sarà tenuta ad annullare il provvedimento impugnato e a procedere direttamente all'ascolto del minore.

Con la sentenza del 15 marzo 2013 n. 6645, la Cassazione ha poi precisato che, nei procedimenti di separazione con decisioni sull'affidamento dei figli minori, l'ascolto non deve essere disposto qualora, tenuto conto dell'età, delle condizioni del minore o dei disagi già manifestati, vi sia il rischio di coinvolgerlo emotivamente nella controversia tra i genitori, con potenziali ripercussioni negative[25].

Da tali pronunce può pertanto emergere in modo sufficientemente chiaro che la tutela processuale del minore non si realizza attraverso una attuazione generalizzata dell'ascolto del minore stesso da parte del giudice. Tale ascolto non deve essere infatti disposto qualora questo non sia determinate ai fini del procedimento, possa metta a repentaglio la stabilità del minore e possa causarne inutili disagi e turbamenti

[25] Sull'argomento MALFA, *L'ascolto del minore alla luce della legge n. 219/2012,* cit., p. 25.

In conclusione, sia dal dato normativo che dal costante orientamento della Corte di Cassazione, emerge che il giudice è obbligato a disporre l'ascolto del minore qualora lo stesso sia capace di discernimento tenuto conto dell'età e del grado di maturità, sempre che lo stesso non sia in contrasto con l'interesse superiore del minore. La mancata disposizione dello stesso comporta la nullità della pronuncia, salvo il caso in cui l'ascolto non sia manifestamente superfluo o contrario all'interesse del minore.

4. – Sulla scorta delle considerazioni che precedono, nella pronuncia in esame, la Corte di cassazione in relazione al primo motivo del ricorso ovvero alla violazione e la falsa applicazione degli artt. 32 e 111 Cost., degli artt. 3-6 della Convenzione Europea di Strasburgo sui diritti del fanciullo ratificata con legge n. 77 del 20.3.2003, artt. 6 e 14 CEDU, nonché dell'art. 155-*septies* c.c., art. 336-*bis*, art. 337-*bis*, *ter* ed *octies* del codice civile, in riferimento all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, e dell'art. 1, comma 23, L. n. 206/2021 nonchè 473-*bis*. 5 c.p.c. e 473-*bis*. 6 c.p.c., ha ritenuto lo stesso infondato.

La Corte ha per prima cosa analizzato le diverse ipotesi che si possono verificare nell'ambito dei procedimenti nei quali sia coinvolto il minore, distinguendo tra l'ascolto del minore che abbia già compiuto dodici anni dall'ascolto del minore di età inferiore, specificando quanto sussiste il dovere in capo al giudice di motivare la mancata disposizione dello stesso, analizzando le fonti normative nonché le pronunce giurisprudenziali in materia.

In primo luogo precisa che per l'ordinamento italiano (art. 315-*bis* c.c., art. 336-*bis* c.c. per i procedimenti instaurati prima del 28 febbraio 2023 e l'art. 473-*bis.* 4 c.p.c. per i procedimenti instaurati successivamente) il minore che ha compiuto dodici anni è ascoltato dal giudice in tutti i procedimenti che lo riguardano, salvo che l'ascolto sia in contrasto con il suo interesse o manifestamente superfluo; in tal caso il giudice non procede all'adempimento dandone atto con provvedimento motivato; nell'art. 473-*bis.* 4 c.p.c. è inoltre previsto che in caso di accordo tra i genitori, il giudice procede all'ascolto solo se necessario. Pertanto, se il minore ha raggiunto gli anni dodici, nei giudizi contenziosi, anche se l'ascolto non è stato richiesto dalle parti, il giudice deve provvedervi d'ufficio o, in mancanza, motivare sulle ragioni per le quali l'ascolto è stato omesso oppure, come nel caso di specie, delegato al consulente. L'ascolto tramite consulenza tecnica, infatti, non equivale all'ascolto da parte del giudice[26]pertanto nei casi in cui il

[26]Sulla differenza dell'ascolto del minore da parte del consulente tecnico e del giudice, la Suprema Corte si è più volte pronunciata, da ultimo con ordinanza n.

giudice decida di non ascoltare il minore capace di discernimento o ne delega l'ascolto al consulente, è tenuto ad esporre le ragioni della mancata disposizione dell'ascolto che devono essere riconducibili alla tutela e valorizzazione del miglior interesse del minore.

3576/2024, evidenziando come le due attività siano diverse tra di loro e come la disposizione dell'ascolto del consulente non possa sostituirsi a quella espletata dal giudice. Il Supremo Collegio ha infatti affermato che "la partecipazione attiva (del minore) al processo non può identificarsi con l'esperimento di una consulenza tecnica d'ufficio, in particolare di una consulenza psicodiagnostica, perché in questi casi, benché il consulente raccolga le opinioni del minore, le utilizza per capire e descrivere la sua personalità, e non per consentirgli di esercitare un diritto, che è compito specifico del giudice (vedasi in conformità Cass., 24 maggio 2018, n. 12957; Cass., 25 gennaio 2021, n. 1474). Anche la consulenza tecnica di ufficio, ove considerata opportuna è uno strumento per valutare l'interesse del minore, tuttavia non può essere ritenuta equipollente all'ascolto giudiziale o suppletiva di esso. Pertanto, qualora il minore in età di discernimento sia stato sottoposto ad una consulenza ma non ascoltato dal giudice, quest'ultimo dovrà giustificare rigorosamente le ragioni dell'omesso ascolto e non limitarsi a richiamare le indagini del consulente. Se ne trae quindi la conseguenza che l'ascolto non può ritenersi superfluo solo perché il giudice avrebbe già trovato la soluzione più adeguata a realizzare il suo miglior interesse. La regola giuridica impone al giudice di ascoltare il minore prima di formarsi un convincimento sull'affidamento, salvo che l'audizione non sia rifiutata dallo stesso minore o non si profili per lui un pregiudizio concreto, da accertare in termini specifici e non astratti, ovvero risulti superflua". Così Cass., 8 febbraio 2024, n. 3576. Circa l'ascolto del minore da parte del curatore speciali, disciplinato dall'art. 473-*bis.* 8 c.p.c., lo stesso realizza la rappresentanza sostanziale del processo riconosciuta al minore e pertanto non è assimilabile all'ascolto del giudice, il quale esplica una funzione diversa in ambito processuale. La Corte infatti con la recente ordinanza n. 5754/2025, ha statuito che "l'ascolto da parte del curatore speciale *ex* art. 473-*bis.* 8, terzo comma, c.p.c. si connota come esplicazione del diritto del figlio minore ad essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardino, ma proprio perché inerisce esclusivamente ai compiti di rappresentanza processuale del minore non diviene un incombente obbligatorio, né è assimilabile, per funzioni e per disciplina, all'ascolto del giudice, il quale, peraltro, non costituisce adempimento da eseguire in via automatica non essendo un atto istruttorio o burocratico. È, invero, esercizio di un diritto, sottratto alla disponibilità delle parti e garantito dal giudice, che è tenuto a rendere una motivazione esplicita e puntuale soltanto in caso di totale omissione o di richiesta in tal senso proveniente dal Curatore Speciale del minore." Così Cass., 13 marzo 2025, n. 5754.

La Corte statuisce inoltre che il "miglior interesse del minore" va ricostruito caso per caso, tenendo in considerazione le sue esigenze, i suoi diritti, le relazioni familiari, ma anche l'ambiente in cui vive e le sue relazioni sociali, in una parola, la sua identità. Pertanto il giudice nella motivazione del provvedimento di mancata disposizione dell'ascolto del minore capace di discernimento, deve ricostruire il percorso di analisi della personalità del minore effettuato, diversamente il riferimento al "miglior interesse del minore" rimane una formula di stile, priva di contenuto concreto.

Nel caso di specie, il provvedimento impugnato non ricostruisce in modo esaustivo le ragioni che hanno portato alla mancata disposizione dell'ascolto, se non attraverso un generico richiamo delle motivazioni rese dal giudice di primo grado. Ciò tuttavia non è sufficiente in quanto la motivazione *per relationem* deve comunque dar conto delle ragioni per cui il giudice di secondo grado ha deciso di condividere le motivazioni del giudice di primo grado. Pertanto la motivazione data nel provvedimento della Corte D'appello di Bologna risulta deficitaria perché non ha considerato la censura dell'omesso ascolto del minore. Cionostante nel caso di specie tale omissione risulta priva di rilevanza per quanto riguarda il figlio più grande dei due, che avrebbe compiuto 18 anni il 21 gennaio, con la conseguenza che un eventuale annullamento con rinvio del decreto impugnato non avrebbe portato il procedimento all'attenzione del giudice del rinvio in un tempo utile. In conseguenza di ciò l'accoglimento del motivo risulta privo d'interesse per quanto riguarda il figlio più grande.

Diversa è la situazione per quanto concerne il mancato ascolto del figlio più piccolo

Egli nel momento in cui è stato introdotto il giudizio aveva quattro anni, mentre nel momento in cui è stato proposto il reclamo ne aveva sette, e ne aveva otto quando è stato deciso. Dal ricorso si evince chiaramente che la madre non aveva richiesto al giudice di primo grado e dell'appello di disporre l'ascolto del minore, pertanto, non poteva essere contestata la mancata disposizione dell'ascolto del minore infradodicenne in assenza di specifica istanza.

La Cassazione chiarisce in tema di ascolto del minore che secondo consolidata giurisprudenza lo stesso non costituisce un atto istruttorio, ma bensì un diritto personalissimo riconosciuto a ogni minore capace di discernimento in virtù del quale lo stesso può esprimere liberamente la propria opinione su tutte le questioni che lo riguardano. L'ascolto del minore inoltre costituisce un elemento fondamentale per la valutazione del miglior interesse dello stesso. Tale diritto trova fondamento nella

Convenzione di New York del 1989, recepita dall'ordinamento italiano, la quale impone di tenere conto dell'opinione del minore capace di discernimento, considerando la sua età e maturità. La normativa interna, attualmente codificata nell'art. 473-*bis*. 4 c.p.c. e ss. e nell'art. 315-*bis* c.c., stabilisce che il giudice è tenuto ad ascoltare il minore che abbia compiuti dodici anni; per quanto riguarda l'ascolto del minore infradodicenne il giudice può disporre l'ascolto purché il minore sia ritenuto capace di discernimento. La capacità di discernimento è presunta *ex lege* per minori che abbiano già compiuto dodici anni, mentre per quelli di età inferiore si presume l'assenza di discernimento, salvo prova contraria.

La Corte precisa che il giudice deve motivare la mancata audizione del minore infra-dodicenne solo nel caso in cui le parti abbiano formulato un'istanza specifica che indichi le ragioni e i temi da approfondire; in mancanza, non sussiste alcun obbligo motivazionale. La presunzione di mancanza di discernimento del minore è tanto più forte quanto più l'età del minore si discosta dai dodici anni, e per vincerla è necessario allegare specifici elementi che dimostrino una maturità eccezionale. Pertanto il dovere del giudice di motivare sul rigetto della richiesta di ascolto del minore infradodicenne, si affievolisce, fino ad estinguersi, quando manchi alla età legale del discernimento un lasso di tempo che in relazione al periodo complessivo dei dodici anni si può considerare significativo, a meno che non emergano dagli atti del giudizio elementi concreti in ordine ad una eccezionale maturità del minore

Inoltre, l'ascolto deve essere disposto solo se utile all'interesse del minore, evitando audizioni esplorative che potrebbero causargli disagio o pregiudizio.

Con l'ordinanza n. 32359 del 13 dicembre 2024, in relazione al dovere del giudice di disporre l'ascolto del minore, la Corte ha così sintetizzato il quadro in materia: 1) il giudice ha il potere discrezionale officioso di disporre l'ascolto del minore, anche al fine di verificarne la capacità di discernimento; 2) il giudice deve disporre l'ascolto o motivarne l'omissione se vi è un'istanza di parte che indichi gli argomenti e i temi di approfondimento sui quali si ritiene necessario l'ascolto, scattando in mancanza la sanzione della nullità processuale; 3) il giudice non ha l'obbligo, senza sollecitazione di parte, di giustificare la scelta omissiva. Dunque il giudice può disporre l'ascolto d'ufficio, ma non ha l'obbligo in caso di assenza di istanza chiara e motivata.

Nel caso oggetto di studio, la ricorrente non aveva indicato alcun elemento da cui desumere una capacità di discernimento del minore di sette/otto anni di carattere eccezionale rispetto all'età dello stesso, non aveva sostenuto che

tale audizione fosse necessaria al fine di tutelare gli interessi del minore e non aveva proposto alcuna istanza ai fini dell'audizione. Di conseguenza, la censura relativa all'omesso ascolto risulta generica, priva di rilevanza concreta e basata su un'erronea interpretazione delle norme e dei principi giurisprudenziali.

Alla luce di ciò la Corte enuncia il principio di diritto secondo cui il giudice, in tema di ascolto di minori infradodicenni, ha un potere discrezionale di indagare la capacità di discernimento e disporre eventualmente l'audizione, ma non è tenuto a motivare l'omissione se non vi è stata una richiesta specifica accompagnata da allegazioni puntuali sulla maturità del minore. In particolare, se il minore si allontana dall'età stabilita dalla legge per il raggiungimento della capacità di discernimento, il dovere di motivazione del giudice si affievolisce fino anche ad estinguersi del tutto, in caso di lasso di tempo rilevante tra l'età del minore e il raggiungimento del dodicesimo anno di età. Anche quando l'audizione sia stata richiesta, l'obbligo di motivazione si attenua tanto più l'età del minore è distante dai dodici anni, salvo emergano elementi concreti su una maturità eccezionale o gravi motivi processuali.

5. – Dalla sentenza esaminata si può concludere che l'ascolto costituisce una modalità, tra le più rilevanti, di riconoscimento del diritto fondamentale del minore ad essere informato ed esprimere la propria opinione nei procedimenti che lo riguardano, costituendo lo strumento peculiare di partecipazione alle decisioni che lo investono e al conseguimento del suo preminente interesse. Tuttavia, tale obiettivo non si realizza, per i minori di età inferiore ai dodici anni, mediante la previsione di un obbligo generalizzato ed officioso di ascolto da parte del giudice, o della correlata necessità della giustificazione espressa delle ragioni dell'omessa audizione, poiché il diritto alla partecipazione alle decisioni del giudice deve essere esercitato in modo consapevole ed effettivo. Pertanto, l'ascolto deve essere modulato diversamente qualora si tratti di un minore che abbia compiuto o meno dodici anni. Qualora sia fatta espressa richiesta delle parti di disporre l'ascolto ed il giudice non vi provveda, dovrà adeguatamente motivarlo. In assenza di una specifica istanza di parte di disporre l'ascolto del minore infradodicenne, il dovere di motivazione del giudice della mancata disposizione dell'ascolto si riduce quanto più l'età del minore si allontana da quella stabilita dalla legge per il raggiungimento della capacità di discernimento.

Ciò non toglie che il giudice abbia senz'altro il potere officioso di procedere all'ascolto del minore, pur quando non abbia compiuto i dodici

anni, anche al fine di accertarsi la sussistenza della capacità di discernimento, sempre nel rigoroso rispetto delle modalità stabilite dall'art. 473-*bis.* 4, 5 c.p.c. per i procedimenti instaurati successivamente al 28.02.2023 (e dall'art 336-*bis* c.c. per i procedimenti instaurati prima).

Circa il potere officioso del giudice di disporre l'ascolto del minore, la riforma Cartabia ha ampliato i poteri officiosi del giudice in tal senso, prevedendo ai sensi dell'art 473-*bis.* 6 c.p.c. che l'ascolto debba avvenire, «*senza ritardo*» qualora il minore rifiuti di incontrare uno o entrambi i genitori. La stessa urgenza si impone al giudice quando siano allegate o segnalate condotte di uno dei genitori volte a ostacolare il mantenimento di un rapporto equilibrato e continuativo dell'altro genitore con il minore, oppure rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale. In tali ipotesi, che la pratica fa verificare assai spesso, il giudice può disporre l'abbreviazione dei termini processuali per la conduzione del processo (similmente a quanto, come si dirà, dispone l'art. 473-*bis*. 42 c.p.c. per il caso di allegazione di fatti di violenza domestica o di genere).[27]La riforma Cartabia ha espressamente previsto nel dato normativo ciò che era già stato individuato dalla giurisprudenza, ossia la possibilità per il giudice di disporre officiosamente l'ascolto del minore nei casi in cui lo ritenga necessario, anche qualora lo stesso non abbia ancora compiuto dodici anni. Le nuove norme in materia di ascolto del minore nell'ambito dei procedimenti familiari che prevedono ampissimi poteri d'ufficio in capo al giudice, sono volte a garantire una maggiore tutela del minore, considerato soggetto debole nell'ambito dei procedimenti e lo riguardano.

In conclusione, il giudice è tenuto a disporre l'ascolto del minore nel caso in cui questo abbia raggiunto l'età di 12 anni, prevista dalla legge come età in cui il minore raggiunge la capacità di discernimento. Nel caso in cui non disponga l'ascolto, dovrà motivarlo con adeguato provvedimento. In caso di mancato adempimento dell'obbligo di disporre l'ascolto del giudice, salvo esplicite e documentate motivazioni che ne giustifichino l'omissione, comporta la nullità del procedimento, in virtù della violazione di un diritto fondamentale che sorge in capo al minore di partecipare ai procedimenti che lo riguardano.

Per quanto concerne il minore che non abbia ancora compiuto dodici anni, qualora non sia proposta istanza di parti all'audizione del minore, il giudice non è tenuto a disporre l'ascolto e a motivare la mancata disposizione. Il dovere di motivazione del mancato ascolto si affievolisce,

[27] Sull'argomento CECCHELLA, *La riforma del processo in materia di persone, minorenni e famiglie dopo il d.lgs n. 149/2022*, in *Questione Giustizia*, 2023, n. 1.

fino ad estinguersi, quando manchi alla età legale del discernimento un lasso di tempo che in relazione al periodo complessivo dei dodici anni si può considerare significativo, a meno che non emergano dagli atti del giudizio elementi concreti in ordine ad una eccezionale maturità del minore

---

Abstract

THE RIGHT TO BE HEARD OF THE MINOR IN CIVIL PROCEEDINGS: JUDICIAL OMISSION AND THE DUTY TO PROVIDE REASONED JUSTIFICATION

Con l'ordinanza n. 4595/2025 la Corte di Cassazione affronta il delicato tema dell'ascolto del minore nell'ambito dei procedimenti che lo riguardano, evidenziando il diritto del minore capace di discernimento di partecipare attivamente al processo. La Corte chiarisce che il giudice ha l'obbligo di procedere all'audizione del minore ultra-dodicenne, salvo specifica motivazione contraria, e per quanto riguarda il minore infra-sedicenne, il giudice è titolare di un potere discrezionale officioso in virtù del quale può decidere se disporre o meno l'ascolto. In quest'ultimo caso, l'obbligo di motivare l'omesso ascolto sussiste solo nel caso in cui sia stata proposta istanza di parte avvalorata da elementi concreti relativi alla maturità del minore. La Corte valorizza il principio del superiore interesse del minore, da ricostruire in concreto e non come formula astratta. L'ascolto diretto del giudice non può essere validamente sostituito da quello svolto nell'ambito della consulenza tecnica, trattandosi di un diritto personalissimo che incide sulla validità del procedimento. L'ordinanza si inserisce nel solco tracciato dalla riforma Cartabia, che rafforza i poteri officiosi del giudice e attribuisce centralità al minore nei procedimenti familiari.

***

With Ordinance No. 4595/2025, the Italian Supreme Court (Corte di Cassazione) addresses the sensitive issue of the hearing of minors in civil proceedings concerning them, reaffirming the right of the minor, when capable of discernment, to actively participate in the judicial process. The Court clarifies that the judge is under a mandatory duty to hear minors over the age of twelve, unless a specific and reasoned justification is provided for omitting the hearing. In the case of minors under twelve, the judge retains a discretionary ex officio power to determine whether a hearing is appropriate. In such instances, the duty to justify the omission arises only when a party has filed a specific request supported by concrete elements attesting to the minor's maturity. The Court reaffirms the principle of the best interests of the child, which must be assessed concretely rather than invoked as an abstract formula.

The direct hearing of the minor by the judge cannot be validly replaced by a hearing conducted within a technical consultancy, as it constitutes a highly personal right that directly affects the validity of the proceedings. The ordinance aligns with the trajectory set by the Cartabia Reform, which strengthens the judge's ex officio powers and places the minor at the center of family law proceedings.

Corte di cassazione, Sez. Un., 25 febbraio 2025, n. 4892 (Pres. D'Ascola, Est. Dell'Utri)
Risoluzione anticipata del contratto per inadempimento del conduttore – Danno da mancato guadagno del locatore – Restituzione del bene locato prima della scadenza – Irrilevanza.

Normativa di riferimento: artt. 1223, 1591 c.c.

Il diritto del locatore a conseguire, ai sensi dell'art. 1223 c.c., il risarcimento del danno da mancato guadagno a causa della risoluzione del contratto per inadempimento del conduttore non viene meno, di per sé, in seguito alla restituzione del bene locato prima della naturale scadenza del contratto, ma richiede, normalmente, la dimostrazione, da parte del locatore, di essersi tempestivamente attivato, una volta ottenuta la disponibilità dell'immobile, per una nuova locazione a terzi, fermo l'apprezzamento del giudice delle circostanze del caso concreto anche in base al canone della buona fede e restando in ogni caso esclusa l'applicabilità dell'art. 1591 c.c.

Corte di cassazione, Sez. Un., 6 marzo 2025, n. 5968 (Pres. D'Ascola, Est. De Stefano)
Contratti bancari – Mutuo con patti accessori di contestuale deposito irregolare della somma mutuata – Titolo esecutivo – Configurabilità.

Normativa di riferimento: art. 474 c.p.c.

Il contratto di mutuo integra titolo esecutivo a favore del mutuante in tutti i casi in cui la somma mutuata sia stata effettivamente, quand'anche con mera operazione contabile, messa a disposizione del mutuatario e questi abbia assunto l'obbligazione - univoca, espressa ed incondizionata - di restituirla. Pertanto, costituisce valido titolo esecutivo, di per sé solo e senza che occorra un nuovo atto pubblico o scrittura privata autenticata che attesti l'erogazione dell'avvenuto svincolo, anche quando vi sia contestualmente pattuizione di costituzione della somma mutuata in deposito o pegno irregolari e assunzione dell'obbligazione della mandante di svincolarla direttamente al verificarsi di quanto convenuto.

Hanno contribuito al fascicolo:

Caloni, Andrea – Assegnista di ricerca nell'Università di Milano
Castelli, Laura – Professore associato nell'Università di Milano
Ficcarelli, Beatrice – Professore associato nell'Università di Firenze
Ilacqua, Antonino – Professore a contratto nell'Università LUMSA
Inzitari, Bruno – Professore ordinario f.r. nell'Università di Milano-Bicocca
Piccinini, Valentina – Professore associato nell'Università di Milano-Bicocca
Pierri, Alessandra – Dottoranda di ricerca nell'Università di Milano-Bicocca